



**Centro Universitário de Brasília**

**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais**

**Curso de Direito**

**GABRIEL DE SOUSA PIRES**

**A RELAÇÃO INCORPORADOR IMOBILIÁRIO/ADQUIRENTE APÓS O ADVENTO  
DO CASO ENCOL.**

**Brasília**

**2011**

**GABRIEL DE SOUSA PIRES**

**A RELAÇÃO INCORPORADOR IMOBILIÁRIO/ADQUIRENTE  
APÓS O ADVENTO DO CASO ENCOL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário de Brasília/UniCEUB – Faculdade de Direito, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Paulo Roberto Moglia Thompson Flores.

**Brasília**

**2011**

**GABRIEL DE SOUSA PIRES**

**A RELAÇÃO INCORPORADOR IMOBILIÁRIO/ADQUIRENTE APÓS O  
ADVENTO DO CASO ENCOL.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário de Brasília/UniCEUB – Faculdade de Direito, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Paulo Roberto Moglia Thompson Flores.

Brasília, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

**Banca Examinadora**

---

Orientador: Professor Paulo Roberto Moglia Thompson Flores

---

Examinador:

---

Examinador:

## Dedicatória

A Deus, por todas as bênçãos. Aos meus pais, Alberto e Fátima, por serem pais tão maravilhosos e meu porto seguro, graças ao esforço de vocês, cheguei até aqui. A Dani, Pedro, Lu e Elysio, por todo o carinho e amizade.

Ao meu orientador Paulo Thompson, pelo interesse, dedicação e apoio.

Ao Professor Danilo Porfírio, pela amizade e conselhos.

A todos aqueles que, de forma direta ou indireta contribuíram para este trabalho.

## **Resumo**

O presente trabalho tem por objetivo a análise da legislação, hoje vigente, relativa ao instituto da incorporação imobiliária. Com a pretensão de, ao final, descobrir se o ordenamento jurídico atual seria capaz de trazer melhor sorte aos adquirentes de unidades autônomas da construtora Encol que teve sua falência decretada em 1999, uma vez que a referida quebra gerou grande insegurança no mercado imobiliário nacional, o que com grande certeza teve influência relevante para a promulgação da Lei 10.931/2004, que versa sobre o chamado Patrimônio de Afetação, além do já referido instituto, busca-se analisar, pois, a relação entre incorporador imobiliário e adquirente, à luz do Novo Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e da Nova Lei de Falências, valendo-se, para tanto, principalmente de pesquisa doutrinária com base principalmente nas obras dos autores: Melhim Namem Chalub, Hercules Agharian, Ivan Mártires Tristão e Arnaldo Rizzardo. Bem como na análise jurídica do contexto que envolveu todo o processo falimentar da construtora Encol, com o intuito de exportá-lo para a novel legislação a fim de se analisar se houveram mudanças significativas que tragam uma maior segurança para o adquirente.

Palavras Chave: Incorporação Imobiliária. Código Civil de 2002. Código de Defesa do Consumidor. Patrimônio de Afetação. Lei de Falências nº 11.101/2005.

## SUMÁRIO

Introdução.....	7
<b>1 Responsabilidade Civil do Incorporador Imobiliário no Direito Brasileiro..</b>	<b>10</b>
<b>1.1 Análise da Responsabilidade Civil do Incorporador Imobiliário no Código Civil de 1916, e com o surgimento da Lei 4591/1964 .....</b>	<b>11</b>
<b>1.2 O advento do Código Civil de 2002 e a definição do conceito de Responsabilidade objetiva e as mudanças para o Incorporador Imobiliário.</b>	<b>15</b>
<b>1.3 O Código de Defesa do Consumidor e a teoria do risco para o Incorporador.....</b>	<b>22</b>
<b>1.4 Evolução histórica da relação Incorporador/Adquirente em vista do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002; .....</b>	<b>27</b>
<b>2 Patrimônio de Afetação .....</b>	<b>30</b>
<b>2.1 Análise dos impactos provocados pelo novo instituto .....</b>	<b>31</b>
<b>2.2 Análise crítica do instrumento.....</b>	<b>38</b>
<b>3 O caso Encol sob o prisma do atual sistema .....</b>	<b>41</b>
<b>3.1 Análise do Caso Encol frente ao Novo Código Civil e a Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11/09/1990);.....</b>	<b>45</b>
<b>3.2 O instituto do patrimônio de afetação se aplicado ao caso Encol; .....</b>	<b>48</b>
<b>3.3 Análise do caso Encol com enfoque nos principais pontos da Lei 11.101/2005 .....</b>	<b>52</b>
<b>Conclusão .....</b>	<b>58</b>
<b>Referências Bibliográficas .....</b>	<b>62</b>

## Introdução

Tem o presente trabalho o intuito de realizar um estudo sobre a atividade da Incorporação Imobiliária no Brasil.

A Incorporação Imobiliária é uma atividade de crescimento progressivo no país, sendo que esse comportamento crescente nem sempre é acompanhado de perto pelo ordenamento jurídico pátrio.

Apesar de seu crescimento, a complexidade deste negócio resta patente, como podemos observar da leitura do seguinte trecho da obra do advogado Melhim Namem Chalhub:

A atividade da incorporação não obedece a um padrão, não se ajusta a uma única modelagem de procedimentos, mas é possível identificar alguns aspectos básicos de sua estruturação e de seu desenvolvimento.<sup>1</sup>

Ou seja, são variados os procedimentos a qual se sujeita uma incorporação, fazendo-se então uma normatização geral da atividade por meio de critérios gerais básicos e de um desenvolvimento comum tido pela atividade.

Ao falar-se do seu desenvolvimento, devemos também analisar a situação de nossos grandes centros urbanos, que cada vez mais atraem pessoas não só de regiões menos favorecidas do país como também de várias partes do mundo, o que faz com que o espaço urbano não acompanhe o aumento exponencial da demanda.

O aumento do processo migratório para os grandes centros urbanos, aliado a escassez de áreas disponíveis impulsionou para que se passasse a priorizar um crescimento urbano vertical em detrimento de um crescimento horizontal.

Ao se optar por um crescimento urbano vertical, maior passa a ser a expertise do construtor destes imóveis, passando-se então a ser uma atividade

---

<sup>1</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p 20.



destinada a poucas pessoas, que além da tecnologia devida, passam cada vez mais a ter de possuir um grande capital, para se tornarem competitivas.

A aquisição de um imóvel hoje se torna cada vez mais atrativa, uma vez que as linhas de créditos cada vez mais se tornam acessíveis, podendo-se facilmente conseguir um financiamento com prazo superior a 20 anos. O que tem feito que várias famílias saiam do aluguel e passem a residir em um imóvel próprio.

Tem-se hoje no Brasil, predominância de aquisição de bem imóveis provenientes da atividade da incorporação imobiliária, tema este que tem escassa literatura jurídica e estrondoso impacto social em nosso dia a dia.

Em Brasília, cidade impulsionada pela forte valorização imobiliária apesar de a cidade possuir uma densidade demográfica muito menor do que a da cidade do Rio de Janeiro, no ano de 2009, já havia ultrapassado a capital carioca em números de obras como se pode depreender da leitura do jornal Correio Braziliense acerca do tema:

O mercado imobiliário do Distrito Federal ultrapassou o do Rio de Janeiro e, em 2009, se consolidou como o segundo do país em faturamento e em número de unidades vendidas. Os lançamentos movimentaram R\$ 11,7 milhões por dia, um total de R\$ 4,3 bilhões no ano. Cerca de 14 mil unidades ganharam o mercado brasiliense. Os números foram divulgados pelo Conselho de Corretores de Imóveis do DF (Creci-DF), com base em levantamento feito entre 10 grandes empresas do setor.<sup>2</sup>

Apesar de toda a confiança e o crescimento do mercado imobiliário, o cenário nem sempre foi esse, antes do advento da Lei 4951/1964; da promulgação da Constituição Federal de 1988; do surgimento do Código de Defesa do Consumidor; do novo Código Civil de 2002; do advento da Lei 10.931/2004 e da Lei 11101/2005, a posição do adquirente de um imóvel frente ao incorporador imobiliário era de total desproteção, uma vez que o nosso ordenamento nem mesmo conhecia a figura do incorporador imobiliário.

---

<sup>2</sup> AMORIM, Diego. *Mercado Imobiliário de Brasília já é o 2º maior do país*. Correio Braziliense, Brasília, 7 de fevereiro de 2010. Disponível em: [http://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/cidades/2010/02/07/interna\\_cidadesdf,171876/index.shtml](http://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/cidades/2010/02/07/interna_cidadesdf,171876/index.shtml)> Acesso em 17/08/2010.

Outro fato, marcante na história da incorporação imobiliária no Brasil foi à falência da construtora Encol que deixou mais de quarenta e duas mil famílias desamparadas, sem a perspectiva de reaverem seus investimentos.

Por este motivo, tem o presente trabalho o intuito de analisar a relação incorporador imobiliário/adquirente, na vigência do Código Civil de 1916 aos dias atuais, usando como paradigma o caso Encol, com o objetivo de responder a seguinte pergunta: Os adquirentes de imóveis da construtora Encol, teriam tido um diferente final a luz da nova legislação?

Para isso ao longo do trabalho que será dividido em três capítulos, pretende-se no primeiro capítulo conhecer a realidade da relação incorporador/adquirente sob o prisma do Código Civil de 1916 e na vigência do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002.

No segundo capítulo se estudará o Patrimônio de Afetação e a proteção que de fato este conferiu ao adquirente, bem como quais os incentivos que este traz ao incorporador que opta pelo regime.

Concluindo no terceiro capítulo com uma análise sob o caso Encol no ordenamento jurídico vigente, pretende-se responder a perguntar se de fato as leis vigentes, a época da falência da referida construtora, trariam aos adquirentes uma maior proteção.

## 1. Responsabilidade Civil do Incorporador Imobiliário no Direito Brasileiro

Antes de adentrar a discussão sobre a Responsabilidade Civil do Incorporador Imobiliário no Direito Brasileiro, deve-se analisar a natureza jurídica desse contrato a fim de delimitar o seu campo de estudo.

O insigne Pontes de Miranda refere-se em sua obra *Tratado de Direito Privado*, da seguinte forma sobre o negócio jurídico atinente a Incorporação Imobiliária:

O negócio jurídico ou série de negócios jurídicos que faz a incorporação é, de regra, negócio jurídico ou série de negócios jurídicos inominados; porém contém, necessariamente, promessa, opção, ou venda e compra de unidades autônomas, ou contrato de divisão material e jurídica do bem comum, com discriminação do que é diviso e do que é indiviso. O que não se arrolou como diviso tem-se por indiviso. A parte paga do preço considera-se, salvo disposição em contrário, contra-prestação que justifica continuarem por conta dos donos do terreno os impostos e taxas do terreno e por conta do vendedor das unidades autônomas, dono, ou não, do terreno, até lavrar-se a escritura hábil para a transferência da propriedade (terreno e outras partes integrantes indivisas mais unidades autônomas), os impostos e taxas que sejam concernentes ao novo edifício ou edifício remodelado ou simplesmente “dividido em unidades autônomas”.<sup>3</sup>

Ou seja, depreende-se da leitura do trecho acima que o negócio jurídico da Incorporação Imobiliária é proveniente de um emaranhado de atos e obrigações recíprocas assumidas entre o incorporador e o adquirente.

Em outro trecho da obra o nobre autor faz as seguintes considerações:

Categoria fora do direito predial. A forma ou categoria que toma a incorporação não pertence necessariamente ao direito predial. Por outro lado, os laços entre o incorporador e os adquirentes das unidades, futuras ou já feitas, são, quase sempre, de direito das obrigações; portanto, não necessariamente de venda e compra. As incorporações mais usuais são as de empresas de adquirir terreno, ou munidas de promessa de venda do terreno, podendo ser passada a escritura definitiva ao incorporador ou aos compradores, quando todas as unidades estejam vendidas. De ordinário, a escritura definitiva somente se lavra quando a empresa incorporadora, que

---

<sup>3</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado Tomo 12*. Campinas: Bookseller. 2001. p. 253. atualizado por: ALVES, Vilson Rodrigues

prende as vendas de algumas unidades (ou as simulou), entende que chegou ao final das suas especulações.

Algumas incorporações tomam a categoria jurídica das sociedades anônimas por ações; outras, a de sociedades de responsabilidade limitada; outras são incorporadoras individuais, que tudo fazem no seu próprio nome.

Se, porém, o incorporador promete vender ou vende, ainda que não tenha adquirido o terreno ou o terreno e edifício, a figura do negócio jurídico complica-se e merece ser tratada em parágrafo especial.<sup>4</sup>

Pode-se definir então diante da leitura deste trecho ser a natureza dos laços que ligam o incorporador ao adquirente de natureza eminentemente obrigacional, deve-se considerar ainda que a época em que o autor opôs tais comentários, muito pouco ainda se conhecia sob a figura deste contrato.

Tendo o direito com o passar do tempo como veremos adiante, amadurecido seu posicionamento acerca de quem é o que faz e como faz o incorporador imobiliário, ao longo dos subitens deste capítulo, poderemos acompanhar com mais precisão como se deu a evolução do instituto no Brasil.

Tomando-se por base principalmente o conceito de incorporador trazido pela Lei nº 4591/1964, bem como os conceitos de responsabilidade civil do Código Civil de 2002 e a teoria do risco do Código de Defesa do Consumidor.

### **1.1 Análise da Responsabilidade Civil do Incorporador Imobiliário no Código Civil de 1916, e com o surgimento da Lei 4591/1964**

O Código Civil de 1916 dedicou pouco espaço para a definição do conceito de responsabilidade civil, é ao defini-la o fez somente no que tange a responsabilidade subjetiva.

Constituem-se como elementos da responsabilidade civil subjetiva: dano, nexo de causalidade e a culpa.

Prova de que o antigo *codex* tão pouco se dedicou a discorrer sobre definições, é que a responsabilidade civil só aparece em um único artigo e ainda assim no tocante a responsabilidade do estado, onde que no art.16 assim prescrevia:

---

<sup>4</sup> MIRANDA, op. cit., p.261.

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano<sup>5</sup>

Ou seja, pouco se falava à época em responsabilidade civil, conceito esse que avançou principalmente com base em estudos dos doutrinadores e na jurisprudência, e atingiu seu amadurecimento com o advento da Constituição Federal de 1988.

Mais árduo ainda se tornou o caminho de definir a responsabilidade civil do incorporador imobiliário naquela época, uma vez que a atividade só foi regulamentada no Brasil a partir da edição da Lei 4591/1964, ou seja, antes da Carta Magna de 1988 e na vigência de um Código Civil omissivo quanto a essa atividade.

O ilustre doutrinador Caio Mário da Silva Pereira ao tratar sobre a incorporação imobiliária aquela época afirmou que “[...] o incorporador existiu antes de o direito ter cogitado dele.”<sup>6</sup>

Deixando claro que o direito não acompanhou o surgimento desta atividade, passando apenas a tardiamente defini-la, o que ainda assim o fez de maneira vaga e imprecisa, fazendo surgir muitas dúvidas sobre a pessoa do incorporador.

Ainda na obra de Caio Mário, ao discorrer sobre a figura do incorporador imobiliário, chega-se à conclusão de o que havia na verdade, era uma grande dúvida sobre o que de fato era esta atividade, haja vista que muitas vezes era a mesma confundida com a corretagem de imóveis.<sup>7</sup>

A incorporação imobiliária a época funcionava basicamente assim: determinada pessoa procurava o dono do terreno que pudesse abrigar a construção do prédio, geralmente propondo ao mesmo participação na venda das unidades a

---

<sup>5</sup> BRASIL. *Código Civil de (1916)*. Código Civil Brasileiro: sancionado em 1º de Janeiro de 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm) . Acesso em: 19/09/2011.

<sup>6</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.231

<sup>7</sup> PEREIRA, op. cit. , p.234.

serem negociadas como pagamento pela área. A mesma pessoa que firmava o contrato com o proprietário do lote (incorporador) se responsabilizava pela construção ou buscava uma parceria com um construtor, para dar seguimento à obra. Os adquirentes compravam as unidades por meio de um contrato de compra e venda o que tornava esta relação jurídica extremamente frágil, sendo que os contratos provenientes da obra eram firmados em nome dos adquirentes, e na maioria das vezes os memoriais de incorporação quando existiam, não eram registrados nos cartórios competentes.<sup>8</sup>

Com o advento da lei 4591/1964 este cenário passou por significativa mudança, uma vez que se definiu mesmo que de maneira muito ampla quem é o incorporador imobiliário passando-se então, a saber, o que por ele é feito, assim como nos traz o artigo 29 da referida lei que assim diz:

Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.<sup>9</sup>

Ou seja, ainda que de forma imprecisa, passou-se a conhecer quem é a pessoa do incorporador imobiliário e o que por ela é feito. Caio Mário em sua obra cita outro conceito por ele proposto a época como mais conveniente e menos abrangente que teria a seguinte redação:

Considera-se incorporador e se sujeita aos preceitos dessa lei toda pessoa física ou jurídica que promova a construção para alienação total ou parcial de edificação composta de unidades autônomas, qualquer que seja a sua natureza ou destinação.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Contratos em Espécie*. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 471.

<sup>9</sup> BRASIL. Lei sobre os condomínios em edificações e a incorporação imobiliária: sancionada em 16 de dezembro de 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm). Acesso em 19/09/2011

<sup>10</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 233.

O advogado Hyltom Pinto de Carvalho Filho, em artigo sobre o tema refletindo acerca do prescrito no artigo 29 da Lei 4591/1964 assim se manifesta:

A despeito de não ser um dispositivo elaborado com impecável primor técnico, a redação do art. 29 abarca todos os atos incutidos no complexo ato de incorporação, permitindo que qualquer operador do Direito, em especial um julgador, consiga visualizar se determinados atos empreendidos no âmbito do mercado imobiliário possam ou não ser enquadrados no conceito de incorporação e, por conseguinte, sobre eles sejam aplicadas todas as demais previsões contidas na legislação específica.<sup>11</sup>

Portanto, chega-se a conclusão que apesar de a redação do artigo não ter sido plenamente satisfatória, uma vez que não primou pelo rigor técnico, conseguiu ao menos delimitar o campo de ação do incorporador, fazendo com que fosse possível identificar se aquela atividade exercida era ou não uma atividade de incorporação.

Adiante em seu já citado artigo, o advogado Hyltom Filho propõe a seguinte discussão acerca da definição do incorporador:

O conceito que entendo melhor calhar para a figura do incorporador é o da pessoa física ou jurídica que promove a **atividade de venda** de frações ideais de terreno, vinculadas a unidades imobiliárias autônomas, em condomínio edilício de qualquer natureza, que seja objeto de projeto de construção, ou esteja em fase de construção, com a promessa de entrega do bem em prazo certo e ajustado. A corroborar com nosso entendimento de que a incorporação é, na essência, uma atividade de venda, está a opinião da doutrina no sentido de que **"a incorporação se configura no momento em que é vendida uma fração ideal do terreno com a finalidade precípua de ser atribuída a unidade autônoma do edifício a ser construído**, ou em construção, sob regime condominial, presumindo-se a vinculação dessa venda (parágrafo único do citado artigo) ao negócio da construção, quer exista projeto aprovado, quer ainda pendente de aprovação. Efetuando a venda da fração ideal do terreno, nesse caso, o alienante já é, por lei, considerado incorporador. Portanto, nem é preciso dizer no contrato de venda da fração ideal do terreno que o alienante a destinou a determinada unidade autônoma do futuro edifício. Desde que existente um projeto, mesmo pendente de aprovação pelo Poder Público, presume-se que a alienação teve em vista uma incorporação imobiliária, respondente automaticamente o alienante como incorporador" (g.n. Apud FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Niske. *Incorporações*

---

<sup>11</sup> FILHO, Hyltom Pinto de Carvalho. *Boletim do Direito Imobiliário*. Junho de 2011. número 11. Rio de Janeiro: Diário das Leis, p.8.

*Imobiliárias*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 24).  
(grifou-se)<sup>12</sup>

O autor ao analisar a situação da incorporação em seu artigo, salienta que a atividade da incorporação tem o seu cerne na alienação de unidades autônomas, começando daí as obrigações do incorporador com os adquirentes, uma vez que o mesmo (autor) defende ser a incorporação uma operação de venda com entrega em prazo certo e ajustado.<sup>13</sup>

De certo é que a responsabilidade civil do incorporador imobiliário em um primeiro momento chegou a ser inexistente, uma vez que o direito não conhecia esta atividade, buscava-se muitas vezes aproximar o incorporador imobiliário do corretor de imóveis, deixando-se assim o adquirente totalmente desamparado, situação essa que assim como suso demonstrado passou por significativa mudança com o advento da lei 4591/1964 e posteriormente com a promulgação da Carta Magna de 1988.

Passaremos adiante a analisar as mudanças trazidas pelo Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor nesta relação incorporador/adquirente.

## **1.2 O advento do Código Civil de 2002 e a definição do conceito de Responsabilidade objetiva e as mudanças para o Incorporador Imobiliário.**

O Código Civil de 2002 trouxe profundas mudanças para o direito privado, antes de adentrar na discussão da Responsabilidade Civil objetiva e sua definição trazida pelo novo diploma é importante retratar o contexto histórico que envolveu na promulgação do novo *codex*.<sup>14</sup>

O Código Civil de 1916, que passou a vigorar no ano subsequente a sua promulgação, trazia segundo as palavras do autor Gustavo Tepedino o seguinte pensamento:

---

<sup>12</sup> FILHO, op. cit., p. 13.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>14</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.21.



O código civil, como se sabe, quando entrou em vigor, em 1917, refletia o pensamento dominante das elites européias do século XIX, consubstanciado no individualismo e no liberalismo jurídicos. O indivíduo, considerado sujeito de direito por sua capacidade de ser titular de relações patrimoniais, deveria ter plena liberdade para a apropriação, de tal sorte que o direito civil se estruturava a partir de dois grandes alicerces, o contrato e a propriedade, instrumentos que asseguravam o tráfego jurídico com vistas à aquisição e à manutenção do patrimônio.<sup>15</sup>

Ao se analisar as palavras do autor depreende-se que o antigo código tinha para os tempos de hoje uma visão restrita das relações privadas, tendo sido elaborado em um período onde se buscava muito mais a segurança jurídica, do que a própria realização da justiça.

Com a evolução das relações entre as pessoas e o forte avanço tecnológico enfrentado, passou o antigo código a não suprir a demanda e a complexidade das relações que passavam a se formar sendo então necessário que o legislador pátrio, não tivesse outra saída a não ser o de buscar um sistema mais moderno que pudesse atender as demandas do país.

Antes, porém do Código de 2002, a Constituição Federal de 1988, avançou bastante na definição do conceito de responsabilidade civil, uma vez que organizou o sistema de responsabilidade, não tendo como cerne o ofensor e sim o ofendido. Essa mudança de foco acabou por impulsionar a objetivação do conceito de responsabilidade, o que foi de suma importância para a busca da justiça como podemos depreender dos dizeres de Sérgio Cavalieri Filho:

A teoria subjetiva não mais era suficiente para atender a essa transformação social ocorrida em nosso século: constataram que, se a vítima tivesse de provar a culpa do causador do dano, em numerosíssimos casos ficaria sem indenização, ao desamparo, dando causa a outros problemas sociais.<sup>16</sup>

Chega-se a conclusão então de que o nosso sistema jurídico neste momento passe de um pensamento individualista para um pensamento solidário.

---

<sup>15</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 116

<sup>16</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.133.

Apesar de no Código de 2002, estar preceituado a predominância da responsabilidade civil subjetiva, como se pode depreender da leitura de seu artigo 186 que assim dispõe:

Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.<sup>17</sup>

Resta claro, que cada vez mais se vê na prática crescente objetivação da responsabilidade civil, tendo o ilustre doutrinador Rui Stoco em sua obra *Tratado de Responsabilidade Civil*, com muito primor debatido sobre o tema:

Nessa seara delimitada pela exigência de uma reparação e de valorização do dano (que se fez centro e para o qual as luzes se dirigem) – para que a vítima esteja sempre e sempre protegida e ressarcida, e considerando o desenvolvimento do risco e a fragmentação e anonimato das relações sociais viu-se a velha responsabilidade civil obrigada a encontrar outros supedâneos e fundamentos, diversos da chamada culpa individual, inferida de um comportamento sobre o qual o agente teria algum poder de opção, procurando, todavia, ocultar a culpa social que a substituiu.<sup>18</sup>

O artigo 927 do vigente código em seu parágrafo único definiu as hipóteses de responsabilidade sem a culpa, nos casos onde ocorrem atividades perigosas ou que ensejem risco ou quando for o perigo inerente a própria atividade.

Na responsabilidade civil objetiva exclui-se a culpa, basta que haja o nexos causal e o dano para que nasça o dever de reparar, tem se aí à chamada teoria do risco, onde mesmo que sem culpa pode vir a ser o dono de uma empresa responsável a indenizar a falta cometida por seu funcionário.

A evolução desse conceito é um fenômeno não só do direito brasileiro, como exemplo pode se citar o artigo 1383 do Código Civil Francês que assim expressa:

Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa negligence ou par son imprudence.

---

<sup>17</sup> BRASIL. *Código Civil Brasileiro (2002)*: sancionado em 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em 20/09/2011

<sup>18</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 158.

“Cada um é responsável pelo dano que provocou não somente por sua culpa, mas ainda por sua negligência ou por sua imprudência”.<sup>19</sup>

A responsabilidade civil objetiva é hoje uma realidade crescente em nosso direito, sendo este um avanço que deve ser muito celebrado por garantir muitas vezes uma justa reparação em casos que o ofendido não teria meios de produzir provas.

No tocante a Incorporação Imobiliária a Lei 4591/1964, em seu artigo 43, inciso II, traz as hipóteses onde inicialmente o incorporador será responsabilizado, a saber:

II - responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras, cabendo-lhe ação regressiva contra o construtor, se for o caso e se a este couber a culpa,<sup>20</sup>

Também se encontram, listadas como obrigações do Incorporador nos incisos do artigo 32 da referida lei, que assim preceituam:

I - informar obrigatoriamente aos adquirentes, por escrito, no mínimo de seis em seis meses, o estado da obra;

[...]

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 destes;

IV - é vedado ao incorporador alterar o projeto, especialmente no que se refere à unidade do adquirente e às partes comuns, modificar as especificações, ou desviar-se do plano da construção, salvo autorização unânime dos interessados ou exigência legal;

V - não poderá modificar as condições de pagamento nem reajustar o preço das unidades, ainda no caso de elevação dos preços dos materiais e da mão-de-obra, salvo se tiver sido expressamente ajustada à faculdade de reajustamento, procedendo-se, então, nas condições estipuladas;

---

<sup>19</sup> CÓDIGO CIVIL FRANCÊS, apud, STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 158.

<sup>20</sup> BRASIL. Lei sobre os condomínios em edificações e a incorporação imobiliária: sancionada em 16 de dezembro de 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm). Acesso em 19/09/2011;

VI - se o incorporador, sem justa causa devidamente comprovada, paralisar as obras por mais de 30 dias, ou retardar-lhes excessivamente o andamento, poderá o Juiz notificá-lo para que no prazo mínimo de 30 dias as reinicie ou torne a dar-lhes o andamento normal. Desatendida a notificação, poderá o incorporador ser destituído pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal que couber, sujeito à cobrança executiva das importâncias comprovadamente devidas, facultando-se aos interessados prosseguir na obra (VETADO).

VII - em caso de insolvência do incorporador que tiver optado pelo regime da afetação e não sendo possível à maioria prosseguir na construção, a assembléia geral poderá, pelo voto de 2/3 (dois terços) dos adquirentes, deliberar pela venda do terreno, das acessões e demais bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação, mediante leilão ou outra forma que estabelecer, distribuindo entre si, na proporção dos recursos que comprovadamente tiverem aportado, o resultado líquido da venda, depois de pagas as dívidas do patrimônio de afetação e deduzido e entregue ao proprietário do terreno a quantia que lhe couber, nos termos do art. 40; não se obtendo, na venda, a reposição dos aportes efetivados pelos adquirentes, reajustada na forma da lei e de acordo com os critérios do contrato celebrado com o incorporador, os adquirentes serão credores privilegiados pelos valores da diferença não reembolsada, respondendo subsidiariamente os bens pessoais do incorporador. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004).<sup>21</sup>

A Lei 4591/1964, também traz para o incorporador em seu artigo 35 alguns prazos que este possui para celebrar determinados contratos que, a saber, são: 45 dias do término do prazo de carência, se houver, para promover a celebração do contrato referente a fração ideal do terreno, assim como o contrato de construção e a convenção de condomínio está de acordo com a alínea “i” do artigo 32 *in verbis*:

Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos: i: discriminação das frações ideais de terreno com as unidades autônomas que a elas corresponderão. (Vide Lei nº 4.864/65 que altera o prazo máximo concedido ao incorporador para 60 (sessenta) dias.<sup>22</sup>

Apesar de todas estas obrigações trazidas pela Lei 4591/1964, deve-se ressaltar que a atividade exercida pelo incorporador imobiliário está

---

<sup>21</sup> BRASIL. Lei sobre os condomínios em edificações e a incorporação imobiliária: sancionada em 16 de dezembro de 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm). Acesso em 19/09/2011;

<sup>22</sup> BRASIL. Lei sobre os condomínios em edificações e a incorporação imobiliária: sancionada em 16 de dezembro de 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm). Acesso em 19/09/2011;

abarcada pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, uma vez que assumida uma obrigação de fazer, o adquirente paga determinada quantia, ficando o incorporador obrigado a em determinado prazo a entregar aquela unidade concluída como constante do memorial descritivo do imóvel, mesmo que a mora não se dê por sua culpa, e sim, por algum profissional por ele contratado, e da natureza de sua atividade que o mesmo (incorporador) suporte todos os riscos dela advindos.

O Código Civil vigente, peca ao não prever em nenhum momento a responsabilidade civil do incorporador imobiliário, apenas o faz quanto ao empreiteiro em seu artigo 618, que assim dispõe:

Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.  
Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.<sup>23</sup>

Cabe ressaltar primeiro que os cinco anos do *caput* do artigo não é um prazo decadencial, é sim um prazo irredutível de garantia que deve ser prestada pelo empreiteiro. Sendo sim um prazo decadencial previsto no parágrafo único do artigo que elucida que se o autor do descobrimento do vício não propuser a ação cabível contra o empreiteiro perdera o direito de fazê-lo.<sup>24</sup>

Quando o empreiteiro não participa apenas com seu trabalho e, também, com o fornecimento de materiais correm por sua conta todos os riscos até o momento da entrega da obra.<sup>25</sup>

As obrigações legais do incorporador resultam principalmente da lei 4591/64, como suso descrito, apesar de o empreiteiro não se eximir de responsabilidade, responde também o incorporador por qualquer problema na obra, uma vez que ele se faz substituir na execução da mesma (obra), tendo legitimidade o proprietário para reclamar os defeitos em sua unidade autônoma, e o condomínio nas partes comuns.

---

<sup>23</sup> BRASIL. *Código Civil Brasileiro (2002)*: sancionado em 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em 20/09/2011

<sup>24</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Contratos em Espécie*. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.231.

<sup>25</sup> VENOSA, op. cit., p. 211.

Prova disso, é o entendimento da jurisprudência, como exemplo podemos citar a ementa do processo nº 0054492-31.2004.807.0001 do TJDF, que teve a relatoria do Desembargador Natanael Caetano, que reformou decisão de primeira instância que excluía o incorporador do pólo passivo como podemos ver:

APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DEFEITOS CONSTATADOS NA CONSTRUÇÃO DO EDIFÍCIO. OBRIGAÇÃO DO CONSTRUTOR EM ENTREGAR A OBRA COM SOLIDEZ E SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROPRIETÁRIO E DO INCORPORADOR DO EDIFÍCIO. PROVIMENTO DO RECURSO. RESPONDEM PELOS DEFEITOS DE CONSTRUÇÃO SURGIDOS NO EDIFÍCIO TANTO O CONSTRUTOR QUANTO O INCORPORADOR EM REGIME DE SOLIDARIEDADE, POIS ESTE ÚLTIMO, AINDA QUE NÃO TENHA PARTICIPADO DA SUA CONSTRUÇÃO, É AQUELE QUE APARECE NA RELAÇÃO CONTRATUAL PERANTE OS ADQUIRENTES DAS UNIDADES AUTÔNOMAS INTEGRANTES DO EMPREENDIMENTO COMO O RESPONSÁVEL PELA ENTREGA DO IMÓVEL COM GARANTIA DE SOLIDEZ E SEGURANÇA. A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ESTÁ CONSAGRADA NO ART. 942 DO CÓDIGO CIVIL VIGENTE (CORRESPONDÊNCIA LEGISLATIVA: ART. 1.518, PARÁGRAFO ÚNICO DO CC/16) E NA LEI 4.591/64, EM SEUS ARTIGOS 29, 30 E 31.

POR ESTA RAZÃO QUE SE IMPÕE A REFORMA DA SENTENÇA RECORRIDA PARA JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO CONSTANTE DA INICIAL, PORQUANTO NÃO HAJA DÚVIDAS QUANTO À RESPONSABILIDADE DO RÉU, COMO INCORPORADOR DO EDIFÍCIO, PELOS DEFEITOS APRESENTADOS NA ESTRUTURA DA CONSTRUÇÃO DO EDIFÍCIO, SURGIDOS EM PERÍODO INFERIOR AO DETERMINADO PELO ART. 618 DO CÓDIGO CIVIL (CORRESPONDÊNCIA LEGISLATIVA: ART. 1.245 CC/16). RECURSO DE APELAÇÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO À UNANIMIDADE.

Essa matéria também já foi levada a conhecimento do STJ, que também defendeu a posição de que o incorporador é responsabilizado por todos os acontecimentos decorrentes da obra como se pode ver, pelo acórdão do Resp nº 1989/0012020-4 de relatoria do Ministro Fontes de Alencar:

INCORPORAÇÃO IMOBILIARIA. DEFEITOS DE CONSTRUÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO.  
I - DEFEITOS DE CONSTRUÇÃO QUE OFENDEM A SEGURANÇA E A SOLIDEZ DA OBRA. SÃO COMPOSSIVEIS O ART. 1245 DO CODIGO CIVIL E O ARTIGO 43, II, DA LEI N. 4.591/64, QUE NÃO EXAUSTA A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INCORPORADOR, MAS RESGUARDA DA FALTA DE EXECUÇÃO OU DO

RETARDAMENTO INJUSTIFICADO DA OBRA O ADQUIRIDOR DE UNIDADE AUTONOMA.

II - A PRESCRIÇÃO, NÃO SENDO A AÇÃO REDIBITORIA NEM QUANTI MINORIS, MAS DE COMPLETA INDENIZAÇÃO, E VINTENARIA (ART. 177, DO CODIGO CIVIL).

III - A NATUREZA DA VIA ESPECIAL OBSTA A REDISCUSSÃO DE MATERIA DE FATO. ART. 1222 DO CODIGO CIVIL, NÃO PREQUESTIONADO. DISSIDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. ART. 255, PARAGRAFO UNICO, REGIMENTO INTERNO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUMULAS NS. 279, 282, 291 E 369 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

IV - RECURSOS ESPECIAIS NÃO CONHECIDOS.

Ante ao exposto, chega-se a conclusão, que o incorporador imobiliário responde pelos riscos de sua atividade, não se eximindo por falha de seus substitutos. Esse amadurecimento trazido pelo Código Civil de 2002, sem dúvida alguma traz aos adquirentes um maior respaldo, haja vista, que muitas pessoas aplicam grande parte de seus patrimônios, se não sua totalidade na aquisição de imóveis.

### **1.3 O Código de Defesa do Consumidor e a teoria do risco para o Incorporador**

Antes de discutir a teoria do risco para o incorporador imobiliário, faz-se necessário traçar o paralelo que fez surgir a necessidade de criação de um Código de Defesa do Consumidor no Brasil.

Mesmo antes da promulgação da carta magna de 1988, já surgia no país à necessidade de se dar uma maior proteção ao consumidor. Vendo isso, o Ministério da Justiça constituiu uma comissão de juristas cujo trabalho dessa comissão trouxe como fruto o anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, que veio posteriormente a ser aprovado por meio da Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990.<sup>26</sup>

O Desembargador Paulo de Tarso Sanseverino em sua obra *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, assim aduz sobre o CDC:

---

<sup>26</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.25.

O CDC não se limitou, contudo, apenas em estabelecer regras sobre a responsabilidade civil do produtor. Aproveitou a oportunidade para regular também, sob a mesma sistemática, a responsabilidade civil do fornecedor de serviços. Ainda avançando em relação ao direito europeu, conferiu uma proteção mais ampla ao consumidor, restringindo as causas de exclusão da responsabilidade do fornecedor e acolhendo o princípio da reparação integral dos danos. Assim, o CDC, em seus arts. 12 a 17, regulamenta a responsabilidade civil dos fornecedores (fabricantes, produtores, construtores, prestadores de serviço) por danos causados por produtos ou serviços defeituosos.

No art. 12 do CDC, ficou estabelecida a responsabilidade pelo fato do produto, transpondo para o direito brasileiro, de forma ampliada, as normas da diretiva europeia sobre a responsabilidade do produtor por danos causados por produtos defeituosos. No seu art. 14, houve a consagração da responsabilidade pelo fato do serviço, estendendo-se o mesmo regime de responsabilidade civil do produtor aos danos causados por serviços defeituosos. Instituiu-se, assim, no direito brasileiro, a regulamentação legislativa para amplo controle dos danos provocados por acidentes de consumo decorrentes de produtos ou serviços defeituosos.<sup>27</sup>

Depreende-se da leitura do texto, que o Código de Defesa do Consumidor, trouxe uma ampla proteção ao consumidor em sua relação com os executores de serviço, produtores, construtores e etc, fazendo com que os mesmos fossem responsabilizados pelas falhas na execução ou defeitos apresentados dentro de suas atividades, sendo então o CDC, complementar a Constituição Federal de 1988, que já apresentava sinais de uma objetivação da responsabilidade e preconizava sobre a defesa do consumidor em seu artigo 5º, inciso XXXII.

O artigo 3º do CDC traz a seguinte definição:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.<sup>28</sup>

O artigo abarca em seu escopo todos aqueles que ofereçam bens ou serviços no mercado, caso este facilmente aplicável ao incorporador imobiliário.

Ao ser editada a lei 4591/1964, buscou identificar a figura do incorporador imobiliário, com o intuito de trazer aos adquirentes de imóveis por esta

<sup>27</sup> SANSEVERINO, op. cit.p.25.

<sup>28</sup> BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*: sancionado em 11 de setembro de 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)> Acessado em: 24/09/2011.



prática uma maior proteção, uma vez que o descrédito que passou a cercar esta atividade, pois em risco o desenvolvimento da mesma (incorporação imobiliária).

Os artigos 2º e 4º do Código de Defesa do Consumidor, bem definem a situação do adquirente como consumidor final, e sua vulnerabilidade frente ao incorporador como vemos a seguir:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo<sup>29</sup>

O adquirente de um imóvel é de fato o destinatário final daquele bem, e praticamente na totalidade dos casos hipossuficiente tanto tecnicamente quanto financeiramente frente ao incorporador imobiliário, devendo sim ser amparado pelo Código de Defesa do Consumidor, tendo uma maior proteção e garantia de reparação de eventuais danos que possam decorrer dessa relação comercial.

O entendimento da teoria do risco no Código de Defesa do Consumidor vai de encontro ao suso discutido quanto ao Código Civil de 2002. Deve-se ressaltar, porém que a legislação consumerista, foi a primeira a trazer este entendimento ao nosso ordenamento jurídico, tendo o mesmo amadurecido após a promulgação do novo *codex* civil.<sup>30</sup>

Sobre a teoria do risco, cabe-se ressaltar que é uma teoria surgida na França no fim do século XIX, feita com base em probabilidades de dano, ou seja,

---

<sup>29</sup> BRASIL. op. cit.

<sup>30</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.45

aquele que exercia uma atividade capaz de gerar danos deveria estar apto a suportá-los.<sup>31</sup>

As correntes contrárias a aplicação da teoria do risco, alegam que sua aplicação gera uma desigualdade entre as partes uma vez que se valoriza a figura da vítima do dano, em detrimento do fornecedor ou prestador, o que negaria o princípio da justiça social.<sup>32</sup>

Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra sobre responsabilidade civil assim se manifesta sobre a teoria do risco:

Assim, pode-se aferir que a **teoria do risco** constitui um avanço no campo de apuração da responsabilidade dos fornecedores de produtos, vez que se baseia na posição de superioridade da empresa/empresário em face dos consumidores, nos riscos que submetem a sociedade de consumo e na expectativa legítima que geram nos consumidores. Dessa maneira, diante destes fatores, o dever de assumir os riscos da atividade econômica, sejam eles diretos ou indiretos, impõe-se de forma necessária e justa. (grifou-se)<sup>33</sup>

Ao se analisar o posicionamento do autor, depreende-se que o mesmo tem entendimento consonante com a atual jurisprudência, uma vez que considera que o empresário detém na maioria dos casos superioridade ao menos técnica em face do consumidor, devendo-se então o ordenamento jurídico se adequar a essas diferenças dando meios para que o lado mais frágil dessa relação consiga defender seus direitos de forma mais igualitária.

No tocante a incorporação imobiliária, fica clara a situação de desigualdade, uma vez que os vícios apresentados pelos imóveis não são aparentes, sendo de difícil constatação pelo adquirente no ato de recebimento, devendo os mesmos ao serem descobertos ficar abarcados dentro da seara dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

A advogada Bárbara Heliodora de Avellar Peralta, ressalta ainda em artigo sobre o tema, que mesmo com o prazo em lei de 5 anos de garantia da

---

<sup>31</sup> SANSEVERINO, op. cit., p. 46.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 48.

<sup>33</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.212.

construção do imóvel, pode ser o incorporador imobiliário após este prazo responsabilizado por defeito que venha a aparecer desde que decorrente da obra:

Deve atender ainda a um prazo normal e razoável com as características do produto, portanto, se o defeito aparecer após o prazo de 5 anos, consoante artigo 27 do CDC, sendo um defeito decorrente da obra, o fornecedor será obrigado a reparar o dano.<sup>34</sup>

A autora ainda traz em seu artigo várias jurisprudências, que corporificam a idéia de que de fato está à atividade do incorporador imobiliário sujeita a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, como vemos a seguir:

**“INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA – CONTRATO – CLÁUSULA ABUSIVA. O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/1964), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva (...)(4ª Turma., REsp 80.036, Min. Ruy Rosado) DES. MAURO DICKSTEIN - JULGAMENTO: 31/03/2009 - DECIMA SEXTA CAMARA CIVEL ORDINÁRIA. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA (...) EM UM DIÁLOGO ENTRE FONTES COM AS DEMAIS NORMAS PERTINENTES. PRELIMINAR DE EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA QUE IMPÕE A UTILIZAÇÃO DE ARBITRAGEM, AFASTADA POR VIOLAR O ART. 51, VII, DO CDC. PRECEDENTES DO C.STJ. APLICAÇÃO DA TEORIA DA BASE OBJETIVA, QUE NÃO EXIGE QUE OS FATOS SUPERVENIENTES SEJAM EXTRAORDINÁRIOS E IMPREVISÍVEIS, MAS, TÃO-SOMENTE, A CONFIGURAÇÃO DA ONEROSIDADE EXCESSIVA, TAL COMO PREVISTA NO ART. 6º, V, DO CDC., E DEMONSTRADA NA ESPÉCIE. CLÁUSULA LIMITADORA DA MAIOR PARTE DA RESTITUIÇÃO QUE SE AFIGURA, IGUALMENTE, ABUSIVA (ART. 51, II, E IV, DO CDC.), DEVENDO SER RESTITUÍDO O RESPECTIVO PERCENTUAL DETERMINADO NA SENTENÇA, REDUZINDO-SE EQUITATIVAMENTE A CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA, NA FORMA DO ART. 413, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002(...) 2009.001.06634 - APELACAO - 1ª EMENTA (grifou-se)<sup>35</sup>**

Adiante ainda com base no já citado artigo, conclui a advogada sobre a aplicação do CDC no contrato de incorporação imobiliária da seguinte forma:

<sup>34</sup> PERALTA, Bárbara Heliodora de Avellar. *A Responsabilidade Civil do Incorporador e do Construtor, sob o Ponto de Vista Consumerista*. Disponível em: <  
[http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6628/A\\_Responsabilidade\\_Civil\\_do\\_Incorporador\\_e\\_do\\_Construtor\\_sob\\_o\\_Ponto\\_de\\_Vista\\_Consumerista](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6628/A_Responsabilidade_Civil_do_Incorporador_e_do_Construtor_sob_o_Ponto_de_Vista_Consumerista)> Acesso em: 21/05/2011.

<sup>35</sup> PERALTA, op. cit.

Diante do exposto, forçoso concluir que o contrato de incorporação imobiliária deve ser analisado conjuntamente com o Código de Defesa do Consumidor.

A afirmativa ganha pujança especial tendo em vista que o nosso Código Consumerista foi elaborado para nortear as relações jurídicas com a segurança que se espera de qualquer relação contratual, pois devido ao patamar diferenciado em que se encontram as empresas e os consumidores, estes realmente mereciam normas diferenciadas que as equiparem.

Perseverando pelos princípios protetivos do consumidor, devemos analisar cautelosamente as relações jurídicas consumeristas, pois inúmeras formas de cláusulas abusivas se apresentam com a difusão dos contratos de adesão e na maioria das vezes os fornecedores, mesmo sabendo serem abusivas continuam prevendo-as expressamente, pois apostam na tentativa de ludibriar senão todos, alguns consumidores mais desinformados, o que é muito comum em nosso país devido ao baixo grau de instrução da população.<sup>36</sup>

Ao se analisar, a relação incorporador/adquirente, nota-se clara desigualdade, tanto técnica como financeira na maior parte dos casos, vem a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, tornar mais justa esta relação. A inversão do ônus da prova surge como grande aliada do consumidor neste caso, uma vez que por possuir o domínio técnico ou ter o terceirizado a quem o possua deverá o adquirente comprovar que aquele dano, não adveio da obra e sim de um possível mau uso por parte do proprietário.<sup>37</sup>

Ademais, ao exercer uma atividade que por si só o coloca em situações de causar danos a terceiros, deverá o incorporador imobiliário estar apto e preparado a suportá-los, sob pena de gerar prejuízos sem ressarcimento ao consumidor, por tais considerações resta claro que o Código de Defesa do Consumidor surge como um grande instrumentalizador da justiça e do equilíbrio social nesta relação comercial, devendo ser defendida sempre sua aplicação nos danos decorrentes desta relação.

#### **1.4. Evolução histórica da relação Incorporador/Adquirente em vista do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002;**

Ao relacionar-se, todo o descrito nos pretéritos tópicos, chegou-se a várias conclusões que serão adiante expostas sobre a evolução histórica da relação

---

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> Ibidem.

incorporador imobiliário/adquirente, através principalmente da promulgação do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002.

Como falado no item 1.1, o direito apenas foi conhecer do incorporador, após um longo período, o que gerou por muito tempo uma irresponsabilidade civil para a figura do incorporador.

A lei 4591/64, ao definir o conceito de incorporador imobiliário em seu artigo 29, e ao definir obrigações para o mesmo (incorporador) em seus artigos 32/43 entre outros. Passou então a trazer uma maior segurança para o adquirente e o mercado imobiliário de uma forma em geral, que passou então, a saber, o que esperar da figura do incorporador imobiliário.

O Código de Defesa do Consumidor, que trouxe pela primeira vez ao nosso ordenamento a chamada teoria do risco, foi de fundamental importância para o adquirente de imóveis, uma vez que trouxe ao mesmo o conceito da hipossuficiência técnica frente ao incorporador. Invertendo o ônus da prova quando surgem danos no imóvel ou dentro da relação contratual, proporcionando uma maior proteção ao consumidor e dando uma maior segurança jurídica nesta relação comercial.<sup>38</sup>

O Código Civil de 2002 pecou a não dispor em seus artigos em nenhum momento sobre a Responsabilidade Civil do Incorporador Imobiliário, ficando os liames responsórios do incorporador regidos ainda pela Lei 4591/1964. Mas deve-se, ressaltar, que apesar da citada omissão de muita valia, serviu a promulgação do Código Civil de 2002, para esta relação, haja vista que o novo diploma legal, versou de forma clara sobre a responsabilidade objetiva, reforçando a idéia já trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, abarcando entre essas atividades onde deve o empresário estar apto a arcar com o risco de sua atividade, a incorporação imobiliária, haja vista que do recebimento do valor fixado assume o incorporador a obrigação de entregar bem anteriormente definido e determinado em prazo certo ao adquirente.

---

<sup>38</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.96.

Deve-se ressaltar ainda, que este capítulo introdutório, tratou da Incorporação Imobiliária acerca da Lei nº 4591/1964, do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, entretanto ainda serão discutidas neste trabalho a importância das Leis 10931/2004 que versa sobre o Patrimônio de Afetação e da Lei 11.101/2005 que versa sobre a Falência e Recuperações de Empresas, e tem espaço especial dedicado as construtoras e incorporadora de imóveis, além de se fazer a análise do caso Encol, a luz dos novos institutos.

## 2 Patrimônio de Afetação

O objetivo primaz deste novo instrumento foi garantir aos adquirentes de unidades autônomas, uma maior segurança de que de fato não verão o sonho de ter seu empreendimento concluído frustrado.

O autor do projeto da Lei de Afetação, o advogado Melhim Namem Chalhub, em sua obra que versa sobre a Incorporação Imobiliária assim define o objetivo do instituto:

O “patrimônio de afetação” visa proteger a incorporação afetada contra os riscos patrimoniais de outros negócios da empresa incorporadora, visando a que seus eventuais insucessos em outros negócios não interfiram na estabilidade econômico-financeira da incorporação afetada.<sup>39</sup>

Nota-se então que vem o patrimônio de afetação, instituir uma espécie de blindagem entre o patrimônio comum da incorporadora e o patrimônio do empreendimento afetado.

Sabe-se ainda segundo o pensamento do nobre autor que esse regime vem assegurar a conclusão da obra e a entrega das unidades aos adquirentes, quando de sua instituição surge-se um destaque patrimonial que passa a ter uma destinação específica. A Comissão de Representantes dos adquirentes passa então a contar com uma grande importância, como a de assumir a administração da obra em caso de atraso injustificado do incorporador.<sup>40</sup>

Passaremos adiante a uma melhor análise das mudanças trazidas por este instituto bem como uma análise de seus requisitos e extensão.

---

<sup>39</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 62.

<sup>40</sup> CHALHUB, op. cit., p. 63.

## 2.1 Análise dos impactos provocados pelo novo instituto

No dia 04/09/2001, através da Medida Provisória nº 2.221, editada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, foi instituído o chamado Patrimônio de Afetação.<sup>41</sup>

Tal medida se deu, para que os adquirentes de bens imóveis tivessem uma maior proteção, haja vista que o cenário a época era de quebra de varias incorporadoras nacionais, com destaque evidentemente para a quebra da construtora Encol.

Assim escreve em artigo o Professor Hercules Agharian sobre o Patrimônio de Afetação:

Este novo sistema de direito real de garantia oferece oportunidade ao incorporador para destacar de seu patrimônio, ou de terceiros parceiros, um conjunto de bens que será reconhecido como patrimônio autônomo. Constituído pelos recursos obtidos com a comercialização das futuras unidades, pelas benfeitorias a serem agregadas a suas receitas, ou mesmo o próprio imóvel sobre o qual venha a ser edificada a incorporação. Este patrimônio constituído responderá, quando necessário, por quebras e outras indenizações surgentes por culpa do incorporador, em favor dos referidos promitentes-compradores, ficando imune, aliás, às responsabilidades pessoais daquele, como se verá.<sup>42</sup>

Ou seja, através do patrimônio de afetação o incorporador tem a oportunidade de deixar alguns de seus bens separados de seu patrimônio incluindo-se o próprio imóvel onde está sendo edificada a incorporação, para que este bem em caso de quebra do incorporador seja revestido em favor dos adquirentes.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> FILHO, Vicente de Paula. et al. . *Incorporação Imobiliária & Patrimônio de Afetação*. 5ª Ed. Curitiba: Juruá, 2009. p.13.

<sup>42</sup> AGHARIAN, Hércules. *Curso de Direito Imobiliário*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 278.

<sup>43</sup> AGHARIAN, op. cit., p. 282.



São considerados como recursos afetáveis o terreno, acessões, receitas provenientes das vendas, obrigações vinculadas ao negócio, assim como os encargos fiscais e trabalhistas de determinada incorporação.<sup>44</sup>

Da leitura do comentário do ilustre autor depreende-se então que surge para os promitentes-compradores, um instrumento que vem dar maior segurança ao efetivo recebimento de seu imóvel, a criação do patrimônio de afetação surgiu em um momento crucial para o setor, assolado à época por quebras de tradicionais empreiteiras nacionais, destacando-se a que ocupa o paradigma do problema deste trabalho a construtora Encol, que ao falir deixou aproximadamente quarenta e duas mil famílias, desamparadas, sem seus imóveis e sem a expectativa de ver seu investimento reavido.

Após a medida provisória nº 2.221 a Lei nº 10931/2004, veio empreendendo mecanismos fiscais para incentivar o incorporador a adotar o sistema da afetação e revogando a já mencionada MP.<sup>45</sup>

Esta nova lei determina alíquota diferenciada para tributação dos empreendimentos que adotarem o sistema do patrimônio de afetação.

Fica facultada segundo a lei a participação ou não do incorporador neste sistema, fato este que deveria ter sido alterado quando da promulgação da lei, uma vez que a segurança que a mesma confere a este negócio jurídico, não deveria ficar restrita ao senso de oportunidade do incorporador imobiliário.

O artigo 3º da referida lei assim prescreve:

Art. 3º O terreno e as acessões objeto da incorporação imobiliária sujeitas ao regime especial de tributação, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, não responderão por dívidas tributárias da incorporadora relativas ao Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e à Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP, exceto

---

<sup>44</sup> FILHO, Vicente de Paula, Diniz, et al. *Incorporação Imobiliária & Patrimônio de Afetação*. 5ª Ed. Curitiba: Juruá, 2009. p.13.

<sup>45</sup> FILHO, Vicente de Paula, Diniz, et al. *Incorporação Imobiliária & Patrimônio de Afetação*. 5ª Ed. Curitiba: Juruá, 2009. p.89.

aquelas calculadas na forma do art. 4º sobre as receitas auferidas no âmbito da respectiva incorporação.

Parágrafo único. O patrimônio da incorporadora responderá pelas dívidas tributárias da incorporação afetada.<sup>46</sup>

Nos termos dos dispositivos acima transcritos, os bens afetados não respondem por dívidas tributárias federais da empresa, não ficando em caso de falência do incorporador os adquirentes em concorrência com a Fazenda Pública por recursos provenientes dos bens da empresa incorporadora.<sup>47</sup>

O primeiro capítulo da Lei 10.931/2004 trata sobre o regime especial tributário a que estarão submetidas às incorporações afetadas.

O artigo 2º da referida Lei, traz em seu bojo os requisitos para o ingresso no regime especial, como passamos a ver:

Art. 2º. A opção pelo regime especial de tributação de que trata o art. 1º será efetivada quando atendidos os seguintes requisitos:

I – entrega do termo de opção ao regime especial de tributação na unidade competente da Secretária da Receita Federal, conforme regulamentação a ser estabelecida; e

II – afetação do terreno e das acessões objeto da incorporação imobiliária, conforme disposto nos arts. 31-A a 31-E da Lei 4591, de 16.12.1964<sup>48</sup>

Os autores Alifrancy Pussi Farias Accorsi e Maria Daniela Bachega Feijó Rosa, ao escreverem sobre o ingresso no regime especial tributário assim se referiram:

Para se efetuar o termo de opção, primeiramente o incorporador deverá promover afetação do terreno e das acessões objeto da incorporação imobiliária, ato mediante averbação, a qualquer tempo, no Registro de Imóveis, de termo firmado pelo incorporador, reconhecido como termo de constituição de patrimônio de afetação da incorporação, o qual nada mais é que simples declaração do incorporador afirmando que a incorporação está submetida ao regime da afetação nos termos da Lei 10.931/04.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> BRASIL. Patrimônio de Afetação nas Incorporações Imobiliárias. sancionada em 02 de agosto de 2004 Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm)> Acesso em 13/10/2011.

<sup>47</sup> FILHO, Vicente de Paula.et al. op. cit., p. 91.

<sup>48</sup> BRASIL. Patrimônio de Afetação nas Incorporações Imobiliárias. sancionada em 02 de agosto de 2004 Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm)> Acesso em 13/10/2011.

<sup>49</sup> . FILHO, Vicente de Paula.et al. *Incorporação Imobiliária & Patrimônio de Afetação*. 5ª Ed. Curitiba: Juruá, 2009. p.93.

Ou seja, da leitura do texto depreende-se que não há que se falar em regime especial tributário sem que haja a afetação dos bens envolvidos na incorporação, portanto este é um benefício concedido ao incorporador que adota este regime.

Tal regime atingirá os tributos federais incluindo a Cofins, contribuição ao PIS, IRPJ, CSLL, perfazendo o total de 7% da auferida receita mensal, do patrimônio afetado. Sendo o pagamento deste tributo feito através de DARF (Documento de Arrecadação de Receitas Federais.)<sup>50</sup>

Contudo deve-se ressaltar que traz a Lei 10931/2004, traz um aspecto multidisciplinar que envolver questões de natureza civil, comercial, tributária e trabalhista. O que faz com que o operador do direito ao analisá-la, tenha como saciar sua sede na fonte dos mais diversos ramos do direito, para chegar à plena vontade do legislador quando da edição da presente lei.

Sobretudo deve-se salientar que a edição da Lei vem de encontro com o previsto no Código de Defesa do Consumidor, haja vista que tem como objetivo primário a satisfação e o cumprimento das obrigações do incorporador para com seus adquirentes.

Tendo-se que a incorporação imobiliária é uma atividade mercantil voltada ao lucro, os acréscimos feitos pela MP 2.221/2001, ratificadas posteriormente pela Lei 10931/2004, no artigo 31 da Lei 4.591/1964 ao adicionar a mesma os artigos 31-A a F, que afastam do patrimônio do incorporador o terreno, objetos e acessões ligados ao bem incorporado, correspondem a um profundo amadurecimento legislativo acerca deste tema.

O autor Ivan Martins Tristão assim discorre sobre o tema:

Com efeito, todo o acervo patrimonial da respectiva incorporação imobiliária, isto é, o terreno, as acessões, as receitas provenientes das vendas, as obrigações vinculadas ao negócio, bem como os respectivos encargos fiscais, trabalhistas e previdenciários etc., é suscetível de afetação, permanecendo incomunicável até que se conclua a incorporação, não se comunicando nem com o patrimônio geral do incorporador, nem com outros patrimônios de afetação que

---

<sup>50</sup> FILHO, Vicente de Paula. et al. op. cit., p. 91.

a empresa incorporadora tenha constituído, razão pela qual não sofre os famigerados efeitos que aquela possa sofrer:

**A afetação patrimonial protege os credores vinculados a incorporação**, entre eles os adquirentes das unidades imobiliárias, os trabalhadores da obra, o fisco, a previdência, a entidade financiadora, os fornecedores etc. **Visa esse regime assegurar a conclusão da obra e a entrega das unidades aos adquirentes** e, para esse fim, estes podem assumir a administração da incorporação em caso de atraso injustificado da obra ou em caso de falência...<sup>51</sup> (grifou-se)

Depreende-se então que os credores vinculados a incorporação afetada encontram-se em grau de proteção, exponencialmente maior que os demais, haja vista que só concorrem para a satisfação do prejuízo os credores daquela relação obrigacional, não ficando ameaçados por outros problemas que possam vir a existir em outras incorporações da empresa.

Define claramente a lei, que os bens afetados não poderão ter seus recursos misturados com o de outras obras, o empreendimento afetado passa a ter uma contabilidade isolada dos bens da empresa, evitando-se assim um efeito cascata de problemas, dentro de uma construtora, haja vista que como os recursos são isolados se uma construtora falir outra poderá sem maiores problemas dar seguimento a obra.

O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direito e obrigações do patrimônio do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação.<sup>52</sup>

O parágrafo segundo do artigo 31-A define claramente a responsabilidade do incorporador acaso ocorram desfalques ao patrimônio afetado, como podemos ver do texto do artigo: “O incorporador responde pelos prejuízos que causar ao patrimônio de afetação.”<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> FILHO, Vicente de Paula. et al. *Incorporação Imobiliária & Patrimônio de Afetação*. 5ª Ed. Curitiba: Juruá, 2009. p.18.

<sup>52</sup> Ibidem, p.19.

<sup>53</sup> Ibidem, p.21.

O incorporador deverá manter recursos suficientes para a conclusão da obra e o pagamento proveniente das obrigações advindas da mesma, ficando o excedente a isto livre para o uso do incorporador.<sup>54</sup>

Assim se refere o ilustre doutrinador Chalub sobre a preservação de recursos até a conclusão da obra:

“Preservar recursos” tem sentido elástico, significando que o incorporador deve administrar adequadamente os recursos, de modo que, em todo o curso da execução da obra, não falem as verbas necessárias para o suprimento de cada etapa dos serviços de construção e, assim, a incorporação se desenvolva no compasso estabelecido e chegue ao seu termo sem turbulências provocadas por escassez de recursos.<sup>55</sup>

Concluindo-se então, que deve o incorporador zelar pelo bom andamento da obra sob pena de ser responsabilizado pelos danos causados ao patrimônio afetado.

Após pontuar de forma geral sob o funcionamento do Patrimônio de Afetação passamos agora a análise específica de seus requisitos e o seu passo a passo desde a sua constituição até a sua extinção.

Assim se manifesta em seu Curso de Direito Imobiliário o Professor Hércules Agharian acerca da constituição do Patrimônio de Afetação:

Considera-se constituído o patrimônio de afetação mediante averbação, a qualquer tempo, no Registro de Imóveis, de termo firmado pelo incorporador, assim como, sendo o caso, pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno (artigo 31-B). A existência de ônus reais, gravando o imóvel, não será óbice para a averbação, desde que- complementa a lei- tenham sido constituídos sobre imóvel objeto da incorporação, com o fim de garantia do pagamento do preço de sua aquisição ou do cumprimento de obrigação de construir o empreendimento. Os direitos reais de garantia, a exemplo, em favor do proprietário originário, onde o incorporador se predispôs a edificar, poderá não ser pago, mas contratada permuta de pagamento pela entrega das edificações futuras. Esta garantia, refere a lei, não será óbice para averbação do patrimônio de afetação, desde que tenha a mesma finalidade protetiva em favor da conclusão do empreendimento.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 105.

<sup>55</sup> CHALHUB, op. cit., p. 125.

<sup>56</sup> AGHARIAN, Hércules. *Curso de Direito Imobiliário*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.284.

Ou seja, do momento da averbação em diante, o terreno não mais responde pelas dívidas da incorporadora, pode ocorrer o requerimento até o momento da averbação do habite-se da obra.

Além de todo o destacado, cabe ainda ressaltar que a instituição do patrimônio de afetação, traz aos adquirentes a chance de participar mais ativamente da evolução da obra, uma vez que é instituída uma Comissão de Representantes, que pode em caso de atraso injustificado da obra ou em caso de falência do incorporador deliberar pela continuidade da obra, assumindo então a administração da mesma. Podendo inclusive organizar leilões extrajudiciais a fim de alienar as unidades relativas ao estoque da incorporadora, devendo ao final da obra se houver ainda recursos positivos remetê-los ao incorporador ou a massa falida.<sup>57</sup>

Adiante, passa-se a análise da situação do condomínio edilício e o patrimônio de afetação.

O *caput* do artigo 1331 do vigente Código Civil traz uma definição sucinta e precisa sobre o que venha ser o condomínio edilício: “Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos.”<sup>58</sup>

No condomínio edilício tanto se é proprietário como co-proprietário, conjuga-se então o domínio individual e o domínio comum, em um prédio de apartamentos há a propriedade individual de sua unidade autônoma e a propriedade comum dos bens do condomínio (áreas comuns, caixa d’ água e etc.).

A situação dos condomínios edilícios é regida no artigo 31-B, da Lei de Incorporações, uma vez que no caso em tela não é exigido, o arquivamento do memorial de incorporação, podendo a afetação ser definida em qualquer momento da construção.

Cabe-se analisar o entendimento do Professor Hércules Agharian em já citada obra:

---

<sup>57</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.117.

<sup>58</sup> AGHARIAN, Hércules. *Curso de Direito Imobiliário*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.284.

Pode-se adquirir, por condomínio, entranhada a forma de escritura de aquisição, cessão, doação, ou qual seja, inclusive testamentária, como meio de receber os ônus de composição de condomínio na forma da lei. Se todos os condôminos concordarem ainda, poder-se-á ratificar planta baixa, a ser submetida à Prefeitura para aprovação e posterior envio ao RI. Enfim, casos há em que a constituição do condomínio edilício dispensará a figura da incorporação e os requisitos do artigo 32 da mesma Lei de Incorporações. Nada impedirá, entretanto, pela eventual complexidade, garantirem-se os condôminos, quando entregue a iniciativa ou partindo de terceiros, às cautelas da afetação do patrimônio em garantia.<sup>59</sup>

É fácil concluir, ter agido o legislador pátrio de forma acertada ao criar o presente instrumento que veio dar ao adquirente sem dúvida maior segurança.

## **2.2 Análise crítica do instrumento**

Ao se analisar o Patrimônio de Afetação deve-se retomar ao suso discutido, e definir-se bem seu papel, uma vez que possui o referido instituto o intuito de garantir recursos para que se conclua a obra, não devendo após a conclusão da mesma continuar a existir.

Sobre o tema o advogado Pedro Guilherme Kreling Vanzella, faz comparativo de forma didática sobre o Patrimônio de Afetação e o penhor, uma vez que assim como o devedor destaca de seu patrimônio determinado bem em penhor como garantia do cumprimento de uma obrigação, da mesma forma o incorporador faz isso com o bem afetado, uma vez que o bem não deixa de pertencer ao seu patrimônio, mas enquanto perdurar a obra assim como no caso do penhor não for adimplida a obrigação por parte do devedor o bem estará exclusivamente destinado ao cumprimento da obrigação.

Concluindo assim seu pensamento:

No caso em estudo, o patrimônio de afetação da incorporação é destinado única e exclusivamente para a conclusão do empreendimento. Este patrimônio não poderá sofrer alteração de sua finalidade, de tal modo que, mesmo sendo parte do patrimônio geral

---

<sup>59</sup> AGHARIAN, op. cit., p. 284.

do incorporador, este não poderá utilizá-lo senão para o empreendimento.<sup>60</sup>

Ou seja, depreende-se que os demais credores do incorporador não podem, adotar nenhuma medida executiva quanto ao bem afetado, uma vez que o mesmo se encontra em uso exclusivo do empreendimento, respondendo única e exclusivamente pelas dívidas por ele geradas.

Melhim Namem Challub, em discussão sobre o tema afirma que os credores vinculados ao patrimônio de afetação têm ação somente sobre os bens dele integrantes, com exclusão dos outros bens do patrimônio do devedor, sendo que de outra forma os bens afetados ficam impedidos de serem executados por credores não vinculados ao patrimônio apartado, ressalvando-se as hipóteses de fraude contra credores ou fraude de execução.<sup>61</sup>

Do acima descrito depreende-se que a situação de apartação de um bem do patrimônio comum, gera maior segurança ao adquirente, uma vez que não verá os recursos necessários a conclusão do empreendimento sendo corroídos por outras dívidas do incorporador.

Além disso, o patrimônio de afetação gera importante impacto social uma vez que para aderir à afetação deverá o incorporador estar em dia com todos os recolhimentos sociais de seus funcionários bem como o pagamento de impostos em dia.

O fato de cada patrimônio afetado possuir uma contabilidade distinta sem dúvida traz ao adquirente uma maior segurança, uma vez que isso diminui consideravelmente as chances de ver os recursos reservados a conclusão do empreendimento serem corroídos por irresponsabilidade do incorporador.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> FILHO, Vicente de Paula. et al. *Incorporação Imobiliária & Patrimônio de Afetação*. 5ª Ed. Curitiba: Juruá, 2009. p.68.

<sup>61</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 62.

<sup>62</sup> FILHO, Vicente de Paula. et al. *Incorporação Imobiliária & Patrimônio de Afetação*. 5ª Ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 87.



O legislador buscou incentivar o ingresso do incorporador neste sistema criando incentivos tributários como pode se depreender da leitura em linhas pretéritas acerca do funcionamento deste mecanismo.

Do estudo do funcionamento do Patrimônio de Afetação, concluiu-se que o surgimento do instituto foi de grande valia para os adquirentes de imóveis em construção, uma vez que comprando um imóvel de uma incorporação afetada o fato de os bens que envolvem todo o emaranhado daquele negócio estarem destacados do patrimônio comum do incorporador.

Contudo ao analisar o instituto critica-se a faculdade dada ao incorporador de poder aderi-la ou não uma vez que ao aderir ao regime o fato de se apartar de seu patrimônio tudo que está envolvido na conclusão daquele empreendimento cria-se então uma maior proteção aos adquirentes de que terão o retorno de seus investimentos, devendo portanto o instituto ser uma obrigação e não uma faculdade em nossa opinião.

Portanto chega-se ao entendimento no estudo deste capítulo ter sido muito feliz o legislador pátrio ao criar o patrimônio de afetação para as incorporações imobiliárias, uma vez que o mesmo se mostra como uma medida eficaz de proteção aos recursos arrecadados para a conclusão das obras.

### 3 O caso Encol sob o prisma do atual sistema

Antes de adentrar a discussão de como o novo Código Civil e a Lei de Defesa do Consumidor, poderiam ter tornado a relação adquirente/incorporador no caso Encol, algo mais seguro, convém delinear o contexto histórico onde decorreu a falência dessa construtora.

Deve-se, ressaltar, ainda, que a Encol era a maior construtora e incorporadora brasileira, e que sua quebra prejudicou diretamente 42.000 famílias, que não receberam seus imóveis. Deve-se registrar que o caso em tela ostenta o título de ser a maior falência não bancária de uma empresa na América do Sul, sendo que até os dias atuais não se tem grandes provas do paradeiro de mais de R\$2,5 bilhões de reais dos cofres da empresa.<sup>63</sup>

Dentre várias das fraudes descobertas nos desdobramentos das investigações, estão os desvios de recurso da construtora para contas de pessoas ligadas a seus antigos diretores, principalmente de seu maior acionista.

Em reportagem veiculada pela revista Veja, sobre o caso pode-se depreender das declarações da promotora de justiça Maria Bernadete Crispim um pouco de como se deram as circunstâncias dos bastidores da falência da já referida incorporadora:

No dia 26 de abril de 1994, Pedro Paulo convocou uma reunião do conselho diretor no salão ouro do luxuoso hotel Bonaparte Residence, em Brasília. A pauta era a prestação de contas e a apresentação de diretrizes para a solução da crise financeira da empresa. A reunião começou por volta de 8h30 e durou até as 6h30 da tarde com um intervalo de duas horas para o almoço. Entre os 26 participantes estavam os principais executivos da empresa. A estratégia aprovada foi manipular o ritmo das obras para adequá-lo ao grau de endividamento da empresa. "A idéia era aprontar a parte externa dos prédios e mascarar o fato de as obras estarem parando", diz Eduardo Gomide, o coordenador da equipe da Kroll. A ata da reunião diz textualmente: "O cliente acompanha, em geral, os itens que aparecem externamente (início da obra, execução da estrutura, início da alvenaria, acabamento das fachadas e acabamentos externos). Temos que bem administrar esses itens de maneira a atender o aspecto cliente". "O programa foi claramente montado para

---

<sup>63</sup> SALGADO, EDUARDO. *As provas do Crime*. Rio de Janeiro: Revista Veja-Edição 1.791. Publicado em 26 de fevereiro de 2003. Disponível em: < [http://veja.abril.com.br/260203/p\\_076.html](http://veja.abril.com.br/260203/p_076.html) > Acessado em: 01/10/2001.

enganar os clientes", diz a promotora do caso Encol, Maria Bernadete Crispim.<sup>64</sup>

Portanto, depreende-se da leitura da referida entrevista, que possivelmente adotaram os dirigentes da empresa postura que ludibriaria seus clientes, leigos para que entendessem que as obras detinham um ritmo de trabalho normal a fim de abafar o conturbado momento econômico vivido.

Ainda na mesma reportagem em trecho subsequente nota-se que graças à postura adotada pela empresa registrou no ano de 1994, grandes lucros como vemos a seguir:

Graças a esses lançamentos, a Encol registrou lucro em 1994. Ainda assim, as atas das reuniões lidas pelos investigadores mostram que os diretores sabiam que os problemas financeiros da empresa eram insolúveis. Isso, no entanto, não foi obstáculo à distribuição de dividendos. No dia 6 de março de 1995, dois meses antes de os protestos de títulos chegarem ao ponto de dissolver a imagem pública da Encol, uma assembléia geral aprovou a distribuição de dividendos de 865 000 reais para os acionistas. Entre junho e setembro de 1995, mais de 15 milhões de reais de dividendos foram distribuídos. "As provas materiais mostram que todo o esforço dos diretores estava direcionado para salvar o próprio patrimônio e não a empresa", diz Carlos Alberto Muneratti, perito da Kroll. O golpe interno mais comum nesse período consistia na manobra clássica feita por Pedro Paulo e outros diretores de comprar e vender entre si equipamentos valiosos da Encol e suas subsidiárias.<sup>65</sup>

Conclui-se então que os diretores da empresa, já sabiam que sua quebra era questão de tempo, não tendo os mesmos, procurado meios para evitar que isso de fato ocorresse.

Ao fim do ano de 1994, já com sua credibilidade no mercado ameaçada, o Ministério Público Federal abriu um inquérito contra a Encol, para investigar as suspeitas de sonegação fiscal e de emissão de notas fiscais falsas. Ainda no ano de 1994, o Banco do Brasil, implementou uma espécie de intervenção na administração da construtora, uma vez que começava a ficar notória a

---

<sup>64</sup> SALGADO, EDUARDO.op. cit.

<sup>65</sup> Ibidem.

instabilidade vivida pela mesma e o risco de não conseguir cumprir com suas obrigações.<sup>66</sup>

Em maio de 1995 as dívidas da empresa já haviam atingido a monta de US\$ 220.000.000,00 (duzentos e vinte milhões de dólares), sendo que por meio da Funcef que adquiriu parte das ações da empresa no Hotel Renaissance em São Paulo, a época a dívida da empresa com o banco girava em torno de R\$106.000.000,00 (cento e seis milhões de reais.).<sup>67</sup>

Em janeiro de 1997, trinta e oito bancos se reuniram para tentar encontrar uma solução, que pudesse diminuir os danos para os credores da empresa, tomando então a iniciativa de afastar o principal acionista da empresa Pedro Paulo de Souza de sua administração, nomeando para tal o executivo Jorge Washington de Queiroz.<sup>68</sup>

No mesmo ano como podemos depreender da reportagem do jornal Estadão o acionista majoritário da empresa tomou a seguinte medida:

Em agosto, porém, Souza decidiu virar a mesa e destituiu do cargo o interventor, por meio da diretoria da empresa. No mesmo ano, uma auditoria da Deloitte Touche Tohmatsu, feita a pedido dos credores, apontou evidências de sonegação de impostos, indícios de desvio de dinheiro e uso de caixa dois.<sup>69</sup>

Não tendo nenhuma das medidas tomadas obtido êxito em 24 de novembro de 1997, foi feito o pedido de concordata da construtora Encol, momento em que 710 obras da empresa estavam paralisadas, neste momento a dívida da empresa era avaliada em um bilhão e oitocentos milhões de reais. A primeira parcela da concordata que deveria ter sido paga em novembro do ano de 1998, não foi adimplida pela empresa, sendo que em março de 1999 a Justiça decretou a falência da empresa.

---

<sup>66</sup> Ibidem.

<sup>67</sup> Ibidem.

<sup>68</sup> REDAÇÃO. *Conheça outros casos de Intervenção do Governo em Construtoras*. São Paulo: Estadão. publicado em 21 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/economia,conheca-outro-caso-de-intervencao-do-governo-em-construtoras,263896,0.htm>>. Acessado em 13 de outubro de 2011.

<sup>69</sup> REDAÇÃO. op. cit.

O caso Encol é emblemático e acendeu o sinal de alerta naqueles que planejavam adquirir um imóvel em construção, todo o mercado se ressentiu, uma vez que sua maior empresa havia quebrado.

No desespero por reaver parte do prejuízo e na esperança de verem seus empreendimentos concluídos, vários foram os recursos utilizados pelos mutuários da construtora Encol.

Em alguns casos a construtora, propôs aos mutuários, a cessão das escrituras dos apartamentos para registro em cartório, mas para fazer isto exigiu dos mesmos que assinassem um novo contrato, afirmando que a construtora não devia nada aos mesmos, que desistiam a partir daquele ato de qualquer ação judicial contra a mesma, prometendo construir os prédios, assumindo seus custos e entregando as unidades ainda não vendidas à construtora, continuariam respondendo pelas hipotecas e sua possível execução, ficando responsáveis por todas as dívidas advindas do prédio. Ou seja, usou mão a construtora em alguns casos de uma verdadeira proposta indecente, aproveitando-se do desespero dos adquirentes, que muitas vezes no momento de aflição acabaram aceitando arcar com todos esses ônus.<sup>70</sup>

Outros adquirentes com base em ações civis conseguiram se desvincular da construtora Encol, como exemplo, podemos citar o caso de mutuários do Paraná, que para conseguir a desvinculação tiveram que quitar seu saldo devedor e desembolsar a quantia de R\$18.500,00 por unidade para conseguir a conclusão do empreendimento. Após tornar-se o responsável pela obra conseguiu o grupo financiamento com a Caixa Econômica Federal.<sup>71</sup>

Além de todo o sofrimento e prejuízo tiveram os adquirentes que arcar na maioria dos casos com vultosas quantias financeiras, para conseguirem ver seus empreendimentos concluídos, sem deixar de considerar outros tantos que simplesmente perderam tudo aquilo que já haviam investido.

Por ter sido um caso de tanta repercussão e que deixou um número tão extenso de famílias brasileiras desamparadas, é que se faz oportuno, trazer ao

---

<sup>70</sup> Ibidem

<sup>71</sup> Ibidem

bojo deste projeto acadêmico, o seguinte questionamento: o ordenamento jurídico hoje vigente seria capaz de ter trazido aos adquirentes da construtora Encol, um melhor final para suas histórias?

Pois bem por tudo o que foi discutido é que passamos agora a estudar se nossa legislação está hoje pronta para enfrentar um caso semelhante ao ocorrido com a construtora Encol.

### **3.1 Análise do Caso Encol frente ao Novo Código Civil e a Lei de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11/09/1990)**

Assim como suso discutido a atividade da Incorporação Imobiliária, surgiu sem que o direito estivesse preparado para ela.

Fato este que gerou muitas dúvidas, vez que a figura do incorporador era facilmente confundida com a de um corretor de imóveis por exemplo.

Este cenário apenas veio a ser modificado com a edição da Lei 4591/1964, que definiu o que seria esta atividade, sendo mais tarde modificada pela Lei 10931/2004 que instituiu o patrimônio de afetação para as incorporações imobiliárias. O código civil de 1916 era omissivo na discussão da responsabilidade civil objetiva. Tendo o entendimento sobre a matéria evoluído apenas na promulgação da Constituição Federal de 1988, chegando a uma posição de grande amadurecimento com a entrada em vigor do novo código civil.

Ao contrário do que era esperado o Código Civil de 2002, não trouxe em seu bojo nada disposto sobre a incorporação imobiliária, fazendo com que o entendimento sobre quem é o incorporador continue sendo disciplinado pela Lei 4591/1964.

Pensando-se então especificamente no caso Encol, que ocorreu sobre a vigência do antigo *codex*, podemos concluir, portanto que o Código Civil de 2002, avançou em alguns aspectos, principalmente ligado ao campo da

responsabilidade civil, como podemos depreender da leitura do artigo 931 do novo código:

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.<sup>72</sup>

Conclui-se da leitura do artigo acima, que há uma maior responsabilização pela falta de qualidade dos produtos posto em circulação, dentre eles não se podendo esquecer-se dos bens imóveis. Tal entendimento trazido pelo novo Código Civil foi bastante influenciado pelo já preconizado no Código de Defesa do Consumidor.

Embora tenha o novo diploma avançado nos aspectos atinentes à responsabilidade sobre a qualidade do produto e a solidez da obra, não houve nenhum avanço sobre a forma da administração de recursos para a conclusão das obras.

O vigente Código Civil, não seria capaz então de contornar a situação de um incorporador que não adotando o sistema do patrimônio de afetação, compromete um terreno ou verbas arrecadadas para a realização da obra para solver outras obrigações da empresa.

Também ao tratar das questões atinentes a responsabilidade civil do incorporador imobiliário, não encontra no novo código o adquirente nenhuma posição privilegiada como credor em caso de quebra da incorporadora.

Conclui-se, portanto, que a relação adquirente/incorporador imobiliário, a luz do Novo Código Civil, pouco evoluiu não trazendo além das questões atinentes a responsabilidade civil nenhuma alteração significativa.

Passamos agora a análise da proteção trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, que entrou em vigor no ano de 1990.

---

<sup>72</sup> BRASIL. *Código Civil Brasileiro (2002)*: sancionado em 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em 20/09/2011

O Código de Defesa do Consumidor equipara para meios legais o incorporador ao fornecedor, que possui seu conceito preceituado em seu artigo 3º:

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

§1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Como se pode ver realmente a atividade oferecida pelo incorporador, guarda grande identidade com a de um fornecedor, apesar de ser de 1990 e estar em vigência quando da quebra da construtora Encol, o Código de Defesa do Consumidor, só veio a ter sua aplicação de fato consumada com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, uma vez que suas mudanças não haviam sido de fato bem entendidas pelo poder Judiciário até então.

Através do entendimento postulado no Código de Defesa do Consumidor, podemos entender que o adquirente de uma unidade autônoma numa incorporação imobiliária, será na maioria das vezes considerado hipossuficiente frente ao incorporador imobiliário.

O CDC traz avanço significativo para os adquirentes no tocante a questão dos vícios, acaso depois de receber um imóvel poderá com grande segurança e valia fazer uso a seu favor o adquirente que constatar desvios no projeto, defeitos no imóvel, o problema a se discutir então passa a ser sobre o prazo constante no Código de Defesa do Consumidor frente ao prazo do Código Civil ao se considerar exíguo prazo de noventa dias para propor a ação prevista na legislação consumerista, entende o professor Leonardo Roscoe Bessa ser o prazo do CDC, mais vantajoso do que o previsto no Código Civil, pois só passa a correr após a descoberta do vício. Sendo ainda estabelecido no mesmo diploma que a



contagem do prazo decadencial deve ser obstada em caso de reclamação do defeito ao fornecedor.<sup>73</sup>

Ainda que se venha considerar o prazo do Código Civil mais vantajoso o *caput* do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor, prevê que em caso de norma inserida em outro diploma legal ser mais favorável ao consumidor, inclusive no tocante aos prazos decadenciais e prescricionais, poderá a norma desse sistema vir a ser aplicada.<sup>74</sup>

Entretanto, ao se analisar a situação de um adquirente de um imóvel da construtora Encol frente à legislação consumerista, nota-se que o mesmo também quedaria desamparado. O Código de Defesa do Consumidor, com grande valia guardou cuidados com a qualidade do serviço, mas no caso específico da referida construtora não trouxe nenhuma proteção extra aos adquirentes. Fato este que permite concluir que o CDC, não traz nos dias de hoje em um caso semelhante ao referido uma grande proteção.

Conclui-se então da análise crítica da situação do adquirente de um imóvel da construtora Encol, que tanto o Código de Defesa do Consumidor, como o Código Civil de 2002, trazem em seu bojo principalmente medidas protetivas com destaque ao que tange o vício do produto, peca de forma mais acentuada o Código Civil de 2002, por nada prever sobre a atividade da Incorporação Imobiliária, continuando silente sobre o mesmo fato este que deve ser considerado um erro, pois quando da sua entrada em vigor, já era a atividade totalmente estabelecida no Brasil, não se podendo esquecer também depois de transcorrida a falência da construtora Encol.

### **3.2 O instituto do patrimônio de afetação se aplicado ao caso Encol;**

O patrimônio de afetação como preteritamente demonstrado, merece menção honrosa para o legislador, por ser a melhor mudança legislativa elaborada no que tange a relação adquirente/incorporador após o caso Encol.

---

<sup>73</sup> BENJAMIN. Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. V. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009. p. 183.

<sup>74</sup> BENJAMIN. Antônio Herman; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. op. cit., p.183.

Assim define em linhas gerais o que é o patrimônio de afetação o autor Arnaldo Rizzardo:

Por disposição vinda com a Medida Provisória nº 2.221, de 2001, transformada na Lei nº 10.931, de 02.08.2004, introduziu-se a afetação dos bens que constituirão a incorporação. Ou seja, o incorporador transfere para um regime próprio o terreno e as acessões, ficando em nome da incorporação. Desvinculam-se do poder de disposição, e não do domínio, do incorporador, e passam a acompanhar a incorporação, o que importa em maior segurança para os adquirentes de unidades, já que não mais responderão esses bens pelas obrigações do incorporador, a menos que ligadas ao empreendimento. Expõe o art. 31-A, que faz parte da referida lei: "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 à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes."<sup>75</sup>

Nota-se então que através deste novo mecanismo jurídico, o incorporador que desejar pode apartar de seu patrimônio os bens e recursos envolvidos em determinada incorporação, assim como já estudado no capítulo 2.

Complementando o entendimento do professor Arnaldo Rizzardo, faz-se oportuno expor o entendimento do advogado Melhim Namen Chalub em artigo sobre o tema:

Qualificado como "patrimônio de afetação", o conjunto de bens, direitos e obrigações vinculados a uma incorporação torna-se incomunicável em relação aos demais bens, direitos e obrigações da empresa incorporadora, circunstância que protege a incorporação contra os eventuais riscos patrimoniais da empresa. Trata-se de um regime de vinculação de receitas, pelo qual as prestações pagas pelos adquirentes, até o limite do orçamento da obra, ficam afetadas à construção do edifício, vedado o desvio para outras obras. O controle financeiro é atribuído a uma comissão de representantes dos adquirentes e se faz mediante contabilidade própria de cada incorporação, destacada da contabilidade da incorporadora, e demonstrações periódicas do andamento da obra, em cotejo com a programação financeira. A movimentação dos recursos é feita em conta corrente bancária específica.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *CONTRATOS*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.1367.

<sup>76</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Patrimônio de Afetação: A reforma por caminhos alternativos*. Rio de Janeiro, publicado no Jornal do Brasil em 07 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.melhimchalhub.com/artigos04.htm>> Acessado em: 05/10/2011.

Se o instituto a época da falência da construtora Encol estivesse vigente e a mesma fizesse uso da afetação de bens, muito provavelmente um final mais tranquilo teriam tido os proprietários de imóveis inacabados da construtora.

Cumpram-se então ressaltar como ocorria a administração dos recursos no caso da construtora Encol. Era prática comum da construtora que o terreno de uma incorporação, fosse hipotecado em garantia a empréstimo levantado para conclusão de outra obra.

Faz-se oportuno também destacar que através da instituição do Patrimônio de Afetação, os adquirentes através da instituição da Comissão de Representantes, podem se fazer mais presente na fiscalização da obra, podendo em caso de falência ou atraso injustificado da obra, deliberar pela continuidade da mesma sem a participação do incorporador, em crítica feita pelo autor Ives Martires Tristão, defende o mesmo ser conveniente a indicação de pessoas técnicas para a composição dessa comissão como engenheiros e advogados.<sup>77</sup>

Ocorria época do caso Encol que os recursos das várias obras em curso se misturavam fazendo com que se tornasse fácil se desviar verbas de uma incorporação para outra ou para sanar obrigação diversa assumida pela construtora.

Assim aduz o Professor Luiz Antônio Guerra da Silva, em artigo sobre o tema:

Foi comum, no passado recente, ver milhares de pessoas chorando a perda dos investimentos realizados, quando apostaram todas as suas economias em construtoras financeiramente desequilibradas. Assistimos, atonitadamente, a situação de milhares de promitentes-compradores de unidades imobiliárias autônomas que perderam seus investimentos na compra de imóveis da falida Encol.<sup>78</sup>

Depreende-se da leitura desse trecho do artigo, que era comum a época ver construtoras que corriqueiramente, não administravam seus recursos de forma apropriada, dando-se um maior destaque logicamente ao caso Encol, por ter sido uma falência que atingiu famílias de todo o Brasil.

---

<sup>77</sup> SILVA, Luiz Antônio Guerra. *Falência de Construtora: Constituição de Patrimônio de afetação: segurança para o comprador de imóvel em construção*. Brasília, Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/9407/Fal%C3%Aancia\\_de\\_Construtora\\_Constitui%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/9407/Fal%C3%Aancia_de_Construtora_Constitui%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1)> Acessado em: 07/10/2011.

<sup>78</sup> SILVA, op. cit.

Usando como exemplo as 700 obras que ficaram inacabadas, poderíamos usar como paradigma, o fato de que os bens e valores arrecadados para cada uma dessas incorporações seriam apartados, ou seja, destacados do patrimônio da construtora.

Esses bens e recursos ficariam então isolados do patrimônio comum da empresa, sendo então excluídos de qualquer ação ou representação contra a mesma. Respondendo única e exclusivamente por dívidas relativas à incorporação em questão.<sup>79</sup>

Cada um desses empreendimentos possuiria uma contabilidade própria, respondendo diretamente o incorporador pela má administração dos recursos do bem afetado. Tendo os adquirentes, através da Comissão de Representantes poder fiscalizar esses investimentos. Poderia o incorporador fazer uso dos recursos para outras necessidades da empresa, apenas quando o patrimônio afetado já possuísse recursos financeiros suficientes para a conclusão da obra.<sup>80</sup>

O artigo 31-F, acrescentado a Lei 4591/1964, pela Lei 10931/2004, preconiza que os bens afetados não integrarão a massa concursal.<sup>81</sup>

O autor Pedro Guilherme Kreling Vanzella assim observa sobre essa situação:

Os direitos e obrigações decorrentes da incorporação são próprios do patrimônio de afetação que existe para este propósito, ou seja, dar suporte à finalização do empreendimento, independentemente da “quebra” da incorporadora.<sup>82</sup>

Ou seja, como fartamente demonstrado surgiu o patrimônio de afetação como uma medida protetiva sendo lançada para garantir meios de se chegar à conclusão da obra.

Portanto da análise do instituto, conclui-se que de fato o mesmo seria capaz de trazer aos adquirentes uma maior segurança, uma vez que o fato de

---

<sup>79</sup> Ibidem

<sup>80</sup> Ibidem

<sup>81</sup> FILHO, Vicente de Paula. et al. *Incorporação Imobiliária & Patrimônio de Afetação*. 5ª Ed. Curitiba: Juruá, 2009. p.77

<sup>82</sup> FILHO, Vicente de Paula. et al. op. cit. p.77

os recursos da obra se tornarem apartados do patrimônio do incorporador, só podendo ser destinados a outro fim após a arrecadação de valores suficientes para a conclusão da obra, traz de fato uma certeza ao comprador de que terá recursos para ver seu empreendimento acabado, mesmo que a incorporadora quebre.

Grande segurança vem também pelo fato de o patrimônio afetado, responder apenas a dívidas relativas aquela incorporação, não entrando estes recursos necessários a conclusão da obra em concorrência com outros credores.

Por todo o exposto é possível então depreender que se no caso Encol, fosse utilizada a afetação de bens, poderiam os adquirentes após solver as dívidas relativas aquela incorporação deliberar sobre a continuidade da obra, por outra construtora, este fato diminuiria de forma abrupta o prejuízo e o estado de abandono pelo qual passaram essas famílias, que de um dia para o outro se viram sem nada.

Em caso de saldo remanescente no patrimônio de afetação, após a conclusão da obra, deveria o mesmo conforme o previsto no artigo 31-F, parágrafo décimo terceiro da Lei 10931/2004, ser encaminhado à massa falida uma vez que a função do patrimônio de afetação é única e exclusivamente garantir recursos para a conclusão da obra. Essa medida se justifica pelo fato de a afetação caracterizar que aqueles bens estarão apartados do patrimônio do incorporador, mas não excluídos dele.

### **3.3 Análise do caso Encol com enfoque nos principais pontos da Lei 11.101/2005**

Assim preconiza Fábio Ulhoa Coelho, na apresentação de sua obra Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas:

A nova Lei de Falências (Lei n. 11.101 de 9-2-2005), originária de um projeto que tramitou por onze anos no Poder Legislativo, introduz no direito brasileiro importantíssimas mudanças.

De um lado, substitui o arcaico instrumento da concordata pela recuperação da empresa (judicial e extrajudicial), sintonizando a ordem jurídica nacional com a de países mais desenvolvidos. O novo instituto possibilita a reorganização de empresas em crise, em

benefício não apenas de seus titulares como também dos empregados, consumidores, credores e de toda a sociedade. Novos campos de trabalho se abrem ao advogado atuante no direito empresarial, em vista da complexidade e novidade envolvidos na disciplina da recuperação da empresa. Os interesses do devedor em crise e dos credores conflitam e devem ser equacionados em instâncias até agora inexistentes no direito brasileiro, como a assembléia geral dos credores, e por meio de instrumentos jurídicos inéditos, como o plano de reorganização.<sup>83</sup>

Como se depreende da leitura do texto, uma das principais mudanças trazidas pela nova lei de falências, foi à instituição da recuperação de empresas no lugar da antiga concordata, que segundo o entendimento do professor Luiz Guerra, era uma espécie de sentença de morte da empresa.<sup>84</sup>

Ainda segundo o entendimento do professor Luiz Guerra, notamos que de fato a atividade da incorporação imobiliária está sujeita a recuperação judicial é a uma possível falência, como vemos a seguir:

As construtoras e as incorporadoras, embora encerrem fim social, no objetivo meio, têm atividade tipicamente empresarial. Assim, nestas condições, tais agentes econômicos submetem-se aos efeitos de eventual recuperação judicial ou mesmo de falência, nos termos do art. 1º da Lei de Falências e Recuperação – Lei 11.101, de 09/02/2005.<sup>85</sup>

Segundo o pensamento do referido professor, a falência nos tempos atuais deve ser o máximo possível evitada buscando-se sempre que possível que a empresa possa continuar sua atividade.<sup>86</sup>

Devemos lembrar que no dia 24 de novembro de 1997 foi formulado o pedido de concordata da construtora Encol, tendo a primeira parcela da concordata vencido em novembro do ano de 1998, sem que fosse adimplida pela empresa, fato este que culminou com a decretação da falência da mesma em março de 1999. Prova esta, de que a decretação da concordata no referido caso, de nada

---

<sup>83</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva. p. contracapa.

<sup>84</sup> SILVA, Luiz Antônio Guerra. *Falência de Construtora: Constituição de Patrimônio de afetação: segurança para o comprador de imóvel em construção*. Brasília, Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/9407/Fal%C3%A0ncia\\_de\\_Construtora\\_Constitui%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/9407/Fal%C3%A0ncia_de_Construtora_Constitui%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1)> Acessado em: 07/10/2011.

<sup>85</sup> SILVA, op. cit.

<sup>86</sup> Ibidem.

adiantou para trazer maior sorte aos adquirentes, nem para a manutenção da atividade da empresa.

Passamos agora a análise do que através do preconizado na Lei 11101/05, poderia ter trazido um diferente final aos adquirentes de uma unidade autônoma da construtora Encol.

Pode-se considerar que uma das principais inovações trazidas pela nova Lei de Falências, foi à possibilidade de instituição da Assembléia Geral de Credores, que visa à aprovação do plano de recuperação da empresa.

Além da assembléia geral de credores, poderá ser constituído o Comitê de Credores, também sendo nomeado um administrador judicial, todas essas medidas trazem grandes mudanças para o que ocorria na antiga concordata, onde a empresa pedia um prazo para solver suas dívidas e continuava sob a administração de seus gestores.<sup>87</sup>

Busca recuperação judicial a preservação da atividade empresarial, pois se chegou a conclusão que o melhor jeito de sanar os efeitos da má administração da empresa ao invés de simplesmente liquidar-se o que ainda resta de bom naquele estabelecimento, é tentando preservar sua atividade a reorganizando para que funcionando possa solver suas dívidas, manter seus empregos e continuar exercendo sua função social.<sup>88</sup>

No tocante a Incorporação Imobiliária, é a mesma atingida pela Lei 11.101/2005 de forma mais direta em alguns artigos como exemplo, podemos citar o artigo 49 que especificamente em seu § 6º assim versa:<sup>89</sup>

Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário

---

<sup>87</sup> MAMEDE, Gladston. *Falência e Recuperação de Empresas*. 3ª Ed. São Paulo. Atlas, 2009, p. 223.

<sup>88</sup> SILVA, Luiz Antônio Guerra. *Falência de Construtora: Constituição de Patrimônio de afetação: segurança para o comprador de imóvel em construção*. Brasília, Disponível em: <  
[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/9407/Fal%C3%AAncia\\_de\\_Construtora\\_Constitui%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/9407/Fal%C3%AAncia_de_Construtora_Constitui%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1)> Acessado em: 07/10/2011.

<sup>89</sup> SILVA, op. cit.

ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratibilidade, **inclusive em incorporações imobiliárias**, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.<sup>90</sup> (grifo nosso)

Ou seja, depreende-se da leitura do artigo acima que se encontra o adquirente protegido, uma vez que como credor titular de uma posição de proprietário não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial, podendo exercer a propriedade sobre o bem. Tal medida se faz oportuna, pois fica o adquirente em posição privilegiada desde que para tanto constem no seu contrato as cláusulas de irretratibilidade ou irrevogabilidade, fato este comum nos contratos firmados entre incorporador e adquirente.<sup>91</sup>

O artigo 117 da referida lei, trata sobre as questões dos contratos bilaterais, que não se resolvem pela falência, uma vez que se o seu cumprimento reduzir ou evitar o prejuízo da massa falida ou ainda assim, puder trazer resultado para a manutenção de ativos, podendo por tanto o administrador judicial deliberar pela sua continuidade.<sup>92</sup>

Ainda assim em seu artigo 119, está prevista o traço mais sensível ao adquirente, principalmente daqueles que adquiriram unidades de incorporações afetadas como veremos a seguir:

Nas relações contratuais a seguir mencionadas prevalecerão as seguintes regras:

(...)

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

(...)

IX – os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador

---

<sup>90</sup> Ibidem

<sup>91</sup> Ibidem

<sup>92</sup> Ibidem



judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.<sup>93</sup>

Conclui-se, portanto que a lei de falências recepcionou o entendimento trazido pela Lei 10931/2004, no tocante ao patrimônio de afetação, o que deve ser bastante elogiado, uma vez que o entendimento da referida como suso demonstrado, trouxe aos adquirentes uma grande proteção.

No tocante as incorporações não afetadas se resolverão as mesmas pelo direito obrigacional, uma vez que por se constituir a natureza do contrato em obrigações bilaterais a mesma se resolve através da entrega da quantia financeira pelo adquirente e do imóvel pelo incorporador.

Portanto da análise da Nova Lei de Falências, conclui-se que a mesma busca trazer uma proteção aos adquirentes de imóveis de incorporadoras, principalmente daquelas (incorporadoras), que adotam a afetação de bens em suas incorporações. Se a época da falência da construtora Encol, fosse este o diploma vigente, teria trazido maior segurança aos adquirentes, principalmente se a referida construtora adotasse a medida da afetação em suas obras, uma vez que a novel lei manteve seu entendimento que é de fato muito eficaz e protetivo.

Logo da análise da Lei, pode-se dizer que a mesma nessa decorrência de fatores, poderia ser útil aos adquirentes, no caso de incorporações não afetadas, a maior proteção estaria consistida no artigo 49, § 3º da Lei, nos casos onde o contrato de compra e venda constassem com as cláusulas de irrevogabilidade ou irrevogabilidade, pois poderia o adquirente opor seu direito de propriedade.

Poderia também em caso de dificuldade financeira, a construtora Encol, ter optado pela recuperação judicial, que de fato se mostrou uma medida mais eficaz do que a concordata principalmente por através do novo sistema ser designado um administrador judicial, bem como a instituição da assembléia e do

---

<sup>93</sup> BRASIL. *Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. Sancionada em 09 de fevereiro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)>. Acesso em: 13/10/2011.

comitê geral de credores, que traz uma maior participação dos mesmos nas atividades da empresa.

Por fim, conclui-se que a nova Lei, trouxe mudanças positivas nesta relação adquirente/incorporador imobiliário, o que deve com certeza ser celebrado, por trazer uma maior segurança as famílias brasileiras, que muitas vezes investem todas as suas economias em um imóvel na planta.

## Conclusão

O presente trabalho foi dividido em três capítulos, a fim de, ao final, responder se o sistema jurídico hoje vigente seria capaz de trazer melhor sorte aos adquirentes de imóveis da construtora Encol.

O primeiro capítulo dedicou-se a análise de quem é o incorporador imobiliário, e como está definida sua atividade frente à Lei 4591/1964, o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor.

Neste capítulo, chegou-se a conclusão que a Lei 4591/64 foi promulgada em momento imperioso para o mercado imobiliário nacional, vez que as grandes dúvidas que tomavam conta de quem era e o que fazia o incorporador comprometiam o desenvolvimento da atividade no país.

No que tange ao Código Civil de 2002, o mesmo foi omissivo quanto à incorporação imobiliária, não tendo previsto sobre a atividade em nenhum de seus artigos; avançou, no entanto o novo *codex* em conceitos ligados a responsabilidade civil principalmente no tocante a objetivação da mesma, trazendo então se aplicada à incorporação uma maior proteção quanto a danos que possam decorrer do desenvolvimento desta.

O Código de Defesa do Consumidor traz a teoria do risco, ou seja, o empresário responde pelos riscos de seu negócio, essa teoria comunga dos princípios da responsabilidade civil objetiva, e traz ao adquirente também uma maior segurança, visto que independente de culpa o empresário responderá pelos danos que seu produto ou serviço causar.

Outro fator relevante é o vício do produto onde no caso da incorporação vem trazer uma maior segurança para o adquirente em casos de defeitos que venham a aparecer no imóvel.

Portanto, da análise do primeiro capítulo do presente trabalho, concluiu-se que a edição da Lei 4591/1964, veio definir os contornos da atividade da Incorporação Imobiliária no Brasil, o Código de Defesa do Consumidor trouxe para o Direito Brasileiro uma maior proteção aos Consumidores, principalmente no que

tange a qualidade dos produtos, vindo a socorrer os adquirentes de imóveis principalmente nos vícios de qualidade que estes venham a apresentar, já o Código Civil de 2002 pecou ao não trazer em seu bojo nada disposto sobre a atividade da incorporação, devendo-se considerar, entretanto que seu amadurecimento na definição do conceito de responsabilidade civil vem trazer para o incorporador, um dever de vigilância maior sobre os danos que sua atividade possa causar a terceiros, uma vez que o simples exercício da atividade já gera o dever de indenizar um terceiro prejudicado por dano causado por um funcionário ou em decorrência de uma falha na execução do serviço.

O segundo capítulo trata sobre o Patrimônio de Afetação que foi instituído pela Lei 10931/2004. Tal instituto abriu para o incorporador imobiliário a possibilidade de afastar de seu patrimônio o terreno e os recursos arrecadados de uma incorporação.

Essa medida tornou-se de fato uma segurança para os adquirentes, pois o patrimônio afetado responde apenas pelas dívidas correspondentes àquela obra. Através da instituição do patrimônio de afetação, pode surgir então a Comissão de Representantes, que será composta por adquirentes, que poderão além de fiscalizar o andamento da obra, fiscalizar a arrecadação de recursos, constando-se alguma irregularidade ou atraso injustificado na obra poderá a Comissão deliberar pela continuidade da obra, afastando da condução da mesma o incorporador.

Deve-se considerar ainda que cada afetação possuirá uma contabilidade própria, devendo o incorporador zelar pela correta administração desses recursos, só podendo fazer uso de recursos afetados, quando possuir recursos suficientes para a conclusão da obra.

O incorporador receberá incentivos fiscais e, caso opte pelo sistema de afetação, seu recolhimento tributário federal se faz por meio de uma guia de recolhimento única, correspondente a 6% do valor arrecadado.

Quanto aos incentivos tributários, faz-se a crítica de não haver nenhuma previsão legal de recolhimento único também para impostos estaduais e

municipais, o que pode gerar dúvida se as dívidas referentes a estes impostos estão ou não vinculadas à proteção conferida pelo instituto.

Conclui-se então que o patrimônio de afetação foi um avanço legislativo imperioso, o seu implemento visou e conseguiu trazer maior segurança para o adquirente de uma unidade imobiliária em construção, uma vez que a separação dos recursos daquela incorporação do patrimônio comum do incorporador garante maior proteção a esses recursos.

Entretanto, deve-se considerar que uma mudança desse porte, com importante proteção garantida a uma atividade que possui forte cunho social, não poderia ficar restrita a um juízo de conveniência do empresário, devendo ser uma obrigação da atividade. Pois tal medida alastraria esse recurso ainda pouco utilizado nos dias atuais.

O terceiro capítulo destinou-se à análise do caso Encol frente aos diplomas legislativos vigentes, concentrando então o problema do presente trabalho.

Do estudo do presente capítulo pode-se depreender que o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor avançaram em pontos ligados principalmente a qualidade do produto, não oferecendo em um caso semelhante ao da Encol, maior garantia ou segurança de recebimento dos imóveis aos adquirentes.

No tocante ao patrimônio de afetação, como suso discutido mostrou-se o mesmo a melhor mudança legislativa trazida neste ramo, haja vista que ele protege os recursos da incorporação, afastando-o do patrimônio do incorporador, ficando sujeito somente às dívidas daquela incorporação, se a época do caso Encol, tal instituto estivesse vigente e a construtora fizesse uso do mesmo, pode-se afirmar categoricamente, que o sofrimento dos adquirentes teria sido muito menor, pois não veriam os terrenos ou recursos do empreendimento que adquiriram serem corroídos por outras dívidas da empresa. Podendo com maior facilidade dar continuidade as obras, sem a construtora.

A Nova Lei de Falências, em suma, manteve o posicionamento trazido pela Lei 10931/2004, o que já se tornou uma medida muito positiva, haja vista que a criação do Patrimônio de Afetação foi, por si só, completa. Para os casos

onde o incorporador não adotou o regime de afetação, a lei prevê em dois artigos alguma proteção, garantindo ao adquirente o direito à propriedade do bem e no que tange aos contratos bilaterais, ao lecionar que os mesmos não se resolvem pela falência.

Logo pode-se considerar ainda que a sujeição do caso Encol à Recuperação Judicial, ao invés do antigo sistema de concordatas, apesar de não se ter a garantia de uma fuga da falência, poderia com mais eficácia tê-la evitado, pois o processo de recuperação provoca completa mudança administrativa na empresa, ao contrário do que acontecia na concordata que apenas trazia a oportunidade de um parcelamento ou negociação nos prazos para pagamentos das dívidas.

Ou seja, por todo o estudado é possível dizer que nossa legislação hoje vigente amadureceu, sendo capaz de trazer uma maior segurança para os adquirentes de imóveis incorporados, nosso sistema jurídico está mais preparado a evitar um novo desastre. Entretanto essa evolução, que se deu principalmente pela instituição do patrimônio de afetação, não pode ficar restrita a um senso de oportunidade empresarial, deve o legislador refletir sobre a função social desta atividade, cobrando das incorporadoras nacionais comportamento condigno com isso, pois apesar de toda a evolução legislativa hoje atingida, o poder de arbítrio conferido ao incorporador sobre a adoção dessas medidas não nos torna hoje plenamente imunes de vermos uma quebra como a da Encol.

## Referências Bibliográficas

- CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado Tomo 12*. Campinas: Bookseller. 2001.atualizado por: ALVES, Vilson Rodrigues.
- FILHO, Vicente de Paula, Diniz. et al. *Incorporação Imobiliária & Patrimônio de Afetação*. 5ª Ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*.10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense,1998.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva,2009.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil Contratos em Espécie*. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- KHOURI, Paulo R. Roque. *Direito do Consumidor*.4ª Ed.São Paulo: Atlas, 2009.
- MAMEDE, Gladston. *Falência e Recuperação de Empresas*. 3ª Ed. São Paulo. Atlas, 2009.
- SILVA, Luiz Antônio Guerra. *Falência de Construtora: Constituição de Patrimônio de afetação: segurança para o comprador de imóvel em construção*. Brasília, Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/9407/Fal%C3%Aancia\\_de\\_Construtora\\_Constitui%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/9407/Fal%C3%Aancia_de_Construtora_Constitui%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1) < Acessado em: 07/10/2011.
- CHALHUB, Melhim Namem. *Patrimônio de Afetação: A reforma por caminhos alternativos*. Rio de Janeiro, publicado no Jornal do Brasil em 07 de agosto de 2007. Disponível em: < <http://www.melhimchalhub.com/artigos04.htm> > Acessado em: 05/10/2011.
- FILHO, Hyltom Pinto de Carvalho. *Boletim do Direito Imobiliário*. Junho de 2011.número 11. Rio de Janeiro: Diário das Leis.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

PERALTA, Bárbara Heliadora de Avellar. *A Responsabilidade Civil do Incorporador e do Construtor, sob o Ponto de Vista Consumerista*. Disponível em: <  
[http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6628/A\\_Responsabilidade\\_Civil\\_do\\_Incorporador\\_e\\_do\\_Construtor\\_sob\\_o\\_Ponto\\_de\\_Vista\\_Consumerista](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6628/A_Responsabilidade_Civil_do_Incorporador_e_do_Construtor_sob_o_Ponto_de_Vista_Consumerista)> Acesso em: 21/05/2011.