



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Coordenação do Curso de Direito

RAFAEL DE OLIVEIRA CAMPOLINA

**ANÁLISE DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO
NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA
SOB A ÓTICA DO ADQUIRENTE**

Brasília
2013

RAFAEL DE OLIVEIRA CAMPOLINA

**ANÁLISE DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO
NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA
SOB A ÓTICA DO ADQUIRENTE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCeub, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Pablo Malheiros da Cunha Frota

**Brasília
2013**

*“O direito não é um dado.
Mas um construído”.*

Hannah Arendt

RESUMO

Descobrir se houve maior segurança proporcionada pelo patrimônio de afetação na incorporação imobiliária é o tema a ser discutido neste estudo científico. A pesquisa retrata a incorporação imobiliária e a importância do patrimônio de afetação na visão dos adquirentes de unidades imobiliárias. Analisa-se como problema a possível maior proteção que foi dada ao adquirente pelo surgimento da Lei nº. 10.931/04 que alterou a Lei nº.4.591/64. Utilizou-se a metodologia de pesquisa qualitativa de caráter doutrinário, estabelecendo a caracterização da incorporação imobiliária, bem como, examinando o patrimônio de afetação e a proteção dada ao adquirente, passando a demonstrar os aspectos relevantes deste instituto. Acerca das hipóteses, tratou-se de verificar se o patrimônio de afetação trouxe mais segurança ao adquirente e quais os possíveis benefícios, indicando a possibilidade de ver seus direitos de aquisição efetivados no caso de falência do incorporador. Ainda acerca das hipóteses, discutem-se as vantagens trazidas pela Lei nº. 12.844/13 que trata da adoção do regime especial de tributação, tanto para o incorporador quanto para o adquirente. Conclui-se com a realização deste estudo que o patrimônio de afetação é a maior garantia do adquirente, pois lhe proporciona maior segurança na aquisição de imóveis, determinando que o incorporador promova uma conduta linear, realizando todas as suas obrigações com relação à incorporação.

Palavras-chave: Patrimônio de afetação. Incorporação imobiliária. Incorporador. Adquirente. Proteção.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 CARACTERIZAÇÃO GERAL DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA	8
1.1 Aspecto histórico da incorporação imobiliária	10
1.1.1 Caso Encol.....	14
1.2 O incorporador	15
1.3 A dinâmica da incorporação imobiliária	17
1.4 Detalhes e importância do memorial de incorporação	19
1.5 Os documentos principais do memorial de incorporação imobiliária	20
1.6 A incorporação imobiliária e o patrimônio de afetação	23
2 PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO E O SISTEMA DE PROTEÇÃO DO ADQUIRENTE	26
2.1 As teorias do patrimônio e da afetação	30
2.2 Patrimônio de afetação e a proteção do adquirente nos preceitos da lei	34
2.3 O sistema de proteção do adquirente no regime das incorporações imobiliárias ..	37
2.4 A afetação à luz do CDC e do CC	42
2.5 Análise do patrimônio de afetação em visão geral	46
2.6 Regime Especial de Tributação no patrimônio de afetação	48
3 ANÁLISE DA RELAÇÃO ADQUIRENTE-INCORPORADOR: aspectos relevantes 51	
3.1 O adquirente e o incorporador	51
3.2 Princípios norteadores da relação adquirente-incorporador	54
3.3 Contratos	58
3.4 O direito fundamental à moradia	61
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

A segurança proporcionada pelo patrimônio de afetação na incorporação imobiliária é o tema a ser discutido nesta pesquisa científica. Neste trabalho interessa analisar como problema o surgimento do patrimônio de afetação e como este novo instituto se dá perante a relação incorporador-adquirente. Deste modo, tem como objetivo verificar qual foi a proteção dada a esta relação, sob a ótica do adquirente.

Diante da necessidade de delimitação do campo de estudo, tem-se o intuito de trabalhar a seguinte hipótese: qual(is) o(s) benefício(s) trazido(s) pelo patrimônio de afetação para o adquirente durante a incorporação imobiliária? Partindo deste ponto, esta pesquisa procura responder a questionamentos relacionados ao patrimônio de afetação, tais como a atuação da atividade incorporativa, a “blindagem” da incorporação em eventual falência e execução, bem como o crescimento do sentimento de segurança proporcionada ao adquirente.

A metodologia a ser utilizada para as análises e pareceres desenvolvidos neste trabalho de conclusão de curso basear-se-á na análise qualitativa, apresentado por Gil (2002, p. 108) e por Lakatos e Marconi (1991, p. 23), tendo por meta buscar elementos que subsidiem qualitativamente os pressupostos básicos e essenciais, a interpretação e reflexão do problema da pesquisa.

O método para o desenvolvimento do trabalho é o indutivo, uma vez que, considera que o conhecimento é fundamental na experiência, não levando em conta princípios preestabelecidos. No raciocínio indutivo a generalização deriva de observações de casos da realidade concreta e as constatações particulares levam à elaboração de generalizações (GIL, 2002, p. 111).

Portanto, a intenção deste estudo é discorrer com clareza e objetividade sobre a atividade da incorporação imobiliária e o patrimônio de afetação como ferramenta assecuratória de modo a fortalecer o binômio incorporador-adquirente.

Vale comentar que o interesse pelo tema está relacionado ao campo de atuação profissional deste autor, caracterizado pelo trabalho com a incorporação imobiliária e a construção civil. Neste sentido, surgiu também a partir de uma necessidade da própria área, já que os incorporadores revelam um conjunto de dúvidas, principalmente no que tange à escolha de se adotar, ou não, a afetação de suas incorporações, por estas aparentemente não serem

vantajosas. Por este motivo, verifica-se também o Regime Especial de Tributação nas incorporações afetadas após o surgimento da Lei nº. 12.844/13.

Finalmente, vale esclarecer que este estudo está organizado por meio de uma cadeia lógica do raciocínio jurídico e apresenta-se dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, visando dissertar sobre a incorporação imobiliária como um todo, nos moldes da Lei nº. 4.591/64, há de se caracterizar a incorporação. Procurou-se, ainda, apresentar as características da incorporação, como, por exemplo, o seu histórico e significado; as obrigações do incorporador; e o memorial de incorporação, apontando sua importância.

No capítulo dois deste trabalho busca-se fundamentar a relação da incorporação imobiliária e o patrimônio de afetação, bem como a forma de constituição do patrimônio de afetação, seus aspectos fundamentais e o sistema de proteção ao adquirente. Discutem-se as possíveis vantagens trazidas pela adoção do Regime Especial de Tributação no patrimônio de afetação.

Concluindo, no terceiro capítulo, ressaltam-se os aspectos relevantes da relação entre adquirente-incorporador; dos princípios norteadores desta relação e analisa-se o patrimônio de afetação, em uma visão geral, além de ponderar estes aspectos em função do direito fundamental à moradia.

1 CARACTERIZAÇÃO GERAL DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Neste capítulo, antes de adentrar à discussão sobre o patrimônio de afetação apresenta-se uma caracterização geral da incorporação imobiliária tendo como campo de estudo alguns aspectos relevantes do histórico da incorporação no Brasil, passando a discorrer sobre a figura do incorporador. Em seguida, ressalta-se como se dá a dinâmica da incorporação, trabalhando a importância e os detalhes contidos no principal documento que é o memorial de incorporação.

Inicialmente, vale destacar que a palavra incorporação significa “inclusão, união, introdução ou ligação de uma coisa no corpo de outra, a que ficará pertencendo, ou agremiação, congregação, agrupamento promovido entre pessoas para a formação de um só corpo” (TAVARES JUNIOR, 2013, p. 16). Em análise geral pode-se constatar que o vocábulo incorporar trata-se da inclusão de um indivíduo em uma entidade ou da reunião de pessoas para a formação, num aspecto jurídico, de uma personalidade jurídica. A Lei nº. 6.404/76 que rege as Sociedades Anônimas completa esse pensamento:

“Art. 8º incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades, de tipos iguais ou diferentes, são absorvidas por outra que lhes sucede em todos os seus direitos e obrigações, devendo ser deliberada na forma prevista para alteração do respectivo estatuto ou contrato social.”

Desse modo, a incorporação imobiliária é a inclusão, união, introdução de pessoas em um determinado grupo, movidas por um objetivo em comum, o de preservar os recursos financeiros entregues para a construção das obras, assim como, garantir o direito de entrega das unidades que foram compradas pelos adquirentes e o cumprimento das regras contratuais estabelecidas.

Diante do exposto, nas palavras de Chalhub (2012, p.11) conceitua-se incorporação imobiliária:

“O texto legal fornece elementos suficientes para caracterização da atividade de incorporação, permitindo conceituá-la como a atividade de coordenação e consecução de empreendimento imobiliário, compreendendo a alienação de unidades imobiliárias em construção e sua entrega aos adquirentes, depois de concluídas, com a adequada regularização no Registro de Imóveis competente (art. 44).”

De acordo com o art. 28, parágrafo único, da Lei nº. 4.591/64, a incorporação imobiliária pode ser definida como a atividade exercida com o intuito de promover e de realizar a

construção, para alienação total ou parcial de edificações ou conjuntos de edificações compostas de unidades autônomas.

É interessante destacar nas palavras de Chalhub (2012), que a incorporação imobiliária é um processo de produção, mas que contém uma estruturação e uma dinâmica diferentes, tendo como objetivo a venda antecipada de frações ideais de um terreno vinculado à construção de uma edificação coletiva, por meio da relação contratual existente entre o incorporador e o adquirente, participantes da incorporação imobiliária.

Sobre importância da função do incorporador neste processo, Brito (2002) aponta que ele é o grande idealizador do projeto e não deve ser analisado isoladamente, nem ser tratado apenas como um gestor do negócio, pois exerce várias atividades em todas as fases da incorporação, tais como a de mandatário, de corretor e de empreendedor.

Diante dessa breve explanação sobre a estrutura da incorporação imobiliária, Pereira (1998) destaca a importância do contrato para garantir os direitos e obrigações do incorporador e do adquirente, apontando que este surgiu no ordenamento jurídico brasileiro como um contrato atípico. Nesta direção, esclarece que as partes necessitavam explicitar seus direitos e obrigações de forma detalhada e, em geral, como era o incorporador que redigia o contrato, este era de adesão, portanto, era esperado que ele se atribuísse mais direitos e imputasse aos adquirentes mais obrigações.

Foi possível notar com o surgimento da incorporação, que a lei veio no intuito de especificar os direitos e as obrigações de maneira detalhada, de acordo com a representação social e legal de cada participante da incorporação, garantindo, aos envolvidos os benefícios da transação. Chalhub (2012) esclarece que era normal que o incorporador no ato da elaboração do contrato dispusesse a ele mais direitos e aos adquirentes mais obrigações. Neste contexto, fez-se necessária a criação de novas regras para equilíbrio das obrigações geradas, na tentativa de diminuir o excesso de garantias que eram constituídas somente para o incorporador.

A responsabilidade da incorporação antecede a instituição do condomínio e a construção, sendo de suma importância para a concretização legal dos direitos dos seus participantes. Anteriormente ao efetivo início das obras, os adquirentes das unidades devem, diante da elaboração do contrato de incorporação imobiliária, registrá-lo para que seus direitos e obrigações fossem devidamente garantidos e prestados, em caso de possíveis fatos que pudessem prejudicar a construção ou término da obra.

Ademais, a incorporação tem a sua função social, no que se refere à oferta de emprego. Conforme Mattos (2011) os empreendimentos de incorporação são responsáveis por movimentar volumosos recursos anualmente, empregar elevados contingentes de mão-de-obra e envolver toda uma cadeia produtiva – que vai da produção de materiais de construção até os serviços de consultoria técnica e de corretagem de imóveis.

Assim, conclui-se que a incorporação imobiliária é uma atividade empresarial de capital importância na vida contemporânea nas cidades, atingindo as diversas classes sociais, uma vez que é prioritariamente por meio dela que são comercializados os novos imóveis que serão construídos (MATTOS, 2011, p. 07).

1.1 Aspecto histórico da incorporação imobiliária

No presente tópico, será abordada a dimensão histórica acerca da incorporação imobiliária. Destacando o surgimento da atividade imobiliária, Silva (2010) argumenta que a criatividade dos empreendedores foi um aspecto fundamental para seu desenvolvimento, especialmente motivada pelas necessidades sociais. Deste modo, a incorporação imobiliária em sentido amplo refere-se ao ato de incorporar, sendo este a reunião de condôminos para a consecução de um objetivo comum, de construir uma edificação coletiva.

Na mesma direção, Pereira (1979) traça um esboço histórico de como as incorporações, usualmente, se realizavam antes de uma legislação específica, destacando que a figura do incorporador surgiu antes do direito regulamentar a existência dele.

Neste sentido, o referido autor relata que no período anterior à edição da Lei nº. 4.591/64, os adquirentes de unidades imobiliárias de um futuro condomínio se encontravam em situação de completo desamparo jurídico, uma vez que os Tribunais não conseguiam sequer identificar a atividade de incorporação, tampouco visualizavam no ordenamento jurídico a imposição de qualquer penalidade pela má condução de um negócio naquele modelo.

Chalhub (2012) sustenta que a partir da década de 30, nos grandes centros urbanos, a demanda por imóveis se intensificou e a legislação existente limitava-se em tratar sobre a alienação e a utilização de edificações já construídas. A regulamentação era omissa quanto à atividade empresarial de produção e comercialização de imóveis quando tratava sobre

edificações coletivas. As pessoas que exerciam esta atividade atuavam sem limitações legais realizando seus negócios sem risco, deixando desamparados os adquirentes.

Pereira (1979) descreve que naquela época os acontecimentos se davam, com mais frequência, da seguinte maneira: um determinado empreendedor procurava um dono de terreno que pudesse abrigar a construção de prédio coletivo, oferecendo como pagamento do imóvel uma participação nos lucros obtidos pelas vendas das unidades imobiliárias do futuro condomínio edilício. O empreendedor, por sua vez, procurava um construtor, que lhe fornecia o projeto e o custo da obra a ser edificada, e, com base em todos estes dados, colocava as unidades à venda no mercado, praticando preço que pudesse remunerar todos os envolvidos. Instrumentalizado por uma mera "proposta" de compra e venda, e antes de edificar uma parede sequer, passava o empreendedor a captar recursos de seu público-alvo (massa de consumidores). Uma vez vendidas todas as unidades, lavrava-se a competente escritura de transmissão do domínio envolvendo o dono do terreno e os adquirentes que, em muitas vezes, sequer conheciam o tal empreendedor. Como se vê, sequer no Registro de Imóveis surgia o nome do empreendedor, que era na realidade o verdadeiro incorporador.

O Código Civil de 1916 não disciplinava a matéria, e quando o tema começou a ser lançado ao conhecimento dos Tribunais, o que se viu, ainda segundo Pereira (1979, p. 15),

“[...] foi a completa ausência de responsabilização dos empreendedores pela frustração dos projetos. Em certos julgados o incorporador era equiparado à figura do corretor, em outros era considerado um mero mandatário ou gestor de negócios, sem que os adquirentes obtivessem do Judiciário uma correta resposta aos prejuízos que haviam sofrido.”

Conforme se depreende dos aspectos analisados, pode-se dizer que, progressivamente, os Tribunais passaram a melhor entender a matéria, determinando a responsabilização do incorporador pelos prejuízos causados aos consumidores, até que a matéria foi definitivamente positivada na ainda vigente Lei nº. 4.591/64.

Sobre o surgimento desta lei, Ghezzi (2011) sustenta que ela veio no intuito estabelecer uma ordem ao mercado, a fim de regular as relações incorporativas. O governo militar ordenou que fosse elaborado um projeto que disciplinasse a matéria, possibilitando o preenchimento de uma lacuna que havia quanto à legalidade dos empreendimentos imobiliários que surgiam cada vez com maior frequência.

Caio Mário da Silva Pereira foi incumbido de formular o anteprojeto de lei, instituindo importantes mecanismos de segurança para os adquirentes, privilegiando o equilíbrio das relações obrigacionais, a fim de equacionar a atividade e a estruturação do contrato.

Neste sentido, é de particular relevância para este estudo ressaltar que o sistema de proteção do adquirente, existente na Lei n.º 4.591/64, foi o precursor do sistema de proteção do consumidor, quase trinta anos antes da formulação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), orientando-se pelo princípio da boa-fé objetiva, da função social do contrato e por meio de eficazes mecanismos de compensação da vulnerabilidade do adquirente (CHALHUB, 2012, p. 3-4).

Neste contexto, nasceu pelo regime militar de 1964, o BNH, Banco Nacional de Habitação, entidade responsável por uma política nacional da habitação, criado para financiar a produção e venda de imóveis. Por meio de uma intervenção estatal, este banco controlava e orientava o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo, o SBPE, financiando a construção em larga escala de imóveis de interesse social, o que possibilitou atender parte da demanda habitacional que existia na época (MEDEIROS, 2013, p. 1).

Para complementar o BHN criou-se o SFH, Sistema Financeiro Habitacional, que captava recursos do recolhimento do FGTS, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, estes eram obtidos do recolhimento de oito por cento sobre a folha salarial de toda massa de empregados do Brasil. Estes recursos foram alocados para financiar as construções com destinação para à população de baixa renda. Os anos seguintes foram prósperos, gerando a construção de quase vinte e cinco por cento das moradias do país, nesta época a economia se mostrou estável (MEDEIROS, 2013, p. 6).

Sobre esta questão, Xavier (2011, p. 90) destaca que:

“Criado em 1964, o Sistema Financeiro Habitacional estruturou-se a partir de um mecanismo de captação de recursos dos depósitos em caderneta de poupança e de depósitos vinculados ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS que se retroalimentaria. Uma vez que a economia instabilizou-se, essa retroalimentação não mais funcionou e os recursos diminuíram drasticamente. Logo, passadas algumas décadas, o SFH dava sinais de colapso, não sendo capaz de suprir as demandas habitacionais do país”.

No início da década de 70, o sistema ainda funcionava bem, porém após 1975 observou-se que sistema já não atendia a finalidade para qual tinha sido criado, e por uma má gestão

constatou-se neste período que somente três por cento dos financiamentos eram destinados para famílias de baixa renda.

No início dos anos 80, o Brasil entrou em crise, a inflação chegou a patamares nunca vistos antes, com índices mensais de mais oitenta por cento ao mês. Por conseguinte, o mercado imobiliário passou por problemas estruturais gravíssimos e sem solução. Os contratos de financiamento realizados nesta época eram reajustados a índices exorbitantes e as dívidas destes financiamentos não sofriam amortizações, e tornaram-se impagáveis. Como consequência da inadimplência destes contratos, a crise se agravou que culminou com a extinção do BNH em 1986 (MEDEIROS, 2013, p. 5-7).

Nos inícios dos anos 90, havia uma grande lacuna na política habitacional nacional, e sem o devido controle necessário, instaurou-se uma crise econômica gerada pela necessidade de empréstimos para financiar os empreendimentos lançados pelas grandes incorporadoras, o que culminou com a insolvência de inúmeras delas, sendo o caso mais notório, o da Encol (XAVIER, 2011, 98).

Em 1994, o Ministério Público abriu inquérito contra a Encol, maior incorporadora do país, para investigar a sonegação de impostos e emissão de notas fiscais falsas. Em 1997, a Encol entrou com pedido de concordata, e em 1999 foi decretada sua falência (MATTOS, 2011, p.4).

Em função da crise da Encol, o governo criou o SFI, Sistema de Financiamento Imobiliário, por meio da Lei nº. 9.514/97, que regulou as condições dos negócios imobiliários, instituindo mudanças importantes para o desenvolvimento do sistema de financiamento. Neste sentido Xavier (2011, p. 90) aponta que “a razão de ser da criação do SFI foi a de contemplar mecanismos que pudessem contribuir para transposição da crise que assolava o então vigente Sistema Financeiro de Habitação – SFH”.

Em 2001, em contrapartida da insegurança que havia sido gerada no mercado, o governo instituiu Medida Provisória nº. 2.221/01, que posteriormente deu lugar à Lei nº. 10.931/04, responsável pela criação do patrimônio de afetação, tema discutido nesta pesquisa. A lei teve sua gênese a partir da necessidade criada pela insegurança jurídica que foi instaurada pela enxurrada de processos referentes à massa falida da Encol (CHALHUB, 2012, p. 5). Nesse sentido, é interessante compreender, brevemente, a origem do patrimônio de afetação, diante do caso Encol.

1.1.1 Caso Encol

Destaca-se que a incorporação imobiliária é importante para a economia nacional, pois impulsiona o mercado imobiliário, que é um grande desenvolvedor econômico. Na década de 90, diante de uma crise no mercado nacional imobiliário, verificou-se a fraqueza e a vulnerabilidade que existia neste setor.

Diante de um mercado vulnerável e instável, começou-se a analisar o setor imobiliário com outros olhares, verificando que melhorias deveriam ser realizadas. O fato gerador marcante para estas mudanças foi a falência da maior incorporadora do país, a Encol.

“Não resta dúvida que a tutela legal é complexa e tem tudo para ser eficaz. Mas será que é? Será que, mesmo observando todos os mecanismos registrares e estando diante de todos os meios protetivos, os adquirentes estão a salvo dos efeitos da falência do incorporador? A resposta parece estar no terreno prático. A vulnerabilidade dos adquirentes de unidades autônomas da Encol, por exemplo, escancarou a insegurança dos compradores de imóveis em construção. Naquele caso, paralisam-se quase 700 obras, prejudicando mais de 40 mil famílias, em todo o Brasil.” (BRITO, 2002, p. 333).

A quebra desta grande incorporadora foi o que fez surgir o patrimônio de afetação na legislação brasileira que discorre sobre a incorporação imobiliária. Assim, diante de um contexto alarmante no setor imobiliário, era preciso que os parlamentares encontrassem uma solução para a que os interesses de todos fossem atendidos, tanto dos incorporadores como das construtoras, afinal, estes são grandes impulsionadores do país, “geradoras de empregos e desenvolvimento econômico; dos agentes financeiros, que são os detentores do dinheiro, os financiadores da atividade imobiliária, e dos consumidores, que precisavam ter a segurança para aquisição das unidades imobiliárias” (TUTIKIAN, 2007, p. 119).

Então, criou-se a Medida Provisória nº. 2.221/01, dando origem ao patrimônio de afetação na incorporação imobiliária. Sua finalidade era regular uma maneira de proteger os adquirentes dos possíveis casos de falência, criando, posteriormente, a Lei nº. 10.931/2004, que regulou o patrimônio de afetação e tornou-se a maior proteção patrimonial dos adquirentes.

1.2 O incorporador

Depois de apresentada a caracterização da atividade empresarial de incorporação imobiliária, em seu aspecto histórico, é importante comentar sobre o papel do incorporador que por vez será o responsável por gerir o negócio e criar os fatores de produção que serão essenciais para efetivar a construção das unidades, bem como ofertá-las no mercado imobiliário (CHALHUB, 2012, p. 14).

O art. 29 da Lei nº. 4591/64 define a figura do incorporador, mas traz uma conceituação longa e imprecisa, o que torna seu entendimento de difícil compreensão, veja-se:

“Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, 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.” (grifo nosso)

O legislador, pela ausência de conhecimentos técnicos, formulou o texto que na sua estruturação se mostra complicado e com imperfeições conceituais e jurídicas. Esta deficiência legislativa pode ser verificada quando, por exemplo, utiliza-se o vernáculo transação como sinônimo de negócio jurídico (CHALHUB, 2012, p. 15).

Melhor seria que o legislador tivesse utilizado o texto contido no art. 23 do Anteprojeto proposto pelo douto Caio Mario da Silva Pereira que conceitua a figura do incorporador de forma clara, simples e concisa: “Considera-se incorporador e se sujeita aos preceitos desta lei toda pessoa física ou jurídica que promova a construção para alienação total ou parcial de edificação composta de unidades autônomas, qualquer que seja sua natureza ou destinação” (PEREIRA *apud* CHALHUB, 2012, p.15).

Consoante com este entendimento, Marques Filho e Diniz (2006) declaram ser o incorporador agente essencial à atividade incorporativa. Assim o descrevem como sendo a chave do negócio, pois é ele quem promove a constituição da incorporação e harmoniza os interesses de todas as pessoas para a consecução do resultado, que é a entrega do edifício inteiro na data aprazada.

Por conseguinte, o incorporador pode exercer todas as funções relacionadas à atividade, como são os casos da atividade de construção e de corretagem, mas para que fique caracterizada

sua função de incorporador, basta que, antes da conclusão da construção, efetive a venda de frações ideais de terreno vinculadas a futuras unidades imobiliárias que integrarão uma edificação coletiva.

Podem exercer a atividade incorporativa o construtor ou o corretor de imóveis, o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste, ou o promitente cessionário. Destaca-se que no caso de ser promitente ou cessionário, estes deverão estar imitados na posse do terreno, e com título aquisitivo que conste autorização expressa para dividir o terreno e alienar as respectivas frações ideais, bem como autorização expressa para a demolição de edificação que por ventura exista no local. Observa-se que a promessa deve ser irrevogável e devidamente registrada no Registro de Imóveis (CHALHUB, 2012, p. 17).

A relação existente entre incorporador e adquirente se concretiza por meio de um contrato de incorporação, que é bilateral, vinculando direitos e obrigações para ambos, fazendo jus ao incorporador receber o preço pactuado e ao adquirente a unidade desejada. Observa-se que existem aqui sucessivas prestações e contraprestações que não se cumprem em um só momento, se prolongando durante toda a execução até a conclusão que se dará com a entrega da unidade e sua respectiva averbação no Registro de Imóveis (CHALHUB, 2012, p. 20).

No que se refere aos deveres do incorporador, estes antecedem à formação da incorporação, e perduram mesmo após a entrega das unidades autônomas aos adquirentes. Cumpre ressaltar que seu principal dever, antes da comercialização do empreendimento, é arquivar no Registro de Imóveis competente os documentos referentes ao memorial de incorporação (GHEZZI, 2011, p. 19), sendo este o requisito essencial para a prática desta atividade.

Ainda no que compete aos deveres do incorporador, considera-se também de vital importância que seja feito o planejamento da obra como um todo. Este deve contemplar um projeto arquitetônico bem elaborado, e devidamente aprovado pelas autoridades competentes, que lhe emitem um alvará de construção que autoriza a execução da obra. Nesse sentido, o incorporador tem por objetivo planejar, redigir contratos, obter o projeto arquitetônico segundo preceitos pré-estabelecidos por ele (MARQUES FILHO; DINIZ, 2006, p. 24).

Constata-se que os deveres e as obrigações do incorporador são vários e complexos, todavia Marques Filho e Diniz (2006) fazem considerações sobre a principal obrigação do incorporador que é predominantemente de resultado, a de entregar a unidade autônoma

conforme foi descrito no memorial de incorporação, em razão do cumprimento da principal obrigação do adquirente, que é a do pagamento do preço.

Dentre os deveres do incorporador destacam-se os deveres contratuais gerais de: cooperação, função social, equivalência material, boa-fé e informação (FROTA, 2011, p. 265). Estes deveres serão apresentados no decorrer deste estudo, em momento oportuno.

Após o delineado nas linhas acima, é interessante adentrar no entendimento da dinâmica da incorporação, ou seja, o meio pelo qual se desenvolve.

1.3 A dinâmica da incorporação imobiliária

Ao se analisar a dinâmica da incorporação, faz-se necessário traçar um paralelo de como ela se dá no plano material, ou seja, como ela se dá quanto à atividade empresária exercida pelo incorporador.

Chalhub (2012) pontua perfeitamente a questão ao esclarecer que a incorporação não possui um modelo a ser seguido, quando afirma que os procedimentos não podem ser convencionados a uma única modelagem, mas sustenta ser plausível identificar em sua estrutura e em seu desenvolvimento alguns aspectos comuns. Destaca-se que o incorporador é a figura que atua para a concretização do negócio, incumbido de movimentar recursos, sendo o responsável desde início até a sua conclusão que se dá com a entrega das unidades.

Ainda de acordo com este autor, o processo ocorre da seguinte maneira. Primeiramente, o incorporador identifica um possível terreno para a incorporação e promove a realização de um estudo preliminar de viabilidade econômica e arquitetônica do negócio. Assim, decidindo pela incorporação, o terreno é adquirido pelo incorporador por uma das formas legais admitidas, seja por compra e venda, pagamento integral, aquisição dos direitos ou por permuta. Neste último caso, o incorporador recebe o terreno e se obriga à construir e entregar as unidades imobiliárias aos permutantes como forma de pagamento pelo terreno.

Após a aquisição do terreno, há a formulação do projeto definitivo visando a apreciação e aprovação pelos órgãos competentes. Para que esta aprovação seja bem sucedida, deve obter a aprovação por vias legais, por parte dos órgãos competentes tais como a administração municipal, os serviços de esgoto e água, de energia elétrica e órgãos de proteção ambiental,

entre outros. Aprovado o projeto, o incorporador passa à uma nova fase que é a elaboração do memorial propriamente dito, e deverá organizá-lo no que diz respeito à natureza jurídica, técnica, econômica e financeira para que o negócio seja implantado. É necessário, dentre outros documentos, a certidão de matrícula do imóvel, o quadro das áreas das futuras unidades imobiliárias, o orçamento e declaração de idoneidade emitida pelas entidades financeiras (CHALHUB, 2012, p. 21).

Seguindo esta lógica no que se refere à dinâmica da incorporação, após a devida apresentação dos referidos documentos, registra-se o memorial de incorporação. Este é o documento mais importante para o desenvolvimento das próximas etapas, pois somente depois do registro é que se proporciona ao incorporador o direito à comercialização das unidades. Então, segue-se para a oferta pública e a comercialização. Divulga-se a incorporação por meios publicitários, buscando o contato direto com o adquirente. Diante da aceitação dos possíveis adquirentes, com a análise das condições financeiras desses, fecha-se o negócio, mediante a assinatura do contrato. Esse contrato pode ser de compra e venda, estabelecido diante de cada adquirente (CHALHUB, 2012, p. 21).

Nota-se, a partir dos argumentos apresentados, que todo o processo de incorporação imobiliária culmina no estabelecimento do contrato entre o adquirente e o incorporador. Este deve ser respeitado em sua íntegra e beneficiar as partes envolvidas no decorrer do processo de construção da incorporação.

Posteriormente à firmação do contrato, inicia-se a obra que deve ser realizada de acordo com o que está estabelecido no projeto apresentado pelo incorporador. Durante esse processo, os adquirentes devem ser representados por uma Comissão de Representantes e o incorporador tem a obrigação de lhes manter informado sobre o andamento da obra. Com a conclusão da obra, institui-se o condomínio especial, estabelecido pelos artigos 1.331 a 1.358 do Código Civil, que comenta sobre a independência das unidades imobiliárias, a não alienação separadamente dessas unidades, pois são partes comuns, o estabelecimento da fração ideal para cada unidade e a organização do condomínio (CHALHUB, 2012, p. 22-23).

Ponderando sobre estes aspectos, argumenta-se neste estudo que o memorial é ato complexo, uma vez que os requisitos para seu registro contemplam a dinâmica envolvendo vários atos e documentos. Ressalta-se a importância do registro do memorial como ato jurídico que permite a comercialização das futuras unidades autônomas. Cumpre ressaltar que a dinâmica da incorporação não cessa após o registro do referido memorial de incorporação,

sendo este o início de uma atividade que estará permeada de muitos outros aspectos importantes.

Ao se analisar toda a dinâmica apresentada é importante ressaltar que para o sucesso da incorporação faz-se necessário uma estratégia de marketing para a venda das unidades. Outra questão relevante que deve ser apontada se refere ao levantamento de recursos para a construção do empreendimento. Estes podem advir do financiamento realizado por entidade financeira, ou pela junção de investidores para angariar estes recursos. Destaca-se, por último, a necessidade de celeridade no processo como um todo para que a incorporação seja produtiva.

Outro aspecto que merece ser comentado neste tópico é a relação existente entre o incorporador-adquirente, pois esta relação jurídica é a causa geradora de todo este processo, o qual sempre deverá ser regido pelos princípios da boa fé, da informação, da transparência, da equidade e da confiança. Estes princípios serão objeto de estudo no terceiro capítulo.

Ao se analisar os aspectos tratados no presente tópico, considera-se que estes reunidos contemplam a dinâmica na qual se dá a incorporação imobiliária como atividade a ser exercida pelo incorporador. No tópico seguinte, visando a continuidade deste estudo científico, aprofunda-se sobre a importância do memorial de incorporação.

1.4 Detalhes e importância do memorial de incorporação

O documento no qual se fundamentam todos os atos empresariais e civis da incorporação é denominado memorial de incorporação. Baseado no art. 32, este é composto de documentos que cumprem função da organização do negócio, e exercem a finalidade de definir e identificar a futura propriedade (CHALHUB, 2012, p. 40). Estes documentos serão descritos ao longo deste tópico.

Com muita propriedade Chalhuh (2012, p.40) aponta:

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

Diante do exposto, Chalhub (2012) continua seu ensinamento, destacando que o registro é ato preliminar, público e requisito legal indispensável para exercício da atividade incorporativa, e somente após este é que o incorporador estará legitimado a empreender sua atividade empresarial de comercialização das unidades. Neste documento serão delineados os moldes do empreendimento planejado, ressaltando sua descrição, características, áreas comuns e privadas, materiais empregados, dentre outras especificações, sendo assim, sua confecção é extremamente relevante.

É interessante entender a importância do memorial para o desenvolvimento do projeto proposto e planejado pelo incorporador. O registro do memorial é elemento essencial, amparado nos moldes da lei, sendo ato preliminar para o exercício da atividade. Além disso, possibilita ao Oficial de Registro de Imóveis divulgar a identificação do incorporador, responsável pelo empreendimento, podendo seu nome ser utilizado para divulgação de informações relativas ao empreendimento (CHALHUB, 2012, p. 41).

Na tentativa de determinar a natureza jurídica do registro do memorial de incorporação, observa-se que não se cria um direito, apenas o legitima, conclui-se então ser de natureza declaratória, pois o objetivo é a alteração jurídica do imóvel. Pelo exposto destaca-se que a relação jurídica entre o incorporador e o adquirente é pré-existente, e para que esta relação seja válida no mundo jurídico, faz-se necessário uma declaração formal desta condição.

Conclui-se, portanto, que o memorial é documento de natureza jurídica declaratória, técnica, financeira e empresarial, que se destina a dar, ao pretendente na aquisição, visibilidade do negócio, possibilitando ao adquirente conhecer com exatidão o objeto que pretende comprar, bem como avaliar o risco da aquisição.

1.5 Os documentos principais do memorial de incorporação imobiliária

Tendo em vista que o rol de documentos que compõem o memorial de incorporação é enorme, vale a pena destacar o título de propriedade do terreno, pois o domínio ou a propriedade do imóvel é um dos requisitos para a promoção da incorporação. Em Chalhub (2012, p.43) vamos encontrar o argumento confirmatório de que “qualquer que seja o título, de domínio pleno ou de direito real de aquisição, é igualmente essencial que esteja registrado no Cartório de Imóveis”.

No entanto, podem acontecer os casos de promessa de compra e venda ou de cessão de direitos, esses devem ser irrevogáveis e irretroatáveis com estipulações que constem nas cláusulas de imissão na posse e que autorizem a divisão e alienação do imóvel.

No que se refere a certidões negativas de impostos federais, estaduais e municipais pode-se complementar que as certidões referem-se a débitos fiscais perante a União, o Estado e o Município, e dizem respeito ao imóvel, aos alienantes do terreno e ao incorporador (CHALHUB, 2012, p. 43).

Outro documento exigido é certidão vintenária, que apresenta o histórico do título de propriedade do imóvel. Nele o adquirente poderá visualizar a cadeia dominial do imóvel, ou seja, a origem do imóvel incorporado, bem como quais foram e são seus proprietários.

O projeto de construção é devidamente aprovado pelas autoridades competentes e deve ser autenticado pelo profissional responsável pela obra e pelo incorporador, com firma reconhecida, acompanhado do alvará de construção (CHALHUB, 2012, p. 50).

Assim, outro documento essencial para a constituição do memorial é o cálculo das áreas da edificação, que discrimina, além de maneira global, também as partes comuns a cada um, indicando o correspondente a cada tipo de unidade. Os quadros identificam as áreas contidas no projeto de construção de maneira discriminativa, indicando a área privativa de cada unidade autônoma e a participação proporcional de cada uma delas nas partes e coisas de uso comum (CHALHUB, 2012, p. 51).

Quanto ao memorial descritivo das especificações da obra projetada, Chalhub (2012) destaca ser a peça essencial que reproduz os elementos necessários para que o adquirente possa conhecer a forma e o grau de qualidade da construção projetada.

Referindo-se a avaliação do custo global da obra, o supracitado autor destaca que este é o orçamento formulado com base no projeto e nos quadros apresentados. Ressalta ainda que é essencial para a contratação da venda de unidades futuras, tanto para as incorporações realizadas por empreitada, quanto por administração (CHALHUB, 2012, p. 53).

A discriminação das frações ideais de terreno também é essencial elemento para a constituição das unidades que influirá em todos os direitos e obrigações dos adquirentes, pois é com base nesta fração que se calcula a participação de cada adquirente no custeio do

condomínio, desde que a Convenção de Condomínio não estipule o contrário (CHALHUB, 2012, p. 54).

Outro documento importante que compõe o memorial é a minuta da futura Convenção de Condomínio, que posteriormente poderá ser adotada em futura assembleia convocada para este fim, desde que ratificada pelos condôminos que representem 2/3 das frações ideais (CHALHUB, 2012, p. 55).

Dessa forma, toda a documentação relacionada no art. 32 deve ser anexada ao requerimento dirigido pelo incorporador ao Oficial do Registro de Imóveis competente. É interessante, no entanto, comentar sobre o tempo de validade do memorial de incorporação. No que se refere ao prazo de validade do memorial de incorporação imobiliária, a lei nº. 4.591/64, em seu art. 3º, diz que é 180 (cento e oitenta) dias.

Nesse ponto, observa-se que caso o incorporador não tenha vendido nem prometido em venda nenhuma das unidades autônomas durante esse prazo, o memorial e o projeto inicial são passíveis de mudança, desde que os documentos exigidos nos moldes do art. 32 da Lei nº. 4.591/64 sejam reapresentados ao cartório de imóveis responsável para que haja a fixação de um novo registro (FIGUEIREDO, 2010, p. 1).

Todavia, se nesse prazo de 180 (cento e oitenta) dias for promovido o registro de algum contrato de promessa de compra e venda ou de alienação de unidade autônoma, o memorial de incorporação não pode mais ser modificado, senão com o consentimento de todos os promissários compradores ou adquirentes, pois é no memorial de incorporação que fica plenamente definida a caracterização de cada unidade autônoma e o correspondente direito aquisitivo dos compradores (FIGUEIREDO, 2010, p. 1).

Essa imutabilidade do memorial de incorporação, contudo, não é absoluta. Antes da conclusão da edificação e da averbação da licença de habite-se, a construção pode sofrer modificações, com a alteração do quadro de áreas e da fração ideal, mas deverá ser feito um novo memorial de incorporação o qual deve ser apresentado perante o Registro de Imóveis, assinado pelo incorporador e por todos os promissários compradores de unidades autônomas, tal como preceitua o art. 43, inciso IV, da Lei 4.591/64. Encontra-se exigência semelhante nos arts. 1.343 e 1.351 do Código Civil, os quais determinam que toda modificação nas características da edificação, que afetem o direito dos condôminos, deve ser aprovada pela unanimidade dos titulares das unidades (FIGUEIREDO, 2010, p. 4).

Importante destacar que caso haja inconsistência no memorial de incorporação, este deverá ser retificado, fazendo constar quais as características foram modificadas do projeto original. Com efeito, o incorporador deve averbar na matrícula do imóvel incorporado um memorial descritivo de rerratificação, o qual deverá conter expressamente uma descrição detalhada de tudo que foi alterado e tudo que continua igual, destacando se houve alteração no projeto arquitetônico, nos quadros de áreas, nas frações originais do terreno, nas vagas de garagem e na minuta da convenção de condomínio.

Do exposto acima neste tópico, pode-se sintetizar que o memorial contém vários documentos que possibilitam à análise do negócio em seus mínimos detalhes, a fim de conhecer com exatidão a composição do objeto que se pretende comprar, permitindo a acessibilidade dos interessados em adquirir as unidades da edificação futura.

1.6 A incorporação imobiliária e o patrimônio de afetação

Como meio de se ter maior segurança jurídica formal com relação aos empreendimentos adquiridos, ou seja, garantindo aos compradores que as unidades adquiridas sejam entregues e que terão um apoio para possíveis percalços no processo de construção do empreendimento, foi criada a alternativa do patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias. A princípio, esse tópico desenvolverá uma breve introdução sobre a correlação da incorporação imobiliária e do patrimônio de afetação, mostrando a importância da criação dos dispositivos da lei que asseguram tal prerrogativa.

A criação do instituto do patrimônio de afetação se deu da seguinte maneira:

“Primeiramente, instituiu-se através da Medida Provisória de nº 2221, de 04 de setembro de 2001, e recentemente pela Lei Federal nº 10.931/04, publicada no dia 03 de agosto de 2004, alterando a lei de incorporações imobiliárias (Lei Federal nº 4.591/64), Decreto-Lei no 911/69, Lei Federal nº 4.728/65 e Lei Federal nº 10.406/02” (PEREIRA, 2001, p. 46).

A Lei nº. 4.591/64 introduziu no direito positivo um avançado sistema de proteção contratual dos adquirentes de imóveis em construção, fundado no princípio da boa-fé objetiva e da função socioambiental do contrato. Posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor –

Lei nº 8.078/90 – também dispôs sobre o tema nas relações de consumo, aplicável subsidiariamente aos contratos inerentes à incorporação.

Ainda assim, os riscos do negócio se tornavam cada vez mais evidentes, quando da falência da sociedade empresária incorporadora, pois, nessa hipótese, a consecução dos contratos passava a depender do processo de falência, levando os adquirentes à esfera judicial para conseguir a solução dos problemas.

Contudo, o sistema ainda precisava de mais alternativas ou mecanismos de proteção patrimonial e essa necessidade veio a ser preenchida pela Lei nº. 10.931/04, que instituiu o regime jurídico especial de proteção às incorporações imobiliárias.

Neste mesmo entendimento, Marques Filho e Diniz (2006. p. 13) apontam que:

“[...] Lei 10.931, de 03.08.2004, que trouxe em seu bojo várias novidades ao ordenamento jurídico brasileiro, representando uma revolução no mercado imobiliário, ao criar um ambiente favorável a um crescimento consolidado. A medida é de extrema importância, pois a incrementação do desenvolvimento econômico neste setor é necessidade fundamental e inadiável, tanto pela segurança que a operação requer, como para fomentar a economia nacional.”

O espírito da mencionada lei é a proteção patrimonial dos credores atrelados a cada incorporação imobiliária, visando apartar os direitos e obrigações oriundos daquela incorporação do patrimônio global da empresa, de modo a viabilizar a conclusão da obra e a entrega das unidades aos adquirentes, independentemente de processo falimentar e evitando a necessidade de prestação jurisdicional.

Aliado a isso tudo, pode-se certificar a intenção de dar aos adquirentes meios de acompanhamento do andamento das obras e, simultaneamente, criar mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, caso a incorporadora realmente entrasse em falência.

Considerando tal cenário, era preciso desenvolver um mecanismo de proteção e defesa do adquirente, que compensasse a vulnerabilidade de sua posição contratual e sua autossuficiência no caso de falência do incorporador (MATTOS, 2011, p. 18).

O sistema de afetação, assim, visa dotar a incorporação imobiliária, em cada empreendimento, de um patrimônio próprio, que não se confunde com o patrimônio da sociedade empresária. O objetivo primordial é evitar que o incorporador utilize recursos de um

empreendimento em outros ou mesmo para uso próprio, com prejuízo ao regular andamento das obras.

Por efeito da afetação, cria-se um regime de vinculação de receitas, pelo qual as quantias pagas pelos adquirentes ficam afetadas à consecução da incorporação, vedado nos limites da lei, o desvio de seus recursos para outras finalidades (CHALHUB, 2012, p. 66). Entretanto, excluídas as despesas para a execução da obra, regularização do edifício no registro imobiliário e demais despesas inerentes ao empreendimento, as quantias que excederem podem ser apropriadas pelo incorporador sem qualquer óbice.

A nova Lei resulta do Projeto de Lei da Câmara nº. 2.109/99, que reproduz o anteprojeto apresentado ao Instituto dos Advogados Brasileiros nos termos da Indicação nº. 14/99, tendo sido, posteriormente, incorporado ao Projeto de Lei do Executivo nº. 3.065/04, que, dentre outras disposições, revogava a Medida Provisória nº. 2.221/01, aperfeiçoando alguns pontos negativos desta.

Em relação à MP nº. 2.221/01, a principal alteração do Projeto de Lei nº. 3.065/04 consiste na criação de um regime especial de tributação para as incorporações imobiliárias. De outro lado, revogava a obrigação solidária do adquirente, em relação ao incorporador em processo de falência, atribuída na mencionada Medida Provisória.

Finalmente, a matéria foi consolidada na Lei nº. 10.931, de 02 de agosto de 2004, que dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, entre outras providências, introduzindo novos dispositivos na Lei nº. 4.591/64. O artigo 4º da Lei nº. 10.931/04 foi alterado pela Lei nº. 11.101/05.

2 PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO E O SISTEMA DE PROTEÇÃO DO ADQUIRENTE

O presente capítulo dissertará sobre o patrimônio de afetação, seu conceito e suas características. Também será apresentada a sua relação com o sistema de proteção do adquirente, mostrando a que serve e a quem serve o patrimônio de afetação.

Inicialmente, conceitua-se afetação como sendo “o ônus que recai sobre um bem para garantir uma obrigação; ato que dá destino a um bem público” (MARQUES FILHO; DINIZ, 2006, p. 67).

Sendo assim, o patrimônio de afetação é formado pelo o que tem cada empreendimento imobiliário, ou seja, seu patrimônio pessoal. Não se pode confundir isso com o patrimônio da sociedade empresária contratada para a realização de sua construção. “Assim, o patrimônio de cada empreendimento imobiliário é contabilmente apartado do patrimônio total da empresa responsável pela construção e/ou incorporação do imóvel” (MEZZARI, 1996, p. 15).

Neste mesmo diapasão, cumpre ressaltar que:

“[...] o patrimônio de afetação de cada empreendimento objetiva evitar que o incorporador utilize recursos de um empreendimento em outros, visando resguardar o regular andamento do empreendimento em questão. Logo, os valores desembolsados pelo adquirente do imóvel na planta ou fase de construção de determinado empreendimento ficam obrigatoriamente vinculados apenas à própria edificação, não havendo possibilidade de desvio destes recursos para outras obras ou despesas do incorporador” (MEZZARI, 1996, p. 15).

Trata-se de uma maneira de assegurar ao adquirente que o dinheiro investido no empreendimento não seja desviado, pois todo o valor que é depositado pelo consumidor para a construção do empreendimento imobiliário deve ser totalmente voltado para esse.

Marques Filho e Diniz (2006, p. 68) sustentam que “pelo regime de afetação, constituir-se-á um novo patrimônio, destinado àquele empreendimento específico, que não manterá nenhuma comunicação com o patrimônio de incorporador.” Isso isenta o incorporador de responder por obrigações que foram assumidas por este e que não afetam o que diz respeito ao empreendimento.

Destaca-se que a qualquer tempo o patrimônio de afetação poderá ser constituído, tendo como pré-requisito a averbação de termo próprio. Este termo deverá ser firmado pelo incorporador na matrícula do imóvel no Registro de Imóveis competente, tendo sua validade o caráter *erga omnes*. Este registro poderá ocorrer em qualquer momento da construção, podendo inclusive ser feito na ocasião do registro da incorporação imobiliária.

Para que a divisão de obrigações seja clara, tanto para o adquirente quanto para o incorporador, é importante que o incorporador especifique na escrituração contábil realizada para cada empreendimento imobiliário, o que será submetido ao regime de tributação. Assim, o patrimônio de afetação de um determinado empreendimento somente se responsabilizará pelas obrigações que estiverem a ele vinculado, tendo uma escrituração contábil separada, não respondendo por outras obrigações que por ventura possam ser imputadas ao incorporador. Dessa forma infere-se que na hipótese do incorporador causar prejuízos ao patrimônio de afetação, ele responderá por qualquer ação que ocasionar subtrações ao empreendimento afetado (MEZZARI, 1996, p. 19).

Sendo assim, o patrimônio de afetação estipula um cuidado especial com o tratamento do patrimônio do sujeito, no caso o adquirente, separando as obrigações e direitos e não deixando que um único indivíduo se prejudique pelos demais.

Suas características são:

- a) Autorização legal;
- b) Universalidade;
- c) Incomunicabilidade;
- d) Autossustentação;
- e) Inacessibilidade de credores não vinculados;
- f) Oponibilidade a terceiros (MATTOS, 2011, p. 45).

A autorização legal é a formação legalizada do patrimônio de afetação, devendo conter regras de estabelecimento, definindo sua finalidade, forma de criação, limites, condições de extinção e sub-rogação de direitos (MATTOS, 2011, p. 45).

Neste sentido, Chalhub (2012) argumenta que a separação patrimonial somente deve ser autorizada por lei, por relativizar o princípio da livre utilização do patrimônio por seu titular, e o princípio da garantia geral dos credores, constituído pelo patrimônio. A permissão da segregação patrimonial deve ser legal, contendo rigorosamente suas limitações e finalidade pelo qual foi constituído o patrimônio afetado, objetivando impossibilitar a fraude.

Por sua vez, a universalidade trata-se da “propriedade que tem o Patrimônio de Afetação de incluir todos os direitos e obrigações atinentes ao respectivo patrimônio segregado e destinado à consecução de determinada finalidade” (MATTOS, 2011, p. 46). Em suma a universalidade quer dizer que todos os direitos e deveres devem integrar o patrimônio afetado, sejam eles os créditos dele obtidos, sejam as dívidas por ele contraídas.

A incomunicabilidade refere-se à autonomia, para conferir ao patrimônio de afetação o cumprimento da finalidade para a qual foi instituído, sem contudo, gerar o desmembramento do patrimônio geral do incorporador, nem criar nova personalidade jurídica. Assim, tem-se que o patrimônio permanece uno e indivisível, sendo esta separação somente funcional (MATTOS, 2011, p. 47). Em função de estar ligado à autonomia, o patrimônio de afetação somente responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação afetada.

Neste sentido, Chalhub (2012, p. 81) ensina com propriedade que os:

“Patrimônios de afetação são incomunicáveis por natureza. A incomunicabilidade é uma de suas características essenciais, pois, para cumprir sua finalidade de proteção de um bem socialmente relevante ou para assegurar a consecução de determinada atividade econômica merecedora de tutela especial é indispensável que os bens afetados fiquem afastados dos efeitos de negócios estranhos ao objeto da afetação. A incomunicabilidade visa afastar riscos patrimoniais que possam prejudicar ou frustrar a realização da finalidade social e econômica definida para o patrimônio de afetação. É o caso, por exemplo, do imóvel destinado à moradia da família, que só responde pelas dívidas e obrigações vinculadas ao imóvel, entre elas o imposto predial, as cotas de condomínio, os salários dos empregados da casa e as contribuições previdenciárias relativas a estes empregados, entre outras.

Na jurisprudência podemos identificar a incomunicabilidade entre o patrimônio de uma incorporadora e do patrimônio de afetação de uma incorporação, conforme o julgado abaixo:

TRIBUTÁRIO. INCORPORADORA E INCORPORAÇÃO. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO. RESPONSABILIDADE PELAS DÍVIDAS. DÉBITOS NÃO SE COMUNICAM. CND. CABIMENTO. 1. A incorporação pode 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, mantêm-se apartados do patrimônio do incorporador e constituem patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades

imobiliárias aos respectivos adquirentes. 2. O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva. 3. Registrado o patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente, o crédito tributário constituído em nome da Incorporadora não pode ser óbice ao fornecimento de certidão negativa de débitos à Incorporação. 4. Considerando que não existe crédito tributário constituído em relação à Incorporação, faz jus a impetrante à expedição de Certidão Negativa de Débitos.

(TRF-4 - APELREEX: 38419 RS 2007.71.00.038419-6, Relator: JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 16/12/2009, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 12/01/2010)

A autossustentação parte da premissa que os créditos provenientes da alienação das unidades imobiliárias devem ser suficientes para saldar os deveres e os custos da obra. Conclui-se, portanto, que somente há plenitude na afetação se esta for satisfatória para a conclusão da incorporação e não necessitar de fontes extras de recursos. Justamente por este motivo é que os adquirentes poderão assumir a administração da obra em caso de falência do incorporador (MATTOS, 2011, p. 47).

A inacessibilidade decorrente da incomunicabilidade, pois os bens afetados não podem ser alcançados por credores de outra incorporação ou por outros patrimônios afetados da mesma sociedade empresária (MATTOS, 2011, p. 48). Essa característica atesta a não agressão de credores que não são vinculados ao empreendimento.

Cumprido ressaltar que antes do advento do patrimônio de afetação existia uma insegurança gerada no caso de falência do incorporador, pelo fato de o empreendimento poder ser integrado à massa falida deste. Este fato prejudicaria os adquirentes, pois veriam seus recursos que foram aplicados na compra de sua unidade, passarem à integrar a massa falida do incorporador, servindo como objeto de satisfação dos créditos devidos à credores da massa falida, alheios à incorporação.

A oponibilidade deve ser entendida como oponível a terceiros, produzindo efeitos *erga omnes*, é por meio da averbação do termo no memorial de incorporação no Registro de Imóveis que se atinge a publicidade, compreendendo sua finalidade (MATTOS, 2011, p. 48).

Após entendida a conceituação e caracterização do patrimônio de afetação, para um melhor entendimento, passamos a dissertar sobre as teorias do patrimônio, a fim de que se possa analisar de maneira completa o instituto do patrimônio de afetação, compreendendo como se deu seu surgimento na legislação alienígena.

2.1 As teorias do patrimônio e da afetação

O ponto de partida a ser adotado neste tópico é a conceituação do patrimônio para melhor entender o instituto do patrimônio de afetação. Conceituando sinteticamente pode-se afirmar que o patrimônio é o complexo de bens, materiais ou não, que pertença à uma pessoa ou empresa e que seja suscetível à apreciação econômica. Destaca-se que, neste conceito, o patrimônio tem uma atribuição econômica. Neste sentido encontram-se inúmeras definições como sendo objeto de estudo das ciências contábeis. A ideia passada parece simples demais, e por necessidade teórica adentramos neste estudo para melhor entender o conceito segundo as teorias existentes.

Com relação às teorias do patrimônio, é importante destacar duas abordagens, a primeira é a teoria clássica ou subjetiva e a segunda a teoria objetiva do patrimônio.

Aubry e Rau (*apud* XAVIER, 2011, p. 49) no século XIX dissertam que para compreender melhor a teoria clássica é necessária a definição e caracterização de patrimônio diante de alguns pontos de vista. Esta teoria pode ser denominada também de teoria subjetiva, por estar ligada à personalidade. Sendo assim, primeiramente, trata-se de: “é um objeto incorpóreo, que pode ser percebido apenas pelo entendimento; não é algo visível, material no mundo dos sentidos, mas sim, algo imaterial.” Com tal afirmação, os autores apresentam o patrimônio como um conjunto de direitos civis que o indivíduo tem sobre seus pertences que constituem seus bens.

Além disso, o patrimônio em segundo plano também trata do englobamento de todos os bens, indistintamente, de uma pessoa, sobretudo, “incluindo os bens inatos (direitos de personalidade) e os bens futuros” (AUBRY; RAU, *apud* XAVIER, 2011, p. 51).

O patrimônio também exprime um valor pecuniário, ou seja, é compreendido de modo simultâneo por créditos e débitos. Trata-se da emanção da personalidade, ou seja, cada indivíduo tem um patrimônio, mesmo que esse não seja constituído por nenhum bem (XAVIER, 2011, p. 51).

Nesse caso, verifica-se a ligação e separação entre patrimônio e personalidade, conforme XAVIER (2011, p. 52), o patrimônio é algo inato ao ser humano, está na essência de

sua personalidade. Apesar da ligação entres os dois, esses não se confundem, pois o fundamento do patrimônio está na personalidade. O patrimônio é uno, e emanado da personalidade. Conclui-se, portanto, ser indivisível, constituído de uma universalidade jurídica.

Com base na emanção da personalidade, é importante compreender que as atitudes e obrigações que tomadas pelo indivíduo, acarretarão em atingir seu patrimônio, por isso o titular do patrimônio deve:

“Administrar o patrimônio; receber os rendimentos e lucros provenientes do patrimônio; a faculdade de dispor, por testamento, da totalidade ou de uma cota-parte do patrimônio; a de reclamar, a restituição dos objetos ou valores pertencentes ao patrimônio e reivindicar o patrimônio” (AUBRY; RAU, apud XAVIER, 2011, p. 53).

Esses deveres tratam-se da responsabilidade patrimonial, na qual se atinge o patrimônio do devedor, preservando a sua liberdade. Diante de tais características se formularam juridicamente as noções de patrimônio afetado. Com tais definições a respeito de patrimônio, AUBRY e RAU constituíram a teoria clássica do patrimônio.

A teoria clássica afirma que o patrimônio é inerente à todas as pessoas, ou seja, todas possuem, mesmo que isso não ocorra de fato, conclui-se por raciocínio lógico que não existe patrimônio sem que este emane de uma personalidade. A teoria apresenta três características lógicas, assim compreendidas que somente pessoas (físicas ou jurídicas) têm patrimônio, por consequência todas o têm, e cada pessoa possui somente um patrimônio (XAVIER, 2011, p. 63-64).

Desse modo, compreende-se a teoria clássica como centrada na vinculação da personalidade do sujeito com a universalidade de seus bens. Um debate foi instaurado para se determinar a natureza jurídica do patrimônio, uma nova mudança estava surgindo, demandava-se a criação de mecanismos mais eficazes, que fornecessem novas possibilidades para se caracterizar outros patrimônios que pudessem ser afetados.

Inúmeros desacordos surgiram contra a teoria clássica, sustentava-se que deveria existir uma independência entre patrimônio e personalidade para garantir as obrigações assumidas pelos devedores. Surgiam os patrimônios de afetação, que deveriam servir para uma determinada finalidade (XAVIER, 2011, p. 65).

Assim, como fruto deste debate surgiu a teoria objetiva do patrimônio, seu idealizador foi Bernhard Windscheidt, que determinou a existência no ordenamento jurídico de direitos que não eram advindos dos sujeitos (SALAZAR, *apud* XAVIER, 2011, p. 69).

Essa teoria foi primeiramente apresentada pelos alemães, incluindo Windscheidt, e após ser consolidada por esses, ganhou espaço na França, quando se desenvolveu e tomou maior amplitude e novos moldes, caracterizando a teoria do patrimônio de afetação.

A teoria objetiva do patrimônio foi um novo olhar dado por diferentes autores a respeito dos sujeitos de direitos, rompeu com a forte ligação que havia entre patrimônio e personalidade, propondo a independência de ambos. Passou a existir o patrimônio separado do pessoal, sem a necessidade da criação de uma personalidade jurídica.

Com isso, foi possível criar os chamados patrimônios de afetação, ou seja, “massas patrimoniais unidas em virtude da finalidade socialmente relevante para a qual foram instituídas” (XAVIER, 2011, p. 75). Além disso, com o novo olhar sobre os sujeitos de direito, foi possível recolocar o indivíduo como centro na ordem jurídica (CARVALHO, *apud* XAVIER, 2011, p. 76).

Os sujeitos de direito seriam definidos como “todo e qualquer *ente* titular de alguma situação jurídica ativa ou passiva, por mais elementar que seja, a despeito de não se verificar, em direito positivo, qualquer expressa qualificação desse ente como sujeito de direito” (LEONARDO, *apud* XAVIER, 2011, p. 77). Então, nos moldes da teoria objetiva do patrimônio, o patrimônio de afetação seria definido com um sujeito de direito e não como uma pessoa. Tal distinção é essencial para a compreensão da vinculação entre sujeitos de direito e patrimônio de afetação.

Pelo exposto, percebe-se que a teoria objetiva admitiu uma pluralidade de sujeitos de direito, sobre este aspecto cabe ressaltar que o patrimônio de afetação seria um sujeito de direito (entes despersonalizados) e não uma pessoa.

Após o delineado nas teorias acima, faz-se necessária a análise sucinta das modalidades de separação patrimonial. Assim temos que o patrimônio pessoal é o de cada um. O patrimônio coletivo pertencente a um grupo de pessoas. O patrimônio autônomo é atribuído a uma massa de bens para uma pessoa jurídica. E por último, o patrimônio afetado constituído pela massa independente de bens, criada para atender uma determinada finalidade (CARVALHO, *apud* XAVIER, 2011, p. 78-79).

No Brasil, pode-se encontrar clara opção pela teoria subjetiva, por influência francesa, no Código Civil de 1916, tendo em vista que quando tratava da herança, atribuía um valor econômico composto pelo ativo e pelo passivo de uma universalidade de direito (XAVIER, 2011, p. 80-81).

O Código Civil de 2002 manteve a redação pouco alterada, optando também pela teoria clássica do patrimônio. Todavia, alguns doutrinadores defendem que a legislação pátria tinha uma posição mista, que conciliava as duas teorias, pois já havia a incidência de patrimônios de afetação no Direito brasileiro (XAVIER, 2011, p. 84).

Neste sentido, Carvalho (apud XAVIER, 2011, p. 82) sustenta que:

“A noção jurídica de patrimônio, que permeia o direito brasileiro contemporâneo, tem origem na civilística clássica. Mesmo com as críticas e exceções sofridas ao longo da História, o cerne da noção clássica de patrimônio, ainda que com temperamentos, tem estado sempre presente”.

Após o entendimento dessas teorias, passa-se à análise da teoria da afetação, que concebe uma espécie de separação do patrimônio para se atingir um determinado fim. Neste sentido Pereira (1998, p. 42) define:

“A teoria da afetação é aquela através da qual se concebe uma espécie de separação ou divisão do patrimônio pelo encargo imposto a certos bens, que são disponibilizados a serviço de um fim determinado. A afetação não importa na disposição do bem, e, portanto, na sua saída do patrimônio do sujeito, mas, na sua imobilização em função de uma finalidade.”

Complementa o autor que a afetação é a engenhosa concepção pela qual determinados bens passam a vincular-se a um fim determinado, quando gravados com um encargo ou sujeitos a uma restrição, de modo que, são tratados como bens independentes do patrimônio geral do indivíduo, separados do patrimônio e afetados a um fim.

Do ponto de vista de Brito (2002), a teoria da afetação explica a possível existência de patrimônios especiais. Assim, dentro do universo patrimonial da pessoa, uma parte seria separada para formar um patrimônio de afetação que tem como escopo atingir determinado fim. Neste sentido Chalhub (2012) preceitua com propriedade que para que o patrimônio de afetação atinja sua finalidade não é necessário que o bem objeto da afetação seja retirado do patrimônio do titular. Em outras palavras, a afetação não importa na disposição do bem com a consequente saída do patrimônio do sujeito, mas sim na sua imobilização em função de uma finalidade.

2.2 Patrimônio de afetação e a proteção do adquirente nos preceitos da lei

Ghezzi (2011) caracteriza que o patrimônio de afetação é considerado especial, por buscar a satisfação dos direitos dos credores e dos adquirentes. É por meio dele que cada adquirente de unidades imobiliárias protege-se contra possíveis consequências negativas de outros empreendimentos do incorporador.

O patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias é constituído pela Lei nº. 10.931/04, que alterou a Lei nº. 4.591/64. A nova lei apresenta alguns artigos que foram acrescentados diante do dispositivo anterior, sendo eles os arts. 31-A, 31-B, 31-C, 31-D, 31-E e 31-F.

A lei do patrimônio de afetação tem como escopo principal o incentivo a construção civil, “gerando, por conseguinte, desenvolvimento e progresso, não perdendo de vista a segurança jurídica dos adquirentes das unidades autônomas em construção” (TUTIKIAN, 2007, p. 54). Neste sentido a lei criou um importante instrumento de proteção para o adquirente no caso da falência do incorporador, pois a incorporação afetada estaria fora da massa falida.

O patrimônio de afetação, de acordo com o art. 31-A, será instituído a critério do incorporador. Deste modo não alcança toda comunidade de adquirentes de imóveis em incorporação imobiliária.

Importante criticar a postura adotada pelo do legislador ao permitir que fosse atribuída ao incorporador a faculdade de adotar ou não o patrimônio de afetação. Esta faculdade acaba fugindo ao espírito da lei, uma vez que a afetação, como já mencionado, é um mecanismo de proteção da economia popular, não podendo ser objeto de conveniência particular, perdendo a lei uma grande oportunidade de transformar em compulsória a afetação.

Neste sentido Chalhub (2012, p.80), também aponta ser errada a postura do legislador que “ao deixar a afetação a critério do incorporador, a Lei nº. 10.931/04 concede vantagem exagerada ao incorporador, agravando ainda mais a vulnerabilidade dos adquirentes e contrapondo-se ao fundamento axiológico da norma”.

Ainda de acordo com o autor, a referida lei perdeu a oportunidade de não alterar tal dispositivo, tornando a afetação obrigatória de acordo com o que previa “anteprojeto apresentado por CHALHUB (*apud* XAVIER, 2011, p. 114) ao Instituto dos Advogados Brasileiros em 1999.”

Assim, para Rizzardo (*apud* XAVIER, 2011) é contraditório que o incorporador seja o responsável pela escolha da aplicação da afetação, já que os dispositivos da lei trazem objeções à maneira que o incorporador deve conduzir o negócio, impondo obrigações que este deverá realizar, no que concerne ao patrimônio de afetado. Ainda sobre este argumento, o autor alega que faltou arrojo e independência do legislador, pois ao manter a decisão nas mãos do incorporador, afasta-se toda eficiência e perspectiva de sucesso do instituto, pelo fato do poder decisão ser do incorporador. Revela-se uma incoerência, que se transferiu ao devedor (incorporador), a decisão sobre a constituição ou não de garantias patrimoniais.

O art. 31-A esclarece de forma clara que o patrimônio de afetação nas incorporações é: “destinado à consecução da edificação e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes” (CHALHUB, 2012, p. 97).

Ao se regulamentar a afetação das incorporações, a Lei n.º 10.931/04 explicita “a destinação do patrimônio objeto da incorporação e restringe o exercício dos poderes do proprietário com vistas à conservação dessa destinação” (CHALHUB, 2012, p. 97). Essa afetação não retira a titularidade do incorporador, mas vincula os direitos de créditos à consecução da incorporação.

Para Venosa (2005, p. 124), essa afetação é a representação de uma maior garantia ao adquirente. Além dessas garantias tem-se

“[...] uma série de garantias mais amplas concedidas às instituições financeiras que financiarem patrimônios afetados. Procurando minimizar problemas que ocorrem com frequência, dispôs essa lei mais recente que somente os bens e direitos desse patrimônio afetado poderão ser objeto de garantia real em operação de crédito cujo produto deverá ser destinado exclusivamente a esse empreendimento e à entrega das unidades respectivas (art. 31-A, inciso 3º)”.

Todos os recursos financeiros do patrimônio de afetação devem ser usados para custear as despesas da incorporação, como estabelece o inciso 6º do artigo 31-A. “Verifica-se, que a ideia do legislador foi isolar o empreendimento, evitando contaminação com outros

empreendimentos do mesmo incorporador ou outros negócios de natureza diversa” (VENOSA, 2005, p. 127).

O art. 31-B trata das normas relativas à forma e modo de constituição do patrimônio de afetação, donde “considera-se constituído o patrimônio de afetação mediante averbação, a qualquer tempo, no Registro de Imóveis, de termo firmado pelo incorporador e, quando for o caso, também pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno” (CHALHUB, 2010, p. 45).

Neste caso verifica-se que o legislador parece ter acertado ao adotar que a incorporação pode ser afetada a qualquer tempo, pois considera-se ser vantajoso para os empreendimentos em andamento, por trazerem garantias aos adquirentes que já contrataram. Observa-se ainda que a afetação a qualquer tempo é um incentivo aos incorporadores a fim de adotarem a afetação de imediato para obterem privilégios fiscais ocasionados pela opção do regime especial de tributação da afetação, que será devidamente tratado no final deste capítulo.

Para constituir a afetação da incorporação, é necessário que um termo seja subscrito pelo incorporador, e também deverá ser assinado pelos titulares de direitos aquisitivos sobre o terreno, caso estes existam (CHALHUB, 2012, p. 101). Essa manifestação pode ser feita no momento do registro da incorporação no registro imobiliário, por meio de uma declaração anexa, ou em requerimento apartado dirigido ao oficial registrador a qualquer momento.

Desse modo, o art. 31-B explica que a “afetação é um encargo e corresponde a uma garantia, razão pela qual sua constituição se faz, necessariamente, mediante manifestação expressa do proprietário do bem ou do titular dos direitos sobre os quais houver de incidir” (CHALHUB, 2012, p. 103).

Já o art. 31-C confere poderes à Comissão de Representantes e à entidade financiadora do empreendimento para nomear pessoa física ou jurídica para acompanhar e fiscalizar a obra. O que se pretende é legitimar os adquirentes e os agentes financiadores da obra a exercerem um acompanhamento constante do andamento do empreendimento, tanto do ponto de vista técnico, quanto do físico-financeiro.

A comissão deverá atuar com toda a cautela e sigilo, pois terá acesso a documentos e informações protegidos pela atividade empresarial de incorporação e deverá fornecer relatórios aos adquirentes.

Com efeito, seguindo o raciocínio traçado, conclui-se que o legislador pretendeu coibir uma prática muito utilizada pelos incorporadores: a de utilizar recursos de uma incorporação para cobrir o caixa da sociedade empresária, ou ainda, a de utilizar estes recursos para acelerar outra incorporação.

Depreende-se também que as instituições financiadoras da incorporação terão maior controle sobre ela, pois poderão exercer uma fiscalização financeira, através das demonstrações contábeis que lhe serão fornecidas.

Neste entendimento, destaca-se que, possivelmente, em um futuro próximo, os bancos financiadores somente empregarão recursos nas incorporações que estejam sob o regime de afetação. Importante destacar que este fator pode ser hipoteticamente benéfico ao incorporador, tendo em vista que os bancos podem ter maior transparência nos gastos realizados na incorporação e, por conseguinte, conceder financiamento com juros mais baixos a estas incorporações afetadas por terem seus riscos reduzidos.

Sobre o art. 31-D da supracitada lei, conclui-se que é acertada a posição do legislador por preservar o interesse jurídico no controle dos recursos da incorporação, por meio da obrigação do incorporador de fornecer demonstrativos periódicos e detalhados do andamento da incorporação. Cumpre ressaltar que o controle externo por parte dos adquirentes deverá ser realizado por meio de uma fiscalização por um profissional especializado contratado para este fim. Este fator é de extrema relevância para se ter um controle de gastos e garantir os recursos disponíveis para finalizar a construção.

Diante do exposto neste tópico conclui-se ser evidente a necessidade de maior capital de giro por parte dos incorporadores para realizar a construção, por não ser permitido que o incorporador use os recursos de uma incorporação em outra. Todavia, não merece prosperar o argumento de que a afetação do patrimônio da incorporação é uma limitação na liberdade do incorporador de gerir o caixa.

2.3 O sistema de proteção do adquirente no regime das incorporações imobiliárias

O presente tópico tratará do sistema de proteção do adquirente no regime das incorporações. Este sistema sustenta-se nos mesmos princípios do sistema de proteção dos consumidores em geral, e se fundamentam nos princípios constitucionais da isonomia, do

devido processo legal e da garantia da propriedade privada, esta em sua função social. Estes princípios, que operam de forma direta ou indireta, foram inspirados nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, criados para resguardar o desenvolvimento e a dignidade da pessoa humana (CHALHUB, 2012, p. 295).

Cumprir ressaltar que o mecanismo adotado pelo sistema de registro de imóveis visa assegurar a proteção do adquirente garantindo a segurança jurídica dos atos praticados na constituição e transmissão dos direitos reais sobre os imóveis (CHALHUB, 2012, p. 296).

Destaca-se que o sistema de proteção dado ao adquirente cumpre a função econômica e social do contrato a fim de terem-se resguardados seus direitos em razão de sua vulnerabilidade. Este sistema exerce o controle da atividade empresarial mediante a regulamentação legal da relação existente entre o incorporador e o adquirente (CHALHUB, 2012, p. 296).

O sistema de proteção do adquirente incluiu na lei alguns artigos, a fim de dar maior proteção aos adquirentes. Alguns deles merecem destaque por trazerem direitos aos adquirentes, e imputando, em alguns casos, sanções ao incorporador pelo não cumprimento.

O art. 32, § 4º, permite que o adquirente pode promover a averbação da carta-proposta ou do documento de ajuste preliminar para aquisição da unidade no Registro de Imóveis, caso o incorporador deixe de outorgar o contrato definitivo da respectiva unidade. Assim, mesmo que o incorporador se recuse a outorgar o contrato ao adquirente, ou interponha obstáculos a essa outorga, a lei lhe assegura esse direito.

O incorporador deverá emitir relatórios periódicos em que fique demonstrado o andamento da obra. A obra deverá seguir o cronograma para o cumprimento do prazo pactuado no contrato. Resguarda-se o direito do adquirente de obter do incorporador indenização dos prejuízos decorrentes da não conclusão da obra ou do seu retardamento injustificado.

A jurisprudência abaixo descreve a obrigação do incorporador pela entrega das unidades no prazo contratado, admitida a tolerância de 180 (cento e oitenta) dias. Depreende-se que o incorporador será responsável pelo ônus causado aos adquirentes com relação ao atraso da entrega das unidades aos adquirentes, desde que observada a tolerância.

COMPRA E VENDE DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA. 180 DIAS DE TOLERÂNCIA. VALIDADE. DEMORA NA CONTRATAÇÃO DO FINANCIAMENTO. CULPA DA CONSTRUTORA. JUROS REMUNERATÓRIOS. DANOS MATERIAIS E MORAIS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1. Não é abusiva cláusula contratual que preveja a prorrogação da entrega da unidade imobiliária em construção, adquirida na planta, em 180 dias. As regras da experiência comum indicam ser difícil a previsão exata da conclusão da obra porque está sujeita a atrasos por motivos alheios à vontade do construtor, como a

oscilação da mão de obra, materiais para a construção e clima. Vencido esse prazo, a construtora fica constituída em mora de pleno direito (*dies interpellatio pro homine*) e passam a ser devidos os encargos contratuais. 2. Deve ser imputada à vendedora, que não averbou, em tempo, a carta de habite-se, bem como não lhe forneceu a planilha com o saldo devedor atualizado, a responsabilidade pelo atraso na obtenção de financiamento bancário para quitar parte do pagamento do imóvel à construtora. 3. É lícita a cobrança de juros compensatórios em promessa de compra e venda a prazo de imóveis formalizada entre adquirentes e incorporadoras; porém, apenas são devidos após a entrega do imóvel ao comprador. Nesse período não há capital da construtora mutuado ao consumidor, tampouco a fruição do imóvel pelo promitente comprador. 4. É devida indenização pelos danos materiais decorrentes do descumprimento do contrato quanto à entrega da unidade imobiliária ao comprador; todavia, tal indenização requer a comprovação do prejuízo. 5. O atraso para a entrega do imóvel configura infração contratual; mas não chega a ofender os direitos de personalidade dos compradores, tais como honra, integridade moral, dentre outros. 6. Incide a regra do art. 21 do CPC quando as partes saem-se vencedoras e vencidas, simultaneamente, no processo. 7. Recursos conhecidos, parcialmente provido o do autor e não provido o da ré. Unânime.

(Acórdão n.583593, 20110110072126APC, Relator: WALDIR LEÔNICIO LOPES JÚNIOR, Revisor: J.J. COSTA CARVALHO, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 25/04/2012, Publicado no DJE: 03/05/2012. Pág.: 130)

A questão estabelecida em cláusula de tolerância de 180 (cento e oitenta) dias, de acordo com o julgado acima, é lícita, contudo o tema ainda é discutido e criticado na jurisprudência e por alguns doutrinadores. Estes defendem que este prazo de tolerância deveria ser de 120 (cento e vinte) dias, outros apontam que sequer deveria haver tolerância, por se tratar do risco da atividade a ser exercida pelo incorporador.

Diante do exposto, faz-se importante destacar da obrigação do incorporador de informar ao adquirente do atraso da obra, por não poder ser cumprido o prazo pactuado. Neste caso, ainda existe a obrigação do incorporador de informar de maneira adequada e suficiente (FROTA, 2011) a nova data prevista para a entrega.

O art. 35, § 1º, instituiu prazo de sessenta dias a contar do final do prazo de carência, para o incorporador outorgar do contrato relativo à aquisição da unidade (ou o contrato de aquisição da fração ideal e o de construção). Caso seja descumprida esta obrigação de outorga do contrato, o adquirente poderá obter do incorporador o pagamento da multa de 50% sobre a quantia que a ele tiver pagado.

O STJ já pacificou o entendimento sobre o tratamento a ser dado no caso de descumprimento acima relatado:

INCORPORAÇÃO. ATRASO NA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO. MULTA DE 50% (ART. 35, § 5º, DA LEI Nº 4.591, DE 16.12.1964). EXECUÇÃO CABÍVEL. A multa prevista no art. 35, § 5º, da Lei nº 4.591/64 decorre do descumprimento, pelo incorporador, da sua obrigação de outorgar ao adquirente o contrato no prazo legal,

independentemente da averbação a que se refere o § 4º do mesmo preceito legal. Precedente. Recurso especial não conhecido.

(STJ - REsp: 147826 DF 1997/0064069-8, Relator: Ministro BARROS MONTEIRO, Data de Julgamento: 02/12/2003, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29/03/2004 p. 244)

Destaca-se outros casos em que pode-se verificar a proteção conferida aos adquirentes, visto que lhes é garantido pela lei:

- a) acompanhar o andamento da obra, mediante atuação da Comissão de Representantes;
- b) promover notificação do incorporador caso, injustificadamente, haja retardamento da obra;
- c) promover notificação do incorporador caso haja paralisação da obra por mais de trinta dias, para que ele reinicie-a obra em trinta dias e lhe dê andamento normal;
- d) destituir o incorporador, caso não atenda a notificação referida nos itens anteriores;
- e) assumir a administração da obra em caso de destituição ou de falência do incorporador, representados pela Comissão de Representantes.

A Lei nº. 4.591/64 desde sua criação tem por foco a eficácia da atividade imobiliária, com a entrega do produto no âmbito da incorporação. Dentre os mecanismos de proteção dos direitos do adquirente de unidades imobiliárias, está o memorial de incorporação que permite ao comprador orientar-se e certificar-se que está diante de um empreendimento sólido e confiável. Assim, esse documento pode ser compreendido como:

“[...] o elemento jurídico que esclarece as áreas privativas das unidades imobiliárias e áreas comuns do empreendimento, sua forma de utilização, dados do projeto de construção e do próprio empreendimento, informações e documentos da incorporadora e todos os outros documentos exigidos pela legislação de regência” (SIQUEIRA, 2013, p. 33).

Esse é um meio de garantir segurança aos compradores. Além desses meios, Siqueira (2013) destaca haver também a aplicação de sanções, tanto na esfera cível quanto na criminal, para o incorporador que de alguma forma viole a segurança jurídica do sistema registral, consoante os artigos 65 e 66 da referida lei. Assim, é interessante frisar que é caracterizado crime contra a economia popular o fato de promover a incorporação de empreendimentos com afirmações falsas acerca das características do empreendimento, no que tange a construção da edificação e do condomínio, ou acerca da alienação das frações ideais do terreno.

O julgado a seguir comenta sobre a responsabilidade do incorporador com relação ao devido cumprimento do projeto das unidades:

DIREITO CIVIL, LEGISLAÇÃO ESPECIAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. REGIME DE ADMINISTRAÇÃO OU “POR PREÇO DE CUSTO”. PROJETO CONCLUÍDO SEM A PROMETIDA VAGA DE GARAGEM. CONDOMÍNIO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. NÃO VERIFICAÇÃO. ATRASO NA ENTREGA DA UNIDADE IMOBILIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER CONTRIBUIÇÃO DO CONDOMÍNIO. PEDIDO IMPROCEDENTE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Nos termos do artigo 58 da Lei nº 4.591/64, na modalidade de incorporação imobiliária contratada pelo regime de administração ou por “preço de custo”, o construtor é responsável unicamente pela execução da obra em conformidade com as deliberações dos condôminos/adquirentes e de acordo com os aportes econômicos realizados por estes. 2. **Sendo os incorporadores, e não o condomínio, responsáveis pela atecnia do projeto de incorporação, fazendo dele constar a previsão de vagas de garagem individuais que depois se souberam fisicamente inexequíveis, não há que se falar em resolução contratual e nem responsabilidade civil em face deste.** 3. Pertinente ao atraso na entrega da unidade imobiliária, também não se vislumbra qualquer contribuição do condomínio para tanto, até porque o cumprimento dos prazos, como dito, depende nesses casos de inúmeras circunstâncias variáveis (preço da mão-de-obra, materiais, a estrita pontualidade dos aportes financeiros por parte dos adquirentes, etc.) a serem geridas pela comissão de representantes, podendo eventual responsabilidade ser estendida, quando muito, à construtora contratada para erigir a edificação. Destarte, ainda que decorresse de eventual má-gestão dos recursos, o que também não se comprova, a indenização cabível nessa quadra deveria ser buscada individualmente em face da comissão de representantes eleitos para gerir a administração da obra, e/ou da construtora responsável, e não ser deduzida em face dos próprios condôminos, como pretendido pelos apelantes.”

(TJMG – Apelação Cível nº. 1.0155.08.018480-9/002. Relator: Desembargador Otávio de Abreu Portes. Publicado o dispositivo do acórdão em: 27/11/2012, grifo nosso).

Diante do exposto na jurisprudência acima, depreende-se que o incorporador deve estabelecer no projeto original das unidades imobiliárias, todos os aspectos do empreendimento residencial, pois é obrigação deste apresentar a todos os adquirentes como se constituíram na real o condomínio. Portanto, caso o incorporador não cumpra na íntegra ou apresente algo que não foi concretizado, esse se responsabilizará pelos danos, diante da obrigação do incorporador de realizar o que foi prometido, originados pela frustração da expectativa de direito (FROTA, 2011) do adquirente.

Chalhub (2012) relembra que o incorporador só pode colocar à venda as frações ideais e acessões depois de divulgar os elementos essenciais do contrato, mediante registro do memorial de incorporação no Registro de Imóveis, contendo as informações sobre toda a história do imóvel, a situação jurídica e patrimonial do incorporador.

Ainda de acordo com este autor em caso de falência do incorporador, e tendo sido outorgadas por ele promessas de venda aos adquirentes, aplicar-se-á a legislação respectiva (art. 119, VI, da Lei nº 11.101/2005 – Lei de Recuperação de Empresa e Falência).

Em síntese, conclui-se que a afetação garante aos adquirentes o direito a participar da incorporação, e se necessário, poder intervir na administração do negócio. Constitui importante mecanismo de resolução extrajudicial de conflitos, pois possibilita aos adquirentes substituir o incorporador na administração do negócio e prosseguir a obra. Eles poderão formar uma comissão para representa-los quando for constatada falta de responsabilidade do incorporador na construção do empreendimento.

Em razão do exposto, sustenta-se que o patrimônio de afetação traz benefícios a todos, tanto ao adquirente quanto ao mercado imobiliário, que cresce com maior estabilidade e transparência. Trouxe um verdadeiro atrativo ao mercado imobiliário como um todo, pois guarda a garantia que o imóvel a ser construído pode ser concluído pelo adquirente, mesmo que o incorporador venha à falência.

2.4 A afetação à luz do CDC e do CC

O Código Civil (CC) é o eixo central que sistematiza as relações civis abrangendo as regras e conceitos em sentido aberto, para fornecer à sociedade a segurança jurídica necessária para seu desenvolvimento. Neste sentido cumpre destacar que em relação à este sistema tem-se a formação de microsistemas normativos que são parte integrante e cumprem a função de complementar as normas gerais do Código Civil, permitindo a integração entre as normas gerais e as específicas (GREZZI, 2011, p. 34-40).

Nesta perspectiva tem-se que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) desempenha a função subsidiária na interpretação da norma geral, a fim de lhe dar maior segurança e supostamente abranger todas as regras e conceitos jurídicos, além de todos os mecanismos de proteção do adquirente apresentados pela Lei de Incorporações.

“Isto porque, com o advento da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o sistema de proteção das relações de consumo em nosso ordenamento, temos que os princípios gerais trazidos pelo CDC, no qual se destacam a boa-fé objetiva, a transparência, equivalência das prestações e a função social dos contratos” (SIQUEIRA, 2013, p. 36).

Nesse sentido, o CDC criou normas de caráter geral como meio de garantir os direitos dos adquirentes de bens e serviços. Foi ele o responsável “pela inserção, nas relações obrigacionais, da justiça e da função social dos contratos. Dessa forma, chegou-se a uma maior equivalência da relação contratual, capaz de evitar que o comprador sofra inúmeros abusos por parte do incorporador” (SIQUEIRA, 2013, p. 37).

O CDC imprimiu uma nova concepção de contrato. “Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, colocaram-se sob sua incidência tanto os incorporadores, que oferecem à venda no mercado unidades autônomas no exercício da sua atividade profissional, como os adquirentes destas unidades ou candidatos à sua aquisição” (GHEZZI, 2011, p. 160).

Em razão do exposto, sustenta-se que a relação entre incorporador e adquirente é uma relação de consumo, pelo fato deste estar em posição desvantajosa em relação à empresa. Resta claro que o imóvel é um produto, bem como o incorporador pode considerado como fornecedor, em outras palavras, existe uma relação de consumo entre incorporador e adquirente.

Neste sentido, cumpre destacar que a lei de incorporações já protegia os interesses dos adquirentes, portanto já estabelecia regras especiais que não devem ser ignoradas sob o pretexto de se aplicar somente os preceitos contidos no CDC. Não há razão para se afastar a legislação especial, se ambas visam a proteção do adquirente.

No que concerne à aplicabilidade do CDC às incorporações imobiliárias, este deve ser aplicado subsidiariamente à lei especial, neste sentido, Ghezzi (2011, p. 166) sustenta que

“[...] os art. 12 e 53, da Lei 8.078/90, afastam qualquer dúvida a este respeito. Afinal, não apenas o art. 12 faz menção expressa ao “construtor” quando trata da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, mas também o art. 53 reputa nulas, de pleno direito, as cláusulas de contratos de compra e venda de imóveis que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor”

Ainda de acordo com o autor, aponta-se que o CDC e o atual CC devem ser aplicados, pois aquele procura claramente proteger o consumidor contratante, e este busca a isonomia entre as partes contratantes. Neste sentido, ambos os códigos estão focados para a prestação do melhor serviço ao consumidor e pela proteção de seus direitos.

No que tange à aplicação do CC e do CDC, a síntese da questão é perfeitamente apresentada por Pasqualotto (2013):

“A entrada em vigor do novo Código Civil brasileiro, em janeiro de 2003, nenhum prejuízo trará aos consumidores. [...] De outra parte, certas disposições do novo Código Civil que estipulem patamares de proteção inferiores aos estabelecidos no CDC em nada afetarão ao consumidor, em virtude do princípio de que a lei especial prevalece sobre a lei geral, enquanto as normas convergentes e complementares ao CDC, eventualmente mais amplas ou benéficas, poderão ser aplicadas supletivamente em favor dos consumidores”.

Pelo exposto, depreende-se que quando a incorporação imobiliária configurar uma relação de consumo, deverão ser observadas as normas da Lei 4.591/64, evidentemente, o CDC também deverá ser aplicado para resguardar os direitos inerentes à relação de consumo (GHEZZI, 2011, p. 166).

Assim, o atual CC no regramento das relações jurídicas de consumo que tiverem em relação ao CDC e à Lei de Incorporações Imobiliárias, os quais, já visto, constituem microsistemas normativos, nesse sentido, ele incidirá subsidiariamente em relação ao CDC e a Lei nº. 4.591/64.

É importante destacar que mesmo o CDC e a Lei de Incorporações apresentando garantias aos adquirentes de unidades de empreendimentos imobiliários, nenhum se equipara à segurança oferecida pelo patrimônio de afetação. Neste sentido Siqueira (2013) argumenta que o patrimônio de afetação tem o intuito de assegurar aos adquirentes que as unidades sejam entregues e o prédio efetivamente construído e finalizado, conforme foi pactuado com a incorporadora.

Os autores Marques Filho e Diniz (2011) destacam a ocorrência de cláusulas abusivas nos contratos de compra e venda de fração ideal de terrenos e em contratos de construção, que segundo eles, são consideradas abusivas e devem ser excluídas. Exemplificando citam algumas:

- Cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do incorporador – cláusula de decaimento (art. 51 IV e art. 53 do CDC);
- Cláusulas que transferem o risco próprio do empreendimento do incorporador ao promitente comprador (art. 51, I, III e IV, § 1º, I, II do CDC);
- Cláusula que nomeia o incorporador ou qualquer outra pessoa, principalmente as interessadas na obra, para autorizar a modificação do projeto arquitetônico da edificação ou da unidade autônoma (art. 51, VIII do CDC e art. 43, IV da Lei 4.591/64);

- Cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o compromissário comprador em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou equidade (art. 51, IV do CDC) (PILATTI, 2011, p. 25).

Conforme os argumentos apresentados por Gonçalves (2007, p. 36), independente de sua natureza (cível, comercial ou consumista), as relações de consumo, em contexto geral, passaram a ocorrer sobre as relações negociais em geral, fazendo com que as normas regulamentadoras nas relações havidas entre o incorporador e o adquirente tivessem maior incidência.

2.5 Análise do patrimônio de afetação em visão geral

Seadi (2013) aponta com propriedade que o incorporador que não aderir ao patrimônio de afetação não terá que cumprir as obrigações impostas por este instituto, e em caso de sua falência pode colocar o adquirente em uma situação de completo desamparo, pois os recursos que foram empregados para aquisição da unidade imobiliária serão integrados à massa falida do incorporador. Conclui-se assim que, pelo fato do patrimônio de afetação não ser imperativo, e conseqüentemente uma obrigação para todas as incorporações, logicamente também não é uma garantia para todos os adquirentes.

Destaca-se que o adquirente ao participar do negócio:

“[...] correndo o risco da própria atividade construtiva e é, assim, totalmente desprotegido, o que configura uma situação de desvantagem que deveria ser compensada para que pudesse haver um reequilíbrio da relação econômica e jurídica. Um dos mecanismos de compensação dessa vulnerabilidade seria a afetação, se fosse regra geral incidente, automaticamente, sobre todas as incorporações. Contudo, a lei prevê a adoção da afetação a critério do incorporador” (MOREIRA, 2006, p. 44).

Por isso, o dispositivo apresentado deve ser reanalisado e modificado para que a afetação não se torne o instituto esquecido, mesmo diante dos benefícios apresentados a ambas as partes participantes. Ademais, o que está sendo relacionado é a economia popular, e não a livre conveniência do incorporador (SEADI, 2013, p. 29).

De modo geral, a afetação para o adquirente é uma garantia incomparável de eficácia, pois na medida em que assegura a preservação das aplicações financeiras desses consumidores, também lhe é garantido “o direito de assumir a administração do negócio e prosseguir a obra com autonomia em relação à eventual falência da empresa incorporadora” (SEADI, 2013, p. 30). Ou seja, os valores que são desembolsados pelos adquirentes ficam obrigatoriamente vinculados à edificação, não podendo haver quaisquer desvios para outros empreendimentos ou para despesas que não relativas à obra.

Por isso, torna-se importante que a afetação seja a escolha feita pelo incorporador, pois o adquirente necessita que, em todas as hipóteses, seus direitos sejam garantidos e que independente dos percalços que sofra a sociedade empresária a unidade imobiliária adquirida por ele seja entregue.

O adquirente, como financiador de parte do empreendimento, deve ter seus direitos expressos e garantidos, afinal, ele está contratando um serviço que lhe trará um retorno pessoal.

Assim, destaca-se que na afetação quem tem responsabilidade sobre a administração do empreendimento é o incorporador, já que a ele fica intitulado o dever de preservar tudo que se refere à incorporação e seguir os preceitos da lei quanto a garantia dos direitos assegurados aos adquirentes de unidades imobiliárias, sempre primando pelo princípio da boa-fé (BRUNELLI, 2012, p. 15).

Portanto, conclui-se que tal responsabilidade é monitorada pelos adquirentes, os quais não devem se afastar da incorporação, mas sim participar da administração de modo a observar se o trabalho realizado pelo incorporador está de acordo com a lei e se os recursos financeiros estão sendo bem utilizados (BRUNELLI, 2012, p. 15).

Conforme ensina Brunelli (2012, p. 16), para esse monitoramento há a Comissão de Representantes que, como já elencado nesse estudo:

“[...] poderá, adicionalmente, nomear pessoa física ou jurídica a quem o incorporador deve assegurar livre acesso à obra, bem como aos livros, contratos, movimentação da conta de depósito exclusiva e quaisquer outros documentos relativos ao patrimônio de afetação. A cada trimestre, o incorporador deverá entregar à Comissão de Representantes balancetes contábeis da incorporação e demonstrativos firmados por profissionais habilitados quanto ao estado da obra, fazendo a devida relação com os prazos pactuados e os recursos financeiros percebidos no período”.

A Comissão de Representantes nada mais é que o olhar do adquirente sob a execução da obra e a conduta do incorporador. Desse modo, com a utilização do patrimônio de afetação pelo incorporador, a presença dos adquirentes se torna mais próxima, com o consequente acompanhamento do desenvolvimento da construção, fiscalização da aplicação financeira e do exercício correto das funções delegadas ao responsável pela execução da obra.

Por isso, os adquirentes, como os principais beneficiados pela afetação, que lhes protege contra possíveis acontecimentos antes, durante e após a construção, devem monitorar o trabalho do incorporador, sem se intrometerem, a não ser que seja necessário em caso de irresponsabilidade do incorporador. Tudo deve ser regido pelos preceitos da lei que versa sobre a incorporação imobiliária e o patrimônio de afetação.

Ghezzi (2011) ressalta que um dos casos de extinção de incorporação pode ser a inexecução culposa de uma das partes contratantes. Com isso caso o incorporador deixe de cumprir seus deveres e obrigações, os adquirentes podem destituí-lo ou exigir que ele cumpra com o que lhe foi intitulado. Caso não se resolva, os adquirentes têm o poder de propor a ação de emissão na posse, com base na determinação judicial (BRUNELLI, 2012, p. 16).

Normalmente, os casos de extinção da incorporação acontecem por culpa do próprio adquirente, já que este pode deixar de cumprir com a principal obrigação que lhe é imposta pelo contrato, a de pagamento.

Diante da destituição do incorporador, fica na responsabilidade dos adquirentes a decisão por: “(i) liquidar o patrimônio de afetação e distribuir o produto líquido da venda, depois de pagos os débitos; ou (ii) prosseguir a obra” (BRUNELLI, 2012, p. 17).” Assim, a responsabilidade pelo patrimônio de afetação passa a ser dos adquirentes, que devem optar por sanar as dívidas adquiridas pela má administração do incorporador e dividir, após a quitação dos débitos, em quantias justas para cada adquirente o que restar financeiramente, ou prosseguir com a construção das unidades.

Caso optem pelo prosseguimento da obra, os adquirentes tornam-se os responsáveis pelos

“[...] direitos e obrigações relativos à incorporação, inclusive no que se refere ao eventual contrato de financiamento. Caberá à Comissão de Representantes o encargo de administrar a incorporação e praticar todos os atos necessários para a consecução do empreendimento, prestando contas de seus atos aos adquirentes” (BRUNELLI, 2012, p. 17).

A extinção ocorre por meio do cumprimento integral das obrigações que são assumidas pelo incorporador, sendo averbados e registrados os títulos, satisfazendo as obrigações assumidas junto à financiadora da obra e reputando o patrimônio de afetação.

Com a transferência de obrigações destinadas, anteriormente, ao incorporador e agora aos adquirentes, fica na responsabilização destes a criação de uma assembleia com todos os compradores para a ratificação do mandato da Comissão de Representantes ou a eleição de novos membros. Os adquirentes escolherão quem os representam e que atitude tomar com relação à construção das unidades imobiliárias (ROCHA, 2013, p. 01).

É importante destacar que a convocação dos adquirentes será feita pela Comissão de Representantes. Caso não haja uma comissão, um sexto dos titulares das frações ideais das unidades devem convocar os demais.

A comissão cumprirá o mandato de acordo com o que for estabelecido pela assembleia dos adquirentes e, da mesma maneira que o incorporador, prestará contas a todos os integrantes das unidades imobiliárias.

2.6 Regime Especial de Tributação no patrimônio de afetação

É importante destacar a Lei nº. 12.844, de 19 de julho de 2013 que apresenta a revogação de importantes dispositivos contidos na Lei nº. 10.931/04, no que concerne ao Regime Especial de Tributação (RET).

Do ponto de vista desse regime, “o incorporador poderá, uma vez constituído o patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, optar por esse regime especial, instituído pelos arts. 1º a 11 desta última” (FERNANDES, 2004).

O RET é

“O regime especial de tributação (“RET”) aplicável às incorporações imobiliárias permite o pagamento do IRPJ, CSLL, PIS e COFINS incidentes sobre as receitas decorrentes de um determinado empreendimento de uma forma semelhante àquela aplicável para as empresas do regime do SIMPLES, ou seja, sobre o valor total das receitas recebidas no mês se recolhe um percentual, que pode variar de 1% a 6%, dependendo do tipo do empreendimento objeto da incorporação” (TEIXEIRA FORTES, 2013, p. 01).

A alteração nos dispositivos se deu com relação a redução de valores que deveriam ser pagos pelo incorporador, para cada incorporação, com base na receita recebida. Assim, compreende-se como receita mensal a “totalidade das receitas auferidas pela incorporadora na venda das unidades imobiliárias que compõem a incorporação, bem como as receitas financeiras e variações monetárias decorrentes desta operação” (FERNANDES, 2004).

O pagamento do imposto passou de sete por cento para quatro por cento na atual legislação, unificando os seguintes tributos:

“I - Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ (1,26%);
II - Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP (0,37%);
III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (0,66%) e
IV - Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS (1,71%)”
(FERNANDES, 2004).

A sua adoção é facultativa, porém caso o incorporador opte pelo RET, esta será definitiva e irrevogável. Fica a critério do incorporador aderir ao regime de tributação especial, mas para o adquirente e o incorporador essa alteração trouxe maiores benefícios, pois diante de menores tributos a serem recolhidos pela incorporação, desperta, assim, um maior interesse pela adesão por parte do incorporador, o que possibilita um melhor controle fiscal por parte do adquirente.

Conclui-se, então, que o RET veio para despertar o interesse dos incorporadores para aderir ao patrimônio de afetação, pois até a edição da referida lei, não havia interesse por parte destes.

Além disso, a adesão proporciona o fato de os bens que estão integrados ao patrimônio de afetação não responderem em casos de dívidas relativas “ao IRPJ, à CSLL, à COFINS e ao PIS/ PASEP, ressalvados os débitos derivados do não pagamento da alíquota de quatro por cento sobre a receita mensal da própria incorporação, supramencionada” (FERNANDES, 2004).

Conclui-se que a incorporação afetada não responderá pelas dívidas relativas à IRPJ, CSLL, COFINS e PIS/ PASEP da incorporadora. Com efeito, há vulnerabilidade quanto aos tributos municipais e estaduais, por não estarem incluídos expressamente na lei. Apesar da lacuna aqui elucidada, destaca-se ter o risco reduzido em relação aos tributos supramencionados, o que já é um grande avanço em relação à legislação anterior que possuía uma lacuna ainda maior.

Com tal mudança nos dispositivos da Lei n.º 12.884/2013, intitulou-se maior garantia ao adquirente, pois outros débitos do incorporador não serão atingidos com a opção pelo regime especial (FERNANDES, 2004).

De modo geral pode-se afirmar que somente pelo fato da incorporação afetada ter sua contabilidade apartada da incorporadora, e com inscrição separada no cadastro nacional das pessoas jurídicas (CNPJ), já é um grande avanço, pois garante que as receitas auferidas com as vendas, terão vinculação direta para o cumprimento das obrigações decorrentes da incorporação afetada.

Um exemplo do benefício do RET para as incorporações de imóveis é o dado ao Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV. O percentual correspondente para o pagamento destes impostos é unificado e equivalente a um por cento, somente para as unidades residenciais de valor comercial de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), tornando ainda mais atraente às incorporadoras à adotarem o patrimônio de afetação e à construírem unidades de interesse social dentro do PMCMV.

Ao incorporador, o fato dos cálculos da receita mensal se simplificarem constitui maior vantagem, já que o volume de tributos pagos se reduzirá com relação aos que não optam pelo mesmo regime.

O controle realizado por meio dos adquirentes ficou mais simples, pois diminuiu os critérios de apuração dos valores que são recolhidos pela incorporação. Representa expressiva melhoria técnica e prática na apuração dos tributos que devem ser recolhidos, possibilitando aos adquirentes uma melhor verificação e controle destes.

Assim, conclui-se que o Regime Especial de Tributação trouxe eficazes incentivos aos incorporadores para adotar o patrimônio de afetação, gerando benefícios fiscais a estas sociedades empresárias. Para os incorporadores passou a ser um grande diferencial optar pelo RET, haja vista que as empresas passaram a obter vantagens fiscais significativas por meio da redução de impostos a serem pagos pelo incorporador, tornando-o mais atrativo, e assim, consequentemente, gerando mais garantias aos adquirentes.

3 ANÁLISE DA RELAÇÃO ADQUIRENTE-INCORPORADOR: Aspectos relevantes

3.1 O adquirente e o incorporador

O patrimônio de afetação é a busca pelo equilíbrio entre os direitos do adquirente e do incorporador, tornando extinto o pensamento da proteção ilimitada do consumidor, mas exaltando a garantia de recebimento do que lhe foi contratado.

Sendo assim, a exposição de motivos do projeto da Lei nº. 10.931/04 ressalta que:

“Cabe lembrar que o instituto do patrimônio de afetação tem como objetivo conferir segurança ao mutuário e à toda cadeia de financiamento imobiliário, reduzindo os riscos de falência da incorporadora e permitindo que, caso esse fato eventualmente ocorra, os próprios mutuários possam dar continuidade ao respectivo empreendimento. Por um lado, a maior segurança proporcionada ao adquirente de imóvel na planta irá aumentar a demanda por imóveis residenciais novos, estimulando dessa forma a construção civil. Por outro lado, a maior segurança proporcionada de que a obra terá continuidade mesmo em caso de falência da incorporadora irá aumentar o fluxo de recursos para o financiamento imobiliário, inclusive a um menor custo” (BRASIL, 2004, p. 25).

O incorporador, como relatado no primeiro capítulo, tem a obrigação de dar e fazer, ou seja, ele tem que prestar a devida garantia ao adquirente e cumprir com o que se estabelece em contrato com relação à incorporação. Desse modo, o incorporador é o responsável por tudo o que diz respeito a incorporação e sua obrigação se estende do momento do planejamento para a criação do empreendimento imobiliário, até a entrega das unidades aos adquirentes, passando por esse período por diversas fases.

A legislação impõe uma série de deveres ao incorporador, que se estende por todas as etapas da incorporação. O incorporador possui deveres que antecedem à incorporação, como já mencionado no presente trabalho científico, deveres esses que acompanham o seu desenvolvimento e que perduram após a sua conclusão, mesmo depois da entrega das unidades autônomas aos seus respectivos adquirentes.

Antes mesmo da comercialização, o incorporador tem seu primeiro dever o de registrar junto no Registro de Imóveis o memorial de incorporação, como já comentado anteriormente, pois na ausência deste o incorporador estará impedido de negociar as unidades autônomas da incorporação.

No que se refere ao objeto da obrigação, a incorporação imobiliária impõe, primeiramente, o cumprimento de uma obrigação de fazer, qual seja ela, a de construir a edificação, o que poderá ser feito diretamente pelo incorporador ou, então, por intermédio de terceiros. Assume, também, a obrigação de dar, de transferir efetivamente a propriedade das unidades autônomas aos seus adquirentes.

“A obrigação de dar tem como conteúdo a entrega de uma coisa, em linhas gerais. [...] Pelo nosso sistema, a obrigação de dar não se constitui especificamente ‘na entrega’ efetiva da coisa, mas num compromisso de entrega da coisa. [...] a obrigação de dar gera apenas um direito à coisa e não exatamente um direito real. [...] A propriedade dos imóveis, entre nós, ocorre, precipuamente quando derivada de uma obrigação, pela transcrição do título no Registro de Imóvel” (VENOSA, 2005, p. 18).

Dentre as obrigações do incorporador, destacam-se como fundamentais, a de conclusão da construção no prazo pactuado e a de construir a edificação de acordo com o projeto. O incorporador não pode alterar o projeto, como já diz a própria lei, modificando suas especificações. Dessa forma, para que se proceda qualquer tipo de alteração do projeto original faz-se necessário a aprovação por votação unânime dos adquirentes. Sem essa anuência não é possível alterar o que foi proposto inicialmente no negócio, pois resguarda o direito do adquirente obter o que lhe foi prometido.

A lei de incorporações já previa determinação expressa que o incorporador tinha a obrigação de manter os adquirentes de unidades sempre informados sobre o andamento das obras e sobre possíveis alterações em seu projeto. Encontra-se aqui o princípio de informação e da transparência.

Destaca ser dever do incorporador informar o adquirente de forma adequada, suficiente e precisa (FROTA, 2011, p. 221), principalmente no que se refere ao preço das unidades imobiliárias. Esta informação deve ser satisfatória para a compreensão dos valores a serem pagos pelo adquirente, principalmente no que se refere ao reajustamento do preço.

Nesta mesma esteira de raciocínio, Frota (2011) sustenta que a informação será correta quando o adquirente receber dados claros do risco do negócio sendo informado de todas as suas características, para que esteja seguro do que irá adquirir. Ressalte-se ainda que esta informação deve ser adequada, sendo imprescindível que o incorporador informe com clareza sobre as características do imóvel, principalmente sobre a área, preço, prazos, garantias e riscos. Deste modo, qualquer falta no dever de prestar a informação, deve gerar responsabilidade pela não

prestação adequada da informação, podendo inclusive caracterizar propaganda enganosa (FROTA, 2011, p. 222).

Neste sentido, recente decisão elucida o caso:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PUBLICIDADE ENGANOSA. EMPREENDIMENTO DIVULGADO E COMERCIALIZADO COMO HOTEL. MERO RESIDENCIAL COM SERVIÇOS. INTERDIÇÃO PELA MUNICIPALIDADE. OCULTAÇÃO DELIBERADA DE INFORMAÇÃO PELO FORNECEDOR. ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES E POR DANOS MORAIS DEVIDA.

1. O direito à informação, no Código de Defesa do Consumidor, é corolário das normas intervencionistas ligadas à função social e à boa-fé, em razão das quais a liberdade de contratar assume novel feição, impondo a necessidade de transparência em todas as fases da contratação: o momento pré-contratual, o de formação e o de execução do contrato e até mesmo o momento pós-contratual.

2. O princípio da vinculação da publicidade reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços obriga-se nos exatos termos da publicidade veiculada, sendo certo que essa vinculação estende-se também às informações prestadas por funcionários ou representantes do fornecedor.

3. Se a informação se refere a dado essencial capaz de onerar o consumidor ou restringir seus direitos, deve integrar o próprio anúncio, de forma precisa, clara e ostensiva, nos termos do art. 31 do CDC, sob pena de configurar publicidade enganosa por omissão.

4. No caso concreto, desponta estreme de dúvida que o principal atrativo do projeto foi a sua divulgação como um empreendimento hoteleiro - o que se deduz à toda vista da proeminente reputação que a Rede Meliá ostenta nesse ramo -, bem como foi omitida a falta de autorização do Município para que funcionasse empresa dessa envergadura na área, o que, à toda evidência, constitui publicidade enganosa, nos termos do art. 37, caput e § 3º, do CDC, rendendo ensejo ao desfazimento do negócio jurídico, à restituição dos valores pagos, bem como à percepção de indenização por lucros cessantes e por dano moral.

5. Recurso especial de Antônio Rogério Saldanha Maia provido.

6. Recursos especiais de Gafisa S/A e Banco BBM S/A não conhecidos.

Prejudicadas as demais questões suscitadas.

(REsp 1188442/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 05/02/2013)

Por tudo isso já delineado em linhas anteriores, sobre o dever de informação aponta-se uma ideia a ser discutida. Deveria ser implementada na referida lei, a obrigatoriedade do incorporador informar em seus contratos e materiais publicitários, se a incorporação estaria ou não sob o regime da afetação. Nesse ponto, observa-se que os adquirentes poderiam saber em que tipo de incorporação estão investindo seus recursos. Desta forma, caso fosse obrigatório este dever de informação, traria maior segurança ao adquirente no momento de optar por determinado tipo incorporação, ou seja, qual incorporação lhe traria maior garantia. Ainda neste sentido, a lei deveria instituir ao incorporador uma sanção, caso não fosse fornecida adequadamente esta informação.

Assim como o incorporador tem suas obrigações, o adquirente também deve executar as suas antes, durante e após o término da construção. Antes da construção o adquirente tem a obrigação de “assinar o contrato definitivo, depois de expirado o prazo de carência, quando houver, sob pena de rescisão do instrumento preliminar de ajuste” (MATTOS, 2011, p. 18). Ou seja, o adquirente deve garantir a efetivação de sua compra, assinando o contrato que determina a venda por parte da incorporadora.

Durante a construção devem pagar, inclusive com os ajustes de preço, os valores estabelecidos na compra. Além disso, não devem interferir na construção, nem no que diz respeito ao terreno (MATTOS, 2011, p. 18). É importante que os adquirentes não interfiram na obra para não dificultar o bom andamento da construção, mas também para que seja protegida a sua integridade física ou qualquer tipo de acidente (CHALHUB, 2010. p. 167).

Desse modo, cumpre destacar que mesmo após o término da construção o adquirente ainda tem obrigações a serem cumpridas, dentre estas a principal é o dever de “instituir o condomínio de utilização do edifício” (MATTOS, 2011, p. 18).

Nesse escopo, o adquirente é um dos focos do patrimônio de afetação, mas é importante esclarecer que não é o personagem principal, pois o incorporador também exerce papel fundamental para a realização da afetação. No entanto, o patrimônio de afetação, tem entre suas funcionalidades, a garantia da proteção dos adquirentes.

3.2 Princípios norteadores da relação adquirente-incorporador

O motivo pelo qual levou o Projeto de Lei a sancionar a Lei nº. 10.931/04 foi a maior possibilidade do estado de promover a segurança, a credibilidade e a transparência aos adquirentes.

Chalhub (2012) aponta que com o surgimento do patrimônio de afetação o direito positivo acrescentou novo e fundamental mecanismo de proteção do adquirente e dos credores vinculados à incorporação. O patrimônio de afetação é importante elemento de proteção patrimonial, que poderia inspirar o Poder Legislativo na formulação de norma geral de proteção patrimonial em benefício de todos quantos empregam seus recursos nos contratos de investimento coletivo, que, não raras as vezes, por falta de proteção patrimonial, causam

pesados prejuízos a milhares de pessoas, principalmente a pequenos investidores. Sobre este aspecto o autor destaca ainda que o sistema de proteção do adquirente e sistema de proteção dos consumidores em geral são fundamentados pelos mesmos princípios constitucionais, quais sejam, da boa-fé, do equilíbrio e da função social do contrato.

Nesse sentido, a incorporação imobiliária atenta-se para a nova concepção do Direito, sujeitando seu controle à expressão da vontade para adequá-lo às atuais demandas sociais e econômicas, certificando, assim, o cumprimento da função social, segundo disposição constitucional e, também, do novo Código Civil, do Código de Defesa do Consumidor e da lei de incorporações imobiliárias.

Ainda de acordo com Chalhub (2012, p. 312), “a afetação põe a incorporação imobiliária em sintonia com o conceito contemporâneo do direito de propriedade, enfatizando a relativização desse direito e dando efetividade à sua função social”, uma vez que concede ao direito de propriedade do incorporador uma possibilidade de dever, pela qual o incorporador tem que unir seu interesse de proprietário com o interesse social dos adquirentes de unidades imobiliárias.

Na incorporação o adquirente é o interessado na evolução da construção das unidades e na aplicação dos recursos que são pagos por eles a incorporadora. Nesse sentido, “é dever do incorporador de informar aos adquirentes, periodicamente, sobre o andamento da obra” (CHALHUB, 2012, p. 312). Essas normas imperativas contidas na Lei de Incorporações constata a intervenção legislativa para assegurar o cumprimento do dever do incorporador de informar o adquirente sobre a incorporação, a fim de manter a sua função social, que é a entrega das unidades.

Nota-se, a partir dos argumentos apresentados que existem princípios que permeiam a relação incorporador-adquirente. Neste sentido, a relação contratual, adquirente e incorporador, deve ser mantida pelo princípio da boa-fé objetiva. Existe neste princípio o dever das partes de cooperarem uma com a outra para atingir a finalidade pretendida no contrato. O principal objetivo é resguardar a boa-fé que o adquirente deposita no incorporador, e vice-versa.

Neste sentido, Frota (2011) destaca que a boa-fé é um dever contratual geral que moraliza o contrato, respeitando as legítimas expectativas dos contratantes. Neste sentido, a boa-fé impõe aos contratantes o dever de ter condutas baseadas na lealdade, probidade, lisura e honestidade. Argumenta ainda as partes devem evitar o prejuízo de uma parte em relação a

outra, buscando um sentido leal e honesto. Desse modo entende-se que cláusulas-surpresa, que ofendam a lealdade, devem ser consideradas inválidas, por causarem desequilíbrio entre as partes.

O princípio da boa-fé tem especial importância no ordenamento jurídico brasileiro, sendo aplicado para resguardar os direitos do adquirente por ser elemento caracterizador da função socioeconômica perseguida pelo contrato de incorporação. Por conseguinte, a jurisprudência também aplica este princípio na medida em que protege o adquirente de boa-fé, conforme se depreende no julgado transcrito abaixo.

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SFH. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. UNIDADE DE APARTAMENTOS. HIPOTECA CONSTITUÍDA SOBRE IMÓVEL JÁ PROMETIDO À VENDA E QUITADO. INVALIDADE. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. OFENSA. CARACTERIZAÇÃO. ENCOL. NEGLIGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. I - E nula a cláusula que prevê a instituição de ônus real sobre o imóvel, sem o consentimento do promitente-comprador, por ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, previsto no Código de Defesa do Consumidor. II - Não prevalece diante do terceiro adquirente de boa-fé a hipoteca constituída pela incorporadora junto ao agente financeiro, em garantia de empréstimo regido pelo Sistema Financeiro da Habitação. Destarte, o adquirente da unidade habitacional responde, tão-somente, pelo pagamento do seu débito. III - Consoante já decidiu esta Corte: "é negligente a instituição financeira que não observa a situação do empreendimento ao conceder financiamento hipotecário para edificar um prédio de apartamentos". Da mesma forma, "ao celebrar o contrato de financiamento, facilmente poderia o banco inteirar-se das condições dos imóveis, necessariamente destinados à venda, já oferecidos ao público e, no caso, com preço total ou parcialmente pago pelos terceiros adquirentes de boa-fé". (Precedentes: REsp nº 239.968/DF, DJ de 04.02.2002 e REsp nº 287.774/DF, DJ de 02.04.2001 e EDResp. nº 415.667/SP, de 21.06.04). Recurso especial não conhecido.

(STJ - REsp: 617045 GO 2003/0230118-7, Relator: Ministro CASTRO FILHO, Data de Julgamento: 28/10/2004, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 17/12/2004 p. 539)

A lei de incorporações apresenta mecanismos de proteção aos adquirentes de unidades imobiliárias que o CDC, atualmente, e os tribunais tendem a manter essa proteção, buscando um equilíbrio da relação havida no contrato. Pelo exposto percebe-se que o princípio do equilíbrio do contrato é de fundamental importância para a vida contemporânea, buscando a ideia de razoabilidade, para que este atinja sua função social. O objetivo é assegurar o equilíbrio econômico que as partes estabeleceram no instrumento contratual, por meio da segurança jurídica, como condição da estabilidade para a plena satisfação dos participantes do negócio.

Questão relevante que merece ser comentada neste estudo é a cobrança de juros compensatórios antes da entrega das chaves, os chamados "juros no pé". Em tese, o pagamento

da unidade imobiliária deveria ser paga à vista. Contudo é facultado ao incorporador receber parte do pagamento em parcelas durante a fase de obra. Discutia-se sobre a legalidade da cobrança de juros antes da entrega. Tendo em vista que o adquirente compra o imóvel de forma parcelada, nada mais justo que o incorporador possa obter compensação pecuniária a ser obtida pela cobrança de juros, fundamentado no princípio do equilíbrio da relação. Diante da divergência de entendimento jurisprudencial do caso em tela, chegou-se após grande debate à recente decisão:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DIREITO CIVIL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. IMÓVEL EM FASE DE CONSTRUÇÃO. COBRANÇA DE JUROS COMPENSATÓRIOS ANTES DA ENTREGA DAS CHAVES. LEGALIDADE.

1. Na incorporação imobiliária, o pagamento pela compra de um imóvel em fase de produção, a rigor, deve ser à vista. Nada obstante, pode o incorporador oferecer prazo ao adquirente para pagamento, mediante parcelamento do preço. Afigura-se, nessa hipótese, legítima a cobrança de juros compensatórios.

2. Por isso, não se considera abusiva cláusula contratual que preveja a cobrança de juros antes da entrega das chaves, que, ademais, confere maior transparência ao contrato e vem ao encontro do direito à informação do consumidor (art. 6º, III, do CDC), abrindo a possibilidade de correção de eventuais abusos.

3. No caso concreto, a exclusão dos juros compensatórios convencionados entre as partes, correspondentes às parcelas pagas antes da efetiva entrega das chaves, altera o equilíbrio financeiro da operação e a comutatividade da avença.

4. Precedentes: REsp n. 379.941/SP, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 3/10/2002, DJ 2/12/2002, p. 306, REsp n. 1.133.023/PE, REsp n. 662.822/DF, REsp n.

1.060.425/PE e REsp n. 738.988/DF, todos relatados pelo Ministro ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, REsp n. 681.724/DF, relatado pelo Ministro PAULO FURTADO (Desembargador convocado do TJBA), e REsp n.

1.193.788/SP, relatado pelo Ministro MASSAMI UYEDA.

5. Embargos de divergência providos, para reformar o acórdão embargado e reconhecer a legalidade da cláusula do contrato de promessa de compra e venda de imóvel que previu a cobrança de juros compensatórios de 1% (um por cento) a partir da assinatura do contrato.

(EREsp 670.117/PB, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/06/2012, DJe 26/11/2012)

Hoje, o patrimônio de afetação ainda é um instituto pouco conhecido no ordenamento jurídico brasileiro, embora tenha as suas notáveis vantagens, sobretudo para o adquirente. A realidade que se observa é que trata-se de um instituto que beneficia o adquirente lhe proporcionando segurança juridicamente e economicamente, mas que com a sua facultatividade de adoção pelos incorporadores, não tem se desenvolvido como o esperado (FERRI, 2013, p. 01).

Sendo assim, a incorporação imobiliária tornou-se uma atividade “originariamente voltada à afetação natural e cada empreendimento em sua origem é concebido para sobrevivência e lucros às suas próprias forças” (FERRI, 2013, p. 01).

Assim, a afetação é instrumento com a específica destinação de proteger economicamente o adquirente para garantir a conclusão da incorporação caso o incorporador entre em processo de falência. Neste sentido Silva (2010, p. 173) ensina que:

“Com a instituição do Patrimônio de Afetação, pretende-se criar condições para que os adquirentes das frações ideais vinculadas às unidades autônomas a construir não fiquem sujeitos a eventuais percalços financeiros que possam atingir o incorporador, sejam eles decorrentes de má gestão de seus negócios ou de outros fatores possam acarretar a insolvência ou falência, ou possam retirar do incorporador as condições econômicas necessárias para concluir a incorporação”.

Portanto, a incorporação é verificada como a atividade empresarial na qual se tem em vista a produção e à comercialização das unidades imobiliárias construídas. Esse tipo de procedimento tem natureza contratual e complexa regulamentação legal, fazendo-se necessário uma análise sobre o contrato no tópico seguinte.

3.3 Contratos

Ao adentrar no tema, inicialmente, fazem-se necessárias algumas considerações acerca função social dos contratos. Estes devem atender os interesses das partes e da sociedade. Neste sentido, devem-se conjugar os interesses individuais das partes com os interesses sociais. Não se trata de uma transição dos interesses individuais para os coletivos; o objetivo não é limitar a autonomia dos contratantes, mas apenas lapida-la para atender os interesses destes em função dos interesses de uma coletividade, portanto o que se busca é uma transcensão entre os direitos individuais e os sociais (FROTA, 2011, p. 265).

Entendida esta função, passa-se para um aspecto importante da incorporação imobiliária, que é o contrato. Este é o que determina cada detalhe do negócio realizado, e tem por objetivo, manifestar os direitos e deveres do incorporador e do adquirente. Ghezzi (2011) comenta que o contrato de incorporação é o negócio jurídico pelo qual o incorporador promove a venda e edifica as unidades autônomas em construção ou que serão construídas.

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 podem ou não ser enquadrados no conceito de incorporação e, por conseguinte, sobre eles sejam aplicadas todas as demais previsões contidas na legislação específica.

Dessa forma, com o registro do memorial de incorporação, estará o incorporador habilitado a realizar a oferta pública para venda das unidades em construção, que integrarão a futura edificação, e a formalizar os respectivos contratos de venda das unidades.

Dentre as modalidades de contrato, exemplificam-se as principais, como sendo a promessa de compra e venda, compra e venda, com ou sem o pacto adjecto de alienação fiduciária e mútuo. A modalidade de contrato mais frequente na relação jurídica entre o incorporador e o adquirente é a promessa de compra e venda. Qualquer espécie de contrato firmado deve conter elementos imutáveis sobre as obrigações e direitos dos adquirentes e do incorporador, que devem ser comuns a todos os contratos, como já destacado neste estudo em linhas anteriores.

Frise-se que o incorporador tem o dever de agir com transparência, pois os contratos que são firmados são de adesão. Neste sentido é vedado ao incorporador fazer constar nos contratos cláusulas leoninas com o fim de excluir os direitos dos adquirentes. Cumpre ressaltar ainda que caso existam cláusulas contratuais dúbias ou contraditórias estas deverão ser interpretadas de maneira mais favorável ao adquirente.

Neste sentido, destaca-se o entendimento pacífico da jurisprudência, conforme julgado abaixo:

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. PERDA DAS PRESTAÇÕES PAGAS. DISTRATO PACTUADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NULIDADE DA CLÁUSULA. RECURSO DESACOLHIDO. - Nula é a cláusula que prevê a perda das prestações pagas, em distrato de compromisso de compra e venda celebrado na vigência do Código de Defesa do Consumidor, podendo a parte inadimplente requerer a restituição do quantum pago, com correção monetária desde cada desembolso, autorizada a retenção de importância fixada pelas instâncias ordinárias em razão do descumprimento do contrato.

(STJ - REsp: 241636 SP 1999/0113057-3, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 17/02/2000, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 03/04/2000 p. 157)

Assim, é imprescindível que o incorporador prestigie o princípio da confiança e da boa-fé, não omitindo informações, principalmente sobre aquelas que desabonem os direitos do adquirente, o que se verifica em muitos dos casos no qual o adquirente é desrespeitado, por não saber os direitos que lhe são assegurados.

É responsabilidade do incorporador, como ensina Chalhub (2012), mencionar nos contratos, os nomes dos responsáveis pelo custeio da construção, responsabilizando o incorporador pelo custeio das unidades que eventualmente não sejam vendidas (artigo 35, § 6º). Destaca também que é interessante constar sobre a maneira que se dará a ocupação da unidade vendida, esclarecendo a que título ela se dá e as condições de sua eventual desocupação. Ainda, o contrato deve conter o preço global, as parcelas relativas ao valor da fração ideal do terreno e ao valor da construção.

Quanto aos direitos do incorporador, esses estão envolvidos no que diz respeito ao negócio e traz os direitos nos moldes legais, como arrependimento, que corresponde ao direito de desistência da realização da incorporação dentro do prazo de carência, se o tiver fixado; a exigência do pagamento do preço estabelecido no contrato; o direito a retenção da unidade como garantia até o recebimento integral do preço da unidade.

No que se refere aos principais deveres do adquirente, tem-se o de pagar o valor estipulado no contrato de compra, o de prestar informações, o de cooperar para o bom andamento da obra e o de não intervir fisicamente na obra, sem que isso o desabone do direito de acompanhá-la e de receber boletins periódicos sobre seu andamento.

Dentre as formas de extinção dos contratos, exemplificam-se as principais: a) execução voluntária do contrato; b) rescisão bilateral (distrato); c) rescisão unilateral, por inadimplemento do incorporador e por inadimplemento do adquirente.

Em razão do exposto, conclui-se que o contrato de incorporação é um instrumento de fundamental importância no cumprimento de sua função social por tratar de dois problemas, o da construção civil e do déficit habitacional.

A maioria dos contratos é elaborada pelo incorporador, os chamados contratos de adesão. Estes possuem cláusulas vantajosas para o incorporador, em detrimento dos direitos dos adquirentes, o que é uma prática prejudicial ao negócio. Aponta-se que o incorporador deveria estar aberto a possibilidade de repactuação das cláusulas excessivas, sem a necessidade

da revisão judicial, por haver um dever recíproco de lealdade, que em tese, existe em todas as fases do contrato, ou seja, antes, durante e depois da relação contratual.

3.4 O direito fundamental à moradia

No que concerne à incorporação imobiliária destaca-se o direito fundamental à moradia que é colocado à disposição do cidadão na Constituição Federal Brasileira, definido em seu art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Assim, a incorporação imobiliária pode ser definida como um instrumento de efetivação do direito fundamental à moradia, já que proporciona a construção de moradias dignas, além de ser uma maneira econômica viável para a construção de habitações populares. Sem dúvidas, trata-se também de uma maneira de implementar o direito à moradia sem a utilização de recursos especificadamente públicos, já que os próprios adquirentes podem pagar pelos custos de execução da edificação (TUTIKIAN, 2006, p. 120).

Ademais, a incorporação acaba por representar um importante alicerce social, pois além de proporcionar a aquisição de uma moradia, também traz o desenvolvimento da riqueza no país e a criação de novos empregos na construção civil (TUTIKIAN, 2006, p. 121).

Assim, é importante destacar que o direito à moradia se estabelece diante da escolha pelo patrimônio de afetação, pois conforme Xavier (2011, p. 100), o patrimônio de afetação assume no direito um novo atributo, o da função social, representando o direito, citado na constituição à moradia.

Sendo assim, pode-se citar como exemplo, o programa habitacional para moradias populares, Minha Casa Minha Vida, PMCMV, com o objetivo de "criar mecanismos de incentivo à produção e à aquisição de novas unidades habitacionais pelas famílias com renda de até dez salários mínimos" (GONÇALEZ, 2009, p. 15, *apud* XAVIER, 2011, p. 101).

O PMCMV é um programa que efetiva o direito fundamental a moradia, proporcionando que a população tenha acesso com maior facilidade à casa própria. Trata-se de um programa do

Governo Federal, que engloba todos os estados e municípios brasileiros por meio de parcerias público-privadas para o desenvolvimento do programa.

Já foram contratadas mais de um milhão de moradias em todo o país na primeira etapa do programa. Diante do sucesso em todo o território nacional, tem-se por pretensão o desenvolvimento da segunda etapa do programa, que tem por meta contratar até 2014 dois milhões de casas e apartamentos (XAVIER, 2011, p. 101-102).

Desse modo, esse programa pretende ser a representação do direito fundamental à moradia, garantido, por meio do patrimônio de afetação, a eficácia da segurança proporcionada ao adquirente com a finalidade de resguardar os direitos destes. Conclui-se que o PMCMV apresenta excelentes oportunidades para a aquisição do imóvel próprio para a população de baixa renda, diante de facilidades proporcionadas para o financiamento subsidiado das moradias atendidas pelo programa.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa foi desenvolvida para elucidar as questões trazidas pelo instituto do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária. Buscou-se contextualizá-lo desde sua concepção para melhor apreender os motivos de sua criação, e então perquirir se ele cumpriu sua finalidade precípua. Ou seja, se realmente houve benefícios para o adquirente por meio da proteção dada pelo instituto através da “blindagem” da incorporação em eventual falência do incorporador e se houve o crescimento do sentimento de segurança proporcionada ao adquirente.

Neste estudo, pretendeu-se elucidar as questões levantadas sobre o tema e fomentar a discussão a respeito deste novo instituto, por meio das análises feitas na doutrina. É uma tentativa de levar à reflexão buscando aprofundar o tema proposto. Almejou-se contribuir, de alguma forma, para o entendimento do patrimônio de afetação no âmbito jurídico, a fim de atingir uma melhor compreensão deste instituto.

O patrimônio de afetação foi criado após a falência da maior incorporadora que existia na época, a ENCOL. Este fato gerou uma insegurança no mercado e na sociedade, que abalou a confiança nas incorporações imobiliárias. Reduziu-se a venda de imóveis na planta, já que os adquirentes temiam não receber o que lhes foi prometido, a unidade comprada, e foi nesse contexto que surgiu o instituto, com o advento da Lei nº. 10.931/04 que alterou a lei de incorporações.

Pelo exposto na pesquisa, depreende-se que o patrimônio de afetação teve sua exegese para proporcionar uma seguridade na aquisição de imóveis, uma vez que determinava uma maior transparência com relação ao desenvolvimento da obra e obrigava o incorporador a ter uma conduta linear por estar sendo fiscalizado pelo o adquirente.

Uma questão verificada por meio das análises neste estudo, infere-se que patrimônio de afetação deveria ser compulsório por se tratar de instrumento de proteção do adquirente, e deveria ser estabelecido como uma regra geral para todas as incorporações, em função da vulnerabilidade do adquirente em relação ao incorporador. Este é um ponto negativo do instituto, o principal, pois caso o incorporador não venha afetar o patrimônio da incorporação, o adquirente estará descoberto de todas as proteções que o instituto lhe confere, em posição vulnerável, o que contraria o espírito da lei e do sistema de proteção do adquirente.

Verificou-se que é equivocada a ideia de que o regime das incorporações seria carente de regulamentação, tendo em vista que o sistema de proteção do adquirente é adequado na legislação vigente, por contemplar a proteção dada nos casos de vulnerabilidade do adquirente, permitindo ainda a aplicação subsidiária do CDC e do CC, fundamentados nos princípios da boa-fé, da equidade e da função social do contrato.

Pela análise realizada constatou-se a existência de pontos positivos e negativos. As vantagens podem ser verificadas principalmente porque o instituto consolida definitivamente a proteção ao adquirente quando confere poderes a eles para prosseguir com a obra em caso de falência do incorporador. A lei ainda oferece uma segurança de que a unidade imobiliária será entregue nas condições pactuadas.

Outra vantagem verificada foi a de conseguir crédito junto às instituições financeiras com maior facilidade pelo fator da transparência que se deu à atividade incorporativa, pois as entidades financeiras reduzirão seus riscos e conseqüentemente os juros cobrados pela concessão de crédito do financiamento da incorporação afetada.

Além disso, o Regime Especial de Tributação simplificou e diminuiu o recolhimento dos tributos, o que é uma vantagem para ambas as partes, adquirente e incorporador. Para este último verificou-se ser um incentivo para afetar as incorporações, inclusive imediatamente.

Dentre as desvantagens apontadas, está a dificuldade que muitas incorporadoras encontram em trabalhar a atividade incorporativa de forma autônoma com o patrimônio afetado. Na prática é somente ao final da obra com a respectiva entrega da unidade que se auferem os lucros, portanto, o fluxo de caixa é de difícil estimativa por existirem fatores alheios que podem influenciar o andamento e gerar custos extras não previstos.

Desta forma conclui-se que o patrimônio de afetação, por ser um instituto relativamente novo, ainda em desenvolvimento, não mostrou todo seu potencial, por gerar desconfiança nos incorporadores. Sob a ótica do adquirente, entretanto, não resta dúvida ser garantidor da proteção dada a ele para a aquisição de imóveis. A sociedade como um todo em muito ganharia se houvesse um maior incentivo por parte do Estado a fim de se atingir uma plena eficácia do sistema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Exposição de Motivos nº 00027/2004 – MF. Sobre a Lei 10.931/04 que dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário Câmara dos Deputados. Disponível em: www.camara.gov.br/sileg/integras/200814.pdf. Acesso em: 19 Set. 2013.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 Set. 2013.

BRASIL, Lei 10.931/04, de 02 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.931.htm. Acesso em: 22 Ago. 2013.

BRASIL, Presidência da República. Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm. Acesso em: 22 Ago. 2013.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano. **Incorporação Imobiliária à Luz do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRUNELLI, Pedro. O patrimônio de afetação na incorporação imobiliária. 2012. Disponível em: www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67365/000872144.pdf?sequence=1. Acesso em: 11 Set. 2013.

CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FERNANDES, Marcio da Silva. **O patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias**. Cadernos Aslegis, v. 6, n. 23, p. 105-110, nov 2004.

FERRI, Caroline Feliz Sarraf. O regime de afetação patrimonial nas incorporações imobiliárias. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13121. Acesso em: 09 Set. 2013.

FIGUEIREDO, Ivanildo. Modificação do memorial de incorporação. Abril/2010. Disponível em: http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=14824:artigo-modificacao-do-memorial-de-incorporacao-por-ivanildo. Acesso em: 09 Set. 2013.

FIORANTI, Cláudio Rezende. **A Prática nos Processos e Registros de Incorporação Imobiliária**. Instituição de Condomínio e Loteamentos Urbanos. Campinas: Julex, 1987.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Os deveres contratuais gerais nas relações civis e de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011.

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

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**, 4. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo. Ed. Saraiva. 2007.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**, 3. ed. Atlas, São Paulo: 1991.

MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro. **Incorporação Imobiliária & Patrimônio de Afetação: Lei n. 10.931/04 numa abordagem interdisciplinar**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

MATOS, Sandro Rafael Barioni de. **Noções Gerais do patrimônio de afetação instituído pela Lei 10.931 de 03.08.2004** in MARQUES FILHO, Vicente de Paula, DINIZ, Marcelo de Lima Castro (coord.). **Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação: Lei 10.931-04 numa abordagem interdisciplinar**. Curitiba: Juruá, 2005.

MATTOS, Aldo Doréa. **Patrimônio de Afetação na Incorporação Imobiliária: mais proteção para o adquirente**. 1 ed. São Paulo: Pini, 2011.

MEDEIROS, Sara Raquel Fernandes Queiroz de. BNH: outras perspectivas. Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br/cnpp/pgs/anais/Artigos%20REVISADOS/BNH,%20outra%20perspectiva.pdf>. Acesso em: 25 Set. 2013.

MEZZARI, Mário Pazutti. **Condomínio e incorporação no registro de Imóveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1996.

MOREIRA FORTES. Memorando sobre o regime especial de tributação para as incorporações imobiliárias. Disponível em: www.fortes.adv.br/Download.aspx?Codigo=74. Acesso em: 17 Set. 2013.

MOREIRA, Raquel Fagundes. Direito fundamental à moradia: inovações a partir da lei 10.931/04. Disponível em: http://portal.estacio.br/media/208968/raquel_fagundes.pdf. Acesso em: 09 Set. 2013.

PASQUALLOTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Novo Código Civil. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24711-24713-1-PB.pdf>. Acesso em: 14 Ago. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Incorporação imobiliária**. *Revista de Direito Imobiliário*, n, 4, p. 9-18, São Paulo, RT, jul.-dez. 1979.

_____. **Condomínio e Incorporações**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PILATTI, Marlou dos Santos Lima. **Manual prático de incorporação imobiliária**. Curitiba: Juruá, 2011.

PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Disponível em: <pt.scribd.com/doc/85465808/Tratado-de-Direito-Privado-Tomo12> Acesso em: 22. Ago. 2013.

REVISTA DO CONSUMIDOR. Proteção patrimonial dos adquirentes nas incorporações imobiliárias. 2007. Disponível em: <iregistradores.org.br/wp-content/uploads/2009/09/protecao_patrimonial_dos_adquirentes.pdf> Acesso em: 13 Ago. 2013.

RIZZARDO, ARNALDO. **Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária**. São Paulo: Forense, 2011.

ROCHA, Mauro Antônio. O regime da afetação patrimonial na incorporação imobiliária. Disponível em: <http://www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-detalle.php?obr=61>. Acesso em: 11 Set. 2013.

SEADI, Cristiano Teixeira. A pós-modernidade das incorporações na lente transdisciplinar da função social. Disponível em: www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/cristiano_teixeira.pdf. Acesso em: 09 Set. 2013.

SILVA, Edna Lúcia da. **Metodologia da Pesquisa e Elaboração de Dissertação** / Edna Lúcia da Silva, Esfera Muszkat Menezes, 3. ed. Florianópolis: Laboratório de Ensino a Distância da UFSC, 2001.

SILVA, José Marcelo Tossi. **Incorporação Imobiliária**. São Paulo: Atlas, 2010.

SIQUEIRA, Bernardo Gonçalves. O patrimônio de afetação na incorporação imobiliária como mecanismo de efetivação das garantias fundamentais dos adquirentes. Disponível em: <http://www.albino.adv.br/artigo3.pdf>. Acesso em: 14 Ago. 2013.

TAVARES JUNIOR, José Antonio. A responsabilidade do corretor de imóveis frente ao novo código civil – Aspectos jurídicos da propriedade. Disponível em: <sitedoscortores.com.br/.../responsabilidade_corretor_novo_codig> Acesso: 22 Ago. 2013.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Incorporação imobiliária, patrimônio de afetação e garantia dos imóveis**. São Paulo: Revista IOB de direito civil e processual civil – v.9 n.49. 2007. 2007.

_____; TIMM, Luciano Benetti & PAIVA, João Pedro Lamana. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2 ed. São Paulo: Quartier Lantin, 2010.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. **Manual do condomínio e das incorporações imobiliárias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 2, p. 82-83.

XAVIER, Luciana Pedrosa. **As teorias do patrimônio e o patrimônio de Afetação na incorporação imobiliária**. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2011.