

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE MONOGRAFIA JURÍDICA E ATIVIDADES COMPLEMENTARES

PEDRO HENRIQUE DE CAVALCANTE LIMA

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

FORTALEZA

2006

PEDRO HENRIQUE DE CAVALCANTE LIMA

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Monografia apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Ceará
como parte dos requisitos para a
obtenção do título de Bacharel em Direito

Orientadora: Profa. Camilla Costa Lima Penha Amorim

FORTALEZA

2006

RESUMO E PALAVRAS-CHAVE

O contrato de Incorporação Imobiliária é regido pelas Leis nº 4.591/64 (Lei de Condomínios e Incorporações), nº 4.864/65 e nº 10.931/2004. Entretanto, urge observar que a parte de condomínios passou a ser regulada pelo novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que silencia em matéria de incorporação imobiliária. Em torno do contrato de incorporação imobiliária enfeixam-se negócios ligados à construção civil e empreendimentos imobiliários. Segundo a noção concebida pelo art. 28 da Lei nº 4.591/64, a incorporação imobiliária é negócio jurídico que tem por finalidade promover, administrar e realizar a construção, para alienação total ou parcial de unidades autônomas, as quais podem ser constituídas, em regra, de apartamentos, escritórios, garagens e, em casos excepcionais, até mesmo *shopping centers*. A incorporação visa, basicamente, à formação de um condomínio. Desenvolve-se por meio de sucessão de atos jurídicos e materiais. Existem, basicamente, quatro avenças pactícias com participação do incorporador, a saber: o contrato que objetiva a aquisição do terreno; em seguida, ocorre a formalização de contratos preliminares para aquisição de unidades autônomas; um contrato de prestação de serviços do incorporador; e finalmente a construção do edifício propriamente dito. Esses ajustes podem apresentar características particulares no caso concreto, podendo figurar em um só instrumento ou em instrumentos autônomos. Como partes do contrato de incorporação imobiliária figurarão o incorporador, que somente poderá ser o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promissário cessionário, e o permutante do terreno; os adquirentes e, ainda, o construtor, quando este for pessoa distinta do incorporador. O objeto desse contrato é a construção e entrega das unidades autônomas com a sua individualização no Ofício de Registro de Imóveis. Dar-se-á a extinção do contrato de incorporação imobiliária quando atingido o objetivo final do contrato, ou seja, a entrega das unidades aos compradores e o pagamento do preço estabelecido e eventual diferença apurada no término da construção.

Palavras-chave: incorporação imobiliária; incorporador; adquirente.

ÍNDICE

Introdução.....	6
------------------------	----------

Capítulo 1 - INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA – CARACTERIZAÇÃO GERAL

1.1. Incorporação: conceito legal e definição.....	8
1.2. Incorporador: caracterização.....	11
1.3. A dinâmica da incorporação.....	15
1.4. O Memorial de Incorporação.....	18
1.5. Natureza jurídica do contrato de incorporação imobiliária.....	28
1.6. Elementos do contrato de incorporação imobiliária.....	30
1.6.1. Objeto do contrato de incorporação imobiliária.....	30
1.6.2. Partes do contrato de incorporação imobiliária.....	31
1.6.3. Forma do contrato de incorporação imobiliária.....	32

Capítulo 2 - A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA COMO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

2.1. Termo de afetação.....	34
2.2. Modo de constituição do patrimônio de afetação.....	40
2.3. Da Comissão de fiscalização.....	41
2.4. Da administração do patrimônio de afetação.....	42
2.5. Dos efeitos da decretação de falência e da assembléia para solução do patrimônio de afetação.....	42
2.6. Da assunção do empreendimento pelos promitentes compradores.....	45
2.7. Extinção de patrimônio de afetação.....	49
2.8. Os efeitos da afetação das incorporações em face do sistema tributário. Aspectos fundamentais.....	50
2.9. O regime especial tributário aplicável em caráter opcional às incorporações imobiliárias sob o regime de afetação. Arts. 1º ao 11 da Lei nº 10.931/2004.....	51

Capítulo 3 - A CONTRATAÇÃO DA VENDA DAS UNIDADES IMOBILIÁRIAS

3.1. Requisitos e condições do contrato de incorporação imobiliária.....	53
3.2. Obrigações do incorporador.....	54
3.3. Direitos do incorporador.....	57
3.4. Obrigações dos adquirentes.....	58
3.5. Direitos dos adquirentes.....	59
3.6. Órgãos de representação dos adquirentes nas relações decorrentes dos contratos de incorporação imobiliária.....	60

Capítulo 4 - A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

4.1. Extinção mediante execução voluntária.....	62
4.2. Resilição bilateral (distrato).....	63
4.3. Resilição unilateral.....	64
4.4. Resolução do contrato por inadimplemento do incorporador.....	64
4.5. Resolução do contrato por inadimplemento do adquirente.....	65
Considerações Finais.....	67
Referências Bibliográficas.....	68

INTRODUÇÃO

Incorporação imobiliária é a atividade empresarial que visa a produção e a comercialização de unidades imobiliárias em edificações coletivas. Essa atividade é regulada pelas Leis nº 4.591, de 16 dezembro de 1964 (arts. 28 a 67), nº 4.864, de 29 de novembro de 1965, e nº 10.931, de 02 de agosto de 2004, que acrescentou à Lei nº 4.591/64 os arts. 31-A a 31-F e deu nova redação a outros dispositivos dessa lei. As disposições da Lei nº 4.591/64 estão regulamentadas pelo Decreto nº 55.815, de 8 de março de 1965. As normas promulgadas na década de 1960 vieram preencher importante lacuna no direito brasileiro, no que tange à propriedade horizontal, substituindo a singela legislação até então vigente. Além disso, trouxeram como grande inovação o disciplinamento da atividade empresarial da incorporação, atendendo às necessidades sociais e econômicas ditadas pelo acelerado processo de urbanização ocorrido no país a partir da década de 1930.

Anteriormente à Lei nº 4.591/64, o direito positivo brasileiro era omissivo quanto à atividade empresarial de produção e comercialização de imóveis integrantes de edificações coletivas, existindo apenas legislação relativa à alienação parcial de edifícios de dois ou mais pavimentos e à ocupação desses edifícios, matérias que eram tratadas pelo Decreto-Lei nº 5.841, de 25 de junho de 1928, com alterações do Decreto-Lei nº 5.243, de 1943 e da Lei nº 285, de 1945.

Como é sabido, a atividade de produção de conjunto de unidades imobiliárias começou a se estruturar a partir da revolução industrial, em razão da concentração da população nos grandes centros urbanos. Por causa dessa concentração, a solução para a demanda habitacional e de instalações profissionais e comerciais passou a ser a construção de unidades imobiliárias em planos horizontais, substituindo-se a construção de uma única unidade imobiliária em um lote de terreno pela superposição de unidades, em edifícios de mais de um pavimento, seja para aproveitamento mais racional da terra, seja para viabilizar

a produção em escala, atendendo, enfim, a necessidade de ocupação concentrada dos espaços urbanos.

No Brasil, a demanda por imóveis nos grandes centros urbanos intensificou-se a partir da década de 1930, e, nessa ocasião, as regras existentes limitavam-se a disciplinar a alienação e utilização dos edifícios já construídos, silenciando a respeito da atividade produtiva, bem como da venda de edificações coletivas em construção. Dada a inexistência de disciplina legal, no período imediatamente anterior à promulgação da Lei nº 4.591/64, as pessoas que se dedicavam à atividade da construção e venda dessas edificações atuavam livres de quaisquer limitações legais e realizavam seus negócios sem riscos, sem a existência de qualquer espécie de controle.

A Lei nº 4.591/64 veio pôr fim a essa desordem e, nesse sentido, contempla ampla disciplina da atividade de incorporação e fixa com clareza as responsabilidades do incorporador.

É certo que, ao longo de quatro décadas de vigência, novas perspectivas foram se abrindo ao negócio de incorporação e outros problemas surgiram, a reclamar algumas adaptações na Lei das Incorporações. Essas novas perspectivas, entretanto, podem ser equacionadas mediante adaptação dentro da própria estrutura da Lei de Incorporações vigente ou mediante normas suplementares.

O presente trabalho tem por finalidade essencial o estudo da Incorporação Imobiliária e suas características peculiares, analisando a legislação aplicável à matéria.

1 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA – CARACTERIZAÇÃO GERAL

1.1 Incorporação: conceito legal e definição

Em sentido geral, incorporação significa inclusão, união, introdução ou ligação de uma coisa no corpo de outra, à que ficará pertencendo, ou agremiação, congregação, agrupamento promovido entre pessoas para a formação de um só corpo, (do latim, *incorporatio*, de *incorporare*: dar corpo, juntar unir). Pode dizer respeito à inclusão de uma pessoa numa entidade, ou à reunião de pessoas para formar uma pessoa jurídica, à absorção de uma ou mais sociedades por outra, que ocorre com mais freqüência no campo do direito empresarial.

No plano do direito civil aplicável aos imóveis, é o caso da acessão agregada ao solo, passando ambos a constituir uma só coisa.

No campo dos negócios imobiliários, a expressão incorporação imobiliária tem o significado de mobilizar fatores de produção para construir e vender, durante a construção, unidades imobiliárias em edificações coletivas, envolvendo a arregimentação de pessoas e a articulação de uma série de medidas no sentido de levar a cabo a construção, até sua conclusão, com a individualização e discriminação das unidades imobiliárias autônomas no Ofício de Registro de Imóveis.

A atividade de incorporação imobiliária vem conceituada no parágrafo único do art. 28 da Lei nº 4.591/64, pelo qual considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações compostas de unidades autônomas.

Os contornos da atividade de incorporação imobiliária continuam a ser fixados no art. 29 e seu parágrafo único, que qualifica como incorporador qualquer pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno ou meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação.

A partir desse conceito básico, segue a lei delineando os demais aspectos desse negócio, estabelecendo condições em que deve ser desenvolvida a atividade e fixando responsabilidades civis e penais a que está sujeito o incorporador.

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

Traço característico dessa atividade é a venda antecipada de apartamentos de um edifício a construir, que, do ponto de vista econômico e financeiro, constitui o meio pelo qual o incorporador promove a captação de recursos necessários à consecução da incorporação. A captação de recursos é a operação que consiste em obter capital necessário à construção do edifício, mediante venda, por antecipação, dos apartamentos de que se constituirá.

A atividade de construção está presente no negócio jurídico da incorporação, mas incorporação e construção não se confundem, nem são noções equivalentes. A atividade de construção só integrará o conceito de incorporação se estiver articulada com a alienação de frações ideais do terreno e acessões que a elas haverá de se vincular; mas, independentemente disso, a atividade de incorporação pode, alternativamente, ser representada somente pela alienação de frações ideais objetivando sua vinculação a futuras unidades imobiliárias. Obviamente, a incorporação compreende a construção, mas não é necessário que a atividade da construção seja exercida pelo próprio incorporador, pois este pode atribuir a outrem a construção.

Em princípio, o processo de construção de edifício destinado à instalação de *shopping center* não se caracteriza como incorporação imobiliária, porque, em regra, o empreendedor do *shopping* não constrói com intenção de vender as unidades; antes, esse empreendedor quer conservar a totalidade da propriedade para si, para explorar o negócio mediante locação de lojas e de outros espaços do edifício. Se, entretanto, o empreendedor

necessitar captar recursos para executar a construção e, para esse fim, efetivar a venda de uma ou mais unidades, mediante a oferta pública no curso da construção, nesse caso estará caracterizada a incorporação, devendo o empreendimento do *shopping* ter memorial de incorporação, e ser o referido memorial objeto de arquivamento no Ofício de Registro de Imóveis.

Qualquer que seja a roupagem de que se revista, a incorporação tem como elemento central a figura de um incorporador, que é o formulador da idéia da edificação, o planejador do negócio, o responsável pela mobilização dos recursos necessários à produção e comercialização de unidades imobiliárias integrantes de edificações coletivas, bem como pela sua regularização no Ofício de Registro de Imóveis após sua conclusão.

Poderá o incorporador exercer uma ou 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 um conjunto dessas unidades, em edificação coletiva.

A atividade da incorporação tem natureza empresarial, pois a finalidade de lucro é da sua essência, pouco importando seja o incorporador pessoa física ou jurídica. A finalidade lucrativa é, obviamente, a contrapartida dos riscos que o incorporador assume em razão de sua iniciativa e das ações que empreende até a consecução do negócio, com a averbação da edificação no Ofício de Registro de Imóveis. Sem essa caracterização, em que ressalta a índole empresarial da atividade de incorporar, um empreendimento imobiliário não poderá ser qualificado como incorporação, pois, repita-se, o traço característico da incorporação é a mercancia.

Aquele que constrói ou promove a construção na qualidade de incorporador é empresa ou empresário, pois a incorporação de edifício é uma atividade mercantil por natureza e o incorporador constitui uma empresa comercial imobiliária; resulta claro, assim, que aquele que constrói para uso próprio, assim como um grupo de pessoas que constrói para uso próprio, não tendo finalidade empresarial, não é incorporador, não se

caracterizando como incorporação, portanto, a construção de edifícios que não se realize com essa finalidade empresarial.

Em decorrência da configuração dessa atividade empresarial de produzir e vender unidades imobiliárias em edificações coletivas, a incorporação imobiliária tem também a função de constituir novos direitos de propriedade originados do fracionamento do terreno e da construção de diversas unidades imobiliárias que comporão a futura edificação. E, nesse sentido, a lei prevê a formação de um dossiê, a que denominou “memorial de incorporação”, contendo os elementos necessários para a identificação dessas novas propriedades, cuja produção resultará da realização da incorporação imobiliária.

Com efeito, o documento no qual se fundam todos os atos empresariais e civis da incorporação é o memorial de incorporação, que, por força do art. 32 da Lei nº 4.591/64, é composto por documentos que cumprem função de organização do negócio, além de outros documentos que, além de exercer essa função, cumprem também a finalidade de definir e identificar a futura propriedade que será constituída sob o regime especial da Lei nº 4.591/64, descrevendo e delimitando o conjunto da edificação e também descrevendo e caracterizando cada uma das frações ideais e das futuras unidades imobiliárias autônomas que a ela haverão de se vincular. É o caso, por exemplo, do “quadro de áreas”, que converte a expressão gráfica das plantas do projeto em expressão numérica das diversas áreas que compõem a edificação, discriminando cada uma delas, destacando aquelas de uso comum e aquelas de uso exclusivo de cada futuro co-proprietário e, assim, fixando a caracterização a ser enunciada na matrícula que cada unidade terá no Ofício de Registro de Imóveis.

1.2 Incorporador: caracterização

Dada a caracterização da atividade empresarial de incorporação imobiliária, resulta claro que o incorporador será o titular desse negócio, que toma a iniciativa de mobilizar os fatores de produção necessários para realização da construção e para oferta das unidades imobiliárias no mercado.

Ao exercer a atividade da incorporação imobiliária, alguém agrupa pessoas, utiliza fatores de produção, com o objetivo de produzir um bem, comercializá-lo e obter lucro, assumindo os riscos correspondentes. Dessa atividade não se pode dissociar a figura do empresário (incorporador): aquele que lidera o negócio, promovendo, por si ou por terceiros, o planejamento do negócio, o estudo arquitetônico e as providências para aprovação do projeto de construção, as minutas dos atos necessários à organização do empreendimento (recibo de sinal e reserva, escritura para comercialização, convenção de condomínio etc), a captação de recursos necessários para executar a obra, adotando, enfim, todas as medidas necessárias à organização, execução e controle de sua atividade empresarial.

De forma unânime, a doutrina qualifica como sendo empresarial a atividade do incorporador, consubstanciando sua atuação profissional de tal complexidade que ensejou a tipificação, pela lei, do negócio jurídico denominado incorporação imobiliária, contemplando, de um lado, a figura do incorporador, a pessoa que empreende, e, de outro lado, a figura do adquirente, deixando clara a caracterização do incorporador como empresário ou sociedade empresarial.

Trata-se de atividade finalística: visa o incorporador realizar a incorporação, donde seu propósito é vender e apropriar-se do correspondente resultado econômico e financeiro. Traço marcante da incorporação imobiliária é a realização das ações necessárias para produção de edificações coletivas, sua venda e entrega aos futuros adquirentes. É o que se extrai do art. 29 da Lei nº 4.591/64, pelo qual o incorporador entre outras ações consideradas cumulativamente, coordena e leva a termo a incorporação, responsabilizando-se pela entrega da obra concluída.

A definição constante do art. 29 da Lei nº 4.591/64 torna difícil a conceituação da figura do incorporador. Mas não apenas a definição legal dificulta o desenho dessa figura. É, também, porque as situações em que se apresenta e atua o incorporador são variadas, uma vez que o incorporador ora é dono do terreno, ora não o é. Estipula os contratos de promessa de venda. Ele próprio constrói o edifício, ou contrata sua construção. Financia, ou

obtem financiamento da obra, promove atos em nome dos promitentes compradores. Dirige e administra o empreendimento. Responsabiliza-se por seu êxito. Não é, portanto, um simples intermediário, nem um simples administrador.

O incorporador é, em suma, pessoa natural ou jurídica, que mobiliza e coordena meios de produção capazes de viabilizar a construção de edifícios formados por unidades imobiliárias autônomas e, bem assim, a constituição da propriedade condominial especial, que o Código Civil denomina condomínio edilício.

Somente podem operar como incorporador o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário, admitindo a lei, ainda, que o construtor ou o corretor de imóveis exerça essa atividade.

No primeiro caso, o promitente ou o cessionário deverá estar imitado na posse do terreno, devendo constar do seu título aquisitivo a expressa autorização para demolir o prédio que eventualmente exista no local e, ainda, autorização para dividir o terreno e alienar as respectivas frações ideais. A promessa, obviamente, deverá ser irrevogável e deverá estar registrada no Ofício de Registro de Imóveis competente.

Caso o responsável pela incorporação seja o construtor ou o corretor, este deverá ser investido, pelo proprietário do terreno ou pelo titular dos respectivos direitos de aquisição, de mandato com poderes especiais para implementar o negócio da incorporação, notadamente, poderes para outorgar em favor dos adquirentes os contratos relativos à incorporação, inclusive escritura definitiva das respectivas frações ideais do terreno.

Como requisito para prática dessa atividade, a lei exige que, antes de fazer oferta pública das unidades que pretenda vender durante a construção, o incorporador promova o arquivamento no Ofício de Registro de Imóveis da situação do terreno do memorial de incorporação. A exigência legal está expressa no art. 32 da Lei nº 4.591/64, e seu propósito basilar é a identificação do objeto do negócio a ser ofertado no mercado, bem como a identificação do titular do negócio e responsável pelo empreendimento. Essa identificação tem que ser dada à publicidade, tanto no Ofício de Registro de Imóveis como nos anúncios da incorporação. A lei atribui toda a responsabilidade da atividade empresarial ao

incorporador e lhe impõe sanções para a hipótese de descumprimento do comando legal. Havendo mais de um incorporador para o mesmo empreendimento, todos eles são solidários nas responsabilidades da incorporação.

Dada a multiplicidade de atos que deverá praticar para exercer a incorporação, o incorporador poderá firmar contrato de prestação de serviços, ora figurando como prestador de serviço, ora como tomador; poderá firmar contrato de permuta ou promessa de permuta, relativamente ao terreno no qual irá erigir o edifício; poderá celebrar contrato de compra e venda ou de promessa de compra e venda, figurando ora como comprador, ou promissário comprador, ora como vendedor, ou promitente vendedor; poderá ceder créditos de que tenha se tornado titular ao alienar as unidades; poderá alienar fiduciariamente o terreno e as acessões a um financiador, como garantia de financiamento que eventualmente tomar para construir o edifício, e, nesse caso, será o devedor fiduciante; de outra parte, poderá vender as unidades com pacto adjeto de alienação fiduciária, e aí será o credor fiduciário, em suma, pode praticar, uma infinidade de atos e contratos passíveis de utilização para consecução do seu negócio.

Pode, ainda, o incorporador ceder sua posição contratual, transmitindo ao cessionário os direitos e as obrigações vinculadas à incorporação. Tendo em vista a diversidade de formas de que pode se revestir o negócio da incorporação, a forma jurídica pela qual se promoverá essa cessão deverá ajustar-se aos termos em que tiver sido estruturada a incorporação. A cessão pode, eventualmente, ser parcial, continuando o cedente como co-incorporador.

No que tange às suas relações com os adquirentes, o incorporador, ao vincular-se a cada um deles, celebra um contrato nominado contrato de incorporação, que foi tipificado pela Lei nº 4.591/64, na qual se encontra estatuído o delineamento da relação jurídica objetivada, com os direitos e obrigações de cada uma das partes.

Trata-se de contrato bilateral; as prestações dos contratantes são correspectivas; pressupõe o contrato de incorporação vantagens para ambos os contratantes; o incorporador receberá o preço ajustado e o adquirente a unidade imobiliária autônoma

desejada; caracteriza-o, também, a sucessividade da execução, porque as prestações e contraprestações não se executam num só momento, mas se atendem, de uma parte, pelo gradual desenvolvimento da obra, até sua conclusão, averbação no Ofício de Registro de Imóveis e entrega aos adquirentes e, de outra parte, pelos pagamentos efetivados pelos adquirentes.

1.3 A dinâmica da incorporação

Dada a configuração da incorporação imobiliária, bem como à vista do delineamento da figura do seu protagonista, é possível vislumbrar quão complexa é a estrutura e a dinâmica dessa atividade, na medida em que requer a articulação, simultânea ou não, de uma série de variados fatores de produção. Trata-se de um processo de produção, é claro, mas tem estrutura e dinâmica distintas do processo de produção industrial em escala. Na incorporação, não se pode falar em produção em escala, pois cada edifício encerra uma produção peculiar, quase artesanal.

O incorporador atua como elemento catalisador nesse processo, que se incumbe de mobilizar os recursos necessários à consecução do negócio, desde sua gênese até a conclusão do edifício e entrega das unidades imobiliárias autônomas aos adquirentes. A atividade de incorporação não obedece a um padrão, não se ajusta a uma única modelagem de procedimentos, mas é possível identificar alguns aspectos básicos de sua estruturação e do seu desenvolvimento.

Na gênese do negócio, está a identificação de um terreno potencialmente apropriado para uma incorporação, em vista do qual o incorporador promove a formulação de estudo arquitetônico e realiza uma análise preliminar de viabilidade econômica e financeira do negócio

Decidindo-se pela realização da incorporação, o incorporador adquire o terreno por uma das formas legalmente admitidas, seja a compra e venda, com pagamento integral do preço, seja a aquisição dos direitos sobre o terreno, mediante promessa de compra e

venda (ou promessa de cessão), com pagamento de uma só vez ou parcelado, seja mediante permuta, e neste caso o incorporador receberá o terreno e se obrigará a construir e entregar aos permutantes (antigos proprietários da totalidade do terreno) unidades imobiliárias a serem construídas naquele mesmo terreno, podendo, obviamente, realizar permuta por outros imóveis, não integrantes daquela incorporação.

Promove o incorporador a elaboração do projeto definitivo, processando sua apreciação e aprovação pelos órgãos competentes (administração municipal, serviços de água e esgoto, órgãos de proteção ao meio-ambiente etc).

O incorporador, uma vez aprovado o projeto, promove a elaboração das peças de natureza jurídica, técnica, econômica e financeira relativas à implementação do negócio, relacionadas no art. 32 da Lei nº 4.591/64, entre elas a certidão de matrícula do imóvel, a vintenária e a de ônus reais, os quadros de área das futuras unidades imobiliárias autônomas, o orçamento, o quadro contendo os coeficientes de construção, que discriminará o custo unitário imputável às diversas unidades, declarações de idoneidade financeira passadas pelas instituições financeiras etc. Reunidas, essas peças compõem o memorial de incorporação, o qual é levado ao Ofício de Registro de Imóveis para que o Oficial promova o registro da incorporação (Lei nº 6.015/43, art. 167, I, 17).

O registro, com o arquivamento do memorial, constitui ato básico do negócio de incorporação imobiliária, é ato preliminar, requisito legal, indispensável para exercício da atividade de incorporador. Sem o arquivamento do memorial, o incorporador não estará legitimado a promover a oferta pública para comercialização das unidades. O registro da incorporação seria comparável ao registro do contrato social de uma sociedade empresarial na Junta Comercial ou outro órgão ao qual a ordem jurídica atribua competência em razão de alguma atividade empresarial específica. É o registro da incorporação que legitima o incorporador a empreender sua atividade empresarial de oferta pública das frações ideais do terreno e acessões que corresponderão às futuras unidades imobiliárias.

Segue-se à comercialização, com a aceitação de reserva para aquisição das unidades, cadastramento dos candidatos à aquisição, com análise das suas condições

econômico-financeiras e subsequente assinatura dos contratos correspondentes com os candidatos cujos cadastros forem aceitos pelo incorporador ou por entidade financiadora que tenha financiado o empreendimento.

O negócio com os adquirentes pode ser formalizado mediante contrato de promessa de compra e venda da unidade imobiliária ou contrato de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária, firmado entre o incorporador e cada adquirente; por essas modalidades de contrato, o incorporador se responsabiliza pela construção e entrega da unidade a preço certo, com prazo determinado para conclusão da obra, averbação da construção, individualização das unidades no Ofício de Registro de Imóveis e sua entrega aos adquirentes. Pode o negócio entre o incorporador e os adquirentes, entretanto, ser formalizado mediante contrato de promessa de compra e venda de fração ideal do terreno vinculada à contratação da construção da unidade, pelo regime da empreitada ou da administração, este último denominado “a preço de custo”. A realização da obra há de ser feita de acordo com o projeto, as especificações e o prazo pactuado nos respectivos contratos.

Os adquirentes são representados por uma Comissão de Representantes, composta por pelo menos três adquirentes, eleita em assembléia geral que reúna os contratantes ou nomeada no contrato de construção pelo próprio incorporador. A Comissão tem a incumbência de acompanhar a obra, representando os interesses dos adquirentes.

As principais obrigações das partes envolvidas no negócio são exigíveis durante o período da construção, vale dizer, a obrigação do incorporador de construir ou fazer construir e a obrigação dos adquirentes de pagar o preço, em geral em parcelas que se vencem durante a obra e, em certos casos, seguem vencendo-se após a conclusão e entrega da edificação.

Também é obrigação do incorporador informar aos adquirentes, periodicamente, sobre o andamento da obra, salvo se a construção tiver sido contratada por administração, hipótese em que são realizadas reuniões periódicas para exame do andamento da obra e revisão do seu custo.

Uma vez concluída e averbada a construção no Ofício de Registro de Imóveis, com a conseqüente individualização das unidades autônomas, deverá ser instituído o condomínio especial, cujas características encontravam-se estabelecidas no arts. 1º ao 4º da Lei nº 4.591/64, estando agora contempladas nos arts. 1.331 a 1.358 do Código Civil.

O objetivo final da incorporação é, como se viu, além da entrega das unidades aos adquirentes, a constituição de propriedade sobre unidades imobiliárias integrantes de conjuntos de imóveis, em geral edifícios, bem como a instituição do regime especial dessa co-propriedade. A conjugação dessas duas espécies de propriedade e a definição dos poderes atribuídos aos condôminos, com as limitações próprias dessa espécie de co-propriedade, são estabelecidas pelo instrumento de instituição de condomínio.

1.4 O Memorial de Incorporação

Como visto anteriormente, o ato jurídico básico do negócio da incorporação imobiliária é o arquivamento do Memorial de Incorporação no Ofício de Registro de Imóveis de situação do terreno, com o respectivo registro na matrícula do terreno para o qual estiver projetada a edificação objeto da incorporação.

O memorial 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 as especificações dos materiais, entre outros.

Além disso, o memorial identifica o responsável pelo negócio, que é o incorporador, e possibilita que o Oficial de Registro de Imóveis divulgue seu nome em todas as informações que vier a emitir a respeito da incorporação e a respeito da titularidade do terreno, pois, uma vez arquivado, o memorial torna-se acessível a qualquer pessoa, notadamente àquelas que tenham interesse em adquirir unidades na futura edificação; os

documentos que o integram possibilitam a análise do negócio a ser feito, em todos os seus pormenores.

Há, no memorial de incorporação, documentos de natureza jurídica, técnica, financeira e empresarial, que se destinam a dar à pessoa interessada na aquisição condições de conhecer com exatidão o objeto que pretende comprar, bem como avaliar o risco da aquisição.

O art. 32 da Lei nº 4.591/64 estabelece a obrigatoriedade de registro da incorporação, antes do lançamento do empreendimento à venda, mediante arquivamento dos documentos e demais peças que compõem o memorial de incorporação, a seguir enumeradas:

a) Título de propriedade do terreno, ou de promessa, irrevogável e irretratável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta, do qual conste cláusula de imissão de posse do imóvel, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado

Como se vê, estão legitimados a promover a incorporação tanto o proprietário do terreno como, também, o titular de direitos aquisitivos sobre ele. Essencial é que o incorporador tenha a livre disponibilidade sobre o imóvel, ou sobre os direitos a ele relativos, pois, do contrário, não poderia praticar um dos atos essenciais do negócio, que é transmitir a propriedade do imóvel ou dos direitos reais de aquisição sobre o imóvel. Qualquer que seja o título, de domínio pleno ou de direito real de aquisição, é igualmente essencial que esteja registrado no Ofício de Registro de Imóveis. As cláusulas de irretratabilidade e irrevogabilidade visam evitar que o eventual desfazimento entre o titular do domínio e o incorporador frustre o empreendimento, sendo do máximo interesse dos adquirentes, pois, com tais cláusulas, aquele que adquirir unidades imobiliárias do incorporador terá assegurado o direito à obtenção compulsória do objeto contratado.

No caso de permuta do terreno por unidades a serem construídas no local, o proprietário do terreno aliena um determinado quinhão ao incorporador e reserva para si o quinhão ao qual serão vinculadas as futuras unidades autônomas que a ele, proprietário do terreno, pertencerão. Trata-se de modalidade introduzida pelo art. 39 da Lei nº 4.591/64 que não era facilmente aceita antes da Lei das Incorporações, só vindo a ser consagrada sua aceitação com o advento dessa lei; a partir daí, passou a constituir importante fator para a ativação de inúmeras incorporações imobiliárias. Há, também, a promessa de permuta. Os tribunais reconhecem a afinidade entre a promessa de compra e venda e a promessa de permuta. A possibilidade jurídica de permuta de coisa existente (terreno), por coisa futura (unidades imobiliárias autônomas por construir e, portanto, ainda não existentes) foi consolidada em face da faculdade contida no art. 39 da Lei nº 4.591/64, vindo a ser admitida expressamente pelo Código Civil de 2002.

É indispensável a assinatura de ambos os cônjuges, caso o incorporador seja pessoa natural, salvo se o regime de casamento for o da separação de bens, e essa assinatura dever ser exigida não só nos contratos de comercialização, mas, também, no requerimento de registro da incorporação, na medida em que tal ato há de refletir-se nos contratos de alienação das futuras unidades imobiliárias autônomas.

b) Certidões negativas de impostos federais, estaduais e municipais, de protesto de títulos, de ações cíveis e criminais e de ônus reais, relativamente ao imóvel, aos alienantes do terreno e ao incorporador

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. A expressão certidões negativas é imprópria, pois o mesmo art. 32 da Lei nº 4.591/64, no seu § 5º, esclarece que a eventual existência de ônus fiscais ou reais, a não ser, obviamente, aqueles que impeçam alienação, não impede o registro. É necessário que o Oficial ressalve

esse fato, para que o pretendente tenha pleno conhecimento e possa avaliar os riscos a que poderá ficar sujeito, se vier a comprar unidades no empreendimento.

Devem ser apresentadas certidões expedidas pelos Cartórios de Protestos e de Distribuição de Ações Cíveis e Criminais, em nome do incorporador, do alienante do terreno, se for pessoa distinta do incorporador, visando demonstrar a situação jurídico-patrimonial dessas pessoas, para avaliação do risco de aquisição de unidade imobiliária. Para o pretendente à aquisição, é indispensável a leitura dessas certidões e o exame dos processos relativos a ações eventualmente distribuídas em face do incorporador ou do alienante do terreno.

c) Histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 anos, acompanhado de certidão dos respectivos registros

O histórico dos títulos de propriedade do imóvel deve ser apresentado em duas vias autenticadas pelo incorporador, com firma reconhecida. Para simplificação, esse histórico deve integrar o próprio requerimento de arquivamento do memorial, não havendo necessidade de ser apresentado em papel apartado.

A elaboração desse documento se baseia nas certidões expedidas pelo Oficial do Registro de Imóveis sobre a propriedade, discorrendo sobre a filiação dominial do imóvel nos vinte anos anteriores, com a indicação dos nomes dos vendedores e compradores, título e data da transmissão, bem como os respectivos registros. O prazo de 20 anos se justificava porque era o prazo de prescrição de ações judiciais que visem atingir transmissões de propriedade do terreno. O Código Civil de 2002, entretanto, reduziu o prazo prescricional máximo para 10 anos (art. 205, Código Civil), de modo que é esse o novo prazo que deverá prevalecer.

d) Projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes

A descrição da edificação constante do projeto há de se refletir nos quadros de áreas elaborados segundo normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, por determinação de Lei das Incorporações.

e) Cálculo das áreas da edificação, discriminando, além da global, as das partes comuns, e indicando, para cada tipo de unidade, a respectiva metragem da área construída

Por força do art. 53 da Lei nº 4.591/64, o Poder Executivo, pelo extinto Banco Nacional da Habitação, atribui à Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) a incumbência da edificação de normas visando estabelecer critérios de cálculo dos custos unitários da obra, para execução de orçamento da construção, para avaliação do custo global da obra, assim como modelo de memorial descritivo dos acabamentos, critérios para entrosamento entre o cronograma das obras e o pagamento das prestações.

As áreas são identificadas no projeto de construção e reproduzidas nos quadros, onde são enunciadas discriminadamente. Nesses quadros são indicadas a área privativa de cada unidade autônoma e a participação proporcional de cada uma delas nas partes e coisas de uso comum. A soma das áreas privativas, abrangendo as áreas comuns e o total das áreas das unidades, coincidirá, obviamente, com a área total da edificação.

Importa notar que poderá haver áreas comuns de divisão proporcional e áreas comuns de divisão não proporcional. As primeiras são as áreas e dependências de uso comum de todos os ocupantes do prédio, que são divididas entre todas as unidades autônomas; e as segundas são aquelas que, por sua natureza ou localização, são distribuídas apenas entre algumas unidades do prédio, sendo exemplo mais comum destas a área de circulação e manobra dos pavimentos em que estão localizados os espaços destinados a estacionamento.

O cálculo das áreas é de especial importância, não só porque é fator que define a constituição da propriedade imobiliária sob esse regime especial, como, também, porque é sobre essa distribuição de áreas que se calcula a responsabilidade de cada adquirente no

custo da construção, quando a incorporação é contratada mediante contratação, por empreitada ou por administração, e não mediante a venda da unidade como coisa futura, a “preço fechado”. De acordo com esse princípio, os votos dos adquirentes contratantes da construção é proporcional às suas respectivas frações ideais de terreno.

f) Certidão negativa de débito com a Previdência Social, quando o titular do direito sobre o terreno for o responsável pela arrecadação das respectivas contribuições

O registro do memorial de incorporação depende da apresentação da Certidão Negativa de débito perante o Instituto Nacional do Seguro Social – CNL do INSS, além das certidões negativas de débito fiscal perante a União, o Estado e o Município. Se o terreno pertencer a pessoa jurídica distinta do incorporador, aquela pessoa também deverá apresentar a CNL do INSS.

g) Memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modelo a que se refere o inciso IV, art. 53 da Lei nº 4.591/64

O memorial descritivo das especificações, formulado de acordo com o modelo estabelecido pela ABNT, deve ser apresentado em duas vias, com as assinaturas do construtor e do incorporador. É peça de especial importância, pois contém os elementos necessários para que o pretendente à aquisição conheça o grau de qualidade da construção projetada.

h) Avaliação (orçamento) do custo global da obra, atualizada à data do arquivamento, de acordo com a norma do inciso III do art. 53 da Lei nº 4.591/64, com base nos custos unitários referidos no art. 54 da Lei nº 4.591/64, discriminando-se, também, o custo de construção de cada unidade, devidamente autenticada pelo profissional responsável pela obra

O orçamento é formulado com base no projeto de construção e à vista dos quadros de áreas e do memorial descritivo, com suas especificações. Trata-se de peça essencial nos negócios de incorporação, sobretudo naqueles em que, ao invés de se contratar a venda das unidades como coisa futura, se contrate a construção, seja por empreitada ou por administração, pois, enquanto no primeiro caso (venda da unidade como coisa futura) a responsabilidade pelo custeio da construção é exclusiva do incorporador, no segundo caso essa responsabilidade é dos adquirentes.

Os valores do orçamento devem exprimir o custo da construção na data do arquivamento do memorial, de modo a possibilitar a aferição por parte dos pretendentes à aquisição, podendo ser atualizado periodicamente de acordo com o que vier a ser pactuado com os adquirentes.

i) Discriminação das frações ideais de terreno, com as unidades autônomas que a elas corresponderão

A discriminação das frações ideais e sua vinculação às futuras unidades imobiliárias autônomas é elemento indispensável não só para a constituição da propriedade imobiliária pelo regime especial da Lei nº 4.591/64, da qual decorrerá a especificação do imóvel a ser comercializado, como, também, é fator que influirá em todos os direitos e obrigações dos adquirentes.

A fração ideal delimita a propriedade de cada condômino no terreno e nas partes comuns da edificação. Além disso, é com base na fração ideal que se calcula a participação proporcional de cada adquirente na vida condominial, se outra proporção não for fixada na convenção de condomínio.

j) Minuta da futura Convenção de Condomínio que regerá a edificação ou o conjunto de edificações

É obrigação do incorporador instruir o requerimento de registro da incorporação com a minuta da futura Convenção de Condomínio, que haverá de disciplinar a utilização da edificação, depois de concluída. Trata-se tão somente da minuta, mas deve entre outras estipulações, dispor sobre as questões previstas no art. 1.332 e 1.334 do Código Civil.

Uma vez concluída e averbada a construção e individualizadas as unidades, os condôminos instalarão o condomínio de utilização da edificação e aprovarão a convenção de condomínio, podendo, se quiserem, adotar a minuta constante do memorial, aprovando-a mediante assinatura de condôminos que representem dois terços das frações ideais.

k) Declaração em que se defina a parcela do preço de que trata o inciso II do art. 39 da Lei nº 4.591/64

Esse documento é necessário nas hipóteses em que o incorporador tiver adquirido o terreno objeto da incorporação mediante contrato de permuta ou promessa de permuta, pelo qual recebe determinado quinhão do terreno e, em troca, se obriga a construir e entregar ao permutante determinadas unidades a serem construídas no mesmo terreno.

O incorporador, entretanto, poderá não sub-rogar essa obrigação, ficando responsável ele mesmo pelo custo da construção das unidades dos permutantes. O documento é assinado pelo incorporador e pelo construtor. A declaração visa cientificar os adquirentes de que suportarão o encargo de construir as unidades destinadas ao antigo dono do terreno.

De acordo com o art. 39 da Lei nº 4.591/64, a declaração discriminará a parcela que eventualmente tiver sido paga em dinheiro ao proprietário do terreno, bem como indicará as unidades que serão entregues a este, em pagamento do valor da permuta; prevê ainda o art. 39 do mesmo diploma legal que deverá ficar claro se o proprietário ficou ou não sujeito a alguma prestação ou encargo; deve, finalmente, ficar consignada a quota-parte das

unidades a serem entregues em pagamento do terreno que corresponderá a cada uma das unidades permutadas, a qual deverá ser expressa em metros quadrados.

l) Certidão do instrumento público de mandato, referido no § 1º do art. 31 da Lei nº 4.591/64

Nos casos de incorporação autorizada pelo titular do terreno (proprietário, promitente comprador, promitente cessionário de direitos aquisitivos etc), este poderá atribuir o encargo da incorporação a um construtor ou a um corretor.

Nesse caso, o proprietário do terreno outorgará mandato, por instrumento público, ao construtor ou ao corretor, a quem atribuirá a função do incorporador, conferindo-lhe os poderes necessários à implementação da incorporação, notadamente com poderes para outorgar em favor dos adquirentes os contratos correspondentes à transmissão das frações ideais das respectivas unidades imobiliárias, identificando no mandato, expressamente, a incorporação imobiliária.

m) Declaração em que se fixe, se houver, o prazo de carência

A lei faculta ao incorporador desistir da realização do empreendimento, se verificar que não há condições de mercado para absorver as unidades e sustentar o custo da construção. O prazo de carência é o período, improrrogável, dentro do qual o incorporador pode exercer essa faculdade, denunciando o fato mediante comunicação ao Oficial do Registro de Imóveis e aos subscritores de quotas da incorporação.

No momento do lançamento, a incorporação, em regra, contempla apenas o projeto de construção, a programação financeira e o planejamento de sua execução. Pode ser que o incorporador não consiga adesões em número suficiente, que possibilite captar o volume de recursos financeiros necessários para cumprir a programação da construção e concluir a obra em prazo compatível com o porte do empreendimento, e, se realmente se verificar tal insuficiência, o negócio estará fadado ao fracasso, causando prejuízos não

apenas ao incorporador mas, também, aos adquirentes e outros credores vinculados ao negócio.

Para resguardar o incorporador e os adquirentes desse risco de insucesso, a lei criou o prazo de carência, que permite ao incorporador realizar uma avaliação prévia das condições de viabilidade econômica e financeira do negócio.

Da declaração de carência, constarão as condições fixadas pelo incorporador em que o mesmo poderá exercer a faculdade de desistir do negócio; em geral, a condição básica é a obtenção de determinado limite mínimo de venda de unidades. O prazo máximo de carência é de 180 dias, desde que não ultrapasse o termo de final de validade do registro da incorporação, ou, se for o caso, de sua revalidação.

Se o incorporador exercer a faculdade e denunciar a incorporação deverá restituir aos adquirentes as importâncias por estes pagas, no prazo de 30 dias da denúncia sob pena de se sujeitar à cobrança mediante execução, devendo, então, fazer a restituição com reajuste monetário de 6% ao ano.

n) Atestado de idoneidade financeira, fornecido por estabelecimento de crédito que opere no país há mais de cinco anos

O atestado deve ser anexado em duas vias, com firma dos subscritores devidamente reconhecidas. Trata-se de documento em que o estabelecimento de crédito informa o conceito do incorporador, em razão de sua atividade econômica e das suas relações empresariais com o estabelecimento, fazendo menção ao empreendimento planejado.

A doutrina entende que esse atestado é totalmente destituído de valor, pois não passa de documento meramente gracioso, que não obriga nem vincula o banco declarante, visto que não é equiparável a uma constituição de fiança, nem de aval, mas apenas informação quanto ao conceito que dele se faz.

o) Declaração, acompanhada de plantas elucidativas, sobre o número de veículos que a garagem comporta e os locais destinados à guarda dos mesmos

As vagas podem ser representadas por locais numerados e vinculados a unidades, com fração ideal própria, ou podem ser apenas espaços destinados a estacionamento como acessórios das unidades, mas em qualquer hipótese a declaração é exigida para que fique claramente definida a quantidade de vagas de garagem e os espaços a elas destinados.

Além da documentação enumerada no art. 32 da Lei nº 4.591/64, anteriormente citada, importa atentar para casos em que se possa considerar útil ou conveniente a padronização do contrato, com a enunciação das cláusulas comuns a todos os adquirentes, devendo, nesse caso, os contratos específicos de cada adquirente conter apenas as cláusulas, termos ou condições específicas ou variáveis caso a caso.

Como se sabe, a incorporação imobiliária é contrato complexo, integrado por atos e contratos diversos, articulados entre si, entre os quais se destaca o contrato de alienação de unidades, que pode ser representado pelo contrato de compra e venda, com ou sem pacto adjeto de alienação fiduciária, promessa de venda, além de outros.

Optando o incorporador por formalizar os contratos em termos padronizados, deverá arquivar no Ofício de Registro de Imóveis a minuta do contrato-padrão.

1.5 Natureza jurídica do contrato de incorporação imobiliária

A incorporação imobiliária é negócio jurídico bilateral, típico, consensual, oneroso, comutativo, solene e de execução continuada.

Bilateral porque encerra uma série de obrigações correspectivas para as partes figurantes do contrato. É o caso do contrato de construção entre o incorporador e o construtor, em que há, de um lado, a obrigação de aportar recursos necessários para a obra (obrigação do incorporador e/ou dos adquirentes) e, de outro lado, a correspondente

obrigação de realizar a obra (obrigação do construtor). Na contratação com o adquirente (contrato de compra e venda, promessa de compra e venda ou outra forma jurídica aplicável ao caso) há, de um lado, a obrigação do incorporador de construir ou fazer construir a edificação e entregar a unidade aos adquirentes e, de outra parte, há a obrigação do adquirente de pagar o preço, nos termos pactuados no respectivo contrato

É negócio típico porque tem configuração própria definida de maneira explícita pela lei, fundamentalmente no parágrafo único do art. 28 da Lei nº 4.591/64, que conferiu tipicidade ao contrato de incorporação, fixando sua estrutura e seus contornos, definindo as condições de sua contratação, enunciando seus efeitos, identificando a figura central (o incorporador) em torno da qual gravitam os atos concernentes ao negócio e tratando das obrigações das partes.

A incorporação consubstancia negócio consensual porque se aperfeiçoa mediante declaração da vontade das partes envolvidas.

É oneroso porque as partes contratantes visam vantagens, impondo-se, em contrapartida, encargos recíprocos.

Comutativo porque as obrigações das partes guardam relativa equivalência: o preço que o adquirente se obriga a pagar ao incorporador guarda relativa equivalência com o valor da unidade imobiliária do contrato.

Solene porque sua validade depende da observância da forma prescrita em lei e do cumprimento de uma série de requisitos, entre eles o registro da incorporação no Ofício de Registro de Imóveis, a celebração do contrato escrito e o registro dos contratos de alienação, também no Ofício de Registro de Imóveis.

É negócio de execução continuada porque as prestações a ele relativas não são adimplidas num só instante, mas escalonadamente, como são o caso das construção, que, obviamente, se faz por etapas, e o pagamento, que, em regra, se faz parceladamente.

1.6 Elementos do contrato de incorporação imobiliária

Os elementos que compõem o contrato de incorporação imobiliária são de natureza obrigacional e real, aqueles representados pelas obrigações de dar e fazer que o negócio encerra e estes representados pela eficácia real, pois esse negócio tem por finalidade a constituição de propriedade imobiliária.

Veja-se o contrato de construção, em que há, de um lado, a obrigação de executar a construção e, de outro lado, a obrigação de pagar pela construção.

A relação jurídica entre o incorporador e o adquirente consubstancia, em regra, contrato pelo qual aquele se obriga a construir ou fazer construir e entregar a unidade ao adquirente, e este, em contrapartida, se obriga a pagar o preço estabelecido para a obtenção da propriedade da unidade imobiliária autônoma que constitui o objeto do contrato.

1.6.1 Objeto do contrato de incorporação imobiliária

O objeto do contrato de incorporação contempla elementos de natureza obrigacional e de natureza real.

O primeiro é o objeto imediato do contrato de incorporação, exprimindo a operação que as partes visam realizar. Trata-se da obrigação de fazer e dar, ou seja, de uma parte, a obrigação do incorporador de construir e edificação e entregar as unidades aos adquirentes, transmitindo-lhes a propriedade e, de outra parte, a obrigação do adquirente de pagar o preço. Na forma de promessa de compra e venda, o elemento de natureza obrigacional consiste no compromisso que as partes assumem de contratar a transferência do domínio, logo que se complete o pagamento do preço, associado à obrigação do incorporador de promover a construção e seu assentamento no Ofício de Registro de Imóveis.

O elemento de natureza real que compõe o contrato de incorporação imobiliária é seu objeto mediato, qual seja, a atribuição, ao adquirente, do imóvel cuja construção o

incorporador se compromete a promover, individualizando a unidade no Ofício de Registro de Imóveis e transmitindo-a ao adquirente.

Nesse negócio, o bem imóvel que constitui seu objeto mediato não é somente a unidade imobiliária que pode ser representada, por exemplo, por um apartamento, mas é, além do apartamento, e em proporção à fração ideal a ele vinculada, o terreno para o qual está projetada a edificação, pois, por elementar, sabe-se que a unidade imobiliária não tem existência isolada ou independente desse conjunto, sendo, antes, elemento dele integrante, cabendo a cada unidade, como parte inseparável uma fração ideal de terreno e coisas comuns.

Considerando que um dos aspectos caracterizadores da incorporação é a atividade de alienação de frações ideais de terreno e unidades imobiliárias em construção, resulta claro que o objeto de natureza real do negócio jurídico da incorporação está relacionado ao terreno e às acessões que a ele vão se acrescentando, para constituir uma edificação submetida ao regime do condomínio especial por unidades autônomas.

1.6.2 Partes do contrato de incorporação imobiliária

A incorporação imobiliária tem como sujeitos, em regra, o incorporador e os adquirentes podendo envolver outras figuras, conforme vier a ser configurado o negócio em cada caso específico, como, por exemplo, o proprietário do terreno (se for pessoa distinta do incorporador ou se o negócio de aquisição do terreno se fizer mediante permuta), o construtor (se o incorporador entender de atribuir a outrem a construção) entre outros.

A identificação dos sujeitos do negócio há de decorrer das características de cada operação, considerada sua estrutura própria, dependendo, assim, das peculiaridades de cada situação.

Independentemente das partes que figurem nos contratos relativos à incorporação, há outras figuras que, embora não integrantes dos contratos, podem vir a

atuar no negócio da incorporação, como é o caso da Comissão de Representantes, que será constituída nas situações previstas na Lei nº 4.591/64.

Ainda, como qualquer negócio jurídico, a incorporação imobiliária pressupõe, além do objeto lícito, agente capaz e forma prescrita ou não defesa em lei.

1.6.3 Forma do contrato de incorporação imobiliária

Consideradas as modalidades de contrato pelos quais pode ser pactuada a incorporação, o negócio será sempre formalizado por escrito, exigindo-se o registro no Ofício de Registro de Imóveis competente, para os atos que digam respeito à organização da incorporação e à transmissão da propriedade imobiliária ou de direitos a ela relativos, bem como para os atos relativos à constituição de direitos reais sobre o imóvel objeto da incorporação.

O arquivamento do memorial de incorporação é o ponto de partida para todos e quaisquer assentamentos relativos à aquisição de direitos reais sobre frações ideais de terreno e acessões.

O contrato, qualquer que seja a forma em que estiver expresso (até mesmo o ajuste preliminar celebrado por instrumento particular, conforme previsto no § 4º do art. 35 da Lei nº 4.591/64), é registrável no Ofício de Registro de Imóveis e seu registro é indispensável, pois na sua falta o direito de aquisição não terá eficácia frente a terceiros.

Uma vez firmado o contrato com o adquirente, ou, até mesmo, um simples documento preliminar que contenha os elementos essenciais do negócio específico (identificação completa do adquirente e da unidade imobiliária, indicação de preço etc), o memorial agrega-se a ele como expressão da manifestação de vontade do incorporador.

Tratando-se de direito real imobiliário, a publicidade é complemento indispensável do contrato, efetivando-se mediante registro no Ofício de Registro de Imóveis da situação física do imóvel. É requisito de segurança do negócio, indispensável no negócio imobiliário que tenha por objeto direito real, pois é pelo assentamento no Ofício de Registro

de Imóveis, e somente através deste, que se constitui ou se transmite a propriedade imobiliária, bem como quaisquer direitos reais a ela relativos.

Outro importante aspecto formal do contrato de incorporação é a averbação da construção, para que possam ser individualizadas e discriminadas as unidades imobiliárias autônomas no Ofício de Registro de Imóveis. Ainda que esteja materialmente concluída a construção, a unidade imobiliária não terá existência legal se sua construção não for averbada e se sua individualização não for assentada no Ofício de Registro de Imóveis, que fará nascer a unidade imobiliária com identidade própria, integrante de um conjunto de unidades autônomas.

2 A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA COMO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

2.1 Termo de afetação

O acervo patrimonial que compõe uma incorporação imobiliária – terreno, acessões, receitas provenientes da vendas, obrigações vinculadas ao negócio, bem como os respectivos encargos fiscais, trabalhistas, previdenciários etc – é suscetível de afetação, pela qual esse conjunto de direitos e obrigações fique segregado, tendo a exclusiva finalidade de conclusão da obra e entrega das unidades aos adquirentes. Para submeter a incorporação ao regime da afetação, o incorporador deverá firmar um termo de afetação, postulando sua averbação na matrícula do imóvel. Disso resulta que o patrimônio de afetação só responde pelas suas próprias dívidas.

A afetação não interfere no conteúdo do direito subjetivo do incorporador, mas condiciona o exercício dos poderes do incorporador, vinculando-o ao cumprimento da função econômica e social da incorporação afetada.

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

Por efeito da afetação, cria-se um regime de vinculação de receitas, pelo qual as quantias pagas pelos adquirentes fiquem afetadas à consecução da incorporação, vedado, nos limites definidos pela lei, o desvio de seus recursos para outras finalidades. O volume dos recursos afetados, entretanto, limita-se ao *quantum* necessário à execução da obra e regularização do edifício no Ofício de Registro de Imóveis, estando excluídas da afetação, portanto, as quantias que excederem a esse limite, das quais o incorporador pode se apropriar sem restrição alguma.

Este novo sistema de direito real de garantia oferece oportunidade ao incorporador para destacar de seu patrimônio, ou de terceiros parceiros, um conjunto de

bens que será reconhecido como patrimônio autônomo. O patrimônio de afetação é constituído pelos recursos obtidos com a comercialização das futuras unidades, pelas benfeitorias a serem agregadas a suas receitas, ou mesmo o próprio imóvel sobre o qual venha a ser edificada a incorporação.

Este patrimônio constituído responderá, quando necessário, por quebras e outras indenizações surgidas por culpa do incorporador, em favor dos referidos promitentes-compradores, ficando imune, aliás, às responsabilidades pessoais daquele, como se verá.

Infelizmente, o estímulo que faz o legislador, na adesão ao sistema de afetação, repete tímida redação contemplada na Medida Provisória nº 2.221/2001, que se revogou. Afinal, em lugar de a lei estabelecer a obrigatoriedade, faculta-a. Deixa ao incorporador sua implementação como mera opção, haja vista a repetida redação normativa. Deita por terra a utilidade da garantia criada, uma vez sabido que tais incorporações, como são realizadas, impõem-se pelo poder econômico das construtoras ajustadas com incorporadores, que, muitas vezes, se confundem, camuflando-se em simples corretores de imóveis, responsáveis, em linha documental, pelo lançamento do empreendimento e sua comercialização.

Em lugar algum - salvo, excepcionalmente, nas edificações por verdadeiro *condomínio fechado* - se conhece do exercício participativo e fiscal dos promitentes compradores nas decisões e administração dos construtores e incorporadores. Figuras que se imiscuem em parcerias, em desdobramento ficto. Fazem crer, muitas vezes, existirem mais de uma pessoa jurídica formal para fins de responsabilidade.

Mesmo nas edificações por condomínios fechados é conhecida a praxe de serem os promitentes compradores avocados por iniciativa de um determinado profissional que omite sua natureza de incorporador. Documentalmente, imputa aos condôminos o perfil de o haverem convidado e contratado, eximindo-se, desta forma, da prática e responsabilidade civil decorrente da incorporação em sua concepção clássica.

De fato, após alguns fenômenos de quebra, impunha-se realizar algo em favor da boa fé de tantas pessoas que canalizam suas economias por anos amalhadas, e as vêem perdidas, não se sabe em favor ou por responsabilidade de quem.

Não era incomum, após anos de pagamento, descobrirem os aderentes promitentes compradores, que além da quebra, o seu patrimônio estava comprometido com agentes financiadores da edificação, caucionando os recursos obtidos para implantação e desenvolvimento do projeto.

Como resposta, até mesmo para garantir a credibilidade do mercado, sobretudo diante da edição do Código de Defesa do Consumidor, a precariedade de segurança dos promitentes compradores exigiu dos incorporadores o cuidado, por parte das abaladas empresas de edificação e comercialização, informar por ampla publicidade que o terreno objeto da incorporação que se oferecia, se encontrava alienado em garantia, ou na forma de caução em garantia a certa instituição financeira.

Neste caso, os promitentes compradores viam-se impedidos de registrar suas promessas de compra. A falta do registro de suas promessas lhes privava da garantia prevista na comentada Lei nº 4.591/64, que no inciso III do artigo 43, permitia aos adquirentes liquidarem suas obrigações com a massa, pondo a salvo os direitos adquiridos pela edificação, desde que registrado o contrato, como forma de encontrar a necessária oponibilidade a terceiros.

De fato, após estes eventos de quebra, surgiu a praxe de se permitir os registros mediante interveniência das referidas instituições financeiras, que faziam, assim, um múltiplo papel, quais sejam, (i) o de conceder os respectivos recursos; (ii) o de cercear a boa fé dos referidos interessados intervenientes na aquisição dos imóveis; e, por fim, (iii) o de garantir, em nome destes, o atrelamento da edificação a ser especificada em seus nomes sem perda de sua garantia. Retorna-se, aqui, a um ponto nodal, as empresas incorporadoras continuariam oferecendo em garantia, e fazendo comprometida como garantia – e perda eventual – o direito alheio, construído a cada metro edificado, imediatamente submetido à forma de garantia da instituição.

Repetiu o legislador, como mencionado, na Lei nº 10.931/04, a fórmula de deixar-se ao alvedrio do incorporador adotar ou não a constituição do patrimônio de afetação. Assim, inicia a Lei nº 10.931/04, em seu artigo 1º, facultando o estímulo à adesão a este "regime especial de tributação aplicável às incorporações imobiliárias, em caráter opcional e irretratável enquanto perdurarem direitos de crédito ou obrigações do incorporador junto aos adquirentes dos imóveis que compõem a incorporação".

Entretanto, é o artigo 31-A acrescido à Lei nº 4.591/64 que inicia a normatização regulamentadora desta figura real de garantia, facultando, a critério do incorporador, a incorporação que poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

Para fins de certeza de sua finalidade de garantia, estes bens constituídos não se comunicarão com o patrimônio geral do incorporador, assim como de outros patrimônios de afetação, só respondendo por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.

Em qualquer caso, como ressalva o parágrafo 2º do citado artigo 31-A da Lei nº 4.591/64, fica o incorporador responsável pelos prejuízos que causar ao patrimônio de afetação, quando então responderá pessoalmente com seus bens. Ressalve-se: a natureza jurídica de garantia real do patrimônio de afetação fica limitada, em sua finalidade, ao comprometimento exclusivo de operação de crédito, cujo produto seja integralmente destinado à consecução da edificação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

Na medida em que cada unidade venha a ser edificada assumirá, incontinenti, a natureza de parte integrante do patrimônio de afetação. Cada unidade corresponderá para o incorporador, quando não quitada, a um crédito a ser percebido pela integralização dos pagamentos por parte do promitente adquirente. A expressão deste crédito poderá constituir-se em título cedível, de forma plena ou para fins de garantia, e não perderá sua

vinculação ou natureza de patrimônio de afetação, a ser utilizado para pagamento ou reembolso das despesas inerentes à incorporação. A idéia é que quaisquer créditos comercializados mantenham sua natureza e finalidade de patrimônio de afetação a garantir a viabilidade do empreendimento.

Na hipótese de serem negociadas em parte algumas unidades, incumbe-se a responsabilidade pelo pagamento das obrigações próprias das unidades não-comercializadas ao incorporador, que por sua vez as repassará ao promitente adquirente das referidas unidades.

O reembolso do preço de aquisição do terreno somente poderá ser feito quando da alienação das unidades autônomas, na proporção das respectivas frações ideais, considerando-se tão-somente os valores efetivamente recebidos pela alienação.

Imagine-se que o incorporador constituiu o empreendimento em natureza de afetação. O investimento na aquisição do terreno não poderá ser reavido do patrimônio de afetação constituído. O incorporador não poderá lançar mão dos valores integralizados indiscriminadamente, mês a mês, pelos diversos adquirentes das unidades. Mas considerado que a cada cota de terreno corresponderá uma unidade, somente poderá reembolsar-se pelo investimento que fez na compra do terreno de cada novo integrante, à medida que aderirem novos adquirentes e o incorporador lhes exigir o valor da cota de terreno, quando será ressarcido do valor que antecipou pelas despesas de tais unidades.

Porém, não se incluem na natureza de garantia por afetação os recursos financeiros que excederem a importância necessária à conclusão da obra, considerando-se aqueles a receber até sua conclusão e os necessários à quitação do financiamento para a construção, se houver.

Assim, é preciso definir-se o momento em que cessa a atividade do incorporador e sua responsabilidade, em que momento podem ser consideradas "sobras de recursos". O inciso I do § 8º do artigo 31-A, da Lei nº 4.591/64 reporta-se ao artigo 44 da mesma lei, que por sua vez considera a concessão do "Habite-se" pela autoridade administrativa o momento em que cessa a responsabilidade do incorporador pelo empreendimento. Resta-lhe apenas

requerer averbação da construção das edificações, para efeito de individualização e discriminação das unidades. Somente se contemplaria superveniente responsabilidade perante tais adquirentes pela demora na constituição da propriedade junto ao Ofício de Registro de Imóveis e é neste momento que a lei considera concluída a atividade do empreendedor. Somente após o registro (averbação das unidades) poderá desconstituir o patrimônio de afetação e lançar mão dos valores restantes; afinal, tais bens constituíram-se em função de garantia.

Também se exclui da natureza de patrimônio de afetação, o valor referente ao preço de alienação da fração ideal de terreno de cada unidade comercializada na incorporação em que a construção seja contratada sob o regime por empreitada ou por administração.

Não é incomum em regiões urbanas de maior disponibilidade de área edificável a realização de empreendimentos de diversos blocos edificáveis, sobre áreas comuns ou intercaladas de áreas de logradouros públicos. Neste último caso, inclusive, com o beneplácito do Poder Público. Apresentam-se tais empreendimentos, como condomínio a dar aos logradouros a aparência de área privativa comum do empreendimento.

Edificam-se diversos blocos residenciais que se constituirão em prédios de existência autônoma. Cada um deles uma situação jurídica particular, com auto-regulamentação (convenção), administração e representação autônoma por um síndico.

Admite então a lei, no § 9º do artigo 31-A da Lei nº 4.591/64, que se possam constituir patrimônios de afetação distintos, desde que devidamente previstos no memorial de incorporação; tantos quantos forem os subconjuntos de casas para as quais esteja prevista a mesma data de conclusão e os edifícios de dois ou mais pavimentos.

Os empreendimentos poderão valer-se de recursos de terceiros, como entidades de financiamento, para sua viabilidade, como, aliás, ocorre de ordinário. A complexidade da matéria surge, então, pela coexistência de sistemas de garantias complexos, a concorrerem os interesses do patrimônio – como entidade distinta, embora despersonalizada – e ademais o interesse do ente financiador pelos seus recursos a incidir sobre o empreendimento.

Nestes casos, onde houver no regime de afetação financiamento, a comercialização das unidades de *per si* deverá contar com a anuência da instituição financiadora ou deverá ser a ela cientificada, na forma como disponha o contrato de financiamento firmado com o incorporador. Afinal, haverá múltiplos sistemas reais de garantia a se inviabilizarem, inclusive no momento da constituição do vínculo registral.

Assim, a cessão ou promessa de cessão, enfim, qualquer tipo de transferência de direitos pelos promitentes adquirentes a terceiros, em nada poderá afetar a base original de cada um dos contratos firmados com o mencionado agente financeiro.

Neste sentido, dispõe o § 12 do artigo 31-A da Lei nº 4.591/64 que a contratação de financiamento e constituição de garantias, inclusive mediante transmissão para o credor fiduciário, sobre as unidades imobiliárias integrantes da incorporação, bem como a cessão, plena ou fiduciária, de direitos creditórios decorrentes da comercialização dessas unidades, não implica a transferência para o credor de nenhuma das obrigações ou responsabilidades do cedente, do incorporador ou do construtor, permanecendo estes como únicos responsáveis pelas obrigações e pelos deveres que lhes são imputáveis.

2.2 Modo de constituição do patrimônio de afetação

Considera-se constituído o patrimônio de afetação mediante averbação, a qualquer tempo, no Ofício de Registro de Imóveis, de termo firmado pelo incorporador, assim como, sendo o caso, pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno. A existência de ônus reais gravando o imóvel não será óbice para a averbação, desde que - complementa a Lei nº 4.591/64 - tenham sido constituídos sobre o imóvel objeto da incorporação com o fim de garantia do pagamento do preço de sua aquisição ou do cumprimento da obrigação de construir o empreendimento. Os direitos reais de garantia, a exemplo, em favor do proprietário originário, onde o incorporador se predispôs a edificar, poderão não ser pagos, mas contratada permuta de pagamento pela entrega das edificações futuras. Esta garantia, refere a mencionada lei, não será óbice para averbação

do patrimônio de afetação, desde que tenha a mesma finalidade protetiva em favor da conclusão do empreendimento.

2.3 Da Comissão de fiscalização

Segundo o artigo 31-C da Lei nº 4.591/64, a Comissão de Representantes constituída pelos promitentes compradores, juntamente com a instituição financiadora da construção, poderá nomear, às suas expensas, pessoa física ou jurídica para fiscalizar e acompanhar o patrimônio de afetação, isto é, sua intangibilidade e administração comprometida ao fim do empreendimento.

Considerada a limitação de esfera fiscal, ressalta a lei que os nomeantes em nada se tornam responsáveis pela qualidade da obra, pelo prazo de entrega do imóvel ou por qualquer outra obrigação pertinente à responsabilidade do incorporador ou do construtor. Igualmente, permanece responsabilidade do incorporador ou construtor na elaboração dos contratos de alienação das unidades imobiliárias, de construção e de quaisquer outros contratos eventualmente vinculados à necessidade de conclusão da incorporação.

A pessoa nomeada - verdadeiro mandatário - deverá agir em prol dos interesses da Comissão de Representantes; aliás, probo e diligente no interesse de todos os envolvidos no empreendimento. Assim, havida negligência ou conluio na falta de fiscalização adequada, obtido e reservado o acesso às informações comerciais, tributárias e de qualquer outra natureza referentes ao patrimônio afetado, responderá pessoalmente pela falta de zelo, dedicação e sigilo destas informações. Tais informações, por óbvio, obtidas nos exercícios do *munus*, destinam-se à segurança e interesse dos mandantes, não se constituindo – desnecessário, porém, normatizado ressaltar – quebra de sigilo quando fornecidas à própria Comissão de Representantes cópia de seu relatório ou parecer. Pelo preciosismo, poderia ter seguido a lei e prever que também não se constituirá quebra de sigilo fornecer ao Poder Público fiscal, ou por ordem judicial, tais informações.

2.4 Da administração do patrimônio de afetação

Ao incorporador se imputam fazeres próprios de sua atividade, colimando-se na edificação contratada. Entretanto, em relação ao patrimônio de afetação, a lei lhe impõe deveres próprios, haja vista que a ele caberá administrar o referido conjunto de bens.

Assim, impõe-lhe a Lei nº 4.591/64, nos incisos do artigo 31-D, promover todos os atos necessários à boa administração e à preservação do patrimônio de afetação, inclusive mediante adoção de medidas judiciais, acaso necessárias (respondendo, pessoalmente, pela negligência ou morosidade, ressaltamos); manter apartados os bens e direitos objeto de cada incorporação; diligenciar a captação dos recursos necessários à incorporação e aplicá-los na forma prevista na referida lei, cuidando de preservar os recursos necessários à conclusão da obra; entregar à Comissão de Representantes, no mínimo a cada três meses, demonstrativo do estado da obra e de sua correspondência com o prazo pactuado ou com os recursos financeiros recebidos no período que integrem o patrimônio de afetação, firmado por profissionais habilitados, ressalvadas eventuais modificações sugeridas pelo incorporador e aprovadas pela Comissão de Representantes; manter e movimentar os recursos financeiros do patrimônio de afetação em conta de depósito aberta especificamente para tal fim; entregar à Comissão de Representantes balancetes coincidentes com o trimestre civil, relativos a cada patrimônio de afetação; assegurar à pessoa nomeada pela Comissão de Representantes livre acesso à obra, bem como aos livros, contratos, movimentação da conta de depósito exclusiva aqui referida, e quaisquer outros documentos relativos ao patrimônio de afetação; e, por fim, manter escrituração contábil completa, ainda que esteja desobrigado pela legislação tributária.

2.5 Dos efeitos da decretação de falência e da assembléia para solução do patrimônio de afetação

Segundo disposição constante do art. 31-F da Lei nº 4.591/64, os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingirão os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação.

Desta forma, como providência complementar, nos sessenta dias que se seguirem à decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador, determina a Lei das Incorporações, para solução de continuidade, que a Comissão de Representantes ou, na sua falta, um sexto dos titulares de frações ideais, ou, ainda por determinação do juiz da falência, sejam convocados, pessoalmente, todos os condôminos adquirentes, como condição de validade para que se instale assembléia geral. Deliberarão por maioria simples de presentes, quando poderá ser novamente ratificado o mandato da Comissão de Representantes, ou nomeada outra. A seguir, por dois terços dos votos dos adquirentes, em primeira convocação, ou pela maioria absoluta desses votos, em segunda convocação, será instituído por instrumento público ou particular o condomínio da construção, que deliberará sobre a continuação da obra ou a liquidação do patrimônio de afetação. Se houver financiamento para construção, a convocação poderá ser feita pela instituição financiadora que deverá, nas primeiras hipóteses, ter sido convocada, pessoalmente, sob pena de invalidade da decisão encontrada na referida assembléia.

Idêntica providência – a de convocação de assembléia – terá lugar se paralisada a obra sem justa causa, como previsto no artigo 43, inciso VI da mesma Lei de Incorporações.

Em qualquer destas duas hipóteses, acima, a Comissão de Representantes ficará investida de mandato irrevogável, sendo válido mesmo depois de concluída a obra, para o fim de firmar com os adquirentes das unidades autônomas o contrato definitivo a que estiverem obrigados o incorporador, o titular do domínio e o titular dos direitos aquisitivos do imóvel objeto da incorporação em decorrência de contratos preliminares. Não se trata de reconhecer personalidade jurídica a esta Comissão, mas de legitimidade representativa pelo conjunto de condôminos.

Os poderes concedidos à Comissão são específicos, observado o fim de resguardar os direitos e interesses dos condôminos, pelo que responderão os seus membros diante da ineficácia dos atos que firmarem, quando em desacordo com o escopo do empreendimento. Neste sentido, dispõe a Lei nº 4.591/64 que o mandato outorgado à Comissão de Representantes confere poderes plenos, para em nome dos condôminos transmitir domínio, direito, posse e ação, manifestar a responsabilidade do alienante pela evicção e imitar os adquirentes na posse das unidades respectivas, caso alguns deles não queiram continuar no empreendimento, custeando-o.

Mais uma vez, a redação dada ao dispositivo da lei constitui-se em técnica tímida. Em estilo confuso, estabelece o parágrafo sexto do mesmo artigo 31-F da Lei nº 4.591/64 que os contratos definitivos serão celebrados mesmo com os adquirentes que tenham obrigações a cumprir perante o incorporador ou a instituição financiadora, desde que comprovadamente adimplentes; situação em que a outorga do contrato fica condicionada à constituição de garantia real sobre o imóvel, para assegurar o pagamento do débito remanescente.

Ao que tudo indica, o legislador quis ressaltar que qualquer adquirente, mesmo aquele que tenha obrigações pendentes para com o incorporador – isto é, o que ainda não integralizou os valores devidos para aquisição das unidades prometidas - não estará impedido de celebrar contratos com a Comissão de Representantes. Para tanto, será necessário, apenas, que tais obrigações pendentes, de natureza de trato sucessivo, estejam sendo adimplidas em seu tempo de pagamento. Ou seja, o adquirente em mora, ou o inadimplente, não poderão firmar contrato com a Comissão de Representantes. De toda sorte, em face das obrigações pendentes e para não colocar em risco o empreendimento, será necessário a este adquirente dar garantia, de alguma forma, de que as obrigações pendentes serão adimplidas, quer pelo pagamento normal, quer através da garantia.

Na hipótese de constituição de Comissão de Representantes, quando do abandono da obra ou de sua paralisação injustificada, ficará a Comissão investida de mandato irrevogável em nome dos adquirentes, e para deliberar, em cumprimento da

decisão da assembléia geral, pela liquidação do patrimônio de afetação, podendo efetivar, através de contrato eficaz para transmissão de direitos reais, a alienação do terreno e das acessões; transmitindo posse, direito, domínio e ação, responsabilizar-se pela evicção, bem como imitar os futuros adquirentes na posse do terreno e das acessões.

A Comissão de Representantes, como mandatária, cumprirá o mandato nos exatos termos e limites estabelecidos pela deliberação da assembléia geral, assim como prestará contas aos adquirentes, entregando-lhes o produto líquido da alienação, no prazo de cinco dias do recebimento do preço ou de cada parcela do preço, sendo consignados judicialmente, os destinados aos adquirentes não localizados.

2.6 Da assunção do empreendimento pelos promitentes compradores

Caso decidam pela continuação da obra, em caso de falência do incorporador ou abandono da obra, os adquirentes, promitentes compradores, ficarão automaticamente subrogados nos direitos, nas obrigações e nos encargos relativos à incorporação; inclusive aqueles relativos ao contrato de financiamento da obra, se houver, perante o agente financeiro com quem fizera o incorporador o respectivo contrato para obtenção dos recursos. Neste caso, cada um responderá, individualmente, pelo saldo porventura existente entre as receitas do empreendimento e o custo da conclusão da incorporação, na proporção dos coeficientes de construção atribuíveis às respectivas unidades, isto é, na proporção da cota de obra (futura fração ideal), salvo se outro critério de rateio não for deliberado em assembléia geral. A modificação do critério de custeio exigirá o *quorum* de dois terços dos votos dos condôminos adquirentes e, para tanto, será observado o seguinte:

I - os saldos dos preços das frações ideais e acessões integrantes da incorporação que não tenham sido pagos ao incorporador até a data da decretação da falência ou da insolvência civil passarão a ser pagos diretamente à Comissão de Representantes, permanecendo o somatório desses recursos submetido ao sistema de

afetação, nos termos do art. 31-A da Lei nº 4.591/64, até o limite necessário à conclusão da incorporação;

II - para cumprimento do seu encargo de administradora da incorporação, a Comissão de Representantes ficará investida, por mandato tácito, decorrente da própria lei, em caráter irrevogável, para, em nome do incorporador ou do condomínio de construção, receber as parcelas do saldo do preço e dar a respectiva quitação; legitimando-se, ainda, a promover as medidas extrajudiciais ou judiciais necessárias a cobrança destes valores, praticando todos os atos relativos ao leilão de que trata o art. 63 da Lei nº 4.591/64 ou os atos relativos à consolidação da propriedade e ao leilão de que tratam os arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, devendo realizar a garantia e aplicar na incorporação todo o produto do recebimento do saldo do preço e do leilão;

III - consideram-se receitas do empreendimento os valores das parcelas a receber, vincendas e vencidas e ainda não pagas, de cada adquirente, correspondentes ao preço de aquisição das respectivas unidades ou do preço de custeio de construção, bem como os recursos disponíveis que tenham sido afetados; e

IV - compreendem-se no custo de conclusão da incorporação todo o custeio da construção do edifício e a averbação da construção das edificações para efeito de individualização e discriminação das unidades, nos termos do artigo 44, da mesma Lei nº 4.591/64, que determina as providências conclusivas para averbação e constituição plena da propriedade autônoma edificável.

Considerando que as providências que justificaram a constituição e interveniência da Comissão de Representantes decorrem da falência ou insolvência do incorporador, os valores restantes, após apurado saldo positivo entre as receitas da incorporação e o custo da conclusão da incorporação, serão entregues à massa falida ou disponibilizadas ao Juízo da declaração de insolvência.

Caso não tenham sido compromissadas pelo incorporador todas as unidades disponíveis no empreendimento até sua decretação de falência ou insolvência, a Comissão de Representantes agilizará a oferta pública de tais unidades a novos aderentes, como

forma de obter recursos que possam concorrer para o fim comum, a edificação edilícia. A Lei nº 4.591/64 determina o prazo de sessenta dias, após a constituição da Comissão, para realização do referido leilão público, onde se alienarão as referidas frações ideais e acessões, sub-rogando-se, os adquirentes, em todos os direitos e obrigações comuns aos demais, inclusive diante do agente financeiro, caso haja.

As eventuais vendas realizadas pela Comissão informarão o valor das acessões não pagas pelo incorporador, assim como o preço da respectiva fração ideal disponibilizada, sendo assegurado, em igualdade de condições com terceiros, preferência ao proprietário do terreno, a ser exercida nas vinte e quatro horas seguintes à data designada para a venda, na hipótese em que este seja pessoa distinta da pessoa do incorporador falido ou insolvente; e, em segundo lugar, assegurada ao condomínio, a ser exercida no prazo de quarenta e oito horas, caso não haja licitantes, desde que deliberada em assembléia geral, pelo voto da maioria simples dos adquirentes presentes.

Diante do bom êxito da Comissão na transmissão onerosa dos direitos disponíveis quanto às unidades não comercializadas, nos cinco dias seguintes ao recebimento do preço, pago pelo terceiro aderente, serão adimplidas as seguintes obrigações pendentes, em decorrência do empreendimento: (i) trabalhistas, previdenciárias e tributárias, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, observada a ordem de preferência prevista na legislação, em especial o disposto no art. 186 do Código Tributário Nacional; (ii) aos adquirentes, o reembolso das quantias que tenham adiantado, com recursos próprios, para pagamento das obrigações acima mencionadas; (iii) a instituição financiadora, a quantia que esta tiver entregue para a construção, salvo se outra forma for convencionada entre as partes interessadas; (iv) ao condomínio, o valor que este tiver desembolsado para construção das acessões de responsabilidade do incorporador, na proporção do valor obtido na venda; (v) ao proprietário do terreno, nas hipóteses em que este seja pessoa distinta da pessoa do incorporador, o valor apurado na venda, em proporção ao valor atribuído à fração ideal; e, (vi) à massa falida, o saldo que porventura remanescer.

O incorporador deve assegurar à pessoa nomeada pela Comissão de Representantes, para fiscalização e acompanhamento do patrimônio de afetação, o acesso a todas as informações necessárias à verificação do montante das obrigações que lhes foram pagas, até a decretação da falência ou insolvência, e que foram transferidas ou passaram a ser pagas àquela Comissão, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação.

Considerada a natureza do patrimônio de afetação - como garantia constituída em favor dos adquirentes - nenhuma pretensão se reconhecerá à Fazenda Pública ou quaisquer outras parafiscais, como contribuições sociais, v.g., imputáveis ao incorporador falido ou insolvente, quer sobre o lucro devido, inclusive as decorrentes de outras atividades ou dívidas que não o referido empreendimento. Tais dívidas - resolveu ressaltar o legislador - não se imputarão aos adquirentes, conforme o texto do parágrafo vinte do citado artigo 31-F da Lei nº 4.591/64.

Assim, resta analisada a possibilidade de constituição de Comissão de Representantes para comercialização das unidades a terceiros, em caso de quebra ou insolvência do incorporador, quando sob regime de afetação o empreendimento. Da mesma forma, viu-se a possibilidade de os condôminos deliberarem pela continuidade da obra a seu custo e risco.

De última forma, mantendo o princípio da intangibilidade do patrimônio de afetação, em favor dos promitentes adquirentes, poderão estes deliberar em assembléia geral pelo voto de 2/3 (dois terços) dos adquirentes, a venda do terreno, das acessões e demais bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação, mediante leilão ou outra forma que estabelecerem. Qualquer que seja a forma, será observada a distribuição, entre si, na proporção dos recursos que comprovadamente tiverem aportado, do resultado líquido da venda, depois de pagas as dívidas do patrimônio de afetação e deduzido e entregue ao proprietário do terreno a quantia que lhe couber. Na hipótese, entretanto, de não ser obtido na venda a reposição dos valores investidos, os adquirentes serão credores privilegiados pelos valores da diferença não reembolsada no patrimônio pessoal do incorporador,

conforme dispõe o inciso VII do art. 43 da Lei nº 4.591/64, haja vista a natureza de direito real de garantia e seu fim primeiro, a proteção dos promitentes compradores.

2.7 Extinção de patrimônio de afetação

O patrimônio de afetação extingue-se pela consecução da sua finalidade – conclusão da obra, individualização das unidades e sua entrega aos adquirentes – e, quando for o caso, pela extinção das obrigações do incorporador perante o financiador, mas pode extinguir-se, também, mediante a liquidação deliberada pela assembléia geral dos adquirentes ou pela revogação, caso haja denúncia da incorporação; neste último caso, só será considerado extinto o patrimônio de afetação depois de restituídas aos adquirentes as quantias que estes tiverem pago.

A extinção da afetação pela consecução da sua finalidade importa em desafetação das unidades remanescentes e dos créditos vinculados relativos à comercialização. Ao requerer a desafetação, o incorporador deverá comprovar a quitação do financiamento, se houver. No caso de denúncia, o requerimento de desafetação deve ser instruído com o termo de denúncia e com os comprovantes da restituição das quantias pagas pelos adquirentes.

Na hipótese de desafetação decorrente de liquidação do patrimônio de afetação, o requerimento deverá ser dirigido pela Comissão de Representantes e deverá ser instruído com o comprovante do pagamento das obrigações vinculadas ao referido patrimônio.

Prevê o artigo 31-E da Lei nº 4.591/64 e seus incisos, como procedimentos preliminares e condicionais para o cancelamento do patrimônio de afetação, as seguintes medidas de caráter registral e negocial: averbação da construção mediante obtenção de "Habite-se"; o registro dos títulos de domínio ou de direito de aquisição em nome dos respectivos adquirentes; e, quando for o caso, a extinção das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento. Da mesma forma, será necessário o cancelamento em razão de denúncia da incorporação, depois de restituídas aos adquirentes

as quantias por eles pagas, ou de outras hipóteses previstas em lei; e a liquidação deliberada pela assembléia geral nos termos de falência do incorporador.

Considerando-se, contudo, o meio registral em que encontrará existência, validade e eficácia perante terceiros o patrimônio de afetação, da mesma forma que constituído por averbação junto ao Ofício de Registro de Imóveis, seu cancelamento também, em qualquer hipótese, em nível registral, dependerá da respectiva averbação. Tanto pela conclusão do empreendimento em favor dos adquirentes, seja pela sua frustração em que se veja extinto o patrimônio de afetação.

2.8 Os efeitos da afetação das incorporações em face do sistema tributário. Aspectos fundamentais

A atividade da incorporação imobiliária comporta a exigibilidade de impostos cujo fato gerador seja a propriedade, como o imposto predial e territorial urbano – IPTU, assim como impostos, taxas e contribuições relativas à atividade empresarial do incorporador, entre elas a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, o imposto sobre a renda, a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL da empresa, entre outros.

A afetação, por sua natureza, em nada altera o regime tributário em que está inserida a atividade da incorporação, nem modifica a responsabilidade tributária dela decorrente, pois o conjunto de bens, direitos e obrigações que constitui o patrimônio de afetação não é excluído do patrimônio geral do incorporador, sendo, antes, um dos elementos que integram esse patrimônio geral, ainda que o patrimônio de afetação seja dotado de autonomia funcional. Essa autonomia, como se sabe, importa no destaque do acervo da incorporação afetada apenas para cumprimento de sua função, sem prejudicar a garantia do crédito tributário.

Anote-se, de plano, que se mantém inalterada a responsabilidade tributária da empresa incorporadora, respeitada a concepção tradicional da unidade do patrimônio.

Assim, no que tange aos impostos e taxas decorrentes dos resultados da atividade da incorporação, não há que se falar, como quis a revogada Medida Provisória nº 2.221/2001, em atribuir qualquer responsabilidade aos adquirentes. O contribuinte é o incorporador, havendo apenas a responsabilidade da Comissão de Representantes de, em caso de falência da empresa incorporadora, recolher valores correspondentes às obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, cujos fatos geradores tenham ocorrido até a data da decretação da falência. É certo, entretanto, que esses recolhimentos deverão ser feitos com as receitas da própria incorporação, dada a incomunicabilidade do patrimônio da afetação com outros patrimônios.

2.9 O regime especial tributário aplicável em caráter opcional às incorporações imobiliárias sob o regime de afetação. Arts. 1º ao 11 da Lei nº 10.931/2004

Pode o incorporador optar pelo regime do lucro real ou pelo regime especial tributário criado pelos arts. 1º ao 11 da Lei nº 10.931/2004. O regime especial tributário do patrimônio de afetação é aplicável exclusivamente às incorporações submetidas ao regime de afetação e é opcional.

A alíquota é de 7% da receita mensal recebida, e esse pagamento corresponderá ao pagamento unificado dos seguintes impostos, na porcentagem a seguir explicitada: IRPJ - Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (2,2%); PIS/PASEP – Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação de Patrimônio de Servidor Público (0,75%); CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (1,15%); e COFINS – Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (3%).

Os recolhimentos devem ser feitos a partir do mês da opção, até o décimo dia do mês subsequente àquele em que tiver sido auferida a receita. É admitida a compensação, mas somente por espécie e com montante devido no mesmo período de apuração, até o limite desse montante.

Pelo regime especial tributário, a incorporação afetada terá um número próprio de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ, bem como código de arrecadação próprio. Os débitos do regime especial não poderão ser parcelados.

Não optando o incorporador pela adoção do regime especial tributário, continuarão sendo adotados os mesmos procedimentos de apuração de resultados e oferecimento à tributação, apurando-se o resultado de cada incorporação e, após, reunindo-se esses resultados no balanço geral do incorporador. Para esse fim, procede-se à reunião dos resultados de cada incorporação da empresa, somados aos resultados não-operacionais e às participações, apurando-se o lucro líquido, ajustando-o pelas adições, exclusões ou compensações, donde se apura o lucro real, que constitui a base de cálculo do imposto de renda da empresa incorporadora.

3 A CONTRATAÇÃO DA VENDA DAS UNIDADES IMOBILIÁRIAS

3.1 Requisitos e condições do contrato de incorporação imobiliária

Registrado o memorial de incorporação, está 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.

Como se viu, o negócio jurídico da incorporação imobiliária é negócio que se formaliza mediante a celebração de contratos coligados, em cuja formação e execução combinam-se vários atos e negócios jurídicos, os quais, embora tenham identidade própria, reúnem-se e permanecem coligados para cumprir uma nova função, que é a função típica do negócio jurídico da incorporação imobiliária.

A modalidade de contrato mais freqüente na relação jurídica entre o incorporador e o adquirente é a promessa de compra e venda, podendo-se admitir que, em futuro próximo, passe a ser mais utilizado o contrato de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária, introduzido no direito positivo em 1997. Qualquer que seja a modalidade, o contrato deve conter, como cláusulas essenciais, as seguintes:

a) identificação das partes contratantes, com sua completa qualificação, indicando, inclusive, os números de suas cédulas de identidade e de sua inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda ou, quando pessoa jurídica, o número de sua inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas e os números das cédulas de identidade dos seus representantes legais; conforme o caso, poderão figurar no contrato o incorporador, o proprietário do terreno, o construtor e o adquirente;

b) identificação da incorporação que constitui objeto do contrato, com a indicação do seu registro no Ofício de Registro de Imóveis, bem como do título aquisitivo do terreno onde será erigida a edificação e do projeto de construção;

c) indicação da fração ideal do terreno e da unidade objeto do negócio;

d) indicação da existência de financiamento para a construção, se for o caso, bem como declaração de existência de gravame sobre o imóvel, como garantia do financiamento;

e) o regime da construção, as condições de execução da obra, o prazo de conclusão e suas eventuais prorrogações, com a estipulação de penalidades para o caso de inadimplemento das obrigações do incorporador;

f) o preço, as condições de pagamento e os encargos, com expressa indicação dos índices e critérios de reajustamento e da taxa de juros, se houver;

g) indicação das obras e serviços não incluídos no preço que deverão ser pagos separadamente pelo adquirente, tais como as ligações dos serviços públicos, a decoração da portaria, *hall* etc;

h) as cláusulas penais, moratórias, compensatórias, a que estarão sujeitas as partes que deixarem de cumprir suas obrigações contratuais;

i) indicação das hipóteses de resolução do contrato, explicitando os procedimentos de realização de leilão extrajudicial, se for o caso.

Além dessas cláusulas, o contrato de alienação fiduciária deverá conter ainda os elementos essenciais enumerados no art. 24 da Lei nº 9.514/97.

3.2 Obrigações do incorporador

As principais obrigações a que está sujeito o incorporador, que, em regra, são comuns a todas as espécies de contrato utilizáveis na atividade de incorporação, podem ser assim sintetizadas:

1. a primeira e fundamental obrigação do incorporador, que constitui requisito para legitimá-lo a oferecer os imóveis à venda, é promover o registro da incorporação, com o arquivamento do memorial de incorporação;

2. manter seu nome indicado ostensivamente no local da construção;

3. em todos os anúncios que fizer, bem como nos contratos e quaisquer papéis relativos à incorporação, o incorporador deve mencionar o número do registro do memorial;

4. atualizar a documentação do memorial e revalidar o registro da incorporação se, no prazo de 180 dias do registro provisório, a incorporação não estiver efetivada, nem tiver sido denunciada;

5. explicitar em todos os ajustes preliminares que firmar com os adquirentes a existência do prazo de carência, se houver;

6. denunciar de desistência da incorporação ao Ofício de Registro de Imóveis, quando for o caso, e comunicá-la imediatamente aos adquirentes;

7. terminado o prazo de carência sem denúncia da incorporação, tem o incorporador a obrigação de, em sessenta dias, outorgar aos adquirentes o contrato correspondente (promessa de compra e venda, contrato de construção, conforme o caso); não havendo prazo de carência, o prazo de sessenta dias se conta da data de qualquer ajuste preliminar;

8. caso não outorgue os contratos aos adquirentes, o incorporador sujeita-se à multa de 50% calculada sobre os valores que houver deles recebido, cobrável mediante execução;

9. em caso de denúncia da incorporação, restituir aos adquirentes as importâncias por estes pagas, no prazo de trinta dias a contar da desistência; caso não o faça, essas importâncias são exigíveis mediante ação de execução, com reajuste monetário e juros de 6% ao ano, sobre os valores reajustados;

10. mencionar nos contratos de construção, os nomes dos responsáveis pelo custeio da construção, responsabilizando-se o incorporador pelo custeio das unidades não vendidas;

11. mencionar em todos os instrumentos de ajuste a eventual existência de ônus real ou fiscal sobre o terreno; a mesma exigência se dá quando houver alguma ação que possa comprometer a titularidade do imóvel;

12. mencionar nos instrumentos de ajuste a eventual ocupação do imóvel, esclarecendo, a que título ela se dá e as condições de sua desocupação;

13. nas hipóteses em que o incorporador tiver contratado a aquisição do terreno mediante permuta ou promessa de permuta, deve explicitar em todos os instrumentos de ajuste qual é a parcela que será paga em dinheiro, ou a quota-parte, expressa em metros quadrados, das áreas das unidades a serem entregues em pagamento do terreno; deve ser esclarecido, também, se o alienante do terreno ficou ou não sujeito a qualquer prestação ou encargo;

14. deve o incorporador discriminar, nos contratos de preço global, as parcelas relativas ao valor da fração ideal de terreno e ao valor da construção;

15. é dever do incorporador informar periodicamente aos adquirentes o estado da obra, demonstrando sua correspondência com o prazo pactuado, não podendo alterar o projeto nem se desviar do plano de construção, salvo autorização unânime dos compradores ou exigência legal, nem alterar o preço e as condições de pagamento, salvo se expressamente previsto o reajustamento, não podendo, também, alterar o prazo sem anuência da Comissão de Representantes; não pode o incorporador retardar injustificadamente as obras ou paralisá-las por mais de 30 dias, sob pena de destituição nos termos da lei;

16. nas hipóteses de contratação da construção por empreitada reajustável, discriminar o preço da fração ideal do terreno e o preço da construção, indicando os critérios e índices de reajuste a que está sujeita a obra em quaisquer contratos, cartas-propostas, escrituras e demais papéis, bem como na publicidade escrita em que conste o preço, excluídos os anúncios classificados;

17. quando a construção tiver sido contratada por administração, ou a preço de custo, mencionar no contrato a data em que será iniciada a obra e o valor estimado do orçamento, atualizando esse valor no caso de ajustes celebrados até as fundações, após o seu término e nas transferências de contrato ou sub-rogações;

18. ainda nas construções por administração, é dever do incorporador manter para cada condômino contabilidade específica e conta-corrente bancária própria; sendo também idênticos deveres imputáveis ao incorporador nas incorporações submetidas ao regime da afetação;

19. nas construções por administração, deve o incorporador discriminar o custo do terreno e orçamento atualizado da construção, indicando o mês a que este se refere e a especificação da obra;

20. requerer a averbação da construção da edificação após a expedição do “Habite-se”, bem como a individualização e discriminação das unidades, com a conseqüente instituição do condomínio de utilização do edifício;

21. o incorporador deve comparecer às assembléias gerais que houver convocado;

22. tem o incorporador, ainda, a obrigação de fiscalizar o cumprimento, pelo construtor e pelos empreiteiros, das obrigações fiscais e previdenciárias pelas quais possam ser solidariamente responsáveis o proprietário do terreno, o dono da obra e o adquirente das unidades.

3.3 Direitos do incorporador

Na contrapartida das obrigações, são assegurados ao incorporador os direitos correspondentes ao seu negócio, entre os quais citam-se, exemplificativamente, os seguintes:

1. arrependimento, que corresponde ao direito de desistência da realização da incorporação dentro do prazo de carência, se o tiver fixado;

2. exigir do adquirente a assinatura do contrato definitivo, depois de expirado o prazo de carência, quando houver, sob pena de rescisão do instrumento preliminar de ajuste;

3. exigir o pagamento do preço estabelecido nos instrumentos de ajuste, promessa de compra e venda ou qualquer outro instrumento de alienação, podendo, em caso de mora: (a) promover a execução do seu crédito, (b) ajuizar ação de resolução do contrato, oferecendo previamente ao adquirente oportunidade para purga de mora, nos termos do Decreto-Lei nº 745/69, (c) adotar os procedimentos de venda da unidade mediante leilão extrajudicial ou, ainda, (d) promover o leilão da unidade caso tenha contratado a venda com pacto adjeto de alienação fiduciária; para qualquer dessas hipóteses, o art. 41 da Lei nº 4.591/64 prevê que na falta de pagamento das prestações do terreno os efeitos da mora recairão sobre a parte relativa à construção, ainda que o pagamento desta esteja regularizado ou já integralizado;

4. nas hipóteses referidas no item anterior, o incorporador poderá transferir a terceiros os direitos do adquirente cujo contrato tiver sido desfeito em razão da mora;

5. tem o incorporador, assim como tem o condomínio, direito de retenção da unidade como garantia do recebimento do seu crédito, retenção essa que exercerá até que o adquirente efetive o pagamento de sua dívida.

3.4 Obrigações dos adquirentes

É obrigação fundamental dos adquirentes de unidades em incorporação imobiliária pagar o preço ajustado para a compra e venda, o qual pode representar o valor total da unidade (fração ideal do terreno e acessões que constituirão a futura unidade imobiliária) ou, destacadamente, o preço da fração e o da construção; em regra, em qualquer das duas modalidades o pagamento é feito em parcelas; se tiver sido celebrado contrato de construção, o pagamento a cargo dos adquirentes poderá ser vinculado ao cumprimento de cada etapa da obra.

Constitui, ainda, obrigação dos adquirentes não interferir na obra, não só para não prejudicar o andamento dos serviços, mas, sobretudo, para proteger sua integridade física.

3.5 Direitos dos adquirentes

Em contrapartida ao cumprimento de sua obrigação de pagar, tem o adquirente o direito de receber a unidade imobiliária identificada no contrato de aquisição, figurando, ainda, entre os seus principais direitos:

1. obter do incorporador o contrato relativo à aquisição da unidade (ou contrato de aquisição da fração ideal e o de construção), no prazo de sessenta dias a contar do final do prazo de carência, se houver;

2. promover a averbação no Ofício de Registro de Imóveis da carta-proposta ou do documento de ajuste preliminar para aquisição da unidade, caso o incorporador deixe de outorgar o contrato relativo à respectiva unidade;

3. obter do incorporador o pagamento de multa de 50% sobre a quantia que a ele tiver pago, caso seja descumprida a obrigação de outorga do contrato a que se refere o *caput* do art. 35 da Lei nº 4.591/64;

4. receber do incorporador, no caso de denúncia da incorporação, em restituição, as quantias que a ele tiver pago, assegurado ao adquirente cobra-la por via de execução, com reajuste e juros de 6% ao ano sobre o valor reajustado;

5. acompanhar o andamento da obra, mediante atuação da Comissão de Representantes;

6. obter do incorporador relatórios periódicos em que fique demonstrado o andamento da obra, em correspondência com o prazo pactuado no contrato ou em correspondência com o cronograma da obra;

7. promover a notificação do incorporador caso, injustificadamente, haja retardamento da obra ou sua paralisação por mais de trinta dias, para que ele reinicie a obra em trinta dias e lhe dê andamento normal;

8. destituir o incorporador, caso não atenda a notificação referida no item anterior;

9. assumir, representados pela Comissão de Representantes, a administração da obra em caso de destituição ou de falência do incorporador;

10. obter do incorporador indenização dos prejuízos decorrentes da não conclusão da obra ou do seu retardamento injustificado;

11. promover no Ofício de Registro de Imóveis a averbação da construção, caso o incorporador ou o construtor não o faça;

12. obter do incorporador e/ou do dono do terreno, a escritura de compra e venda da unidade imobiliária e/ou da fração ideal do terreno, inclusive mediante adjudicação compulsória ou ação de descumprimento de obrigação de fazer, conforme o caso. Na hipótese de falência da empresa incorporadora, a Comissão de Representantes dos adquirentes fica investida de poderes para outorgar a escritura.

3.6 Órgãos de representação dos adquirentes nas relações decorrentes dos contratos de incorporação imobiliária

Em regra, os adquirentes celebram seus contratos individualmente, apesar de ser admissível a contratação coletiva, notadamente no que tange à construção. Não obstante seja essa relação jurídica estabelecida individualmente, a configuração do negócio da incorporação encerra interesses e direitos comuns a todos os adquirentes que, em verdade, juntamente com o incorporador, formam uma comunidade, vinculados por uma afinidade semelhante à *affectio societatis*.

Dada essa configuração, a administração dos interesses comuns dos adquirentes deve ser implementada a partir de orientação e deliberação do conjunto desse adquirentes, bem como por órgão que os represente perante o incorporador, o construtor e terceiros. O órgão máximo de deliberação dos assuntos de interesse dos adquirentes é a Assembléia Geral dos contratantes, como definida pela Lei nº 4.591/64 no art. 49, enquanto o órgão de fiscalização e de administração é a Comissão de Representantes, definida no art. 50 da mesma lei.

A esses órgãos a lei reserva papel importante na execução do contrato de incorporação, salientando-se que suas funções ganharam maior eficácia na defesa dos interesses dos adquirentes a partir da legislação que regulamentou o regime de afetação patrimonial nas incorporações imobiliárias. É que essa nova configuração da incorporação deu aos adquirentes maior poder de controle sobre o negócio, possibilitando-lhes uma fiscalização mais conseqüente do desenvolvimento da obra, na medida em que o incorporador deve lhes apresentar trimestralmente um relatório demonstrando o estado da obra e sua correspondência com os recursos arrecadados e com o prazo pactuado.

Além disso, a nova norma deu aos adquirentes, por intermédio da Comissão de Representantes, os meios para assumir diretamente a administração da incorporação, mediante procedimento extrajudicial simples e célere. Dada essa nova concepção, exige-se atuação mais intensa dos órgãos de representação dos adquirentes, até mesmo mediante contratação de profissionais habilitados para assessorá-los no acompanhamento do negócio.

4 A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

4.1 Extinção mediante execução voluntária

Dá-se a extinção do contrato de incorporação mediante execução voluntária das obrigações pelas partes contratantes, vale dizer, de uma parte, o cumprimento das obrigações do incorporador, que é, fundamentalmente, a de entregar as unidades imobiliárias aos adquirentes, com a respectiva individualização em matrículas próprias no Ofício de Registro de Imóveis competente, e, de outra parte, o cumprimento da obrigação do adquirente, que corresponde ao pagamento do preço pactuado, ressalvado, obviamente, a obrigação do adquirente de pagar eventual financiamento à financiadora do empreendimento, em regra na proporção que couber à sua unidade imobiliária. Esse é o desfecho natural do ciclo do contrato de incorporação, o modo normal de sua extinção, mediante execução voluntária das obrigações das partes.

Considerada, entretanto, a complexidade do contrato de incorporação imobiliária, o modo de sua extinção requer atenção para alguns aspectos. Cumpre ressaltar, assim, que a execução normal do contrato, por parte do incorporador, só se tem como concluída mediante a prática dos seguintes atos:

- a) conclusão da construção da edificação;
- b) obtenção da aceitação das obras por parte da administração pública (Habite-se, aceite de obras, alvará, certidão da construção ou qualquer outra designação que se atribua a esse ato, de acordo com as normas específicas de cada municipalidade);
- c) averbação da construção no Ofício de Registro de Imóveis;
- d) individualização e discriminação das unidades no Ofício de Registro de Imóveis, com a respectiva instituição de condomínio;
- e) outorga, ao adquirente, da escritura de compra e venda da unidade ou, alternativamente, outorga, ao adquirente, da escritura de compra e venda da fração ideal do terreno e entrega do termo de quitação do contrato de construção (se o contrato preliminar

de promessa tiver tido como objeto somente a fração, conjugado com contrato de construção da unidade);

f) entrega ao adquirente do termo de quitação da dívida tão logo resolvida a propriedade fiduciária (caso tenha contratado a compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária);

g) outros atos necessários para caracterizar o cumprimento da obrigação do incorporador de construir a unidade, entregá-la ao adquirente e atribuir a este a propriedade definitiva da unidade, livre e desembaraçada de quaisquer ônus.

Vista a relação contratual sob o ponto de vista das obrigações do adquirente, a questão não apresenta dificuldade: sua obrigação é, fundamentalmente, pagar, e se extingue quando realizado o pagamento do que é devido ao incorporador, ao construtor e à financiadora, se houver financiamento; a obrigação é uma, mas, em regra, é implementada mediante pagamento periódico de parcelas, em geral mensalmente; pagas todas as parcelas e os encargos do negócio a todos os credores acima referidos, o adquirente terá satisfeito sua obrigação.

Esse é o modo pelo qual, em regra, se dá a execução voluntária do contrato de incorporação, operando-se, por isso mesmo sua extinção.

Independentemente do modo natural de extinção, pode extinguir-se o contrato pela ocorrência de vícios que impliquem sua nulidade ou anulabilidade, por motivos anteriores ou contemporâneos à sua formação. Cuidaremos a seguir da rescisão e resolução do contrato de incorporação imobiliária.

4.2 Rescisão bilateral (distrato)

Independentemente da extinção do contrato por realização natural da sua função, as partes podem romper o vínculo contratual por consenso, distratando ou resilindo o acordo de vontades, tal como é admitido nos contratos em geral.

O distrato há de ser pactuado mediante manifestação de vontade formal das partes integrantes do contrato, devendo ser adotada para sua celebração a mesma forma que tiver sido adotada para celebração do contrato, isto é, se o contrato de aquisição da unidade tiver sido formalizado por instrumento público, o distrato deverá ser formalizado também por instrumento público; se contratada a aquisição por instrumento particular, poderá a forma particular ser utilizada para celebração do distrato.

Pelo distrato ficam as partes exoneradas das obrigações ainda não cumpridas. As quantias que o adquirente tiver pago até então serão restituídas, nos termos que tiverem sido convencionados no contrato, cuidando-se de evitar, obviamente, condições abusivas ou que propiciem enriquecimento sem causa de alguma das partes.

4.3 Resilição unilateral

A Lei de Incorporações prevê a possibilidade de rompimento do vínculo contratual por deliberação unilateral do incorporador, nos casos em que é admitida a denúncia da incorporação, facultando-lhe o direito de desistir de realizar a incorporação dentro do prazo de 180 dias, que é o prazo de validade do registro do memorial de incorporação ou de sua revalidação.

4.4 Resolução do contrato por inadimplemento do incorporador

Pelo contrato de incorporação, as obrigações fundamentais do incorporador são (a) promover a construção do edifício objeto da incorporação, (b) averbar a construção e individualizar as unidades no Ofício de Registro de Imóveis, (c) entregar as unidades aos respectivos adquirentes no prazo contratado, e (d) transmitir a propriedade do imóvel aos adquirentes, uma vez recebido o preço.

Na hipótese de inadimplemento de suas obrigações, responderá o incorporador pela reparação de perdas e danos a que der causa, podendo sujeitar-se à resolução do contrato.

A responsabilidade do incorporador pela indenização de perdas e danos causados ao adquirente está prevista no art. 43 da Lei nº 4.591/64, que trata da modalidade de contrato mais freqüentemente utilizada no mercado, ou seja, o contrato de compra e venda de coisa futura.

Além dessa hipótese ensejadora da resolução do contrato de incorporação por inadimplemento do incorporador, que é a mais freqüente, podem ocorrer outras hipóteses de inadimplemento, com a obrigação do incorporador de restituir as quantias recebidas e indenizar as perdas e danos sofridas pelos adquirentes. A responsabilidade pela incorporação, ainda que sem registro, está contemplada, mesmo de maneira indireta, no parágrafo único do art. 29 da Lei nº 4.591/64 e, assim, mesmo sem arquivar o memorial de incorporação, o incorporador responde objetivamente pela consecução do negócio, devendo indenizar os prejuízos que causar aos adquirentes independentemente de culpa.

De outra parte, em caso de notória insolvência do incorporador e caracterizado seu inadimplemento, os tribunais têm reconhecido o direito do adquirente de suspensão cautelar do pagamento das prestações enquanto se aguarda o processamento da ação de resolução do contrato.

4.5 Resolução do contrato por inadimplemento do adquirente

Do mesmo modo que o incorporador inadimplente tem que indenizar as perdas e danos a que seu inadimplemento der causa, o adquirente inadimplente também responde perante o incorporador pelos prejuízos que a inexecução contratual lhe causar, de acordo com o princípio geral contido no art. 389 do Código Civil.

No contrato de incorporação, o adquirente assume, em regra, obrigação de fazer, representada pela obrigação de pagamento do preço, em parcelas, pactuada

especificamente em contrato de promessa de compra e venda da unidade ou promessa de compra e venda da fração ideal de terreno combinada com contrato de construção da unidade, podendo essa obrigação, ainda, ser pactuada em contrato de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária ou hipoteca.

Em todas essas hipóteses, a obrigação mais freqüente é a de pagamento do preço em parcelas, em geral compreendendo quotas mensais de amortização e juros, além de pagamento de impostos, taxas e outros encargos relativos ao imóvel, como, por exemplo, contribuições condominiais.

A resolução se dá mediante procedimentos específicos, que atendem às características de cada modalidade de contrato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o intuito de aclarar o tema discutido neste estudo conclusivo de curso, procurei proceder, no decorrer desta monografia, à análise mais didática possível do assunto, buscando, sempre, tratar da maneira mais simples o tema da Incorporação Imobiliária que, desde antes do início deste projeto, já se mostrava um tanto quanto complexo e que, com o aprofundamento exigido por este estudo, revelou-se ainda mais repleto de nuances.

Desde sua gênese, com a tipificação constante da Lei nº 4.591/64, e posterior aperfeiçoamento através da modificação introduzida pela Lei nº 10.931/2004, a Incorporação Imobiliária mostrou-se um importante instrumento de fomento da atividade de construção civil e da negociação de imóveis, possibilitando, assim, o crescimento do mercado e conseqüente criação de empregos nos diversos setores envolvidos, de forma direta ou indireta, nos contratos de incorporação.

Embora a melhoria na normatização da matéria tenha demorado aproximadamente quatro décadas – desde a promulgação da Lei nº 4.591/64 – a edição da Lei nº 10.931/2004 propiciou a efetiva proteção dos interessados no negócio da incorporação, quando submetida a incorporação ao regime de afetação, especialmente os adquirentes que, naturalmente, se encontram em posição menos vantajosa que o incorporador e o construtor e, por vezes, eram lesados e perdiam os recursos ameados ao cabo de toda uma vida.

Não obstante o esforço do legislador e dos magistrados – estes através da construção do entendimento jurisprudencial favorável ao adquirente das unidades imobiliárias – nas demandas referentes à Incorporação Imobiliária as partes envolvidas sempre hão de dispensar especial atenção nas negociações e, mais ainda, na fiscalização dos atos praticados pelo incorporador e/ou aqueles contratados para a consecução da finalidade da incorporação imobiliária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHALHUB, Melhim Namem. Da incorporação imobiliária/Melhim Namem Chalhub, - 2ª edição revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Nova Lei de Falência e Recuperações de Empresas, - 1ª edição – São Paulo: Atlas, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil: Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade/ Sílvio Rodrigues, - 25ª edição atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.402, de 10 de janeiro de 2002 – São Paulo: Saraiva, 2002. (Coleção direito civil; v.3).

_____. Direito Civil: Direito das coisas/ Sílvio Rodrigues, - 25ª edição atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.402, de 10 de janeiro de 2002 – São Paulo: Saraiva, 2002. (Coleção direito civil; v.5).

_____. Direito Civil: Parte Geral/ Sílvio Rodrigues, - 25ª edição atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.402, de 10 de janeiro de 2002 – São Paulo: Saraiva, 2002. (Coleção direito civil; v.1).

_____. Direito Civil: Parte Geral das Obrigações/ Sílvio Rodrigues, - 25ª edição atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.402, de 10 de janeiro de 2002 – São Paulo: Saraiva, 2002. (Coleção direito civil; v.2).

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Contratos em Espécie/ Sílvio de Salvo Venosa, - 3ª edição – São Paulo: Atlas, 2003. (Coleção direito civil; v.3).

_____. Direito Civil: Direitos Reais/ Sílvia de Salvo Venosa, - 3ª edição – São Paulo: Atlas, 2003. (Coleção direito civil; v.5).

_____. Direito Civil: Parte Geral/ Sílvia de Salvo Venosa, - 3ª edição – São Paulo: Atlas, 2003. (Coleção direito civil; v.1).

_____. Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos/ Sílvia de Salvo Venosa, - 3ª edição – São Paulo: Atlas, 2003. (Coleção direito civil; v.2).