

Pedro Elias Avvad  
*Advogado no Estado do Rio de Janeiro*

# DIREITO IMOBILIÁRIO

Teoria Geral e Negócios Imobiliários

2ª edição  
Revista e ampliada

RENOVAR

Rio de Janeiro São Paulo Recife  
2009

**abdr**  
ASSOCIAÇÃO  
BRASILEIRA  
DE DIREITO  
IMOBILIÁRIO  
Respeite o direito autoral

No tocante à cisão, embora não haja sucessão a título universal, também prevalecerá a forma prevista na Lei das S.A., pois que a existência de imóvel na parcela do patrimônio transferido para a sociedade nova ou preexistente será, mais uma vez, irrelevante, como também o será em caso de mera subscrição de ações ou quotas, ou sua alienação, a terceiros.

Daí a atratividade, do ponto de vista fiscal e comercial, de se utilizar da cisão parcial, com posterior incorporação, como método eficaz de transferência indireta da propriedade imobiliária, ou da mera constituição de sociedade cujo único ativo seja um imóvel, que poderá ser livremente transferido mediante a alienação das ações ou quotas representativas do capital social.

No tocante ao valor da transferência, em caso de fusão, cisão ou incorporação, determina a Lei das S.A., como sempre, a elaboração de laudo de avaliação do patrimônio transferido, no qual figurará um ou mais imóveis, que terá relevância apenas para a determinação do capital da nova sociedade, ou o respectivo aumento no capital da incorporante.<sup>599</sup>

599 Referências bibliográficas deste capítulo:

- LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 233.
- Sobre o critério da especialidade para a solução de antinomia de regras, v. BOBBIO, Norberto *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Brasília: Ed. Polis, 1990, trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos.
- BULGARELLI, Waldirio. *Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 24.
- LUCENA, José Waldecy, op. cit., p. 528.
- BULGARELLI, Waldirio, op. cit., p. 58.

## 26. INCORPORAÇÃO

### 26.1 Conceito

A expressão “incorporação” deriva do latim “*incorporatione*”, que significa ato ou efeito de incorporar, dar corpo, e, no sentido lato, tornar efetivo, realizar. No Dicionário Aurélio<sup>600</sup>, o verbo incorporar aparece com múltiplos significados, dentre os quais destacam-se algumas acepções que se adequam perfeitamente aos objetivos desse trabalho. Melhim Chalhoub<sup>601</sup> explica que: “Em sentido geral, incorporação significa inclusão, união, introdução ou ligação de uma coisa no corpo de outra, a que ficará pertencendo, ou agremiação, congregação, agrupamento promovido entre pessoas para a formação de um só corpo (do latim *incorporatio*, de *incorporare*: dar corpo, juntar, unir<sup>602</sup>)”.

Já Everaldo Cambler considera “incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações

600 INCORPORAÇÃO — 4. juntar num só corpo; dar unidade a; reunir; 5. Bras. Realizar (o dono, o compromissário ou o titular de opção de venda de um terreno) contrato para construção de (edifício de apartamentos, lojas, etc.) em condomínio, começando logo a vender, as futuras unidades. BUARQUE DE HOLANDA, Aurélio. *Dicionário da Língua Portuguesa*, Ed. Nova Fronteira

601 CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*, Renovar, 2003, p. 11.

602 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, Forense, Rio, 1963, citado por Melhim Namem Chalhoub, op. cit., p. 11.

compostas de unidades autônomas.<sup>603</sup> ORLANDO GOMES define a incorporação imobiliária pela relação jurídica, isto é, que: "Por esse contrato, obriga-se alguém a promover a construção de edifício dividido em unidades autônomas para distintos adquirentes da respectiva fração ideal de terreno, sob regime de condomínio especial"<sup>604</sup>.

O art. 28 da Lei nº 4.591, de 1964, conceitua, no seu parágrafo único, o que é "Incorporação Imobiliária" da seguinte forma: "*Considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com intuito de promover e realizar a construção, para a alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.*"

## 26.2. Elementos

Segundo proposição de Antonio Chaves, citado por Everaldo Cambler, a Incorporação pode ser identificada através a presença dos seguintes elementos, considerados indispensáveis<sup>605</sup>: a) elemento objetivo: representando a divisão do terreno em frações ideais vinculadas a unidades autônomas em edificação a ser construída; b) elemento subjetivo: o incorporador, pessoa física ou jurídica que realiza a incorporação; c) o elemento formal: registro do memorial de incorporação no cadastro imobiliário da circunscrição competente, traduzindo como será constituída a edificação; e d) elemento negocial: a atividade desenvolvida pelo incorporador.

Cada um desses elementos será adiante analisado em seu respectivo contexto.

## 26.3 Características (da Incorporação)

O insigne e saudoso Orlando Gomes<sup>606</sup>, quando cuidou do assunto no seu livro *Contratos*, fez a seguinte introdução ao tema: "A expansão, nos mais adiantados centros urbanos, do mercado imobiliário, encaminhou para as edificações em condomínio a solução de problemas

603 CAMBLER, Everaldo Augusto. *Incorporação Imobiliária — Ensaio de uma Teoria Geral*, RT, 1993, p. 19.

604 GOMES, Orlando. *Contratos*, 17ª ed., p. 445.

605 CHAVES, Antonio. *Lições de Direito Civil*, p. 212, apud Everaldo Augusto Cambler, op. cit., p. 22.

606 GOMES, Orlando. *Contratos*, 17ª ed., p. 445.

da habitação e da concentração comercial, ensejando o exercício de uma atividade profissional através de relações contratuais tão frequentes e importantes que determinaram a tipificação do negócio jurídico denominado, na lei, contrato de incorporação imobiliária."

Verifica-se, de pronto, pelo que se acaba de ler, que o vocábulo *incorporação*, subentendida a imobiliária, serve para designar não só uma *atividade*, mas também o objeto material desta, o edifício ou a *edificação* em condomínio, e, ainda por último, mas com a mesma importância, o *contrato* em que se realiza a atividade e que se corporifica na edificação.

A primeira observação a ser feita, antes de se analisar a essência do instituto, é que se trata, sem dúvida alguma, de uma *atividade*, profissional, ou não, posto que a lei assim a define, mas que, como veremos a seguir, de cunho nitidamente econômico e fins lucrativos. Para melhor compreensão do significado dessa atividade, é absolutamente indispensável analisar a definição que dela fez o legislador, juntamente com o conceito de *incorporador* que vem logo a seguir, com este teor: "Art. 29. *Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromissse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas (vetado) em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.*"

As demais disposições gerais, contidas no capítulo próprio da lei em questão, versam sobre a definição da atividade; qualificação do sujeito e alguma outra restrição de caráter geral no que tange ao desempenho da atividade e conseqüentes responsabilidades.

Com base nos conceitos legais a que o instituto se encontra subordinado e sem se perder de vista o escopo principal deste trabalho, vamos analisar a incorporação sobre os aspectos que nos parecem mais importantes para a sua compreensão e que são: I) *a atividade*; II) *o sujeito ativo* III) *o objeto* (a realização da incorporação); e, IV) *o contrato*.

### 26.3.1 A atividade

Em razão de que a lei, por si só, encarregou-se de definir o que é a atividade de incorporação, seria ocioso buscar-se definição subsidiária

ria, já que estaríamos extrapolando aos singelos objetivos deste trabalho, muito mais voltado para o esclarecimento simplificado do que para propósitos hermenêuticos. Entretanto, como veremos a seguir, o legislador, ao classificar a atividade da incorporação imobiliária, vamos lembrar, foi absolutamente econômico, porquanto ela se desdobra em diversas outras *atividades-meio* que estão compreendidas na *atividade-fim* prevista no diploma legal.

Com efeito, ao definir a atividade, a expressão da lei baseou-se quase que integralmente, na intenção do agente, eis que considerou como incorporação "*a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção ...*". Por mais paradoxal que pareça, verdade é que, se a lei, na hipótese, tivesse caráter objetivo, como deveria, então bastaria definir-se como "*a atividade exercida para promover e realizar a construção...*" excluindo, da definição, a intenção do agente.

Como a lei, em geral, não emprega expressões inúteis, temos que a atividade da incorporação se caracteriza pelos objetivos do agente ao promover e realizar uma construção, composta de unidades autônomas, para fins de alienação.

Além da atividade-meio que a lei deixou para especificar na definição do incorporador, são duas as condições essenciais que definem a atividade principal: (i) que a construção seja composta por unidades autônomas, *várias*, mais do que uma; e (ii) que sejam destinadas à alienação, antes da conclusão da obra, pode-se deduzir.

Vê-se, pois, que é necessária a presença cumulativa de ambas as condições para que esteja caracterizada a atividade da incorporação. Se alguém se dispuser a promover a construção de um prédio, sem a subdivisão em unidades autônomas, mesmo que objetive vendê-lo durante a construção, não estará exercendo a incorporação. O mesmo ocorre com quem construa ou realize um empreendimento com várias unidades que se destinem à alienação, mas somente depois de concluída a obra e obtido o habite-se.

No dizer de Everaldo Augusto Cambler<sup>607</sup>: "é imprescindível para a configuração jurídica da incorporação imobiliária que o elemento objetivo, ao ser comercializado, ainda esteja em construção ou apenas projetado...". Para caracterizar a atividade da incorporação imobiliária é necessário, portanto, que se vise à negociação sobre bem imóvel, previamente definido, mas ainda não existente e que constitua, com outras unidades, um condomínio especial por áreas comuns.

607 CAMBLER, Everaldo Augusto. *Responsabilidade Civil na Incorporação*, RT, São Paulo, 1998, p. 32.

À toda evidência buscou o legislador situar, ao lado da proteção de um interesse coletivo, a faculdade de se agregarem esforços e recursos dos diversos adquirentes, viabilizando a realização da incorporação. Daí por que, na essência dessa atividade, está a possibilidade de se negociar sobre o projeto do imóvel ou, ainda, durante a sua construção, com a conseqüente utilização dos recursos dos diversos futuros proprietários, que se vinculam uns aos outros, não só pelo interesse comum, subjetivo, na realização do empreendimento, mas, objetivamente, através da co-propriedade nas coisas de uso comum.

### 26.3.2 O sujeito ativo (incorporador)

A definição de *incorporador* não permite que se deixe passar despercebida a abertura proporcionada pelo texto legal, que classifica como sendo "*a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não*". Em suma, qualquer um, desde que capaz, pode assumir a condição jurídica de incorporador, não se lhe exigindo qualquer habilitação específica. Há, sim, que preencher várias condições objetivas.

Ao contrário do que se pode imaginar, a modernidade do texto não está em se condicionar o exercício da atividade à pessoa física e não comerciante, como é do histórico desse instituto, mas em permitir que o incorporador possa ser uma pessoa jurídica e comerciante. Note-se que a nossa legislação civil, herdando do direito francês (Código Comercial de 1807) certos pruridos contra a comercialização de imóveis, sempre tratou o "construtor, corretor, empreiteiro" como prestador de serviços e, jamais, como sendo comerciais ou industriais, as atividades por eles exercitadas.

#### 26.3.2.1 Caracterização do incorporador

Por isso, reconheça-se, houve uma certa ousadia por parte do autor do anteprojeto, transformado na atual lei, abraçando a realidade social e política de então, clamando pelo desenvolvimento que só pode ser alcançado através da empresa. Caio Mario<sup>608</sup> assim definiu com absoluta propriedade: "o incorporador é uma empresa imobiliária. Ou, segundo o Projeto de Código de Obrigações, um empresário. Exerce atividade empresária."

608 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*, Forense, Rio, 1976, p. 240.

O incorporador é um empresário e tem, portanto, o objetivo de lucro, seja ele pessoa física ou jurídica, comerciante ou não. Se o Estado resolve promover o bem-estar social e, se decide por realizar uma incorporação imobiliária, certamente o fará através de uma empresa, mesmo pública que seja, mas, ainda assim, uma empresa onde existirá o intuito lucrativo, posto que se traduza em simples lucro social.

Definidas as linhas gerais do sujeito ativo da incorporação, isto é, quem, em princípio, pode, ou quer, ser incorporador, e como se caracteriza a sua atividade, pelos fins a que se destina, a lei passa a abordar quais são as atividade-meio que traçam o perfil deste empresário. Ele, conforme preceitua o *caput* do art. 29, aquele que: i) sendo, ou não, o construtor; ii) *compromete-se* ou realiza a venda de frações de terreno vinculadas a unidades autônomas a serem construídas sob regime condominial (ou que meramente aceite propostas); iii) *coordenando* e levando a bom termo a incorporação; e iv) responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

A primeira observação resultante do exame do dispositivo em pauta é a de que, ao usar expressões vagas do tipo "*coordenando*" e "*levando a bom termo*" e, ainda, "*responsabilizando-se, conforme o caso*", a lei quis, apenas, exemplificar, generalizando alguma das *atividade-meio* compreendidas dentro da incorporação.

Corolário do que se acaba de afirmar, é a existência de um sem-número de outras atividades atribuídas ao incorporador e, até mesmo, indispensáveis para o exercício da incorporação, desde o nascimento da intenção de promover o empreendimento e o início da atividade, com a disponibilidade do terreno onde se vai realizar, passando pela aprovação do projeto, execução da obra, a comercialização, até a final entrega das unidades imobiliárias com o habite-se aos respectivos adquirentes.

É isso que se deduz do disposto no parágrafo único do art. 29 e, também, nos dispositivos subsequentes de onde resulta clara a *mens legis*, buscando destacar, dentre as inúmeras atribuições que possam competir a quem exerce a incorporação, aquelas atividades específicas que, uma vez desempenhadas, resultam no enquadramento do agente como incorporador em face da lei, já agora assim classificado por critérios meramente objetivos.

Em síntese, estará exercendo a incorporação imobiliária (atividade-fim), todo aquele que promover e realizar uma construção de uma edificação, ou mais, composta de unidades autônomas para alienação, antes da conclusão da obra. Tudo aquilo que for necessário realizar

com tal objetivo, isto é, desde o planejamento inicial até a entrega das unidades, se inclui dentre as *atividade-meio* e, portanto, balizam a atividade do incorporador.

Algumas dessas atividades, diz a lei, são características, ou melhor, privativas do incorporador e talvez por isso denunciadoras da atividade da incorporação. Isto pode ocorrer quando o agente, que não tenha planejado promover a incorporação imobiliária, acaba por praticar um desses atos que distinguem a atividade, como seja, alienação de alguma unidade destinada a integrar um condomínio, antes de concluída a construção, mesmo que o objetivo inicial fosse a venda de imóveis prontos.

### 26.3.2.2 Da qualificação do incorporador

Tentando simplificar o que diz o art. 31, podemos afirmar que o incorporador pode ser o proprietário do terreno, ou titular de direitos aquisitivos irrevogáveis ou, ainda, o procurador legalmente autorizado. De fato, a peça fundamental da incorporação imobiliária é, obviamente, o terreno onde se vai realizar o empreendimento e, *ipso facto*, o proprietário desse terreno, a pessoa-chave da incorporação. E como a incorporação é atividade lucrativa, embora com conseqüentes riscos e responsabilidades, vamos analisar, dentre as pessoas que aparecem dentro da cadeia das atividade-meio, quais as que, mais freqüentemente, comparecem para realizar a incorporação.

Examinada a questão pelo aspecto subjetivo, qualquer pessoa pode se tornar incorporador, porquanto essa não é das atividades para as quais a lei exige habilitação especial, como é o caso do exercício da medicina, engenharia, ou mesmo para pilotar um avião. Basta ao indivíduo — que se disponha a tanto e possua recursos ou crédito suficientes para realizar o empreendimento — tomar a iniciativa de fazê-lo.

Olhando-se, entretanto, a atividade pelo ângulo objetivo do legislador, vamos verificar que o pretendente à incorporação tem de reunir uma de duas qualidades: ou se enquadra na letra "a" do art. 31 e se torna proprietário do terreno, promitente comprador ou cessionário, com os requisitos da letra "a" do art. 32, ou, então, sendo construtor ou corretor de imóveis, se enquadra na letra "b", isto é, obtém do proprietário ou de quem possua direito irrevogável de adquirir o imóvel, uma procuração para comprometer as frações, nos moldes previstos na própria lei e, ainda, se transcreva o disposto no § 4º do art. 35, concernente à adjudicação compulsória.

Na prática, a lei pretendeu abrir oportunidade a que terceiros ligados ao exercício da atividade, pudessem desempenhar-se da incorporação, sem o investimento na compra do terreno, ao mesmo tempo que visou incentivar os proprietários de áreas edificáveis a que permitissem a realização de um empreendimento, sem que assumissem, em nome próprio, as responsabilidades da incorporação, que são muitas.

Todavia, não há como realizar uma incorporação sem que pelo menos o terreno esteja comprometido com os riscos do negócio e, só por isso, nos tempos atuais, o incorporador é, na grande maioria dos casos, o dono do terreno ou, não o sendo, detentor de direito real de adquirir o imóvel, em caráter irrevogável e imitado na posse e esteja autorizado, pelo dono, a demolir o prédio existente e construir no local. Abriu-se, entretanto, uma nova modalidade de garantia a ser oferecida aos adquirentes de unidades na incorporação, através da constituição do *patrimônio de afetação*, definitivamente introduzido na Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 64, pela Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, instituto de múltiplos aspectos, que será analisado pelo ângulo contratual civil, ao final deste capítulo.

Até aqui estivemos nos referindo ao agente que assume, perante a lei, a qualidade de incorporador, ou seja, tendo satisfeito as exigências legais, se sujeita não só às obrigações que lhe são atribuídas, mas, também, ao se lhe reconhecer as qualidades, serão conferidos todos os direitos e vantagens decorrentes da lei e do exercício da atividade. Há, porém, aqueles que se tornam passíveis, tão-somente, dos ônus e responsabilidades. É o caso de quem, sem satisfazer os requisitos legais, pratica os atos que, segundo a própria lei, são característicos do exercício da atividade e identificam o agente como "*incorporador passivo*".

Nesse caso, embora sem as prerrogativas do incorporador, tal como reconhecido aquele que cumpriu a lei, o sujeito "*passivo*" incorre em todas as responsabilidades e penalidades estabelecidas para a prática irregular da atividade em causa. É isso o que se deduz da análise conjunta de alguns dispositivos, como os arts. 29, 30 e 32, em face dos atos sujeitos às penalidades previstas nos arts. 65 e 66.

Além de tais obrigações e penalidades impostas ao incorporador e que são encontradas junto às diversas regras, em quase todo o texto legal, há que se destacar o conjunto de atribuições constantes dos arts. 43 e 44 que dizem respeito ao andamento da obra, atendimento dos prazos e especificações, cumprimento dos cronogramas físicos e financeiros, interrupção e paralisação da obra, inclusive para a hipótese de falência, até a concessão do habite-se e averbação da construção no registro de imóveis.

Muitas dessas normas estão duplamente garantidas, isto é, pela sanção que se segue à regra e, ainda, pela penalidade criminal prevista nos arts. 65 e 66, estas, no capítulo próprio das *infrações*. Poderão, ainda, estar garantidas através do patrimônio de afetação que isola todo o empreendimento do restante do patrimônio ativo ou passivo do incorporador.

### 26.3.3 O objeto — a realização da incorporação

Como já tivemos a oportunidade de nos referir anteriormente, a incorporação se desdobra em uma série de atividades planejadas, que objetivam a realização da incorporação e, no conjunto, quando corretamente executadas, permitem alcançar o resultado desejado. Vamos elencar, a seguir, as principais atividades e que, via de regra, ocorrem em quase todas as incorporações, para, em seguida, comentar, ainda que ligeiramente, em que consistem e, ou como se realizam. As principais atividades, quase sempre indispensáveis na incorporação, obedecem à seguinte ordem de sucessão: a) compra do terreno; b) aprovação do projeto; c) registro do memorial de incorporação; d) contratação da construção; e) comercialização das unidades.

#### 26.3.3.1 Compra do terreno

Como já dissemos, a coisa mais importante na incorporação é o terreno onde se vai realizar. Na escolha desse imóvel, alguns atributos têm de ser prévia e cuidadosamente estudados pelo incorporador, como seja: i) se há demanda e qual o tipo de unidades; ii) se a legislação edilícia permite a construção, no local, do tipo de unidades para o qual existe demanda; e iii) se o terreno permite construção economicamente viável.

Não raro o incorporador adquire o terreno, assumindo a obrigação de efetuar o pagamento do preço, "no todo ou em parte", com unidades a serem construídas no próprio local, o que vem previsto no art. 39 da lei — forma de aquisição essa que passou a ser denominada de "*permuta no local*". Essa modalidade de pagamento é tão importante e usual que a ela dedicaremos uma explanação mais abrangente no capítulo voltado aos contratos de incorporação.

Essa condição, ou a existência de alguma dívida ou gravame onerando o terreno, deve figurar nos contratos de venda das unidades, embora isso, na prática, nem sempre ocorra.

### 26.3.3.2 A Aprovação do Projeto

Grande parte do sucesso da incorporação depende do projeto e da especificação da obra. Do bom projeto, que significa estar compatível com o ambiente e atender às necessidades e possibilidades do mercado e, ainda, de ser economicamente viável, em termos de custo de execução, é que depende sua aceitação comercial pelo público alvo. O incorporador tem de acompanhar os estudos e o desenvolvimento do projeto arquitetônico, com as características previstas quando da aquisição do terreno, até a sua aprovação pelo órgão municipal.

O projeto é parte indispensável do memorial e ambos fazem parte integrante e complementar do compromisso de venda da unidade (art. 48, § 1º), sendo o incorporador co-responsável, com o construtor, pela fiel execução do projeto com todas as suas especificações.

### 26.3.3.3 O Memorial de Incorporação

O incorporador tem de satisfazer uma série de exigências legais antes de iniciar a comercialização e que estão enumeradas no art. 32 da lei comentada. São cerca de 15 itens, mas que se transformam em centenas de documentos, conforme o volume e complexidade do empreendimento e a diversidade de incorporadores e proprietários do terreno. O elenco é longo, mas está minuciosamente detalhado, incluindo até as instruções a entes públicos para a padronização de normas e formulação de procedimentos, que cuidam de regras administrativas de interpretação literal. Vamos resumir as exigências legais:

I) Elementos: Analisadas essas regras em conjunto, temos que o incorporador deve apresentar a seguinte documentação: a) o *título aquisitivo* com o histórico da propriedade, autorização do proprietário para demolir e fracionar o terreno, ou procuração bastante para a incorporação, se for de terceiro; b) *as certidões negativas* do imóvel, a inexistência de restrições impeditivas, com a quitação dos tributos sobre a propriedade e, pessoais dos proprietários e incorporadores, cíveis e criminais; c) *documentos técnicos*: plantas aprovadas, especificações detalhadas (memorial descritivo) dos materiais, quadro de áreas, das unidades e áreas comuns e avaliação dos custos, discriminação de frações e de vagas de garagem e, ainda, a minuta da futura convenção do condomínio; d) *atestados e declarações do incorporador*, inclusive sobre eventual prazo de carência da incorporação.

II) Desistência ou Arrependimento: Quando o incorporador admitir a possibilidade de desistir de realizar a incorporação, deverá fa-

zer constar do memorial a prerrogativa conferida pelo art. 34 da lei *sub comento* (Lei nº 4.591, de 1964), e o prazo dentro do qual será possível denunciar a incorporação, devolvendo aos adquirentes as importâncias recebidas, acrescidas de juros e da correção monetária.

III) Arquivamento: Deve-se, por isso, prestar especial atenção à regra que impede o incorporador de promover a venda de unidades antes do arquivamento do memorial de incorporação, significando que somente poderá fazê-lo, quando a documentação completa estiver depositada e aceita pelo Oficial do Registro de Imóveis, que procederá ao registro da incorporação, concedendo-lhe um número de registro.

Esse número de registro tem de constar dos anúncios e de todo o material de divulgação e publicidade do empreendimento, exceto anúncios classificados, e também dos contratos de venda de unidades, possibilitando aos futuros adquirentes, ou a quem interessar-se pela incorporação, solicitar e obter cópias dos documentos, plantas, especificações e o que mais fizer parte da incorporação.

IV) Efeitos do registro: O registro do memorial de incorporação tem, portanto, diversas finalidades, cabendo destacar: i) é uma proposta irrevogável de contrato, significando dizer que detalha os compromissos e obrigações do incorporador perante aqueles que adquirirem unidades no empreendimento; ii) preenche o requisito da publicidade e, assim, passa a valer "*erga omnes*", caso não haja a retratação dentro do prazo fixado, se esta estiver expressamente prevista; e iii) torna-se documento público, possibilitando a qualquer interessado a obtenção de cópias e a verificação do cumprimento das obrigações, de qualquer natureza, assumidas pelo incorporador; iv) aperfeiçoa-se, com a aceitação por parte do adquirente, o que se dá com a aquisição da fração de terreno e contratação da construção das acessões correspondentes à futura unidade.

### 26.3.3.4 A contratação da construção

Não sendo o próprio incorporador o construtor, então a tarefa mais importante talvez seja a da contratação da construção e cujo estudo merecerá, de nossa parte, um capítulo próprio tal a relevância que a própria lei atribui a essa atividade.

Por ora basta dizer que o incorporador é o principal responsável pela segurança e qualidade da edificação, como também pelo cumprimento do prazo de entrega, daí por que lhe compete não só escolher criteriosamente o construtor, firmar um contrato detalhado e, principalmente, fiscalizar a qualidade dos materiais e da execução da obra.

Pode ocorrer que, sendo o incorporador o próprio construtor e comprometendo-se a vender e entregar as unidades prontas e acabadas na forma do art. 43, fique dispensada a instrumentação do contrato de construção, já que este não é exigência expressa do memorial. Todavia, mesmo nesse caso, o contrato existe e produz seus efeitos legais. Observe-se que, no memorial arquivado, estão delineadas todas as obrigações do incorporador, inclusive no tocante à especificação técnica e execução da obra e todos os demais detalhes da construção. Se o incorporador é o próprio construtor, isso apenas funde, em uma só pessoa, as obrigações atribuídas a ambos, estejam elas na lei, ou no memorial, que é o próprio contrato.

#### 26.3.3.5. Comercialização das unidades

Nessa tarefa, ou prerrogativa, do incorporador se resume toda a incorporação imobiliária, porquanto é desse modo que se exterioriza a atividade e é nesse momento que se celebra o que se convencionou chamar de “*contrato de incorporação*”, matéria que estudaremos em seguida.

Pode, e costuma, o incorporador usar corretores nesse mister, embora isso nem sempre ocorra nos pequenos empreendimentos, já que, na maioria dos casos, o lançamento é peça fundamental na promoção das vendas. O corretor é obrigado a verificar o preenchimento das exigências legais, antes de anunciar a venda, sob pena de se tornar co-responsável pelas obrigações passivas do incorporador.

No que se refere à comercialização propriamente dita, não resta a menor dúvida de que esse é, talvez, o aspecto primordial da incorporação, porquanto um insucesso nas vendas pode determinar a desistência da incorporação, por falta de compradores ou de recursos para levar o empreendimento a bom termo.

Por isso, os incorporadores, antes de se decidirem pelo projeto, ou seja, já no planejamento inicial, consultam os corretores de sua confiança para receberem orientação adequada quanto ao tipo de unidades que terá aceitação no local do empreendimento, no momento do lançamento (ex.: se de 1, 2 ou 3 quartos), a especificação da obra e se o preço previsto, então, será absorvido pelo mercado.

O lançamento, que marca o início da comercialização, assume aspectos de tal modo relevantes para o incorporador, em razão da publicidade em torno do empreendimento, que passa a caracterizar a proposta pública de venda da incorporação. É nesse momento da venda que surge o *contrato de incorporação* e que se traduz, efetivamente,

num compromisso de venda de um imóvel, ainda não existente, mas que deverá ser construído com todas as características e especificações constantes do memorial.

Vamos examinar, a seguir, os principais contratos que surgem dentro de uma incorporação imobiliária, pondo em relevo aquele que, sem dúvida, é o objeto desse capítulo.

### 26.3.4 Os Contratos

Antes de examinarmos o negócio jurídico objetivado pela incorporação, que é o de venda das unidades, é necessário pôr em relevo aqueles contratos que, mesmo celebrados pelo incorporador com terceiros, poderão ser sub-rogados aos adquirentes das unidades, os quais, desse modo, assumiriam os respectivos ônus e obrigações.

Assim, nessa fase do nosso estudo, não estaremos voltados para as obrigações contratuais que dizem respeito tão-somente ao incorporador, mas vamos nos referir, dentre os diversos contratos que habitualmente se realizam durante uma incorporação, a duas espécies que podem, conforme o caso, integrar o contrato principal de venda da unidade a ser construída. Esses contratos são a permuta e o contrato de construção, que serão estudados antes de se abordar o contrato principal.

#### 26.3.4.1 Permuta e Promessa de Permuta

O primeiro desses contratos que surge com alguma frequência tem ensejo no momento da compra do terreno quando o vendedor aceita o pagamento do preço, no todo ou em parte, com unidades a serem construídas no local. A venda com o pagamento em espécie, ou a permuta por imóveis prontos, assumem as particularidades daqueles negócios específicos e que já foram abordadas anteriormente, não havendo, portanto, necessidade de nos determos, novamente, nessas modalidades contratuais.

O contrato que agora nos referimos é o tipo de operação que o mercado imobiliário denominou de “permuta no local”, que vem a ser uma espécie de negócio jurídico criado pela Lei nº 4.591, de 1964 — e que significa a celebração de promessa de venda do terreno (no todo ou em parte) com o pagamento do preço (total ou parcial) realizado através da promessa de construir e entregar unidades prontas no local da incorporação.



Essa modalidade de aquisição de imóvel, criada pela lei em questão, teve por objetivo, de um lado, facilitar ao incorporador a realização do empreendimento, pela desnecessidade de realizar o desembolso do preço total do terreno, ou de boa parte dele, como ainda propiciar ao dono do terreno a oportunidade de auferir parte dos lucros que a incorporação vier a proporcionar.

Não nos cabe aqui dissertar sobre a possibilidade de prejuízo na incorporação, eis que o risco é uma das características da atividade empresarial. Entretanto, se um proprietário, em vez de receber o preço do terreno, investe o valor correspondente na própria incorporação, passa a participar diretamente dos resultados por ela obtidos, na proporção do seu investimento.

É como se adquirisse, a preço de custo, ou próximo disso, unidades a serem construídas, pagando, adiantadamente, com o valor do terreno e lucrando com a valorização dos imóveis prontos, que passam a valer o preço de mercado. É a, assim chamada, "permuta" do terreno por unidades a serem construídas "no local".

Via de regra, o proprietário reserva para si uma parte do terreno e que corresponderá às frações a serem vinculadas às unidades que lhe caberão na incorporação, transferindo, para o incorporador, a fração de terreno restante, que será permutada pela construção (benfeitorias) das unidades que caberão ao dono do terreno e que corresponderão à fração retida.

Como as unidades não existem, ainda, no momento em que se concerta a transação, o instrumento hábil é uma promessa, que se torna efetiva quando concluída a construção. J. Nascimento Franco e Niske Gondo<sup>609</sup> consideram que se trata de promessa de permuta de parte ideal do terreno por unidades a serem construídas para seu proprietário. Vão além: rebatendo as críticas dos que não admitem a promessa de permuta por falta de previsão expressa na lei, os renomados professores sustentam que a modalidade contratual foi expressamente criada, eis que o autor do anteprojeto, o insigne civilista Caio Mário da Silva Pereira<sup>610</sup>, ao comentar o art. 32, letra a, da Lei nº 4.591, de 1964, teria implicitamente admitido essa modalidade de negócio quando diz: "Faz a lei menção a promessa de compra e venda, de

cessão e de permuta. Mas não esgota as hipóteses, pois que tem o mesmo valor outro título que a estes equivalha em compromisso de alienação, como a promessa de doação ou de dação em pagamento, desde que revestida dos outros requisitos".

Concluídas as obras e obtido o habite-se, o proprietário recebe a quitação da construção das unidades que lhe caberão, e efetiva a venda, ao incorporador, ou aos cessionários — os adquirentes de unidades — das frações de terreno compromissadas, concluindo-se, assim, a permuta. Adiante, ao examinarmos o contrato principal, falaremos na sub-rogação da permuta ao comprador da unidade, quando, então, as obrigações da promessa de permuta, ou os seus ônus, passam a integrar o compromisso de venda da unidade.

#### 26.3.4.2 O Contrato de Construção

Se o incorporador não for, ele próprio, construtor ou, melhor dizendo, se a incorporação não estiver sendo realizada por uma empresa construtora, nesse caso tem de existir um contrato de construção que, segundo dispõe o art. 48 da Lei nº 4.591, de 1964, poderá ser pelo regime de "empreitada" ou por "administração" e poderá ser contratada, pelo incorporador, ou diretamente entre os adquirentes e a construtora.

A ressalva inicial tem seu fundamento no fato de que o contrato de construção não é peça fundamental da incorporação, já que não se inclui entre os documentos necessários ao arquivamento do memorial e poderá não existir quando uma empresa construtora, além de promover a incorporação e executar, ela própria, a obra projetada, decide vender as unidades na forma do art. 41, isto é, por preço global, compreendendo a cota de terreno e a construção.

Na hipótese acima, não haverá um contrato formal de construção, que deixa de ser elemento específico da incorporação, já que o contrato existirá de forma acessória ou tácita. O mesmo ocorre quando o incorporador contrata a construção com terceiros, mas procede às alienações por preço global, hipótese esta que, como a anterior, será apreciada no título subsequente.

Deve-se, ainda, destacar que as duas modalidades de contrato de construção previstas na lei podem ser ajustadas pela construtora escolhida pelo incorporador, diretamente com os adquirentes ou, então, celebrado entre a construtora e o próprio incorporador, nesse caso, com ou sem sub-rogação aos compradores de unidades.

609 GONDO, Niske e J. Nascimento Franco. *Incorporações Imobiliárias*, RT, 2ª ed., 1986, p. 18.

610 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*, 2ª ed., Forense, p. 210.

Os contratos deverão conter, e/ou especificar, todos os elementos técnicos constantes do memorial de incorporação e subordinar a construção ao projeto aprovado, memorial descritivo, especificações, prazo de entrega, de preferência das diversas etapas e o prazo final, fixando-se, ainda, as hipóteses de prorrogação e suspensão do prazo, o preço, as condições de pagamento, as penalidades e multas, bem assim as condições especiais acaso acertadas.

A lei prevê, também, nessa parte geral que, no contrato de construção, celebrado com os adquirentes, ou a estes sub-rogado no momento da venda, se preveja a formação de um "condomínio construção", com a realização de assembléias, modo de convocação e forma de instalação e funcionamento, registro das atas no Cartório de Títulos e Documentos e a constituição de Comissão de Representantes com as respectivas atribuições e prazo dos respectivos mandatos.

Finalmente, diz a lei, o contrato deve estabelecer de quem será a responsabilidade pelo pagamento das despesas com ligações de serviços públicos, nem sempre previsíveis ao início da construção, como as relativas à instalação do condomínio, decoração de portaria e mobiliário, que devem atender às deliberações dos compradores e possibilidades da maioria. Com esse dispositivo, o legislador liberou o incorporador da obrigatoriedade de incluir tais despesas no custo geral da obra; possibilitando, com isso, a cobrança de tais despesas, destacadamente do preço da construção, mediante rateio entre todas as unidades na proporção que for convencionada no contrato.

Analisaremos a seguir, embora de modo sintético, as duas modalidades de contrato de construção previstas na lei, naquilo que têm de especial.

#### 26.3.4.2.1 Do contrato de empreitada

A empreitada da lei de incorporação pouco acrescenta às disposições previstas no Código Civil (art. 610 e seguintes), notando-se, apenas, que se admite que o preço combinado seja fixo ou reajustável. Nessa última hipótese, a variação do preço deverá ficar sujeita a um índice de reajuste previamente determinado, dentre aqueles disponíveis nos órgãos especializados na medição da inflação ou do aumento de custos setoriais.

No caso, são aplicáveis, durante a fase de construção, os índices de aumento de preço da construção civil que apuram com mais rigor as variações de seus custos, isto é, a inflação nos preços da mão-de-obra e dos insumos desse setor específico da atividade industrial. É oportu-

no observar que a legislação vigente, a partir do plano real<sup>611</sup>, estabeleceu medidas restritivas à atualização monetária e à utilização de determinados índices, seguindo a tendência de se eliminar, o mais que possível, a indexação de preços, proibindo a aplicação da correção monetária nos contratos de prazo inferior a 12 meses.

Uma das exceções à indexação está na venda de imóveis para entrega futura e pagamento em prestação, no prazo igual ou superior a três anos, para as quais admitiu-se a aplicação de índices setoriais de atualização de preço, durante o tempo que durar a construção.

Pela Medida Provisória nº 1.488, de 29 de novembro de 1996, abriu-se uma exceção à regra da atualização monetária anual, porquanto admitiu, nos contratos cujo objeto seja a produção de bens e serviços para entrega futura, como é o caso da Incorporação Imobiliária, a cobrança da correção monetária incidente sobre cada prestação a cada período de 1 ano contado a partir da contratação e, ainda, no vencimento final do contrato. Esta modalidade de correção, que permite a acumulação do chamado "resíduo inflacionário" para a cobrança nos prazos previstos, foi transformada em lei e inserida no art. 2º, §4º, da Lei nº 10.192 de 2001, que estabeleceu as medidas complementares do Plano Real.

As demais regras específicas do contrato de empreitada dizem respeito à fiscalização por parte da Comissão de Representantes e, também, com relação à publicidade das vendas envolvendo esta modalidade de contrato de construção.

#### 26.3.4.2.2 Do contrato por administração

Essa espécie de contrato de construção, também denominada pela própria lei como *a preço de custo*, difere da anterior somente no que se refere aos riscos dos aumentos de preço dos insumos e da mão-de-obra que, nesse caso, são assumidos diretamente pelos adquirentes. Seria essa a modalidade preferida pelos construtores, não fosse o desvirtuamento que acabou sofrendo na prática, eis que se veriam livres das oscilações de custos e dos imprevistos que, de tão comuns e frequentes, jamais deveriam ter esse nome.

Se seguida à risca a forma preconizada na lei, com orçamento criterioso, atualizado periodicamente, e acompanhamento, por parte dos

611 Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994, e Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995.

condôminos, através da Comissão de Representantes — ao desenvolvimento da obra, aquisição de materiais, controle de custos, folha de pagamento de salários, recolhimento de tributos e regularidade de cobrança —, deveria ser a forma ideal que possibilitaria a um grande número de pessoas a construção de suas casas.

Nesse tipo de contrato, seja ele celebrado pelo incorporador com a construtora e sub-rogado para os adquirentes, ou ainda, contratado diretamente pela construtora com os futuros proprietários, os custos e despesas são, mensalmente, previstos ou estimados e rateados entre os condôminos, os quais acompanham, diretamente através das Assembléias ou, indiretamente, através do Conselho de Representantes, todo o desenvolvimento e custeio da obra.

Entretanto, muitos fatores contribuíram para desgastar essa modalidade, simples e engenhosa, de se construir coletivamente, e que, sem estabelecer prioridades, podemos, assim, enumerar: a) a construção a preço de custo exige o desembolso de todo o preço durante o prazo de construção, tornando difícil a obtenção de financiamento; b) a perda do poder aquisitivo da classe média afastando um grande contingente de possíveis adquirentes; c) a ausência de controle efetivo de órgãos governamentais e a lenta atuação da justiça, redundando em proteção aos infratores e afastando aqueles que cumprem suas obrigações.

Não foi só isso. A inexperiência de alguns e a irresponsabilidade de uma outra parte de empresários encarregaram-se de desmoralizar essa que seria a forma ideal de se realizar empreendimentos de pequeno e médio portes, eis que muitos deles viram, nessa espécie de contrato, a possibilidade de aumentar seus lucros, deixando que o custo corresse livremente, já que quanto mais altas as despesas, maior a comissão de administração a que teriam direito.

Hoje, os incorporadores mais conscientes, quando contratam a construção por esse regime, fixam, além de rigoroso controle sobre o construtor, um limite de oscilação do custo em relação ao orçamento aprovado, contemplando, com prêmios, a economia realizada e, com severas penalidades, os excessos de custos ocasionados. Tais controles, todavia, se acham, por enquanto, fora do alcance dos adquirentes das unidades pela ausência de mecanismos legais que os orientem na contratação e propiciem a atividade fiscalizadora.

No contrato por administração é que, mais freqüentemente, ocorre a sub-rogação, para os adquirentes das unidades, das obrigações oriundas da permuta celebrada entre o proprietário do terreno e o incorporador. Se o proprietário de um terreno, no qual se vai construir um prédio de 20 apartamentos, empiricamente, de valores iguais,

compromete-se a permutá-lo por 25% das unidades a serem construídas no local, ou seja, 5 unidades, os adquirentes dos 15 apartamentos restantes pagarão, além do custo de suas respectivas unidades, mais o valor proporcional de 1/15 do custo dos apartamentos a serem permutados, isto é, das cinco unidades a serem dadas em pagamento ao dono do terreno, com o que estarão pagando o preço correspondente às suas frações ideais.

As demais regras específicas da construção por administração prevêem a atuação da Comissão de Representantes, fixando suas atribuições e disciplinando a propaganda, pouco havendo a diferenciá-las das normas que envolvem a empreitada.

#### 26.3.4.2.3 Construção pelo sistema de "condomínio fechado"

Uma última observação quanto a essa modalidade de contrato de construção é que a obra "por administração" é, também, a forma contratual preferida nas construções realizadas pelo sistema denominado de "condomínio fechado".

Trata-se de "incorporação" informal porque dispensa o arquivamento do memorial de incorporação. É, usualmente, realizada por construtora, interessada, tão-somente, na execução da obra que, uma vez garantida a compra de um determinado terreno, reúne um grupo disposto a aceitar essa modalidade de contrato "por administração", celebrando-se, simultaneamente, os contratos de compra do terreno e de construção por administração, tanto que "fechado" o condomínio, significando que se completou o número de adquirentes para todas as unidades de que se irá compor o edifício projetado.

Esse incorporador informal adquire a propriedade de um terreno apto para a construção, ou promete comprá-lo para cessão aos futuros proprietários, ou ainda, obtém do proprietário do imóvel uma opção de compra, a ser exercida em determinado prazo e condições, até que seja formado o grupo, isto é, reunidos interessados, em número suficiente para aquisição de todas as unidades, para só então ser contratada a compra do terreno, diretamente em nome dos condôminos.

A rigor, no condomínio fechado, não há a figura do incorporador ou, melhor dizendo, ninguém assume ostensivamente essa posição jurídica, conquanto nisso convêm os próprios adquirentes de frações ideais do terreno. Isso porque, ao constituírem um condomínio *pro indiviso* na propriedade do terreno, contratam, também, no mesmo ato, a construção do edifício e de suas respectivas unidades, previamente discriminadas no momento da aquisição. Essa discriminação

prévia somente será efetivada ao final da construção, no momento da averbação no registro de imóveis, ocasião em que cada unidade será vinculada à fração ideal de terreno do respectivo condômino, constituindo-se, assim, na propriedade da unidade autônoma que de início foi prevista para cada um dos adquirentes.

No momento da averbação da construção, procede-se à instituição do condomínio especial ou edifício mediante requerimento dos condôminos que deverão apresentar a convenção do condomínio, tudo conforme preceitua o art. 1.332 do Código Civil.

Portanto, à primeira vista, não ocorre a incorporação imobiliária nesse tipo de empreendimento; seriam incorporadores os próprios adquirentes das frações, mas há casos em que haverá risco de se responsabilizar, como incorporador, o proprietário do terreno se, ao prometer vender as frações, aceitar o pagamento do preço, no todo ou em parte, em unidades a serem construídas pelos adquirentes das demais frações (através de permuta no local), ou, então, a própria construtora que, em geral é quem ajusta a compra do terreno, quando o revende em frações e contrata, ela própria, a construção, responsabilizando-se pela realização do empreendimento.

No condomínio fechado, o pagamento do preço do terreno através de unidades a serem construídas no local (promessa de permuta de frações por benfeitorias a serem vinculadas às frações retidas pelo proprietário do terreno) é a forma mais usual de negociação do terreno e de viabilização desse tipo de negócio imobiliário.

#### 26.3.4.3 O Condomínio (Construção)

Como já vimos durante o estudo do "Condomínio", a sua origem ou o seu nascimento decorre da conjugação de três fatores: o *objetivo*, que é a existência de um prédio ou uma construção projetada, ou em andamento, que se irá constituir de diversas unidades autônomas; o *subjetivo*, isto é, que tais unidades pertençam a mais de um dono e, finalmente, o fator *institucional ou legal*, ou seja, que tudo isso se encontre devidamente instrumentalizado de acordo com a legislação competente.

Constatamos ainda que pode existir um hiato entre a constituição do condomínio, que pode ocorrer de diversas formas, e o seu efetivo funcionamento, já que, via de regra, os adquirentes de unidades somente irão assumir a administração da coisa comum por ocasião do recebimento das chaves, mediante a Assembléia Geral de Instalação do Condomínio.

Geralmente, na fase da construção, o Condomínio já existe, mas não funciona. Entretanto, como podemos deduzir de alguns dos dispositivos da lei em questão, o Condomínio poderá instalar-se durante a construção e, por esse motivo, passaremos a designá-lo nessa fase como "Condomínio Construção", atentos, sempre, à sua finalidade específica.

Com efeito, a lei prevê, no art. 49, a possibilidade de que os "contratantes" da construção de unidades — tenham, eles, contratado a obra por empreitada ou por administração e, mesmo, se para entrega a prazo e preço certos, na forma do art. 43 — reúnam-se em assembléia para discutir os assuntos relativos a seus interesses coletivos, deliberando por maioria simples, exceto quanto ao direito de propriedade.

Nesse ponto temos de fazer uma observação, que não deixa de ser curiosa, quanto à qualificação que a Lei nº 4.591, de 1964, dá ao "participante" não-ativo da incorporação, isto é, àquele que se encontra no pólo oposto ao do incorporador no contrato de incorporação que, conforme a natureza do contrato, é tratado ora como *adquirente*, ora como *contratante* e, finalmente, como *condômino*, como ainda voltaremos a estudar.

O terceiro ponto a se destacar é quanto à disposição contida no art. 50, que prevê a constituição de uma Comissão de Representantes — dos "contratantes", porquanto este artigo cuida da *construção em geral* — "designada no contrato de construção, ou eleita em Assembléia Geral", com poderes gerais de representação "sem necessidade de instrumento especial outorgado pelos contratantes...", especialmente os elencados no art. 61.

A última questão a ser observada é a de que o *grupo*, ou a *coletividade*, que é representada pela Comissão e, por vezes, designada por *Condomínio*, isso, obviamente, ainda durante a construção, está autorizado a contratar modificações com qualquer condômino, possuindo, ainda, uma suprema prerrogativa, que é de adjudicar, ao *Condomínio*, unidade leiloada pertencente a condômino inadimplente (art. 63, § 3º).

A conclusão que se tira da análise conjunta dessas questões é a de que o Condomínio — cuja existência é formada pela conjugação dos fatores que acima enunciamos e que é implantado, normalmente, com a entrega das chaves aos adquirentes e o registro da convenção — pode ter antecipada essa formação ainda durante a construção. A instalação

do Condomínio durante a construção não é obrigatória, conforme dispõe o art. 49, no qual consta apenas que os contratantes “*poderão reunir-se em Assembléia*”, dando a essa instalação o caráter eminentemente facultativo. O Condomínio existe desde o momento em que uma das futuras unidades foi adquirida por um *condômino*, podendo ser instalado, ou não, conforme as circunstâncias, durante o desenrolar da construção.

O aspecto institucional desse *Condomínio-construção* diverge inteiramente do *Condomínio-edificação*, especialmente porque são diferentes os seus objetivos. Tradicionalmente, o condomínio, hoje denominado “*edifício*”, pressupõe a existência de uma edificação, composta de partes comuns e unidades autônomas, se dirige à administração do prédio já edificado e seu funcionamento, como ainda, regula as relações entre os titulares de propriedades individuais, entre si, e entre estes e a coisa comum. Já o *Condomínio-construção* prescinde dos requisitos da edificação, ainda inexistente, e se acha voltado para a realização da obra e a conclusão da incorporação, regulando, de igual modo, as relações entre os futuros condôminos, partícipes da incorporação, entre si e entre estes e a coisa comum.

Num, o primeiro, o estatuto é a convenção, e o funcionamento tem início com a Assembléia Geral de Instalação; no outro, dispõe o art. 50, o regramento jurídico deve se achar no contrato de construção e, claro, nos demais dispositivos pertinentes da própria lei, sendo que a instalação, segundo esse mesmo artigo, se dará com a eleição (ou posse) da Comissão de Representantes em Assembléia Especial convocada antes do início da obra, embora, dizemos nós, nada impeça que se realize depois disso.

Se a obra for contratada na forma do art. 43, para entrega a preço e prazo certos, normalmente não se instalará o Condomínio-construção, salvo se, paralisada a obra ou inadimplido o contrato, resolverem os “condôminos” assumir as rédeas da construção, convocando a assembléia, como prevê o dispositivo legal que já tivemos oportunidade de examinar.

A rigor não existem dois *condomínios*. É o mesmo, pois tem um só objeto (a edificação) e os mesmos titulares (os adquirentes que se tornarão condôminos). O que muda é o objetivo imediato, o que conseqüentemente altera, em parte, o funcionamento, eis que, no primeiro momento, se visa à construção e, concluída esta, a finalidade passa a ser a própria edificação.

#### 26.3.4.4 Contrato de incorporação

##### 26.3.4.4.1 Natureza jurídica

A lei de condomínio se refere ao contrato de incorporação que, com a devida vênia, se nos parece absolutamente impróprio, já que raríssimas vezes vai ser encontrado com essa denominação, conquanto designa melhor a atividade do incorporador do que a espécie de contrato por ele realizado. Cuida do instrumento pelo qual o incorporador se compromete a vender uma unidade condominial que, embora devidamente projetada e especificada, ainda não existe no momento do contrato. ORLANDO GOMES proclama que a “incorporação abrange distintos atos jurídicos que podem ser objeto de contratos diversos: compra e venda ou promessa de venda de coisa comum e de coisa privativa, construção de edifício ou de um conjunto de edificações, instituição de um condomínio especial”<sup>612</sup>.

Trata-se de um contrato misto que envolve duas modalidades principais de obrigações e uma terceira, que se origina do cumprimento das anteriores. Consiste a primeira delas, básica e fundamental, no compromisso de venda e compra de uma fração de um determinado terreno ao qual se vinculará a construção de uma unidade imobiliária, cujas características, dimensões e especificações já estão devidamente assentadas por documento público, que é o memorial de incorporação.

A segunda avença que deve integrar o mesmo instrumento contratual é, sem dúvida alguma, um contrato de construção que pode revestir-se de uma das duas possíveis formas: ou é um contrato de construção específico que, como já vimos acima, poderá ser por “*empreitada*” ou por “*administração*”, ou, então, a mais comum das modalidades, que é o contrato de construção tácito ou implícito, que assume, contratualmente, a forma de um compromisso de construir e vender as benfeitorias que se irão constituir na futura unidade imobiliária, com as características tornadas públicas e constantes do memorial descritivo.

Finalmente, em conseqüência do cumprimento das obrigações antecedentes, nasce uma nova edificação, ocasionando o surgimento do condomínio especial, cuja instituição é o objetivo final de todos os interessados no contrato.

612 GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 450.

Resumindo, o contrato de incorporação, temos sempre em mente um contrato típico, envolvendo uma compra e venda (ou o compromisso de venda ou cessão) de uma fração ideal de terreno, vinculada a um contrato de construção (por empreitada, a preço fixo ou reajustável, ou por administração), integrando-se a tais contratos a constituição de um condomínio especial, que é a primeira hipótese, ou então, a mais comum, que é o contrato previsto no art. 41, que preferimos denominar *de compromisso de compra e venda de unidade a ser construída para entrega futura*, que tem o mesmo objeto, com a variação de forma que nada influi na substância do contrato.

A observação que acabamos de fazer, quanto a essas diversas modalidades de contrato, é que nos conduz a uma outra, qual seja, a de que a lei, não por acaso, ao cuidar das obrigações e direitos do incorporador (Capítulo II da Lei nº 4.591, de 1964), designa o beneficiário da norma jurídica, quase sempre, como *adquirente*, espelhando, dessa forma, a relação jurídica contratual de que ali se cuida.

O mesmo se dá no Capítulo III, que trata dos contratos de construção, passando, então, os adquirentes a serem designados *contratantes*, até que, quase ao final, passem, conforme o assunto e em certas circunstâncias, a ser indicados como *condôminos*, pondo-se assim em relevo a espécie de relação jurídica que em cada momento esteja sendo objetivada.

Essa é mais uma das características do instituto que funde a complexidade de um contrato misto, envolvendo um compromisso de venda de fração de terreno com uma obrigação de fazer, juntamente com a constituição de uma propriedade condominial, convergindo, tudo, para o objeto único, que é a realização da incorporação.

#### 26.3.4.4.2. Características do contrato de Incorporação

Para caracterizar o contrato de incorporação, o mestre Orlando Gomes declara que "é sinalagmático, simplesmente consensual, oneroso, formal e de execução diferida"<sup>613</sup>. Esse elenco vem repetido, explicitado por Everardo Augusto Cambler<sup>614</sup>, do seguinte modo, "Considerado em si mesmo, o negócio incorporativo, quanto à natureza da obrigação entabulada, caracteriza-se como bilateral (sinalagmático) simplesmente consensual, oneroso, comutativo, por adesão;

613 GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 448.

614 CAMBLER, Everardo Augusto. *Incorporação Imobiliária*, p. 193 e 195.

quanto à forma, formal (não solene); quanto à designação: nominado (típico); quanto ao tempo de duração: de execução continuada; quanto à pessoa do contratante: pessoal. (*omissis*) Considerado em relação a outros contratos, o contrato de incorporação configura-se como principal, pois possui existência própria, independente da existência de outros contratos firmados dentro do sistema de incorporação *lato sensu*, muito embora com eles esteja intimamente relacionado."

#### 26.3.4.4.3. Elementos do contrato

Do instrumento desse contrato devem constar, detalhadamente, todos os direitos e obrigações estabelecidas pelas partes, salvo aqueles elementos obrigatoriamente constantes do memorial de incorporação que o adquirente deve ter ciência e receber cópia no ato do contrato. Tudo o mais que não constar do memorial, isto é, que tiver caráter negocial, deve constar expressamente do contrato. Vamos oferecer as linhas gerais desse contrato:

a) *identificação das partes*, sendo essencial que entre os outorgantes estejam devidamente qualificados: i) os promitentes vendedores da fração de terreno; ii) o incorporador, se a pessoa deste não se confundir com o promitente vendedor e, ainda; iii) o construtor, se a construção estiver sendo contratada com o adquirente da unidade;

b) *histórico do empreendimento*, especificando: i) o título aquisitivo do terreno; ii) o projeto aprovado; iii) o arquivamento do memorial e o número do registro; iv) o contrato de construção; e v) a existência de ônus reais, financiamentos e quaisquer outras obrigações pendentes relativas ao terreno ou a serem eventualmente transferidas para os adquirentes, inclusive eventual permuta;

c) *o objeto*; isto é, qual a unidade compromissada, sua localização, dimensões do terreno e respectiva fração ideal, vagas de garagem e quaisquer outros atributos, benfeitorias e/ou direitos reais que se vincularem à unidade;

d) *o preço* e condições de pagamento; valor de prestações e parcelas, índices e modalidade de reajuste do preço; vencimentos e local de pagamentos; ainda, a responsabilidade por encargos, impostos, despesas acessórias e de instalação do condomínio;

e) *a construção*; acompanhamento da obra, possibilidade de modificações, prazo e condições de entrega das chaves, prorrogação ou atraso culposo e por motivo de força maior;

f) *cláusulas penais*; moratórias e compensatórias, rescindibilidade do contrato e valor a ser restituído;

g) *condições gerais*; a possibilidade de cessão do contrato; procuração para regularizar o terreno ou modificar o projeto atendendo a determinadas circunstâncias, assinar a convenção do condomínio e o que mais de especial tiver sido convencionado.

Também deve constar do contrato, se prevista a hipótese no memorial, a faculdade e o prazo para se denunciar a incorporação, que é designado como prazo de carência (art. 34), dentro do qual é permitido ao incorporador desistir de realizar o empreendimento, o que ocorre se não reunir um número de adquirentes suficientes para levar a bom termo a incorporação.

Como em qualquer contrato, é importante que se estabeleça a previsão para as infrações de ambos os lados, seja para o atraso na entrega, como por inadimplemento do adquirente, notando-se que a lei atual, o CDC, considera nula a cláusula que estipule a perda das importâncias pagas, devendo, portanto, existir previsão de restituição, ainda que parcial. De qualquer modo, persiste a possibilidade de ser reduzida a multa estabelecida sempre que ao juiz parecer excessiva a penalidade convencionada (art. 413 do atual Código Civil, antigo art. 924 do C. Civil de 1916).

Apesar de toda a regulamentação existente, ainda assim, os contratos são, via de regra, padronizados e estabelecidos sobre a forma de *contrato de adesão*, sendo muito pequena, na maioria dos empreendimentos, a margem para se discutir questões consideradas negociais.

#### 26.3.4.4.4. *Inadimplemento do adquirente*

O inadimplemento do contrato por parte do adquirente consiste, fundamentalmente, na abstenção do pagamento das parcelas ajustadas do preço de compra da unidade, ou nas parcelas devidas pela construção, e dará ensejo a que o incorporador constitua o devedor em mora, mediante interpelação premonitória. Essa é uma condição essencial e prévia ao ajuizamento de ação para desconstituição do contrato.

Em se tratando de contrato de promessa de venda de unidade a ser construída para entrega futura, então, será necessário a interpelação prevista no Decreto-lei 745, de 7 de agosto de 1969, para que o adquirente purgue a mora das prestações vencidas, juros e demais acréscimos moratórios, no prazo de 15 dias. Não pode o incorporador apoderar-se das importâncias pagas, já que existe proibição expressa do Código de Defesa Consumidor, nesse aspecto, já antes examinada.

Havendo contrato de construção ou previsão expressa na promessa de compra e venda, é possível se proceder à venda da unidade através de leilão extrajudicial, conforme preceitua o art. 63 da Lei nº 4.591, de 1964, que estabelece uma forma específica de se levar à praça, a unidade devedora, revertendo o produto da venda para a liquidação das parcelas em atraso e, havendo saldo, colocado à disposição do devedor. A execução por leilão extrajudicial, embora drástica, se destina a evitar que uns poucos inadimplentes provoquem o fracasso do empreendimento inteiro, causando prejuízos a todos os participantes, em especial àqueles que se esforçaram em cumprir suas obrigações.

### 26.4. Responsabilidade Civil Pela Incorporação

#### 26.4.1. *Responsabilidades do incorporador*

O art. 43, inciso II, declara que “o incorporador responde civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, pelos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar, injustificadamente, a conclusão das obras, cabendo-lhe ação regressiva contra o construtor, se for o caso, e se a este couber a culpa.”

Melhim Chalhoub esclarece o que representa tal dispositivo: “Disso decorre que o incorporador responde pela construção seja nas hipóteses em que tiver acumulado também as funções de construtor, seja nas hipótese em que tiver contratado a construção. Neste último caso, a responsabilidade é solidária com o construtor.”<sup>615</sup>

No mesmo sentido, Sergio Cavalieri Filho<sup>616</sup>, que objeta as tentativas de alguns incorporadores de se evadirem das responsabilidades pelos defeitos da construção sob a alegação de não haverem construído o prédio, argumenta com o teor do art. 32 (d, e g) e, art. 43, II e IV, da Lei nº 4.591, de 1964, concluindo: “Como se vê, a responsabilidade do incorporador, sem se falar no contrato, decorre da própria lei, que, por sua clareza, dispensaria maiores considerações. Ele assume a obrigação de fazer, cujo último ato é a entrega de uma ou várias unidades construídas e correspondentes frações ideais do terreno em que se erguem e assentam”. Em seguida, o ilustre Professor e Magistrado reproduz os pensamentos de dois grandes mestres da matéria, o

615 CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*, p. 388.

616 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade Civil*, Malheiros, 5ª ed., p. 356.

primeiro deles, o do Prof. Caio Mário<sup>617</sup>, que assevera: "Quem contrata uma incorporação tem de guardar fidelidade ao prometido, e não pode, unilateralmente, fugir dos termos avençados. O incorporador não se pode plantar na escusativa de que é mero intermediário". O outro raciocínio transcrito é o do mestre Aguiar Dias<sup>618</sup>, do seguinte teor: "O incorporador é o responsável por qualquer espécie de dano que possa resultar da inexecução ou da má execução do contrato de incorporação. Trate-se de entrega retardada, de construção defeituosa, de inadimplemento total, responde o incorporador, pois é ele quem figura no pólo da relação contratual oposto àquele em que se coloca o adquirente da unidade ou das unidades (autônomas)".

#### 26.4.2. Responsabilidade pela construção

De se observar que o art. 618 do novo Código Civil (que reproduz o art. 1.245 do C. Civil de 1916) fixou um prazo de garantia pela solidez e segurança da obra, seja em razão dos materiais como do solo. Tal prazo continua sendo de cinco anos do recebimento da obra, não se tratando, portanto, de prazo prescricional, e foi agora, pelo novo Código, tornado expressamente, "irredutível" pela vontade das partes, e está consagrado, pela doutrina e pela jurisprudência, como *de garantia*, durante o qual o construtor responde pelos defeitos ocorridos. Hely Lopes Meirelles afirmava, na vigência do C. Civil de 1916, que: "O prazo quinquenal dessa responsabilidade é de garantia e não de prescrição, como erroneamente têm entendido alguns julgados. Desde que a falta de solidez ou de segurança da obra apresente-se dentro de cinco anos de seu recebimento, a ação contra o construtor e demais participantes do empreendimento subsiste pelo prazo prescricional comum de 20 anos, a contar do dia em que surgiu o defeito<sup>619</sup>". Não ocorreram, no atual Código Civil, quanto ao prazo de garantia, mudanças que pudessem afetar essa compreensão.

Entretanto, de se notar que o novo Código, nesse mesmo art. 618, introduziu um parágrafo único no qual estabelece um *prazo decadencial* de 6 meses, contado do aparecimento de vício oculto, dentro qual

617 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*, 4ª ed., Forense, p. 283/4.

618 DIAS, José Aguiar. *Responsabilidade Civil em Debate*, Forense, 1ª ed., p. 54, citado por Sérgio CAVALIERI Filho, op. cit., p. 357.

619 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*, RT, 4ª ed., p. 240.

o contratante da obra é obrigado *propor a ação* correspondente. Além da impropriedade processual que nos cabe apenas registrar, há, ainda, uma aparente contradição com o disposto no art. 445, que fixa esse mesmo prazo em até 1 ano, contado do momento que dele se tiver ciência.

Nesse aspecto, não há conflito entre as normas. O vício redibitório é aquele que torne a coisa imprópria para o uso que se destina ou lhe diminua valor a tal ponto que possa ensejar a redibição do contrato ou a redução do preço. O vício oculto pode ser qualquer defeito, na segurança e solidez dos materiais ou da própria execução, não havendo como se restituir as partes ao *status quo d'ante*, por isso que a solução é a responsabilidade civil, do empreiteiro, pelos danos ocorridos.

Há ainda que se avaliar o que representa esse novo prazo decadencial de 180 dias, da data do aparecimento do vício ou defeito, fixado no parágrafo único do art. 618, para que o *dono da obra* proponha a respectiva ação contra o empreiteiro, em face do prazo de garantia fixado no *caput* do dispositivo, que é de 5 anos e, ainda, em razão do consagrado entendimento jurisprudencial e doutrinário de que o prazo prescricional de responsabilidade do empreiteiro, pela solidez e segurança da obra, é o comum ou ordinário, agora, de 10 anos.

Para Sérgio Cavalieri Filho<sup>620</sup>, "três conclusões podem ser extraídas desse dispositivo: 1) O prazo de cinco anos estabelecido no *caput* nada tem a ver com este prazo decadencial. É, como visto, prazo de garantia, de ordem pública, irredutível. 2) O prazo de decadência, estabelecido neste Parágrafo Único, como não poderia deixar de ser, é apenas para o exercício do direito de ação em relação aos vícios e defeitos que a obra apresentar no período de cinco anos. Se nesse prazo a obra apresentar defeitos em diferentes momentos, para cada novo defeito haverá o prazo de 180 dias para a propositura da respectiva ação, sempre a contar do aparecimento do vício ou defeito, mesmo em relação àqueles defeitos que, por ironia, só se manifestarem no último dia dos cinco anos. 3) Esse prazo decadencial só se aplica ao dono da obra em relação ao empreiteiro/construtor, conforme expresso ao texto legal, não afetando a ação de terceiros contra o construtor, sujeitos apenas à prescrição, no prazo estabelecido no novo Código Civil."

620 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, Malheiros, 5ª ed., p. 351.



Finalmente, convém lembrar, no tocante à modificação que está sendo introduzida na lei, quanto a esse prazo decadencial/prescricional, que o próprio Código Civil, no art. 2.028, manda que sejam contados, os da lei anterior, os prazos quando reduzidos pelo novo Código, se, na data de sua entrada em vigor, já houver decorrido mais da metade do tempo na lei revogada. Isso sem se falar, no art. 6º da Lei de Introdução, que prevê o efeito imediato da lei nova, ressalvado o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

As responsabilidades que a lei atribui ao construtor, sejam as da lei ordinária, quanto aos vícios ocultos e quanto à solidez e segurança, ou as específicas da lei de incorporação, como projeto, materiais, áreas, publicidade etc., podem, ou não, constar de contrato expresso, mas não se pode reduzir ou restringir o que dispõe a lei, nem o que está no memorial.

Já vimos também que não é possível diminuir os prazos fixados na lei, ou alterá-los para menos, dentro dos quais prevalece a responsabilidade do construtor e *ipso facto*, do próprio incorporador, já que "não há como se permitir que o prazo seja reduzido, embora nada impeça que ele seja dilatado, já que ele consiste em uma garantia para o dono da obra"<sup>621</sup>.

### 26.4.3. Responsabilidade solidária do incorporador

Mas, sendo o construtor responsável pela segurança e solidez da edificação, o incorporador responde solidariamente com aquele, pelos defeitos da obra. Segundo Sérgio Cavalieri Filho<sup>622</sup>, "em nada altera esta conclusão o fato de ter sido a construção cometida ao construtor. O incorporador continua responsável porque é o contratante. Responde também o construtor, porque é o causador direto do dano e tem responsabilidade legal, de ordem pública, de garantir a solidez e segurança da obra e benefício do seu dono e da incolumidade coletiva, conforme já demonstrado. (*omissis*) Desta forma, quando o incorporador celebra contrato com o construtor, nada mais fez do que estender-lhe a sua obrigação, passando ambos a ser responsáveis pela construção. O incorporador, na realidade, está apenas se fazendo substituir pelo construtor".

621 VIANNA, Marco Aurélio Sá. *Contrato de Construção e Responsabilidade Civil*, Saraiva, 1986, p. 66.

622 CAVALIERI Filho, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, Malheiros, 5ª ed., p. 357.

## 26.5. Extinção da incorporação

A incorporação se resolve extinguindo-se o contrato, tanto pela conclusão, com o adimplemento das obrigações de parte a parte, como, ainda, por um dos modos ordinários de resolução dos contratos, seja por acordo ou por inadimplemento de alguma das partes.

### 26.5.1. Extinção pela conclusão da incorporação

A atividade do incorporador se conclui com o término da construção e a entrega das chaves aos adquirentes. Nesse momento, e concomitantemente à imissão dos condôminos na posse de suas unidades, instala-se o "Condomínio" e efetivam-se, através de escrituras de compra e venda, as promessas daqueles que tenham liquidado os seus preços aquisitivos.

Embora não exista um procedimento padronizado, o Incorporador, via de regra, estando de posse do "habite-se", promove a averbação da construção no Serviço Registral Imobiliário, convocando os compradores, individualmente, para vistoriarem suas respectivas unidades e, se as encontrarem conformes, receberem as chaves através de um termo que corresponde ao cumprimento da obrigação de fazer. Se, na hipótese contrária, forem verificadas irregularidades na construção, o adquirente poderá receber as chaves com ressalvas ou, então, adiar o recebimento delas até a reparação dos vícios encontrados.

Não é demais lembrar que essa vistoria e a eventual quitação das obras concedidas pelo adquirente não reduz nem desobriga o construtor e, por conseqüência, o incorporador das responsabilidades pelos vícios ocultos, no prazo de um ano (art. 445 § 1º do Código Civil), e dos demais defeitos relativos à segurança e solidez, conforme já anteriormente o assunto foi abordado (item 12.5 supra).

É comum os incorporadores, ao entregarem as chaves, cobrarem a parcela do preço que vence com tal acontecimento e celebrarem, no mesmo ato, as escrituras que estiverem previstas, sendo as mais comuns: 1) a compra e venda com quitação de preço; 2) compra, venda e cessão, se houve anterior promessa de venda ou de permuta do terreno; 3) as mesmas escrituras com pacto adjeto de hipoteca, se houver financiamento de instituição de crédito; e 4) re-ratificação de contrato preliminar ou outras, conforme o caso.

A ocasião também é oportuna para se ratificar a minuta de convenção de condomínio, obtendo-se dos condôminos a adesão ao instrumento aprovado pelo incorporador.

De rigor, realiza-se, nessa mesma época, a instalação do condomínio, mediante uma Assembléia Geral de Instalação, ocasião em que o incorporador dá aos adquirentes em conjunto, vale dizer, ao condomínio, a posse e a administração das coisas de uso comum.

Nessa AGE devem ser discutidos e votados os seguintes assuntos: a) eleição do Síndico e do Conselho Fiscal, em caráter provisório ou não; fixação dos respectivos mandatos e remuneração conforme dispuser a Convenção em vigor ou a minuta arquivada; b) contratação de serviços de administradora; c) obras e ou serviços de instalação, como iluminação de partes comuns, decoração de portaria, mecanização ou automatização de serviços, contratação de empregados etc.; e d) votação dos orçamentos e fixação das verbas para atender às despesas ordinárias e extraordinárias então aprovadas.

Deveriam os incorporadores, nessa ocasião, submeter a essa Assembléia a discussão e aprovação, ou não, da minuta de Convenção do Condomínio depositada com o memorial. Isso, normalmente, quase nunca ocorre até mesmo por razões de ordem prática, já que seria exigir demais, em termos de participação coletiva, de condôminos que, em geral, nem sequer se conhecem.

Ordinariamente, é dessa forma que se encerra a incorporação, embora possam existir outros vínculos entre o incorporador e os adquirentes relativos às vendas realizadas, créditos e obrigações pendentes, inclusive as responsabilidades legais que persistirão dentro dos prazos previstos na lei.

### 26.5.2. Outras formas de extinção da incorporação

Várias circunstâncias, podem, ainda, ensejar o encerramento antecipado da incorporação, antes que chegue a bom termo, e vamos mencionar as principais, sem, entretanto, esgotar o elenco de possibilidades. Vejamos:

A primeira possibilidade é a da *extinção por acordo* entre as partes, o que se dá por distrato, que deve ser celebrado na mesma forma que o contrato. A outra forma é por *resilição* ou *denúncia*, que será unilateral, de parte do incorporador, nas hipóteses em que se tenha reservado tal direito, no prazo estabelecido.

Há também as hipóteses de infração da lei ou do contrato o que, também, não difere das demais espécies. Quando ocorre a rescisão do contrato, em meio à realização da obra, por inadimplemento do incorporador (art. 43, VI), poderá este ser destituído, dando origem ao surgimento do condomínio-construção, assumindo, diretamente, os

próprios condôminos, a administração da obra. Nesse caso, ficará, ainda, obrigado a indenizar os adquirentes pelas perdas e danos, ressalvada a hipótese de insolvência, que é a mais comum forma de inadimplemento do incorporador. Para prevenir essa hipótese, como ainda o comprometimento da obra nas dívidas pessoais do incorporador, é que foi editada a Lei nº 10.931 de 2 de agosto de 2004, criando o patrimônio de afetação, matéria que examinaremos logo adiante.

### 26.6. Considerações finais

Dada a complexidade dos misteres atendidos pela lei em questão, que é substantiva e adjetiva, civil e penal, contendo regras de diversas naturezas, como por exemplo, normas administrativas, sejam notariais e registrais, sejam técnicas, estatísticas e até financeiras, nem sempre é possível, em um estudo não específico ao instituto, enfocar, em detalhes, todos os diferentes aspectos envolvidos pela matéria, até mesmo para não perder de vista o objetivo principal deste estudo.

Como o escopo desse nosso trabalho é propiciar uma visão geral do negócio jurídico ensejado pela incorporação, procurou-se abordar os principais aspectos negociais e contratuais envolvendo a atividade da incorporação e as demais que lhe estão diretamente ligadas, eis que é encontrada, no texto legal, a orientação precisa quanto à documentação a ser exigida e a atuação de leiloeiros e serventuários de notas e Registros de Imóveis e de Títulos e Documentos.

As normas técnicas existentes na lei foram dirigidas a entes públicos como a ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e o Banco Nacional da Habitação, este já extinto, e foram assimiladas, colocadas em prática e perfeitamente absorvidas pelos sujeitos passivos dessas normas, que são os engenheiros, construtores e agentes financeiros. Notáveis, pela novidade de então, os poderes conferidos à Comissão de Representantes, que vão desde a simples fiscalização até a decisão de leiloar e assinar a escritura de alienação da unidade do inadimplente.

Finalmente, são de se observar os rigorosos dispositivos de caráter penal, uns diretamente especificados logo em seguida à norma que visam garantir e, outros, no capítulo "das infrações", em que são classificados as contravenções penais e os crimes contra a economia popular, cujo intuito fundamental foi o de proteger o adquirente e a poupança do pequeno investidor, daí por que a lei estabelece sanções e responsabilidades penais, não só para o incorporador, mas a todos aqueles que atuarem na incorporação.

É por isso que a lei, ao lado das normas legais fixadas no estatuto examinado, previu, em cada caso, a penalidade para o eventual descumprimento por parte do destinatário da regra estabelecida. Merece, apenas, destacar, porque nos detivemos diretamente sobre os contratos de venda das unidades, que a lei original, no que tange às penalidades ao adquirente inadimplente, sofreu duas alterações que merecem relevo. A primeira diz respeito ao Decreto-lei 745, de 1969, que obriga a prévia interpelação do adquirente de unidade imobiliária, judicialmente ou através do Cartório de Títulos e Documentos, para constituí-lo em mora, não sendo alterado o dispositivo pelo atual Código Civil. A outra diz respeito ao art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, que torna nula a cláusula contratual que pretenda punir o adquirente inadimplente, com a perda total das importâncias pagas.

Essas e outras questões, impossíveis de serem examinadas com as limitações deste trabalho, poderão ser aprofundadas pelos interessados em diversos trabalhos específicos existentes sobre o assunto devendo-se, ainda, ressaltar os relevantes aspectos financeiros e econômicos que deram origem a uma regulamentação específica, algumas delas já inteiramente revogadas e outras recém introduzidas no ordenamento jurídico.

Com o efeito, a incorporação imobiliária, que sempre exigiu grandes investimentos, necessitando de constantes fontes de financiamento, foi, em outra época, largamente estimulada pelo extinto Banco Nacional da Habitação e, por via de consequência do Sistema Financeiro da Habitação, achando-se agora submetida à nova legislação, recentemente aprovada (Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004), criados novos mecanismos de estímulo dessa atividade tão essencial ao desenvolvimento urbano. Referida lei dispõe sobre o *patrimônio de afetação* de incorporações imobiliárias, regula a emissão das Letras de Crédito Imobiliário e da Cédula de Crédito Bancário, como, ainda, alterou o estatuto da "Alienação Fiduciária em Garantia" no âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais; na Lei do FGTS e, até mesmo, na Lei de Registros Públicos, criando o procedimento extrajudicial de retificação de registro.

No que diz respeito às questões versadas neste trabalho, consideramos importante examinar, ainda que em linhas gerais, o instituto denominado Patrimônio de Afetação, obviamente naquilo que diz respeito à Incorporação Imobiliária, o que faremos a seguir.

## 26.7. Patrimônio de afetação

### 26.7.1. Generalidades

Pouco antes de encerrarmos a revisão deste capítulo, fomos contemplados com a edição da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, que "Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias", regulamentando, ainda, a emissão de títulos de crédito imobiliário e de securitização de tais títulos. O estatuto em questão, transformado em lei pelo trabalho insano de legisladores e insignes juristas, destacando-se o autor do ante-projeto, Prof. Melhim Chalhub, passará, proximamente, pelo crivo de magistrados, advogados, agentes financeiros, incorporadores, adquirentes de unidades e tantos quantos tenham algum interesse no desenvolvimento da atividade de incorporação imobiliária.

No que concerne às modificações introduzidas na Lei nº 4.591, de 1964, que interessam ao nosso trabalho, temos que a matéria esteve, primeiramente, regulada através da Medida Provisória nº 2.221, de 2001, que acrescentou os arts. 30-A a 30-G, na lei subcomento. Nessa ocasião, o Prof. Chalhub publicou o trabalho denominado *Da Incorporação Imobiliária*, no qual comenta o, então, novo instituto de vinculação patrimonial, obra na qual colhemos preciosas lições das quais tentaremos extrair alguns conceitos que vão resumidos logo a seguir. Ressalvamos que a Lei nº 10.931 acrescentou um novo capítulo à lei de incorporações designado por *Capítulo 1-A Do Patrimônio de Afetação*, composto dos arts. 31-A a 31-F, este com 20 parágrafos, alguns com vários incisos, cuja essência não altera, substancialmente, a medida provisória que veio substituir.

Também houve mais três acréscimos: o primeiro deles, ao art. 32, tornando o compromisso de venda de unidade autônoma irrevogável e, uma vez registrado, com validade *erga omnes* e com direito à adjudicação compulsória; o segundo, ao art. 43, estabelecendo-se a possibilidade de, falindo o incorporador, serem vendidos terreno e acessões, em leilão, se os adquirentes não conseguirem prosseguir na obra; a última dessas alterações é a de que podem os condôminos eleger Comissão de Representantes para representá-los perante o construtor, no que disser respeito à execução do contrato, deliberando-se com o *quorum* de maioria absoluta. Examinaremos, portanto, alguns dos conceitos e princípios que orientam a formação do denominado patrimônio de afetação.

### 26.7.2. Conceituação

Conforme ensina o Prof. Melhim Chalhub<sup>623</sup>, “de acordo com a teoria da afetação, admite-se a segregação patrimonial, ou a qualificação de determinado patrimônio, segundo encargos que se impõem a certos bens para efeitos de vinculá-los a determinada finalidade. Segundo essa teoria, é possível a existência de várias massas patrimoniais sob a titularidade de um sujeito, constituídas com a precípua finalidade de se alcançarem determinados fins jurídicos ou para viabilizar determinada exploração econômica. Para esse fim não é necessário que o bem objeto da afetação seja retirado do patrimônio do titular, mas, sim, que seja destacado para atender a determinada finalidade, sempre mediante expressa autorização legal, estando compreendidos nessa teoria o bem de família, o dote, as rendas vitalícias, as substituições etc. Implica a afetação que os credores vinculados ao patrimônio especial de afetação têm ação somente sobre os bens dele integrantes, com exclusão dos outros bens do patrimônio do devedor, ou significa que esses credores têm preferência sobre os bens afetados”.

### 26.7.3. Características

Patrimônio de afetação é incomunicável, sendo a incomunicabilidade traço característico fundamental. Ex.: o “bem de família” só responde pelas dívidas e obrigações vinculadas ao imóvel, IPTU, condomínio e salário dos empregados. Entretanto, isso não implica em desmembramento do patrimônio do sujeito ativo que permanece uno. O acervo afetado, vinculado que é a um fim especial, é alvo de tratamento destacado sem criar uma personalidade distinta. “Os bens objeto da afetação acham-se, sem dúvida, vinculados a um fim, encontram-se gravados de encargo, ou são objeto de restrição”<sup>624</sup>.

“Separados do patrimônio, e afetados a um fim, são tratados como bens independentes do patrimônio geral do indivíduo. A afetação porém, implicará composição de um patrimônio sem se verificar a criação de uma personalidade, como se dá com as fundações (...)

623 CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*, Renovar, 2003, p. 79.

624 CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*, Renovar, 2003, p. 80.

eles se prendem a um fim, porém continuam encravados no patrimônio do sujeito”<sup>625</sup>.

Patrimônio de afetação é, assim, uma universalidade de direitos e obrigações destinada ao cumprimento de determinada função, que opera integrada ao patrimônio geral. No caso dos fundos de investimento, assevera o Prof. Chalhub<sup>626</sup>, a sociedade administradora adquire a propriedade dos bens e direitos que constituirão o acervo da carteira de investimentos, mas na modalidade de “*propriedade fiduciária*”, pois embora figure como proprietária do fundo, a sua titularidade é apenas nominal, já que o conteúdo econômico dos bens e direitos que formam o fundo pertencem aos subscritores das quotas, a quem cabe o resultado líquido da exploração, cabendo à empresa administradora o dever de administrá-los mediante remuneração.

### 26.7.4. A Afetação na Incorporação Imobiliária

Na incorporação imobiliária, o incorporador adquire o terreno para si próprio e vai realizar uma atividade econômica que é a incorporação imobiliária para dela extrair os benefícios que a exploração dessa atividade deve proporcionar. Na medida em que o incorporador contrate a venda de unidade a preço fixo (certo e determinado) para entrega futura, a função da afetação é dar segurança aos adquirentes quanto à conclusão e entrega da obra, respondendo pelo resultado com seu patrimônio geral. O lucro que vier a ser apurado com a incorporação, uma vez liquidado o patrimônio de afetação, atendimento dos direitos e obrigações, pertence ao incorporador. Se não for suficiente o patrimônio de afetação, o incorporador terá de extrair bens do seu patrimônio geral para atender aos compromissos decorrentes da construção das unidades.

#### 26.7.4.1. A Autonomia patrimonial

Tanto no caso dos fundos de investimentos como na incorporação imobiliária ressalta, com nitidez, a autonomia funcional do acervo pa-

625 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Forense, Rio, 17ª ed., 1995, Vol. I, p. 240 e 248, apud, Melhim Namem Chalhub, op. cit., p. 80/81.

626 CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*, Renovar, 2003, p. 81.

trimonial envolvido, mas a interdependência do patrimônio geral, em relação ao especial, sobressai com clareza na incorporação imobiliária.

A Lei nº 9.514, de 1997, que instituiu o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), previu o patrimônio de afetação, constituído por créditos da companhia securitizadora, oriundos do lastreamento de CRI — Certificado de Recebíveis Imobiliários, não se confundindo com o da companhia securitizadora: manter-se-ão apartados do patrimônio da companhia, destinando-se exclusivamente à liquidação dos títulos a que estiverem afetados; estão livres de execução por parte de credores da companhia, não sendo passíveis de constituição de garantia, ou de execução dos credores daquela, por mais privilegiado que seja o crédito.

Podem ser definidas como “massas de bens que constituem, dentro de um patrimônio geral, verdadeiras universalidades de direito, e cuja sub-rogação real e função de garantia se efetuam de forma autônoma”<sup>627</sup>.

#### 26.7.4.2. Formalidades legais

É indispensável a autorização legal, por que isto torna relativo o princípio, segundo o qual, o patrimônio constitui-se, de modo geral, em garantia dos credores e, ainda, do princípio que garante a liberdade de utilização do patrimônio por parte do seu titular. A faculdade de segregação de parte do patrimônio, se não disciplinada, daria ensejo a inúmeras fraudes, tornando-se, por isso, indispensável a elaboração legislativa. A formação do patrimônio especial se dá do mesmo modo que a alienação, submetida às mesmas exigências e restrições, sendo ineficaz a separação patrimonial que configure fraude a execução, anulável a que vier a ser constituída em fraude a credores.

O negócio de incorporação imobiliária se ajusta com perfeição à idéia do patrimônio de afetação, não só pela possibilidade natural de segregação do seu patrimônio, facilmente determinável, como pela densidade de seu conteúdo social. Por isso o incorporador pode segregar o patrimônio antes de começar a negociar as unidades, fazendo-o logo que arquivado o Memorial de Incorporação no Registro de Imó-

veis, passando, então, o terreno, as acessões, as receitas provenientes de vendas das unidades a formar um núcleo patrimonial que, embora pertencente ao patrimônio geral do incorporador, tem autonomia e individualidade próprias. Desse modo, o conjunto das receitas próprias das vendas das unidades, conjugadas com as despesas correlatas da incorporação, sejam de natureza fiscal, trabalhista e com materiais e mão-de-obra, tudo isso fica reservado para o empreendimento, cujo patrimônio está segregado, não sendo afetado por outras obras ou compromissos do incorporador”<sup>628</sup>.

#### 26.7.5. Eficácia da Afetação.

Com a afetação patrimonial da incorporação devidamente registrada, os direitos e obrigações estarão segregados e confinados ao objetivo específico do empreendimento beneficiando, exclusivamente, as partes envolvidas com os resultados diretos proporcionados, respondendo, estas, apenas pelas dívidas concernentes à respectiva construção. Além disso, o registro imobiliário da incorporação dá ensejo a diversas responsabilidades e obrigações legais e contratuais para o incorporador, relativas ao dever de construir e entregar coisa futura por preço determinado ou determinável.

Desse modo o adquirente fica duplamente protegido, tanto pelo regime da afetação e segregação do empreendimento, como, ainda, pelas obrigações legais e contratuais que são atribuídas ao incorporador. Isto não elimina inteiramente os riscos de algum insucesso, porém garante ao adquirente o prosseguimento da obra, mesmo em caso de falência, ou declaração de insolvência do incorporador, porquanto, nesse caso, o empreendimento não será arrecadado pela massa falida, podendo a obra ser concluída com os recursos existentes, ou com os que vierem a ser criados pelos próprios interessados. “Assim, nenhum empreendimento se apropria de recursos dos outros empreendimentos, nem cobre *déficits* de outros empreendimentos.”<sup>629</sup>

627 VAZ TOMÉ, Maria João Romão Carreiro e Diogo Leite de Campos. *A Propriedade Fiduciária (trust)*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, p. 226 (apud, Melhim Namem Chalhub. *Da Incorporação Imobiliária*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 83/84.

628 CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*, Renovar, 2003, p. 84 e 86.

629 CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*, Renovar, 2003, p. 87 e 89.