

CRIAÇÃO, PROCEDIMENTO E GESTÃO DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA: A ATUAÇÃO DA COMISSÃO DE REPRESENTANTES

Mário Lúcio Garcez Calil

Pós-doutorado (bolsista PDJ-CNPQ) e estágio pós-doutoral (bolsista PNPD-CAPES) pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo (Araçatuba-SP). Especialista em Direito Público. Especialista em Direito Processual. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG. Professor Associado V da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Robson Martins

Mestre em Direito pela Universidade Paranaense. Especialista em Direito Notarial e Registral e em Direito Civil pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Graduado em Direito pela Universidade Paranaense. Procurador da República em Curitiba-PR.

Érika Silvana Saquetti Martins

Mestranda em Direito pela UNINTER. Especialista em Direito Público, Direito do Trabalho e Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Paranaense. Advogada.

Resumo: O objetivo deste trabalho é estudar o instituto do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária, especialmente quanto ao papel da comissão de representantes em relação à sua administração. A pesquisa será bibliográfica e documental, de caráter exploratório, utilizando-se o procedimento qualitativo e a abordagem dedutiva. Justifica-se o presente trabalho em decorrência da necessidade de se proteger os direitos dos consumidores da melhor forma possível, inclusive no contexto da incorporação imobiliária. Concluiu-se que, na fiscalização do patrimônio de afetação, os membros da comissão respondem pessoalmente pelos atos praticados em desfavor da segurança do patrimônio de afetação, assim como por sua aplicação para além dos objetivos da incorporação relacionados aos adquirentes das unidades imobiliárias autônomas.

Palavras-chave: Patrimônio de Afetação. Incorporação Imobiliária. Comissão de Representantes. Fiscalização. Segurança.

Abstract: The objective of this work is to study the institute of the property of affect in the real estate development, especially regarding the role of the commission of representatives in relation to its administration. The research will be bibliographic and documentary, exploratory, using the qualitative procedure and the deductive approach. The present work is justified due to the need to protect consumer rights in the best possible way, including in the context of real estate development. It was concluded that, in the inspection of the property of affectation, the members of the commission are personally responsible for the acts performed in detriment of the security of the property of affectation, as well as for their application beyond the objectives of the merger related to the buyers of the autonomous real estate units.

Keywords: Heritage of Affection. Real Estate Incorporation. Representatives Committee. Oversight. Safety.

Sumário: 1. Introdução - 2. Patrimônio de afetação: conceito legal - 3. Criação do patrimônio de afetação - 4. A comissão de representantes - 5. Considerações finais - 6. Referências.

1. Introdução

O patrimônio de afetação dirige-se à proteção dos adquirentes das unidades imobiliárias autônomas quanto aos riscos da atividade de incorporação imobiliária, protegendo seus investimentos, inclusive, quanto à falência ou à insolvência civil do incorporador. Ocorre que os prejuízos aos adquirentes, apesar de sua mitigação, ainda são possíveis e até usuais.

Nesse mesmo sentido, o objetivo do presente trabalho é o estudo de questões relacionadas ao instituto do patrimônio de afetação no contexto da incorporação imobiliária, especialmente no que concerne ao papel da comissão de representantes em relação à sua administração.

A pesquisa será bibliográfica (na doutrina aplicável) e documental (na legislação e na jurisprudência aplicáveis), de caráter exploratório, utilizando-se o procedimento qualitativo e a abordagem dedutiva. O trabalho será dividido em três partes. Inicialmente será tratado o conceito legal de patrimônio de afetação.

Após, será tratada a criação e o registro do patrimônio de afetação. Finalmente, será trabalhada a comissão de representantes, a partir de sua criação e de suas funções precípuas, assim como seu papel na gestão do patrimônio de afetação, de conformidade com o que determina a legislação aplicável.

Justifica-se o presente trabalho em decorrência da necessidade de se proteger os direitos dos consumidores da melhor forma possível, inclusive no contexto da incorporação imobiliária, de maneira que é imperioso identificar as possíveis omissões e contradições presentes na referida legislação.

2. Patrimônio de afetação: conceito legal

O patrimônio de afetação no contexto da incorporação imobiliária representa uma separação patrimonial voltada a proteger a incorporação contra situações capazes de comprometer o patrimônio individual do incorporador. Nesse sentido é que a Lei 4591 de 1964 o regulamenta.

O Capítulo I-A regulamenta o patrimônio de afetação. Afirma que, a critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao *regime da afetação*: terreno e acessões que compõe seu objeto e os demais bens e direitos a ela vinculados podem ser apartados do patrimônio do incorporador, constituindo patrimônio de afetação.¹

Trata-se, portanto, de um amplo destacamento patrimonial que pode ser submetido ao destaque por via da afetação, compreendendo direitos reais, aqueles submetidos a condições resolutivas, bem como qualquer direito patrimonial pertinente à incorporação.

O patrimônio não se resume às unidades a serem entregue e aos valores apurados com as vendas, abrangendo investimentos já feitos, “[...] seja no pagamento do preço do terreno, nos custos dos projetos e da licença, nas fundações, nas propagandas ou publicidades e tudo mais”.²

Os bens se destinam à consecução da edificação e à entrega das unidades aos adquirentes, servindo de garantia para o cumprimento das obrigações são contraídas no curso das obras que, “[...] em última instância, são da responsabilidade dos contratantes das unidades”.³

O custo total da unidade compreende os custos de “[...] aquisição do terreno, elaboração e aprovação de projetos da edificação e implantação, taxas, emolumentos de licenças, alvarás, fundações, e outros serviços iniciais, bem como publicidade e corretagem imobiliária”.⁴

Esses bens e valores podem constar do termo firmado no sentido de constituir o patrimônio de afetação, tornando-se vinculados à finalidade de assegurar a conclusão da obra e a entrega das unidades aos respectivos adquirentes. É possível, inclusive, reinvestir esses valores para a consecução desse objetivo.

Referido patrimônio se destina à consecução da incorporação, bem como à entrega das unidades imobiliárias aos adquirentes, não se comunicando com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio do incorporador ou outros patrimônios de afetação por ele constituídos.⁵

O fato de o patrimônio afetado pela finalidade de assegurar a incorporação não se comunicar com o patrimônio do próprio incorporador se dirige, portanto, à garantia de que eventuais dívidas contraídas por aquele não prejudicarão os adquirentes das unidades autônomas e demais investidores.

¹BRASIL. *Lei 4591*. 2004, n.p.

²MAZÓCOLIA, Flávio de Castro. *Incorporação imobiliária e condomínio*. Espírito Santo: Sinoreg, 2017, p. 53.

³Idem.

⁴Idem.

⁵BRASIL. *Lei 4591*. 2004, n.p.

De acordo com a Súmula 308 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”⁶, de maneira que a responsabilidade do incorporador não se transfere ao consumidor.

Pode ser constituído a qualquer momento, sendo necessário apenas o registro de termo assinado pelo incorporador e pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno. Essa proteção pode ser vista em diversas incorporações que buscam proteger seus recursos das dívidas oriundas das incorporadoras.⁷

O papel do patrimônio de afetação é ampliar a segurança jurídica do consumidor quanto à aquisição. Trata-se de instrumento de proteção ao acesso à moradia⁸, tendo em vista que resguarda os adquirentes de unidades imobiliárias, geralmente voltadas à habitação. Essa necessidade fez surgir entendimentos no Superior Tribunal de Justiça nesse sentido.

Em 2002, o STJ reconheceu o direito de o consumidor inadimplente promover para receber a restituição de valores pagos, assegurando ao vendedor, entretanto, o direito de reter parcela do montante, declarando ilegais cláusulas impositoras de desvantagem ao devedor⁹, a partir do Código do Consumidor.

Desse modo, responde somente por dívidas e obrigações vinculadas à respectiva incorporação. Bens e direitos que o integram somente poderão ser objeto de garantia real em operação de crédito se o seu produto for integralmente destinado à consecução daquela edificação e à entrega das unidades imobiliárias.¹⁰

Por meio do regime da afetação, o terreno, as acessões objeto de incorporação imobiliária e os demais bens e direitos a ela vinculados, mantêm-se apartados do patrimônio do incorporador, constituindo *patrimônio separado*, destinado à consecução da incorporação, à quitação do passivo e à entrega das unidades.¹¹

O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou outros patrimônios de afetação eventualmente

⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 308*. 2005.

⁷BATISTA, Marcos Cunha Lima Rosado; LIRA, Úrsula Bezerra e Silva. A lei de incorporação imobiliária e sua aplicação aos loteamentos. *Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN*, n.2, p. 26-49, jan.- dez., 2018, p. 46.

⁸Idem.

⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp 59870-SP*. Relator: Ministro Barros Monteiro. 2002, n.p.

¹⁰BRASIL. *Lei 4591*. 2004, n.p.

¹¹VEDANA, Alexandre Torres. *Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária e a efetividade dos direitos do consumidor*. Dissertação (Mestrado em Direito). Curitiba: UNICURITIBA, 2009, p. 25-28.

constituídos por ele. Assim, os recursos financeiros que o integram só podem ser utilizados para pagar ou reembolsar despesas da própria incorporação.¹²

A incomunicabilidade entre o patrimônio afetado e o não afetado não é capaz de impedir sua utilização, mas, sim, de restringi-la a um objeto específico, qual seja, a exclusiva utilização para a conclusão da incorporação e entrega das unidades imobiliárias adquiridas.

O incorporador, nesse sentido, responderá pelos prejuízos causados por ele ao patrimônio de afetação¹³. Assim, o incorporador não pode desviar recursos próprios da incorporação ao seu patrimônio ou de sua empresa, salvo aquilo que exceder o necessário à sua plena realização.

Ocorrendo cessão (plena ou fiduciária) de direitos creditórios resultantes da comercialização das unidades, o produto da cessão também passará a integrar o patrimônio de afetação¹⁴. A *cessão plena* é a transferência de plano, que ocorre no ato da instrumentalização, por meio de pagamento à vista.¹⁵

Já a *fiduciária* se efetua com o pagamento em parcelas, e se consumar com a transferência paulatina, correspondente à adimplência das prestações. Nos dois casos, os valores recebidos ou a receber “[...] integram o conjunto dos bens afetados, passando a garantir a consecução da obra”¹⁶.

Note-se, portanto, que o patrimônio separado se encontra protegido, inclusive, da atuação do próprio incorporador, situação que não prejudica a possibilidade de que tenha rendimentos ou que parte dele seja destacado, desde que reposto de maneira bastante a garantir o empreendimento.

Assim, o incorporador adquire o terreno em seu nome, sendo que a este se somam seu domínio e os demais bens existentes e o dirige à exploração da atividade de incorporação “[...] tornando indisponível e incomunicável enquanto não se termina a obra, com a entrega das unidades aos compradores”¹⁷.

Os bens não ficam congelados, podendo, entretanto, render frutos, assim como suportar encargos. Dessa forma, “[...] a contabilidade distinta não separa o patrimônio geral”¹⁸, de

¹²Idem.

¹³BRASIL. *Lei 4591*. 2004, n.p.

¹⁴Idem.

¹⁵RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 214.

¹⁶Idem.

¹⁷MAZÓCOLIA, Flávio de Castro. Op. Cit., p. 53.

¹⁸Idem.

maneira que não se trata de um “isolamento patrimonial”, não há inalienabilidade ou indisponibilidade.

O patrimônio segregado pode ser alterado em relação aos bens que o compõem. Desse modo, caso um componente deixe o patrimônio, não mais se submeterá às relações jurídicas a este pertinentes. Caso, entretanto, um novo elemento nele ingresse, submeter-se-á a tais relações.¹⁹

Se um ativo ingressa no patrimônio, os credores poderão executi-lo. Caso um ativo saia, exceto no caso de fraude, seus credores não mais poderão persegui-lo. É uma adaptabilidade própria das universalidades, criando imensas vantagens ao permitir a variação de elementos integrantes do patrimônio de afetação.²⁰

Assegura-se, assim, notável dinamismo à gestão dos ativos do patrimônio separado. A análise da gestão empreendida pelo titular do patrimônio se encontra menos preocupada com o ativo individualmente considerado do que com o conglomerado de bens e sua aptidão para desempenhar sua função.²¹

Se os elementos integrantes do patrimônio separado se mostrarem incapazes ou insuficientes para cumprir sua finalidade, sua modificação é imperiosa. Não é um procedimento de sub-rogação, mas, sim, “[...] de alteração pura e simples dos elementos, podendo estes serem ampliados, reduzidos ou substituídos”²².

Isso porque a alteração do conteúdo do patrimônio é livre, de modo que seu escopo é que deverá pautar “[...] o tipo de administração a ser empreendida pelo seu titular, de tal sorte que não se afigura possível a fixação de padrão único de conduta válido para toda gestão de patrimônio afetado”²³.

Assim, os recursos financeiros que integram o patrimônio de afetação podem ser utilizados para pagar ou reembolsar despesas da incorporação²⁴, desde que não sejam desviados da referida finalidade. O patrimônio, todavia, pode ser afetado apesar da existência de gravame sobre qualquer dos bens.

¹⁹OLIVA, Milena Donato; ROQUE, Andre Vasconcelos. Patrimônio de afetação no Novo Código de Processo Civil. *Pensar*, v. 21, n. 2, p. 654-674, maio.-ago. 2016, p. 656.

²⁰Idem.

²¹Idem.

²²Idem.

²³Idem.

²⁴BRASIL. *Lei 4591*. 2004, n.p.

A existência de ônus reais gravando o imóvel não obsta a averbação, caso tenham sido constituídos sobre o imóvel objeto da incorporação para garantir o pagamento do preço de sua aquisição ou o cumprimento de obrigação de construir o empreendimento.²⁵

Direitos reais de garantia em favor do proprietário originário do terreno poderão não ser efetivamente pagos, podendo ser contratada permuta de pagamento pela entrega das edificações futuras. Essa garantia não impede a averbação do patrimônio de afetação, se tiver a finalidade de garantir a conclusão do empreendimento.²⁶

Trata-se de um regime negocial no qual o proprietário do terreno o cede para a construção das unidades imobiliárias autônomas em troca de algumas delas, a título de pagamento pelo referido bem. Não faria, portanto, sentido algum proibir a segregação patrimonial no referido contexto.

Se houver permuta de terreno por área construída, enquanto não consumada oficialmente a transferência, não ingressará o bem no patrimônio de afetação, entendimento válido para no caso de empreitada ou administração²⁷, sob pena de tornar indisponível ao proprietário um bem que não pertence ao incorporador.

A exclusão das importâncias provindas do preço de alienação da fração ideal do terreno de cada unidade, se contratada a construção pelo regime de empreitada ou administração se justifica porque fração ideal será transferida aos adquirentes, enquanto encargo da construção permanece com o incorporador.²⁸

O preço será satisfeito em prestações pagas no decorrer das obras, em contraprestação pela prestação de serviços, de maneira que, em princípio, não há perigo de desvio ou malversação de fundos, bem como o controle pelos contratantes é maior.²⁹

As quotas de construção que corresponderem a acessões vinculadas a frações ideais são pagas pelo incorporador, salvo a assunção da responsabilidade por terceiros. Pode ser que, do contrato de construção, constem os responsáveis pelo pagamento da construção de cada unidade.³⁰

Nesse caso, o incorporador responderá solidariamente com os demais contratantes pelo pagamento da construção das unidades não assumidas por terceiros, situação que não se aplica

²⁵AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 180.

²⁶Ibidem, p. 183.

²⁷RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit., p. 214.

²⁸Idem.

²⁹Idem.

³⁰BRASIL. *Lei 4591*. 2004, n.p.

ao caso de o incorporador contratar a entrega da unidade com prazo e preços certos, determinados ou determináveis³¹, apesar de ser possível, excepcionalmente, a prorrogação.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a validade da cláusula de tolerância se contratada com prazo determinado e razoável, voltada a atenuar fatores de imprevisibilidade passíveis de afetar a realização do empreendimento aceitando-se como razoável o período de cento e oitenta (180).³²

Ocorre que a prorrogação deve ser informada por meio de notificação que contenta sua justificação, em homenagem ao direito à informação³³, novamente determinando a aplicação da interpretação mais favorável ao adquirente, com base específica no Código de Defesa do Consumidor.

O reembolso do preço de aquisição do terreno só ocorrerá quando da alienação das unidades, “[...] na proporção das respectivas frações ideais”³⁴. Também nesse caso, o patrimônio de afetação restará protegido, tendo em vista que apenas poderá ser utilizado para garantir a conclusão das obras.

Isso porque, a partir da afetação, as receitas provenientes de cada patrimônio de afetação são reservadas para exclusivo cumprimento das obrigações vinculadas à incorporação respectiva. É vedado o desvio de recursos de um empreendimento para outro ou para o patrimônio geral do incorporador.³⁵

Dessa forma, a afetação patrimonial, apesar de não determinar o congelamento dos bens imóveis e demais ativos, permite sua reaplicação apenas em relação aos objetivos que levaram à sua separação. No mesmo sentido, é possível incluir rendimentos percebidos no decorrer das vendas.

Consideram-se, porém, apenas os valores efetivamente recebidos pela alienação. O patrimônio de afetação, todavia, não poderá incluir recursos financeiros que excederem o valor necessário à conclusão da obra, considerando-se, no cálculo, os recursos necessários à quitação de eventual financiamento da construção.³⁶

Além disso, não incluirá o valor relacionado ao preço de alienação de fração ideal de terreno de cada unidade vendida, caso a incorporação seja contratada por empreitada ou

³¹Idem.

³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1582318-RJ*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. 2017, n.p.

³³Idem.

³⁴Idem.

³⁵CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação Imobiliária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 68-69.

³⁶BRASIL. *Lei 4591*. 2004, n.p.

administração. O regime do patrimônio de afetação, porém, é diferente em relação aos conjuntos de edificações.³⁷

Isso porque poderá ser constituído um patrimônio de afetação separado para cada subconjunto de casas para as quais esteja prevista a mesma data de conclusão e edifícios de dois ou mais pavimentos. Essa constituição múltipla deve, todavia, ser declarada no memorial de incorporação.³⁸

Dessa forma, o patrimônio de afetação, além de declarado, assinado pelo incorporador e pelos adquirentes e, eventualmente, pela instituição financiadora, deve constar do memorial de incorporação a ser arquivado junto à matrícula da respectiva incorporação.

É possível, inclusive, que, até a conclusão do empreendimento e a entrega das unidades autônomas, o terreno integre o patrimônio afetado, não respondendo nem mesmo por eventuais dívidas e obrigações do empreendimento³⁹, aumentando a segurança dos adquirentes.

Se a incorporação for objeto de financiamento, a comercialização de unidades, a instituição financiadora deverá ser científica ou anuir, a depender do que for estabelecido no contrato de financiamento⁴⁰. A científica ou a anuência da entidade financeira é outro mecanismo de asseguramento patrimonial.

Opera, assim, “[...] um rearranjo no direito de propriedade sobre o terreno, acessões, direitos e obrigações relacionados com a incorporação afetada”: as dificuldades financeiras eventualmente enfrentadas pelo incorporador - falência, insolvência, paralisação ou atraso nas obras - não atingem o patrimônio de afetação.⁴¹

Em decorrência disso, não integrará a massa concursal ou poderá sofrer qualquer outra espécie de constrição judicial em decorrência de dívidas do incorporador desvinculadas ao empreendimento⁴², protegendo os adquirentes até mesmo quanto à falência do incorporador.

Apesar de a averbação da afetação poder se dar a qualquer momento, caso alguma das unidades já houver tiver vendida, é necessária a anuência do titular do direito aquisitivo, que pode ser dada no próprio requerimento ou em documento apartado.⁴³

³⁷Idem.

³⁸Idem.

³⁹MAZÓCOLIA, Flávio de Castro. Op. Cit., p. 53.

⁴⁰Idem.

⁴¹VEDANA, Alexandre Torres. Op. Cit., p. 25-28.

⁴²Ibidem, p. 25-28.

⁴³MEZZARI, Mario Pazutti. *Condomínio e incorporações: no registro de imóveis*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 217.

Nos casos em que não houver a necessidade de registro da incorporação imobiliária, como nos *grupos fechados*, mesmo assim será possível de instituir patrimônio de afetação, em qualquer fase da construção, por registro da instituição de condomínio sobre o imóvel no qual a construção ocorre.⁴⁴

Tendo em vista que será feita no curso da obra, bastam o projeto e a vontade das partes⁴⁵, desde que a separação patrimonial seja averbada na respectiva matrícula, mesmo que após o arquivamento dos demais documentos essenciais à constituição da incorporação imobiliária.

A contratação de financiamento e a constituição de garantias não implicam transferência para o credor de nenhuma obrigação ou responsabilidade do cedente, incorporador ou construtor. Estes permanecem como únicos responsáveis por seus respectivos deveres e obrigações.⁴⁶

Essa situação inclui a transmissão ao credor da propriedade fiduciária sobre as unidades imobiliárias integrantes da incorporação, assim como a cessão (plena ou fiduciária) de direitos creditórios que decorrerem da comercialização das referidas unidades.⁴⁷

Dessa forma, mesmo que o patrimônio se encontre separado, é possível a transmissão de propriedade sobre unidade imobiliárias e cessão de direitos creditórios decorrentes de sua comercialização, desde que os rendimentos sejam aplicados para alcançar os objetivos do empreendimento.

3. Criação do patrimônio de afetação

A criação do patrimônio de afetação não é, propriamente, um ato privado, tendo em vista que demanda uma atuação formal, junto à competente serventia registral imobiliária. Trata-se de um ato registral específico e determinado pela lei, que dará eficácia ao ato.

O patrimônio de afetação é constituído por *averbação*, feita a qualquer tempo, no Registro de Imóveis, por termo firmado pelo incorporador e pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno (se for o caso)⁴⁸. Não demanda, assim, um ato notarial, mas, sim, a formalização registral de um termo escrito.

⁴⁴Ibidem, p. 218.

⁴⁵Idem.

⁴⁶BRASIL. *Lei 4591*. 2004, n.p.

⁴⁷Idem.

⁴⁸Idem.

O requerimento pode ser substituído por declaração, na qual o incorporador manifesta que o imóvel resta afetado. A anuênciam dos adquirentes é despicienda, pois a afetação se encontra em seu favor⁴⁹, pois a afetação visa justamente proteger os de eventual quebra do incorporador.

Referida averbação poderá ocorrer apesar da existência de ônus reais constituídos sobre o imóvel objeto da incorporação para garantir o pagamento do preço de sua aquisição ou do cumprimento de obrigação de construir o empreendimento⁵⁰.

Mais do que isso, é irrelevante a natureza empresarial do incorporador, inclusive, porque a afetação patrimonial se volta muito mais a proteger o investimento feito pelos adquirentes das unidades imobiliárias do que a empresa. Volta-se, portanto, a assegurar mais o empreendimento do que o empreendedor.

Pouco importa, assim, se a incorporadora é sociedade empresária em cuja massa patrimonial estejam abrigadas várias incorporações ou se é sociedade empresária que abriga uma única incorporação, até porque a empresa em recuperação judicial prosseguirá sua atividade sob fiscalização do administrador.⁵¹

Além disso, não importa se a incorporação tiver sido desenvolvida por uma sociedade de propósito específico (SPE), cujo objeto social é um único empreendimento, pois nessa configuração também não se confundem o patrimônio geral e o patrimônio de afetação.⁵²

Desse modo, a garantia representada pela separação do patrimônio afetado não é excluída nem mesmo no caso da impossibilidade de declaração de falência do incorporador, representado por sua natureza jurídica, tendo em vista que o primordial objetivo do instituto é o asseguramento dos adquirentes.

4. A comissão de representantes

A gestão do patrimônio de afetação pode ser feita por pessoa física ou jurídica, designada por comissão de representantes dos adquirentes de unidades imobiliárias, junto a eventual instituição financiadora da construção. Trata-se de uma forma de garantir a devida destinação à referida universalidade patrimonial.

⁴⁹RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit., p. 214.

⁵⁰Idem.

⁵¹PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 218.

⁵²Idem.

Isso porque se dirige a proteger os credores vinculados à incorporação, entre eles os adquirentes das unidades imobiliárias, os trabalhadores da obra, o fisco, a previdência, a entidade financiadora, os fornecedores, etc., assegurando a conclusão da obra e a entrega das unidades aos adquirentes.⁵³

Estes podem assumir a administração da incorporação em caso de atraso injustificado da obra ou em caso de falência, obrigando-se a destinar as receitas da incorporação exclusivamente ao pagamento dos seus próprios débitos, vedada sua utilização outros desvinculados à incorporação.⁵⁴

A separação patrimonial, assim, também se volta a permitir e a viabilizar a transferência da administração da incorporação aos adquirentes que, por sua vez, devem fazer com que a referida universalidade cumpra seu objetivo precípuo, qual seja, a construção e entrega das unidades autônomas.

No caso da falência do incorporador, aplicam-se as regras do Decreto Lei 58 e Lei n 6.766 de 1979, nos casos em que se apliquem, admitindo-se a integralização do valor, pelos adquirentes, da cota do terreno, em favor da massa. Libera-se, assim, o interesse patrimonial de cada uma das categorias.⁵⁵

De acordo com o Art. 12, §2º, do Decreto Lei 58 de 1937, nem o falecimento dos contratantes resolve o contrato, que se transmitirá aos herdeiros, nem a sentença declaratória de falência. Se falirem os proprietários, o cumprimento ocorrerá pelo síndico e pelo liquidatário.⁵⁶

Caso a falência seja dos compromissários, o patrimônio “[...] será arrecadado pelo síndico e vendido, em hasta pública, pelo liquidatário”⁵⁷, determinando-se, assim, um regime específico para o loteamento e a venda de terrenos para pagamentos em prestações.

O art. 21 da Lei 6766 de 1979 determina que, na falência, os contratos de compromisso de venda e de financiamento vencerão conjuntamente em hasta pública, anunciada em 15 dias depois da primeira assembleia de credores, “[...] sob pena de destituição do liquidatário”.⁵⁸

A pena “[...] será aplicada pelo juiz a requerimento dos interessados, que poderão pedir designação de dia e hora para a hasta pública”. O Art. 30 determina que a sentença falimentar

⁵³CHALHUB, Melhim Namem. Op. Cit., p. 68-69.

⁵⁴Idem.

⁵⁵AGHIARIAN, Hércules. Op. Cit., p. 67.

⁵⁶BRASIL. *Decreto-lei 58*. 1937, n.p.

⁵⁷Idem.

⁵⁸BRASIL. *Lei 6766*. 1979, n.p.

ou de insolvência não rescindirão compromissos de compra e venda ou promessa de cessão relacionadas a área loteada ou aos seus lotes.⁵⁹

Já se a falência ou a insolvência, por sua vez, “[...] for do proprietário da área loteada ou do titular de direito sobre ela, incumbirá ao síndico ou ao administrador dar cumprimento aos referidos contratos; se do adquirente do lote, seus direitos serão levados à praça”.⁶⁰

Trata-se, dessa maneira, de um relevante instrumento dirigido ao asseguramento da consecução dos interesses dos credores da incorporação, especialmente dos adquirentes das unidades imobiliárias autônomas, especialmente no que concerne à conclusão das obras.

A assunção da administração pela Comissão busca evitar que os adquirentes do empreendimento sejam prejudicados pela falência da incorporadora⁶¹, tendo em vista que a bancarrota da empresa demonstra claramente sua incapacidade para gerir o empreendimento.

Nesse sentido, a lei de incorporação imobiliária determina que a Comissão de Representantes e a instituição financiadora da construção poderão nomear, por sua conta, pessoa física ou jurídica dirigida à fiscalização e acompanhamento do patrimônio de afetação⁶².

Essa nomeação não transfere a responsabilidade ao nomeante pela qualidade da obra, prazo de entrega do imóvel ou qualquer outra obrigação decorrente da responsabilidade do incorporador ou construtor, legal ou relacionada aos contratos vinculados à incorporação.⁶³

Até porque se trata de um agente fiscalizador, inclusive, dos atos do próprio incorporador, de modo que não faria qualquer sentido lhe transferir as responsabilidades atribuíveis à empresa, de maneira que essa imputação não faz parte de seu mandato.

A concessão de mandato ao fiscal não retira da comissão o poder “[...] de fiscalizar em todos os momentos o patrimônio de afetação, como exame da contabilidade, das contas bancárias, e acompanhar a utilização dos valores que ingres-sam, a título de pagamento das unidades”.⁶⁴

A pessoa que exercer a referida fiscalização, caso obtenha acesso às informações comerciais, tributárias ou de qualquer outra natureza relacionadas ao patrimônio afetado, em decorrência da função que assumiu, “[...] responderá pela falta de zelo, dedicação e sigilo destas informações”.⁶⁵

⁵⁹Idem.

⁶⁰Idem.

⁶¹RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit., p. 214.

⁶²BRASIL. *Lei 4591*. 2004, n.p.

⁶³Idem.

⁶⁴RIZZARDO, Arnaldo. Op. Cit., p. 214.

⁶⁵Idem.

A pessoa nomeada pela instituição financiadora fornecerá cópia de seu relatório ou parecer à Comissão de Representantes, a seu requerimento, hipótese que não constituirá quebra de sigilo. Incumbe, todavia, ao incorporador, promover os atos necessários à boa administração e preservação do patrimônio de afetação.⁶⁶

Desse modo, a nomeação de pessoa pela comissão de credores e pela instituição financiadora não isenta o incorporador de suas responsabilidades quanto à gestão do patrimônio de afetação, sendo que continuará a responder por eventuais prejuízos ocasionados por ele à universalidade de bens.

O volume dos recursos afetados, porém, resta limitado ao *quantum* necessário à execução da obra e à regularização do edifício no Registro de Imóveis. Excluem-se, as quantias que excederem esse limite, “[...] das quais o incorporador pode se apropriar sem restrição alguma”⁶⁷, garantindo-se a lucratividade do empreendimento.

A lógica extraível é de natureza *orçamentária* e de *fluxo de caixa*, e não de *lucro*. Assim, o patrimônio de afetação impede o uso dos recursos financeiros para cobrir o déficit de outros empreendimentos. Nesse sentido, não aceita a noção de *equitable ownership*.⁶⁸

Este representa uma divisão entre o caixa do patrimônio de afetação e o caixa geral do incorporador que, por sua vez é *formal*, não *material*, pois ambos são de propriedade do incorporador, podendo este decidir como distribui-los. Assim, o incorporador pode tomar “emprestado” recursos do patrimônio de afetação.⁶⁹

Assim, se o caixa do patrimônio de afetação contiver recursos que não serão imediatamente utilizados, esses recursos poderiam ser realocados para o caixa geral do incorporador. Nessa situação, ficaria o patrimônio de afetação com um “crédito” em seu favor.⁷⁰

Seria possível distribuir esses recursos dentro do mesmo grupo financeiro por meio de contratos de mútuo, sob a condição de que o cronograma da obra seja respeitado e os recursos sejam devolvidos quando necessários, para que os credores não sofram danos, sem violação aos Arts. 31-A a 31-F da Lei 4.591 de 1964.⁷¹

⁶⁶Idem.

⁶⁷BRASIL. *Lei 4591*. 2004, n.p.

⁶⁸BARRETO, Pedro Henrique Quitete; TERSI, Vinicius Feliciano. O patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias e a distribuição de dividendos: a frágil proteção do Art. 31-A da Lei n. 4.591/64. In: FARIA, Renato Vilela; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. (Coord.). *Operações imobiliárias: estruturação e tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 956-974.

⁶⁹Idem.

⁷⁰Idem.

⁷¹Idem.

Uma alternativa ao “empréstimo” seria a utilização de algumas *medidas de criatividade contábil*, que, todavia, podem resultar em fraude, a exemplo do *cost overrun*, que consiste na apresentação de um custo menor que o necessário, permitindo que os recursos financeiros excedentes pareçam maiores.⁷²

Essa situação daria maior liberdade ao incorporador para utilizar recursos do patrimônio de afetação na primeira fase da obra. Não se trata, necessariamente, de uma conduta maliciosa, pois são comuns revisões orçamentárias por motivos justificáveis.⁷³

No caso de falência da empresa incorporadora, “[...] os créditos vinculados a uma incorporação sob afetação não precisarão ser habilitados no Juízo da falência, pois, estando vinculados àquela específica incorporação”, tais créditos serão satisfeitos com os recursos desse patrimônio.⁷⁴

O fato de o aporte de recursos estar limitado ao valor contratado para a aquisição das suas unidades não significa que este devem interromper o aporte quando atingido esse valor, podendo prosseguir aportando recursos para além daquele limite, caso julguem conveniente a conclusão da obra.⁷⁵

Isso porque “[...] o limite de responsabilidade dos adquirentes apenas indica que o *quantum* do aporte que excede o valor contratado para a aquisição poderá ser resarcido pelo incorporador, malgrado as dificuldades de obtenção de resarcimento em caso de falência”.⁷⁶

Assim, apesar de restar afeto aos objetivos legalmente determinados, não se pode exigir do incorporador que limite a utilização do patrimônio para além das finalidades determinadas pelo Diploma, sob pena, inclusive, de comprometer o intuito lucrativo do empreendimento.

Deve, se necessário, adotar medidas judiciais. Além disso, precisa “[...] manter apartados os bens e direitos objeto de cada incorporação”, assim como diligenciar a captação de recursos necessários à incorporação e aplicá-los de acordo com as disposições legais, preservar os recursos necessários à conclusão da obra.⁷⁷

Também tem o dever de entregar à Comissão de Representantes demonstrativo do estado da obra e de sua correspondência com o prazo pactuado ou com recursos financeiros que

⁷²Idem.

⁷³Idem.

⁷⁴CHALHUB, Melhim Namem. Op. Cit., p. 68-69.

⁷⁵Ibidem, p. 118.

⁷⁶Idem.

⁷⁷BRASIL. *Lei 4591*. 2004, n.p.

integrem o patrimônio de afetação recebidos no período, a cada três meses (no mínimo), a serem firmados por profissionais habilitados.⁷⁸

Essa entrega pode ser ter outras condições sugeridas pelo incorporador e aprovadas pela Comissão de Representantes. Além disso, deve “[...] manter e movimentar os recursos financeiros do patrimônio de afetação em conta de depósito aberta especificamente para tal fim”.⁷⁹

Deve, também, entregar balancetes “coincidentes com o trimestre civil”, acerca de cada patrimônio de afetação, à Comissão de Representantes. À pessoa nomeada terá livre acesso à obra, livros, contratos, movimentação da conta de depósito exclusiva e quaisquer outros documentos relacionados ao patrimônio de afetação.⁸⁰

Além disso, tem o dever de “[...] manter escrituração contábil completa, ainda que esteja desobrigado pela legislação tributária”⁸¹. Evidente, nesse sentido, que qualquer dos membros da comissão deve ter amplo acesso à escrita contábil, sob pena de ser descumprido o dever de informação do representante.

A comissão, todavia, não tem personalidade jurídica, apenas legitimidade representativa em relação ao conjunto de adquirentes. Seus poderes são concedidos especificamente para resguardar direitos e interesses dos condôminos, respondendo os seus membros pela ineficácia dos atos que se desviem dessa finalidade.⁸²

Desse modo, os membros da comissão de fiscalização respondem pessoalmente pelos atos praticados em detrimento da segurança do patrimônio de afetação e de sua aplicação exclusiva quanto ao asseguramento da conclusão da obra e da entrega das unidades imobiliárias.

5. Considerações finais

O patrimônio de afetação na incorporação imobiliária é uma separação patrimonial voltada a proteger a incorporação contra o comprometimento patrimonial do incorporador, regulamentado pela Lei 4591 de 1964. Esse destaque patrimonial compreende direitos sob condições resolutivas.

⁷⁸Idem.

⁷⁹idem.

⁸⁰Idem.

⁸¹idem.

⁸²AGHIARIAN, Hércules. Op. Cit., p. 186.

Os bens e valores constituem o patrimônio de afetação, vinculando-se a assegurar a conclusão da obra e a entrega das unidades aos adquirentes. É possível, todavia, reinvestir tais valores para esse objetivo. Torna-se, contudo, incomunicável em relação ao patrimônio do próprio incorporador.

Esses bens restam protegidos da atuação do próprio incorporador, não prejudicando, no entanto, a possibilidade de que gera rendimentos ou que seja reinvestido, garantindo os direitos dos adquirentes e a lucratividade do empreendimento.

Não há, assim, um “isolamento patrimonial”, inalienabilidade ou indisponibilidade, podendo ser afetado apesar da existência de gravame sobre qualquer dos bens, inclusive nos regimes negociais de empreitada e de construção. Pode, nesse sentido, incluir rendimentos percebidos no decorrer das vendas.

Além de declarado, assinado pelo incorporador e pelos adquirentes e, eventualmente, por instituição financiadora, deve constar do memorial de incorporação a ser arquivado junto à matrícula da respectiva incorporação, aumentando a segurança dos adquirentes.

Mesmo com a afetação, é possível transmitir a propriedade sobre as unidades imobiliárias e ceder de direitos creditórios decorrentes de sua comercialização, desde que os rendimentos sejam aplicados nos objetivos do empreendimento. Sua criação, apesar de não demandar intervenção notarial, carece de averbação.

É irrelevante a natureza empresarial do incorporador, pois a afetação se volta muito a proteger o investimento dos adquirentes e não exclui a impossibilidade de declaração de falência do incorporador. A gestão do patrimônio pode ser feita por pessoa física ou jurídica, designada por comissão de representantes dos adquirentes.

A separação patrimonial permite e viabiliza a transferência da administração da incorporação aos adquirentes, que devem fazer com que a referida universalidade cumpra seu objetivo precípuo. A nomeação de fiscal, porém, não isenta o incorporador de suas responsabilidades.

Qualquer membro da comissão deve ter acesso à escrita contábil, sob pena de descumprimento do dever de informação do representante. Apesar disso, não se pode exigir do incorporador que limite a utilização do patrimônio para além das finalidades legais, sob pena de comprometer a lucratividade do empreendimento.

Nesse mesmo sentido, os membros da comissão de fiscalização respondem pessoalmente pelos atos praticados em desfavor da segurança do patrimônio de afetação e por sua aplicação para além dos objetivos da incorporação relacionados aos adquirentes das unidades imobiliárias autônomas.

6. Referências:

- AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 12. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- BARRETO, Pedro Henrique Quitete; TERSI, Vinicius Feliciano. O patrimônio de afetação das incorporações imobiliárias e a distribuição de dividendos: a frágil proteção do Art. 31-A da Lei n. 4.591/64. In: FARIA, Renato Vilela; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e. (Coord.). *Operações imobiliárias: estruturação e tributação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 956-974.
- BATISTA, Marcos Cunha Lima Rosado; LIRA, Úrsula Bezerra e Silva. A lei de incorporação imobiliária e sua aplicação aos loteamentos. *Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN*, n.2, p. 26-49, jan.- dez., 2018.
- BRASIL. *Decreto-lei 58*. 1937. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 13 abr. 2020.
- BRASIL. *Lei 4591*. 2004. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 13 abr. 2020.
- BRASIL. *Lei 6766*. 1979. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 13 abr. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 308*. 2005. www.stj.jus.br. Acesso em: 13 ago. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp 59870-SP*. Relator: Ministro Barros Monteiro. 2002. www.stj.jus.br. Acesso em: 13 ago. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1582318-RJ*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. 2017. www.stj.jus.br. Acesso em: 13 ago. 2020.
- CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação imobiliária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MAZÓCOLIA, Flávio de Castro. *Incorporação imobiliária e condomínio*. Espírito Santo: Sinoreg, 2017.
- MEZZARI, Mario Pazutti. *Condomínio e incorporações: no registro de imóveis*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- OLIVA, Milena Donato; ROQUE, Andre Vasconcelos. Patrimônio de afetação no Novo Código de Processo Civil. *Pensar*, v. 21, n. 2, p. 654-674, maio.-ago. 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VEDANA, Alexandre Torres. *Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária e a efetividade dos direitos do consumidor*. Dissertação (Mestrado em Direito). Curitiba: UNICURITIBA, 2009.