

Incorporação Imobiliária, Patrimônio de Afetação (art. 31-A da Lei nº 4.591/64) e Pesquisa Mercadológica

Rafael Nunes Sieiro

Professor de Direito Imobiliário. MBA Executivo em Negócios Imobiliários / Especialista em Direito Imobiliário.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO, 2. DESENVOLVIMENTO, 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS, 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre o tema “Incorporação Imobiliária, Patrimônio de Afetação (art. 31-A da Lei nº 4.591/64) e Pesquisa Mercadológica”, assunto de estrutural importância para o período hodierno, haja vista a crescente quantidade de empreendimentos que são lançados a cada dia e as diversas demandas que surgem dessa relação tão complexa.

Não incomum é a figura de pessoas que se lançam na atividade da incorporação imobiliária sem efetuar quaisquer estudos ou pesquisas sobre essa atividade, mostrando-se comum pequenos construtores e incorporadores que sequer sabem da existência de uma legislação que regula sua atividade, no caso, a Lei nº 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, muito menos o que significa patrimônio de afetação, que nas palavras do renomado Mestre Melhim Namem Chalhub:

“...é uma garantia especialmente concebida para a tutela dos interesses dos credores do empreendimento afetado, conferindo

privilégios especiais aos adquirentes dos imóveis em construção e atribuindo-lhes o poder de deliberar sobre o futuro do empreendimento até mesmo em caso de falência da empresa incorporadora”¹.

Não há como se espargir em uma modalidade empresarial tão robusta, sem que sejam conhecidos todos os aspectos e fundamentos que norteiam a atividade. Demonstração disso é quantidade de empreendimentos que ora atrasam ora não entregam as unidades, gerando desgaste financeiro e emocional para seus adquirentes e culminando com inúmeras ações judiciais.

Nesse diapasão, mostra-se de vital importância a realização de uma acurada pesquisa mercadológica, de modo a minimizar e até mesmo elidir o insucesso de um empreendimento imobiliário e não frustrar as expectativas de adquirentes, incorporadores e de toda equipe de colaboradores que engendram a viabilização de uma Incorporação Imobiliária.

2. DESENVOLVIMENTO

A ideia de um tipo de construção em que se aproveitasse de forma mais racional o espaço, expandindo verticalmente as moradias, não é moderna, ao contrário, remonta à Revolução Industrial, a qual levou para as grandes cidades uma grande massa populacional rural, em busca de melhores condições de vida e novas oportunidades, o que resultou em uma concentração de pessoas naquelas metrópoles, sem, porém, uma estrutura habitacional que comportasse esse êxodo.

Surge então a necessidade de alocar essas pessoas, adotando-se então um modelo de superposição habitacional, o que nós conhecemos como “sobrados”. Ainda sim, a demanda de pessoas se mostrava incompatível com a oferta de imóveis, o que provocou uma crise habitacional nas cidades, emergindo a necessidade de que “se projetassem construções com mais pavimentos superpostos com proprietários diversos compartilhando o mesmo prédio”². Esse é o contorno inicial do que conhecemos hoje como Incorporação Imo-

1 CHALHUB, Melhim Namem. Extraído de <http://www.melhimchalhup.com.br/noticia/detalhe/25/incorporacao-imobiliaria> em 23/08/2016.

2 Extraído de <http://www.saberimobiliario.com.br/2009/03/incorporacao-imobiliaria-conceito.html>.

biliária, que nas palavras de Ronaldo Yoshio Akagui “é uma figura especial de propriedade que apresenta peculiaridades marcantes relativamente ao condomínio tradicional, quer quando visto como direito de um com exclusividade, quer encarado como condomínio”³.

A fim de regular essa atividade tão lucrativa para os incorporadores, porém, de alto risco para os adquirentes, em 16 de dezembro do ano de 1964, entra em vigor a Lei nº 4.591, que passa então a regular, dentre suas especificidades, as matérias relativas às incorporações imobiliárias, em substituição ao vetusto Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928, que dispunha sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares.

A “nova” lei das incorporações define tal atividade em seu artigo 28, parágrafo único, como sendo aquela exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienar, total ou parcialmente, as edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas, e também define quem pode ser incorporador, afirmando em seu artigo 29 que,

*"Considera-se incorporador 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."*⁴

Porém, mesmo com a previsão legal para proteção dos envolvidos na atividade da incorporação imobiliária, o tema da tomou grande destaque na mídia nacional com o chamado “Caso Encol”, que “quebrou” no ano de 1999, deixando vários adquirentes de suas unidades em maus lençóis.

A Encol, uma das maiores empresas brasileiras do ramo da construção civil, foi fundada em 1961, na cidade de Goiânia, pelo

³ <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI34366,91041-Breve+analise+sobre+a+incorporacao+imobiliaria>.

⁴ Art. 29 da Lei nº 4.591/64.

Engenheiro Civil Pedro Paulo de Souza, um homem de origem humilde que, depois de trabalhar com ambulante, fundou em Goiânia uma fábrica de pisos de madeira. Em determinado momento, viu sua pequena empresa crescer, transformar-se em uma construtora, expandir-se no Centro-Oeste e virar referência em todo Brasil. Engenheiro de formação, Pedro Paulo inovou o processo produtivo, criou linhas de montagem em seus empreendimentos. Mas errou ao administrar um império como quem cuida de uma fabriqueta de família.⁵

O declínio da empresa deu-se quando esta colocou mais unidades à venda do que o mercado era capaz de absorver, e diz-se que havia casos de caixa dois e altos índices de inadimplência, como foi noticiado à época pela mídia, culminando em um processo judicial de falência que durou 14 anos, com dívidas que somam cerca de um bilhão de reais.⁶

Em 18 de março de 1999, a **Folha de São Paulo** noticiava a falência da Encol deixando 10 mil clientes sem seus apartamentos. Esses números, porém, não representavam a realidade, estimando-se que havia um número quatro vezes maior de pessoas prejudicadas pelo insucesso daquela empresa.

Falência da Encol deixa 10 mil sem os imóveis

Cerca de 10 mil mutuários da Encol terão de se habilitar como credores para obter o que pagaram, devido à decretação de falência da empresa pelo juiz Avenir Passo de Oliveira.

Segundo o juiz, esses mutuários não devem concluir seus apartamentos no prazo da lei porque os prédios estão em fase inicial ou por falta de recursos. Auditoria do Banco do Brasil vai apurar a concessão de empréstimos à Encol. Pág. 2-6

Há 31 anos a Encol faz dinheiro virar imóvel

Agora a Encol vai fazer imóvel virar dinheiro

encol OR

O imóvel com Garantia de Recompra Valorizada

A melhor oportunidade do Brasil oferece a você mais uma oportunidade de fazer um grande investimento: o plano Encol OR (Obrigação de Recompra). Você compra um apartamento em condições especiais. Depois de 12 meses, se preferir, você pode vender o imóvel de volta para a Encol, que lhe oferecerá o valor de mercado. Com isso, você não corre o risco de não vender o imóvel. Além disso, a Encol garante a entrega do imóvel no prazo e a qualidade da obra.

Atendimento Personalizado

Além das vantagens que a Encol oferece, você terá o melhor atendimento. Nossa equipe de atendimento é formada por profissionais experientes e dedicados, que estarão à sua disposição para resolver qualquer dúvida ou problema.

ENCOL

CONSORCIO DA FORTALEÇA

ENCOL OR

5 Extraído de <http://www.marketingimob.com/2012/02/o-caso-encol-grande-licao-para-o.html> em 23/08/2016.

6 Extraído de <http://g1.globo.com/goias/noticia/2013/05/relatorio-final-da-massa-falida-da-encol-e-entregue-justica-em-goias.html> em 23/08/2016.

Cabe registrar que a estratégia de marketing utilizada pela empresa foi plenamente eficiente e seus anúncios eram encontrados em quase todos os meios de divulgação existentes à época.

Entretanto, vê-se que não foi realizada uma pesquisa mercadológica eficiente, se é que esta foi realizada, pois nem a diretoria nem seus colaboradores vislumbraram que o mercado não seria capaz de absorver a oferta de imóveis disponibilizada pela empresa na ocasião (isso levando-se em consideração que não houve má-fé na atuação da empresa).

No entanto, apesar da previsão legal insculpida no art. 31-A e seguintes da Lei nº 4.591/64, que dispõe sobre condomínio e incorporações imobiliárias, da instituição do chamado patrimônio de 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”⁷ e figura como uma garantia para os adquirentes, a Encol não adotou tal sistema, que infelizmente não é obrigatório, nos termos da lei.

Esse *real case* demonstra, presumindo-se a boa-fé dos dirigentes da incorporadora, a importância da pesquisa mercadológica quando da ideia de empreender, que, se efetivada de forma competente, teria demonstrado que o mercado não absorveria a oferta de apartamentos, bem como que havia a necessidade de instituição do patrimônio de afetação para garantir seus adquirentes.

A pesquisa traria conhecimento do mercado, imprescindível para o sucesso do empreendimento de Pedro Paulo de Souza, fundador da Encol, e mais, seu Gestor de Marketing não teria feito uma campanha de marketing tão agressiva para venda de suas unidades em construção, diminuindo assim a demanda de compradores, possibilitando um maior controle sobre seus canteiros de obras e evitando o prejuízo de quase um bilhão de reais que abateu a empresa.

Ainda, com uma pesquisa mercadológica eficiente e bem elaborada, a empresa teria adotado o sistema de patrimônio de afetação,

⁷ Art. 31-A, *caput*, da Lei nº 4.591/64, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm.

nos termos da lei de incorporações, o que traria a garantia de não prejuízo por parte dos adquirentes e para própria empresa ou, ao menos, minimizaria o infortúnio.

É unânime entre os *experts* do Direito pátrio que o instituto do patrimônio de afetação é uma garantia que, a par de a lei tratar como facultativa, é de extrema relevância e importância para garantia de direitos e, fundamentalmente, o direito à habitação, insculpido no art. 6º da Constituição Federal de 1988, podendo ser vista até como uma falha legislativa a facultatividade da adoção desse sistema de garantia.

Como bem preleciona o saudoso mestre Caio Mário da Silva Pereira, a incorporação imobiliária se ajusta com perfeição à teoria da afetação, seja porque seu especial alcance econômico e social a tornam merecedora de tutela especial, seja porque é dotada de estrutura material e jurídica autônoma, justificando seja conferida proteção especial aos credores desse negócio, priorizando-se a posição jurídica dos adquirentes.⁸

Não só o mercado imobiliário sofre com as variações resultantes de crises econômicas mundiais e nacionais. Esta fatia do mercado, porém, tende a ter reflexos dos mais nefastos para sociedade como um todo, eis que afeta um dos direitos fundamentais de vital importância para todas as pessoas, a moradia, prevista no art. 6º da Constituição federal de 1988.

O mercado da incorporação imobiliária conta ainda com a desconfiança de grande parcela da população, haja vista que sempre se teve notícias de atrasos, não entregas e outros incidentes que acabavam por deixar os adquirentes relegados a um eventual provimento judicial, que poderia demorar alguns anos, para ter satisfeito um direito tão básico e essencial quanto o da moradia.

Além desses fatores, muitas outras questões prejudiciais podem ser previstas e evitadas ou minimizadas com uma eficiente pesquisa de mercado, claro, se o empreendedor se mantiver alinhado com a análise das informações que resultarem do trabalho, pois a informação, por si só, não leva à decisão nem ao sucesso: é preciso escolher um curso de ação que ajude a identificar problemas e oportunidades

8 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. 12ª ed. Ver. e atual. Segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense. 2016, p. 260.

e que indique caminhos que reduzam as incertezas. Não há qualquer razão para se fazer uma pesquisa mercadológica se o tomador de decisão não pretende alterar sua posição inicial, não acredita ou não compreende os seus verdadeiros resultados.⁹

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como se conceber em um mundo globalizado, em que a economia sofre alterações de todas as ordens, como vem ocorrendo ultimamente no Brasil, com variações de todas as sortes e, principalmente, para o mercado imobiliário, que sofreu forte impacto com a crise brasileira, que ainda se pense em movimentar riquezas alheias, sem dar fortes garantias aos consumidores.

Mais surreal ainda é pensar em lançar-se em um mercado tão abstruso e não se cercar de meios de proteção mútuos, os quais só serão conhecidos após a realização de uma pesquisa mercadológica de qualidade, desde que os resultados dessa sejam respeitados pelo empreendedor.

Apesar de experiências amplamente divulgadas como o “Caso Encol” e outros tantos, tão graves ou mais, que não chegaram a ser noticiados pela grande imprensa, ainda encontramos “aventureiros” nesse mercado complexo que é o das incorporações imobiliárias.

Nossa função, seja como operadores do Direito, Corretores de Imóveis, Gestores de Marketing e demais colaboradores de uma empresa é tentar levar o conhecimento necessário aos empreendedores que se imiscuem nessa seara, a fim de que não sejam ocasionados prejuízos que chegam à irreversão, seja para os próprios empresários, seja para os adquirentes dos produtos.

Portanto, faz-se mister a realização da pesquisa mercadológica, para que todas as variáveis relativas ao negócio sejam conhecidas, subsidiando-se de forma adequada as decisões dos gestores.

A importância do estudo extrapola a própria relação entre incorporadoras e adquirentes, haja vista que os reflexos de um empreendimento malsucedido atingem a sociedade como um todo, pois terá um solo urbano não aproveitado ou aproveitado de forma in-

⁹ Extraído de <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/pesquisa-de-mercado-o-que-e-e-para-que-serve,97589f857d545410VgnVCM1000003b74010aRCRD> em 24/08/2016.

correta, haverá geração de desemprego, menos moeda circulando e, provavelmente, provocação do Poder Judiciário para resolver uma demanda, inflando ainda mais a estrutura que já está saturada.

Desse modo, adotar a garantia do patrimônio de afetação é providência que, a par da inexigibilidade da lei, demonstra de antemão a preocupação da empresa incorporadora em cumprir com suas obrigações contratuais ante aos adquirentes, haja vista que, com a adoção deste tipo de garantia, até mesmo em casos de falência da empresa os credores das unidades habitacionais não restarão prejudicados, como se observa no julgamento do agravo de Instrumento nº 0018454-48.2008.8.19.0000, da lavra do Excelentíssimo Desembargador Nagib Slaib, segundo o qual, o regime de afetação:

“...preenche importante lacuna da Lei das Incorporações, pois, apesar de essa lei conter mecanismos de proteção contratual, não contemplava meios de proteção patrimonial, circunstância que poderia deixar expostos a risco os adquirentes e demais credores do empreendimento, em caso de frustração do empreendimento, inclusive em razão de falência do incorporador. Trata-se de importante mecanismo de resolução extrajudicial de problemas decorrentes do desequilíbrio econômico-financeiro da incorporação, na medida em que, independente de intervenção judicial, possibilita aos adquirentes substituir o incorporador na administração do negócio e prosseguir a obra. Caso venha a ocorrer a falência da incorporadora, os créditos vinculados à incorporação afetada não estarão sujeitos a habilitação no Juízo da falência, devendo ser satisfeitos com as receitas da própria incorporação, cuja administração passa a ser conduzida pela comissão de representantes dos adquirentes, com autonomia em relação ao processo falimentar. Essa autonomia é ratificada pela recente Lei n. 11.101/2005, que regulamenta a Recuperação da Sociedade Empresária e do Empresário, ao estabelecer, no inciso IX do art. 119, que as atividades relacionadas a patrimônios de afetação prosseguirão independente do processo de falência até que cumpram sua finalidade...”

Complementa o ilustre magistrado, afirmando que:

“...A nova estruturação atende às atuais necessidades do mercado e da sociedade; de uma parte, acrescenta à atividade da incorporação novos elementos, que poderão revitalizar a credibilidade do negócio perante a clientela; de outra parte, do ponto de vista jurídico-empresarial, ajusta-se à atual tendência da teoria contratual, assentada nos princípios da boa-fé e da equidade, ao dar maior nitidez ao negócio, com mecanismos de controle mais eficazes e novos elementos de equilíbrio do contrato...”¹⁰

A adoção do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária acaba por se tornar também um grande instrumento de marketing para o incorporador, eis que, além de se mostrar como garantia jurídica ao adquirente da fração ideal correspondente à unidade autônoma que será entregue, demonstra que o empreendedor possui, à vista de um primeiro momento, a real intenção de entregar as unidades no prazo e na forma avençada com os compradores. ♦

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- <http://g1.globo.com>;
- <http://www.melhimchalhub.com.br>;
- <http://www.marketingimob.com>;
- www.migalhas.com.br.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. 12^a ed. Ver. e atual. Segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense. 2016.
- <http://www.saberimobiliario.com.br/>.
- <http://www.sebrae.com.br/>.

10 Agravo de Instrumento nº 0035859-97.2008.8.19.0000 (2008.002.29622), julgamento: 06/02/2009 - Décima Terceira Câmara Cível, extraído de www.tjrj.jus.br.