

PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO (LEI 10.931/04) EM SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO: Estratégia jurídica de proteção ao consumidor e fomento do mercado de incorporação imobiliária

POOL OF ASSETS AVAILABLE FOR LIEN (BRAZILIAN LAW 10.931/04) IN SPECIFIC PURPOSE COMPANIES: A legal strategy to enhance consumer safety and foster the real estate market

Leandro de Assis Moreira¹

Raquel Ribeiro Mayrink²

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é encontrar a estratégia jurídica mais adequada para potencializar a segurança do consumidor e ao mesmo tempo fomentar o mercado de incorporações imobiliárias. Neste sentido, a fim de se criar um alicerce para o entendimento do tema, serão abordados os conceitos de incorporação imobiliária e incorporador, os elementos do contrato de incorporação, assim como será traçado um delineamento histórico sobre o assunto em análise. Em seguida, será estudado o regime do patrimônio de afetação, trazido pela lei. 10.931 de 2004, o qual, se adotado, gera uma blindagem ao empreendimento, não sendo este atingido na hipótese de falência do incorporador. Será observado que, apesar de este mecanismo proporcionar maior segurança jurídica aos consumidores, os incorporadores vêm se utilizando das sociedades de propósito específico - SPEs para desenvolver os empreendimentos de incorporação imobiliária. Isso, devido a facilidade que esse instrumento proporciona tanto para captação de investimentos, quanto para desenvolvimento de parcerias entre incorporadores. Entretanto, as SPEs não são eficazes na proteção do consumidor no caso de falência do incorporador. Dessa forma, o presente estudo propõe, como estratégia jurídica de proteção ao consumidor e fomento do mercado, a utilização conjunta dos dois instrumentos, ou seja, o patrimônio de afetação em sociedade de propósito específico para o desenvolvimento de cada empreendimento de incorporação imobiliária.

PALAVRAS-CHAVE: INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA; CONSUMIDOR; MERCADO

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Fumec/MG. Especialista em Direito Privado pela UCAM/RJ. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UGF/RJ. Graduado em Direito pela PUC Minas. Advogado. Email: leandroassis.adv@gmail.com

² Mestranda em Direito pela Universidade Fumec/MG. Graduação em Direito pela UNIFENAS/MG. Servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Email: raqmayrink@gmail.com

ABSTRACT: The present study is aimed at finding the most appropriate legal strategy to enhance consumer safety while fostering the real estate market. In this manner, in order to create a foundation for the understanding of the issue, we will approach concepts on real estate incorporation and developers, the elements of the merger agreement, as well as drawing a historical outline on the subject under consideration. Then the system of pool of assets available for lien will be studied, brought by the law 10.931 of 2004, which, if adopted, ensures an effective protection to the real estate, which is not reached in case the corporate goes bankrupt. Although this mechanism provides greater legal safety for consumers, it will be noticed that real estate developers have used the Special Purpose Companies (SPC) in real estate development projects due to the easiness this instrument provides both for drawing investments and establishing partnership between developers. However, SPCs are not effective in protecting consumers in the event of bankruptcy of the developer. Thus, this study proposes, as a legal strategy for consumer protection and promotion of the market, the joint use of the two instruments, that is, the pool of assets available for lien in the special purpose companies for the advancement of each new asset of real estate incorporation.

KEYWORDS: REAL ESTATE INCORPORATION; CONSUMER; MARKET

1. INTRODUÇÃO

Incorporação imobiliária, em síntese, é o conjunto de atividades desenvolvidas com o objetivo de construir edificações desmembradas em unidades autônomas para serem comercializadas antes ou durante a fase de construção. Tal negócio jurídico, hodiernamente, é regulado basicamente pela lei 4591 de 1964.

Para alicerçar o presente estudo, primeiramente serão explicitados, ainda que de maneira não exaustiva, os conceitos de incorporação imobiliária e incorporador. Conceitos, sem os quais, torna-se impossível a compreensão do restante do trabalho. Ademais, serão analisados os elementos do contrato de incorporação imobiliária, permitindo-se um melhor entendimento sobre o respectivo negócio jurídico.

Em seguida, será traçado um breve esboço histórico acerca do assunto, tendo como ponto de partida o início do século XX, no Brasil, quando houve um crescimento da urbanização e conseqüente encarecimento dos preços dos imóveis, o que acabou por acarretar

no início do desenvolvimento da atividade de incorporação imobiliária, mesmo que sem regulamentação.

Nesta senda, serão demonstrados os problemas decorrentes da falta de regulamentação da atividade de incorporação imobiliária, o que acarretou em uma enorme insegurança dos consumidores e conseqüente desaquecimento do mercado.

Diante de toda a atribulação ocasionada pela omissão legislativa, foi editada a lei 4.591 de 1964, que trouxe um grande arcabouço de proteção jurídica ao consumidor, exigindo, dentre outras obrigações, que o incorporador registrasse, no Cartório de Registro de Imóveis, um memorial com informações extremamente relevantes sobre o empreendimento e sobre o incorporador. Ademais, o referido ordenamento criou várias sanções civis e penais para o incorporador que descumprisse o disposto na lei.

Verificar-se-á que, não obstante os benefícios gerados pela lei 4.591, a mesma não foi suficiente para proteger o patrimônio dos consumidores na hipótese de falência do incorporador, conforme se verificou, por exemplo, no famigerado caso da incorporadora Encol, que faliu no final dos anos noventa, deixando mais de setecentos imóveis inacabados.

Para sanar tal falha legislativa, foi editada a lei 10.931 de 2004, a qual introduziu um novo mecanismo de proteção ao patrimônio das incorporações imobiliárias. Trata-se do regime do patrimônio de afetação, o qual, se adotado, cria uma espécie de blindagem ao patrimônio da incorporação, não sendo esta afetada em caso de uma possível falência do incorporador.

Não obstante, será observado que a facultatividade da adoção do regime do patrimônio de afetação, agregada à burocracia dele decorrente, faz com que muitos incorporadores não o adotem na realização de seus empreendimentos.

Conforme será demonstrado, muitas empresas, no lugar de instituir o patrimônio de afetação, preferem utilizar as chamadas sociedades de propósito específico – SPEs para organizar cada empreendimento. Observar-se-á que as SPEs, de fato, carregam grandes benefícios ao negócio de incorporações imobiliárias, principalmente no que se refere à captação de investimentos e desenvolvimento de parcerias entre incorporadoras.

Ademais, as SPEs possibilitam ao consumidor, informações mais organizadas e completas sobre o empreendimento, uma vez que existirá um contrato social regendo

especificamente àquela incorporação. Todavia, as SPEs não são eficazes na proteção da incorporação na hipótese de falência do incorporador.

Ocorre que, o mercado de incorporação imobiliária é extremamente dependente da confiança do mercado consumidor, primeiramente pelo alto valor agregado dos produtos comercializados, e principalmente pelo fato de o objeto do contrato não existir materialmente, ou não estar pronto e acabado, no momento da celebração.

Não obstante, a captação de investimentos financeiros e o desenvolvimento de parcerias entre incorporadoras, ambos facilitados pelas SPEs, são fatores profundamente importantes e salutarés ao mercado das incorporações imobiliárias.

Neste sentido, o presente trabalho tem por escopo propor, uma estratégia jurídica de proteção ao consumidor e fomento do mercado de incorporações imobiliárias, uma utilização conjunta dos dois mecanismos, ou seja, o patrimônio de afetação em sociedade de propósito específico para desenvolvimento de cada empreendimento de incorporação imobiliária.

2. A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

O presente capítulo tem por escopo, ainda que de maneira sucinta e não exaustiva, apresentar os conceitos de incorporação imobiliária, bem como o de incorporador. Visa, igualmente, abordar acerca do contrato de incorporação imobiliária e traçar um breve delineamento histórico sobre o tema.

2.1 Conceitos de incorporação e incorporador imobiliário

De acordo com Melhim Namem Chalhub (2012), incorporação imobiliária é a mobilização de fatores de produção para construir e vender, antes ou durante a fase de construção, unidades imobiliárias em edificações coletivas, sendo esta atividade regulada, hodiernamente, essencialmente pela lei 4.591 de 1964.

Em suma, a atividade de incorporação imobiliária ocorre, pragmaticamente, desde sua origem no Brasil, basicamente da seguinte forma: o incorporador procura o proprietário de um terreno bem localizado e propõe construir um prédio sobre o mesmo. Em troca, oferece

algumas unidades imobiliárias autônomas que serão construídas no local.³ Após a aceitação do proprietário, o incorporador contrata ou elabora o projeto arquitetônico e passa a oferecer, aos consumidores, as demais unidades do imóvel que será edificado no terreno sub-rogado. Após atingir um número adequado de compradores, o incorporador dá início à construção. Em seguida, após o término da obra e obtenção dos documentos necessários como, por exemplo, o denominado “habite-se”, providencia-se a transferência do domínio, ou seja, passa-se, por meio de registro público, a propriedade das unidades aos seus respectivos compradores, e ao antigo proprietário do terreno as que lhe forem de direito. (GUEZZI, 2011)

Não obstante, no estrito sentido da lei 4.591 de 1964, “considera-se incorporação imobiliária 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” (BRASIL, 1964).

Já o incorporador, nos termos da lei, é definido como:

a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando 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 sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.(BRASIL, 1964)

"O incorporador é o titular da incorporação imobiliária, o empresário propulsor do empreendimento” (MARQUES FILHO; DINIZ, 2009, p. 17).

É a pessoa, física ou jurídica, que organizará todo o processo da incorporação. É ele quem analisa a viabilidade do empreendimento, cuida dos trâmites legais para concessão do alvará de construção, contrata os projetos, contrata a construtora, promove as vendas das unidades, dentre outras atividades, ainda que de forma indireta.

Ademais, vale esclarecer que incorporador não é sinônimo de construtor. Ele pode, ou não, se confundir com o construtor, mas este pode ser apenas um terceiro contratado pelo incorporador para efetuar a construção do imóvel.

Enfim, o incorporador é a figura que está direta ou indiretamente, envolvido em todas as etapas do empreendimento, e por ele se responsabiliza.

³ Esta transação é chamada popularmente de permuta e tecnicamente de sub-rogação.

2.2 Contrato de incorporação imobiliária.

O contrato de incorporação imobiliária não é um simples contrato de compra e venda de bem imóvel. Na verdade, ele é dotado de diversas peculiaridades estabelecidas pela lei 4.591. Chalhub (2012) explica que por ser celebrado antes ou durante a construção do imóvel, ou seja, quando o bem ainda não existe materialmente ou não está pronto e acabado, o contrato de incorporação reclama por mecanismos próprios.

Concisamente, o contrato de incorporação imobiliária é um documento escrito, passível de registro, por meio do qual o incorporador vende, antes ou durante a construção, as unidades imobiliárias autônomas da edificação, utilizando-se de parte do capital pago pelo adquirente para a construção do empreendimento e, obrigando-se, dessa forma, a entregar o mesmo pronto e acabado de acordo com os projetos e memorial descritivo arquivados no cartório de registro de imóveis. Em contrapartida, os compradores se obrigam a pagar o valor das unidades que adquiriram.

O contrato de incorporação imobiliária é classificado como "típico, bilateral, consensual, oneroso, comutativo, solene e de execução continuada" (CHALHUB, 2012, p. 149).

Quanto às partes, sabe-se que, para celebrar qualquer negócio jurídico, estas devem ser civilmente capazes. Mas isto apenas não basta, haja vista que elas também devem possuir legitimidade, sendo que, no caso das incorporações imobiliárias, existe uma peculiaridade quanto à figura do incorporador. Isto porque, a lei 4.591, em seu art. 31, estabelece quem possui legitimidade para sê-lo, ou seja: "a) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea a do art. 32; b) o construtor ou corretor de imóveis."⁴ (BRASIL, 1964)

Contudo, além dos adquirentes e do incorporador, outras pessoas também podem vir a figurar como parte no contrato de incorporação quando, por exemplo, o construtor que é contratado para erguer o prédio não se confunde com o incorporador. (RIZZARDO, 2012)

⁴ O construtor e o corretor de imóvel, caso não se confundam com o proprietário do terreno, com o promitente comprador, ou com o cessionário deste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea a do art. 32, dependem de mandato outorgado para atuar como incorporadores.

Com relação ao objeto do contrato de incorporação imobiliária, Arnaldo Rizzardo (2012) ensina que o mesmo possui elementos tanto de natureza obrigacional quanto de natureza real. Obrigacional, quanto às responsabilidades assumidas pelas partes no que se refere à construção do imóvel e, em contrapartida, a obrigação de pagar as parcelas para que seja possível a realização do empreendimento. E de natureza real, no que tange à promessa de constituir o imóvel construído em unidades autônomas, abrindo-se matrícula no Registro de Imóveis para cada uma delas e transferindo-as aos seus respectivos compradores. Ademais, "o objeto de natureza real do negócio abrange o terreno e as acessões". (RIZZARDO, 2012, p. 249)

No tocante à forma do contrato, é exigência da lei 4.591 que o contrato de incorporação seja escrito. Inclusive os projetos e o memorial descritivo⁵, que é um documento que fornece informações sobre o imóvel que será construído, principalmente quanto aos materiais de acabamento, são partes obrigatoriamente integrantes do contrato. Ademais, o contrato deve ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis.

Entretanto, conforme ensina Arnaldo Rizzardo (2012), se o incorporador deixa de estabelecer contrato escrito com os adquirentes, não quer dizer que o negócio jurídico não exista. Nesse caso, devem os consumidores reclamar seus direitos ao Poder Judiciário para que seja declarada a existência do negócio jurídico de incorporação imobiliária e aplicada a lei 4591. Todavia, é fato que sempre que não há um contrato escrito, a dificuldade probatória é indubitavelmente maior.

2.3 Breve esboço histórico

No Brasil, tudo começou no início do século XX, quando o país passou por um acelerado processo de urbanização. Como consequência, as terras nos grandes centros foram ficando cada vez mais valorizadas e uma boa alternativa para oferecer moradias a um custo

⁵ Importa esclarecer que memorial descritivo não é sinônimo de memorial de incorporação. O primeiro é apenas um documento que integra o memorial de incorporação e apenas descreve os materiais de acabamento que serão aplicados no imóvel, bem como os atrativos que o condomínio possuirá, em termos de áreas de lazer, segurança, comodidade, elevadores, etc. Já o memorial de incorporação é uma espécie de dossiê que reúne, além do memorial descritivo, todos os documentos exigidos pelo art. 32 da lei 4.591/64, o qual deve, obrigatoriamente, ser arquivado no Cartório de Registro de Imóveis, antes de o empreendimento ser ofertado no mercado.

mais acessível era a construção de prédios divididos em unidades autônomas (CHALHUB, 2012).

Dessa forma, a partir de 1930, cresceu significativamente o número de pessoas dedicando-se à atividade da construção e venda de unidades imobiliárias autônomas. Todavia, como, em regra, esses empreendedores não possuíam recursos financeiros suficientes para levar a termo a construção, a alternativa encontrada foi a de “vender a promessa”, ou seja, vender o imóvel que ainda seria construído, na planta.

De acordo com o professor Caio Mário da Silva Pereira, a dinâmica da atividade de incorporação imobiliária se desenvolve da seguinte maneira:

Um indivíduo procura o proprietário de um terreno bem situado, e lhe incute a ideia de realizar ali a edificação de um prédio coletivo. Mas nenhum dos dois dispõe do numerário e nenhum deles têm a possibilidade de levantar por empréstimo o capital, cada vez mais vultoso necessário a levar a termo o empreendimento. Obtém, então, opção do proprietário, na qual se estipulam as condições em que este aliena seu imóvel. Feito isto, vai o incorporador ao arquiteto, que lhe dá o projeto. O construtor lhe fornece o orçamento. De posse dos dados que lhe permitem calcular o aspecto econômico do negócio (participação do proprietário, custo da obra, benefício do construtor e lucro), oferece à venda tais unidades. Somente quando já conta com um número de subscritores para suportar os encargos da obra é que o incorporador inicia. (PEREIRA, 1976, p. 231)

Ocorre que, devido à ausência de legislação regulando o assunto, vários problemas começaram a ocorrer, como, por exemplo, o abandono de obras por incorporadores que recebiam o dinheiro para executar a construção, mas simplesmente “desapareciam” sem deixar qualquer registro, deixando os consumidores totalmente desamparados.

Nesta senda, Arnaldo Rizzardo concorda afirmando que:

(...) diante da primariedade da organização [incorporação], logo apareceram problemas, como abandono dos prédios em construção, o aumento repentino dos preços, o descumprimento das obrigações pelo empreendedor, tudo diante da ausência de uma disciplina regulamentando a relação que se formara (RIZZARDO, 2012).

Todavia, assim como ocorre em praticamente todos os setores, a saúde do mercado imobiliário também é extremamente dependente da confiança do consumidor, principalmente quando se trata especificamente das incorporações imobiliárias, onde os produtos adquiridos

pelos compradores ainda não estão prontos e acabados ou existem apenas em forma de projeto.

Logo, sentiu-se a necessidade de que alguma providência fosse tomada para proteger os consumidores, fortalecendo a confiança dos mesmos no setor. Nesse sentido, em 1964, com anteprojeto elaborado pelo professor Caio Mário da Silva Pereira, foi editada a lei 4.591 tratando especificamente sobre condomínios e incorporações imobiliárias.

A referida lei introduziu um importante arcabouço jurídico de proteção aos consumidores, impondo várias obrigações ao incorporador; com destaque para a de registrar, em cartório de imóveis, uma espécie de dossiê, denominado “memorial de incorporação”, com diversas informações sobre o empreendimento; e também fixando sanções civis e penais em caso de fraudes ou descumprimento dos deveres instituídos pela lei.

Segundo Jammil Rhame (2012), antes da edição da lei 4.591, devido à falta de regulamentação e segurança jurídica no tocante às incorporações imobiliárias, o Brasil era um verdadeiro “canteiro de obras paradas”, o que gerava desconfiança e desestimulava a compra dos imóveis “na planta”, acarretando no insucesso de vários empreendimentos.

Com a edição da referida lei, todas as partes foram favorecidas. De um lado os consumidores, que passaram a ter um significativo arcabouço de proteção e informação sobre o negócio que estavam assumindo, e de outro lado os incorporadores, pois graças à segurança jurídica gerada, os negócios de venda de imóveis “na planta” ou em construção cresceram consideravelmente (RHAME, 2012).

Tal fato demonstra o poder que o Direito possui de interferir diretamente no sucesso ou fracasso das empresas. Logo, deve-se sempre estudar novas formas de utilizar as normas jurídicas (princípios e regras) a fim de se obter resultados positivos para a sociedade.

3. DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO DAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS

Não obstante o que fora discorrido no capítulo anterior, isto é, apesar de a lei 4.591 ter surtido efeitos significativamente positivos no mercado imobiliário, ela não foi suficiente, por si só, para salvaguardar os consumidores em situações mais extremas, como no caso de falência do incorporador.

Arnaldo Rizzardo reforça dizendo que:

o curso do tempo revelou que não eram suficientes os mecanismos da lei [4.591/64] para evitar falcaturas e descumprimento do contrato, colocando os adquirentes em uma posição econômica e financeira inferior, sem alternativas de solução no caso de frustração [falência] do empreendimento, de desvios de valores, ou de má gestão dos fundos. Seus créditos eram colocados no mesmo patamar de outras dívidas do incorporador, não se diferenciando das que tivessem origem em negócios estranhos à incorporação. Não havia tratamento diferenciado, com o que, não raramente, os adquirentes acabavam por perder (sic) todas as economias entregues ao incorporador. (RIZZARDO, 2012, p. 363)

Por essas razões, – e principalmente por impulso da repercussão do famigerado “caso Encol”, ocorrido no ano de 1999, quando uma das maiores incorporadoras do país faliu, deixando mais de setecentos imóveis inacabados e centenas de famílias desamparadas – editou-se a Medida Provisória 2.221, de 2001, posteriormente convertida na Lei 10.931, de 2004, instituindo e regulamentando, respectivamente, o chamado “patrimônio de afetação” das incorporações imobiliárias.

O Patrimônio de Afetação, na incorporação imobiliária, foi instituído pela lei 10.931 de 2004, que inseriu o Capítulo I-A à lei 4.591. Melhin Namem Chalhub, foi o autor do anteprojeto da referida lei.

De acordo com Chalhub, a partir da lei 10.931:

o acervo patrimonial que compõe uma incorporação imobiliária – terreno, acessões, receitas provenientes das vendas, obrigações vinculadas ao negócio, em como os respectivos encargos fiscais, trabalhistas e previdenciários etc. – é suscetível de afetação, pela qual esse conjunto de direitos e obrigações fique segregado, tendo a exclusiva finalidade de conclusão da obra e entrega das unidades aos adquirentes (CHALHUB, 2010, p. 66).

Trata-se de um regime facultativo, mas, se adotado, além de gerar uma série de mecanismos extras de proteção contra a má gestão e fraudes por parte do incorporador, cria uma espécie de blindagem aos recursos patrimoniais necessários para concluir o empreendimento, não sendo estes atingidos por uma eventual falência do incorporador (GUEZZI, 2011). Isso porque o dinheiro arrecadado com a venda das unidades imobiliárias, para a construção do empreendimento fica afetado, ou seja, somente pode ser utilizado com a finalidade de levar a termo a construção daquele imóvel (RHAME, 2012).

Assim, evita-se que o recurso adquirido para construção de um prédio X, seja utilizado para finalizar a obra de um prédio Y, o que acabaria por criar uma espécie de "bola

de neve", acarretando no insucesso dos empreendimentos da incorporadora e sua consequente falência, a exemplo do que ocorreu com a incorporadora Encol.

A afetação patrimonial torna incomunicável o acervo correspondente à incorporação, vinculando-o à satisfação dos créditos a ela vinculados, entre eles o direito dos adquirentes em relação às unidades imobiliárias adquiridas, os direitos creditórios dos trabalhadores da obra, do fisco, da previdência, da entidade financiadora, dos fornecedores etc. (CALHUB, 2010, p. 67)

É importante esclarecer que "o volume dos recursos afetados, entretanto, limita-se ao quantum necessário para a execução da obra e regularização do edifício no Registro de Imóveis", (CHALHUB, 2012, p. 66). Assim, pode o incorporador utilizar para quaisquer outros fins a quantia que exceder a esse limite. Inclusive, estão excluídos da afetação, tanto os recursos financeiros que excedam a necessária conclusão da obra, como o valor referente ao preço da fração ideal.

a incorporação afetada tem contabilidade própria, destacada da contabilidade da empresa incorporadora. O controle e a fiscalização da incorporação se fazem mediante demonstrações periódicas do andamento da obra, em cotejo com a respectiva programação financeira. A movimentação dos recursos é feita em conta corrente bancária específica. (CHALHUB, 2010, p. 67)

Tais demonstrações, bem como o andamento da obra, são fiscalizadas por um grupo de representantes dos adquirentes denominado, pela lei, de Comissão de Representantes, a qual fica investida de poderes, também, para assumir a administração da incorporação em caso de atraso injustificado da obra ou falência da incorporadora⁶ (CHALHUB, 2010).

O mais importante é que os efeitos da falência ou da insolvência civil do incorporador, consubstanciado no art. 31-F da lei 4.591/64, introduzido pela lei 10.931/04, "não atingem o patrimônio de afetação constituído, não integrando a massa concursal, o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação" (BRASIL, 1964).

Logo, o regime do patrimônio de afetação é favorável tanto para o adquirente, que fica resguardado, mas também para os incorporadores, pois o mercado se torna muito mais aquecido diante do aumento da confiança dos consumidores.

⁶ Neste caso, independente de intervenção judicial, a Comissão de Representantes, promoverá a venda, em leilão extrajudicial, das unidades imobiliárias restantes no empreendimento e prosseguirá com a obra, recolhendo à massa falida, no final da obra, o saldo positivo, se houver. (CHALHUB, 2010)

Entretanto, toda a burocracia gerada como, por exemplo, a necessidade de contabilidade específica e de prestações de contas trimestrais à Comissão de Representantes dos adquirentes, aliada à faculdade dada, pela lei, ao incorporador em submeter ou não sua incorporação ao regime do patrimônio de afetação, faz com que este maravilhoso instrumento venha sendo pouco utilizado na prática.

Um estudo realizado por Fernando Bontorim Amato – doutor em engenharia civil pela Universidade de São Paulo – em 2007, demonstrou que das mais de vinte empresas do mercado imobiliário com capital aberto na Bovespa, apenas uma utilizava o regime do patrimônio de afetação em seus empreendimentos (AMATO, 2007).

Ainda que o governo, com o objetivo de incentivar a adoção, tenha estabelecido o Regime Especial Tributário - RET, criando vantagens tributárias para os empreendimentos sob o regime do patrimônio de afetação, ainda hoje a utilização do mesmo é considerada baixa.

O governo estabeleceu uma tributação diferenciada – de 7% sobre o faturamento da obra. Mas não é exatamente uma vantagem, já que a SPE pode adotar o lucro presumido e ser tributada entre 6,5% e 6,7%. O patrimônio de afetação passa a ser mais vantajoso, porém, em projetos maiores, com valor geral de vendas acima de R\$ 48 milhões, que passam a ser tributados sobre o lucro real. (D'AMBROSIO, 2009)

Bontorim afirma que as grandes incorporadoras “têm utilizado, como veículo para incorporação, construção e comercialização dos empreendimentos residenciais, as sociedades de propósito específico - SPE em vez de instituir o patrimônio de afetação” (AMATO, 2007).

4. A SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO NO CONTEXTO DAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS

Passa-se, por conseguinte, a um aligeirado estudo sobre as sociedades de propósito específico – SPEs que, como citado no desenlace do tópico anterior, vêm sendo bastante utilizadas por incorporadoras para construir, administrar e comercializar seus empreendimentos imobiliários.

Primeiramente, é importante esclarecer que a SPE não se trata de um novo tipo societário na ordem jurídica brasileira. Isso quer dizer que ela é constituída sob um dos tipos já previstos na legislação brasileira, por exemplo, como uma sociedade limitada ou uma sociedade anônima (FÉRES, 2005).

Nesta senda, sendo a SPE uma sociedade empresária, é imprescindível trazer a baila tal definição, assim:

denomina-se sociedade empresária a organização proveniente de acordo de duas ou mais pessoas, que pactuam a reunião de capitais e trabalho para um fim lucrativo. A sociedade pode advir de contrato ou ato correspondente; uma vez criada, e adquirindo personalidade jurídica, a sociedade se autonomiza, separando-se das pessoas que a constituíram (MARTINS, 2008, p.169).

Ademais, importa informar que, além das características essenciais dos contratos em geral, as sociedades empresárias em geral, logo, as SPEs, devem obedecer aos requisitos estabelecidos no art. 997 do Código Civil de 2002.

No que tange à SPE em especial, embora tenha surgido, nominalmente, apenas com a Lei 11.079 de 2004, lei das Parcerias Público Privadas, mais especificamente, em seu artigo nono⁷, a referência implícita já se encontrava subjacente em outras normas como, por exemplo, na Portaria 107, emitida pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF. (FÉRES, 2005)

Não obstante, a possibilidade de constituição de SPE já estava prevista, ainda que implicitamente, no parágrafo único do art. 981 do Código Civil de 2002⁸ que, tratando da celebração do contrato de sociedade, dispõe que “a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados” (BRASIL, 2002).

Em apertada síntese, as SPEs são aquelas sociedades constituídas com uma finalidade específica de maneira que, uma vez atingido o objetivo para o qual foi criada, ela será extinta.

A principal característica da SPE é a sua existência estar adstrita à realização de um negócio determinado, mantendo, por conseguinte, a SPE interesses próprios e absolutamente destacados dos interesses de seus controladores. Conceitua-se, pois, a SPE como uma sociedade empresária constituída única e exclusivamente para cumprir um negócio específico. Em outras palavras, o surgimento e o fim de uma SPE está adstrito a um projeto ou ação específico, cujo desenvolvimento está ligado à necessidade empresarial de suas controladoras (TOLEDO, 2009, p.17).

⁷ Art. 9º. Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria(BRASIL, 2004).

⁸ Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados(BRASIL, 2002).

A SPE possui personalidade jurídica, autonomia patrimonial e é constituída especificamente para a consecução de um projeto, possuindo, portanto, um objeto determinado. Esse objeto, por conseguinte, é inalterável, não podendo ser modificado ou ampliado, sob pena de descaracterizá-la, uma vez que a impossibilidade de alteração do objeto é uma característica essencial à SPE.

No campo das incorporações imobiliárias, a SPE pode proporcionar grandes benefícios tanto para os consumidores, quanto para os empreendedores, por diversos motivos.

De acordo com Fernando Bontorim Amato (2007), as empresas têm utilizado das SPEs para desenvolver seus empreendimentos de incorporação imobiliária. E, segundo o autor:

Várias são as motivações ou imposições que estão relacionadas com a constituição de SPEs, dentre as quais se destacam: [i] maior facilidade para obtenção de financiamentos bancários; [ii] maior eficiência e transparência para partes relacionadas, [iii] flexibilidade para realização de parcerias na incorporação imobiliária, e [iv] limitação dos riscos inerentes a cada empreendimento àquela SPE. (AMATO, 2007)

A adoção de SPE para cada empreendimento de incorporação imobiliária tem sido utilizada pelas empresas do ramo, principalmente por exigência dos bancos, que também foram muitos prejudicados pela falência da Encol. Isso porque nessas sociedades, evita-se a contaminação das contas da empresa ou de um outro empreendimento com problemas. (D'AMBRÓSIO, 2009)

Outrossim, também é bastante vantajosa quando existe a intenção de se realizar parcerias comerciais entre empresas incorporadoras distintas. Como, por exemplo, a parceria entre duas incorporadoras para a construção de um empreendimento imobiliário cujo valor do investimento não poderia ser suportado sozinho por uma das duas. Nesse caso, a SPE propicia uma melhor organização das informações financeiras, contábeis, fiscais, além de facilitar a divisão dos resultados, pois garante a segregação dos ativos do empreendimento.

A SPE também oferece benefícios ao consumidor, principalmente, na fase pré-contratual, no sentido de proporcionar acesso a informações mais organizadas, já que existirá um contrato social específico para a realização de determinado empreendimento, permitindo uma análise de pontos importantes como, por exemplo, o capital social, composição societária e se a remuneração dos sócios e administradores está adequada ao mercado. Dessa maneira, o

consumidor detendo mais informações, conseqüentemente, possui mais segurança, igualdade e liberdade no momento da contratação.

Não obstante, a constituição de SPE não garante proteção na hipótese de falência do incorporador, uma vez que o patrimônio, da SPE, integrar-se-ia à massa falida do incorporador, por pertencer ao mesmo grupo econômico, o que não ocorre com a incorporação afetada nos moldes da lei 10.931/04.

5. DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO (LEI 10.931) EM SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECIFICO COMO ESTRATÉGIA JURIDICA PARA INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS

Nos capítulos anteriores, foram demonstrados mecanismos de estruturação das incorporações imobiliárias, bem como de proteção aos consumidores no respectivo mercado. Logo, explanou-se acerca do regime do patrimônio de afetação, da lei 10.931 de 2004, bem como sobre as sociedades de propósito específico como possíveis ferramentas para tal objetivo.

Verificou-se que ambos possuem vantagens e desvantagens. Logo, no presente capítulo, pretende-se propor a utilização conjunta dos mecanismos, como estratégia jurídica de estruturação das incorporações imobiliárias, bem como de proteção e conseqüente fomento do mercado consumidor.

Hodiernamente, “o Direito é reconhecido como uma ciência normativa, voltada fundamentalmente para a solução dos conflitos decorrentes de casos ocorridos no passado” (GABRICH; SIMÕES, 2012, p. 74). Dessa forma, as empresas se esquecem de procurar uma orientação jurídica voltada para a estruturação de seus objetivos. Logo, no mercado imobiliário, as incorporadoras vem adotando as SPEs, como forma de gerir seus empreendimentos, sem contudo garantir segurança total aos consumidores.

É importante asseverar, que no Direito brasileiro, vigora o princípio da autonomia privada e da normatividade, isto é o que não é expressamente proibido pelo ordenamento jurídico, é permitido. Frederico Gabrich ensina que, pelo princípio da normatividade:

ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de norma jurídica existente (declarada por uma fonte do Direito), válida (não revogada

ou derogada por outra norma existente no ordenamento) e eficaz (que produz, de fato, efeitos normativos na vida das pessoas)

E são esses novos padrões de hermenêutica que devem ser considerados pelo intérprete para dizer se uma nova estratégia empresarial pode ser implementada ou não, por meio das diversas alternativas jurídicas colocadas à disposição para a concreção e eficácia dos objetivos traçados pelo estrategista. (GRABRICH, 2012, p. 56-57).

Dessa maneira, por não haver qualquer proibição no ordenamento jurídico brasileiro, é imperativo dizer que um mecanismo não exclui o outro, podendo-se se valer dos instrumentos de organização proporcionados pelas SPEs, bem como pelo sistema de blindagem, proporcionado pelo regime do patrimônio de afetação, eficaz diante de uma possível falência da empresa incorporadora.

Especialistas são unânimes em afirmar que tanto a SPE, quanto o patrimônio de afetação são um avanço importante e garantem segurança ao comprador. A diferença entre ambos aparece em situações extremas, como a falência. O patrimônio de afetação não entra na massa falida. A SPE é uma filial da empresa, integra o patrimônio da incorporadora e entra na massa falida. (D'AMBROSIO, 2009)

Ademais, como já dito, quando incorporadores distintos pretendem estabelecer parcerias para empreender, a SPE é o instrumento ideal. Ela propicia uma maior organização financeira, fiscal, enfim, de toda a estrutura gerencial do empreendimento. Ainda, os ativos da incorporação ficam segregados dos ativos dos sócios da SPE, o que acaba por contribuir para uma melhor proteção do patrimônio do empreendimento. Todavia, volta-se a repetir que ela não é eficaz, como meio de proteção dos consumidores, na hipótese de falência do incorporador.

Ocorre que, principalmente após o caso Encol, a confiança do consumidor na empresa incorporadora tem sido fator essencial na hora da decisão da compra do imóvel. Isso se justifica, uma vez que falência do incorporador acarretaria na perda do capital investido pelo consumidor, sendo que, quando o objeto do contrato é um bem imóvel, os valores são, em regra, muito expressivos.

Assim sendo, a segurança do consumidor na incorporação imobiliária deve ser uma preocupação constante das empresas do ramo, pois ela é diretamente proporcional ao sucesso do mercado.

Dessa forma, como meio de mitigar a vulnerabilidade do consumidor, visando sua proteção pré e pós-contratual contra possíveis desvios de dinheiro, má gestão dos recursos e em casos mais extremos, a falência do incorporador, a melhor alternativa seria a adoção de

um sistema misto, qual seja, a constituição de uma SPE para organizar e gerir o empreendimento, somado à instituição do regime do patrimônio de afetação da lei 10.931.

A utilização dos dois institutos, conjuntamente, propiciaria ao consumidor o acesso a informações mais completas sobre o empreendimento imobiliário como um todo, favorecendo sua liberdade e igualdade na fase pré-contratual e contratual. E, já na fase pós-contratual, asseguraria todas as salvaguardas decorrentes da Lei 10.931, no caso de uma eventual falência do incorporador.

Dessa maneira, a partir de uma interpretação estratégica da legislação brasileira, pressupõe-se que a alternativa possível e mais adequada na estruturação dos objetivos, tanto das empresas, como dos consumidores, seria utilização conjunta dos mecanismos.

5. CONCLUSÃO

O mercado de incorporações imobiliárias possui diversas particularidades, primeiramente, em consequência dos vultosos valores dos produtos comercializados, uma vez são bens imóveis, mas também pelo fato de as vendas dos mesmos ocorrerem quando o bem ainda não existe materialmente ou ainda não está pronto e acabado.

Dessa forma, verificou-se que a atividade de incorporação imobiliária reclama por mecanismos específicos de regulamentação, o que foi feito pela lei 4.591 de 1964. Essa lei trouxe um importante conjunto de normas de proteção ao consumidor, criando diversas obrigações aos incorporadores, sob pena de sanções civis e penais.

Verificou-se que, não obstante os benefícios trazidos pela mencionada lei, que evitou várias fraudes que ocorriam antes de sua publicação, a mesma não era suficiente para proteger o empreendimento imobiliário na hipótese de falência do incorporador.

O mercado de incorporações imobiliárias é bastante dependente da confiança dos consumidores, uma vez que estes temem perder o capital empregado caso a obra não seja concluída. Logo, neste sentido, e principalmente por impulso do famigerado caso da falência da incorporadora Encol, foi editada a lei 10.931 de 2004, criando o regime do patrimônio de afetação.

Verificou-se, que se adotado, tal regime cria uma blindagem ao patrimônio da incorporação imobiliária, de maneira que a mesma se torna inatingível pelos efeitos de uma possível falência do incorporador.

Todavia, tal instrumento vem sendo pouco utilizado pelo mercado, que, em contrapartida, vem utilizando as SPEs para cada empreendimento de incorporação imobiliária. Tal fato ocorre pela facilidade de captação de investimentos e desenvolvimento de parcerias entre incorporadoras. Entretanto, as SPEs não possuem eficácia na hipótese de falência do incorporador, uma vez que o patrimônio, da SPE, integrar-se-ia à massa falida do incorporador.

Neste sentido, por meio de uma aplicação estratégica do Direito, utilizando-o como elemento estruturante de objetivos e não apenas de resolução de conflitos, chega-se à conclusão de que uma alternativa possível para possibilitar a facilidade de captação de investimento e desenvolvimento de parcerias entre incorporadores, além de propiciar a majoração da segurança do consumidor e, conseqüentemente, o fomento do mercado, seria a utilização conjunta de ambos os mecanismos, ou seja, a instituição do regime do patrimônio de afetação em sociedade de propósito específico para cada empreendimento de incorporação imobiliária.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresa**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AMATO, Fernando Bontorim. **Patrimônio de Afetação em sociedade de propósito específico como diferencial competitivo na venda de imóveis residenciais**. 2007. Disponível em: <http://www.realestate.br/images/File/arquivosPDF/Pini_colunadeSetembro07_Fernando.pdf> Acesso em 01 jul. 2014

BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406. 10 jan. 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso 01 jul. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 01 jul. 2014.

BRASIL. Lei n. 11079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm> Acesso em: 01 jul. 2014.

BRASIL. Lei n. 4591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm> Acesso em: 01 jul. 2014.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Lei n. 8078,11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em 01 jul. 2014.

CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

DA CRUZ, Antônio Augusto Bello Ribeiro. **A sociedade de propósito específico e a recuperação judicial**. 2012. Disponível em: <<http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/antonioaugustobelloribeirodacruzasociedadedeproposito.pdf>> acesso em: 01 jul. 2014.

D'AMBROSIO, Daniela. **Compra de imóvel ainda tem risco**. Valor Econômico. São Paulo. 16 nov. 2009. Caderno B1.

FÉRES, Marcelo Andrade. **As sociedades de propósito específicos (SPEs) no âmbito das parcerias público-privadas (PPPs): algumas observações de direito comercial sobre o art. 9º da lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 7, n. 75, p. 01-05, out-nov, 2005.

MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro. **Incorporação Imobiliária & Patrimônio de Afetação**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2009.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GABRICH, Frederico de Andrade. Inovação estratégica no Direito. In: GABRICH, Frederico de Andrade (Org.). **Inovação no Direito**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2003.

GABRICH, Frederico de Andrade; SIMÕES, Lorena Arantes. Sociedade em conta de participação: estratégia e inovação. In: GABRICH, Frederico de Andrade (Org.). **Inovação no Direito**. Belo Horizonte: Universidade FUMEC, 2003.

GHEZZI, Leandro Leal. **A Incorporação Imobiliária: à Luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, fran. Curso de direito comercial. 31.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Condomínios e incorporações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

RHAME, Jamil . **Curso Incorporações de Edifícios**. Curso realizado em 10, 11, 12, 13, 16, 17 e 31 de julho de 2012, em Belo Horizonte.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SANTOS, Marcus Felipe Cristo Rezende dos. **Curso Incorporação Imobiliária e Condomínio Edifício.** Curso realizado em 15, 16 e 17 de junho de 2012, em Belo Horizonte.

TOLEDO, Margheita Coelho. **A sociedade de propósito específico no âmbito do direito empresarial brasileiro.** Dissertação. Mestrado em Direito Empresarial. Faculdade Milton Campos, Minas Gerais, 2009.