

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES – CENTRO (UCAM)

FACULDADE DE DIREITO CANDIDO MENDES (FDCM)

Rodrigo Carvalho Gomes

PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

Rio de Janeiro

2017

Rodrigo Carvalho Gomes

PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Candido Mendes - Centro,
como requisito parcial à obtenção do título
de bacharel em Direito.

Orientador (a): Elisabete Cuim Nunes.

Rio de Janeiro

2017

Rodrigo Carvalho Gomes

PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Candido Mendes - Centro,
como requisito parcial à obtenção do título
de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, _____ de _____ de _____.

Nota ()

Prof. Elisabete Cuim Nunes – Orientador (a)

Prof. Roberto Nunes – Avaliador (a)

Prof. Martha Rocha Staeck Mazzei – Avaliador (a)

RESUMO

O referido trabalho tem como objetivo, com base em pesquisas literárias e devido a experiência prática do autor, examinar os elementos que compõem o patrimônio de afetação, bem como sua aplicação nas incorporações imobiliárias. No momento em que o regime de afetação volta a ganhar destaque devido à crise que atinge o setor da construção civil, colocando em xeque a segurança jurídica conferida pela lei da afetação as incorporações que optaram pela adoção do regime. O texto esmiúça ponto a ponto o disposto na lei sobre o regime de afetação das incorporações imobiliárias, com base em alguns doutrinadores, que contribuíram e muito para o texto da lei, a análise começa desde a origem do instituto no direito brasileiro, passando pela sua teoria, aplicabilidade, direitos e obrigações criados em favor dos adquirentes e dos incorporadores que optam pela adoção do regime de afetação. Apresentando alguns aspectos da incorporação e do incorporador, bem como algumas críticas a determinados pontos da lei, que merecem reparação.

Palavras-chave: Patrimônio. Afetação. Incorporação. Imobiliária. Incorporador. Adquirente. Proteção.

ABSTRACT

Based on literary research and due to the author's practical experience, this work examines the elements that make up the equity of affectation, as well as its application in real estate developments. At the moment in which the regime of affectation returns to gain prominence due to the crisis that reaches the sector gives construction, putting in check the legal certainty conferred by the law of affectation the incorporations that opted for the adoption of the regime. The text breaks down point by point the provisions in the law on the system of affectation of real estate incorporations, based on some doctrinators, who contributed a lot to the text of the law, the analysis begins from the origin of the institute in Brazilian law, through its theory, applicability, rights and obligations created in favor of the purchasers and the incorporators that opt for the adoption of the system of affectation. Introducing some aspects of incorporation and embedded. It points out some criticisms of certain points of the law, which deserve redress.

Keywords: Patrimony. Affectation. Incorporation. Estate. Incorporator. Purchaser. Protector

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	DO PATRIMONIO DE AFETAÇÃO	9
2.1	Origem do patrimônio de afetação no Brasil	9
2.2	Teoria da afetação.....	11
2.3	Adequação da incorporação à teoria da afetação	14
2.4	Segurança jurídica e redução dos riscos pelo patrimônio de afetação	15
3	REGIME JURIDICO DA AFETAÇÃO PATRIMONIAL	17
3.1	Caracterização da incorporação imobiliária como patrimônio de afetação	17
3.2	Constituição do patrimônio de afetação	21
3.3	Fiscalização e controle da incorporação e as obrigações do incorporador:	24
3.4	Regime especial tributação no patrimônio de afetação:	27
3.5	A afetação e a falência ou insolvência do incorporador:	29
4	EXTINÇÃO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO	37
5	CONCLUSÃO.....	41
6	REFERÊNCIAS	43

1 INTRODUÇÃO

O mercado imobiliário nos últimos anos desfrutou de um crescimento invejável para muitos setores da economia, a venda de imóveis na planta disparou fazendo com que muitos empreendimentos fossem vendidos em poucos dias após o lançamento.

Com essa prosperidade do mercado imobiliário, que se deu devido ao ciclo econômico do país em alta, a população passou a adquirir os apartamentos na planta, acreditando que receberiam os mesmos dentro do prazo estipulados nos contratos de promessa de compra e venda, realizando assim o sonho de ter a casa própria.

Entretanto, durante o período de construção do imóvel, muitos adquirentes sofriam e ainda sofrem com a falta de informação sobre o andamento da obra, se os recursos repassados por eles estavam sendo realmente empenhados na obra, bem como se a mesma seria entregue dentro do prazo previsto.

Os adquirentes na maioria das vezes ficam à mercê das incorporadoras que por muitas vezes de má-fé omitem as informações aos adquirentes, gerando uma grande insegurança para aqueles que aplicaram suas economias na aquisição de um imóvel em fase de construção.

Após um período de bonança para o mercado imobiliário, nos últimos dois anos este, vem sofrendo com a crise econômica no país, fazendo com que o setor viva tempos amargos.

Diante da grave crise enfrentada pelo setor imobiliário o Patrimônio de Afetação, volta a ganhar um certo destaque, pois o mesmo foi criado a fim de trazer segurança para os adquirentes, garantindo que os recursos de cada empreendimento imobiliário sejam empenhados para realização do mesmo, não podendo ser alocado em outros empreendimentos, visando resguardar o regular andamento do empreendimento em questão.

A adesão do regime de afetação, é a constituição de um patrimônio próprio de cada empreendimento, onde o terreno, as acessões objeto da incorporação imobiliária, assim como os demais bens e direitos vinculados a realização do empreendimento, não se confundem com o restante do patrimônio da empresa incorporadora e/ou construtora do empreendimento.

Diante disso, o presente trabalho, possui o intuito de discorrer sobre o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, bem como a sua efetividade em trazer a segurança jurídica para o adquirente, na relação formada junto ao incorporador.

2 DO PATRIMONIO DE AFETAÇÃO

2.1 Origem do patrimônio de afetação no Brasil

Devido a necessidade de trazer segurança e proteção aos adquirentes de unidades autônomas de edifícios em construção, foi editada a lei das incorporações imobiliárias, Lei nº 4.591/64. Apesar da lei ter trazido diversas normas para as incorporações e para o incorporador a mesma deixou de contemplar um mecanismo de controle do cumprimento do encargo do incorporador.

Diante dessa falta de controle os adquirentes sofriam com os trapaceiros que atuavam na área da construção civil, que lançavam empreendimentos, faziam as vendas das unidades, pegavam o dinheiro da entrada e das parcelas iniciais e sumiam, deixando as obras iniciadas abandonadas e o adquirente sem o seu suado dinheiro.

Outrossim, haviam os casos de atraso na obra bem como de falência de alguns incorporadores/construtores, dentre esses merece destaque o caso da maior incorporadora do país a época a Encol que possuía diversas obras espalhadas pelo Brasil gerando um grande impacto e comoção social, acarretando vultosos e irreparáveis prejuízos a adquirentes, muitos dos quais não receberam seus apartamentos comprados na planta, como se quer conseguiram obter de volta os recursos empenhados na realização do empreendimento confiada ao incorporador.

Por ser uma grande incorporadora/ construtora e devido à grande repercussão que o caso teve, muitos juristas atribuem o caso Encol como sendo o estopim para que a sociedade clamasse por maior segurança nas relações imobiliárias, entendendo que as inúmeras exigências dispostas no Art. 32 da Lei nº 4.591/ 64, por si só não bastaria e não trazia a necessária segurança jurídica para aquisição de imóveis na planta ou em fase de construção.

Diante dos inúmeros casos, em que os adquirentes foram lesados seja pelas falcatruas ou má administração e diante da necessidade de trazer mais segurança a relação: adquirente/ incorporador, foi apresentado por Melhim Namen Chalhoub, um anteprojeto de lei baseado na teoria da afetação ao IAB - Instituto dos Advogados

Brasileiros, propondo que a incorporação seja caracterizada como um patrimônio de afetação.

O anteprojeto foi acolhido pela Câmara dos Deputados e acabou sendo convertido em Projetos de Lei na própria casa sob os n° 2.109/99, 3.455/00 e 3.742/00. Tais proposições contemplavam a inserção de novos dispositivos na Lei das Incorporações.

Durante a tramitação desses projetos o Poder Executivo editou a Medida Provisória n° 2.221 em 4 de setembro de 2001, que se dividia basicamente, em três partes: a primeira parte (art. 30-A) qualificava a incorporação imobiliária, como patrimônio de afetação; a segunda parte (art. 30-B) tratava do modo de constituição do patrimônio de afetação, bem como da organização do negócio e dos mecanismos de controle dos adquirentes sobre a obra; e a terceira parte (art.30-C) cuidava dos efeitos da afetação, estabelecendo procedimentos a serem implementados pelos adquirentes para assumir a incorporação e dar prosseguimento à obra, em caso de atraso ou paralisação da obra e, ainda, em caso de falência do incorporador.

Esses primeiros artigos contemplavam o anteprojeto do IAB, porém alguns parágrafos desses artigos eram contraditórios ao anteprojeto e aos interesses dos adquirentes, que ao invés de protege-los os prejudicavam, tornando os riscos dos adquirentes ilimitados, ao invés de delimita-los, beneficiava credores estranhos a obra, mediante usurpação de bens e direitos dos adquirentes e aumentavam a desigualdade contratual entre incorporador e adquirentes, violando princípios consagrados na Constituição Federal, Código Civil reproduzidos pelo Código de Defesa do Consumidor, contrariando ainda normas estipuladas no Código Tributário Nacional.¹

Diante das contradições da Mediada Provisória n° 2.221, após alguns estudos o Poder Executivo propôs a revogação da MP, encaminhando ao Congresso Nacional, Projeto de Lei no qual foi aproveitado o sistema inicial de proteção constante no anteprojeto apresentado pelo professor Melhim Namem Chalhub, bem como incluíram ainda as emendas apresentadas pelos parlamentares que acabou sendo convertido na Lei n°10.931/2004.

A referida Lei introduziu os artigos 31-A a 31-F na Lei 4.591/64 introduzindo assim um regime especial para as incorporações submetidas ao regime de afetação,

¹ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 4. ed. São Paulo. Forense. 2017. p.99.

trazendo valorosas inovações ao regime da incorporação imobiliária, dando a esta maior confiança, tendo em vista a proteção aos bens submetidos ao regime.

2.2 Teoria da afetação

A teoria da afetação é aquela que visa atender a necessidade de privilegiar determinadas situações merecedoras de tutela especial, para a qual admite-se a segregação patrimonial ou qualificação de determinado patrimônio segundo encargos que se impõe a certos bens para efeito de vinculá-los a determinada finalidade, a fim de fiquem excluídos dos riscos de constrição por dívidas ou obrigações estranhas à sua destinação.

A afetação não importa da disposição do bem, nem a sua retirada do patrimônio do sujeito, mas tão somente na sua imobilização em função de uma finalidade. Consoante a lição de Caio Mario da Silva Pereira:

Os escritores modernos imaginaram a construção de uma teoria chamada afetação, através da qual se concebe uma espécie de separação ou divisão do patrimônio pelo encargo na disposição do bem, e, portanto, na sua saída do patrimônio.

A destinação de certos bens a determinada finalidade, importa em reserva-los ao grupo de credores, mediante vinculação do respectivo ativo para satisfação dos créditos desses credores, com exclusão dos demais credores do patrimônio geral do devedor.²

O patrimônio de afetação tem como uma das suas principais características a incomunicabilidade, pois para atingir o seu objetivo de proteção de um bem importante ou para garantir a execução de determinada atividade econômica é imprescindível que os bens afetados permaneçam distantes dos efeitos de negócios estranhos ao objeto da afetação, ou seja, fica vedado ao titular dos bens a sua alienação, ou a destinação para usos diferentes daqueles pactuados e estabelecidos na lei. A incomunicabilidade, visa somente afastar os riscos patrimoniais e que possam prejudicar ou frustrar a realização da finalidade social e econômica definida para o patrimônio de afetação.³

² PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**, v.I. 21, ed, Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 398.

³ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 4. Ed. São Paulo: Forense, 2017. p.99.

Diante da incomunicabilidade, a constituição desses patrimônios diferenciados não implica no desmembramento do patrimônio geral, este permanece uno, englobando a totalidade de direitos e obrigações do sujeito, pois como destaca Melhim Namem Chalhub.

[...], ainda que se procure destacar mais de um acervo ativo-passivo de valores jurídicos, sempre há de exprimir a noção de patrimônio a ideia de conjunto, de reunião, e está, segundo a própria razão natural, é uma. [...]. (MELHIM, 2017, p.89 apud PEREIRA, 1995, p. 240 e 248).

Entretanto, existem casos em que a origem ou a destinação de determinados bens e direitos justifique a criação de acervos especiais, não configura pluralidade ou divisibilidade de patrimônio e não obstante a separação de tais acervos ou massas, o patrimônio do indivíduo há de ser tratado como unidade, em razão da unidade subjetiva das relações jurídicas.

A teoria da afetação supre com eficácia a necessidade de privilegiar determinadas atividades merecedoras de uma proteção especial, pois ela dispõe sobre a formação de acervos de bens vinculados a realização de fins determinados, como se fossem patrimônios autônomos.

Essa autonomia, embora seja relativa, resulta na existência de ativos e passivos exclusivos do patrimônio afetado, que podem ser formados por direitos, obrigações e bens, cujo patrimônio tenha sido constituído originalmente, assim como pelos frutos oriundos da sua gestão e do seu desenvolvimento natural. Da mesma forma integram-se a ele os encargos inerentes à natureza negocial e da sua funcionalidade econômica e social.

Vale ainda destacar que após atingido a finalidade determinada, o patrimônio afetado ou parte do que sobrar poderá retornar ao acervo geral do proprietário ou pode ter outra destinação conforme explicitado por, Sandro Rafael Baroni de Matos:

O acervo afetado ou o que remanescer dele, retornará ao patrimônio geral de seu proprietário, salvo se alguma destinação diversa lhe tiver sido atribuída, em conformidade com as peculiaridades de cada caso. No caso das incorporações imobiliárias, tem-se que após o término do empreendimento haverá a entrega das unidades autônomas aos seus respectivos adquirentes, deixando estas, conseqüentemente, de figurar no patrimônio geral do incorporador.

Em contrapartida, tudo aquilo que exceder o necessário para a consecução do empreendimento retornará para o patrimônio geral do incorporador. Isto engloba as receitas extras no caixa da incorporação e os bens que não forem indispensáveis para o empreendimento (maquinário utilizado na obra etc.).⁴

A aplicação da teoria da afetação é recomendada para uma série de negócios típicos da sociedade atual, em especial aqueles em que são captados recursos do público para contratos de investimento coletivos, tais como os fundos de investimentos imobiliários e a incorporação imobiliária.

No caso dos fundos, investidores subscrevem quotas de investimentos, entregando respectivo numerário a uma administradora, para que esta realize aplicações imobiliárias a fim de obter renda em favor dos investidores. A instituição realiza a compra, venda e/ou locação de imóveis formando uma carteira de investimentos com a aquisição dos de imóveis em seu próprio nome, entretanto apesar de figurar como proprietária, a titularidade sobre os imóveis é apenas nominal sendo assim uma “proprietária fiduciária”.⁵

Quanto a incorporação imobiliária, o terreno é adquirido pelo incorporador para si próprio, tornando-se o beneficiário da exploração econômico, diferente do fundo de investimento onde a aquisição é fiduciária e o beneficiário da exploração são os investidores, salvo os valores cobrados a título de administração.⁶

Na incorporação a função da afetação é a realização da incorporação, com a conclusão da obra e a entrega das unidades aos respectivos adquirentes. O incorporador promove a venda de coisa futura, a “preço fechado”, tendo uma obrigação de resultado, respondendo assim pela execução da obra com seu patrimônio geral.

Quanto ao lucro apurado no negócio da incorporação, este pertence ao incorporador, portanto uma vez extinto o patrimônio de afetação, o montante do resultado desse negócio será absorvido pelo patrimônio geral do incorporador. Por fim, caso o produto da venda das unidades de determinada incorporação não seja suficiente para leva-la a cabo, o incorporador terá que extrair recurso de seu

⁴ MATOS, Sandro Rafael Baroni, **Incorporação imobiliária e patrimônio de afetação**. Curitiba. Juruá, 2009.p. 122-123.

⁵ CHALHUB, Melhim Namem, **Incorporação imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 90-91.

⁶ Idem.

patrimônio geral e destiná-los à conclusão da incorporação e, de outra parte, caso haja resultado positivo na incorporação, este será levado para o patrimônio geral.

Verifica-se, tanto nos fundos de investimentos quanto nas incorporações imobiliárias a autonomia funcional do acervo patrimonial envolvido.

2.3 Adequação da incorporação à teoria da afetação

A atividade de incorporação imobiliária é naturalmente vocacionada para a afetação, seja em razão da relativa autonomia de cada empreendimento e pela antecipação parcial de pagamentos efetivados pelos adquirentes. Outro elemento presente no mercado imobiliário que tem compatibilidade com a teoria da afetação é a regulamentação das incorporações por meio da Lei 4.561/ 64 a partir do seu art. 28, em especial os contornos físicos, econômicos – financeiros e jurídicos do art. 32 que dispões sobre os documentos das incorporações a serem arquivados no Registro de Imóveis o chamado Memorial de Incorporação.⁷

O dossiê formado pelo memorial de incorporação define o objeto do respectivo negócio da incorporação, identificando com precisão os elementos que o compõem e que são capazes de conferir autonomia física e financeira à incorporação, fazendo com que esta seja única, inconfundível, independente. Fixados esses caracteres, mediante reunião de elementos de identificação específica de cada empreendimento, a Lei 4591/1964 confere condições de autonomia material a cada incorporação, condição que atrai naturalmente o negócio jurídico da incorporação para o âmbito da teoria da afetação, uma vez que o conteúdo que exprime o Memorial de Incorporação, caracteriza os limites do patrimônio a afetar, observada a destinação própria da atividade da incorporação, que é a construção e a entrega de unidades aos respectivos adquirentes.⁸

O Memorial de Incorporação traz diversas informações e documentos como, o título de propriedade do terreno, cópia do projeto de construção, descrição e caracterização da futura unidades imobiliárias autônomas, a discriminação das frações ideias, o orçamento da obra, além dos demais itens elencados no art. 32 da Lei 4591/64. Tudo isso compondo um conjunto que dá caracterização própria a cada

⁷ CHALHUB, Melhim Namem, **Incorporação imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 88.

⁸ Idem.

negócio de incorporação e condições de autossustentação. Cada incorporação tem receita própria decorrente dos créditos oriundos da alienação das unidades do empreendimento, ou eventualmente, de recursos provenientes de financiamento específico para a obra, sendo essas fontes, em princípio suficientes para conferir independência financeira para cada um dos empreendimentos, pois o volume potencial de receitas é naturalmente, maior que o custo da obra. Assim a incorporação é capaz de acontecer com suas próprias receitas, independente de outras fontes de receita, suficientes para atingir a sua finalidade específica, condição que atesta efeito prático à afetação desse negócio jurídico.

A existência dessas condições de autossustentação financeira viabiliza a segregação patrimonial de cada incorporação, de modo que ela se desenvolva com suas próprias forças, com relativa autonomia e, assim, a segregação afasta o risco de pressões decorrentes de compromissos da empresa incorporadora, estranhos ao orçamento da obra e do patrimônio segregado.⁹

2.4 Segurança jurídica e redução dos riscos pelo patrimônio de afetação

Por intermédio da Lei nº 10.931 foram inseridas ferramentas mais eficientes de proteção, em especial a prevenção de riscos. Diante do lapso temporal longo para construção do edifício, até a efetiva entrega das chaves, os adquirentes ficam expostos a riscos, como a inadequada administração dos recursos entregues ao incorporador para aquisição do imóvel, seja para utilização em outras obras realizadas ou para finalidades diferentes e particulares do incorporador. Essa deficiente administração leva a um desequilíbrio do patrimônio, tornando defasadas as prestações adimplidas ao longo do tempo.¹⁰

Diante da necessidade de trazer mais proteção patrimonial aos adquirentes, foi criada a teoria da afetação a fim de oferecer mais efetividade a garantia, observando no patrimônio de afetação que cada empreendimento tem patrimônio

⁹ CHALHUB, Melhim Namem, A afetação do acervo nas incorporações imobiliárias. In: PAIVA, João Pedro Lamana; TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti. **Novo direito imobiliário e registral**. Quartier Latin, 2008. p. 23.

¹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 368.

próprio, não se confundido com o demais patrimônio geral da empresa incorporadora.

Através, do patrimônio da afetação, ocorre a separação do patrimônio para que seja vinculado a uma finalidade específica, de maneira que suporte certas obrigações, normalmente ligadas a um negócio que trará uma aquisição futura. Ressalta-se que esse patrimônio, por não se comunicar com os demais bens, direitos e obrigações do incorporador, resguarda a incorporação em face de eventuais dificuldades do incorporador em outros negócios.

Foi criado um mecanismo relevante para trazer segurança aos adquirentes de unidades imobiliárias de uma incorporação. Para tal, é criado um patrimônio próprio da incorporação oriundo dos valores arrecadados com a venda das unidades e valores obtidos por financiamentos para a obra. Esse patrimônio criado geralmente proporciona autonomia financeira à incorporação, onde a arrecadação supera a expectativa de gastos ou custos com a obra. A sua constituição visa a autossustentação da construção que será dividida em unidades autônomas, simultaneamente protege as unidades adquiridas de desequilíbrios econômico-financeiros sofridos pelo incorporador.

Com a implantação desse procedimento, os credores do incorporador, sejam os adquirentes das unidades ou terceiros por motivos ligados a incorporação, encontram nesse instituto a segurança do recebimento do que lhe é devido junto ao patrimônio afetado, ou estabelecem garantias sobre esse patrimônio. Em outras palavras, os credores terão preferência sobre os bens afetados, no mínimo que diz respeito ao montante dos créditos, naturalmente até a conclusão da obra.

Com relação a este ponto vale destacar a lição trazida por João Pedro Lamana Paiva:

A teoria da afetação se ajusta com perfeição como instrumento de preservação dos direitos dos adquirentes, até porque a captação que opera tem destinação específica, que é a própria construção. A afetação dará efeito prático aos mecanismos de controle e fiscalização das incorporações imobiliárias, mediante criação de reserva patrimonial destinada a conclusão da obra e entrega aos adquirentes, bastando ver que, se as incorporações já fosse objeto de afetação, os adquirentes da Encol não sofreriam os prejuízos de que são vítimas. (PAIVA, 2008, p. 40 apud MELHIM, 2006).

3 REGIME JURIDICO DA AFETAÇÃO PATRIMONIAL

A Lei nº 10.931/04, em seu art.53, introduziu os artigos 31-A a 31-F à Lei nº 4.591/64, regulamentando a afetação patrimonial no âmbito da atividade da incorporação imobiliária, cujas principais características serão demonstradas a seguir.

3.1 Caracterização da incorporação imobiliária como patrimônio de afetação

O art. 31-A dispõe:

A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pela qual o terreno as acessões objeto de incorporações imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado a consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. (*Caput* com redação determinada pela Lei nº 10.931/04)

O caput do art. 31-A traz o amplo conceito do regime do patrimônio de afetação, que possui como principal pressuposto, a segregação patrimonial, onde os bens e direitos vinculados a incorporação imobiliária sejam mantidos apartados do patrimônio geral de incorporador, destinado a garantir os direitos patrimoniais dos adquirentes.

Entretanto, diante da abrangência social e econômica do regime em relação as incorporações imobiliárias, o artigo inaugural sobre a afetação fraqueja em relação a proteção e a segurança jurídica dos adquirentes face aos incorporadores, vez que estabelece a adoção da afetação como uma faculdade ao incorporador, em vez de torna-la compulsória.

Diante dessa faculdade, a Lei 10.931/04 concede vantagem exagerada ao incorporador, agravando ainda mais a vulnerabilidade dos adquirentes que anteciparam recursos aos incorporadores por meio da aquisição de unidades imobiliárias em construção e caso o incorporador opte por não adotar o regime de afetação, a garantia dos direitos patrimoniais dos adquirentes volta a ser inexistente como antes da edição da respectiva lei. Nas palavras de Melhim Namen Chalhub:

É, em suma, um caso estranhíssimo em que o devedor (incorporador) é quem decide se constituirá ou não garantia patrimonial ao seu credor (adquirente), algo tão inadmissível quanto deixar a critério do incorporador a faculdade de constituir ou não garantia do cumprimento de suas obrigações decorrentes de financiamento para construção.¹¹

Exercida a faculdade do incorporador pela constituição do regime da afetação para determinada incorporação, o acervo desta passará a formar um núcleo patrimonial destacado dentro do patrimônio do incorporador, com ativo e passivo próprios, formados pelos bens, direitos e obrigações utilizado para sua constituição, assim como pelos bens, direitos e obrigações, que durante o desenvolvimento do negócio, forem se inserindo àquele acervo inicial, tais como as acessões edificadas, os equipamentos adquiridos no desenrolar da obra, os créditos obtidos através das vendas de unidades, débitos relativos a material e mão de obra, os débitos tributários, entre outros.

Ainda com relação ao art. 31-A, temos a destinação do patrimônio de afetação qual seja: “ destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. ” Nestes termos, a lei assinala que a incorporação permanecerá afetada do momento em que for prenotado o pedido de averbação do termo de afetação até que a construção seja averbada no Registro de Imóveis, onde individualizadas as unidades, registradas em nome dos adquirentes, na forma do art. 44 da Lei das Incorporações, e até que seja saldada a dívida da incorporadora perante a entidade financiadora do negócio.

O § 1º do art. 31-A traz a seguinte redação:

O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação constituídos por ele e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva. (§ 1º com redação determinada pela Lei nº 10.931/04).

Nos deparamos aqui com umas das principais características do regime da afetação, a incomunicabilidade, que visa afastar os riscos patrimoniais que possam

¹¹ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação Imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 101.

prejudicar ou frustrar a realização da finalidade sócia e econômica definida para o patrimônio de afetação.

A parte final do respectivo parágrafo “ só responde por dividas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva”, merece destaque diante da situação econômica do país, tendo em vista que algumas incorporadoras devido à crise têm encontrado dificuldades em dar continuidade as suas obras, e a cumprir suas obrigações perante as mesmas.

Na pratica as incorporadoras/construtoras seguem o estipulado na lei e o que geralmente ocorre é que uma construtora cria uma Incorporadora sob a égide das SPE (Sociedade de Propósito Especifico), por meio da qual adquire o terreno, cumpre os trâmites legais e lança o empreendimento e coloca as unidades imobiliárias a venda.

No entanto, algumas construtoras lançam diversos empreendimentos simultaneamente, e com a crise batendo a porta algumas acabaram ficando sem recursos para dar continuidade aos empreendimentos, bem como para cumprir com os distrato firmados com adquirentes ou até mesmo para ressarcir os consumidores em demandas judiciais referente a outros empreendimentos.

Destarte, em algumas demandas judiciais relativas a um determinado empreendimento, ocorrem penhoras online nas contas de outras incorporadoras estranhas a lide, na busca de satisfazer o crédito perseguido, penhoras deferidas pelos juízos de primeiro grau que atingem o patrimônio de outros empreendimentos afetados que gozam da proteção da incomunicabilidade.

As referidas penhoras online nas contas das incorporadoras diversas da demandada, são justificadas nas decisões que atacam as mesmas e até pelos requerentes, pela existência de um grupo econômico, conjunto de empresas que dependem de uma mesma empresa matriz, uma vez que a construtora figura como sócia, nos quadros societários das incorporadoras.

Por conseguinte, a regra estipulada no §1º do art. 31-A parece inexistente aos olhos do judiciário, o que enfraquece ainda mais o instituto, que tem desrespeitada uma das suas principais características que visa garantir a consecução do objetivo do patrimônio afetado, bem como garantir os direitos dos adquirentes.

Outra característica que merece destaque sobre o instituto é a responsabilidade do incorporador sobre os prejuízos que causar ao patrimônio

afetado, estipulado no § 2º do art. 31-A, como bem colocado pelo professor Melhim Namem Chalhub.

A segregação patrimonial resultante da afetação não exonera o incorporador de sua responsabilidade, estando explicitado em lei que ele responde com seu patrimônio geral e pessoal pelos prejuízos que causar ao patrimônio de afetação (§ 2º do art. 31-A). A regra reproduz o princípio já anteriormente consagrado na Lei nº 4.591/1964. A obrigação do incorporador é de resultado e sua obrigação objetiva; até mesmo por isso a lei dispõe que ele é responsável pelo pagamento das despesas de construção das unidades não vendidas, só se exonerando dessa responsabilidade depois que as tiver vendido (§ 5º do art. 31-A e § 6º do art. 35).¹²

Ademais, vale destacar ainda, que a fim de viabilizar a realização do empreendimento a lei no § 3º do art. 31-A, permite a constituição de garantias reais sobre o terreno e acessões, desde que os recursos provenientes dessa operação de crédito sejam integralmente aplicados no custeio das obras da incorporação. Caso o incorporador tenha adiantado recursos para a incorporação ele poderá utilizar parte do produto do financiamento para reembolsar-se, conforme expresso nos §§ 6º e 7º do art. 31-A.

A lei admite ainda, a cessão dos créditos oriundos da comercialização das unidades, seja ela plena ou fiduciária, sendo a primeira repassada de forma imediata, com o pagamento à vista, enquanto a segunda ocorre de modo parcelado, consumando se a transferência de forma paulatina, com a adimplência das prestações. Os recursos recebidos pelo incorporador por essa cessão passarão a integrar o patrimônio de afetação (§ 4º do art. 31-A), podendo se reembolsar das quantias que tiver adiantado, bem como das demais quantias que excederem a importância necessária a conclusão da obra e a sua individualização no Registro de Imóveis, respeitada a programação contida no contrato.

Nas incorporações formadas para a construção de diversos edifícios, ou blocos de edifícios a lei (§ 9º, I e II art. 31-A) assegura a faculdade de incidir a afetação sobre o conjunto de prédios ou discriminadamente em cada um deles. Na primeira hipótese, todas as prestações das unidades colocadas à venda e as unidades que remanescem em nome do incorporador, além de outros bens acessórios, sujeitam-se à vinculação para garantir o cumprimento da finalidade da incorporação, enquanto na segunda opção, fica individualizada a afetação incidente

¹² CHALHUB, Melhim Namem, **Incorporação imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 105

ao edifício em construção a favor dos adquirentes das respectivas unidades, essa última é mais apropriada nos grandes empreendimentos, permitindo o lançamento de diversos blocos em momentos distintos, bem como garantindo a capacidade de autossustentação financeira de cada edificação.

Por fim, o art.31-A em seus dois últimos parágrafos dispõe sobre duas situações no caso de financiamento da incorporação.

O § 11, estipula que para alienação das unidades de uma incorporação financiada é conveniente a anuência do agente financeiro, ou ao menos que esse tenha ciência da venda. Trata-se de uma determinação que interessa em especial aos adquirentes e à financiadora, de modo que aqueles tenham ciência das condições do contrato, pois serão sub-rogados nos direitos e nas obrigações do financiamento, caso venham a assumir a incorporação.

Já o § 12, disciplinou a situação que ocorria tempos atrás, na qual os adquirentes ingressavam com ação de indenização, ou de obrigação de fazer, em face dos agentes financeiros, por vícios de construção e até para exigir o atendimento de obrigações assumidas pelo incorporador. A redação do parágrafo deixa claro que o fato de haver financiamento para a construção não importa em transferência, para o financiador, de responsabilidades por vícios de construção ou por outras obrigações inerentes a atividade do incorporador ou do construtor. Do mesmo modo, a cessão plena ou fiduciária, de créditos decorrentes das vendas das unidades, não transmite ao cessionário desses créditos nenhuma das responsabilidades ou obrigações do incorporador ou construtor.

3.2 Constituição do patrimônio de afetação

O art. 31-B da Lei nº 4.591/64, abarca as normas relativas ao modo de constituição do patrimônio de afetação.

O instrumento que serve como forma de constituição é um termo subscrito pelo incorporador e pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno. Tal manifestação pode se dar na forma expressa em um requerimento dirigido ao oficial

do Registro de Imóveis ou por meio de uma declaração anexada ao Memorial de Incorporação.¹³

A elaboração do termo de afetação não requer nenhuma formalidade em especial, caso o incorporador preferir, poderá formular a declaração em folha a parte, sendo uma simples declaração que pode ser enunciada, por exemplo, nos seguintes termos: “declara o incorporador que a presente incorporação está submetida ao regime da afetação nos termos e para os efeitos dos artigos. 31-A e seguintes da Lei nº 4.591/1964, inseridos pelo art. 53 da Lei nº 10.931/2004¹⁴.”

Formalmente, a constituição do regime de afetação sobre o imóvel objeto da incorporação imobiliária se dá mediante averbação do “termo” no Registro de Imóveis, ressaltando que o termo pode ser averbado até a conclusão da obra.¹⁵

Prevê o art. 31-B que considera-se constituído o patrimônio de afetação mediante averbação, a qualquer tempo, no Registro de Imóveis, de termo firmado pelo incorporador e, quando for o caso, também pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno.¹⁶

Todavia, o incorporador não é necessariamente o dono do terreno, conforme os termos do art. 31, b, da Lei nº 4.591/64 podem atuar como incorporador o construtor ou o corretor de imóveis; nessas situações, o terreno permanece, por inteiro, no patrimônio do proprietário do terreno. Além dessa hipótese legal, o promitente comprador, bem como o cessionário ou o promitente cessionário dos direitos do promitente comprador, estão também legitimados a realizar uma incorporação imobiliária; também está habilitado a atuar como incorporador aquele que se tornar a titular de parte do terreno mediante contrato de permuta. No caso da permuta, o proprietário do terreno transmite ao incorporador a propriedade da maior parte do terreno e mantém em seu patrimônio uma pequena parte, em contrapartida, o incorporador se obriga a construir determinados apartamentos para o proprietário do terreno.¹⁷

Nos casos em que o incorporador não for o proprietário do terreno, o outorgante das garantias sobre o imóvel há de ser, necessariamente, o respectivo proprietário ou titular dos direitos aquisitivos, e essa outorga se dá mediante sua

¹³ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 106

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

¹⁷ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação Imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 107.

assinatura no instrumento que constitui a garantia. Portanto, a afetação sobre o terreno do qual o incorporador seja apenas promitente comprador ou cessionário dos direitos aquisitivos deve ser outorgada em conjunto pelo proprietário do terreno e pelo promitente comprador ou cessionário (incorporador), devendo o incorporador, pois, firmar o respectivo termo de afetação.¹⁸

Vale destacar os casos de permuta do terreno, onde aquele que era titular do terreno terá um crédito em área construída, sendo desnecessária a participação deste na regularização da afetação, ficando na mesma posição dos adquirentes das unidades. O parágrafo único do art. 31-B, cita a seguinte redação:

A averbação não será obstada pela existência de ônus reais que tenham sido constituídos sobre o imóvel objeto da incorporação para garantia do pagamento do preço de sua aquisição ou do cumprimento de obrigação de construir o empreendimento.¹⁹

Nessas hipóteses a afetação não fica dispensada, podendo ser devidamente averbada conforme facultado pela lei.

No caso de ausência de pagamento do incorporador, haverá a inclusão do crédito não pago nas prestações que os adquirentes deverem ao vendedor do imóvel. A existência de ônus reais sobre o imóvel objeto da incorporação, seja no caso de garantia do pagamento do preço de sua aquisição, cumprimento da obrigação de construir o empreendimento, não são fatos impeditivos para averbação do patrimônio de afetação.²⁰

Portanto, se o registro da incorporação não é impedido devido a existência de ônus reais ou fiscais, conforme disposto no § 5º do art. 32 da Lei nº 4.591/64, que diz o seguinte “ a existência de ônus fiscais ou reais, salvo os impeditivos da alienação, não impedem o registro, que será feito com as devidas ressalvas, mencionando-se, em todos os documentos, extraídos do registro, a existência e a extensão do ônus”. Sendo aplicável em relação a afetação, que não ficara impedida

¹⁸ Idem.

¹⁹ BRASIL. Art.31-B Lei Ordinária nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e incorporação imobiliárias. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 21 de dezembro de 1964. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm.>. Acesso em: 18 nov, 2017.

²⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p 394..

se comprometido o imóvel pela garantia hipotecária por obrigações decorrentes de sua própria aquisição.²¹

3.3 Fiscalização e controle da incorporação e as obrigações do incorporador:

O art. 31-C confere poderes à Comissão de Representantes e a entidade financiadora do empreendimento, para designar, as suas custas, pessoa física ou jurídica para fiscalizar e acompanhar a obra enquanto incorporação, além de fiscalizar o patrimônio afetado, em especial a sua conservação de maneira que não seja desviado ou até mesmo delapidado.²²

A comissão, conforme disposto no art. 50 da Lei nº 4.591/64 é formada na incorporação, por, pelo menos, três condôminos, designados por meio do contrato de incorporação ou por eleição em uma assembleia geral, com objetivo de representar os adquirentes em todas as etapas da construção, desempenhando o papel de fiscal e podendo interferir em situações especiais, tais como o inadimplemento do incorporador. A assembleia geral poderá, pela maioria absoluta dos adquirentes, alterar a composição da comissão e até revogar suas decisões²³.

Dentre outras funções que podemos mencionar cabíveis a comissão de representantes temos, consulta e exame de documentação, os materiais adquiridos, os lançamentos contábeis, as atividades ligadas a incorporação, verificando em especial o cumprimento das obrigações, inclusive as tributárias, pertinentes a incorporação. No entanto a principal função da comissão de representantes é exercida quando ocorre a falência do incorporador, ou a paralisação da obra por mais de 30 dias, sem justa causa, pois está assume a administração da obra, convocando uma assembleia, no prazo de sessenta dias, com *quórum* de dois terços, a fim de deliberar pela continuidade da obra ou pela liquidação do patrimônio de afetação²⁴.

Assim, pretende-se evitar que os adquirentes sejam prejudicados diante da falência do incorporador, tendo o empreendimento resguardado pelo patrimônio de

²¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 394.

²² CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. p.112.

²³ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 394.

²⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 395.

afetação, podendo dar continuidade a obra contratando outra empresa, ou alternativamente liquidando o patrimônio, uma vez que o patrimônio afetado jamais integrará a massa falida.²⁵

Quanto a responsabilidade da Comissão de Representantes ou do agente financeiro pelo patrimônio de afetação, a lei estipula o seguinte:

Em seu §1º o art.31-C, esclarece que não recai qualquer tipo de responsabilidade em face da comissão ou do agente financeiro, com relação a qualidade da obra, o prazo de entrega do imóvel ou qualquer outra obrigação atribuída ao incorporador ou construtor.²⁶

Diante, da ressalva de apenas ambicionar pela preservação do patrimônio de afetação, as informações obtidas sobre a obra pelo encarregado da fiscalização, de cunho empresarial, tributário, contábil, patrimonial e econômico, ficarão em sigilo, preservadas de qualquer interlocução a terceiros, sendo impedida de ser utilizada para fins diversos daquele estabelecido pelo controle.²⁷

A função de “fiscal” deve ser exercida com zelo e dedicação, visando evitar desvios e eventuais prejuízos. Caso haja o desrespeito as condutas de descrição e diligência ocasionara sua responsabilização, conforme imposto pelo § 2º do art. 31-C:

A pessoa que, em decorrência do exercício da fiscalização de que trata o caput deste artigo, obtiver acesso as informações comerciais, tributárias e de qualquer outra natureza referentes ao patrimônio de afetado responderá pela falta de zelo, dedicação e sigilo destas informações.²⁸

Em caso de nomeação de fiscal pela entidade financiadora da obra, esse eventualmente poderá fornecer cópia do seu relatório à comissão de representantes, não constituindo esse ato quebra de sigilo, conforme disposto no § 3º do art. 31-C.

Apesar da previsão legal da possibilidade dá comissão de representantes e do agente financiador nomearem um fiscal para acompanhar o patrimônio de afetação, isso não tem muita efetividade no dia a dia das incorporações. Pois

²⁵ RIZZARDO, Arnaldo. Condomínio edilício e incorporação imobiliária. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 395

²⁶ Idem.

²⁷ Idem. p. 396.

²⁸ BRASIL.Art.31-B, §2º Lei Ordinária nº 4.591, de 18 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e incorporação imobiliária. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 21 de dezembro de 1964. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em 18 nov.2017.

geralmente os adquirentes somente se preocupam com a obra próximo do prazo de entrega das chaves, ou seja, não acompanham a mesma desde o início deixando assim de exercer um direito estipulado na lei a fim de resguardar os seus próprios interesses.

Quanto as obrigações do incorporador em relação ao patrimônio de afetação estas estão contempladas no art. 31-D e seus respectivos incisos.

A primeira delas é promover a boa administração e a preservação do patrimônio de afetação, obrigação essa associada à sua condição natural de titular do patrimônio afetado.²⁹

Deve o incorporador zelar pelo patrimônio de afetação, cuidando dos bens e direitos que o integram, inclusive caso necessário adotar medidas judiciais para sua preservação, podendo vir a responder com seus bens pessoais por atos de má administração. Compete ainda ao incorporador destacar em seu patrimônio os bens, direitos e obrigações referente a cada incorporação, consequentemente mantendo registros contábeis para cada uma das incorporações, com contabilidade separada da sua contabilidade geral.³⁰

Compete ao incorporador “ diligenciar a captação dos recursos necessários à incorporação (...) cuidando de preservar os recursos necessários à conclusão da obra. ” (art. 31-D, III). O início do dispositivo contempla a atividade típica da incorporação imobiliária, onde ocorre a mobilização de fatores de produção determinantes para realização da obra, como os recursos financeiros, captados por meio da venda das unidades ou obtenção de financiamento. Já a parte final do dispositivo dispõe que o incorporador deve administrar adequadamente os recursos, assegurando a existência destes para atender tempestivamente as necessidades da obra, no período da construção, mediante a cessão de créditos, ou tomada de financiamentos.³¹

Com relação a essas duas obrigações descritas anteriormente, o novo Código de Processo Civil institui norma específica em relação a preservação dos recursos financeiros necessários à execução da obra, sendo consideradas impenhoráveis os créditos oriundos da alienação das unidades integrantes das incorporações imobiliárias, conforme disposto em seu art. 833, XII. Tal norma se

²⁹ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 113.

³⁰ Idem.

³¹ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. p.115.

aplica a todas as incorporações, mesmo as que não se encontram sob o regime da afetação.³²

Outra obrigação inerente ao incorporador é a apresentação aos adquirentes, a cada três meses relatório que demonstre o estado da obra e sua correspondência com o prazo estipulado para finalização da incorporação, bem como a movimentação financeira de recursos, “ressalvadas eventuais modificações sugeridas pelo incorporador e aprovadas pela Comissão de representantes” (art. 31-D, IV). Esse relatório apresentado constitui elementos apropriados para cobrar do incorporador maior empenho no andamento da obra, além de corroborar para adoção de medidas de substituição do incorporador, caso persista a demora, cumulada a demais fatores que demonstrem a desídia e a infração a deveres constantes no contrato de incorporação.³³

O incorporador fica obrigado a manter os recursos financeiros do patrimônio de afetação em conta específica, ressaltando que cada patrimônio afetado deve possuir uma conta própria, competindo ao incorporador titular do negócio a quem concerne a movimentação da conta (art. 31-D, V).

Por fim, a lei estipula nos dois últimos incisos do art. 31-D, que o incorporador deve apresentar a Comissão de Representantes balancete coincidente com o trimestre civil, em relação ao respectivo patrimônio de afetação deve ainda ser mantida a escrituração contábil completa, ainda que esteja dispensado pela legislação tributária.

3.4 Regime especial tributação no patrimônio de afetação:

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

³² CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 116.

³³ Idem.

Com a afetação, não ocorre qualquer alteração do regime tributário, que se encontra inserida a atividade da incorporação, muito menos modifica a responsabilidade do contribuinte, tanto que o aglomerado de bens, direitos e obrigações que compõe o patrimônio de afetação, não é retirado do patrimônio geral do incorporador, embora com a destinação para cumprimento de uma determinada finalidade, sem acometer a garantia do crédito tributário.

A Lei nº 10.931/2004³⁴ em seus artigos 1º ao 10º, criou o regime especial tributário do patrimônio de afetação, com o intuito de atrair os incorporadores a adotarem o regime da afetação, uma vez que as vantagens tributárias somente se aplicam as incorporações que optarem por aderir o regime de afetação, beneficiando-se assim com incentivos fiscais para redução da carga tributária.

Conforme disposto em seu art. 1º que diz: Fica instituído o regime especial de tributação aplicável as incorporações imobiliárias, em caráter opcional e irretratável enquanto perdurarem direitos de crédito ou obrigações do incorporador junto aos adquirentes dos imóveis que compõe a incorporação.³⁵

Optando pelo regime especial o contribuinte, deixa de pagar os tributos pelo regime do lucro real, passando a pagar uma alíquota mensal de 4% sobre a receita recebida, correspondente ao pagamento unificado dos seguintes imposto e contribuições: Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), a Contribuição para os Programas de Integração Social e Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP), a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social.

São necessárias duas condições para que o incorporador tenha direito a adotar o regime a saber: entrega de termo de opção junto a secretaria da receita federal da unidade competente e que seja adotado o regime de afetação como dito anteriormente.

Vale trazer à baila algumas outras normas dispostas na lei, como: a impossibilidade de qualquer tipo de restituição ou compensação dos valores pagos, no que diz respeito aos prejuízos ocorridos nos exercícios anteriores,

³⁴ BRASIL. Lei Ordinária nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporação imobiliária, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, 1 de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10. 406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. In: Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 2 de agosto de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm>. Acesso em: 01 dez. 2017.

³⁵ Idem Art. 1º.

obrigatoriedade do contribuinte de efetuar os recolhimentos dos tributos a partir do mês em que optar pelo RET, o pagamento dos créditos não poderá se dar na forma parcelada. (art. 6).

Fica o incorporador obrigado a manter escrituração contábil segregada para cada incorporação (art. 7) e por fim ocorre a perda da eficácia da deliberação que decide pela continuação da obra no caso de falência da incorporadora, se não apurado o pagamento das obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas vinculadas ao patrimônio de afetação, desde que os fatos geradores da tributação tenham ocorrido até a data da decretação da falência do incorporador.

Os adquirentes ficam incumbidos sobre o pagamento das obrigações até um ano da deliberação que decide pela continuação da obra, ou até a concessão do habite-se, se esta ocorrer antes do prazo inferior. (art. 9).

Uma informação que vale ser destacada é que nas incorporações de interesse social a alíquota é de 1%, no caso de construção de unidades residências de valor unitário de até R\$ 100.000,00. Essa alíquota foi instituída pela Lei nº 12.024/2009 e tem validade até 31/12/2018 por força da Lei nº 13.097/2015.³⁶

3.5 A afetação e a falência ou insolvência do incorporador:

Conforme explicitado no início deste trabalho, uma das causas que levaram a criação da referida Lei sobre o patrimônio de afetação, foi proteger os adquirentes principalmente em caso de falência do incorporador como ocorreu anos atrás com uma das maiores incorporadoras do país, deixando diversos adquirentes a ver navios e com grandes prejuízos.

O último artigo referente ao capítulo sobre o patrimônio de afetação, mais precisamente o art. 31-F *caput*, contempla que decretada a falência ou insolvência civil do incorporador, os efeitos produzidos por tal decisão em nada interferem nos patrimônios de afetação constituídos, bem como o terreno, as ascensões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação não são incluídos na massa concursal.³⁷

³⁶ CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação imobiliária. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. p.122.

³⁷ BRASIL.Art.31-F Lei Ordinária nº 4.591, de 18 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e incorporação imobiliária. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 21 de dezembro de 1964. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em 18 nov.2017.

A decretação da falência não importa na extinção imediata da afetação, uma vez que o patrimônio subsiste garantindo a construção, entretanto, não em face do incorporador, mas das obrigações com os adquirentes e os demais credores. Neste caso os adquirentes das unidades não serão prejudicados pela falência do incorporador, pois tem o empreendimento resguardado pelo regime de afetação, podendo dar continuidade a obra contratando uma outra empresa, ou alternativamente podem optar pela liquidação deste patrimônio, já que o patrimônio de afetação jamais fara parte da massa falida.³⁸

A massa comum dos bens do incorporador ficará responsável por cobrir os créditos diversos daqueles da incorporação. Em caso de os bens não bastarem para cobrir as obrigações, o saldo remanescente ingressará na falência a título de crédito privilegiado, bem como se o produto da alienação dos imóveis restantes não quitar as obrigações e os créditos dos adquirentes, em relação à diferença não reembolsada os mesmos adquirentes se tornarão credores privilegiados, situação na qual os bens pessoais do incorporador respondem subsidiariamente.

3.5.1 Normas aplicáveis

A Lei de Recuperação Judicial e de Falência de Empresas (Lei nº 11.101/2005), em seu art. 119, IX, destaca a obediência as regras estipuladas pela lei especial sobre o patrimônio de afetação, bem como destaca a reserva do patrimônio até o cumprimento de sua finalidade conforme o seu texto que segue:

Art. 119. Nas relações contratuais a seguir mencionadas prevalecerão as seguintes regras:

IX - os patrimônios de afetação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade, ocasião em que o administrador judicial arrecadará o saldo a favor da massa falida ou inscreverá na classe própria o crédito que contra ela remanescer.³⁹

³⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 400.

³⁹ BRASIL. Art. 119 Lei Ordinária nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Dispões sobre a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. In: Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11.101.htm>. Acesso em 02 dez. 2017.

O cumprimento da finalidade que menciona o artigo diz respeito a conclusão da obra, seguido pela averbação da construção, entrega das unidades aos adquirentes e o resgate do financiamento da construção, no caso deste ter existido. Após todos esses trâmites o administrador arrecadara os valores remanescentes em favor da massa, para que integre o ativo que irão satisfazer os créditos em geral.

Diante da proteção da incorporação que se submete ao regime de afetação em face da falência ou insolvência do incorporador, o §1º do art.31-F afirma que nos 60 dias subsequentes da quebra, os adquirentes devem se reunir e por meio de uma assembleia-geral, deliberar por meio da maioria simples pela ratificação do mandato dos membros da Comissão de Representantes ou elegerão novos membros. Por meio de convocação, sendo a primeira por dois terços dos votos dos adquirentes ou em segunda por maioria absoluta de votos, instituirão o condomínio da construção pela via pública ou particular, bem como deliberarão sobre a continuação da obra ou pela liquidação do patrimônio.

A convocação para a assembleia geral se dará por meio da Comissão de Representantes ou, em falta desta por um sexto dos titulares das frações ideias, ou, ainda, pelo juízo da falência. Existindo financiamento para a construção, a entidade financiadora poderá proceder a convocação.

Nas hipóteses estipuladas no art. 43, VI que dispõe sobre a paralisação da obra de forma injustificada por mais de 30 dias ou o seu atraso injustificado, aplica-se o mesmo procedimento estipulado no §1º, aspirando a substituição do incorporador e a continuação da obra sob administração da Comissão de Representantes.

Nos parágrafos 3º a 8º do art.31-F estão elencados os poderes e obrigações conferidas a Comissão de Representantes, quando investida na administração em face da falência do incorporador e a sua respectiva destituição. Eis as funções atribuídas:

A Comissão poderá subscrever os contratos definitivos de compra e venda, promessa de compra e venda e de cessão de promessa de compra e venda ou de compra e venda, nos casos em que estiverem obrigados o incorporador e o titular do domínio ou dos direitos aquisitivos sobre o imóvel objeto da incorporação em decorrência de contratos preliminares.

Os §§ 3º e 4º são bem sintetizados nas palavras de Arnaldo Rizzardo, reproduzidas a seguir:

Em síntese, a comissão de representantes é investida de mandato irrevogável, com poderes para outorgar aos adquirentes, desde que já tenham cumprido integralmente suas obrigações, as escrituras públicas definitivas de transferência dos imóveis. Este mandato será válido mesmo após a conclusão da obra. Caso o adquirente tenha obrigação a cumprir, se provado estar adimplente, será celebrado contrato definitivo condicionado à constituição de garantia real sobre o imóvel.⁴⁰

O § 5º do art.31-F, confere poderes a Comissão de transmitir domínio, direito, posse e ação, bem como manifestar a responsabilidade do alienante pela evicção e imitar os adquirentes na posse das unidades respectivas, diante dessa previsão legal fica assegurado aos adquirentes a obtenção de escritura definitiva, independente do ajuizamento de ação de adjudicação compulsória.

Outra atribuição dada pela lei a Comissão é de firmar contratos definitivos mesmo que pendentes obrigações, se prestada garantia suficiente, gravada sobre o imóvel, manifestada pela hipoteca. O § 6º prevê o seguinte:

Os contratos definitivos serão celebrados mesmo com os adquirentes que tenham obrigações a cumprir perante o incorporador ou a instituição financiadora, desde que comprovadamente adimplentes, situação em que a outorga do contrato fica condicionada a garantia real sobre o imóvel, para assegurar o pagamento do débito remanescente.⁴¹

A Comissão de Representantes ficará responsável por em cumprir a decisão da assembleia geral que deliberar pela liquidação do patrimônio afetado, realizando a alienação do terreno e acessões, firmando a escritura, transmitindo posse, direito, domínio, ação e receber o preço, prestará contas das quantias recebidas e do cumprimento de suas funções bem como manifestar a responsabilidade pela evicção, imitar os futuros adquirentes na posse do terreno e das acessões.

⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 405

⁴¹ BRASIL. Art.31-F, § 6º Lei Ordinária nº 4.591, de 18 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e incorporação imobiliária. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 21 de dezembro de 1964. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em 18 nov.2017.

A alienação será efetivada por meio por meio de contrato de venda, promessa de venda, ou outra espécie de contrato que se coaduna com os direitos objetos da transmissão. Ocorrendo a venda definitiva do terreno, esta é formalizada por escritura pública, já no caso de alienação de unidades remanescentes essas serão efetivadas por meio de contratos particulares de compra e venda, ou de promessa de compra e venda ou cessão pertinente ao contrato.

Outrossim, é possível que ocorra transmissão ou cessão da incorporação, ou da obra no estado em que se encontra, englobando os direitos que ainda persistem, tal como, o recebimento das prestações devidas pelos adquirentes.

Já o § 14, garante a Comissão no intuito de garantir o prosseguimento da obra ou a liquidação do patrimônio de afetação, no prazo de sessenta dias após a data em que foi realizada a assembleia geral prevista no § 1º o poder de promover a venda das unidades remanescentes, não alienadas pelo incorporador até a data da decretação da falência por meio de leilão público, respeitando o disposto no art. 63.

Em relação as obrigações da Comissão, referente ao cumprimento do mandato, esse será ditado pelas deliberações determinadas pela assembleia geral, cumprindo suas funções anteriormente descritas conforme decidido em assembleia pelos condôminos, sendo possível ainda que seja conferido a Comissão autonomia para tomar decisões sem a interferência do órgão superior a ela, entretanto caso desrespeite alguma das deliberações impostas pela assembleia será responsabilizada.

A Comissão está obrigada a prestar contas, aos adquirentes, bem como repassar os valores recebidos referente a venda das unidades, no prazo de cinco dias a contar da data que recebeu o valor total da venda ou a parcela referente a venda. Tais valores serão destinados conforme deliberado em assembleia.

No caso de os adquirentes optarem pelo prosseguimento da obra em assembleia, estes sub-rogam-se nos direitos, nas obrigações e nos encargos referentes a incorporação como no caso da existência de financiamento, além das obrigações tributárias, trabalhistas e previdenciárias estes últimos devem ser pagos em até uma ano após a deliberação de continuidade da obra ou até a expedição do habite-se. Compete a administração da obra à Comissão de Representantes, com poder de decisão, assumindo assim, o lugar do incorporador.

Outrossim, os adquirentes continuarão efetuando o pagamento das parcelas conforme pactuado nos contratos, por força do disposto no § 12 do artigo 31-F:

Para os efeitos do § 11 deste artigo, cada adquirente responderá individualmente pelo saldo porventura existente entre as receitas do empreendimento e o custo da conclusão da incorporação na proporção dos coeficientes de construção atribuíveis às respectivas unidades, se outro critério de rateio não for deliberado em assembleia geral por dois terços dos votos dos adquirentes, observado o seguinte.⁴²

Os incisos do § 12 estabelecem algumas regras:

No inciso I, é estabelecido que os saldos referentes as frações ideias e acessões associados a incorporação que não tiveram sido pagos ao incorporador até a decretação da falência, devem ser pagos à Comissão de Representantes, subsistindo sobre a totalidade desses recursos o regime de afetação, até o limite necessário para conclusão da obra.

Já o inciso II, diz respeito a competência da Comissão de Representantes em receber as parcelas do saldo do preço, bem como conceder quitação e promover medidas judiciais ou extrajudiciais inerentes a esse recebimento, podendo promover o leilão de unidades de inadimplentes.

O inciso III, traz o conceito de receitas do empreendimento, qual seja, os valores das parcelas a receber: “consideram-se receitas do empreendimento os valores das parcelas a receber, vincendas e vencidas e ainda não pagas, de cada adquirente, correspondentes ao preço de aquisição das respectivas unidades ou do preço de custeio de construção, bem como os recursos disponíveis afetados. ”

Por fim o inciso IV, traz a concepção de custo da conclusão da incorporação que compreende no custeio da construção do edifício além da averbação da construção das edificações de forma individualizada e discriminada.

O § 13, do artigo 31-F estabelece que no caso de existir algum saldo entre as receitas da incorporação e o custo de conclusão do empreendimento, o referido valor será entregue à massa falida pela Comissão de Representantes, hipótese está, remota, uma vez que o incorporador teve sua falência decretada o que demonstra uma má administração dos recursos, sendo previsível que os adquirentes

⁴² BRASIL.Art.31-F, §12 Lei Ordinária nº 4.591, de 18 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e incorporação imobiliária. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 21 de dezembro de 1964. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em 18 nov.2017.

necessitem fazer aportes de recursos superiores aos previstos nos contratos para cobrir os custos totais do empreendimento.

Em relação a venda das unidades em nome do incorporador ou em estoque o § 14 do artigo 31-F, disciplina que a Comissão de Representantes poderá realizar leilão público no intuito de assegurar o prosseguimento da obra ou para liquidação do patrimônio afetado, no prazo de 60 dias, a contar da realização da assembleia geral que autorizou o prosseguimento da obra. O arrematante ficará sub-rogado nos direitos e nas obrigações relativas as frações ideias e acessões acrescidas conforme disposto no § 15 do artigo 31-F.

Os requisitos e formalidades para realização do leilão acima descrito, bem como a ordem de preferência e a destinação dos valores obtidos com a venda estão elencados nos §§ 16, 17 e 18 do art. 31-F.

O primeiro requisito é de que no anuncio de venda conste o valor das acessões não quitadas pelo incorporador e o preço da fração ideal do terreno e das acessões.

Outra formalidade a ser cumprida é o direito de preferência ao proprietário no caso de não ser ele o incorporador, para aquisição das acessões vinculadas a fração ideal no prazo de 24 horas seguintes a data de designação do leilão e ao condomínio, no caso de o proprietário não exercer a sua preferência ou caso não haja licitantes para comprar a frações ideais e acessões, mas neste caso estará pendente da liberação da assembleia geral do condomínio adotada pelo voto da maioria simples dos adquirentes presentes. Devendo preferência do condomínio ser exercida no prazo de 48 horas seguintes a data designada do leilão. (§ 17, I e II, art. 31-F)

Após realização da venda a Comissão de Representantes em até 5 dias irá repartir o produto da venda da seguinte forma disposta nos incisos do § 18 do art. 31-F:

- I - Pagar as obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, Observada a ordem de preferência prevista na legislação, em especial o disposto no art. 186 do Código Tributário Nacional;
- II - Reembolsar aos adquirentes as quantias que tenham adiantado, com recursos próprios, para pagamento das obrigações referidas no inciso I;
- III - reembolsar à instituição financiadora a quantia que esta tiver entregue para a construção, salvo se outra forma for convencionada entre as partes interessadas;

- IV - Entregar ao condomínio o valor que este tiver desembolsado para construção das acessões de responsabilidade do incorporador (§ 6º do art. 35 e § 5º do art. 31-A), na proporção do valor obtido na venda;
- V - Entregar ao proprietário do terreno, nas hipóteses em que este seja pessoa distinta da pessoa do incorporador, o valor apurado na venda, em proporção ao valor atribuído à fração ideal;
- VI - Entregar à massa falida o saldo que porventura remanescer.⁴³

O § 19 do art. 31-F, determina que o incorporador deve assegurar ao “fiscal” nomeado por força do art. 31-C, acesso a todas as informações necessárias para o exame da monta das obrigações dispostas no § 12, inciso I do art. 31-F, saldo dos preços das frações ideais associadas a incorporação que não tenham sido pagas ao incorporador até a data da decretação da falência ou insolvência relacionadas ao patrimônio de afetação.

Colocando fim a regulamentação da afetação patrimonial no campo das incorporações imobiliárias, o § 20 do art. 31-F, afasta qualquer possibilidade da transferência para os adquirentes algumas das obrigações do incorporador não relacionadas diretamente com a incorporação a que estão vinculados, além das obrigações relativas, de maneira direta ou indireta, ao imposto de renda e à contribuição social sobre o lucro devidas pela pessoa jurídica do incorporador, inclusive por equiparação.

⁴³ BRASIL. Art. 31-F, § 18 Lei Ordinária nº 4.591, de 18 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e incorporação imobiliária. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 21 de dezembro de 1964. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em 18 nov. 2017.

4 EXTINÇÃO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

Ocorre a extinção do patrimônio de afetação pelo cumprimento da sua finalidade que advém da conclusão da obra, seguido da averbação da construção e da entrega das unidades imobiliárias aos adquirentes, e quando for o caso, com a extinção das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento. Podendo ainda ser extinto por revogação do patrimônio de afetação, por meio de denúncia da incorporação, após a restituição das quantias pagas aos adquirentes e por fim por meio de deliberação da assembleia geral que resolve pela liquidação do patrimônio afetado.⁴⁴

A causa de extinção mais comum está na consecução da finalidade, que se resume na construção.

No artigo 31- E aparecem as situações de extinção do patrimônio de afetação:

O patrimônio de afetação extinguir-se-á pela:

- I – Averbação da construção, registro dos títulos de domínio ou de direito de aquisição em nome dos respectivos adquirentes e, quando for o caso, extinção das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora do empreendimento;
- II – Revogação em razão de denúncia da incorporação, depois de restituídas aos adquirentes as quantias por eles pagas (art.36), ou de outras hipóteses previstas em lei; e
- III - Liquidação deliberada pela assembleia-geral nos termos do art. 31-F, § 1º.⁴⁵

Reconhecidas qualquer uma das razões acima, acarreta na desafetação dos direitos que ainda subsistem em favor do incorporador, que recaiam sobre as unidades remanescentes, eventualmente existentes, bem como nas futuras prestações referente a venda de unidades. O patrimônio ficará inteiramente livre e o incorporador poderá utiliza-lo da maneira que lhe for conveniente.⁴⁶

⁴⁴ CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação imobiliária. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. p.123.

⁴⁵ BRASIL.Art.31-E Lei Ordinária nº 4.591, de 18 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e incorporação imobiliária. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 21 de dezembro de 1964. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em 18 nov.2017.

⁴⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 399.

A averbação do cancelamento do patrimônio de afetação será necessariamente solicitada ao registro imobiliário, pelo incorporador conforme disposto no art.44 da Lei 4591/64, e no caso de demora do cumprimento deste dever, os adquirentes prejudicados podem pleitear perdas e danos em face do incorporador.

No caso de o incorporador não promover a averbação, caberá ao construtor fazê-la. Não sendo efetivada, qualquer adquirente poderá averbar a construção, sem prejuízo de ser ressarcido pelas perdas e danos, em face do incorporador e construtor, que respondem solidariamente pelos danos gerados (art.44, §§ 1º e 2º).

Os adquirentes somente contraem a propriedade de suas unidades, após a averbação da construção junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente nos termos do art. 1227 do Código Civil.⁴⁷

Subsistindo financiamento tido pelo incorporador, a extinção se dá pelo adimplemento das obrigações do incorporador junto a instituição financiadora do empreendimento.

Diante disso a lei garante maior privilégio as instituições financeiras, para recebimento de seus créditos em relação aos demais credores, pois o patrimônio de afetação, não deixará de existir enquanto não quitar os seus débitos junto a instituição financeira.⁴⁸

Ocorrendo a extinção por meio da denúncia, esta será efetivada por meio de um termo, acompanhado do comprovante de comunicação aos adquirentes, e caso tenham recebido prestações a comprovação de que estas foram restituídas aos adquirentes com a devida comprovação da quitação.

A denúncia é o ato pelo qual o incorporador desistirá do empreendimento dentro do prazo de carência expresso no contrato, para exercer a faculdade da desistência de prosseguir com o empreendimento. Configura uma resilição unilateral do contrato, onde o incorporador ficará exonerado de realizar o empreendimento, devendo restituir os valores aos adquirentes no prazo de 30, a partir da denúncia.

O não cumprimento dessa obrigação, de restituir os valores aos adquirentes, permite a estes a utilização da via executiva para cobrar os valores pagos,

⁴⁷ VANZELLA, Pedro Guilherme Kreling. Incorporação imobiliária e patrimônio de afetação. Curitiba. Juruá, 2009. p. 70.

⁴⁸ Idem. p.71.

devidamente atualizados pelo IGP da data do recebimento, acrescido de juros moratórios de 6% ano.⁴⁹

Caso a extinção advenha pela liquidação do patrimônio de afetado, a Comissão de Representantes enviará requisição, instruída com a comprovação do pagamento das obrigações vinculadas ao patrimônio instituído como de afetação. Efetiva-se a liquidação, não apenas com a desconstituição da afetação, mas também com a comprovação de quitação das obrigações que impuseram o ônus.⁵⁰

Em relação as outras formas de extinção do patrimônio de afetação destacam-se a extinção do contrato de incorporação pelo distrato, pois nada impede que as partes que compõe o contrato de incorporação acordem, consensualmente, no rompimento do contrato.

O distrato deve ser formalizado da mesma maneira, utilizada na celebração do contrato.

Havendo o distrato do contrato de incorporação, não haverá motivo para o patrimônio de afetação continue a existindo.

Outra forma de extinção do patrimônio de afetação, prevista em lei ocorre pelo inadimplemento de uma das partes, seja pelo incorporador ou pelo adquirente.

No caso do inadimplemento pelo incorporador, conforme tratado anteriormente, os adquirentes podem assumir o controle da obra por meio da Comissão de Representantes, ou optar pela liquidação do patrimônio.

Já no caso do inadimplemento pelo adquirente, que deixa de pagar os valores devidos pela compra da unidade autônoma, nos prazos estipulados pelo contrato de compra e venda.

O incorporador poderá requerer a rescisão contratual, adotando o procedimento prévio de interpelação judicial para que o adquirente purgue a mora, e posteriormente, pleiteie perdas e danos causados pelo inadimplemento do adquirente (art.389, Código Civil 2002), sem prejuízo da execução em relação a cada parcela vencida e não paga.⁵¹

⁴⁹ VANZELLA, Pedro Guilherme Kreling. Incorporação imobiliária e patrimônio de afetação. Curitiba. Juruá, 2009. p. 73-74.

⁵⁰ RIZZARDO, Arnaldo. Condomínio edilício e incorporação imobiliária. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 400.

⁵¹ VANZELLA, Pedro Guilherme Kreling. Incorporação imobiliária e patrimônio de afetação. Curitiba. Juruá, 2009. p. 75.

A lei ainda estipula a possibilidade de prever no contrato que a inadimplência por parte do adquirente, de três parcelas do valor da construção, após devidamente notificado, com prazo de dez dias para pagar os débitos em aberto, pode ser feita a rescisão do contrato, ou ainda que, o não pagamento do débito respondem os direitos à respectiva fração ideal respectiva a esse adquirente.⁵²

⁵² MATTOS, Aldo Dórea. Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária mais proteção para o adquirente. São Paulo. Pinni, 2011. p.69

5 CONCLUSÃO

O instituto do patrimônio de afetação teve a sua criação impulsionada, diante de um dos episódios que deixou marca na história das incorporações imobiliárias, a falência de uma das maiores incorporadoras do país a Encol, que deixou diversas obras inacabadas e causou prejuízos a diversos adquirentes espalhados pelo país, causando um estremecimento no setor, pois a população com receio do que aconteceu com a Encol, deixou de adquirir imóveis na planta das demais incorporadora e construtoras.

No intuito de garantir maior proteção aos direitos dos adquirentes e aquecer o mercado imobiliário, surgiu a Lei nº 10.931/04 que instituiu o patrimônio de afetação, onde a incorporação imobiliária afetada, tem o seu patrimônio segregado do patrimônio geral do incorporador, bem como de outras incorporações pertencentes a ele, ficando vinculados à realização do empreendimento. As normas dispostas nela trouxeram mais elementos para garantir proteção aos interesses dos adquirentes, em especial no caso de falência ou insolvência do incorporador, permitindo que os adquirentes prossigam com a obra ou a liquidem, sem a necessidade de acionar o judiciário.

A Lei 10.931/ 04, foi criada com a finalidade de complementar o disposto na Lei 4.591/64, pioneira na regulamentação das incorporações imobiliárias e timidamente na proteção dos adquirentes face ao incorporador, não contemplando a necessária segurança jurídica para os adquirentes de imóveis na planta ou em fase de construção.

No entanto nem tudo são flores, pois, a lei que institui a afetação, facultou ao incorporador a adoção do regime de afetação na incorporação imobiliária, recebendo diversas críticas, pois deveria ser obrigatória a adoção do regime, no intuito de proteger os adquirentes, mas facultando ao incorporador, acaba agravando a vulnerabilidade dos adquirentes, concedendo vantagem exagerada ao incorporador.

Muitas das normas estipuladas na Lei 10.934/04 sobre o patrimônio de afetação incluídas na Lei 4.591/ 64, garantem maior proteção aos adquirentes, além de transparência na relação com o incorporador, como por exemplo

acompanhamento da obra e verificação da aplicação dos valores empenhados ao respectivo empreendimento.

Porém, a falta de bom senso dos nossos aplicadores do direito e o desconhecimento da lei, prejudicam o bom andamento das obras, quando deferem penhoras online, para satisfazer o crédito de adquirentes ou credores de empreendimentos diverso, em contas destinada a determinada incorporação, desrespeitando uma das características principais do instituto, a incomunicabilidade dos patrimônios.

O regime da afetação, foi um grande avanço na proteção dos direitos dos adquirentes e redução dos riscos, entretanto muito pouco conhecido pela população em geral que compra imóveis na planta e só se preocupa em correr atrás dos seus direitos no momento em que descobre que a obra está atrasada ou que se quer saiu do chão, ou seja, acaba sendo lesada mesmo nos casos em que a lei o protege.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Ordinária nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e incorporações imobiliárias. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 21 de dezembro de 1964. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. Lei Ordinária nº 10.931, de 2 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporação imobiliária, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, 1 de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 2 de agosto de 2004. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm>. Acesso em: 01 dez. 2017.

BRASIL. Lei Ordinária nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Dispõe sobre a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em 02 dez. 2017.

BRASIL. Lei Ordinária nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil In: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 16 de março de 2005. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 03 dez. 2017.

CHALHUB, Melhim Namem, A afetação do acervo nas incorporações imobiliárias. In: PAIVA, João Pedro Lamana; TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti. **Novo direito imobiliário e registral**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p.17-33.

CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017.

MATOS, Sandro Rafael Baroni. **Incorporação imobiliária e patrimônio de afetação**. Curitiba. Juruá, 2009.

MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária mais proteção para o adquirente**. São Paulo. Pinni, 2011.

PAIVA, João Pedro Lamana. (Coord.). Do patrimônio de afetação: redução dos riscos. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti. **Novo direito imobiliário e registral**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 35-43.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. I.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca, Incorporação imobiliária, patrimônio de afetação e garantia dos imóveis. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 9, n. 49, p. 112-130, set. 2007.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. Patrimônio de afetação na incorporação Imobiliária. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v.6, n. 31, p. 46-55, set. 2004.

VANZELLA, Pedro Guilherme Kreling. **Incorporação imobiliária e patrimônio de afetação**. Curitiba. Juruá, 2009.