



08

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INCORPORADOR NAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS INFORMAIS

Palavras-chave

Incorporação imobiliária. Incorporador. Informal. Responsabilidade.



Luiz Gustavo Lovato

Mestre em jurisdição e processo pela PUCRS, advogado e professor

Introdução

A incorporação imobiliária é uma modalidade de contrato complexo, que envolve e engloba uma série de outros contratos, criando uma estrutura apta a garantir a venda de imóveis ainda na planta. Nesse microcosmo jurídico, uma figura é centralizadora: o incorporador. Sujeito de direito, comanda e se responsabiliza, de maneira direta ou indireta, por todas as obrigações assumidas na incorporação imobiliária.

Inicialmente, será tratado o instituto jurídico da incorporação imobiliária, seus limites legais e requisitos formais, bem como a personificação do incorporador. A incorporação, de per si, não apenas como um contrato, mas como um instituto jurídico, é formal, mas pode assumir contornos diversos no decorrer das atividades constitutivas até a entrega do produto final, que são as unidades imobiliárias autônomas. Surge a primeira problemática do presente texto: afinal, se a incorporação imobiliária é modalidade de contrato formal, pode-se considerar existente uma incorporação não formalizada? E o que seria, exatamente, essa personificação do incorporador?

Num segundo momento será tratado o contrato de alienação das unidades imobiliárias autônomas, celebrado ainda na planta. As regras gerais que se aplicam aos contratos de promessa de compra e venda sofrem influência da personificação da figura do incorporador. A problemática neste ponto do texto trata dos efeitos do contrato de promessa de compra e venda celebrado com o incorporador, e que tenha por objeto a aquisição de imóvel ainda na planta. Se a incorporação não foi regularmente formalizada, e o incorporador não personificado, essa modalidade de contrato gera o direito de reserva. Quais são exatamente os efeitos do direito de reserva?

Por fim, será tratada a responsabilidade do incorporador. A figura centralizadora do contrato complexo de incorporação imobiliária e a necessidade de sua participação em todos os contratos periféricos. Nesse conglomerado de atividades, o incorporador é a figura central, e isso define a sua responsabilidade, que pode ser enquadrada tanto na modalidade contratual como extracontratual, objetiva ou subjetiva. É assente na doutrina e na jurisprudência que o incorporador exerce atividade empresarial e, em decorrência disso, a lei civil aplicável pode ser tanto a geral (Código Civil) como a especial (Código de Defesa do Consumidor).

Diante dos temas propostos, este texto busca responder às problemáticas apresentadas, ressaltando-se sempre que o tema não se esgota nas premissas e conclusões aqui apresentadas, já que muitas serão as nuances e até mesmo os percalços que surgem no decorrer de uma incorporação imobiliária.

1. A Incorporação Imobiliária e a Persofinicação do Incorporador

A incorporação imobiliária é regida pela Lei nº. 4.591/64¹ e suas diversas alterações posteriores. Nessa evolução legislativa apresentaram-se diversas outras leis, isoladas ou verdadeiros microssistemas legislativos, que afetaram a aplicação dos efeitos da lei original. Para exemplificar, foram dois Códigos de Processo Civil, um Código Civil, um Código de Defesa do Consumidor e uma enorme gama de normas, nacionais e regionais, que regulamentam a atividade cartorária.

Quando se fala em incorporação imobiliária, alguns temas devem ser tratados necessariamente: a re-

¹ Doravante denominada Lei das Incorporações. A nomenclatura será adotada para dar fluidez ao texto, pois a lei regulamenta também as relações condominiais.

lação jurídica do terreno sobre o qual será erigida a edificação; a participação do construtor; a atuação dos corretores de imóveis; os contratos celebrados com os terceiros adquirentes; os financiamentos junto às instituições financeiras. Conforme fica claro, não serão tratadas questões de ordem fiscal, tributária, previdenciária ou mesmo penal e trabalhista, já que o escopo do texto é abordar questões contratuais e extracontratuais que podem constituir elementos de responsabilidade civil.

Em sua acepção gramatical, incorporar significa absorver, unir, integrar. A Lei das Incorporações conceitua como “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”². Incorporação imobiliária, portanto, é atividade, é prestação de serviço que engloba a entrega de coisa como produto final: a unidade imobiliária autônoma vendida ainda na planta. É obrigação de resultado.

Segundo Pedro Elias Avvad, a incorporação imobiliária é composta pelos seguintes elementos:

(a) elemento objetivo: representando a divisão do terreno em frações ideais vinculadas a unidades autônomas em edificação a ser construída; (b) elemento subjetivo: o incorporador, pessoa física ou jurídica que realiza a incorporação; (c) o elemento formal: registro do memorial de incorporação no cadastro imobiliário da circunscrição competente, traduzindo como será constituída a edificação; e (d) elemento negocial: a atividade desenvolvida pelo incorporador.³

Uma incorporação imobiliária formal não constitui requisito essencial para a construção de prédios

ou condomínios edilícios. A estes bastam as autorizações dos órgãos públicos, com a concessão de alvará, licença ambiental, a provação de projeto e lançamentos tributários. A formalização da incorporação imobiliária constitui requisito para a alienação ou oneração de imóveis ainda na planta, e a responsabilidade civil é um dos principais fatores para isso. O art. 32 da Lei das Incorporações estabelece: “o incorporador somente poderá alienar ou onerar as frações ideais de terrenos e acessões que corresponderão às futuras unidades autônomas após o registro, no registro de imóveis competente [...].”

O registro do memorial de incorporação é o divisor de águas da atividade. Isso porque, dentre outros elementos, é nele que se encontram: o negócio celebrado com o proprietário do terreno (compra, doação, permuta); memorial descritivo e projeto da obra a ser realizada e suas respectivas autorizações; custo global e cronograma da obra; minuta da convenção de condomínio (que surtirá efeitos até a assembleia ordinária que constituirá a convenção definitiva); garantia prestadas pelo incorporador para a conclusão da obra. O rol completo de documentos está previsto no art. 32 da Lei de Incorporações, e vincula não apenas o incorporador, mas todos aqueles que, de forma direta ou indireta, participem da atividade. Por ser registrado junto à matrícula do terreno, todos os elementos do memorial serão oponíveis *erga omnes*.

Dessa forma, o incorporador, que vende unidades autônomas ainda na planta a terceiros, cria uma relação que, segundo Arnaldo Rizzato, é de condomínio “[...] imperfeito, eis que a co-propriedade só abrange o terreno, os elementos de sustentação do edifício, as áreas livres ou de circulação, e equipamentos de utilização comum.”⁴ Mas a criação de

2 Art. 28, parágrafo único.

3 AVVAD, Pedro Elias. *Direito Imobiliário. Teoria Geral e Negócios Imobiliários*. 3. ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 572.

4 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 9. ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1.350.

um regime condonial autoriza aos terceiros adquirentes a destituição do incorporador original para que a obra seja concluída em regime de condomínio e, nessa hipótese, os próprios adquirentes – agora condôminos – podem concluir a edificação adquirida na planta conforme o memorial averbado originalmente pelo incorporador.

A personificação da figura do incorporador, e não da incorporação em si, é outro elemento crucial para o desenvolvimento da atividade. Isso porque é no momento do registro do memorial de incorporação que o incorporador será formalmente identificado e constituído. Antes disso, as negociações pactuadas dependerão, uma a uma, da participação desse sujeito, que pode ser pessoa natural ou jurídica, e que se responsabiliza nos exatos limites do contrato celebrado.

O incorporador exerce a sua atividade com o objetivo de obter lucro e, por isso, constitui empresário, tendo a sua atividade regida pela lei geral e pelo Código de Defesa do Consumidor. Em suma, o incorporador é o responsável direto por todos os atos da incorporação, e indireto por aqueles que, por ele autorizados, forem realizados no desenvolvimento da atividade, a exemplo da atuação dos corretores de imóveis.

Apesar de a Lei de incorporações estabelecer que qualquer alienação ou oneração de unidades autônomas depende do registro do memorial de incorporação⁵, antes mesmo desse registro é possível a realização de uma permuta com o dono do terreno: troca-se o terreno por unidades futuras que ainda não foram registradas. Nesse momento, a incorporação ainda não teve o seu memorial registrado, mas a negociação já é feita em caráter irrevogável e irre-

5 Além do já mencionado art. 32 da Lei de Incorporações, o art. 66, I tipifica a alienação antes do registro como contravenção penal.

tratável, para garantir a conclusão da incorporação e os direitos dos terceiros adquirentes de boa-fé.

O registro do memorial de incorporação sujeita as frações do terreno e as respectivas acessões a regime condonial especial, investe o incorporador e os futuros adquirentes na faculdade de sua livre disposição ou oneração e independe de anuência dos demais condôminos.⁶

Não é forçoso concluir que, antes do registro do memorial de incorporação junto à matrícula do terreno, perante o Cartório de Registro de Imóveis, o incorporador, embora não esteja personificado formalmente como tal, assim já age. Mas esse agir é vinculado à regularização da incorporação imobiliária para, após o registro, iniciar as negociações das unidades imobiliárias autônomas junto a terceiros adquirentes. Já é incorporador antes do registro, mas ainda não pode atuar plenamente como tal.

2. Direito Real Aquisitivo e Direito de Reserva

Uma negociação de compra e venda de imóvel pode assumir duas formas: a celebração da promessa de compra e venda, que dá direito aquisitivo à escritura pública de compra e venda ou à adjudicação compulsória; ou a escritura pública de compra e venda, que já autoriza a transferência imediata do registro de propriedade junto à matrícula. Justamente por existir essa possibilidade de negócio aquisitivo em uma ou duas fases contratuais, o legislador não autorizou o adquirente de imóvel a fazer o contrato de compra e venda com reserva de domínio. Essa modalidade de cláusula contratual somente é admitida nas compras de bens móveis, à luz dos arts. 521 a 528 do Código Civil. Para imóveis, usa-se o contrato preliminar da promessa.

6 Art. 32, §1º-A da Lei das Incorporações.

O primeiro contrato, conforme dito no item anterior, é celebrado com o proprietário do terreno para a sua aquisição e posterior edificação. O próprio dono do terreno poderá ser o incorporador⁷, o que dispensará o contrato aquisitivo para a formalização da incorporação. Esse contrato, que poderá ser de promessa de compra e venda, doação ou permuta, estará necessariamente vinculado ao memorial, para ter oponibilidade *erga omnes* e, especialmente, preservar os direitos dos adquirentes das unidades autônomas⁸.

Em relação àqueles que adquirem as unidades autônomas ainda na planta, a contratação poderá ser bifásica (contrato preliminar de promessa de compra e venda e, após a quitação do preço, escritura pública de compra e venda) ou monofásica (escritura pública de compra e venda). Considerando que o contrato de compra e venda de imóveis de valor superior a 30 (trinta) salários mínimos é solene⁹, a escritura pública é documento essencial, ao fim, para que seja constituída a copropriedade do comprador com os demais condôminos.

A promessa de compra e venda constitui contrato preliminar que confere ao promitente comprador o direito à posse precária imediata do imóvel e o direito real aquisitivo¹⁰. Como, nas incorporações imobiliárias, o imóvel é adquirido ainda na planta, não é possível a concessão imediata da posse, o que elimina uma segurança comum aos promitentes compradores. Já o direito real aquisitivo confere ao

7 O art. 31 da Lei das Incorporações define quem está autorizado a figurar como incorporador: o proprietário do terreno, o promitente comprador do terreno, o cessionário ou o promitente cessionário deste, o construtor, o corretor de imóveis ou o ente da Federação imitido na posse a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação em curso ou o cessionário deste, conforme comprovado mediante registro no registro de imóveis competente.

8 Cf. art. 39 da Lei das Incorporações.

9 Cf. art. 108 do Código Civil.

10 Cf. arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil.

promitente comprador o direito de exigir a celebração da escritura pública de compra e venda (que lhe dará o direito de transferir a propriedade do imóvel adquirido junto à matrícula do bem) ou à adjudicação compulsória.

Já a escritura pública de compra e venda constitui modalidade solene de contrato que a lei prescreve como forma de existência. Isso significa dizer que, caso as partes optem por celebrar um contrato particular de compra e venda de imóvel, este não existirá, mas a vontade declarada, sim. A forma atinge o plano de existência, e não apenas de validade, e a vontade declarada será aproveitada como promessa de compra e venda, e vinculará as partes mediante a criação do direito aquisitivo, com base no disposto no art. 170 do Código Civil.

Como é dever legal do incorporador registrar o memorial de incorporação junto à matrícula do imóvel, já se pode concluir de plano que não existem incorporações regulares em imóveis de posse, que não possuem registro de matrícula, ou que possuam somente a inscrição imobiliária junto à municipalidade. A importância do registro de matrícula junto ao cartório de registro de imóveis é destacada por Nicolau Balbino Filho:

O princípio da publicidade no direito imobiliário moderno fundamenta-se no imóvel – objeto de duração indeterminada, visível e tangível – e não na pessoa do proprietário, que pode mudar. Destarte, inaugurado o trato registral por assento matricial, que consulta o registro pelos lançamentos correspondentes a cada unidade imóvel pode estar tranquilo, porque o fólio real é o espelho que reflete com segurança o seu estado jurídico, quaisquer que sejam as vicissitudes de sua existência, embasado na especificidade suficiente à publicidade que se tem em mira.¹¹

11 BALBINO FILHO, Nicolau. *Direito Imobiliário Registral*. 2. ed.

O registro de matrícula, quando houver incorporação imobiliária regular, deve conter, além dos elementos comuns ao memorial, todas as transações realizadas a partir do registro deste, como financiamentos bancários, promessas de compra e venda, escrituras públicas de compra e venda, cessões etc. Embora o registro do contrato de promessa de compra e venda junto à matrícula não seja requisito necessário à constituição do direito real aquisitivo do promitente comprador¹², o ato registral garante a segurança jurídica da sua oponibilidade *erga omnes*¹³.

O termo de reserva é uma outra modalidade que, aqui, tem profunda relevância. É contrato atípico, pois não se enquadra nem na promessa de compra e venda e nem no contrato de compra e venda. O art. 32, *caput*, da Lei das Incorporações proibiu a alienação ou oneração das unidades autônomas antes do registro do memorial de incorporação, mas não a sua negociação. Mas se não pode alienar (venda, doação) e nem onerar (dar em garantia real ou celebrar promessa de compra e venda), o tipo de negócio possível acaba por ser bastante restrito: a reserva de unidade autônoma futura.

Conforme dito no começo deste item, essa reserva já existe nas hipóteses em que o incorporador permuta com o proprietário o terreno por unidades autônomas futuras. Nesse momento contratual, a incorporação imobiliária está apenas no projeto, pois ainda lhe falta o essencial, que é o imóvel. Então, não se está diante de uma permuta propriamente dita, mas de uma permuta atípica. Surge a questão se é possível fazer a reserva de unidades futuras (antes do registro da matrícula) a terceiros interessados.

Pedro Elias Avvad, porém, tem outra visão acerca

São Paulo: Saraiva, 2012, p. 89.

12 Nesse sentido, dispõe a súmula 239 do Superior Tribunal de Justiça: “o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.”

13 Cf. art. 32, §2º da Lei das Incorporações.

deste contrato celebrado entre o incorporador e o proprietário do terreno:

Via de regra, o proprietário reserva para si uma parte do terreno, que corresponderá às frações a serem vinculadas às unidades que lhe caberão na incorporação, transferindo, para o incorporador, a fração do terreno restante, que será permutada pela construção (benfeitorias) das unidades que caberão ao dono do terreno e que corresponderão à fração retida.¹⁴

Embora seja o regularmente adotado, não nos parece fazer sentido do ponto de vista prático. Isso porque manteria o dono do terreno como coproprietário do incorporador, vinculando a fração permutada à entrega, ao final, de unidades imobiliárias autônomas. Na prática, a permuta normalmente ocorre sobre o todo o terreno, e ao proprietário original fica a reserva de unidades futuras, pois o imóvel é todo transferido ao incorporador. Mas essa é, obviamente, uma situação dentre muitas variáveis.

Sobre o tema do direito de reserva, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu:

Diante da recente nova redação (Lei n. 14.382/22), passou a regular de forma que “O incorporador somente poderá alienar ou onerar as frações ideais de terrenos e acessões que corresponderão às futuras unidades autônomas após o registro, no registro de imóveis competente, do memorial de incorporação composto pelos seguintes documentos: [...]”.

Nesse andar, tem-se que a alteração legislativa deixou de vedar a negociação de unidades autônomas em momento anterior ao arquivamento de documentos no Registro de Imóveis, passando a proibir tão somente sua alienação ou oneração, termos, por cer-

14 AVVAD, Pedro Elias. *Direito Imobiliário. Teoria Geral e Negócios Imobiliários*. 3. ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 583.

to, menos abrangentes que a negociação. Note-se, portanto, que a intenção do legislador foi a de abrandar o rigor da proibição contida no dispositivo, de modo a possibilitar a negociação dos imóveis e tão somente impedir a sua efetiva venda ou oneração. Logo, diante da modificação da nomenclatura utilizada, conclui-se que é possível a realização de pactos que visem negociar as unidades habitacionais do empreendimento.¹⁵

Na prática é bastante comum ver a celebração da promessa de compra e venda de unidades na planta em incorporações imobiliárias que ainda não tiveram o memorial registrado na matrícula. À luz do que já foi exposto, em especial do art. 170 do Código Civil, não há óbice, e talvez seja salutar, que tais contratos sejam recebidos como termos de reserva, o que não confere o direito aquisitivo da promessa, mas preserva o direito sobre a unidade futura, aproveitando-se a declaração de vontade externada. É questão de segurança jurídica, e deve autorizar a sua averbação junto à matrícula do imóvel, o que atualmente não ocorre por falta de previsão normativa própria.

O problema é que o termo de reserva não pode ter características de alienação ou oneração, por expressa vedação legal. Porém, não é raro que o contrato seja entabulado sob a forma de uma promessa de compra e venda, já com o início do pagamento do preço, ou mesmo a sua quitação. Isso porque o termo de reserva não garante ao signatário a concretização da incorporação imobiliária mas, somente, o direito de adquirir a unidade autônoma após o registro do memorial de incorporação. É contrato preliminar atípico.

3. A Responsabilidade do Incorporador

Uma vez iniciada a atividade empresarial da incorporação imobiliária, o incorporador passa a ser empresário, pois exerce atividade contínua (o desenvolvimento da incorporação) com o objetivo de aferir lucro mediante a alienação de unidades autônomas ainda na planta¹⁶. O incorporador assume diversas obrigações que podem ter como sujeitos ativos diversos participantes do processo. Nesse universo, os terceiros adquirentes das unidades ainda na planta são classificados como credores especiais, já que, a eles, se aplica o Código de Defesa do Consumidor¹⁷.

A responsabilidade nas relações de consumo é solidária entre os fornecedores, e, vinculada à vulnerabilidade legalmente concedida ao consumidor, é, de regra, objetiva com inversão legal do ônus da prova¹⁸. O incorporador pode ser pessoa natural ou jurídica, o que não altera o caráter objetivo da responsabilidade, pois não será um profissional liberal, a quem a lei confere responsabilidade subjetiva. Há de se distinguir as personalidades do incorporador da incorporação. O incorporador não pode ser considerado profissional liberal

Embora a incorporação imobiliária assuma personalidade jurídica própria, inclusive com a criação de cadastro nacional de pessoa jurídica junto ao Ministério da Fazenda e Economia, o incorporador é obrigado e responsável pelos atos por ela praticados, pois centraliza em sua pessoa o desenvolvimento da atividade. Nas palavras de Pedro Elias Avvad, “[...] quando o incorporador celebra contrato com o construtor, nada mais fez do que estender-lhe a sua

16 O conceito de empresário está previsto expressamente no art. 966, *caput*, do Código Civil: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

17 REsp 686:198/RJ, Relatora para acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ de 10/2/2008.

18 Cf. arts. 18 a 20 do Código de Defesa do Consumidor.

15 Agravo de Instrumento nº. 5054611-66.2023.8.24.0000, 5^a Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Cláudia Lambert de Faria, j. 09.10.2023.

obrigação, passando ambos a ser responsáveis pela construção.”¹⁹ A responsabilidade, no caso, é solidária.

Para preservar direitos dos credores da incorporação, a lei faculta que o incorporador afete patrimônio, fornecendo garantia real para a conclusão da obra e a entrega das unidades aos terceiros adquirentes, ou, como determina a lei, “destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes”²⁰. Esse patrimônio de afetação é uma das opções de garantia real que devem ser prestadas pelo incorporador, e tal patrimônio se torna disponível ao incorporador exclusivamente para a prática de atos relacionados ao desenvolvimento da incorporação imobiliária²¹.

O §2º do art. 31 da Lei das Incorporações determina que “nenhuma incorporação poderá ser proposta à venda sem a indicação expressa do incorporador, devendo também seu nome permanecer indicado ostensivamente no local da construção.” O incorporador, ou a pessoa que assume essa posição nas incorporações imobiliárias, não se presume, e decorre da lei ou do contrato. A formalização da figura do incorporador lhe reveste da responsabilidade solidária com a própria incorporação, já que é o próprio quem conduz, organiza e centraliza todas as atividades e os contratos correlatos, e por isso a sua personificação é tão importante. Conforme dispõe o §1º-A do art. 32 da Lei das Incorporações:

O registro do memorial de incorporação sujeita as frações do terreno e as respectivas acessões a regime condonial especial, investe o incorporador e os futuros adquirentes na faculdade de sua livre disposição

19 AVVAD, Pedro Elias. *Direito Imobiliário. Teoria Geral e Negócios Imobiliários*. 3. ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.597.

20 Art. 31-A, *caput*, da Lei das Incorporações.

21 Cf. art. 31-A, §3º da Lei das Incorporações.

ou oneração e independe de anuência dos demais condôminos.

Talvez um dos maiores problemas de uma incorporação imobiliária irregular seja o fato de o imóvel incorporado não trazer a titularidade condonial dos adquirentes das unidades imobiliárias. Sendo assim, os compradores de imóveis na planta não são donos e sequer possuem o direito real aquisitivo do imóvel, conforme apresentado no item anterior. O direito de reserva não garante a posição de condômino ao adquirente.

Em relação ao patrimônio de afetação, essa garantia de natureza real pode não cobrir a integralidade dos danos sofridos com o fracasso da incorporação imobiliária e, nessas hipóteses, os adquirentes, como credores privilegiados, poderão “[...] perseguir o patrimônio pessoal do incorporador, que nesse caso responderá subsidiária e solidariamente.”²² Mais uma vez, a incorporação irregular faz carecer de garantias para conclusão da obra, e o patrimônio pessoal do incorporador, dependendo do tamanho do empreendimento, pode sequer garantir a devolução dos valores pagos pelos adquirentes.

Resta, então, a responsabilidade pessoal daquele que figura como incorporador sem, de fato, ter sido personificado como tal ante a irregularidade da incorporação. Considerando o Lei das Incorporações, tem-se como responsabilidade do incorporador:

- a) pelos contratos que, pessoalmente, celebrar e pelas obrigações que neles assumir²³;
- b) a manutenção e o bom uso do patrimônio de afetação²⁴;

22 AGHIARIAN, Hércules. *Curso de Direito Imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 260.

23 Cf. art. 29, parágrafo único da Lei das Incorporações.

24 Cf. art. 31-A, §2º da Lei das Incorporações.

c) pela obra, tanto a sua conclusão como a solidez²⁵;

d) em caso de falência do incorporador, pessoa física ou jurídica, e não ser possível o prosseguimento da edificação, “os subscritores ou candidatos à aquisição de unidades serão credores privilegiados pelas quantias que houverem pago ao incorporador, respondendo subsidiariamente os bens pessoais deste”²⁶;

e) averbar as unidades autônomas, após a concessão do habite-se, respondendo pela demora no cumprimento desta obrigação²⁷.

Fica evidente que a figura do incorporador é central no desenvolvimento das incorporações imobiliárias. Caso essa figura não exista, ou não seja regularmente personificada, a responsabilidade se dilui, e cada sujeito responderá, via de regra, exclusivamente por ato próprio, por aquilo que assinou. A Lei das Incorporações, quando trata de crimes contra a economia popular, dispõe que, nos contratos dos quais não participe o incorporador, “[...] responderão solidariamente pelas faltas capituladas [...] o construtor, o corretor, o proprietário ou titular de direitos aquisitivos do terreno, desde que figurem no contrato, com direito regressivo sobre o incorporador, se as faltas cometidas lhe forem imputáveis”²⁸. Ao fim e a cabo, o incorporador é o responsável.

Em relação ao dano, elemento essencial para a responsabilização do agente na esfera civil, esse decorrerá do contrato, sendo a responsabilidade eminentemente contratual. É importantíssima a análise do entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da responsabilidade do incorporador em casos de extinção da incorporação imobiliária:

25 Cf. arts. 35, §6º e 43, II da Lei das Incorporações.

26 Art. 43, III da Lei das Incorporações.

27 Cf. art. 44, *caput*, da Lei das Incorporações.

28 Art. 66, parágrafo único.

[...]

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que, em se tratando de uma relação de consumo, são responsáveis solidariamente perante o consumidor, em caso de defeito ou vício, todos aqueles que tenham integrado a cadeia de prestação de serviço.

Precedentes.

3. Ausente circunstância excludente da responsabilidade, o atraso na entrega do imóvel objeto do contrato de incorporação enseja o dever de indenizar, solidariamente, tanto da incorporadora quanto da construtora. Precedentes.

4. A Lei nº 4.591/1964 confere aos adquirentes o poder de destituição do incorporador. A destituição, além de significar uma penalidade ao incorporador, que paralisa as obras, ou lhes retarda excessivamente o andamento, é também uma causa extintiva do contrato de incorporação. Doutrina.

5. O dia da destituição da incorporadora, com a consequente assunção da obra pelos adquirentes, é o marco final das obrigações constituídas entre as partes.

6. Os riscos do empreendimento estão limitados às cláusulas e à extensão do contrato. Assume o incorporador os riscos contratados e apenas enquanto durar o ajuste.

7. Eventuais aportes financeiros adicionais assumidos pelos adquirentes a partir da destituição não podem ser cobrados do incorporador destituído, sob pena de agravar-se, de forma unilateral, o risco de um negócio originário.

8. Destituído o incorporador, são cabíveis lucros cessantes durante o período compreendido entre a data prometida para a entrega da obra, ou após o esgotamento do prazo de tolerância, quando houver, até a

data efetiva da destituição do incorporador, marco da extinção (anômala) da incorporação.

9. O dano moral, em tais circunstâncias, ex surge *in re ipsa*. A circunstância que conduz o adquirente à assunção de uma obra que, por força contratual, deveria ter sido entregue no prazo estipulado, e não foi, detém a gravidade suficiente para ensejar a hipótese extraordinária necessária para a composição do dano extrapatrimonial.

[...]²⁹

Caso a incorporação imobiliária seja irregular, sem a constituição formal do incorporador e o registro do memorial junto à matrícula do imóvel, ter-se-á a atividade empresarial não personificada daquele que atua como o dono da obra e, portanto, como empresário individual. Aplica-se à hipótese a responsabilidade solidária e integral do empresário, a teor do que dispõe o art. 990 do Código Civil. Porém, mesmo com essa previsão, algumas questões mostram-se eivadas de enorme insegurança jurídica no que diz respeito ao direito de reserva.

Afinal, se a incorporação imobiliária é irregular, não existirão direitos aquisitivos dos terceiros adquirentes, mas apenas o direito de reserva. Se a incorporação não for concluída, qual é o dano sofrido com a frustração do direito de reserva? O entendimento do Superior Tribunal de Justiça trata da existência do dano moral *in re ipsa* nas hipóteses em que o incorporador se compromete a entregar a obra em determinado prazo, mas não o faz. Em interpretação extensiva, nada justifica excluir o direito de reserva dessa modalidade de pretensão, pois, no momento em que esse direito é livremente pactuado entre o

29 REsp 1881806/SP. Superior Tribunal de Justiça, TERCEIRA TURMA, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 07/05/2021.

incorporador empresário individual e o terceiro interessado, já existe uma pretensão propriamente dita, e não uma mera expectativa de direito. Afinal, o termo de reserva é contrato preliminar.

Tanto o dano moral, como o lucro cessante e a perda de uma chance são institutos aplicáveis à espécie. Porém, como não existirá o memorial de incorporação formalizado, os elementos típicos da atividade, como prazo para a regularização da incorporação, prazo para a conclusão da obra, projeto e padrão de construção deverão constar expressos no termo de reserva. A responsabilidade é contratual, e a extensão do dano dependerá do que fora expressamente pactuado.

Conclusão

A incorporação imobiliária é modalidade de contrato complexo, com a constituição formal de dois elementos: a incorporação em si e a figura do incorporador. Essa formalização cria relações obrigacionais que, via de regra, não se presumem. Conforme se extrai das regras gerais do Direito Civil, a solidariedade da obrigação não se presume, pois decorre da lei ou da vontade das partes³⁰.

Em uma atividade empresarial não personificada, o empresário individual responde integral e solidariamente, com o seu patrimônio pessoal, pelas dívidas da sociedade. Grande parte da doutrina foca os seus estudos na solidez da obra e no cumprimento do prazo para a sua entrega³¹. De fato, esses são os pontos mais importantes e que comumente costumam gerar danos e responsabilizações. Porém, não se pode olvidar o fato de que a incorporação imo-

30 Cf. art. 265, do Código Civil.

31 Por todos, CAVALIERI FILHO, Sérgio. *A responsabilidade civil do construtor e do incorporador*. In AZEVEDO, Fábio de Oliveira e BEZERRA DE MELLO, Marco Aurélio (coord.). *Direito Imobiliário*. Escritos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 775-793.

biliária, por ser modalidade de contrato complexo, engloba uma série de outros contratos que podem gerar danos, além de uma atividade que pode gerar responsabilidade extracontratual.

Como exemplos da frase anterior, tem-se a comissão do corretor de imóveis, que é paga pelo vendedor que, inicialmente, é o próprio incorporador. Os custos com registros e despesas cartorárias que são, inicialmente, suportados pelo incorporador para a finalização da incorporação, com o desmembramento das matrículas filhas de cada unidade autônoma. Os gastos com as despesas condominiais, tributos e demais obrigações *propter rem* até a efetivação da compra e venda. Financiamento bancário da obra e dação do próprio imóvel em garantia³². Aquisição de material de construção, quando for contratada empreitada exclusivamente de lavor para a edificação. Enfim, há um universo de possibilidades relacionados à atividade do incorporador que pode gerar responsabilização.

Por mais que exista uma previsão legal acerca da atividade empresarial não personificada e a responsabilidade pessoal do empresário, talvez a não personificação crie empecilhos de natureza probatória para a vítima do ato ilícito. Enquanto o registro do memorial de incorporação imobiliária, por sua natureza registral e fé pública, torna praticamente indiscutíveis eventuais desvios da atividade empresarial do incorporador, a sua ausência demanda a prova de cada elemento da responsabilidade civil, como a conduta voluntária (nexo de imputabilidade), o nexo causal e o dano.

Para fins de reflexão, cabe a lição de José de Aguiar Dias, que defendeu a existência de uma responsabi-

32 Superior Tribunal de Justiça, súmula 308: A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.

lidade civil não apenas jurídica, mas também moral. Diz o autor que, “[...] para apurar se há, ou não, responsabilidade moral, cumpre indagar do estado de alma do agente: se aí se acusa a existência de pecado, de má ação, não se pode negar a responsabilidade moral.”³³ Por mais que se trate de um conceito ultrapassado, confere um caráter extensivo à interpretação da norma jurídica, que não pode se resumir e limitar à pobreza da interpretação gramatical, afinal, o incorporador somente atua como tal com o objetivo de auferir lucro.

Referências

- AGHIARIAN, Hércules. *Curso de Direito Imobiliário*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.
- AVVAD, Pedro Elias. *Direito Imobiliário. Teoria Geral e Negócios Imobiliários*. 3. ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- AZEVEDO, Fábio de Oliveira e BEZERRA DE MELLO, Marco Aurélio (coord.). *Direito Imobiliário. Escritos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015.
- BALBINO FILHO, Nicolau. *Direito Imobiliário Registral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Lei nº. 4.591, de 16 de dezembro de 1964. *Lei das Incorporações*.
- BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*.
- BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *A responsabilidade civil do construtor e do incorporador*. In AZEVEDO, Fábio de Oliveira e BEZERRA DE MELLO, Marco Aurélio
- 33 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. V.1. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 5.

(coord.). *Direito Imobiliário. Escritos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. V.1. 6º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 9. ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 239: “o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.”

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula 308: “a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.”

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 686.198/RJ, Relatora para acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ de 10/2/2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1881806/SP. Superior Tribunal de Justiça, TERCEIRA TURMA, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 07/05/2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Agravo de Instrumento nº. 5054611-66.2023.8.24.0000, 5ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Cláudia Lambert de Faria, j. 09.10.2023.