

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA: ASPECTOS JURÍDICOS GERAIS

Renato SOUZA DELLOVA³²³

Resumo

O presente artigo se dedica ao estudo das incorporações imobiliárias, precisamente os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais. Temos, assim, a interpretação da norma a partir dos tribunais, bem como a identificação dos sujeitos relacionados à modalidade negocial, suas atribuições e responsabilidades. A ideia central do artigo é reunir os vários aspectos que circundam o referido instrumento contratual, para que se tenha uma noção geral sobre o seu alcance e importância no setor imobiliário.

Palavras-chave: Direito. Tribunais. Incorporação Imobiliária. Responsabilidades. Sujeitos.

Abstract

The present work is dedicated to the study of real estate incorporations, precisely the legal, doctrinal and jurisprudential aspects. We have, therefore, the interpretation of the norm from the courts, as well as the identification of the subjects related to the negotiation modality, its attributions and responsibilities. Therefore, the central idea of the article is to bring together the various aspects that surround the contractual instrument, so that a general notion of its scope and importance is obtained.

Keywords: Right. Courts. Real Estate Incorporation. Responsibilities. Subjects.

Introdução

Muito já se ouviu falar das incorporações imobiliárias, pelo que alguns denominam como a aquisição de imóveis na planta. Tal assunto é complexo e levanta uma série de preocupações e questionamentos sobre como construir o referido contrato com a devida segurança jurídica, e também sobre o objeto que o negócio jurídico pode abarcar, para que não se confunda com outros instrumentos.

Como se define um contrato de incorporação imobiliária e quais os sujeitos que fazem parte do mesmo; se é possível utilizá-lo para vendas de imóveis iniciados ou acabados; quais pessoas, naturais ou jurídicas, podem ser responsabilizadas, e em qual medida, numa eventual discussão em torno do contrato; quais cláusulas podem ser inseridas num contrato desta natureza; qual a legislação adequada para esta formalização; se o contrato é único ou existem outros instrumentos vinculados a ele; se há necessidade de registro e onde é realizado; e assim por diante.

Claramente o tema é complexo, e as discussões chegaram aos tribunais superiores do país, envolvendo não só os aspectos jurídicos materiais, mas também, para citar o mínimo, consequências econômicas e sociais.

³²³ *Doutorando em Direito e Ciências Sociais na Universidad Nacional de Córdoba. Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais na PUC/SP. Pós-graduado em*

Direito Processual Civil na PUC/SP. Extensão em Educação na FAV/SP. Professor e Advogado.

Em sendo assim, o fundamento deste artigo se encontra na necessidade de reunir o máximo de informações sobre o contrato em comento, para que o leitor possa ter uma visão panorâmica do tema, mas sem afastar as peculiaridades que o definem.

Incorporação Imobiliária

A incorporação imobiliária, conceitualmente, abrangerá o negócio jurídico que, considerando a Lei do Condomínio e Incorporações, Lei 4.591/64, objetiva promover e realizar a construção de edificações compostas de unidades autônomas. Ou seja, a incorporação imobiliária é toda a atividade realizada com o desiderato de promover e efetivar a construção para alienação total ou parcial de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas que, conjuntamente, formam o condomínio.

Trata-se da atividade desenvolvida pelos “incorporadores”, na qual é idealizada a construção e promoção de determinadas edificações. A incorporação imobiliária parte do princípio de formalizar, perante a lei – representada pelo cartório imobiliário – o projeto a ser desenvolvido.

O artigo 1332 do Código Civil, reforçando o que já constava do art. 7º da lei 4.591/64, é estreme de dúvidas em estabelecer que o condomínio edilício, um direito real, sem personalidade jurídica, é instituído "por ato

entre vivos... registrado no Cartório de Registro de Imóveis", devendo constar desse ato "a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns", "a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade" e "o fim a que as unidades se destinam". Importante frisar que em uma incorporação imobiliária, compreende-se que o "ato entre vivos" é o próprio memorial de incorporação, que atende a todos os requisitos do art. 1.332.

Em sendo assim, a averbação do habite-se não só põe fim à incorporação imobiliária, permanecendo alguns efeitos dela decorrentes, como as obrigações e responsabilidades do incorporador, como altera a qualificação das unidades autônomas. O bem imóvel, presente, existente, e "a ser construído", transforma-se em bem imóvel, presente, existente e construído.

Por meio de contrato, a incorporadora tem a obrigação de registrar as especificações da obra, tais como a área total do empreendimento, área interna, área externa, área por unidade, número de unidades, dentre outras. Neste cenário, são incluídas todas as construções de cunho coletivo, tais como prédios, condomínios e loteamentos. Somente a partir disso é que o imóvel poderá ser comercializado. Dessa maneira, a incorporação imobiliária faz parte do negócio jurídico.

Importante salientar que a incorporadora e a construtora são sujeitos distintos, isto é, aquela é a responsável pelo projeto em geral e é quem, inclusive, contrata a construtora para o desenvolvimento da obra. A construtora tem apenas as responsabilidades ligadas à obra em si, tais como mão de obra, questões técnicas, material, dentre outras.

A incorporação imobiliária, nos termos da Lei 4.591/64, art. 28, parágrafo único, é a “atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”.

É nesta descrição legal que se encontra uma problemática, porque não discrimina a espécie de pessoas, pelo que pode afastar, desta forma, a devida responsabilização. Demais disso, o melhor entendimento é de que qualquer que concorrer na publicidade, edificação ou desenvolvimento econômico será responsabilizado (antes da edificação ou antes de sua conclusão). Imperativo que a preservação da ordem econômica e a manutenção da fidelidade nos contratos requer que terceiros evitem violar os negócios em andamento (FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N., 2015, p.192).

Por outro lado, mister excluir algumas figuras desta responsabilidade, como o particular que adere à oferta de trabalho de administração e até corretagem; o profissional que se presta à edificação singular ou aquele

que comercializa unidades já edificadas e com habite-se.

Percebe-se que a incorporação imobiliária abrange os imóveis na planta e não os edificados, pois estes serão negociados em contratos de compromisso de venda e compra etc. Nada impede que antes do lançamento as unidades já estejam prometidas em permuta ou dação em pagamento.

Considerando a teoria geral dos contratos, os princípios serão aplicados aos diversos negócios, indistintamente, o que significa que determinadas cláusulas específicas dos contratos tipificados e nominados poderão ser utilizadas para construir um outro negócio jurídico, desde que não seja vedado pela legislação (FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N., 2015, p.117), nos termos dos artigos 104 e 421, do Código Civil.

As cláusulas especiais do contrato de venda e compra, por exemplo, podem fazer parte dos contratos relativos à incorporação imobiliária, como a retrovenda, em que o vendedor se reserva o direito de reaver, em certo prazo, o imóvel alienado, restituindo ao comprador o preço, mais as despesas por ele realizadas, inclusive as empregadas em melhoramentos do imóvel (arts. 505 a 508, Código Civil); a venda a contento e a sujeita a prova, que subordina o contrato à condição de ficar desfeito se o comprador não se agrada da coisa (arts. 509 a 512, Código Civil); a reserva de domínio, para coisa móvel infungível, pela qual o vendedor reserva para a si a propriedade

do bem, até o momento em que realize o pagamento integral do preço (arts. 521 a 528, Código Civil; art. 129, §5º da lei 6.015/73); a venda sobre documentos, em que a tradição da coisa se dá pela entrega do seu título representativo (arts. 529 a 532, Código Civil); a preempção, pelo que deve oferecer a quem lhe vendeu, para o direito de prelação de igualdade de condições (em venda ou dação em pagamento) (arts. 513 a 520, Código Civil); e pacto de melhor comprador, que não existe no Código Civil, mas é amplamente aceito em contratos.

Os contratos tipificados são aqueles que têm disciplinamento próprio, e nominado porque a lei lhe designa um nome específico. Estes contratos são exceções, pois no direito privado a regra é a da liberdade contratual, conforme se verifica no artigo 421 do Código Civil, o que significa que não possuem um disciplinamento ou nome específicos, mas são construídos a partir das regras gerais atinentes à teoria geral dos contratos para se adequar às exigências da nova realidade (TEPEDINO, G. (Coord.). Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Princípio da Boa-fé Objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente. Rio de Janeiro: Renovar, 2001).

A incorporação, contrato típico/nominado, conhecido em duas modalidades: empreitada ou por administração

(AGHIARIAN, 2015, p. 288), é o único da espécie que jamais se celebra com uma só parte, mas possui um feixe de contratos em cada incorporação, também é sinalagmático, consensual e com forma de execução diferida.

A função social da incorporação imobiliária é a facilitação do uso do solo para a moradia. Antes da Lei de Incorporações e Condomínios horizontais, os imóveis de escritórios foram legalizados para fortalecimento da própria função social.

O art. 29 da Lei de Incorporações qualifica o sujeito e não a atividade (AGHIARIAN, 2015, p. 275), portanto, “considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetue a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas em edificações a serem construídas ou em construção.” Mas poderia ser qualquer pessoa física? Corretor? Engenheiro?

Como se pode notar, a complexidade do contrato de incorporação envolve diversos sujeitos, e resta saber quais são as atribuições de cada um, e se podem ser responsabilizados de alguma maneira. E a resposta é positiva, pois a promoção e venda das unidades pode gerar responsabilidades dos corretores de imóveis³²⁴, e a edificação vinculará o engenheiro civil.

³²⁴ *Sobre as responsabilidades atribuídas ao corretor de imóveis, importante acessar parecer exarado (Revista dos Tribunais. RT*

Vol. 966, abril 2016. Doutrina. Parecer). Também disponível no site do Ministério Público de São Paulo em

Qualquer outra pessoa, para ser responsabilizada, deverá estar integrada a um grupo econômico, como sócio de determinada empresa de incorporação ou sob a forma de “firma individual” (responsabilidade técnica indireta, apesar da lei dar brechas), conforme se verifica no art. 31, alínea “a”: “somente poderá ser incorporador, e a este cabendo a iniciativa e responsabilidade das incorporações: a) o proprietário do terreno, ou promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea “a” do art. 32; b) o construtor, como tal, engenheiro civil, ou corretor de imóveis.”

O início da incorporação se dará pela venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de cota ideal de terreno vinculada a projeto de construção, ou o contrato de construção assinado pelo incorporador, ou por adquirente. E as partes estarão vinculadas pela simples proposta, da proposição do negócio, ou através apenas da publicidade (irrevogável e sem prejuízo de responsabilização do incorporador), nos termos do art. 427 do Código Civil e do art. 30 do Código de Defesa do Consumidor.

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.966.13.PDF. Acesso em: 2 de dezembro de 2018, 11:39.

³²⁵ É possível deduzir que, salvo o caso de o proprietário do terreno ser, ao mesmo tempo, o construtor e o exercente de todas as funções do artigo 29, único em que só existirá um

Independerá de registro junto ao Registro de Imóveis, mas para terceiros, só se conceberá a partir do registro (ex. promessa de venda).

Assim como há distinção entre incorporadora e construtora, também há distinção entre o dono do terreno e o incorporador, mas em se tratando de responsabilidade, é possível afirmar que estes últimos são solidários (cabível regressiva indenizatória, para proteção dos adquirentes).³²⁵

Patrimônio de Afetação

As quebras empresariais no setor imobiliário fizeram com que muitas pessoas que haviam aderido às incorporações imobiliárias tivessem que amargar a experiência de perder tudo o que haviam pago.

Para garantir os aderentes, o Patrimônio de Afetação foi criado em 4 de setembro de 2001 pela Medida Provisória nº 2.221, alterando, portanto, a Lei 4.591/64. A ideia era criar um patrimônio autônomo ao do incorporador, garantindo os promissários compradores, já que o patrimônio não seria alcançado nos casos de falência ou insolvência

incorporador, nas demais hipóteses sempre haverá dois ou mais incorporadores. Isso esclarece a responsabilidade solidária do incorporador e do construtor, explicada pela teoria da substituição na execução do empreendimento imobiliário (TJRJ, Ap. Cív. 820/92, 6ª C., Rel. Des. Laerson Mauro, apud Programa de Responsabilidade).

do incorporador. Neste caso, os imóveis não estão registrados como patrimônio da construtora, pois há a abertura de uma empresa com CNPJ e contabilidade próprios para administrar o empreendimento.

Só havia um problema, pois tal patrimônio de afetação não era obrigatório, pelo que ficava a critério exclusivo do incorporador. Obviamente que não faltaram vozes críticas à norma, já que a mesma nascia sem qualquer efetividade.

O assunto foi novamente retomado quando da publicação da Lei 10.931/04, que inseriu na Lei 4.591/64 o referido instituto do patrimônio de afetação, tentando entabular mecanismos fiscais de estímulo à implantação deste meio de garantia. O artigo 31-A foi acrescido na Lei de Incorporação, pelo que passou a regulamentar tal garantia real, facultando: “a critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.”

Em 20 de novembro de 2018, o Senado Federal aprovou o texto-base de projeto que aumenta a multa para quem desiste de imóvel na planta. Nos dias atuais as construtoras ficam com 10% a 25% do valor pago por quem desistiu da compra do imóvel da planta, mas o projeto permite uma multa maior. Portanto, se o comprador desistir do negócio ou parar de pagar as prestações do imóvel, a construtora ou empresa responsável pela obra vai ficar com até 50% do dinheiro pago pelo comprador.³²⁶

Frise-se que estas considerações abrangem os imóveis do chamado regime do patrimônio de afetação.

Discussões nos Tribunais

O Superior Tribunal de Justiça realizou audiência pública (27/08/2018) para discutir dois pontos principais, (i) cumulação de indenização por lucros cessantes com a cláusula penal; e (ii) inversão, em desfavor da construtora, alienante do imóvel, da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente. A discussão foi importante e forneceu subsídios para que o tribunal possa julgar as controvérsias jurídicas registradas com os temas 970 e 971, em recursos

³²⁶

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/11/20/plenario-aprova-texto-base-de->

projeto-sobre-distrato-imobiliario. Acesso em: 29 de janeiro de 2019, 14:04.

repetitivos, nos termos do artigo 1038, II, do Código de Processo Civil.³²⁷

Além dos dois aspectos apontados anteriormente, outros deverão ser considerados, como na hipótese de descumprimento do prazo de entrega do imóvel objeto de contrato de compromisso de venda e compra ou de contrato de venda e compra, em que é possível cumular a cláusula penal decorrente da mora com a indenização por lucros cessantes pela não fruição do imóvel, pois aquela tem natureza moratória, enquanto esta tem natureza compensatória.

Já a inexecução do contrato de promessa de venda e compra ou de venda e compra, consubstanciada na ausência de entrega do imóvel na data acordada, acarreta, além da indenização correspondente à cláusula penal moratória, o pagamento de indenização por lucros cessantes.

É possível, ainda, a inversão da cláusula penal moratória em favor do consumidor, na hipótese de inadimplemento do promitente vendedor, consubstanciado na ausência de entrega do imóvel no prazo pactuado.

O prejuízo do promitente comprador há de ser presumido a viabilizar a condenação por lucros cessantes pelo descumprimento do prazo para entrega de imóvel objeto de

contrato de compromisso de venda e compra ou de venda e compra.

Em caso de resolução de contrato de venda e compra de imóvel, a correção monetária do valor correspondente às parcelas pagas, para efeitos de restituição, deve incidir a partir de cada desembolso.

Importante também esclarecer que não é abusiva a cláusula de cobrança de juros compensatórios incidente em período anterior à entrega das chaves no contrato de promessa de venda e compra ou de venda e compra de imóveis em construção sob o regime de incorporação imobiliária.

Parece equilibrado o entendimento de que quando decretada a resolução do contrato de venda e compra de imóvel, com a restituição das parcelas pagas pelo comprador, o retorno das partes ao estado anterior implica o pagamento de indenização pelo tempo em que o comprador ocupou o bem, desde a data em que a posse lhe foi transferida.

Nos casos em que o promitente vendedor deixa de transferir o imóvel ao promissário comprador, mesmo depois do pagamento integral, haverá, nos termos da Súmula 239 do STJ, o direito à adjudicação compulsória sem se condicionar ao registro do

³²⁷

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Natureza-jur%C3%ADdica-dos-

contratos-e-efeitos-para-o-consumidor-marcam-conclus%C3%A3o-do-debate-sobre-atraso-na-entrega-de-im%C3%B3veis. Acesso em: 15 de janeiro de 2019, 09:26.

compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.

Mas em relação às despesas de condomínio será diferente, pois havendo compromisso de compra e venda não levado a registro, a responsabilidade pelas despesas condominiais pode recair tanto sobre o promitente vendedor quanto sobre o promissário comprador, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto.³²⁸

No tocante ao IPTU, o promissário comprador do imóvel e o proprietário/promitente vendedor são contribuintes responsáveis pelo pagamento do referido imposto.³²⁹

CONCLUSÃO

Não há mais que se falar em Direito Privado, isoladamente. É um erro que não se pode cometer, haja vista o diálogo das fontes e a corrente metodológica relacionada ao direito civil constitucional, cuja defesa é a permanente releitura do direito civil à luz da Constituição Federal. Claramente se observou durante o texto o relacionamento intenso entre diversos profissionais de variadas áreas, além dos promissários compradores, pelo que o contrato de incorporação imobiliária desaguará na aplicação simultânea de diversas legislações

para que o direito possa, definitivamente, servir aos interesses sociais.

Nas discussões, ainda em andamento, tanto no Judiciário quanto no Legislativo, se percebe a necessidade de equilibrar as relações jurídicas, afastando os protecionismos que tanto prejudicam a eficácia do próprio sistema de Direito. Daí se pode notar a dinâmica interpretativa em relação ao sistema jurídico, de modo a incentivar e dar sentido ao contrato de incorporação imobiliária.

Por fim, os aspectos abordados relativos ao tema permitiram questionar, ainda mais, sobre o envolvimento de vários sujeitos e de suas responsabilidades nas relações contratuais, dando aos estudiosos da área uma oportunidade de pesquisar mais profundamente uma ou mais vertentes relacionadas aos contratos de incorporação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Natureza-jur%C3%ADdica-dos-contratos-e-efeitos-para-o-consumidor-marcam-conclus%C3%A3o-do-debate-sobre-atraso-na-entrega-de-im%C3%B3veis.

Acesso em: 15 de janeiro de 2019, 09:26.

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/11/20/plenario-aprova-texto-base-de->

³²⁸ (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73 – TEMA 886).

³²⁹ (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73 – TEMA 122).

projeto-sobre-distrato-imobiliario. Acesso em: 29 de janeiro de 2019, 14:04.

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.966.13.PDF. Acesso em: 2 de dezembro de 2018, 11:39.

AGHIARIAN, Hércules. Curso de Direito Imobiliário. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, C. C; ROSENVALD, N. Curso de Direito Civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.12.

SCHREIBER, A.; KONDER, C. N. (cords.). Direito Civil Constitucional. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. (coord). Problemas de Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.