

Revista

JUSTIÇA CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO
PÚBLICA FEDERAL DO BRASIL



Ministro Carlos Velloso

**“PRECISAMOS ACABAR COM
A AÇÃO DE EXECUÇÃO”**

Editorial: CONGRESSO EM DESMORALIZAÇÃO

PROTEÇÃO PATRIMONIAL DOS ADQUIRENTES NAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS

Melhim Namem Chalhub

Advogado



“TEMOS DEFENDIDO A APLICAÇÃO DA TEORIA DA AFETAÇÃO PARA UMA SÉRIE DE NEGÓCIOS TÍPICOS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA (...)”

A PROTEÇÃO CONTRATUAL DOS ADQUIRENTES E CONSUMIDORES

Em 1964 a Lei das Incorporações Imobiliárias (Lei 4.591/64) introduziu no direito positivo um avançado sistema de proteção contratual dos adquirentes de imóveis em construção, fundado nos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato. Mais tarde, a Lei n° 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), orientada por esses mesmos princípios, dispôs sobre a proteção contratual nas relações de consumo, aplicável, também, aos contratos de construção e de venda de imóveis.¹

Entretanto, apesar de tratarem da proteção contratual, nenhuma dessas duas leis cuidou da proteção patrimonial, deixando os adquirentes de imóveis em construção sob risco de perda das quantias que pagaram, como bem ilustram casos de desequilíbrio econômico-financeiro de empresas incorporadoras, de que é exemplo o caso Encol.

O ADVENTO DA PROTEÇÃO PATRIMONIAL DOS ADQUIRENTES - O ART. 53 DA LEI N°10.931/2004 VEIO SUPRIR ESSA IMPORTANTE LACUNA, ASSEGURANDO

AOS ADQUIRENTES A PROTEÇÃO PATRIMONIAL QUE FALTAVA

A nova lei resulta do Projeto de Lei da Câmara n° 2.109/99, que reproduz anteprojeto de nossa lavra aprovado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, tendo sido, posteriormente, incorporado ao Projeto de Lei do Executivo n° 3.065/2004, que veio a ser convertido na Lei n° 10.931/2004; o art. 53 dessa lei acrescenta à Lei 4.591/64 os arts. 31A a 31F, dispondo sobre o modo de constituição da afetação do acervo das incorporações, os mecanismos de controle e os procedimentos em caso de insolvência da empresa incorporadora.

O art. 31A estabelece a destinação do acervo de cada incorporação imobiliária, ao permitir que tal acervo constitua um “patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.”

Dada essa qualificação, os bens, direitos e obrigações vinculados à incorporação afetada passam a formar um núcleo patrimonial com autonomia funcional, que só responde pelas suas próprias dívidas e obrigações. Uma Comissão de

Representantes dos adquirentes exerce controle sobre esse patrimônio separado, inclusive mediante análise trimestral do seu balanço específico e está legitimada para, em caso de falência ou recuperação da empresa incorporadora, assumir a administração do empreendimento e dar prosseguimento à obra, independente de intervenção judicial e com autonomia em relação ao processo de falência.

Essa autonomia é ratificada pela recente Lei n° 11.101/2005, que regulamenta a Recuperação da Sociedade Empresária e do Empresário, ao estabelecer, no inciso IX do art. 119, que as atividades relacionadas a patrimônios de afetação prosseguirão independente do processo de falência até que cumpram sua finalidade.

A EFICÁCIA DA AFETAÇÃO NOS NEGÓCIOS CONTEMPORÂNEOS

Trata-se, como se vê, da aplicação da teoria da afetação, pela qual se admite a formação de acervos patrimoniais vinculados à realização de determinado fim, agindo e operando funcionalmente, como se fora um patrimônio autônomo.²

A idéia é particularmente útil na sociedade contemporânea.

Em estudo prospectivo sobre o terceiro milênio, Antonio Gambaro observa que “a modalidade mais intensa de tutela é obviamente constituída pela separação entre o patrimônio pessoal do fiduciário e os bens administrados fiduciariamente”.³

A razão de ser da separação patrimonial, como salienta Francesco Messineo, está ligada à idéia de “1) atribuir ou reservar certos bens a uma determinada exclusiva destinação, de maneira que fique excluída outra destinação, mesmo que não possa ser alcançada; 2) ou então reservar a um certo grupo de credores um determinado núcleo de bens, sobre os quais possam eles satisfazer-se com exclusão dos outros, com a consequência de que os outros credores fiquem excluídos e de que, sobre os outros bens, tal grupo de credores não pode alegar direitos ou que, ao contrário, este grupo pode satisfazer-se só subsidiariamente, e se necessário, sobre os restantes bens do sujeito (devedor)”⁴

Temos defendido a aplicação da teoria da afetação para uma série de negócios típicos da sociedade contemporânea, chamando a atenção para a necessidade de expressa previsão legal para a afetação de bens e direitos, devendo a lei prever expressamente os meios de publicidade da constituição dos patrimônios de afetação.⁵

A 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, considerado de per si, seja por força da antecipação parcial de pagamento feita pelos adquirentes.

Observe-se a estrutura do negócio incorporativo, traçada

“(…) TALVEZ A JURISPRUDÊNCIA POSSA SUPRIR A DISTORÇÃO, COM BASE NOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E CONSIDERANDO O INTERESSE PÚBLICO INERENTE À PROTEÇÃO DA ECONOMIA POPULAR.”

a partir do art. 28 da Lei 4.591/64.

De acordo com o art. 32 da Lei das Incorporações, o incorporador arquiva no Registro de Imóveis um dossiê denominado “Memorial de Incorporação,” composto de documentos que definem por completo o objeto de cada empreendimento e seu programa financeiro, entre eles o projeto de construção e o orçamento da obra. No conjunto de elementos desse dossiê, é possível vislumbrar uma certa autonomia material e financeira da incorporação.

O conjunto de peças que compõe o Memorial confere identidade própria a cada incorporação, delimita com clareza o núcleo patrimonial a afetar e evidencia a capacidade de cada negócio de gerar receita suficiente para a completa realização da obra, com autonomia em relação a outras fontes de receita da empresa incorporadora.

Pode uma incorporação imobiliária, assim, realizar-se com suas próprias forças, tendo, portanto, capacidade de auto-sustentação, circunstância que assegura efeito prático à afetação dessa espécie de negócio.

O REGIME JURÍDICO INSTITUÍDO PELOS ARTS. 31A A 31F DA LEI 4.591/64

De acordo com a nova lei, a afetação se efetiva mediante “termo de afetação”, que deverá ser averbado no Registro de Imóveis.

Uma vez afetado, o acervo da incorporação torna-se incomunicável, passando a responder somente pelas suas próprias dívidas e obrigações.

CONTABILIDADE SEPARADA

Cada patrimônio de afetação tem ativo e passivo próprios. A lei exige que o incorporador mantenha contabilidade separada para cada incorporação afetada, sem que isso

implique exclusão do acervo afetado do patrimônio geral do incorporador, nem limitação da sua responsabilidade pela incorporação, de modo que ele é que é o responsável pela obtenção dos recursos para conclusão da obra e entrega das unidades.

DIREITO SUBJETIVO DO INCORPORADOR E RESTRIÇÕES AO EXERCÍCIO DOS SEUS PODERES

A afetação não atinge o direito subjetivo do incorporador, que, sendo titular do terreno e das acessões, continua investido dos poderes de livre disponibilidade dos bens integrantes da incorporação. Sendo, entretanto, um encargo que vincula esses bens a uma determinada destinação (conclusão da obra e entrega das unidades aos adquirentes), a afetação condiciona o exercício dos poderes do titular da incorporação, impedindo que ele perpetre atos de desvio de destinação e impondo-lhe a obrigação de “preservar os recursos necessários à conclusão da obra”, “manter apartados os bens e direitos objeto de cada incorporação”, manter e movimentar os recursos financeiros em conta de depósito específica para a incorporação afetada, manter contabilidade separada e fornecer à Comissão de Representantes, trimestralmente, balancetes e demonstrativos do estado da obra (art. 31D).

CONTROLE E FISCALIZAÇÃO

O controle e a fiscalização do desenvolvimento da incorporação afetada será feito pela Comissão de Representantes dos adquirentes, a partir dos relatórios trimestrais que receberá do incorporador, bem como pela instituição financiadora do empreendimento.

EXTINÇÃO DA AFETAÇÃO

Uma vez concluída a obra, entregues as unidades aos adquirentes e paga a dívida decorrente do financiamento, se houver, extingue-se a afetação. Dá-se também a extinção da afetação em duas outras hipóteses, a saber: (i) em caso de denúncia da incorporação, depois de restituídas as quantias aos adquirentes, e (ii) em caso de liquidação da incorporação, deliberada pela assembléia geral.

PROCEDIMENTOS EM CASO DE FALÊNCIA

Se, no curso da construção, ocorrer a falência ou recuperação da empresa incorporadora, os efeitos da insolvência não atingem o patrimônio de afetação, de modo que os bens, direitos e obrigações que o compõem não poderão ser arrecadados à massa.

Nesse caso, nos 60 dias que se seguirem à decretação da quebra da empresa incorporadora, os adquirentes realizarão assembléia geral na qual firmarão o instrumento de instituição do condomínio da construção e deliberarão sobre o destino do empreendimento.

Duas opções se põem diante dos adquirentes: ou prosseguem a obra, levando-a a cabo, ou liquidam o acervo da incorporação.

Importante salientar que a administração do negócio será exercida pela Comissão de Representantes dos adquirentes, e não pelo Administrador da falência ou da recuperação da empresa.

PROSSEGUIMENTO DA OBRA

Caso resolvam prosseguir a obra, a Comissão de Representantes deve promover a venda dos apartamentos em “estoque”, isto é, aqueles que a incorporadora ainda não tiver vendido, mediante leilão extrajudicial, destinando o produto da venda ao pagamento das dívidas vinculadas à incorporação-patrimônio-de-afetação, de acordo com a ordem legal de preferências, e arrecadando a eventual sobra à massa falida. A seguir, a comissão de representantes passará a receber as prestações devidas pelos adquirentes, constantes dos contratos de aquisição das unidades, e a aplicar as respectivas importâncias na construção; se a receita for superior ao montante das obrigações do patrimônio de afetação, a diferença será arrecadada à massa; se, entretanto, a receita for inferior e tiverem sido feitos aportes em valor superior ao preço convencionado nos contratos de aquisição, a diferença será habilitada como crédito dos adquirentes.

LIQUIDAÇÃO DO PATRIMÔNIO

Já se a assembléia dos adquirentes deliberar pela liquidação, a comissão de representantes promoverá a venda do acervo da incorporação em leilão extrajudicial, pagará os créditos também segundo a ordem legal de preferências, restituirá aos adquirentes as quantias que tiverem pago e arrecadará o saldo, se houver, à massa; se a restituição não for integral, o valor que faltar para completá-la será habilitado como crédito dos adquirentes.

OUTORGA DAS ESCRITURAS “DEFINITIVAS”

Medida particularmente desburocratizante é a contida no § 3º do art. 31F, pelo qual a Comissão de Representantes fica investida de poderes irrevogáveis para outorgar aos adquirentes o contrato definitivo, dispensando o procedimento de adjudicação compulsória e, ainda, afastando a necessidade de alvará do Juízo da falência.

NOTA CRÍTICA

Não obstante o grande aperfeiçoamento no sistema de proteção do adquirente, a nova lei contém algumas distorções que prejudicam o pleno cumprimento da sua função social.

A mais grave dessas distorções é que a afetação é uma “opção” do incorporador, e não um mecanismo compulsório de compensação da vulnerabilidade do adquirente.

Dispõe o art. 31A: “A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação...”).

Trata-se de caso esdrúxulo, em que é o devedor quem decide se dará ou não dará garantia do cumprimento de suas obrigações.

NECESSIDADE DE COMPULSORIEDADE DA AFETAÇÃO

O dispositivo precisa ser modificado para tornar compulsória a afetação patrimonial. Afinal, o que está em jogo é a vulnerabilidade do adquirente, sobretudo pela antecipação parcial do pagamento, e não a conveniência do incorporador.

Nada justifica que a afetação seja manejada a critério do incorporador, pois a proteção da economia popular é matéria de interesse público que, a exemplo do que sucede no âmbito das relações de consumo, decorre do “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” (Lei nº 8.078/90, art. 4º, I), daí a necessidade de intervenção legislativa “para compensar eventual desvantagem contratual e garantir a segurança jurídica em favor do contratante mais fraco, impondo, para tal, regime jurídico próprio para determinadas atividades.”

Ao deixar a afetação a critério do incorporador, a Lei 10.931/04 concede vantagem exagerada ao incorporador, agravando ainda mais a vulnerabilidade dos adquirentes e contrapondo-se ao fundamento axiológico da norma, expresso na concepção original do anteprojeto do Instituto dos Advogados Brasileiros e em quatro Projetos de Lei apresentados na Câmara Federal nesse mesmo sentido, todos eles, unisonamente, caracterizando a incorporação imobiliária como um patrimônio de afetação por força do simples registro do Memorial de Incorporação.

Em suma, a afetação das incorporações imobiliárias constitui garantia de incomparável eficácia em favor dos credores vinculados especificamente a cada negócio incorporativo, beneficiando em especial os adquirentes,

na medida em que lhes assegura a preservação das suas aplicações financeiras e lhes outorga o direito de assumir a administração do negócio e prosseguir a obra com autonomia em relação a eventual falência da empresa incorporadora, prerrogativa essa que veio a ser reafirmada pelo art. 119 da Lei de Recuperação da Sociedade Empresária e do Empresário (Lei nº 11.101/2005).

Entretanto, a parte inicial do art. 31A desviou-se do fundamento axiológico que justifica a afetação, deixando de indicá-la como elemento integrante de toda e qualquer incorporação.

É de se admitir que essa distorção venha a ser suprida na prática do mercado, pois, na medida em que a afetação é a única garantia que se mostra efetivamente eficaz para o financiamento da construção, em razão do risco de aplicação do Enunciado nº 308 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça,⁶ os bancos já estão passando a exigir a constituição de patrimônio de afetação como requisito para concessão de financiamento das incorporações imobiliárias.

De outra parte, em certas circunstâncias, talvez a jurisprudência possa suprir a distorção, com base nos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato e considerando o interesse público inerente à proteção da economia popular.

Entretanto, em nome da estabilidade social, é de todo conveniente que a correção venha por processo legislativo que torne compulsória a aplicação da afetação a todas as incorporações, única forma de, na hipótese, assegurar a plena realização da função social do contrato e da propriedade.

NOTAS E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

¹ A equivocada impressão de que a Lei 4.591/64 seria carente de regras de proteção do adquirente e de que, por isso, os únicos meios para sua defesa estariam no CDC, decorre, em parte, como explica Antônio Junqueira de Azevedo, do fato de se poder encontrar no CDC “um ersatz do Código Civil que não veio ou, no mínimo, um ponto de apoio para alavancar a atualização.” (Responsabilidade pré-contratual no CDC: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, nº 18, abril/junho, 1996, p. 22). No caso dos contratos de venda nas incorporações, entretanto, esse “ponto de apoio” mostrou-se dispensável, pois a Lei 4.591/64 já oferecia adequada proteção contratual, por meio de um sistema de proteção fundado nos mesmos princípios do CDC, por meio, por exemplo, de normas sobre propaganda enganosa (inclusive com tipificação de crime contra a economia popular), sobre o dever de informação nas fases pré-contratual e de execução do contrato, a rigorosa limitação do conteúdo do contrato, a definição da responsabilidade objetiva do incorporador etc. A propósito, extrai-se do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. no REsp 80036-SP: “O CODECON traça regras que presidem a situação específica do consumo e, além disso, define princípios gerais orientadores do Direito das Obrigações. Na teoria dos sistemas, é um caso estranho a lei do microsistema enunciar os princípios gerais para o sistema, mas é isso o que acontece no caso, por várias razões, mas principalmente porque a nova lei incorporou ao ordenamento civil legislado normas que expressam o desenvolvimento do mundo dos negócios e o estado atual da ciência, introduzindo na relação obrigacional a prevalência da idéia da justiça contratual, da equivalência das prestações e da boa-fé. É certo que, no que lhe for específico, o contrato de incorporação é regido pela lei que lhe é própria, mas os princípios gerais são os mesmos do sistema civil, entre eles os do CODECON.” É claro que, havendo lacuna na Lei 4.591/64 que justifique o recurso ao CDC, a incidência desse Código há de ser orientada pela adequada articulação entre suas normas e a tutela especial contida na Lei 4.591/64, de modo a evitar distorções que frustram o escopo e a função social do contrato.

² RAO, Vicente, O direito e a vida dos direitos. São Paulo: RT, 1999, 5. ed. atualizada e anotada por Ovidio Rocha Barros Sandoval, p. 838, nota 66.

³ GAMBARO, Antonio. Trattato di diritto privato – la proprietà. Milão: Giuffrè, 1990, p. 251. O autor refere-se ao dispositivo da lei italiana que disciplina os fundos comuns de investimento.

⁴ MESSINEO, Francesco. Manual de derecho civil y commercial. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, v. II, p. 265.

⁵ CHALHUB, Melhim Namem. Negócio fiduciário. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 95.

⁶ Enunciado nº 308 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.”