

**INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA EM REGIME DE PATRIMÔNIO DE
AFETAÇÃO E SUB-ROGAÇÃO DE DIREITOS.**

ADILSON NERI PEREIRA¹

RESUMO: O objetivo deste artigo é demonstrar que a instituição do patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias é insuficiente à proteção dos adquirentes. Utiliza-se um enquadramento teórico da compreensão e identificação do campo normativo e do âmbito da norma para solução dos desafios impostos ao intérprete diante da facticidade e, como método, a descrição de procedimentos extraída do artigo 31F, da lei federal 4.591/64, para a hipótese de afastamento do incorporador por inadimplemento ou insolvência, da qual se extrai como resultados as possibilidades de superação dos entraves e questões práticas pela Administração Pública, pelos agentes financeiros e por adquirentes, na qual o seguro de garantia se sobressai e orienta as reflexões sobre mecanismos para evitar a proliferação de obras inacabadas que, mesmo sob o regime de patrimônio de afetação ocasiona prejuízos à população. A oportunidade identifica situação na qual a adoção de métodos concretistas de interpretação e aplicação do Direito torna-se elemento fundamental à obtenção de objetivos sociais e à solução de conflitos.

Palavras-chave: Sub-rogação de direitos. Patrimônio de afetação. Incorporação imobiliária. Financiamento de construção. Seguro.

ABSTRACT: The purpose of this article is to demonstrate that the institution of allocation assets in real estate developments is insufficient to protect acquirers. A theoretical framework of understanding and identification of the normative field and scope of the norm is used to solve the challenges imposed on the interpreter in the face of facticity and as a method the description of procedures extracted from article 31F, of federal law 4.591/64, for the hypothesis of removal of the incorporator due to default or insolvency, from which the possibilities of overcoming obstacles and practical issues are extracted, before the Public Administration, financial agents and acquirers, in which guarantee insurance stands out and guides reflections on mechanisms to avoid the proliferation of unfinished works which, even under the allocation of assets, causes damage to the population. The opportunity identifies a situation in which the adoption of concrete methods of interpretation and application of the Law becomes a fundamental element in achieving social objectives and resolving conflicts.

Keywords: Subrogation of rights. Allocation assets. Real estate development. Construction financing. Insurance.

¹ Formado em Matemática pela USP. Advogado formado pela PUC-SP. Mestre em Direito Político e Econômico (Mackenzie – SP). Doutorando em Direito Administrativo (PUC-SP). Atua na área de seguros. Diretor da AIDA – Associação Internacional de Direito de Seguros. Diretor da ANSP – Academia Nacional de Seguros e Previdência.

1. INTRODUÇÃO

O texto da norma é início da solução, elo entre o ser e o dever-ser, condicionado em parte por aspectos sociológicos, pela lógica jurídica e pela busca incessante de justiça que caracteriza toda e qualquer definição de Direito, dependente do programa pretendido pelo legislador e do âmbito abrangido pela regra positivada (MÜLLER, 2008, p. 11). É sob esse aspecto estruturante que o artigo 31F, §11º da lei 4591/1964, a chamada lei de incorporação imobiliária (BRASIL, Lei 4591), traz desafios a serem esclarecidos com o intuito de viabilizar a remoção dos entraves à continuidade de obras interrompidas por inadimplemento do incorporador.

Esse artigo da lei será revisto ao longo do texto, pois, sua leitura permite identificá-lo como manual de procedimentos a instruir atuações possíveis, autorizadas pela lei, vocacionadas a evitar prejuízos aos adquirentes de imóveis na planta e dar andamento às garantias propiciadas pela formação do patrimônio de afetação.

Às regras de aplicabilidade, há que se adicionar soluções aos conflitos oriundos da evolução e complexidade social e do construto elaborado pelos participantes dessas relações. A amplitude de expectativas é atualizada pela evolução dos interesses e interação contínua entre os envolvidos (SICHES, 2008, p. 103-106), a partir das normas, das preferências, dos anseios, das conquistas e, certamente, do desejo de aplicar todos os talentos em prol de soluções justas, compatíveis com uma moralidade adequada ditada pela boa vontade (KANT, 2007, p. 22-23).

A análise estará focada no artigo 31F da lei 4.591/64, atualizada pela lei 10.931/2004. Pretende-se esclarecer aspectos fundamentais, identificar as questões que devam ser previamente observadas e apontar os obstáculos a serem evitados, sempre com o intuito de que as prescrições da lei não se tornem ineficazes na proteção dos adquirentes que, nesse projeto, Casa Verde e Amarela ou Minha Casa Minha Vida, são todos de baixa renda.

Discute-se a implantação e defesa do direito fundamental de moradia e, portanto, da implementação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais, prevalência dos direitos humanos e a função social da propriedade em seu possível embate com a livre iniciativa. Princípios jurídicos são aqui considerados como mandados de otimização, como meios de alcançar os objetivos da melhor forma possível (MARTINS, 2008, p. 28-29). Correspondem a valores positivados cuja preservação *prima facie* é determinada pelo

constituente (Idem, p. 163) e, em caso, de conflito entre princípios, torna-se fundamental determinar caminhos em que o afastamento de um, atenda ao princípio de proporcionalidade no atendimento de outro.

2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS: O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

O *caput* da lei 4591/64 enfatiza a preservação do patrimônio de afetação nas situações em que o edifício tenha sua construção interrompida por falência ou insolvência do incorporador e, portanto, dedica-se solução de fatos jurídicos que, teoricamente, podem ser resolvidos (GUASTINI, 2016, p. 23-24):

Art. 31-F. Os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação.

Importante trazer à tona que a afetação do patrimônio, embora isole um conjunto de bens, direitos e obrigações, não os separa do patrimônio normal do incorporador, são apenas tratados de forma distinta. Inexiste obrigação de uma contabilidade individual, de contas correntes próprias, mas apenas a atribuição contábil de débitos e créditos computados à parte afetada daquele conjunto (CHALHUB, 2010, p. 70-78).

Realizada a venda de uma unidade imobiliária, é possível que o produto da venda integre a mesma conta corrente na qual outros recursos são creditados. Na contabilidade, ficará registrado o valor associado àquele edifício, segregado dos demais patrimônios, de tal forma que a utilização do recurso no suprimento de outras obrigações representará uma fraude contábil. Mas, a fraude contábil é uma das situações conducentes à recuperação judicial ou insolvência civil perpetradas por empresários inescrupulosos. Ao final, haverá apenas a constatação inequívoca de que os recursos foram desviados. Mas, Inez já é morta.

Logo, a regra apenas se efetiva como proteção dos adquirentes mediante fiscalização permanente da origem e destinação dos recursos, da conciliação bancária, da gestão dos gastos com fornecedores, da verificação dos estoques à venda, das vendas realizadas e registradas, dos contratos com os promitentes compradores, dos negócios

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA EM REGIME DE PATRIMÔNIO

com fornecedores e, como soe ocorrer em financiamentos bancários, da conta corrente específica aos créditos e recursos destinados à construção, assim como das despesas e pagamentos pertinentes.

Sem averiguação externa ou sem o cuidado do agente financeiro, restará no patrimônio segregado apenas o terreno, as acessões e materiais depositados no local, mas não os saldos bancários (CHALHUB, autor do projeto que resultou na lei 10931/2004 batalhou pela instituição de organismo governamental que se dedicasse à regulação das incorporações). Em relação às acessões, a falta de controle sobre os contratos, abre as portas à comercialização em permuta com materiais adquiridos de fornecedores. Situação duplamente prejudicial, pois, os imóveis do Projeto Casa Verde Amarela ou Minha Casa Minha Vida têm destinação exclusiva a pessoas físicas, com o intuito de atingir os resultados de uma política pública de conotação evidentemente social, de ampliar a aquisição de casas próprias pela população de baixa renda.

A troca de materiais pela titularidade de um imóvel evidencia um prejuízo ao condomínio, submete a operação a negociações escusas, como o pagamento de propina, além de escamotear direitos creditórios que deveriam compor os ativos do empreendimento, em dinheiro, e não cimento e pedra. Em suma, sem a segregação das contas e o controle permanente das operações, há o risco de parte considerável dos ativos desaparecerem, apesar de afetados.

Desvios dessa ordem requerem atuação dedicada e especializada para identificação; não basta um controle superficial; requer verdadeiro acompanhamento, auditoria periódica, cuidados especiais na operação, verificação do saldo bancário, conferência dos lançamentos contábeis, identificação das unidades em estoque, conferência dos contratos, avaliação dos materiais adquiridos, evolução da obra, direcionamento dos créditos. Sem tais cuidados, decretada a falência do incorporador, as acessões se transformam em esqueleto, obra inacabada. Pior, obra impossível de ser terminada pelo acúmulo de obrigações, falta de recursos disponíveis.

Obrigações e encargos integram o patrimônio afetado. As dívidas atribuídas pelo incorporador àquela parcela do patrimônio não estão submetidas ao concurso dos credores e, portanto, devem ser liquidadas com os recursos próprios. Admite-se, em tal situação, a penhora do terreno, de acessões, dos direitos creditórios, dos materiais aplicáveis na obra. Esse é o caso de dívidas trabalhistas, tributárias, gastos com fornecedores, com concessionárias de luz e água.

Os efeitos da falência ou insolvência civil do incorporador atingem de maneira significativa o que está afetado, ainda que esse patrimônio não ingresse no concurso de credores. Em tal momento, é lícito ao adquirente de imóvel na planta desistir dos contratos em andamento, mediante o recebimento do montante investido, com um desconto a título de cláusula penal. Certo que diante do estado falimentar da empresa, essa medida terá pouco resultado. Poderá interromper o pagamento dos juros de evolução da obra e terá ao seu dispor somente o benefício de participação no concurso de credores.

A incorporação imobiliária, no escopo do projeto governamental, sob o ponto de vista do empresário, corresponde a uma operação mercantil, lucrativa, de construção de condomínios edilícios, com utilização de parte de recursos próprios e parte captados pela venda antecipada das unidades futuras, como proporção de área ideal do terreno onde se constrói as acessões, posteriormente unitizadas e lançadas no registro do cartório de imóveis. Sob a ótica dos adquirentes é uma excelente oportunidade de investir suas economias, inclusive, o saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, na compra de um imóvel novo, com juros subsidiados pelo governo federal.

Na maior parte das vezes, o terreno onde o imóvel é erigido pertence a um terceiro de quem o incorporador adquire, mediante permuta de unidades no próprio edifício. Realiza-se a venda do terreno ou o compromisso de compra e venda em caráter irrevogável, com a transferência de unidades futuras ao dono do terreno que também se torna interessado no empreendimento. Há um encontro razoável e complementar de interesses e, felizmente, a maior parte dos empreendimentos chega ao final.

O sucesso atrai novos compradores, valoriza os apartamentos, viabiliza a continuidade. Entretanto, a interrupção ou a diminuição no ritmo de execução são suficientes à eclosão de uma crise de confiança, que interfere na venda de novas unidades e na disposição de continuidade de pagamento. A questão é ainda mais significativa quando há a falência do incorporador. O parágrafo 1º do Artigo 31F estabelece as condições a serem enfrentadas em tais momentos e inicia com a estipulação de um prazo:

§ 1º. Nos sessenta dias que se seguirem à decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador (...).

Percebe-se uma preocupação do legislador com a agilização das providências, pois, o tempo é primordial no intento de evitar que um empreendimento promissor se transforme num esqueleto de concreto (RIZZARDO, 2020, p. 434).

3. DISCUSSÃO: A COMISSÃO DE REPRESENTANTES DOS ADQUIRENTES

Continuemos com mais uma linha do parágrafo iniciado no capítulo anterior:

(...) o condomínio dos adquirentes, por convocação da sua Comissão de Representantes (...).

Antes mesmo de estar pronto o edifício, existe já a formação de um condomínio dos promitentes compradores de alguma unidade (RIZZARDO, 2020, p. 25-28), mas apesar da especificação de qual apartamento pertencerá a cada um, o condomínio ainda é indiviso, limitado a uma parcela da área ideal, pois, o compromisso de compra e venda identifica a promessa de futura existência daquela unidade.

Enquanto não houver o “habite-se” e a certificação de conclusão da obra, não será possível atribuir a propriedade aos promitentes compradores, eis que a matrícula do imóvel permanece indivisa, mesmo com a reserva lançada no registro de incorporação imobiliária da futura existência das unidades residenciais, equipamentos e áreas comuns (BALBINO FILHO, 2010, p. 398-399).

Tal percepção é ainda mais clara quando a alvenaria sequer foi elevada e existem apenas as fundações, ou quando não se elevou a alvenaria até o último pavimento. Enfim, até a conclusão existe um condomínio indiviso, porque os apartamentos nem foram construídos. Se já existem fisicamente, não estão acabados; se acabados, não tiveram o seu registro especificado e separado da matrícula do terreno.

A lei admite a formação de um comitê de representantes desse condomínio e esse é um dos pontos importantes da afetação do patrimônio: a possibilidade de controle do empreendimento. Entretanto, essa é uma aparência de normalidade; a realidade é bem diferente e a demonstração desse fato é função primordial deste artigo (PERELMAN, 2005, p. 272).

Afirma-se que a possibilidade é pura teoria, pois, não há obrigação de o incorporador organizar esse comitê. A iniciativa de organização pelos próprios adquirentes é praticamente impossível, eis que não têm o cadastro dos compradores. O recurso a anúncios na imprensa para convocação dos interessados só se mostra viável quando a situação é grave o suficiente a ponto de mobilizar várias pessoas em torno desse objetivo. Sem saber quantas unidades foram comercializadas, sequer poderão comprovar que uma assembleia reuniu maioria qualificada, informação básica que oferece legalidade à eleição de um comitê capaz de representá-los.

Seria razoável esperar que o incorporador convocasse os adquirentes, organizasse uma assembleia, promovesse a eleição da comissão de representantes, com o intuito de elaborar a ata, reunir os documentos, registrar num cartório de notas e legalizar a existência desse agrupamento que, pela lei, tem poderes especiais: acompanhar o andamento da obra, auditar as contas do incorporador. Sua atuação é fundamental sempre que se pretenda evitar desvios de recursos, inclusive, porque terá acesso às contas bancárias. Em caso de financiamento, essa condição é absolutamente necessária para avaliar a posição do empreendimento.

Há situações em que o comitê é inútil. Isso ocorre quando composto por pessoas de confiança do incorporador: desde o início, reserva unidades a pessoas próximas, apresentadas ao agente financeiro como resultado do seu esforço de venda inicial, inclusive, com a indicação de existência do comitê que, no início da construção, não tem representatividade e o pouco que tem não é exercida, porque fiel ao empreendedor.

A existência de unidades comercializadas, ainda que apenas de maneira fictícia, auxilia na demonstração aos bancos da viabilidade econômica do negócio e é difícil identificar a fraude. Os contratos são verdadeiros, as pessoas existem, há contabilização entrada de valores em financiamento direto com a incorporadora, situação perfeitamente adequada e muito comum na atividade. São evidentes as vantagens de um comitê que, em verdade, defende os interesses do incorporador: não criarão empecilhos, nem denunciarão situações estranhas aos interesses do patrimônio afetado (SICHES, 1997, p. 60-61).

4. A ATUAÇÃO DO AGENTE FINANCEIRO

Mas, se não existirem os representantes, a lei prossegue em sua orientação:

(...) o condomínio dos adquirentes, por convocação da sua Comissão de Representantes ou, na sua falta, de um sexto dos titulares de frações ideais.

A lei estipula um quórum mínimo de condôminos e lhe atribui poderes à convocação dos adquirentes, tendo por base a somatória das frações ideais, condição que eleva a proporção da área adquirida a critério de aferição dos interesses, fundamento

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA EM REGIME DE PATRIMÔNIO

importante na fixação de uma formalidade justa na representação dos interesses do condomínio (PERELMAN, 2005, p. 41-46).

Simple verificação do Memorial de Incorporação permite identificar a área do empreendimento e calcular a fração ideal necessária à realização desse intento. Entretanto, permanece o problema de identificar os titulares dessas frações. O cadastro dessas pessoas está em poder do incorporador que, nesse momento, não terá intenção de contribuir com a organização de medidas que afrontem os seus interesses (BOBBIO, 1992, p. 67). Resta recorrer ao agente financeiro que, por determinação contratual, tem acesso a essas informações. Os contratos de financiamentos de produção preveem a manutenção de conta corrente vinculada, na qual são creditados os valores recebidos, os resultados das vendas à vista das unidades, as parcelas de vendas realizadas pelo incorporador, as vendas diretas antes do financiamento.

Essa é uma exigência fundamental para que o agente financeiro realize a gestão da evolução da obra e avalie se os recursos são suficientes à sua conclusão. É natural que o financiamento ao incorporador esteja condicionado à aplicação de um percentual de recursos próprios, bem como à exigência de que uma parte das unidades já tenha sido comercializada. De posse dos contratos e compromissos anteriores à concessão do financiamento e de todos os compromissos firmados posteriormente, o banco terá em seu poder a informação sobre os adquirentes, salvo eventuais desvios, vendas não informadas ao banco.

Em caso de insolvência, o financiados tem legitimidade para convocar os promitentes compradores. A organização da comissão de representantes evita que sua garantia se resuma a um prédio inacabado. Passados alguns anos, a estrutura de concreto deprecia o próprio terreno, uma vez que não será passível de aproveitamento econômico sem despender recursos na demolição da construção inacabada e ter de volta o terreno nu, no qual persistirá, ainda, a dificuldade adicional de ter as fundações, ferro, concreto, estacas, definitivamente incorporadas ao solo, em prejuízo à instalação de outra construção.

Ao capitanear a convocação dos adquirentes, o agente financeiro atrairá a reprovação dos mutuários, sob o argumento de que deveria ser diligente em identificar o problema a tempo de viabilizar a continuidade da execução. Corre o risco de ser instado a responder pela falha na execução, por eventual inércia em relação ao devedor (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça). Pior, caso se constate que a conta vinculada esteja negativa, significando que a continuidade da obra implicará no aporte de recursos pelos

Revista Jurídica Direito & Realidade, v.11, n.15, p.169-189/2023

adquirentes, a revolta contra o agente financeiro será quase certa. Logo, salvo em situações especiais, o banco não se mobiliza em prol desse intento.

Há muitas nuances nessa questão. As informações da conta vinculada ao empreendimento não podem ser divulgadas, protegidas que estão pelo sigilo bancário, acessíveis apenas pelo devedor e pela comissão de representantes legalmente organizada. No âmbito do Programa Casa Verde Amarela, entende-se que a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil não sejam meros agentes financeiros, pois, a liberação de recursos pressupõe o acompanhamento da execução (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro). Independentemente disso, eleita a comissão, ela analisará o saldo da conta bancária, obterá informações sobre as unidades em estoque, sobre os ingressos periódicos das prestações e das vendas realizadas, o estágio de desenvolvimento da obra, o montante das dívidas, o orçamento da construção, o seguros existentes.

O tempo é um grande inimigo. Já houve situações em que diante da paralisação da obra, da inexistência de vigilância no local, dos boatos de que a construção seria abandonada em que várias pessoas da localidade invadiram o edifício, alguns com a intenção de morar, mesmo sem as condições mínimas de habitabilidade; outros, com o propósito de furtar materiais como fiação, equipamentos, esquadrias, piso, tijolos, ferro, cobre (BRASIL, Portal Unificado da Justiça Federal da 4ª Região).

É de fundamental importância que as discussões sobre a continuidade da obra sejam realizadas rapidamente, sob o risco de se tornar impossível a retomada da execução. Nas situações em que o incorporador é o próprio construtor, a insolvência demanda a necessidade de encontrar outra empresa que assuma construção e essa tarefa não é fácil. Qualquer construtor terá receio de assumir uma obra inacabada, sem que saiba a qualidade do material aplicado, tenha um levantamento de tudo o que já foi realizado, pavimento por pavimento, unidade por unidade, esteja de posse do “as built”, documento necessário para agilizar a execução e compreender as alterações nos projetos.

5. A IMPORTÂNCIA DE CONTRATAÇÃO DE SEGUROS DE GARANTIA

O custo desse levantamento inicial com a elaboração do “as built” e identificação dos complementos a serem executados é muito significativo, demanda o trabalho de engenheiros com o intuito de elaborar um orçamento específico com a identificação do quanto falta realizar em cada parte do edifício. Nenhum construtor fará

Revista Jurídica Direito & Realidade, v.11, n.15, p.169-189/2023

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA EM REGIME DE PATRIMÔNIO

esse trabalho sem a certeza de que será contratado, ainda mais que ao final desse levantamento, poderá concluir que não há segurança quanto à qualidade da parte executada. Esse novo construtor, nos termos do artigo 618 do código civil, será responsável pela segurança e solidez da obra (BRASIL, Lei 10406) por um período de cinco anos e é admissível que o valor cobrado na retomada da execução, seja sempre superior ao saldo do orçamento, fato que põe em evidência a obrigação de definir os responsáveis pelo aporte de recursos.

Esses obstáculos são intransponíveis se não houver a contratação de seguro garantia do executante construtor, associado a um seguro garantia de retomada da obra. A primeira modalidade tem a função de indenizar o gasto adicional com o orçamento, ou seja, o sobrecusto determinado pela substituição do construtor, depreciação do material, mobilização de equipe, tal como se depreende do título indenização da circular SUSEP 662/2021(BRASIL, SUSEP – Superintendência de Seguros Privados):

Indenização

Art. 21. A seguradora indenizará o segurado ou o beneficiário, até o valor da garantia, mediante:

I - pagamento em dinheiro dos prejuízos, multas e/ou demais valores devidos pelo tomador e garantidos pela apólice em decorrência da inadimplência da obrigação garantida; ou

II - execução da obrigação garantida, de forma a dar continuidade e concluí-la sob a sua integral responsabilidade, nos mesmos termos e condições estabelecidos no objeto principal ou conforme acordado entre segurado e seguradora.

A segunda modalidade está vocacionada às providências com a retomada da obra, com o pagamento de débitos tributários, trabalhistas, custos com nova licença de construção, gastos com o refazimento do canteiro, pagamento de água e luz, vigilância, restauração de projetos, elaboração do “as built”, acompanhamento e medição dos trabalhos da nova construtora (PEREIRA, 2017, p. 40-132). Hoje, essas duas modalidades podem ser reunidas numa única apólice, conjugando as coberturas que permitam retomar e dar continuidade à execução.

A lei 14.118/2021(BRASIL, Lei 14.118) obriga a contratação de seguros relacionados com eventos capazes de danificar a obra, assim como de responsabilidade civil e a garantia de término de obra:

Art. 8º Respeitados os regulamentos específicos de cada uma das fontes de recursos e a necessária vinculação ao Programa Casa Verde e Amarela, são passíveis de compor o valor de investimento da operação:

(...)

XIV - seguro de engenharia, de danos estruturais, de responsabilidade civil do construtor, de garantia de término de obra e outros que visem à mitigação de riscos inerentes aos empreendimentos habitacionais.

Mesmo com a contratação do seguro, ainda há uma questão a ser solucionada: o aporte de recursos, aqueles que o agente financeiro disponibilizava após medições determinantes do andamento da construção. Tais valores integram o financiamento da produção e, óbvio, estão sujeitos ao pagamento futuro com juros e correção monetária. No momento em que o empresário está insolvente, não será fácil convencer os adquirentes de que devam pagar as suas parcelas e os valores que faltam à produção.

Do ponto de vista lógico, é perceptível a vantagem de ter a posse de um edifício concluído, em lugar de um contrato de promessa de compra e venda de algo que não existirá. A possibilidade de ingressar em juízo contra o devedor insolvente é uma realidade; a obtenção de vitória pelos prejuízos associados à paralisação é quase uma afirmação; mas, receber o prejuízo é mais que uma incógnita, quase uma impossibilidade. Caso se tenha contratado apólices de garantia do executante construtor e de retomada ou conclusão da obra, será possível chegar a um consenso, pelo qual o agente financeiro disponibiliza os recursos para que a seguradora administre a continuidade da obra.

(...) o condomínio dos adquirentes, por convocação da sua Comissão de Representantes ou, na sua falta, de um sexto dos titulares de frações ideais, ou, ainda, **por determinação do juiz prolator da decisão.**

O legislador incluiu o judiciário como orientador daqueles prejudicados pela derrocada econômica do incorporador e, na medida em que não especificou a ação em que o juiz irá se pronunciar, instaura-se a possibilidade de que seja aquele que preside a recuperação judicial ou falência (LORENZETTI, 2010, p. 169-185). Deslumbra-se uma situação em que a lei com recomendação apenas virtual requer a integração com a realidade, com a efetivação do conteúdo teleológico que melhor concretize o objetivo pressuposto (MÜLLER, 2008, p. 130-131).

Admite-se a instauração do pedido de recuperação judicial por iniciativa do devedor que exerça sua atividade há mais de dois anos (PACHECO, 2009, p. 144-147). Superada essa primeira condição, deverá cumprir outras regras simultâneas, previstas no artigo 48 da lei (BRASIL, Lei 11.101). Qualquer credor, possuidor de título executivo em valor superior a quarenta salários-mínimos (artigo 94 da lei 11.101/2005), poderá

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA EM REGIME DE PATRIMÔNIO

requerer a falência do devedor. No tema que nos interessa, o abandono da obra também justifica a distribuição de ação requerendo a falência, conforme estabelece a alínea “f” do artigo 94:

f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;

Nas situações em que o autor requeira a recuperação judicial, ele indicará a dívida e obrigações existentes com aqueles que adquiriram unidades residenciais, englobadas sob o regime de afetação. O patrimônio afetado deverá ser necessariamente calculado e isolado, deixando de se comunicar com o restante. Mas, a afetação não carrega consigo a obrigação de se constituírem contabilidades distintas, de tal forma que os ativos e passivos podem estar em plena comunicação, depositados numa única conta corrente no caso de recebimentos; negociados com único agente, na hipótese de abrangerem direitos creditórios; acumulados com um só fornecedor, no caso de compra de materiais; informados numa única guia de recolhimento, quando se tratar de tributos ou obrigações trabalhistas e previdenciárias. Daí a necessidade de cálculo prévio e separação num momento processual que anteceda à organização da assembleia de credores.

Caso constituída, a comissão de representantes dos adquirentes terá oportunidade de esclarecer dúvidas, separar dívidas e obrigações, auditar as contas correntes, verificar a pertinência dos tributos e auxiliar na tarefa de separação do patrimônio, inclusive, com a possibilidade de prosseguir com as vendas de unidades, administrar a conta corrente específica, procurar uma construtora substituta, tratar a regulação do sinistro com a seguradora da garantia do executante construtor, ajustar com a seguradora da apólice de garantia de retomada da obra as formas mais adequadas de utilização dos recursos, negociar com o agente financeiro uma carência dos juros de evolução da obra e condições especiais de financiamento à continuidade da execução.

A potencialidade de se posicionar ativamente na condução do negócio diante do afastamento do incorporador é condição que se depreende dos termos do mesmo artigo 31F, § 1º, mas que passam pela existência desse comitê e da realização de assembleia geral dos adquirentes.

(...) o condomínio dos adquirentes, por convocação da sua Comissão de Representantes ou, na sua falta, de um sexto dos titulares de frações ideais, ou, ainda, por determinação do juiz prolator da decisão, realizará

assembleia geral, na qual, por maioria simples, ratificará o mandato da Comissão de Representantes ou elegerá novos membros.

Haverá necessidade de convocar os interessados para uma assembleia o que, do ponto de vista prático, implica solucionar o impasse de identificá-los, organizar um encontro, dar a devida publicidade, reservar um local, ter propostas de continuidade, ter informações sobre o empreendimento, o estoque de unidades, as vendas, os boletos de cobrança das parcelas, acessar a conta corrente utilizada, identificar as unidades financiadas pela construtora, as unidades financiadas pelo banco, tomar conhecimento das ações judiciais de resolução contratual, do percentual de obra concluída, dos materiais guardados no almoxarifado, dos projetos, das pendências trabalhistas e previdenciárias, dos tributos, das condições de pagamento dos materiais aplicados na obra.

Como já se afirmou, na maior partes das vezes, nesse momento, o comitê não está formado. Se for ultrapassado o obstáculo de convocar as pessoas, a sua organização far-se-á ainda sem ter o acesso a todos os elementos necessários à decisão. Mas, já será um passo fundamental para atuar em prol de concluir a obra, pois, a partir daí, o representante dos adquirentes terá poderes para acessar informações protegidas pelo sigilo bancário e representatividade para gerenciar os recursos propiciados pelas apólices de seguro e pelo pagamento das parcelas relativas às unidades vendidas. Poderá se assenorear da posição de cada contrato e, muito importante, ingressar na posse dos dados cadastrais dos promissários compradores com o intuito de convocá-los em novas oportunidades.

(...) e, em primeira convocação, por dois terços dos votos dos adquirentes ou, em segunda convocação, pela maioria absoluta desses votos, instituirá o condomínio da construção, por instrumento público ou particular

A informação sobre os adquirentes é absolutamente necessária, pois, a constituição do condomínio requer, no mínimo, a votação da maioria absoluta dos adquirentes, sendo necessário que se tenha a prova de constituição dessa maioria.

Posto que a lei dimensiona a maioria qualificada ou absoluta a partir dos votos, entende-se que a aferição dar-se-á com base na área útil das unidades adquiridas, cuja somatória haverá que ultrapassar dois terços ou maioria absoluta, determinada em segunda convocação. A ata da assembleia identificará os presentes, as respectivas unidades com as áreas privativas e comuns, de forma a justificar o quórum necessário.

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA EM REGIME DE PATRIMÔNIO

Sem o quórum indicado, o condomínio não será instituído. Obstáculo intransponível nos termos da lei e sem essa providência, os prejudicados terão à disposição tão somente as ações individuais que não se prestam a solucionar o problema da coletividade e, tampouco o dos indivíduos, uma vez que após o trânsito em julgado das suas ações, ingressarão no rol de credores quirografários, com remota possibilidade de recuperar os prejuízos e, efetivamente, distantes da alternativa da casa própria.

A instituição do condomínio permite a continuidade da obra, a busca por uma solução coletiva. Sem ela, resta como alternativa o recurso ao judiciário, em litisconsórcio ativo de parte significativa dos adquirentes que, no entanto, não constituem a representatividade suficiente na formação do quórum exigido. Por meio do judiciário, será possível quebrar o sigilo bancário, acessar os seguros existentes, as informações sobre a situação econômico-financeira do empreendimento e, eventualmente, convencer os recalcitrantes à formação do condomínio de construção.

(...), e deliberará sobre os termos da continuação da obra ou da liquidação do patrimônio de afetação (art. 43, inciso III);

A depender da situação, não será possível continuar a obra, mas, nessa ocasião, o condomínio dos adquirentes terá a oportunidade de decidir pela liquidação do patrimônio de afetação. Percebe-se, nesse ponto, o quanto a lei se distancia da realidade. O patrimônio administrado por uma empresa falida ou em recuperação judicial, sem a obrigação de efetiva separação dos ativos, sem controle sobre os recursos, sem auditoria ou verificação constantes será nulo ou, pior, negativo. O saldo bancário, na hipótese de haver uma conta específica, já estará consumido pelos juros do financiamento. Mas, ainda que exista, será insuficiente à satisfação dos promitentes compradores.

A conclusão reforça o engano do legislador: optou por não constituir órgão governamental ou empresa de auditoria com a incumbência de acompanhar as contas das empresas com patrimônio de afetação (NIÑO, 2010, p. 5-9). Esse tópico da lei será letra-morta, se não houver a atuação do judiciário para engendrar a ligação entre o virtual e a realidade, ou seja, evitar que a norma seja mera ilustração e, pelo contrário, oferecer a oportunidade de solucionar a questão com a garantia, não apenas dos direitos das partes hipossuficientes, mas da preservação do resultado prático da norma (SICHES, 2008, p. 112).

(...) havendo financiamento para construção, a convocação poderá ser feita pela instituição financiadora.

A instituição financiadora não está obrigada a convocar os adquirentes à formação da Comitê de Representantes ou realização da assembleia, tem apenas a prerrogativa de executar esse procedimento, mas em geral não terá interesse em desempenhar a tarefa, pois, como já se afirmou, será questionada quanto à falta de desvelo quanto à saúde financeira e econômica do incorporador. Discute-se se o financiador tenha mesmo a obrigação de velar pelo desempenho do financiado, mas ainda que o tenha, a lei não lhe disponibiliza mecanismos eficazes de intervenção. Tem à sua disposição a exigência de conta corrente específica para crédito das vendas de unidades, separada da conta corrente do empreendedor. Conta com a prerrogativa de acompanhar a evolução da obra e liberar os recursos na mesma medida em que esta avança. Entretanto, quando constata irregularidade, como a existência de protesto, falta de pagamento, redução de pessoas no canteiro, lentidão na construção, irá interromper a liberação de recursos.

Essa medida defensiva evita que disponibilize dinheiro a quem não demonstra um uso adequado do recurso e impede que o seu prejuízo aumente. A atitude é recomendada por qualquer analista de crédito, mas é necessário reconhecer que desacompanhada de outras medidas, acaba por enterrar as chances de os adquirentes evitarem um prejuízo. Isso porque, em raras ocasiões, fará a convocação dos adquirentes para demonstrar a situação existente, pelas razões já expostas. Ainda que o faça, não poderá disponibilizar os dados protegidos por sigilo bancário, salvo se existir o comitê de representantes.

O tempo é fator primordial nas medidas de salvamento de um edifício em execução. Nos primeiros meses, não é tanto pela depreciação e deterioração, mas pelos procedimentos legais envolvidos com a instituição do condomínio, contratação de vigilância para evitar invasões e depredações, adoção de medidas para afastar o incorporador, especialmente, se ele é também o construtor e, principalmente, encontrar outra empresa que assuma a construção.

A assunção de uma obra inacabada apresenta dificuldades técnicas significativas, como mencionado linhas atrás, pela aferição da qualidade do material aplicado, pela exata compreensão e leitura do que se denomina “as built” (como construído) e, o mais importante, a solidez e segurança pela qual o construtor haverá de se responsabilizar.

Espera-se que o agente financeiro tenha exigido um seguro com cobertura do sobrecusto gerado pelo inadimplemento da construtora, denominado garantia do

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA EM REGIME DE PATRIMÔNIO

executante construtor e com cobertura das despesas e providências de retomada, denominado garantia de retomada ou, erroneamente, garantia de construção. Num momento em que os seguros de garantia eram padronizados, organizados pela Circular SUSEP 477/2013, as garantias necessárias eram comercializadas em duas apólices distintas. Atualmente, as seguradoras têm a prerrogativa de elaborar produtos não padronizados, de acordo com as suas avaliações e, portanto, será possível comercializar apólices que, num único documento, reúnam as duas coberturas: o sobrecusto gerado pela contratação de uma nova construtora e as despesas com a retomada que envolvem a quitação dos débitos tributários, trabalhistas, previdenciários, débitos com as concessionários de água e luz, a recuperação do canteiro de obras, a medição periódica dos trabalhos desenvolvidos, o refazimento ou adaptação de projetos e, questão fundamental, o controle do fluxo de recursos fornecidos pela instituição financiadora.

O tempo é fator preponderante na solução do conflito e o legislador estava ciente dessa questão, como se percebe pelo parágrafo 2º do artigo 31 F:

§ 2º O disposto no § 1º aplica-se também à hipótese de paralisação das obras prevista no art. 43, inciso VI.

Não há que se esperar a falência ou o pedido de recuperação judicial do incorporador. Basta a constatação de atraso superior a trinta dias para que esse aparato seja acionado. Entretanto, todo o caminho anteriormente desenhado tem que ser percorrido a começar pela atuação do comitê de representantes, quando existe; convocação dos adquirentes que formarão o comitê; assembleia dos adquirentes; instituição do condomínio; avaliação das contas do empreendimento; verificação das apólices de seguro; definição quanto à continuidade ou liquidação do empreendimento.

A adoção dessas medidas diante de um atraso requer uma atuação orquestrada e forte, inclusive, com o acesso ao judiciário, em busca de decisão cautelar antecedente de afastamento do incorporador, com posterior modificação do registro no cartório de imóveis.

Uma atuação rápida facilita a contratação de um novo construtor, evita a crise de confiança dos adquirentes, possibilita o imediato acionamento do seguro, permite que as vendas das unidades continuem a existir, inclusive, porque o comitê de representantes adquire poderes típicos de incorporador:

§ 3º Na hipótese de que tratam os §§ 1º e 2º, a Comissão de Representantes ficará investida de mandato irrevogável para firmar com os adquirentes das unidades autônomas o contrato definitivo a que

estiverem obrigados o incorporador, o titular do domínio e o titular dos direitos aquisitivos do imóvel objeto da incorporação em decorrência de contratos preliminares.

O arcabouço de representação e de poderes atribuídos à Comissão de Representantes tem potencial para solucionar as questões negociais e jurídicas, mas não consegue suprir um ponto crucial, qual seja, a confiança (MACHADO SEGUNDO, 2016, p. 63-64). Os adquirentes das unidades residenciais foram capazes de acreditar nas promessas formuladas pelo empreendedor, nos panfletos publicitários, nas informações disponibilizadas sobre o edifício e investiram seus recursos na esperança de ter uma casa própria. A derrocada do incorporador interrompe a credulidade e não há muito que possa fazer, em especial, não se considera viável ultrapassar as barreiras técnicas, de conhecimento e de simples reunião dos interessados na continuidade da construção.

As experiências que resultaram em sucesso são muito poucas e não são postas ao conhecimento público. Seguramente, tiveram que começar pela organização dos promitentes compradores, passaram pela existência de uma liderança que atuou na superação das dificuldades e contaram com o auxílio de profissionais de direito e de engenharia. O atingimento do objetivo final não se realiza sem esforço e, infelizmente, sem algum prejuízo financeiro.

O papel atribuído à Comissão de Representantes pressupõe a organização da sua própria instituição, mediante atas de assembleias registradas em cartório e a observação de elementos fundamentais, de tal forma que o cartório de registro de imóveis reconheça a validade da sua assinatura nas escrituras imobiliárias, tal como estipula a lei. Finda a obra, esses representantes continuam aptos a realizar atividades próprias do condomínio, mas nem sempre terão interesse em assumir outras obrigações, embora o seu mandato se mantenha em vigor:

§ 4o O mandato a que se refere o § 3o será válido mesmo depois de concluída a obra.(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 5o O mandato outorgado à Comissão de Representantes confere poderes para transmitir domínio, direito, posse e ação, manifestar a responsabilidade do alienante pela evicção e imitar os adquirentes na posse das unidades respectivas. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004).

Percebe-se a importância do papel desempenhado pela Comissão, razão pela qual se defende que o legislador deveria ter empenhado mais atenção aos aspectos da sua formação, pois, sem sua presença o patrimônio de afetação e outros elementos

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA EM REGIME DE PATRIMÔNIO

constituídos para dar proteção ao público deixam de alcançar a sua plenitude e, pelo contrário, tendem a se tornar impossíveis de se organizar diante das realidade fática apresentada.

6. CONCLUSÕES

Partiu-se do texto do artigo 31F, parágrafos 1º ao 6º, da lei 4591/64, cujo objetivo era oferecer segurança aos adquirentes de imóveis ofertados ao público sob o regime de incorporação, com patrimônio de afetação. Há um arcabouço teórico construído com o objetivo de propiciar a continuidade de obras, mesmo em face de insolvência do incorporador, com instruções aparentemente precisas a serem adotadas pelos adquirentes em caso de inadimplemento do empreendedor.

A intenção é trazer à luz aspectos não observados pelo legislador e que têm potencial de causar danos aos consumidores, exceto se puderem atuar preventivamente, de forma a contar com auditoria externa sobre as contas do empreendimento, com o auxílio do agente financeiro e com a contratação de seguro garantia, de forma que não veja frustrado o legítimo interesse de aquisição da casa própria, em situações sobre as quais o controle está inteiramente em poder do empresário.

Uma das inovações fundamentais está na formação do patrimônio de afetação que isola um conjunto de bens, direitos e obrigações atinentes exclusivamente ao edifício em construção e propicia, caso o agente financeiro esteja atento às teleologia da lei, a constituição de conta corrente distinta das demais mantidas pelo incorporador, fato que já se considera importante na separação dos patrimônios. É certo que essa medida não atinge outros bens, como as unidades em estoque, os materiais adquiridos para aplicação na obra, os contratos com fornecedores, as eventuais permutas, as dívidas contraídas.

A lei não incorporou as sugestões de constituir organismo externo incumbido de fiscalizar o andamento de incorporações imobiliárias, de tal forma que a inexistência de auditorias abre o caminho à fraude e não evita que a insolvência do incorporador ocasione prejuízos aos clientes que, embora tenham ao seu dispor o acesso à justiça, trilham um caminho que dificilmente obterá sucesso na recuperação dos prejuízos.

A simples lentidão no andamento de uma obra gera natural desconfiança e pode levar os adquirentes a interromperem os pagamentos das prestações que financiam o empreendimento, sem contar o efeito sobre aqueles que ainda estão em fase de análise,

com intenção de ingressar no negócio. A formação da Comissão de Adquirentes é mecanismo com potencial de realizar um controle sobre a evolução da obra, as vendas de unidades, o recebimento de valores, os contratos com fornecedores, o equilíbrio entre os recursos que entram e os pagamentos. Mas, como já se afirmou, o incorporador não é obrigado a viabilizar a sua instituição.

Do ponto de vista dos promitentes compradores a tarefa de organizar os adquirentes é hercúlea, a começar pelo fato de desconhecerem quem são tais pessoas e, portanto, reuni-los em assembleia pressupõe alguma forma de acesso ao cadastro mantido exclusivamente pelo incorporador, pois, há exigência de um quórum mínimo de condôminos, aferido pela soma das frações ideais adquiridas.

O agente financeiro dispõe das informações cadastrais, mas protegidas pelo sigilo bancário, não solucionam o impasse, salvo se a ele fosse imposta a obrigação e não a prerrogativa de convocar os mutuários, sempre que constatasse problemas na evolução da obra financiada. A garantia do agente financeiro é o terreno e as acessões e, portanto, é do seu interesse que a construção evolua, mas é triste observar que opta pela execução da dívida perante o incorporador, mesmo sob o risco de que a falência daquele também lhe causa prejuízos, pois, um terreno com um prédio inacabado tem um valor muito inferior ao de um edifício inteiramente construído.

Uma das formas de propiciar a conclusão da obra é pela contratação de seguro de garantia do executante construtor e de término ou conclusão de obra, modalidades disponibilizadas aos agentes financeiros, que dão suporte a gastos adicionais com a retomada da construção e que viabiliza o pagamento em dinheiro ou a execução sob a responsabilidade da seguradora, observados os limites assegurados. A definição dos limites de garantia corresponde ao dimensionamento do risco que se pretende evitar. A estipulação de um valor assegurado de apenas cinco ou dez por cento do valor da construção é de pouca utilidade, nas situações em que o percentual construído seja de pequena monta. Ainda assim, serviria de base à retomada, desde que a Comissão de Representantes esteja formada, o agente financeiro manifeste a disposição de aportar recursos adicionais, a venda de unidades em estoque seja continuada e aqueles que compraram unidades não interrompam o pagamento das prestações.

A quantidade de embaraços, diante da insolvência do incorporador, denota o desacerto do legislador que não estabeleceu a constituição de organismos independentes de fiscalização do incorporador, mesmo em face da instituição do patrimônio de afetação,

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA EM REGIME DE PATRIMÔNIO

nem obrigou a formação de Comissão de Adquirentes em todos os empreendimentos, de forma independente ou vinculada à concessão de financiamento bancário.

Esses procedimentos são importantes em todo e qualquer empreendimento, pois, no momento de insolvência do incorporador as medidas não terão o mesmo efeito prático, dado o próprio efeito deletério do tempo sobre uma construção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALBINO FILHO, Nicolau. **Registro de imóveis: doutrina, prática, jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 398-399.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, **Lei 4591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias

_____. **Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro.

_____. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária

_____. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Apelação 03260441920168190001, Relator: Desembargador Pedro Freire Raguinet, data de julgamento: 12/11/2019, vigésima primeira câmara cível.

_____. **Lei 14.118, de 12 janeiro de 2021**. Institui o Programa Casa Verde e Amarela.

_____. **SUSEP – Superintendência de Seguros Privados**. Circular 662/2021, de 11/04/2021. Dispõe sobre o Seguro Garantia.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**, Decisão Monocrática. Agravo em recurso especial nº 1981916 - AL (2021/0286211-6). Brasília, 22 de fevereiro de 2022. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

GUASTINI, Riccardo. **La sintaxis del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. Tradução: Bruno Miragem. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O direito e sua ciência**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**. Tradução: Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 144-147.

PEREIRA, Adilson Neri. **Seguro de garantia de obrigações em contratos administrativos: a iniciativa privada e a alternativa pública**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo: 2017

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad. Maria Ermantina Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SICHES, Luis Recasens. **Introducción al estudio del derecho**. 12. Ed. México: Editorial Porrúa, 1997

_____. **Tratado general de filosofía del derecho**. México: Editorial Porrúa, 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Tradução: Luiz Henrique Lopes dos Santos São Paulo: EDUSP, 2001.