

O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO, DESSA VEZ, EM PREJUÍZO DO CONSUMIDOR

Beatriz Vila Nova Sodré da Mota¹

Introdução

Pela teoria da afetação, o conjunto de direitos e obrigações que compõe uma incorporação imobiliária (terreno, acessões, receitas provenientes das vendas, obrigações vinculadas ao negócio, bem como os respectivos encargos fiscais, trabalhistas, previdenciários etc.) é suscetível de afetação, ficando segregado do restante do patrimônio da construtora, com a finalidade exclusiva de concluir e entregar as unidades aos respectivos adquirentes².

Orientada pelas linhas da teoria da afetação, foi promulgada a Lei 10.931/2004, que revogou a Medida Provisória 2.221/2001, acrescentando à Lei 4.591/1964, os artigos 31-A a 31-F, a fim de regularizar o patrimônio de afetação, criando um regime tributário especial para as incorporações que venham a ser submetidas a esse tipo de regime, como forma de estimular as construtoras a utilizarem tal mecanismo de garantia patrimonial.

Como é cediço, essa Lei veio, em especial, para resgatar a confiança dos consumidores e investidores no mercado imobiliário, abalado por grave crise desencadeada pela decretação de falência da, então, maior incorporadora do país, a Encol S/A Engenharia, Indústria e Comércio, em 1999, que deixou 519 prédios inacabados e cerca de 42 mil adquirentes à mercê da construtora³.

Apesar do grande alcance social e econômico desse mecanismo no contexto das incorporações imobiliárias, falha a parte inicial do artigo 31-A por determi-

1 Advogada, atuante na área de Direito Imobiliário. Graduada pela Universidade Católica de Pernambuco, pós-graduanda em LL.M. em Direito Societário pela Fundação Getúlio Vargas.

2 CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação Imobiliária. São Paulo: Forense, 2017, p. 76.

3 Ação judicial nº 119568.36-1997.8.09.0051, em trâmite na 11ª Vara Cível da Comarca de Goiânia/Goiás.



nar que a escolha de submissão ao patrimônio de afetação fique, exclusivamente, a critério da incorporadora, perdendo uma grande oportunidade de estabelecer o patrimônio de afetação como regra geral, compulsória, e não facultativa, o que acaba por deixar a critério exclusivo do devedor (incorporador) decidir se constituirá ou não garantia patrimonial ao seu credor (adquirente)⁴.

Fato é que, ao invés de determinar a obrigatoriedade de utilização de tal mecanismo em todas as incorporações imobiliárias, são proporcionados alguns benefícios e vantagens à incorporadora que opte pela afetação do patrimônio do empreendimento, a exemplo do regime especial de tributação e a maior garantia patrimonial aos financiadores e adquirentes de unidades do empreendimento, o que possibilita uma menor taxa de juros e, portanto, menor preço de venda e competitividade do produto.

Neste mesmo sentido, a Lei dos “Distratos”, Lei 13.786/2018, trouxe novos estímulos ao incorporador que optar pela afetação em questão, permitindo, em hipótese de desfazimento da promessa de compra e venda por culpa do adquirente, uma maior retenção a título de multa e prazo mais estendido para devolução do saldo a ser ressarcido.

Parecem os ajustes trazidos pela nova legislação, no entanto, premiar aquelas incorporadoras que decidirem pela instituição de patrimônio de afetação, mas contrariando a natureza precípua de defesa dos consumidores da Lei 4.591/64.

Ao adquirir uma unidade imobiliária em incorporação submetida ao regime de patrimônio de afetação, que, em tese, deveria ser uma operação mais segura ao consumidor, trazendo maiores garantias de que aquela construção será concluída (mesmo na hipótese de falência ou recuperação judicial da construtora), acaba por prejudicá-lo sobremaneira, com limite de penalidade maior e prazos mais estendidos para devolução dos valores a serem ressarcidos, desencadeando um desequilíbrio à relação consumerista.

1 As disposições da Lei 13.786/2018 específicas ao regime do patrimônio de afetação que trazem desvantagem ao consumidor

Dentre outros dispositivos regulados pela recém-promulgada Lei 13.786/2018, restou estabelecida a inclusão do artigo 67-A que, em seu parágrafo 5º, trouxe os seguintes termos:

Art. 67-A. Em caso de desfazimento do contrato celebrado exclusivamente com o incorporador, mediante distrato ou resolução por inadimplemento absoluto de obrigação do adquirente, este fará jus à restituição das quantias que houver pago diretamente

⁴ CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação Imobiliária*. São Paulo: Forense, 2017, p. 101.



ao incorporador, atualizadas com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, delas deduzidas, cumulativamente:

[...]

§ 5º Quando a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, de que tratam os arts. 31-A a 31-F desta Lei, o incorporador restituirá os valores pagos pelo adquirente, deduzidos os valores descritos neste artigo e atualizados com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após o habite-se ou documento equivalente expedido pelo órgão público municipal competente, admitindose, nessa hipótese, que a pena referida no inciso II do caput deste artigo seja estabelecida até o limite de 50% (cinquenta por cento) da quantia paga.

De acordo com o referido dispositivo, portanto, restou permitida a retenção de até 50% dos valores até então pagos pelo adquirente, atualizada com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço de aquisição do imóvel, devendo ser deduzida, ainda, a integralidade da comissão de corretagem.

Além disso, nos casos em que o adquirente já tiver recebido a posse do imóvel, deverá responder, ainda: I – pelas quantias correspondentes aos impostos reais incidentes sobre o imóvel; II – pelas cotas de condomínio e contribuições devidas a associações de moradores; III – pelo valor correspondente à fruição do imóvel, equivalente à 0,5% sobre o valor atualizado do contrato, pro rata die; e IV – pelos demais encargos incidentes sobre o imóvel e despesas previstas no contrato.

Ainda de acordo com o referido dispositivo, a restituição do valor final devido ao adquirente deverá ser feita em até 30 dias contados do habite-se ou documento equivalente expedido pelo órgão público municipal competente.

A título exemplificativo, imagine-se um comprador que adquire um imóvel na planta, antes mesmo de serem iniciadas as obras de construção. Levando-se em consideração uma média de 36 meses para conclusão das obras de construção do empreendimento (com possibilidade de prorrogação por 180 dias de tolerância), o adquirente que, por exemplo, vir a passar por problemas financeiros dois meses depois da celebração do contrato (já perdendo, portanto, o prazo para exercer o direito de arrependimento), terá que aguardar mais de três anos para receber os valores que lhe são devidos.



É de se notar, ainda, que, sobre o valor final a ser restituído, não incidirá nenhum juro ou multa, devendo o valor apenas ser atualizado pelo mesmo índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel.

Na hipótese de não ser o empreendimento submetido ao regime de patrimônio de afetação, por outro lado, a restituição, após as deduções devidas, deverá ocorrer em até 180 dias contados da data do desfazimento do contrato. Para ambas as hipóteses, caso ocorra a revenda da unidade antes de transcorridos os prazos em questão, o valor remanescente devido ao adquirente será pago em até 30 dias contados da data da revenda. Tudo isso de acordo com os parágrafos 6º e 7º do mesmo artigo 67-A, abaixo transcritos:

§ 6º Caso a incorporação não esteja submetida ao regime do patrimônio de afetação de que trata a Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, e após as deduções a que se referem os parágrafos anteriores, se houver remanescente a ser ressarcido ao adquirente, o pagamento será realizado em parcela única, após o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data do desfazimento do contrato.

§ 7º Caso ocorra a revenda da unidade antes de transcorrido o prazo a que se referem os §§ 5º ou 6º deste artigo, o valor remanescente devido ao adquirente será pago em até 30 (trinta) dias da revenda.

Sobre a hipótese de restituição em até 30 dias, no caso de revenda do imóvel, no entanto, a Lei não exige nenhum esforço especial da construtora para priorizar a revenda do imóvel que estiver sendo distratado, caso exista outro imóvel disponível com as mesmas condições e características.

Ou seja, sabendo a construtora que terá um prazo menor para restituir os valores devidos ao adquirente distratante, poderá, simplesmente, deixar de apresentar o referido imóvel a outros compradores interessados no empreendimento (cuja má-fé será de difícil comprovação), demonstrando a fragilidade e insegurança, para o adquirente, do dispositivo em questão.

Não bastasse isso, fato é que o acima transcrito parágrafo 5º do artigo 67-A determina a restituição do valor final ao adquirente em até 30 dias contados do habite-se, ou seja, tão somente após a aprovação das obras realizadas pelo poder público municipal, o que vai totalmente de encontro ao entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, com tese firmada em recurso repetitivo, no Recurso Especial 1300418/SC, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. In verbis:



RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA DE IMÓVEL. DESFAZIMENTO. DEVOLUÇÃO DE PARTE DO VALOR PAGO. MOMENTO. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: **em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes.** Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. 2. Recurso especial não provido.⁵

Nesse mesmo sentido, cumpre mencionar a Súmula 543, editada também pelo Superior Tribunal de Justiça, ao analisar cláusula contratual acerca de prazo para devolução de valores pagos nos contratos de compra e venda regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, in verbis:

Súmula 543, STJ - Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

Ou seja, independentemente de quem der causa à resolução do contrato, o entendimento jurisprudencial consolidado é de que o valor a ser restituído pelo adquirente deverá ser pago imediatamente e não, tão somente, ao final da obra, como restou estabelecido pelo referido parágrafo 5º do artigo 67-A, quando determinou a devolução em até 30 dias após a expedição do habite-se ou documento equivalente expedido pelo órgão público municipal competente.

Ainda mais grave do que o prazo para ressarcimento dos valores ressarcidos ao adquirente é a possibilidade de imposição de multa de até 50% a título de pena "convencionada" para a hipótese de inadimplemento do adquirente, mostrando-se absolutamente abusiva e destoante do que vinha sendo praticado pelo Superior Tribunal de Justiça, que adotava como razoável o percentual médio de 25%, sem fazer distinção entre a adoção, ou não, do regime de patrimônio de afetação pela incorporadora, consoante se constata da ementa colacionada adiante:

PROMESSA DE VENDA E COMPRA. RESILIÇÃO. DENÚNCIA PELO COMPROMISSÁRIO COMPRADOR EM FACE DA INSUPORTABILIDADE NO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. RETENÇÃO PELA VENDEDORA DE 25% NA DEVOLUÇÃO DO QUE FOI

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1300418/SC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Segunda Seção, publicado em 10/12/2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 13 mar. 2019.



PAGO AO COMPRADOR. IMÓVEL NÃO OCUPADO PELO COMPRADOR. 1.- A tese sustentada pela Embargante é a de que o percentual de 25% previsto na jurisprudência da Corte, já leva em conta ressarcimento pela “ocupação/utilização da unidade por algum período e desgaste do imóvel”. Desse modo, quando ainda não entregue a unidade imobiliária, deve ser reduzido o percentual de retenção. 2.- O percentual de retenção tem caráter indenizatório e cominatório. E não há diferenciação entre a utilização ou não do bem ante o descumprimento contratual e também não influi nas “despesas gerais tidas pela incorporadora com o empreendimento” (REsp 59.870/SP, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ 9.12.2002). 3- **Continuidade da adoção do percentual de 25% para o caso de rescisão unilateral por insuportabilidade do comprador no pagamento das parcelas, independentemente da entrega/ocupação da unidade imobiliária, que cumpra bem o papel indenizatório e cominatório.** 4.- Embargos de divergência improvidos.⁶

Assim, não se mostra minimamente razoável a adoção de prazo excessivamente estendido para devolução dos valores devidos ao adquirente, bem como a incidência de penalidade em limite dobrado (25% de retenção para empreendimentos sem patrimônio de afetação e 50% para empreendimentos submetidos ao patrimônio de afetação), sobre o valor final devido ao adquirente, simplesmente por se tratarem de empreendimentos submetidos, ou não, ao regime de patrimônio de afetação.

Aliás, muitos adquirentes, passando a perceber tamanho prejuízo que poderão sofrer, caso venham a pleitear o encerramento do contrato, por exemplo, na hipótese de impossibilidade financeira de adimplemento das parcelas do preço do imóvel por fato superveniente à assinatura do contrato (perda de emprego, doença súbita etc.), poderão, inclusive, optar por adquirir um imóvel em um empreendimento que não esteja submetido ao regime de patrimônio de afetação, assumindo os riscos decorrentes disso, caso venha a construtora, por exemplo, a entrar em processo de falência ou recuperação judicial.

Observa-se, portanto, que a Lei pretende estimular a utilização do patrimônio de afetação pelas incorporadoras, premiando-as, no entanto, com benefícios que prejudicam diretamente o consumidor final e a segurança do mercado imobiliário, em uma clara afronta às finalidades com que o regime do patrimônio de afetação foi criado e à jurisprudência que vinha sendo sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Conclusão

Assim, se o objetivo era estimular a utilização do patrimônio de afetação pelas incorporadoras, deveria o legislador ter procurado outros meios para deter-

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EAg 1138183/PE. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Segunda Seção, publicado em 04/10/2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 13 mar. 2019.



minar tal mecanismo como regra geral, compulsória, e não trazer novos artifícios para premiar aquelas incorporadoras que aderirem a tal regime, com efeitos abusivos diretamente contra o consumidor, que, na verdade, é o maior interessado na instituição da afetação.

Aliás, apesar de não ser o assunto aprofundado neste artigo, não será uma grande surpresa caso venha a ser declarada a inconstitucionalidade da referida Lei, tendo em vista que, por colidir frontalmente com a jurisprudência atual, consoante demonstrado alhures, já poderia nascer com presunção de inconstitucionalidade, hipótese na qual caberá ao legislador demonstrar que a correção do precedente até então utilizado se afigura legítima.

Resta cada vez mais evidente, portanto, que, nascendo num momento de retomada da indústria da construção civil, braço importante da economia nacional, fortemente abalada pela recente crise econômica, a Lei 13.786/2018 possui características paternalistas em defesa do empresariado em boa parte dos seus dispositivos, a exemplo do parágrafo 5º do artigo 67-A, trabalhado no presente artigo, cabendo novamente à jurisprudência e à doutrina, mais na frente, conforme a referida Lei for sendo aplicada aos novos contratos de compra e venda, interpretá-la de forma mais benéfica ao consumidor, adquirentes das unidades imobiliárias.

É de se notar, por fim, que, apesar de trazer maior segurança ao adquirente, por toda a segregação própria do instituto, não há razão lógica para determinar que a multa seja muito maior para o adquirente quando existe o patrimônio de afetação, o que acaba por inverter os beneficiados pelo referido regime, na medida em que, uma vez que o instituto nasce para resgatar a confiança dos consumidores e investidores no mercado imobiliário, acaba, dessa vez, por prejudicar o consumidor final e a segurança das incorporações.