

MARIO NALON DE QUEIROZ

**RISCOS CONTRATUAIS NAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS:
UMA ANÁLISE CRÍTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Engenharia Civil da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre. Área de Concentração: Engenharia Civil

Orientador: Prof. ORLANDO CELSO LONGO, D. Sc.

Niterói

2006

MARIO NALON DE QUEIROZ

**RISCOS CONTRATUAIS NAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS:
UMA ANÁLISE CRÍTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Engenharia Civil da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Engenharia Civil.
Área de concentração: ENGENHARIA CIVIL

Aprovada em: JULHO de 2006

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orlando Celso Longo, D. Sc - Orientador
Universidade Federal Fluminense

Prof^a. Patrícia Fraga Rocha Rabelo – D. Sc
Universidade Federal Fluminense

Prof. Pedro Kopschitz Xavier Bastos – D. Sc
Universidade Federal de Juiz de Fora

Niterói
2006

Aos meus pais Alda e Mario, forte e visível presença do amor e da luz divina a clarear nossos caminhos de vida.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Orlando Celso Longo, meu orientador, pelo grande apoio, paciência e confiança.

Aos professores do Mestrado, pela abertura de novas portas para o conhecimento.

Aos amigos e colegas do mestrado, pela amizade e apoio - experiência inesquecível de convívio solidário.

A todos os amigos que, direta e indiretamente me incentivaram, apoiaram e prestaram sua valiosa ajuda, especialmente nas dificuldades.

Que Deus nos abençoe a todos.

“... Quem de vós, com efeito, querendo construir uma torre, primeiro não se senta para calcular as despesas e ponderar se tem com que terminar? Não aconteça que, tendo colocado o alicerce e não for capaz de acabar, todos os que virem, comecem a caçoar dele, dizendo: ‘Este homem começou a construir e não pode acabar!’...”

Lucas 14, 28-30

RESUMO

Este trabalho, resultado de ampla pesquisa bibliográfica, apresenta as características dos empreendimentos de incorporação imobiliária, cuja presença tem sido marcante nas cidades brasileiras, como solução de construção habitacional nas últimas oito décadas. Essa modelagem de construção tem elementos e procedimentos próprios regulamentados por leis específicas em todas as suas etapas. O foco do trabalho se concentra sobre o instrumento que deve regular as complexas relações entre as partes: o contrato de incorporação e sua execução. Para a construção de uma base teórica, são apresentados alguns conceitos fundamentais do gerenciamento de Projetos assim como os aspectos de maior interesse da teoria dos contratos e do processo de contratação de construções. Diante das particularidades da incorporação imobiliária, as principais possibilidades dos específicos riscos contratuais são apresentadas e analisadas. Para a análise, são considerados os fatores de influência, tais como a natureza das partes envolvidas, o envolvimento e a capacidade gerencial do contratante e as limitações legais, entre outros. São também apresentadas algumas sugestões de medidas que possam vir a minorar os impactos desses riscos contratuais.

Palavras-chave: Incorporação imobiliária. Contrato. Riscos.

ABSTRACT

The present work is the result of a wide bibliographic research and presents the main features of incorporation of joint ownership building, an enterprise that has been constantly present as a residential construction answer within Brazilian cities for the last eight decades. That type of construction has its own characters, procedures and phases all regulated by specific laws. The work focuses on the instrument that is meant to regulate the relations between the involved parts: the incorporation contract and its execution. In order to build a theory basis, some fundamental concepts on Project Management are presented, as well as some aspects of interest of the Contract Theory and selection and contracting processes. Considering the specificity of incorporation of joint ownership building, the main possibilities of the specific contract risks are presented and analyzed. That analysis considers the influence factors such as the nature of the parts, the owner's involvement and his managerial capability and the limits dictated by the law, among others. Some suggestions that may help those contract risks cause lighter impact are presented.

Key-words: Incorporation of joint ownership building. Contract. Risks.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	4
RESUMO	6
ABSTRACT	7
SUMÁRIO	8
LISTA DE ILUSTRAÇÕES	10
LISTA DE SIGLAS	11
1 INTRODUÇÃO, IMPORTÂNCIA, JUSTIFICATIVA E OBJETIVO	12
1.1 INTRODUÇÃO.....	12
1.2 RELEVÂNCIA E JUSTIFICATIVA.....	13
1.3 OBJETIVO	16
1.4 ESTRUTURA DO TRABALHO	17
2 DEFINIÇÕES E CONCEITOS BÁSICOS	20
2.1 A INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL	20
2.2 O PROJETO	22
2.3 CICLO DE VIDA DO PROJETO	23
2.4 GERENCIAMENTO DO PROJETO	24
2.5 OS RISCOS	25
2.6 ANÁLISE DE RISCOS	27
2.7 COMPORTAMENTO DIANTE DOS RISCOS - REAÇÕES AO RISCO.....	29
3 O EMPREENDIMENTO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA	32
3.1 CONCEITOS E CARACTERIZAÇÕES GERAIS.....	32
3.1.1 Condomínio.....	32
3.1.2 Incorporação Imobiliária.....	33
3.2 LEGISLAÇÃO E HISTÓRICO	36
3.2.1 Legislação.....	36
3.2.2 Histórico	38
3.3 PARTES ENVOLVIDAS.....	40
3.3.1 O Incorporador.....	41
3.3.2 Os Adquirentes	43
3.4 DINÂMICA DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	45
4 O CONTRATO	51
4.1 FUNDAMENTOS DO CONTRATO	53

4.1.1	Definição	53
4.1.2	Princípios básicos do direito contratual.....	54
4.1.3	Interpretação dos contratos	57
4.1.4	O Consumidor e a interpretação contratual	58
4.1.5	Atributos e composição do documento contratual	59
4.2	CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS	61
4.2.1	Contratos típicos e atípicos.....	62
4.2.2	Contratos conexos	62
4.2.3	Contratos de adesão.....	63
4.3	CONTRATO PRIVADO E CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	64
5	CONTRATO DE CONSTRUÇÃO E O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO	66
5.1	O CONTRATO DE CONSTRUÇÃO.....	66
5.1.1	Conceito e caracteres	66
5.1.2	Conteúdo do contrato de construção	68
5.1.3	Reivindicações contratuais	70
5.2	O PROCESSO DE SELEÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE OBRAS.....	73
5.2.1	Fundamento do processo de seleção	74
5.2.2	Seleção e contratação de obras públicas	75
5.2.3	Seleção e contratação de obras particulares.....	80
5.3	MODALIDADES DE CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO	83
5.3.1	Contratos a preço fixo	84
5.3.2	Contratos por administração	89
5.3.3	Contratos máximos garantidos divisão do economizado	91
5.3.4	Contratos com taxa de incentivo	92
6	RISCOS CONTRATUAIS NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA	93
6.1	MODALIDADES CONTRATUAIS VERSUS RISCOS.....	94
6.2	O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO.....	97
6.3	CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA	98
6.3.1	Partes envolvidas no contrato de incorporação imobiliária	101
6.3.2	Natureza jurídica do contrato de incorporação	103
6.3.3	Inadimplência dos contratantes	105
6.3.4	O Regime de afetação patrimonial.....	108
6.3.5	Órgãos de representação dos adquirentes.....	113
6.3.5.1	A Assembléia Geral dos Contratantes.....	113
6.3.5.2	A Comissão de Representantes.....	115
7	CONCLUSÕES E SUGESTÕES	123
7.1	CONCLUSÕES.....	123
7.2	SUGESTÕES DE AUXÍLIO ÀS PARTES.....	125
8	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	129

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 3.1- Partes envolvidas na realização da incorporação e suas inter-relações.	44
Figura 6.1 - Modalidades de contratos X níveis de riscos e envolvimento do contratante.	96
Quadro 6.1 – Quorum / aprovação especiais na deliberação de temas especiais da assembleia Geral dos Adquirentes – Lei nº 4.591/64.....	114

LISTA DE SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
CBIC	Câmara Brasileira da Indústria da Construção
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CREA	Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia
CUB	Custo Unitário Básico de Construção
EJCDC	Engineers Joint Contract Documents Committee
EUA	Estados Unidos da América
PMBOK	Project Management Body of Knowledge
PMI	Project Management Institute
SICAF	Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores
SINDUSCON	Sindicato da Indústria da Construção Civil
TCU	Tribunal de Contas da União

1 INTRODUÇÃO, IMPORTÂNCIA, JUSTIFICATIVA E OBJETIVO

1.1 INTRODUÇÃO

As atividades da engenharia no campo da construção civil vêm passando por uma evolução de tal forma acentuada e acelerada que têm pautado reformulações nos comportamentos e nas posturas empresariais. As empresas têm que se manter em boas condições de atuação dentro de um mercado de alta competitividade e em constantes mudanças. Essas transformações, que vêm se fazendo mais claras, urgentes e necessárias, têm sua origem em muitos fatores que dificilmente podem ser analisados isoladamente, pois, devido à ampla diversidade de sua abrangência, eles se entrelaçam e se mesclam naturalmente.

Alguns desses fatores são do conhecimento geral devido a sua presença constante em todos os meios de comunicação, como na televisão e nos jornais.

O processo de globalização vivenciado pelo mundo atual se apresenta como o mais determinante e de destacada influência. A globalização propicia uma situação de maior proximidade entre as diferenças culturais, sociais, tecnológicas e outras. Observa-se que os costumes e as bases culturais se obrigam a se adaptarem à tendência de certa “uniformização” global que se manifesta também nas atividades produtivas de toda natureza - comerciais, prestação de serviços e outros campos da atuação humana. O intercâmbio de bens de consumo produzidos em diferentes regiões e países desenvolve no consumidor o senso de comparação e de exigência pela qualidade, o que gera nos produtores um compromisso na busca de atendimento satisfatório aos clientes, para que possam se manter em condições de competitividade no mercado, garantindo a subsistência de suas empresas.

Simultaneamente, a velocidade de comunicação, o papel da mídia e seu poder de formação de opinião tendem a tornar os produtores e prestadores de serviços mais ágeis e comprometidos com a qualidade.

Também a crescente escassez de recursos naturais propulsiona o estudo e a busca de soluções alternativas por parte da atividade da pesquisa tecnológica e do gerenciamento de recursos. As soluções necessárias devem procurar atender, dentro da realidade político-sócio-econômica do país, a demanda da população em satisfazer seus direitos básicos como, por exemplo, habitação a preço de aquisição praticável.

Nesse cenário, a construção civil, prestadora de serviços e produtora de bens imóveis, se insere como um agente capaz de contribuir para a preservação do equilíbrio da relação produtor-consumidor, que torna possível a sobrevivência de ambos. Essa relação equilibrada visa, de um lado, o lucro empresarial e, de outro, a entrega de produtos que atendam os requisitos técnicos exigíveis e as variadas necessidades do consumidor.

Conseqüentemente verifica-se o surgimento e o crescimento de uma filosofia empresarial voltada para o reconhecimento de que seus objetivos de lucro não podem ser vistos como um único fim, mas que suas ações se desenvolvam atreladas aos interesses e necessidades do consumidor e outros envolvidos, os “stakeholders”. Daí também a crescente busca pela implementação de sistemas eficazes de gestão para empresas e Projetos, visando à otimização da produtividade com qualidade.

1.2 RELEVÂNCIA E JUSTIFICATIVA

Em sincronia com os aspectos delineados no item anterior, Wald (1998) afirma que “a construção é o problema social e econômico do nosso tempo por excelência”, o que sintetiza uma preocupação com questões que devem ser investigadas para se resolverem os problemas que se avolumam em conseqüência do exercício dessa importante atividade da engenharia – a construção.

O mesmo autor aprofunda-se ainda mais na grande questão político-social que envolve a atividade da construção, ao enfatizar que o equilíbrio de uma sociedade e o pleno emprego da mão-de-obra dependem da política habitacional,

que pode fazer do proletário um proprietário ou vice-versa, permitindo que perdurem as crises de moradia, para as quais a legislação do inquilinato representa apenas um paliativo e não uma solução curativa. E conclui ao apontar que, dentro dessas perspectivas, a construção de edifícios de apartamentos na forma de incorporação imobiliária passa a ter a maior importância, por constituir a forma mais freqüente de solução dos problemas habitacionais nas últimas oito décadas.

Wald (1998) registra o surgimento de legislações específicas para regulamentação das incorporações imobiliárias a partir de 1920 em diversos países como na Espanha, Bélgica, Itália e França, que já conheciam essa chamada propriedade horizontal, na Áustria e Alemanha, que vedavam anteriormente a sua construção e, posteriormente, nos Estados Unidos, Austrália e Brasil, que ignoravam tal forma de propriedade até então.

Costa (2006) em matéria veiculada no jornal Tribuna de Minas, de Juiz de Fora, MG, se refere aos loteamentos fechados para construção de residências, afastados dos centros comerciais, como sendo uma tendência nacional, pois ali os compradores encontram os quesitos que desejam e procuram. Por outro lado, na mesma matéria, o presidente do SINDUSCON/JF afirma que ainda se mantém nos mesmos altos níveis a procura por apartamentos em edifícios verticalizados (construídos na modalidade de incorporação imobiliária), principalmente em virtude dos menores preços de aquisição.

O presente trabalho se concentra na etapa de construção do empreendimento da incorporação imobiliária, a modelagem que, de acordo com Wald (1998), é a mais freqüentemente utilizada para a execução de construções dos edifícios nas cidades brasileiras. Nos dias de hoje é realmente grande a importância e a representatividade dos Projetos de edifícios de múltiplos apartamentos, instalações comerciais, lojas e outros nos médios e especialmente grandes centros urbanos, construídos sob a modalidade de incorporação.

Nesse contexto, emergem aspectos fundamentais para a pesquisa:

- Primeiramente a necessidade de uma completa caracterização do empreendimento da incorporação imobiliária;
- As razões para uma legislação regulamentadora exclusiva para esses empreendimentos;

- A análise comparativa dos processos de seleção e contratação praticados na incorporação imobiliária e nos demais Projetos de construção;
- O contrato da incorporação imobiliária *versus* o contrato de construção e as partes envolvidas;
- Análise da forma de atuação do contratante na execução do contrato;
- Finalmente, a identificação dos riscos contratuais e seus fatores, específicos na incorporação imobiliária.

Embora seja grande a relevância do tema para os contextos técnico, social e econômico, Wald (1998) constata que a incorporação imobiliária tem tido, até o presente, uma limitada bibliografia na área do Direito, que se reduz a poucas monografias e a alguns artigos publicados nas revistas especializadas.

Assim, este trabalho, de pesquisa bibliográfica, se desenvolveu baseado nas publicações clássicas dos autores consagrados no campo de domínio do direito imobiliário no Brasil, de destacada atuação tanto acadêmica quanto no exercício das atividades jurídicas, na magistratura, assessoria e suporte jurídico.

Na área da engenharia, dentro das fontes de consulta disponíveis, as pesquisas realizadas no âmbito do gerenciamento de Projetos confirmam ainda maior escassez ou a quase inexistência de trabalhos acadêmicos que contemplem a incorporação imobiliária como tema principal, até mesmo quando abordada parcialmente ou em plano secundário.

Considerando-se tais condições, o trabalho encontra justificativa também na oportunidade de se tornar um instrumento que venha a disponibilizar aos profissionais da área técnica os subsídios e as referências jurídicas e legais fundamentais à atividade da construção das incorporações imobiliárias.

Um tratamento de destaque é conferido ao contrato, devido ao seu papel preponderante nas relações negociais, já que visa a estabelecer as possibilidades do exercício seguro das atividades técnicas da construção civil, assegurando também o atendimento das necessidades do cliente. Por essa razão, este trabalho se concentra de maneira especial sobre as questões contratuais, em seus aspectos de interesse: os conceitos, os tipos, classificações, as formas de celebração, a

interpretação e seus fundamentos, a preparação da documentação contratual, a elaboração e redação do documento, os anexos e outras.

Do ponto de vista jurídico, as incorporações imobiliárias e seus riscos constituem matéria ampla e complexa, com seus incontáveis meandros característicos. Assim, procurou-se contemplar os riscos significativos ao interesse real e prático das atividades técnica e mercantil da construção desses edifícios.

No desenvolvimento da pesquisa, assim como ao longo da elaboração de todo o presente trabalho, os tratamentos dos temas pertinentes foram objetivamente ordenados e norteados também com base na experiência profissional do autor, resultado de sua atuação no planejamento e execução de obras de edificações de condomínios.

1.3 OBJETIVO

Este trabalho tem por objetivo apresentar uma análise crítica das situações de risco a que estão sujeitas ambas as partes envolvidas – incorporador e adquirentes, que podem ter sua origem nas relações estabelecidas nos contratos de construção das incorporações imobiliárias, apresentando caminhos e sugestões para minorar ou eliminar as situações e os fatores de risco decorrentes da própria dinâmica da incorporação imobiliária, da falta de conhecimento na aplicação dos princípios legais regulamentadores e das ações dos participantes, em relação à execução do contrato de construção, o qual se dá durante a fase da edificação.

A análise crítica se constrói levando-se em consideração os diversos fatores de influência, como a legislação vigente, a natureza do negócio jurídico, a natureza e as características das partes envolvidas, as modalidades legalmente admissíveis para o contrato de construção, os arranjos contratuais, suas possíveis falhas e sua execução.

Conseqüentemente objetiva-se também que o trabalho venha prestar contribuição aos muitos agentes envolvidos nessa atividade imobiliária, como profissionais da área técnica, empreendedores, construtores, adquirentes e outros.

Devido à complexidade do tema e sua grande abrangência, o trabalho apresenta também proposições que possibilitam o desenvolvimento de novas

pesquisas no âmbito acadêmico, ampliando-se a possibilidade de aprofundamento desse tema tão atual e de grande relevância na construção civil.

1.4 ESTRUTURA DO TRABALHO

O trabalho se desenvolve segundo duas vertentes de pesquisa bibliográfica que se complementam para a abordagem do tema: na área do direito, contemplando doutrina e legislação e na esfera do Gerenciamento de Projetos de Engenharia, com ênfase especial à gestão de contratos.

A fim de se atingir os objetivos propostos, foi realizado um aprofundado estudo sobre a teoria dos contratos e sobre incorporações imobiliárias, pesquisando-se publicações clássicas de autores de destacada importância na matéria, dentre os quais alguns renomados juristas que tiveram e ainda têm atuação definitiva na autoria de anteprojetos que vieram a compor a legislação atual. A pesquisa se estendeu amplamente sobre os instrumentos de lei em vigência no Brasil – decretos, leis, atos normativos, cartilhas diversas originárias de órgãos governamentais federais, estaduais e municipais, assim como as normas técnicas relacionadas.

Dentro dos mesmos princípios foram desenvolvidas pesquisas de temas pertinentes ao gerenciamento de Projetos, através de estudos de publicações de autores clássicos e artigos de periódicos, teses e dissertações, impressos ou disponíveis eletronicamente na Internet.

No **capítulo primeiro**, os aspectos globais do trabalho são abordados. Apresentam-se aí as suas considerações gerais preliminares, a importância social, acadêmica e profissional do tema pesquisado, assim como os objetivos da pesquisa bibliográfica realizada e seu desenvolvimento.

O **segundo capítulo** apresenta alguns fundamentos conceituais indispensáveis ao desenvolvimento e entendimento de todo o trabalho. Abordando a conceituação clássica de Projeto, os fundamentos de seu gerenciamento, uma análise descritiva dos tipos de riscos em Projetos e o gerenciamento de riscos, esse capítulo fornece subsídios para se estabelecer posteriormente as correlações com a incorporação imobiliária, a qual é, na sua essência, um Projeto de construção.

No **capítulo terceiro** o tema desenvolvido passa pela definição e caracterização do condomínio e se desenvolve abordando a incorporação imobiliária

em todas as suas dimensões. Como o objetivo do trabalho é o estudo dos riscos contratuais, restrito ao ambiente das incorporações imobiliárias, o empreendimento e seus desdobramentos devem ser bem compreendidos, em virtude de suas especificidades. A detalhada exposição do tema se faz necessária devido ao fato de ele ser o núcleo que caracteriza o sujeito do trabalho, como também pela ótica jurídica conferida à pesquisa. Portanto, ela se faz especialmente oportuna, ao se considerar o reduzido volume de trabalhos publicados no meio acadêmico da engenharia, conforme já mencionado.

Uma abordagem dos aspectos doutrinários e legais do contrato, como instrumento de acordo em diversas naturezas de negociações, é apresentada no **quarto capítulo**. Uma visão jurídica, com as definições, conceitos e fundamentos da teoria geral dos contratos compõe um embasamento voltado aos interesses do profissional técnico, desenvolvendo-se com os critérios de classificação dos contratos, interpretação contratual, etc., contemplando não somente os de construção, mas os tipos de contrato em geral.

No **capítulo quinto**, o tema predominante é o contrato de construção, que, do ponto de vista gerencial, representa um dos objetivos deste trabalho. O capítulo apresenta também os processos de seleção e contratação de obras, destacando-se as diferenças nos procedimentos e regulamentações para obras na esfera da administração pública e na iniciativa privada. O contrato de construção é, então, apresentado considerando-se seus caracteres, sua estrutura, o conteúdo e a formação do documento contratual. São apresentadas as modalidades de contratos de construção e os tipos de variações mais comuns adotados na construção de edifícios. Incluem-se também os principais fatores de riscos inerentes às modalidades, assim como as suas vantagens e desvantagens mais marcantes.

No **sexto capítulo** são tratados primeiramente os riscos inerentes às modalidades contratuais e sua relação com o grau maior ou menor de participação do contratante no processo de execução do contrato. A seguir trata-se do contrato de incorporação imobiliária, onde se destaca sua condição de singularidade e os riscos que lhe são próprios. A análise crítica dos riscos se desenvolve ao longo da abordagem da dinâmica de implementação e dos elementos característicos da incorporação em sua fase de construção.

Por fim, são apresentadas as conclusões do trabalho, com observações finais sobre os pontos merecedores de destaque na pesquisa – aqueles aspectos salientados neste capítulo com de importância fundamental para a pesquisa, bem como sugestões propostas para eliminação ou minoração das situações de riscos. Acompanham também proposições de novas pesquisas acadêmicas passíveis de serem desenvolvidas.

2 DEFINIÇÕES E CONCEITOS BÁSICOS

O objetivo que se busca alcançar nos empreendimentos da construção civil é a garantia dos resultados planejados de custo, prazo e qualidade. Tais resultados devem satisfazer tanto ao nível de exigência cada vez mais alto dos clientes quanto à necessidade de a empresa se manter competitiva no mercado, assegurando sua sobrevivência por longo tempo.

Atualmente o cenário para as empresas da construção civil é caracterizado pela crescente competição, sendo necessário cada vez melhor desempenho operacional e gerencial.

Os aspectos acima, já mencionados anteriormente, podem se intensificar, pois, de acordo com Limmer (1997), no gerenciamento de projetos um dos fatores menos considerados é o risco que cada decisão traz em si. É a probabilidade de ocorrência de determinado evento e as conseqüências adversas decorrentes. Não é objetivo do presente trabalho a determinação das probabilidades ou a quantificação dos riscos, através dos complexos cálculos matemáticos propostos pelos especialistas.

Este capítulo apresenta determinados conceitos básicos e considerações gerais correlatas ao tema dos riscos, as condições que compõem o ambiente de sua ocorrência e um tratamento descritivo dos diversos tipos de riscos, suas naturezas e suas fontes.

2.1 A INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL

Como se sabe, a indústria da construção civil é uma das maiores geradoras de emprego e riquezas no Brasil. Segundo Ambrozewics (2003) ela provê ocupação

para, em média, 6% da mão-de-obra nacional, o que corresponde a 1/3 de todo o recurso humano industrial e gera 13,7% do PIB (Produto Interno Bruto), segundo o IBGE.

No entanto, essa força produtiva, de grande relevância social e econômica para o país, se comparada a outros setores industriais, não apresenta traços de modernidade, principalmente entre as médias e pequenas empresas, muitas das vezes familiares, tradicionais e conservadoras. Ambrozewics (2003) constata a existência de uma “cultura do improvisado” que acarreta inúmeros problemas em todo o processo, resultando em patologias construtivas e prejuízos econômicos.

A característica marcante da indústria da construção civil é que ela apresenta aspectos bastante diversos dos da indústria em geral. Segundo Queiroz (2004), a maioria desses aspectos é considerada como problemática ou entrave ao desenvolvimento do setor. Alguns desses pontos devem ser destacados:

- Apesar da constatação de certo avanço e reformulação de sua concepção, principalmente face à globalização nos últimos anos, a construção civil ainda conserva um atraso tecnológico em relação aos outros setores industriais em geral, aliado a certo grau de resistência à evolução de processos;
- É uma indústria cujos produtos são individualizados, ou não seriados, e opera em regime nômade – a fábrica ou canteiro de obras é “móvel” e o produto é “fixo”. É uma atividade de caráter artesanal, que se apóia principalmente no elemento humano, o qual constitui uma mão-de-obra especializada, porém com baixo nível de qualificação, baixa remuneração e alta rotatividade. É atividade que se desenvolve em ambiente de insalubridade;
- Cada Projeto, de maneira geral, é caracterizado por contratos de longa vigência e o tipo de contrato que deve ser adotado como mais adequado é determinado geralmente segundo as especificidades do Projeto;
- Souza (2000) observa que, devido à transitoriedade das instalações dos canteiros de obra, aos mesmos não é dada a devida importância no que diz respeito ao seu planejamento, projeto, instalação e manutenção;

- É uma indústria que ainda apresenta altos índices de desperdício e controle da qualidade em fase de implementação;
- Um planejamento correto de Projetos não garante necessariamente que o resultado final do produto seja exatamente aquele planejado e esperado.

2.2 O PROJETO

Inicialmente, deve ser observada a distinção de significados da palavra Projeto. Ela pode ser empregada para designar o plano geral de um empreendimento, que se faz através de um conjunto de plantas e desenhos e pode também, mais abrangentemente, significar empreendimento, como será visto a seguir. Neste trabalho, a exemplo de Ferreira (2004), para se preservar a distinção dos sentidos, a palavra é grafada *projeto* quando o sentido for relativo a desenhos e plantas e com a inicial maiúscula, Projeto, quando for empreendimento.

Uma das mais importantes publicações da atualidade, o PMBOK-PMI (2000) apresenta a definição de Projeto como sendo "... um empreendimento temporário com o objetivo de criar um produto ou serviço único". Temporário significa que cada Projeto tem começo e fim bem definidos. Único significa que o produto ou serviço produzido tem características exclusivas, sendo, de alguma forma, diferente de todos os outros produtos ou serviços semelhantes.

De acordo com Limmer (1997) um Projeto pode ser definido como um empreendimento singular, com objetivo ou objetivos bem definidos, a ser materializado segundo um plano preestabelecido e dentro de condições de prazo, custo, qualidade e risco previamente definidos. Acrescente-se também que, segundo Dinsmore (1992) "Projeto é um empreendimento que tem bem definidos o início e o término e é dirigido por pessoas, com o objetivo de cumprir metas estabelecidas dentro dos parâmetros custo, prazo e qualidade".

Baseando-se nas definições acima, entende-se que um Projeto é, acima de tudo, um empreendimento único para o desenvolvimento de algo que nunca foi feito antes, não repetitivo e se estrutura segundo os parâmetros planejados e também exclusivos de prazo, custo, qualidade e, conseqüentemente, de risco.

2.3 CICLO DE VIDA DO PROJETO

Os Projetos são sempre divididos em fases ou estágios que se desenvolvem cronologicamente dentro de uma seqüência lógica de atividades que compõem cada fase. O conhecimento dessas fases do Projeto é fundamental, pois resulta na facilitação de seu acompanhamento e controle. Em decorrência da singularidade característica dos Projetos, estes são divididos em fases específicas em conformidade com suas naturezas.

As fases não são necessariamente as mesmas para todos os Projetos, porém é certo que suas etapas, considerando-se a mesma natureza de Projetos, têm muito em comum. Define-se então ciclo de vida como sendo o conjunto total das fases ou estágios em que se dividem os Projetos, estabelecendo-se suas datas de início e de término, que são seus marcos fundamentais no tempo.

Os autores apresentam propostas diversificadas de ciclos de vida de Projetos. Conforme o PMBOK-PMI (2000), um Projeto de construção pode se dividir em quatro fases:

- Viabilidade (formulação do projeto, estudos de viabilidade, projeto estratégico e aprovação);
- Planejamento e design (projeto básico, custo e cronograma, termos e condições contratuais, planejamento detalhado);
- Produção (fabricação, entrega, obras civis, instalação, teste) e
- Adaptação e lançamento (teste final, manutenção).

Segundo Limmer (1997), a vida de um Projeto se compõe de quatro estágios básicos: concepção, planejamento, execução e finalização.

- Concepção – abrange primeiramente a identificação da necessidade de o mesmo ser implantado. Decidido isto, passa-se à etapa da sua verificação técnica e econômica que inclui um plano preliminar de implantação, projeto preliminar de engenharia, avaliação de custos e cronogramas preliminares e outros dados levantados para decisão daquelas condições de maior atratividade. Parte-se, então, para a aprovação dos projetos e as devidas autorizações para implantação do Projeto.

- Planejamento – compreende o desenvolvimento de um plano de Projeto, que orientará sua implementação, incluindo desenhos, especificações de materiais e equipamentos, e técnicas de execução, cronogramas, orçamentos e diretrizes gerenciais.
- Execução – essa é a fase em que se implanta uma estrutura organizacional para o gerenciamento e implementação do Projeto. Nessa fase é feita a aquisição de materiais e equipamentos, mão-de-obra, a materialização dos componentes físicos do projeto, a garantia da qualidade, do desempenho, a análise do progresso alcançado e as modificações de projeto ditadas pela retro alimentação do sistema.
- Finalização – o objetivo dessa fase é o de colocar o projeto da obra construída em operação.

Limmer (1997) acrescenta que um Projeto pode ser também caracterizado por fases que se sobrepõem e que são interdependentes, como: Viabilidade técnico-econômica, implementação, pré-operação, operação ou utilização e desmobilização, disposição ou desmantelamento. Paralelamente, Cleland e Ireland (2002) propõem o ciclo de vida conforme cinco fases, a saber: fase de conceituação, fase de definição, fase de produção, fase operacional e de desinvestimento.

2.4 GERENCIAMENTO DO PROJETO

A necessidade do gerenciamento existe a partir do princípio de que um Projeto é uma entidade dotada de complexidade, dividida em fases que se desdobram em subfases, englobando múltiplas atividades inter-relacionadas, e que utiliza recursos humanos (mão-de-obra), e materiais (equipamentos, ferramentas e materiais de consumo) para sua concretização.

Além do mais, o projeto se baseia em parâmetros de custo, prazo, qualidade e risco preestabelecidos, que devem ser cumpridos. Para que o Projeto alcance seus objetivos é necessário um determinado tipo de ação que mantenha a globalidade do Projeto caminhando na direção das metas pretendidas. A essa ação chama-se gerenciamento, definido por Limmer (1997) como a coordenação eficaz e eficiente de recursos de diferentes tipos, como recursos humanos, materiais, financeiros, políticos, equipamentos e de esforços necessários para se obter o

produto final desejado – a obra construída, atendendo-se a parâmetros preestabelecidos de prazo, custo, qualidade e risco. De acordo com Keelling (2002), “... a gestão de Projetos concentra-se no prazo essencialmente limitado do ciclo de vida do Projeto, no dia-a-dia e no progresso passo a passo”.

Esse conceito implica também em que o Projeto seja planejado e controlado em todas as suas fases, nas superposições destas e suas interfaces. O gerenciamento, portanto, deve obrigatoriamente contemplar todo o ciclo de vida e também cada ponto em particular do Projeto e implica em envolvimento não só da equipe do Projeto em si, mas em uma mentalidade e filosofia empresariais, perpassando todos os níveis e setores da empresa, criando um comprometimento coletivo efetivo.

A mentalidade empresarial voltada para a valorização do gerenciamento do Projeto envolve necessariamente a alta administração das organizações, como principal agente estimulador do processo. O gerenciamento é responsável pela aglutinação de toda a força e do potencial empresarial para a consecução dos empreendimentos, congregando o comprometimento de todos os níveis e funções empresariais para atingir os objetivos de cada Projeto, o que, afinal, é a razão de ser de toda empresa.

2.5 OS RISCOS

Em tais circunstâncias, percebe-se a real possibilidade da existência potencial de um conjunto imprevisível e previsível de condições e fatores altamente propícios à ocorrência de eventos que possam vir a se tornar ameaçadores às metas planejadas para os Projetos. Tais eventos são os chamados riscos, definidos de maneiras diversas pelos autores.

Analisando-se o quadro que reúne definições propostas por quatorze autores, apresentado por Morano (2003), verifica-se, conforme constatado pela autora, uma tendência que leva a dois grupos de conceito de risco. Um deles o define como a possibilidade de ocorrência de evento ou eventos com resultado indesejável ao esperado, enquanto o outro o define como exposição econômica de perda ou ganho e que trarão conseqüências adversas ao custo, prazo e/ou qualidade final do projeto.

Por outro lado, Fritz Gehbauer [et al.] (2002) considera os riscos como custos extras não previstos nos cálculos dos custos de orçamento do Projeto, decorrentes de situações específicas e imprevisíveis. Apesar da simplicidade aparente desse conceito, o mesmo não deixa de ser afeito à realidade.

Deve-se, contudo, considerar também a importância da influência dos riscos sobre os prazos de implementação do projeto bem como seus efeitos sobre a qualidade do produto e não somente como falta de previsão nos custos.

Limmer (1997) propõe um conceito mais adequado ao objetivo desta abordagem: “O risco é uma constante ao longo da implementação de um Projeto ou obra e pode ser definido como a perda potencial resultante de um incidente futuro, sendo, geralmente, subestimado antes da sua ocorrência e superestimado depois”.

Os riscos acarretam impactos sobre o Projeto e eles podem ocorrer em níveis variados, assim como podem também ser altas ou baixas as probabilidades de sua ocorrência. A combinação dos dois fatores resulta na definição do grau de importância do risco. Naturalmente há riscos de baixa probabilidade com impactos que podem ser altos ou baixos e, da mesma forma, os riscos de alta probabilidade podem causar impactos altos ou baixos.

Os impactos são verificáveis nos parâmetros de custo, prazo e qualidade do Projeto, individualmente ou simultaneamente combinados dois a dois ou todos os três, por isso a eficiência do gerenciamento implica em que este deve atuar no controle do projeto de tal sorte que os impactos sejam identificados dentro do mais curto prazo possível, para que sejam tomadas medidas antes que atinjam proporções de difícil ou impossível reversão, possibilitando ao Projeto a retomada do curso planejado.

Embora os três parâmetros possam apresentar resultados indesejáveis, os riscos redundam em danos ao parâmetro custo, ressaltando-se que alguns danos são mensuráveis e outros não. Os prazos finais de projetos, ultrapassando os previstos, representam prejuízos de custo tanto para o contratado quanto para o contratante. É o caso, por exemplo, de construções industriais que iniciam com atraso seu processo de produção, perdendo vendas ou deixando de cumprir contratos já existentes. Quando a qualidade é o parâmetro sobre o qual incide o impacto do risco, há também prejuízo no custo - por um lado o contratante tem seu

produto evidentemente desvalorizado no mercado ou com limitações de operação ou utilização normal e manutenção de alto custo, e por outro, o contratado tem sua credibilidade questionada ou abalada, afetando futuros contratos e sua própria sobrevivência.

Assim sendo, o gerenciamento de Projetos, impõe que, ao se debruçar sobre o tratamento devido aos riscos, deve-se prever sempre, nas estimativas de custos do Projeto, a margem de cobertura para os possíveis impactos decorrentes. A questão se resume em se determinar quantitativamente o que é justificável para a prevenção dos riscos, pois é sabido que muitos Projetos deixam de ser implementados ou são postergados devido à dificuldade das partes na negociação do valor do contrato que satisfaça a ambos. De um lado o contratado deseja se resguardar do risco, majorando seu preço e, por outro, o contratante deseja a obra por um preço abaixo daquele que lhe está sendo proposto, pois sabe que ali pode haver uma ampla margem de cobertura para riscos que podem não ocorrer na realidade.

2.6 ANÁLISE DE RISCOS

Os Projetos têm sua análise de riscos fundamentada na adoção de procedimentos e critérios que auxiliem na sua identificação, avaliação, redução, eliminação e controle das fontes de riscos. Fontes de riscos são fatores que propiciam o potencial surgimento de eventos que causam impactos negativos ao sucesso dos Projetos.

As fontes são classificadas segundo critérios diversos pelos autores, porém, para o objetivo proposto ao presente trabalho, a mais adequada é aquela que as divide em dois grupos segundo o ambiente de ocorrência: internas e externas.

- Fontes internas de riscos – são aquelas fontes inerentes às atividades componentes do ciclo de vida dos Projetos, nas quais a ocorrência de um evento indesejável em relação aos resultados esperados é considerada previsível e controlável. Os fatores de risco interno surgem, portanto, da natureza própria da atividade da construção civil, apresentada anteriormente, e dos processos próprios dessa modalidade de indústria.

- Fontes externas de riscos – são aquelas em que as situações adversas aos objetivos dos Projetos se originam em eventos externos ou extrínsecos, e tais eventos podem ser previsíveis ou imprevisíveis, mas sempre são considerados como incontrolláveis, pois ocorrem sem a possibilidade de controle do gerenciamento e dos envolvidos nos Projetos. Portanto não são parte do processo de construção, mas podem interferir no processo.

Além de vários outros, devem ser destacados alguns dos fatores internos de riscos, devido à sua presença na maioria dos Projetos de naturezas diversas.

- O porte, o tipo, e grau de complexidade do Projeto;
- A localização geográfica da construção;
- O caráter de ineditismo ou apresentação de inovações no Projeto;
- Interatividade e comunicação interna da organização e da equipe envolvida;
- O tipo de contrato adotado para o Projeto e falhas ou dificuldades contratuais;
- A concepção e a implantação do canteiro de obras – a “fábrica” da construção;
- Erros ou falhas no detalhamento do planejamento e programação;
- Falhas do projeto executivo (plantas), em especial a falta de consonância entre arquitetura e projetos de estrutura e instalações;
- Critério de sub-contratação e competência de sub-contratados;
- Riscos legais com documentações, licenças, aprovações, ações judiciais e outros;
- Mudanças introduzidas no projeto;
- Fluxo de caixa;
- Acidentes de trabalho.

Pelo que foi relacionado acima, observa-se que os fatores internos de risco podem ser agrupados como sendo de natureza predominantemente técnica, não técnica e legal.

Quanto aos riscos externos pode-se definir suas origens, como sendo de caráter social, econômico, ambiental ou outros, relacionando-se, entre outros:

- Eventos imprevisíveis dentro da conjuntura econômica;
- Condições originadas pelo processo da globalização;
- Variações nas condições do mercado de investimentos;
- Alta de preços de materiais e mão-de-obra;
- Variações na disponibilidade de mão-de-obra especializada;
- Indisponibilidade temporária e prazos de entrega de materiais e equipamentos no mercado fornecedor para o Projeto;
- Convulsões sociais, tais como greves diversas, revoluções e outras;
- Condições climáticas e ambientais adversas;
- Alterações em legislações relacionadas ao Projeto ou contrato;
- Aumento da competitividade e tipos de estratégia de concorrentes;
- Falta de clareza na legislação restritiva às características do Projeto;
- Indisponibilidade temporária de recursos financeiros do contratante.

Como o objetivo do presente trabalho é uma análise crítica dos riscos contratuais nos Projetos realizados na forma de incorporação imobiliária, seu único interesse está voltado às fontes de risco ligadas às questões contratuais. São fontes internas, que não se limitam apenas ao documento contratual, mas se estendem a todo um conjunto de circunstâncias que regem a relação contratual, e que são próprios da incorporação imobiliária.

2.7 COMPORTAMENTO DIANTE DOS RISCOS - REAÇÕES AO RISCO

Um questionamento relevante que emerge a este ponto é sobre o que fazer diante da diversidade de situações potenciais de risco a que os Projetos estão sujeitos. Logicamente não cabe qualquer tipo de subjetivismo retrátil como proposta

de solução para o problema, mas o caminho adequado está no gerenciamento de riscos, e este, segundo Limmer (1997) compreende quatro fases:

- A identificação do risco (explicitação dos prováveis fatores e suas nuances);
- Previsão e estimação do risco (aplicação de métodos específicos como PERT-Risco, Monte Carlo e Estimativa do Intervalo de Risco);
- Formulação da estratégia para redução do risco e
- Implementação da estratégia, acompanhamento e controle dos riscos.

O terceiro passo, referente à estratégia para redução do risco, é de especial interesse por contemplar as possíveis atitudes face ao risco potencial, as quais podem se efetivar nas ações abaixo:

- Esperar para ver o que acontece – implica em confiar nas margens de risco previstas nas estimativas de custo e prazo;
- Submissão ao risco, remendando ou minimizando posteriormente os possíveis danos – “colocar a tranca depois da casa arrombada”;
- Fazer o que é esperado – acompanhamento gerencial passo a passo da evolução da situação, prevendo tendências e corrigindo desvios;
- Tirar proveito do risco – sempre que for possível, convertendo-o em oportunidade.

O gerenciamento de Projetos inclui obrigatoriamente o gerenciamento de riscos. Como será visto, os riscos são compartilháveis entre as partes envolvidas nos contratos de construção e o sucesso do Projeto depende muito da capacidade gerencial das partes em todo o processo que envolve os empreendimentos da construção civil.

Finalmente deve-se ressaltar que não se podem equiparar riscos e incertezas na construção civil. Incertezas são o resultado do desconhecimento de ocorrências que podem advir, não são quantificáveis e têm sua avaliação baseada na experiência dos envolvidos no Projeto ou em opiniões informadas por terceiros. Os riscos, por sua vez, são quantificáveis, avaliados através de probabilidade objetiva,

para os quais há técnicas de análise consagradas, porém, as quantificações e tratamentos probabilísticos não constituem objeto da presente pesquisa.

Uma vez apresentados os conceitos indispensáveis enfocando os Projetos, suas etapas, o gerenciamento de Projetos, riscos e seu gerenciamento, bem como as atitudes frente aos riscos, a incorporação imobiliária, ambiente dentro do qual serão analisados neste trabalho os fatores específicos de riscos contratuais, constitui o tema que se apresenta, na seqüência, de maneira completa e detalhada.

3 O EMPREENDIMENTO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

A construção de unidades autônomas em planos horizontais superpostos nos edifícios de muitos pavimentos deu origem ao novo tipo de empreendimento chamado incorporação imobiliária.

Este capítulo apresenta seus conceitos fundamentais, seu histórico, regulamentação legal, sua estruturação e dinâmica, mostrando suas características marcadas de complexidade e de singularidade em relação a demais tipos de Projetos de construção.

3.1 CONCEITOS E CARACTERIZAÇÕES GERAIS

3.1.1 Condomínio

Meirelles (2005) observa que o Código Civil de 2002 (Art. 1.231) suprimiu o termo “domínio” de seu texto substituindo-o por “propriedade” indicando clara equivalência dos significados. Relacionando-se os termos, “condomínio” significa, então, “compropriedade” ou propriedade simultânea. O *condomínio* é o direito de propriedade de duas ou mais pessoas sobre partes ideais de uma mesma coisa indivisa. É uma forma especial de propriedade na qual o indivíduo não exerce seu direito com a exclusão dos outros; são dois ou mais sujeitos que exercem o direito simultaneamente.

O Código Civil define o *condomínio edilício*, antes *chamado condomínio de apartamentos*, também *condomínio por andares*, *condomínio por planos* ou *condomínio horizontal* como uma modalidade específica de compropriedade em edifícios de um ou mais pavimentos, construídos como *unidades autônomas* destinadas a residência, comércio ou outra atividade humana.

Em cumprimento a um de seus objetivos, a NBR 12721:1999 da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas – *Avaliação de custos unitários e preparo de orçamento de construção para incorporação de edifícios em condomínio – Procedimento* provê um melhor entendimento do conceito de unidade autônoma. A norma da ABNT apresenta a definição de *unidade autônoma* como parte da edificação vinculada a uma fração *ideal* de terreno, constituída de dependências e instalações de uso privativo e de uso comum. As primeiras são de utilização reservada aos respectivos titulares de direito como, por exemplo, salas, quartos e demais dependências e instalações internas de um apartamento. As dependências e instalações de uso comum são aquelas de utilização por todos ou pelos titulares de direito das unidades autônomas, para sua fruição e acesso a elas, como é o caso dos corredores e halls dos andares, áreas recreativas, de manobras de garagens, prumadas elétricas, colunas de esgoto, etc.

A fração *ideal* é o resultado do parcelamento do terreno. A denominação resulta do fato de que tal cota não atribui ao proprietário “quinhão demarcado no condomínio” segundo Meirelles (2005). Na realidade, o titular é proprietário exclusivo das dependências e instalações de uso privativo, podendo dispor delas, porém, é co-proprietário das dependências e instalações de uso comum. As dependências e instalações de uso privativo são um *fim* na edificação, mas as de uso comum são um *meio* para o usufruto pleno das outras.

3.1.2 Incorporação Imobiliária

Incorporação, em sentido geral, consta dos dicionários da língua portuguesa como reunião, agrupamento, inclusão, união ou ligação de uma coisa no corpo de outra ou agrupamento, congregação de coisas ou pessoas para formação de um só corpo. No campo de direito civil aplicável aos imóveis, é o caso da acessão agregada a um terreno passando-se a construir uma só coisa com finalidade única.

De acordo com a legislação regulamentadora, *incorporação imobiliária*, ou simplesmente *incorporação* é definida como a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações compostas de unidades autônomas, com proprietários múltiplos, na grande maioria dos casos. Observe-se que incorporação não pode ser entendida como um tipo de projeto, mas sim conforme conceituada pela lei, como uma atividade e, conforme

Pereira (1994), "... a incorporação de edifício é uma atividade mercantil por natureza...". O autor acrescenta ainda que seu promotor constitui uma empresa comercial imobiliária. Ora, as empresas dessa natureza sempre produzem com o objetivo principal de obter lucro e no caso da incorporação não é diferente. Assim, no campo dos negócios imobiliários a expressão incorporação imobiliária significa a atividade de mobilização de fatores de produção a fim de construir e vender, antes ou durante a construção, unidades imobiliárias em edificações coletivas, denominadas condomínios, tudo mediante procedimentos estabelecidos por leis gerais e específicas em vigência no país.

A alienação das unidades pode ser parcial ou total, mas, pelo menos uma unidade deve ser alienada antes ou durante o período das atividades de construção para que o empreendimento se caracterize como incorporação imobiliária.

Desta forma, algumas situações que ocorrem na prática da engenharia e dos negócios imobiliários podem ocasionar certa dúvida ou até confundir o perfeito entendimento do conceito de incorporação. Dentre as situações, são mais comuns:

Quando o edifício inteiro é construído por uma pessoa ou empresa, proprietária ou para terceiros, e as vendas são efetuadas somente após a conclusão das obras, não se tem a tipificação de incorporação imobiliária, mas simplesmente compra e venda de imóvel, ou imóveis prontos.

- Os casos em que se promove a construção de edifício sem a intenção de venda de qualquer unidade autônoma antes do final da construção, mas, ocorrendo alteração nos planos, por razões específicas, decide-se pela alienação de certo número de unidades. Caracteriza-se então a incorporação imobiliária a partir da venda da primeira unidade autônoma.
- Na situação anterior, não se alienando todas as unidades autônomas da incorporação, as restantes vendidas após a construção constituem simples venda de imóveis, ou seja, os compradores não foram adquirentes participantes da incorporação.
- Se um grupo de pessoas, co-proprietárias de um terreno, constrói edifício de unidades múltiplas, cada um com sua unidade especificada,

para uso ou usufruto próprio, levando esse plano até o final da construção, tal empreendimento não se classifica como incorporação.

- Neste último caso, mesmo havendo alienação durante a construção por parte de um dos proprietários de unidade autônoma, não fica caracterizada a incorporação.

Como se pode depreender, a incorporação imobiliária também é popularmente conhecida como o negócio de venda de imóveis “na planta”, no qual se presume haver o objetivo primordial da obtenção de lucro, sendo, pois, uma atividade mercantil.

O projeto a ser concretizado na modalidade de incorporação imobiliária pode assumir formas e portes diversos, como a construção de apenas um ou vários edifícios verticalizados ou conjuntos de construções térreas ou assobradadas. Poderá ter finalidades residenciais ou não-residenciais, como é o caso de edifícios de salas comerciais para escritórios, consultórios, laboratórios e outros, ou ainda lojas comerciais, como pode ser o caso dos shoppings centers, quando há vendas de lojas.

Uma incorporação sempre compreende, no mínimo, um edifício com mais de uma unidade autônoma, podendo, como já mencionado, abranger grupos de edifícios. Para esse último caso, a legislação vigente (Art. 6 da Lei n° 4.864/65) prevê que os conjuntos de edifícios podem formar uma só incorporação ou pode-se estipular seu desdobramento em várias incorporações individualizadas, dependendo dos interesses e conveniências para determinação da estrutura mais apropriada para o empreendimento, considerando-se os fatores de influência. Chalhub (2005) observa que essa faculdade atende de modo especial à necessidade de executar obras de grande porte, uma vez reconhecida a dificuldade de execução simultânea de todos os edifícios do conjunto, por razões de ordens estratégicas, econômicas, técnicas, administrativas ou gerenciais.

De fato, nem sempre é possível levantar, a um só tempo, os recursos financeiros para a totalidade das construções, assim como o mercado consumidor pode também se encontrar em momento de não absorver o grande número das unidades imobiliárias, além do promotor da incorporação nem sempre ter disponibilidade suficiente de recursos humanos satisfatoriamente adequados para as

funções gerenciais e administrativas. Pode ser também que, naquele momento, não seja estrategicamente oportuna a aquisição de equipamentos necessários à execução de todo o conjunto de obras. Em resumo, essa flexibilidade pode trazer uma série de benefícios aos promotores dos empreendimentos de maior porte, tendo em vista que os fatores expostos acima podem se fazer presentes individual ou combinadamente, somando-se uns aos outros.

3.2 LEGISLAÇÃO E HISTÓRICO

3.2.1 Legislação

Além das leis de grande abrangência, como a Constituição Federal, o Código Civil Brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor que, dentro do tratamento geral dos direitos e deveres dos cidadãos e de instituições, incluem evidentemente também o caso da incorporação imobiliária de maneira não particularizada, os principais instrumentos legais específicos vigentes são:

- Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964 – Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.

No Brasil, essa lei constitui o núcleo regulamentador das incorporações e, no presente trabalho, a simples menção da palavra *lei* faz referência a ela. Pode-se dizer que todas as outras lhe são complementares ou surgiram para proporcionar as alterações necessárias. Por ela ser a lei fundamental, algumas breves considerações sobre sua estrutura são de importância.

A lei se compõe de dois títulos, o primeiro abrangendo o condomínio estático (já constituído) e o segundo referindo-se às incorporações.

O Título I regulamenta o condomínio estático (que se inicia com o fim da construção e ocupação das unidades autônomas), durante a vida útil do imóvel. A organização e manutenção do condomínio encontram-se fora do interesse do presente trabalho.

O Título II trata das incorporações, definidas como abrangendo todos os atos destinados a promover e realizar a construção de edifício de

unidades autônomas. Este título se subdivide em quatro núcleos separados em capítulos nos quais se encontram:

- Definições gerais,
 - Obrigações e direitos das partes,
 - Construção de edificações em condomínio e
 - Infrações.
- Lei nº 4.864, de 29 de novembro de 1965 – Cria medidas de estímulo à Indústria da Construção Civil.
 - Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997 – Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.
 - Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004 – Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências.
 - Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.
 - NBR 12721:1999, da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas – Avaliação de custos unitários e preparo de orçamento de construção para incorporação de edifícios em condomínio – Procedimento.

Esta norma técnica, elaborada em atendimento ao que prescreve o Art. 53 da Lei nº 4.591/64, dá tratamento aos aspectos técnicos de engenharia necessários à construção do condomínio. Apresenta também a metodologia de cálculo do CUB, custo unitário básico de construção, para utilização pelos Sindicatos da Indústria da Construção (SINDUSCON) estaduais.

3.2.2 Histórico

A revolução industrial, segundo Chalhub (2005), foi o fator que mais influenciou no crescimento das construções de conjuntos de unidades residenciais em um só terreno. A substituição das oficinas artesanais pelos galpões de fábricas de produção mecanizada aumentou a necessidade da construção de instalações profissionais e comerciais, provocando concentrações populacionais e a consequente demanda de habitações próximas aos núcleos produtivos, a preços mais acessíveis aos trabalhadores.

Wald (1998) afirma que, após a 1ª Guerra Mundial, a incorporação imobiliária passou a ter a maior importância por ser a forma mais freqüente de solução dos problemas habitacionais. Os motivos principais para tal foram:

- O êxodo rural, causando o crescimento da população urbana;
- O déficit de habitações pela falta de espaço para construção de residências individuais nos grandes centros comerciais e industriais, dando lugar a residências que se sobrepõem em vez de se justaporem;
- A elevação do preço de terrenos em consequência da alta demanda;
- A geral diminuição das fortunas individuais, dando lugar aos investimentos empresariais;
- As vantagens proporcionadas pelos apartamentos aos proprietários, que têm a estabilidade de casa própria com custos de aquisição e manutenção mais baixos.

A demanda por imóveis nos grandes centros brasileiros intensificou-se na década de 1930, conforme Chalhub (2005). Entre esse período e o ano de 1964, com a promulgação da Lei nº 4.591/64, as regras vigentes (restritas ao Decreto-lei nº 5.481, de 25 de junho de 1928, alterado pelo Decreto-lei nº 5.243, de 1943 e pela Lei nº 285, de 1945) disciplinavam apenas a alienação e a utilização dos edifícios em condomínio já construídos. A atividade produtiva, porém, era exercida sem qualquer regulamentação.

Isso equivale a dizer que até 1964 o condomínio era regulamentado em lei, mas não a incorporação.

Pereira (1994) descreve uma situação de práticas eticamente irregulares, embora não ilegais para aquela época, no período imediatamente anterior à

promulgação da Lei das Incorporações. Sem responsabilidades previstas, o promotor da incorporação arregimentava todo o negócio, vendia unidades, contratava construtor, estabelecia os vínculos e, não raro, abandonava tudo e todos, “deixando-os à deriva, num mar de inflação que poderia provocar a paralisação indefinida das obras.” Ele podia intermediar as negociações: localizar um terreno adequado para construir, contatar seu proprietário, contratar o construtor, reunir pessoas interessadas na compra e vender frações do terreno. As negociações nem sempre o incluíam como parte integrante, pois ele estabelecia vínculo entre as partes sem a obrigação de seu nome constar de qualquer documento. Isso dificultava ou impossibilitava sua identificação e, portanto, em muitos casos dificilmente poderia ser responsabilizado pela incorporação que articulou.

Mediante o exposto, percebe-se a magnitude do avanço proporcionado pela lei de 1964 no sentido de se estabelecer um equilíbrio das relações obrigacionais, provendo mecanismos de segurança no negócio, para seu promotor e especialmente para os adquirentes, mais expostos a riscos até então.

Chalhub (2005) ressalta a relevância da Lei das Incorporações quanto à proteção ao adquirente, ao considerá-la precursora do Código de Defesa do Consumidor:

... pois, trinta anos antes da formulação do CDC, a Lei nº 4.591/64 já positivava no direito brasileiro um sistema de proteção do adquirente de imóveis em construção e fixava a responsabilidade do incorporador e demais profissionais envolvidos no negócio estruturado nos mesmos princípios que vieram a orientar o referido Código, isto é, os princípios da boa-fé, no seu sentido objetivo, e da função social do contrato, com eficazes mecanismos de compensação da vulnerabilidade da posição contratual do adquirente.

Um período de quarenta anos se passou até que uma inovação na lei apresentasse solução para uma questão já levantada pelo Professor Caio Mário da Silva Pereira, autor do anteprojeto da lei de 1964. O problema: os adquirentes estavam expostos ao risco de arcar com as dívidas fiscais, trabalhistas e previdenciárias do incorporador, inclusive suas dívidas pessoais do imposto de renda. O motivo era que, de acordo com a legislação, as incorporações que estivessem em andamento, sob responsabilidade do mesmo incorporador, se misturavam ao seu patrimônio e, no caso de sua insolvência, todos os adquirentes, como faziam parte de uma mesma massa patrimonial, participavam do pagamento

das dívidas, perdendo parcial ou totalmente tudo o que haviam investido na incorporação.

Dadas as circunstâncias, o fato marcante no histórico da incorporação está na promulgação da Lei Federal nº 10.931, de 02 de agosto de 2004. O estabelecimento do patrimônio de afetação, dentre todos os aspectos contemplados na nova lei, é o ponto de especial interesse, considerando-se o objetivo do presente trabalho. Ao se adotar o regime de patrimônio de afetação, cada incorporação passa a ser incomunicável com os outros patrimônios de afetação e com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador. O regime de patrimônio de afetação faz com que a incorporação responda somente por dívidas e obrigações vinculadas a si. Ela tem tratamento individual e isolado perante a lei, de tal forma que em caso de insolvência ou falência do incorporador, a construção pode ser levada à frente pelos próprios adquirentes, adotando estes as medidas necessárias para atingir bons resultados referentes a prazos, custos, qualidade e riscos.

Esse avanço na legislação pode ser considerado um tanto tardio, pois uma questão de tal relevância para os adquirentes, que se postergou de modo insolúvel por tantos anos, certamente suscitou certo descrédito dos empreendimentos de incorporações, acarretando grande prejuízo à atividade de construção de edifícios.

3.3 PARTES ENVOLVIDAS

Os autores se referem à incorporação imobiliária como uma atividade mercantil de grande complexidade na qual as responsabilidades e relações entre os envolvidos são também muito complexas. Não há como compreender o mecanismo da incorporação, sua gênese, formação, dinâmica e o sistema de construção sem uma visão das relações jurídicas eventualmente envolvidas.

A idéia do que é a incorporação, já apresentada, pode agora se tornar mais completa. Na conceituação de incorporação imobiliária apresentada por Wald (1998), a própria definição prescinde dos elementos envolvidos como seus termos integrantes. Segundo o autor, chama-se incorporação imobiliária, incorporação edilícia ou simplesmente incorporação, o contrato segundo o qual uma das partes, chamada *incorporador*, obriga-se a construir ou fazer construir um edifício composto de unidades autônomas, alienando-as à outra parte, em geral composta de mais de uma pessoa, portanto, chamada *adquirentes*, em regime de condomínio, com as

respectivas frações ideais do terreno. O traço característico dessa atividade imobiliária é a venda antecipada de unidades autônomas de um edifício a construir.

Uma relação jurídica pressupõe no mínimo duas partes, pessoas físicas ou jurídicas. Ora, pessoas envolvidas no negócio jurídico imobiliário variam segundo sua estruturação, seu grau de complexidade e seu porte. A relação pode ser simples entre vendedor (incorporador) e comprador (adquirentes) ou pode abranger um verdadeiro leque de elementos secundários, também de grande importância. Os mais comuns são os construtores, financiadores e corretores, entre outros.

Assim, a lei considera partes envolvidas essencialmente o *incorporador* e os *adquirentes*. O primeiro vende aos segundos frações de terreno sobre o qual será construído um edifício em regime de condomínio, composto de unidades autônomas, cada uma diretamente vinculada à sua fração ideal do terreno, sendo ele o responsável por todo o empreendimento até sua finalização e entrega das unidades aos adquirentes.

3.3.1 O Incorporador

Baseando-se nos Arts. 29 a 31 da Lei nº 4.591/64 e nas considerações da literatura especializada, pode-se afirmar que a figura do incorporador é o elemento central da incorporação. “A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador...” prescreve o Art. 31. Pereira (1994) considera o incorporador “a chave do negócio (...) é quem harmoniza os interesses, encaminha as pessoas e as coisas para a consecução do resultado.” Ele é, pois, responsável pelo negócio jurídico desde sua concepção até a transferência de propriedade definitiva aos adquirentes. O incorporador é o formulador da idéia da edificação, no terreno por ele escolhido, o planejador do negócio, o responsável pela mobilização dos recursos necessários à produção e comercialização das unidades projetadas e de sua regularização final no Registro de Imóveis, depois de prontas. Seu nome deve aparecer explicitamente em todos os documentos referentes à incorporação, inclusive no local da construção.

A doutrina do direito é unânime ao qualificar a atividade do incorporador como *empresarial*, configurando tal complexidade à sua atuação profissional que o empreendimento arregimentado por ele passou a ter tipicidade como *incorporação imobiliária*. A lei contempla, de um lado, o incorporador, como empreendedor e, de

outro, os adquirentes, ficando clara ao incorporador sua caracterização de empresário.

O incorporador pode ser pessoa física ou jurídica que agrupa pessoas, utiliza fatores de produção, com objetivo de produzir uma construção, comercializá-la e obter lucro, assumindo todos os riscos correspondentes. O objetivo de lucro é, obviamente, a contrapartida dos riscos que assume em razão de sua iniciativa. Ele promove, sob sua exclusiva responsabilidade, por si ou por terceiros, o planejamento geral, a viabilidade, a concepção e os estudos arquitetônicos, a aprovação do projeto de construção, o registro da incorporação, a publicidade, a comercialização, as minutas dos atos necessários à organização do empreendimento (recibos, escrituras, etc), a captação de recursos necessários, enfim, todas as medidas para a execução e controle de sua atividade empresarial.

É evidente que, para o exercício de suas funções, lhe sejam atribuídos não somente obrigações, mas também direitos. A Lei nº 4.591/64 discrimina em todo o capítulo II, art. 32 a 47, os direitos e as obrigações do incorporador. Dentre seus direitos, o de maior destaque está previsto no Art. 63 da lei, segundo o qual, a inadimplência de um adquirente, atrasando três prestações da construção, pode ter sua unidade levada a leilão e, após quitados seus débitos e despesas com o processo, receberá o saldo, se houver. Essa traz ao incorporador a garantia de continuidade do empreendimento, no cumprimento de suas obrigações.

Enfim, a condição de incorporador é estendida a proprietários e titulares de direitos aquisitivos que promovam ou contratem a construção de edifícios destinados a condomínios, sempre que iniciarem as alienações antes do final das obras.

Cabe, a essa altura, um questionamento sobre as condições em que alguém possa vir a ser um incorporador, de onde e como ele surge, qual a sua relação prévia com os elementos do empreendimento e como ele se insere no processo da incorporação. Segundo o Art. 30 da lei, são necessários determinados requisitos para que se possa assumir a função de incorporador. Só poderá ser incorporador:

- a) o proprietário do terreno;
- b) o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário, ou permutante, com contratos irrevogáveis, imissão na posse e autorização para demolir e construir;

- c) o construtor, mediante cumprimento dos requisitos legais.
- d) o corretor, mediante cumprimento dos mesmos requisitos legais.

O incorporador pode também exercer outras funções relacionadas ao empreendimento, como é o caso das atividades de construção e de corretagem, caso seja habilitado para tal; ou então ele seleciona e contrata a corretagem e o construtor para a obra, segundo seus próprios critérios. Nenhuma dessas situações descaracteriza ou interfere na sua função primordial de incorporador. São, portanto, atividades distintas, mas que podem ser exercidas ao mesmo tempo por uma só pessoa, cuja caracterização primeira é a de incorporador.

É conveniente salientar que uma configuração das mais comuns é o incorporador e construtor serem um só.

3.3.2 Os Adquirentes

A outra parte envolvida, geralmente composta de elementos múltiplos e sem qualquer tipo de vínculo entre si, é denominada *adquirentes* pela lei. Ao contrário do incorporador, não recebem tratamento legalmente restritivo ou seletivo a não ser no que diz respeito à sua obrigação de pagar os compromissos financeiros assumidos relativos à incorporação. São pessoas físicas ou jurídicas que, interessadas em adquirir uma ou mais unidades ofertadas pelo incorporador, aderem ao projeto, adquirindo suas frações de terreno onde o incorporador construirá ou fará construir as unidades autônomas correspondentes, conforme projeto já aprovado e todas as condições pré-estabelecidas.

Gomes (1986) esclarece que, embora uma só parte envolvida seja composta de um grupo de pessoas, isto não significa haver vinculação jurídica entre elas. Os adquirentes não formam um grupo organizado por força de se encontrarem em idênticas condições perante o incorporador.

A característica marcante do grupo de adquirentes é que seus interesses, como previsto na lei, são tratados junto ao incorporador, construtor ou terceiros através de uma comissão de pelo menos três elementos do grupo, a chamada Comissão de Representantes, que será tema de abordagem no capítulo sexto.

A figura 3.1 representa, da maneira mais genérica, os envolvidos na incorporação imobiliária bem como as relações entre eles.

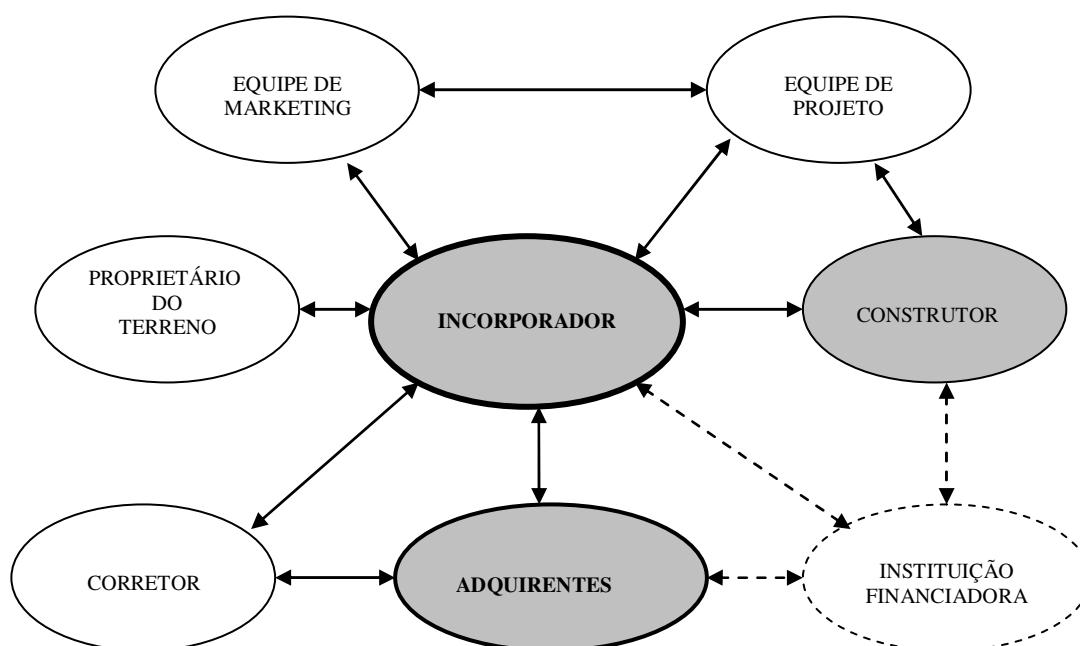


Figura 3.1- Partes envolvidas na realização da incorporação e suas inter-relações.

Fonte: Adaptado de Rodrigues (2001)

O diagrama da figura 3.1 representa o caso típico de incorporação na qual cada função é desempenhada por pessoa diferente, seja física ou jurídica. Destacam-se as figuras do incorporador e dos adquirentes como figuras centrais e essenciais ao empreendimento, bem como o construtor, em menor destaque pela sua posição juridicamente secundária no negócio.

Como o financiamento de construções de incorporação não faz parte do escopo deste trabalho, a instituição financiadora foi incluída no diagrama com a simples finalidade de indicar a possibilidade de sua presença no empreendimento, o que não é raro.

A configuração do diagrama não é obrigatoriamente fixa conforme se apresenta acima, mas pode passar por muitas variações. As alterações possíveis são o resultado do exercício de funções duplas ou múltiplas por uma mesma pessoa. Segundo previsão da própria lei, e a literatura especializada, as situações de possíveis variações mais comuns são, entre outras:

- O incorporador pode exercer também a função de construtor, uma vez que seja habilitado e estruturado para tal, conforme mencionado anteriormente, especialmente se for pessoa jurídica atuante no setor

da construção civil e o presente trabalho não considerará somente esta hipótese, apesar da alta frequência de sua ocorrência;

- O incorporador pode ainda acumular a responsabilidade da função das vendas e/ou de marketing, divulgando o empreendimento e/ou relacionando-se diretamente com os adquirentes, sem a intermediação de corretores;
- A equipe de corretores e a de marketing pode ser uma só;
- A equipe de projeto pode também pertencer ao quadro técnico do incorporador ou mesmo do construtor;
- No caso de o incorporador adquirir o terreno efetuando seu pagamento através de unidades a serem construídas (permuta), o proprietário do terreno passará a ser um dos adquirentes;
- O incorporador, sem interferência na sua condição básica, muito comumente pode ainda adquirir unidades no empreendimento, passando também a fazer parte do grupo dos adquirentes, com os mesmos direitos e deveres destes.

O incorporador, na visão de Meirelles (2005), pode se tornar uma figura *multiforme*, mas nenhuma dessas situações que possa assumir o isenta de sua condição fundamental de propulsor do negócio e responsável pela incorporação no seu todo. Mesmo no caso de mais de um incorporador para o mesmo empreendimento, estes são solidários, não podendo um imputar responsabilidades diferentes ao outro (Art. 31, § 3º da Lei nº 4.591/64).

3.4 DINÂMICA DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Embora seja um empreendimento de estrutura complexa, a incorporação, como construção, apresenta as características básicas da indústria da construção civil: cada uma delas é projeto único, que não é produzido em série e se mantém diferente da indústria de fabricação em escala, encerrando também o caráter artesanal na sua produção.

Um dos aspectos de sua complexidade é que ela requer simultaneidade na maioria das articulações do conjunto de fatores onde atuam o incorporador, como figura central, e os demais envolvidos, como já mencionado.

A incorporação não se ajusta obrigatoriamente a uma única modelagem quanto aos seus procedimentos, mas é possível identificar alguns aspectos fundamentais de sua estruturação e desenvolvimento.

1. A *identificação de um terreno* apropriado para a construção é o primeiro passo. Para o passo inicial, o incorporador, dentro de seus atributos de empresário, age baseado na percepção das tendências do mercado e da demanda por novos imóveis, utilizando, para isso, os meios que dispuser ou julgar mais apropriados. Ele deve procurar adequar a tipologia de imóveis demandados à lei de uso e ocupação do solo. Segundo Alves (2006), construtores e incorporadores têm atualmente, no geoprocessamento, um meio de alta tecnologia para a identificação de áreas urbanas disponíveis e compatíveis com seus empreendimentos, principalmente nos grandes centros urbanos. Após essas definições fundamentais, seguem-se então os procedimentos típicos e comuns à maioria dos projetos de construção:
 - Desenvolvimento de estudo preliminar de arquitetura, considerando-se a compatibilidade do padrão da construção com a localização do terreno entre outros fatores de influência;
 - Análise preliminar da viabilidade técnico-econômica.
2. *Aquisição do terreno*, dentro de umas das formas admitidas legalmente – compra e venda, promessa de compra e venda ou permuta.
3. Elaboração do *projeto definitivo*, registro no CREA e sua aprovação pelos órgãos competentes.
4. Registro e arquivamento do *Memorial de Incorporação* no Registro de Imóveis. O Memorial de Incorporação corresponde a um dossiê composto de peças de natureza jurídica, técnica, econômica e financeira referentes à implementação do empreendimento, conforme relacionadas minuciosamente no art. 32 da Lei nº 4.591/64.

Quanto à documentação de natureza jurídica, deverão fazer parte do Memorial de Incorporação:

- Provas de regularidade do título de propriedade do terreno;
- Regularidade fiscal nas esferas federal, estadual, municipal e regularidade das responsabilidades trabalhistas;
- Histórico vintenário de propriedade do imóvel;
- Certidões negativas de protesto de títulos de ações cíveis e criminais e de ônus reais para o imóvel e para os alienantes e incorporador;
- No caso do incorporador ser o construtor ou o corretor, deve comprovar o cumprimento do disposto no art. 31, §1º da lei;
- Declarações de idoneidade financeira, passadas por instituições financeiras, etc.;
- Minutas de futura convenção de condomínio e futuro regimento interno.

Dentre as peças técnicas exigidas para o Memorial de Incorporação destaca-se o projeto definitivo, registrado no CREA e aprovado pelos órgãos competentes. O projeto aprovado constitui o primeiro elemento de caracterização do objeto da incorporação, e que lhe confere a individualidade característica dos Projetos da construção civil. As demais peças que, aliadas ao projeto, completam a caracterização do edifício e das unidades autônomas, são regulamentadas e padronizadas pela norma NBR 12721:1999:

- Cálculo das áreas das edificações: global e partes comuns, cada unidade e respectiva área construída;
- Discriminação das frações ideais de terreno e suas correspondentes unidades autônomas;
- Memorial descritivo das especificações;
- Avaliação do custo global da obra e o custo de construção de cada unidade;
- Cronogramas físico e financeiro.

O registro e arquivamento do Memorial de Incorporação é o ato básico do negócio. É ato preliminar, requisito legal e indispensável para o incorporador no exercício da sua atividade. Sem ele o incorporador não está legitimado para a oferta pública de comercialização das unidades.

A individualidade de cada incorporação é identificada pelo seu número do Registro de Imóveis, através da emissão da certidão de registro da incorporação, uma vez examinada e aprovada a documentação do memorial. O número, o cartório e o nome do incorporador devem ser explicitados em toda a documentação e material de publicidade do empreendimento, inclusive no local da obra em execução.

O registro tem prazo de validade fixado (180 dias) o qual pode ser renovado. As alienações de unidades só podem ser efetuadas dentro da validade do registro (Art. 33 da Lei nº 4.591/64 e Art. 12 da Lei nº 4.864/65).

É facultado ao incorporador, estabelecer um *prazo de carência* através de declaração escrita que integra as peças legais do Memorial de Incorporação, o qual é improrrogável e nunca pode ultrapassar o prazo inicial ou de revalidação do registro. Dentro desse prazo e mediante as condições constantes da declaração do prazo da carência que o autorizem, é lícito ao incorporador desistir do empreendimento (Art. 34 da Lei nº 4.591/64).

5. A *comercialização das unidades* pode agora se iniciar legalmente e é feita de modos variados. Pode-se realizar através dos meios de oferta pública que o negócio comportar e segundo a filosofia administrativa do incorporador: maior ou menor publicidade, com divulgação pelos meios mais adequados a critério do incorporador ou de empresa especializada, no caso de terceirização, ou ainda por meios mais diretos e simples. Um dos procedimento mais comuns de formalização do negócio entre incorporador e adquirentes é mediante contrato de promessa de compra e venda de fração ideal de terreno vinculado à contratação da construção da unidade.

6. Como já visto, a *construção* pode se iniciar antes ou após a comercialização das unidades. As atividades anteriores à construção se

desenvolvem como em todo outro projeto de construção. No entanto, essa é a fase do empreendimento sujeita à grande maioria dos fatores de risco.

A execução da obra deve ser feita mediante o rigoroso cumprimento de toda a orientação técnica constante do Memorial de Incorporação quanto aos requisitos de prazos, custos e qualidade.

As principais obrigações das partes envolvidas no negócio são praticadas e exigíveis no período da construção. Em contrapartida, também os principais direitos das partes são exigíveis aí. Isto equivale a dizer que construir ou fazer construir, rigorosamente dentro das condições contratadas, é obrigação do incorporador atendendo o direito geral dos adquirentes de ter a construção executada satisfatoriamente. Analogamente, o direito do incorporador de arrecadar recursos para a construção tem sua correspondência direta na obrigação dos adquirentes de pagar o preço, em geral parcelas com vencimento durante a obra e, em certos casos, também após a obra.

No início dessa fase da incorporação, constitui-se a chamada Comissão de Representantes, composta do mínimo de três dos adquirentes (nomeada pelo incorporador no contrato de construção ou por eleição em assembléia geral dos adquirentes). A função geral da Comissão de Representantes é a de representação dos interesses do grupo de adquirentes perante o construtor, incorporador ou terceiros, no acompanhamento e controle da obra. As atribuições da Comissão estão detalhadamente prescritas nos Arts. 31-A a 31-F, introduzidos à Lei nº 4.591/64 pela de nº 10.931/2004. A comissão desempenha papel muito significativo nas relações entre os envolvidos na incorporação no que diz respeito ao acompanhamento e controle da obra, à execução do contrato de construção e aos riscos implícitos. Por se estabelecer, através da comissão de representantes uma relação de alta significância quanto aos interesses do incorporador/construtor e grupo dos adquirentes, caracterizando, muitas vezes, situações de conflito e/ou de riscos, uma análise mais acurada dos desdobramentos das atribuições e ações da referida comissão será apresentada no capítulo sexto do trabalho.

7. Após a conclusão da obra, o incorporador, tendo providenciado o “habite-se” de cada unidade, providenciará também a averbação e registro da construção das unidades. Nesse ato, as unidades autônomas, já previamente identificadas, serão registradas sob número individualizado, desvinculando-se do registro “mãe” inicial da incorporação como um todo. Em caso de sua omissão quanto à averbação, esta poderá ser feita pelos próprios adquirentes.

8. Os procedimentos seguintes, como instalação do condomínio, etc., não serão abordados por não se situarem no campo de interesse ao contexto deste trabalho, pois se encontram fora do escopo da construção propriamente dita, não se incluindo normalmente nas atividades técnicas de engenharia.

A fase de construção, foco deste trabalho, encontra no contrato o instrumento norteador e regulador das relações obrigacionais entre os envolvidos. A consecução da construção se faz apoiada no contrato, considerando-se seus diversos aspectos. O conhecimento aprofundado desse instrumento de importância fundamental é indispensável em qualquer Projeto de engenharia e ao exercício profissional, especialmente para as incorporações imobiliárias, conforme se observará. Como o instituto contrato não é exclusivo de aplicação na construção, serão apresentados, a seguir, os fundamentos que regem as mais variadas naturezas de relações obrigacionais.

4 O CONTRATO

Não se pode compreender o mecanismo da realização das incorporações imobiliárias e o sistema de construção em geral sem uma visão panorâmica das bases conceituais das relações jurídicas eventualmente envolvidas.

A formação do profissional da área técnica, segundo Francisco e Haddad (2002), não proporciona um conhecimento jurídico mínimo necessário, ficando esse conhecimento restrito aos círculos especializados. A questão contratual é matéria ampla e pode se tornar mais complexa nos seus muitos meandros, o que não significa que seja inacessível para os profissionais de formação técnica e nem que seja necessário um estudo em toda a profundidade que o assunto proporciona.

Este capítulo trata de aspectos da teoria dos contratos, que são de interesse de aplicação à construção civil, abordando não apenas o contrato de construção, mas o instrumento *contrato* em geral, propiciando uma formação de embasamento mais consistente, onde o contrato de construção não seja visto como elemento isolado, mas inserido em um contexto de diversidade de relações jurídicas tal como é a realidade do universo dessas relações.

É de conhecimento geral que os contratos não são aplicáveis somente para o caso de execução de projetos de engenharia. Têm a função de estabelecer as condições acordadas entre as partes para muitos diferentes tipos de relações ou negócios jurídicos. Os autores, de modo geral, são explícitos ao estabelecer a equivalência entre os termos “contrato” e “negócio jurídico”.

Wald (1998) enfatiza, contudo, que não se deve confundir negócio jurídico com ato jurídico. O contrato ou negócio jurídico cria, modifica ou extingue obrigações de conteúdo patrimonial. Ao contrário, o ato jurídico não contempla obrigatoriamente

conteúdo patrimonial. Quando sim, torna-se então contrato. Por exemplo, casamento e adoção criam obrigações, mas não de conteúdo patrimonial, não sendo assim classificados como contratos. Porém a compra, venda, locação, empreitada e outros são contratos devido ao conteúdo de natureza patrimonial.

Segundo Gomes (1986), os principais contratos típicos são: a compra e venda, a troca, a doação, a promessa de venda, a locação, a empreitada, o transporte, o empréstimo, o depósito, o mandato e, entre outros, os contratos bancários e os de incorporação imobiliária.

Novas figuras contratuais estão entrando na esfera dos negócios, e sendo gradativamente tipificados na legislação especial ou ainda esperam tratamento específico. É o caso do *leasing* e o *know-how*, por exemplo.

Na construção civil, a implementação de projetos, entendidos como empreendimentos constituídos de suas fases características, é um processo que envolve inúmeros insumos e grande diversidade de atividades, durante certo período de tempo. Isto proporciona ao proprietário as opções de executá-lo por si mesmo ou adjudicar a execução a terceiro(s).

De acordo com Limmer (1997), para a primeira opção de execução, pressupõe-se que o proprietário deva possuir a estruturação mínima necessária e compatível com a atividade a desempenhar, o que significa ter condições técnicas, financeiras e jurídicas. Mesmo em caso de ter estrutura ampla, haverá sempre determinados serviços especializados que o proprietário preferirá delegar a terceiros. Eles podem ser executados por quem possui mais experiência e domina melhor técnica, resultando em melhores custos e menores prazos para um nível superior de qualidade dos serviços. Há necessidade, então, de que sejam registradas de maneira apropriada as condições de sua execução.

Em se tratando da hipótese em que o proprietário entregará o Projeto para ser totalmente executado por terceiro ou terceiros, mais fortes são os motivos para que a implementação tenha suas condições devidamente registradas sob forma mutuamente adequada.

O *contrato* é o instrumento que cumpre a finalidade do registro dessas condições estabelecidas entre o proprietário e o executor na implementação do Projeto total ou de serviços especializados.

4.1 FUNDAMENTOS DO CONTRATO

4.1.1 Definição

A Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, que estabelece normas sobre licitações e contratos administrativos para obras, serviços, alienações e locações no âmbito dos Poderes Federal, Estadual, do Distrito Federal e Municipal, define:

[...] considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Públicas e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Os autores apresentam definições sob formas variadas, mas equivalentes em conteúdo. Dentre eles, Meirelles (2002) define: “*Contrato* é todo acordo de vontades firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos”. O autor acrescenta que todo contrato é, em princípio, um negócio jurídico bilateral e comutativo. Bilateral implica em que seja realizado entre, no mínimo, duas pessoas e comutativo devido às partes se obrigarem a prestações mútuas e equivalentes em vantagens e encargos.

Limmer (1997), em referência específica ao contrato de construção, acrescenta detalhamento ao conceito anterior definindo que um contrato é o registro formal do consenso das vontades expressas por duas ou mais partes, com a finalidade de pautar uma atividade qualquer, como a prestação de serviço, o fornecimento de um bem ou a execução de determinada construção, na qual são fornecidos serviços e bens, que compreendem materiais e equipamentos. As partes firmam livremente o contrato e este sintetiza o coroamento de um processo formal de negociação.

Embora sejam conceitos aparentemente simples e auto-explicativos aos olhos técnicos da engenharia, há divergências nos desdobramentos desses conceitos, do ponto de vista do direito.

Gomes (1986), referindo-se às partes envolvidas, enfatiza que, dentro de uma visão conceitual genérica, as partes não são sempre necessariamente duas e nem se deve identificar partes com pessoas. Uma das partes, por exemplo, pode ser composta de diversas pessoas, como visto no item 3.3.2, no caso de venda de unidades autônomas em uma incorporação imobiliária. Há também circunstâncias

em que as duas partes são a mesma pessoa - autocontrato ou contrato consigo mesmo. Isto pode ser exemplificado com o caso de um proprietário de usina de açúcar que decide constituir outra empresa, dentro da área da usina, para cultivo e fornecimento de cana-de-açúcar para a própria usina.

Por outro lado, representando o pensamento de uma corrente diversa, Wald (1998) afirma que o contrato envolve obrigatoriamente duas partes, não sendo o autocontrato admitido no Brasil. Há ocorrências de situações parecidas e que são consideradas autocontratos. Exemplificando, pode-se supor o caso de uma pessoa ser uma das partes e ela própria ser também representante ou procuradora da outra parte. Mesmo assim, há pelo menos duas partes e duas vontades, embora representadas pela mesma pessoa.

Há também os contratos plurilaterais e os coletivos. Os plurilaterais são, por exemplo, aqueles celebrados entre os sócios de uma empresa. Os coletivos são contratos nos quais pelo menos uma das partes é constituída por algum tipo de organização que abriga muitos membros. Um exemplo esclarecedor é uma entidade de representação de classes, como é o caso dos sindicatos.

4.1.2 Princípios básicos do direito contratual

Os autores divergem entre si ao enunciarem os princípios do Direito Contratual. Mas as diferenças estão apenas na sua enumeração. Ao dissertarem sobre os princípios enunciados, outros são mesclados à dissertação devido à íntima relação entre eles. A razão disto é que os princípios não podem ser vistos ou analisados isoladamente entre si, pois são temas indissociáveis, de tal maneira que, se complementando, compõem a fundamentação dos negócios jurídicos. Meinelles (2002), Limmer (1997) e Barros Neto (1991) apontam dois princípios como sendo os principais: o da lei entre as partes e a obrigatoriedade dos contratos. Porém mencionam outros no desenvolvimento dos dois conceitos, e que são claramente complementares aos primeiros dois ou estão naturalmente incluídos nos seus conceitos.

De maneira mais abrangente e didática, Wald (1998) apresenta quatro princípios fundamentais sobre os quais se baseia o Direito Contratual:

- Autonomia da vontade
- Supremacia da ordem pública
- Obrigatoriedade dos contratos
- Boa-fé

1) A *autonomia da vontade* inspirou o art. 1.134 do Código Civil francês, segundo o qual “*as convenções têm valor de lei entre as partes*” (*lex inter partes*), princípio adotado generalizadamente hoje, segundo o qual se torna imutável tudo o que foi acordado. Embora a maioria dos autores trate o assunto sob um foco uno, Wald (1998) apresenta a autonomia da vontade sob dois aspectos:

- A liberdade de contratar – é o princípio segundo o qual é garantida a faculdade de se realizar ou não determinado contrato, o que equivale à possibilidade de se realizar ou não um negócio.
- A liberdade contratual – é a possibilidade de se estabelecer o conteúdo do contrato, ou seja, a liberdade de fixação das modalidades ou condições da realização do negócio.

Considerando os dois aspectos acima, a literatura especializada apresenta abordagens diversificadas sobre a limitação da liberdade no plano contratual, ao correlacionar a divergência entre o individualismo de interesses da negociação envolvida com o interesse público, representado pelos bons costumes e a estrutura social, econômica e política da comunidade.

Meirelles (2005) sintetiza a questão, baseando-se no Código Civil Brasileiro de 2002, segundo o qual “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social* do contrato”. Em outras palavras, para a legalidade do contrato, deve haver uma composição justa entre os direitos individuais e coletivos, a satisfação dos interesses das partes em harmonia com os valores e ideais da comunidade, o que traduz a função social do contrato.

Para um melhor entendimento sobre a questão das limitações da autonomia da vontade, Wald (1998) esclarece que as idéias solidaristas e socialistas e a

hipertrofia do Estado levaram o direito ao *dirigismo contratual* que diminuiu e restringiu a autonomia da vontade, em virtude da elaboração de normas legislativas fixando princípios mínimos que os contratos não podem afastar – salário mínimo, tabelamento de gênero, fixação de porcentagem de juros, etc.

2) *Supremacia da ordem pública* é o princípio que vem estabelecer os limites da liberdade individual contratual em função da manutenção da ordem pública nas suas várias dimensões, conforme exposto acima. Aí está fundamentada e assim se conceitua a chamada função social do contrato, muito frequentemente mencionada pelos autores e devidamente esclarecida por Meirelles (2005).

3) *A obrigatoriedade dos contratos* constitui uma projeção no tempo da liberdade contratual, fazendo com que sejam rigorosamente cumpridas todas as condições de obrigações e direitos acordadas enquanto houver vigência do contrato, até a sua extinção (*pacta sunt servanda*). Pode-se assim afirmar que, nos contratos, *não é suficiente a lei entre as partes, sendo também obrigatório o cumprimento de tudo o que ficou estabelecido naquela lei*.

4) *A boa-fé* é abordada por Meirelles (2005) à luz do Código Civil de 2002 como um conceito de extrema relevância na interpretação, celebração e execução dos negócios jurídicos.

O Art. 113 deixa claro que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Mais à frente classifica como ato ilícito o titular de direito que, ao exercê-lo, desrespeita manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes e que os contratantes são obrigados a guardar, da celebração à conclusão do contrato, os princípios da probidade e da boa-fé.

Não se trata aqui, da *boa fé subjetiva*, que impulsiona a(s) parte(s) à realização de negócio dentro de um espírito de ingenuidade, ignorância ou desinformação e que venha a lhe(s) ser prejudicial. Trata-se da *boa-fé objetiva*, da correção de conduta, da honestidade das pessoas de bem, que realizam seus

negócios para a consecução de seus interesses, sem causar prejuízos de qualquer natureza a outros.

Wald (1998) faz referência a dois conceitos da boa-fé: o conceito psicológico e o ético, que correspondem aos mencionados acima: o conceito do subjetivismo e o da boa-fé objetiva, respectivamente.

Em alguns países as duas concepções da boa-fé são levadas em consideração no tratamento das questões contratuais.

4.1.3 Interpretação dos contratos

A interpretação é indispensável em toda manifestação de vontade, a fim de que se possa saber seu exato significado e alcance, as situações que previu e os efeitos pretendidos.

Da mesma forma que a lei, ato de vontade do Estado carece de interpretação do juiz para sua aplicação, a vontade contratual também precisa do cuidado de interpretação, devendo ser realizado pelas partes, nas suas relações jurídicas, e pelo magistrado, no caso do surgimento de conflito de interesses. Wald (1998) constata que a questão assume importância prática devido ao número de pleitos originados pelas divergências na interpretação contratual, devido à falta de técnica na elaboração do documento, que pode apresentar contradições ou deixar pontos essenciais sem um tratamento adequado.

Ao longo do tempo houve grande evolução na interpretação contratual. A princípio a hermenêutica era o meio empregado, mas foi cedendo lugar para outros modelos de interpretação. De maneira geral os processos e técnicas de fixação do sentido da lei (literal, histórico, sociológico, sistemático e lógico, por exemplo) são utilizados, mesmo porque a hermenêutica não tenha conteúdo imperativo.

Modernamente, no Brasil, especialmente a exemplo dos códigos italiano e francês, a interpretação contratual é concentrada na atenção ao acordo da vontade das partes, à boa-fé presumida e aos usos e costumes locais, buscando-se a interpretação das cláusulas que permita dar sentido ao contrato e assegurar a sua execução, em detrimento da busca do puro significado e sentido das palavras.

4.1.4 O Consumidor e a interpretação contratual

O CDC, Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990), veio incorporar novas regras ao direito, de acordo com Wald (1998), sempre sustentado pela base doutrinária resumida anteriormente.

O Capítulo VI, que compreende os artigos 46 a 54, dá tratamento exclusivo às questões contratuais envolvidas nos negócios jurídicos. Sob o título “Da Proteção Contratual”, subdivide-se em três seções:

I – Disposições Gerais – trata de regras da interpretação contratual

II – Das Cláusulas Abusivas – pontos de conteúdo abusivo no contrato

III – Dos Contratos de Adesão – apresenta regras a tal tipo de contrato

Alguns aspectos devem ser destacados:

- - O Art. 46 impõe que o contrato é ineficaz se não comunicado previamente ao consumidor ou se apresentar redação com características obscuras, dificultando sua compreensão e alcance.
- - Mais incisivo é o Art. 47: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

Segundo Meirelles (2005), os contratos de construção, assim como todos os outros tipos de contratos estão sujeitos a essas prescrições, não só do código de Defesa do Consumidor, mas também do Código Civil e outros dispositivos doutrinários e legais.

O Código de Defesa do Consumidor define, genericamente, duas partes relacionais: o fornecedor e o consumidor. Nelas estão subentendidos, respectivamente, o construtor e o contratante ou adquirente de imóveis, conforme Arts. 2º e 3º. Embora a lei disponha sobre a proteção do consumidor, ela não deve ser considerada de cunho meramente protecionista ao consumidor. Pelo contrário; uma vez que estabelece os requisitos a serem cumpridos para o justo atendimento ao cliente, é também um conjunto de diretrizes para fornecedores se pautarem dentro de padrões competitivos e de contínua evolução técnica e ética, auxiliada por preceitos legais objetivamente definidos.

O autor considera o código um importante subsídio para a gestão empresarial da construção civil. O Código de Defesa do Consumidor caminha paralelamente aos objetivos estabelecidos pela NBR ISO 9001:2000 – Sistemas de gestão da qualidade – Requisitos, bem como pelas outras normas da série 9000 da família ISO, no tocante à satisfação das necessidades dos clientes. A norma determina a adoção de uma *abordagem de processo* para o desenvolvimento, implementação e melhoria da eficácia de um sistema de gestão da qualidade para aumentar a satisfação do cliente pelo atendimento aos seus requisitos e necessidades. Da mesma forma também o código pode ser reconhecido como estimulador e orientador da *melhoria contínua* nos sistemas de gestão da qualidade de construtoras.

4.1.5 Atributos e composição do documento contratual

Em função de dar cumprimento a tais disposições doutrinárias e legais da interpretação contratual, a preparação e elaboração do documento contratual devem obedecer a certas recomendações objetivas. O Tribunal de Contas da União (2003) estabelece em sua publicação “Licitações e Contratos: orientações básicas”: “Os contratos administrativos devem ser redigidos com objetividade e linguagem simples e usual. Termos de difícil compreensão devem ser evitados”. Outra publicação do mesmo órgão público “Obras Públicas: recomendações básicas para contratação e fiscalização de obras de edificações públicas” determina que os contratos devem estabelecer de modo preciso e claro as condições para sua execução, expressando-as através de cláusulas que definam responsabilidades, obrigações e os direitos das partes, dentro do que já está preestabelecido. É importante lembrar que tais recomendações do TCU são fundamentadas na Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 - §1º do Art. 54. Limmer (1997) enfatiza que o contrato é o registro escrito de todos os detalhes acordados entre as partes e deve ser “vazado em linguagem clara e objetiva, tanto no que diz respeito aos aspectos técnicos dos serviços a executar, quanto aos aspectos econômico-financeiros e jurídicos que define”.

Para que o contrato seja dotado desses atributos de qualidade deve-se, então, elaborá-lo dentro de padrões de linguagem de entendimento acessível: correta, clara, objetiva, simples, concisa, precisa e detalhada, e explicativa e esclarecedora, quando necessário.

De acordo com Gomes (1986), o *instrumento* contratual (qualquer tipo) compõe-se, essencialmente de duas partes: o *preâmbulo* e o *contexto*.

O preâmbulo deve conter a qualificação das partes, a declaração do objeto e, de regra, as razões determinantes de sua realização ou os objetivos dos contratantes. Ele pode assumir destacada importância para a interpretação contratual, dependendo de seu conteúdo ser mais abrangente.

O contexto compõe-se da série ordenada de disposições denominadas cláusulas obedecendo à praxe da seqüência numerada e com os títulos de seus conteúdos, procurando-se esgotar por completo cada tema dentro da própria cláusula, organizando-a em alíneas, itens, etc., evitando-se dispersar um mesmo tema em diferentes cláusulas. Tal organização facilita a compreensão do texto em geral e torna mais ágeis as constantes consultas das partes em busca de esclarecimentos a possíveis dúvidas pontuais.

Não há limitação para o número de cláusulas nem uma seqüência obrigatória das mesmas, porém, Gomes (1986) recomenda não avolumar o texto com cláusulas ociosas ou com a reprodução inútil de textos legais, mas que se procure dar ordenação lógica ao conjunto “usando termos com propriedade e precisão técnica”. O contrato tenderá então a ser um documento transparente, dotado das adequadas condições de interpretação e de cumprimento eficaz de sua função.

Alguns aspectos devem ser destacados na elaboração dos contratos:

- Não ressalvadas pelas partes, são presumidas como incorporadas ao contrato as cláusulas previstas na lei;
- Cláusulas impostas em preceitos *imperativos* da lei inserem-se automaticamente ao contrato, substituindo, inclusive, as que lhes forem contrárias;
- Deve-se fazer menção expressa de todos os *documentos complementares* ao contrato, como o caso de projetos de diversas naturezas e seus detalhes, memoriais, especificações técnicas, orçamentos, cronogramas, normas técnicas, etc., e estes devem ser autenticados pelas partes.

Os contratos podem ser firmados de duas maneiras, como prevê a legislação: por *instrumento público* ou por *instrumento particular*. Na primeira hipótese o tabelião recolhe o ditado ou cópia da minuta fornecida pelas partes e o transcreve em livro próprio e na segunda eles podem ser datilografados, digitados, impressos ou manuscritos por uma das partes, conforme o que foi acordado nas negociações que levaram ao consenso.

A opção por um ou outro instrumento não é sempre de liberdade total dos contratantes. Há certas imposições legais para diferentes casos. O código Civil prevê, por exemplo, que a venda de imóveis de valor superior a certo limite estipulado só é válida mediante escritura pública.

4.2 CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

A Teoria Geral dos Contratos apresenta uma grande diversidade de critérios de classificação dos contratos que, apesar de aparentar um cunho apenas teórico, traz repercussões práticas, pois cada tipo de contrato tem seus próprios desdobramentos legais. Tais conseqüências influenciam nas situações diárias vivenciadas pelas partes envolvidas nos contratos e, em caso de divergências, podem ser de ajuda eficaz na solução das divergências.

Atualmente o direito contempla variados critérios simultâneos para classificar os contratos. Os critérios podem variar de acordo com o número das partes sobre as quais recaem as obrigações, com base no prazo de sua execução, de acordo com transferência da posse de bens, quanto à regulamentação específica contida na lei, quanto à forma solene ou conforme a maior ou menor liberdade que as partes têm de discutir e fixar o conteúdo contratual, etc.

Desta forma, a classificação se apresenta dentro de um modelo matricial ou cruzado, sendo que um mesmo contrato pode ser classificado de mais de uma maneira, de acordo com Francisco e Haddad (2002). Por isso, ao se caracterizar determinado contrato, pode haver necessidade de lhe atribuir vários adjetivos, resultantes dos diferentes critérios classificatórios.

A classificação dos contratos do ponto de vista do direito, no seu todo, não representa interesse para o presente trabalho. Algum conceito envolvido pode ser apresentado oportunamente, quando necessário. No entanto, certos aspectos da

classificação contratual abordados por Wald (1998) são representativos para a aplicabilidade da Teoria Geral dos Contratos às atividades da construção civil, e passam a ser apresentados a seguir, mesmo que de maneira resumida.

4.2.1 Contratos típicos e atípicos

Diz-se que um contrato é *típico* ou *nominado* quando o mesmo já possui denominação própria e já tem tratamento individualizado doutrinária e legalmente. Então, o contrato tem suas regras disciplinares deduzidas de maneira precisa nos Códigos e nas Leis. É o caso das locações, doação, compra e venda e outros.

Os demais, que não atendem as condições acima, são os chamados contratos *atípicos* ou *inominados*.

4.2.2 CONTRATOS CONEXOS

Um grupo de contratos que mantêm relação entre si para a consecução do mesmo objetivo é denominado contratos conexos. De acordo com Meirelles (2005), eles podem anteceder um ao outro, podem ter execuções simultâneas ou se sucederem. Wald (1998) apresenta didaticamente as condições em que a conexidade pode existir:

- Quando um dos contratos é o principal e os demais lhe são auxiliares ou dependentes como na situação de contrato de locação (principal) e contrato de fiança (conexo auxiliar ou acessório). Segundo a literatura especializada, a nulidade ou rescisão de um dos contratos pode levar à resolução do(s) outro(s), até independentemente de ser o principal ou o acessório, se este for o acordo entre as partes.
- Entre contratos independentes entre si. Veja-se a hipótese de um vendedor de uma loja comercial e que ainda mantém mercadorias em saldo de estoque, mas a venda de ambos (loja e estoque) deve ser realizada para que o vendedor atinja seu objetivo de se ver completamente desvinculado do conjunto de bens. São contratos conexos, mas independentes.

O contrato de construção tem normalmente uma série de contratos conexos. Entre os principais estão o de projeto, o de fiscalização, o de projeto e fiscalização, o de gerenciamento e de incorporação imobiliária.

4.2.3 Contratos de adesão

Contratos de adesão constituem um tipo especial de contrato, ao qual alguns autores atribuem características de ser um contrato original e singular, mas que nem por isso perdeu sua natureza contratual.

Nestes tipos de contrato, as circunstâncias dentro das quais é estabelecida uma relação contratual se caracterizam pela desigualdade jurídica, de tal modo que uma das partes não exerce a sua liberdade de decidir o conteúdo do contrato, mas apenas pode decidir contratar ou não contratar. Pode-se dizer que nos contratos de adesão, uma das partes contratantes só pode dispor de sua *liberdade de contratar*, não da *liberdade contratual*.

Trata-se de uma padronização do contrato na qual uma das partes estabelece e propõe o conteúdo à outra, que pode ou não aderir às condições propostas, sem, porém, formular contrapropostas. A maioria dos contratos de adesão é geralmente baseada em dispositivos legais ou mediante aprovação de autoridades competentes, sem a possibilidade de negociação, modificação ou contraproposta. São utilizados quando o contratado presta um tipo de serviço ou fornecimento padronizado a um número de pessoas e não é possível, por razões diversas, estabelecer negociações contratuais particularizadas com cada contratante. Isso é considerado pelos juristas em geral como uma condição natural decorrente da sociedade moderna; do consumo em massa.

Os contratos de adesão podem ser decorrentes da técnica amplamente desenvolvida atualmente em que as grandes empresas fixam modelos de contratos que apresentam ao público ou também da interferência do Estado na economia, determinando que certos tipos de contratos só podem ser utilizados após aprovação governamental através de órgãos competentes. As passagens aéreas, planos de saúde e apólices de seguros são exemplos elucidativos.

Nos casos mais comuns de utilização desses contratos, pode-se deduzir a importância dos seus reflexos práticos na vida das pessoas. Face às respectivas

situações dos contratantes, quando um deles exerce um monopólio de fato ou de direito em relação a serviços essenciais à sociedade, a outra parte se vê obrigada a contratar os serviços dentro das condições estipuladas pela parte dominante – seguros, luz, gás, telefone, água, transportes, financiamento ao consumidor, etc.

Deve-se ressaltar que os contratos de adesão não são instrumentos utilizados apenas por grandes empresas com grande número de contratantes, ou por prestadoras de serviços básicos, mas empresas privadas de pequeno e de médio porte, com número bem menor de clientes, também lançam mão desse tipo de contrato.

Esses contratos geralmente se apresentam como documento impresso no qual o contratante preenche lacunas deixadas em branco e que “individualizam” o documento. Na realidade a individualização é apenas a caracterização do contratante e do produto, não a individualização do contrato, pois este é o mesmo para todos os contratantes.

4.3 CONTRATO PRIVADO E CONTRATO ADMINISTRATIVO

Para se alcançar uma compreensão satisfatória dos conceitos destes tipos de contrato, algumas breves considerações preliminares se fazem necessárias, mesmo que de forma bastante sucinta.

De acordo com Barros Neto (1991), o direito se divide primariamente em dois grandes ramos: o *Direito Público* e o *Privado*.

O primeiro ramo se subdivide em Direito Público Interno e Direito Público Externo. O primeiro é aquele que regula os interesses sociais e estatais contemplando apenas reflexamente a conduta individual (*direito administrativo, trabalhista, tributário, eleitoral, etc.*). O segundo é o que rege as relações entre estados soberanos e as atividades individuais no contexto internacional.

O Direito Privado, por sua vez, regula predominantemente os interesses individuais de maneira a assegurar a coexistência das pessoas no âmbito social tanto nas relações entre indivíduos quanto na relação entre indivíduos e Estado. Compreende o Direito Civil (relações civis) e Direito Comercial (relações comerciais).

A instituição do *contrato*, conforme Meirelles (2002), seja público ou privado, é típica do direito privado, regida pela *teoria geral dos contratos* e dominada pelos princípios delineados em 4.1.2.

O *contrato privado* ou *particular* (não deve ser confundido com contrato por instrumento particular), firmado entre pessoas físicas ou jurídicas particulares, tem liberdade ampla e informal, respeitados os preceitos restritivos legais já mencionados anteriormente.

O *contrato administrativo* pode ser utilizado na pureza original do direito privado (*contratos privados realizados pela Administração*) ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (que são regidos pelos diversos tipos de contratos públicos e dentre os quais este trabalho destaca os *contratos administrativos*). O Art. 54 da Lei nº 8.666/93 determina que os contratos administrativos regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos do direito público, sendo-lhes supletivamente aplicados os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

O que tipifica o contrato administrativo é a presença da Administração na relação jurídica bilateral com *supremacia de poder*, a qual provê respaldo às chamadas *cláusulas exorbitantes*, pelas quais a Administração pode praticar unilateralmente determinados atos previstos na Lei nº 8.666/93, como fixar ou alterar certas condições contratuais ou mesmo rescindir o contrato, conferindo à Administração o chamado *privilégio administrativo* dentro da relação contratual. A participação da Administração na relação de negócio com prerrogativa de Poder Público qualifica o ajuste como *contrato público* regido por normas do direito público justamente para atender ao *interesse público*.

A de aproximação do foco do trabalho sobre os riscos contratuais, leva o capítulo próximo a fazer uma abordagem específica dos contratos de construção e suas características. Os contratos de construção são sempre precedidos de algumas etapas típicas, que constituem o chamado *processo de contratação*, por isto este também é apresentado conjuntamente.

5 CONTRATO DE CONSTRUÇÃO E O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO

5.1 O CONTRATO DE CONSTRUÇÃO

5.1.1 Conceito e caracteres

De acordo com Pereira (1994), a Lei nº 4.591/64 representa um marco histórico e efetivo do contrato de construção, pois, foi através dela que este tipo de contrato teve seu primeiro tratamento legal passando a ser dotado de tipicidade, embora ainda embutido na lei de Condomínios e Incorporações. Até então era contrato atípico, não contemplado em lei, e era praticado admitindo uma enormidade de possibilidades de arranjos e condições contratuais. A lei lhe proporcionou regulamentação nos seus aspectos gerais, nas obrigações das partes a partir das modalidades que pode assumir – empreitada e administração, modalidades estas que serão abordadas adiante.

Por outro lado, segundo Meirelles (2005), a legislação brasileira ainda não contempla o *contrato de construção* como instituto autônomo, mas a doutrina já o considera como espécie distinta dos ajustes tradicionais e, na prática, já é consagrado como instrumento legal da indústria da construção civil. Percebe-se, então, que não há discordância substancial entre os dois autores, sob um ponto de vista mais objetivo e prático.

É importante salientar que, como qualquer outro tipo de contrato, o de construção também está sujeito a todos os preceitos doutrinários da Teoria Geral dos Contratos.

Considerando-se o objetivo do contrato, as partes nele envolvidas e os parâmetros que estabelecem as obrigações peculiares recíprocas, pode-se entender

o contrato de construção como todo ajuste para execução de obra sob responsabilidade e direção do construtor (contratado), pessoa física ou jurídica habilitada a construir e que executará os trabalhos especificados nos projetos, dentro das condições estabelecidas em acordo com o proprietário (contratante).

Como se sabe, as ações do dia-a-dia pertinentes à gestão dos contratos de construção normalmente são da responsabilidade dos profissionais de engenharia. Em situações especiais as empresas e os profissionais recorrem a assessorias nas questões legais ou jurídicas, fiscais, trabalhistas, etc. Desta forma, as características inerentes ao contrato são fatores de importância prática, o que justifica a necessidade da sua classificação conforme a doutrina do direito, já que esta diz respeito aos seus atributos. Através do conhecimento dos caracteres contratuais aplicáveis ao contrato de construção, as partes contratantes podem construir condições mais adequadas para negociar os acordos que sustentam o contrato quanto a sua redação, sua execução e nas eventuais situações de divergência de interpretação, mesmo que seja na esfera jurídica. Os critérios de classificação são diversificados, conforme já foi visto anteriormente. Também outros diversos fatores definem com precisão os caracteres do contrato: o tipo de construção, a natureza das partes contratantes, a natureza do Projeto e outros. Cada combinação de situações apresentará uma classificação específica para o contrato.

Algumas qualidades intrínsecas, porém, são comuns a qualquer contrato de construção. Assim, dentro de uma visão mais genérica possível, o contrato de construção enquadra-se entre os ajustes *personais*, *bilaterais perfeitos*, *comutativos* e *onerosos*.

- Ajustes *personais* porque as obrigações a serem cumpridas têm em vista as qualidades individuais das partes contratantes. Na construção civil, não se efetivam contratos sem se levar em consideração qualidades tais como competência técnica e gerencial, capacidade econômico-financeira, idoneidade pessoal e empresarial, etc.;
- *Bilaterais perfeitos* ou *sinalagmáticos* porque designam obrigações recíprocas para as partes. Os contratos de construção são sempre dotados de reciprocidade obrigacional entre as partes;
- *Comutativos*, por serem equivalentes as obrigações das partes contratantes, ou seja, além de existirem as obrigações mútuas, as

mesmas não são estabelecidas de modo desequilibrado, onerando em maior ou menor grau a qualquer dos contratantes;

- *Onerosos* porque os trabalhos contratados são remunerados. A construção civil contemporânea é caracterizada como atividade técnico-econômica que envolve a atuação de profissionais de formação e qualificação técnica bem como inversões financeiras que propiciem a concretização das obras, o que faz da gratuidade, em termos contratuais na construção civil, uma exceção.

5.1.2 Conteúdo do contrato de construção

Para explicitarem os termos do acordo, os contratos de construção, sem se diferenciarem de outros tipos, apresentam seu conteúdo sob uma forma que se compõe de diversas cláusulas e certo número de documentos anexos.

Gomes (1986) distingue três espécies de cláusulas contratuais:

- *Essenciais*: são aquelas fundamentais que possibilitam a sua execução, sem as quais o contrato não pode existir;
- *Naturais*: são referentes às obrigações peculiares previstas legalmente e que não são necessariamente compulsórias;
- *Acidentais*: são determinações acessórias para subordinar o contrato a eventos futuros como a fixação de datas para limitá-las no tempo.

A inclusão, a forma e o teor das cláusulas e anexos também podem variar substancialmente, dependendo principalmente da natureza do contrato, dependendo do contratante, se público ou particular e do tipo de Projeto, se industrial, viário, edificação e outros.

A Lei nº 8.666/93 regulamenta os contratos administrativos, estabelecendo as cláusulas necessárias e esses tipos de contratos. O Tribunal de Contas da União (2003) provê orientação detalhada das cláusulas para uso dos órgãos da administração pública na elaboração e execução de seus contratos. Ferreira (2004), em publicação relativa à construção e montagem industrial, relaciona as cláusulas que sempre constam do documento contratual. Outras publicações como Limmer (1997) e Francisco e Haddad (2002), contemplam também as diretrizes para se estabelecer o conteúdo contratual.

Tomando como referência os autores mencionados e, considerando que o interesse específico deste trabalho concentra-se exclusivamente nos contratos de construção de edifícios para fins residenciais e comerciais diversos que constituem as incorporações imobiliárias, relaciona-se, a seguir, o conteúdo fundamental mais comum dos contratos de construção de edifícios. Pode ainda variar o conteúdo em função da modalidade do contrato adotada e também das particularidades dos acordos entre as partes, conduzindo a grande diversidade dos arranjos contratuais.

- A identificação completa e detalhada das partes contratantes;
- O regime de execução ou modalidade do contrato;
- A definição de seu objeto, de modo completo e detalhado;
- A relação completa e detalhada dos serviços a serem executados;
- A definição das obrigações e direitos mútuos;
- A estipulação e definição das responsabilidades técnica, civil e trabalhista na execução do contrato;
- A previsão do tratamento para serviços adicionais ou dispensados de execução;
- A atribuição de responsabilidade pelas ligações dos serviços públicos necessários – água, esgoto, gás, luz, telefone, etc.;
- Cronograma físico da construção;
- Cronograma de desembolso correspondente ao cronograma físico;
- Preço global da obra e preços parciais, quando for o caso;
- Prazo global da obra, força maior e prazos parciais, quando for o caso;
- Fórmulas, parâmetros e periodicidade de reajustamentos de preços, quando for o caso;
- Multas estabelecidas para as partes contratantes e as condições de incidências;
- Relação completa dos documentos anexos ao contrato, quando não transcritos no mesmo;
- Condições específicas de execução do contrato, como sub-contratações, modificações de projetos, e outras;
- Condições para fiscalização na execução do contrato;
- As normas ou condições para aceitação dos serviços, quando for o caso;

- Condições para recebimento da obra concluída, quando for o caso;
- As responsabilidades pelas incidências fiscais;
- As condições para rescisão;
- Determinação do foro para a necessidade de dirimir questões contratuais.

Alguns documentos indispensáveis à execução dos contratos de construção devem ser incluídos no texto do documento, na forma de cláusulas apropriadas. Entretanto, eles raramente o são, ou por dificuldades de transcrição, ou por tenderem a tornar o documento excessivamente longo ou outros motivos. Desta forma, eles passam a ser os chamados *anexos* ao contrato, e devem ter menção destacada no contrato como *documentos integrantes ao contrato*, evitando-se considerá-los subentendidos como tal, sem menção no contrato, prática esta observada com freqüência.

Os anexos que sempre devem ser mencionados como integrantes aos contratos de construção, ressalvando-se poucas e pequenas variações, são:

- A relação dos desenhos técnicos do Projeto: projeto arquitetônico, estrutural, de instalações elétricas, hidráulicas, telefônicas, mecânicas, etc., seus detalhes e desenhos executivos em geral;
- Documentos de aprovação dos projetos pelos órgãos competentes;
- Memoriais e especificações técnicas de serviços, de materiais e equipamentos;
- Orçamentos detalhados ou custos estimados, conforme o caso;
- Cronogramas físico e financeiro (de desembolso);
- As legislações aplicáveis;
- As normas técnicas aplicáveis e recomendadas.

5.1.3 Reivindicações contratuais

As reivindicações constituem uma problemática que, pela natureza de suas origens, deve ser incluída no contexto deste trabalho resumidamente.

Barros Neto (1991) observa que, mesmo sendo-se conhecedor de todos os princípios doutrinários e legais e procurando-se também seguir as recomendações

especializadas, pode-se afirmar que é humanamente impossível um contrato prever todas as situações possíveis e imagináveis para ambas as partes envolvidas.

Mas, antes disso, a questão do respeito e de se dar o devido mérito ao instituto *contrato* na prática da construção civil induz o surgimento de uma reflexão mais aprofundada sobre as reivindicações, pois não são raros os acontecimentos na prática e as matérias na mídia onde se percebem claramente os problemas de origem contratual. Tais problemas podem ser identificados como:

- Subestima da eficácia do instrumento contratual como norteador de todas as ações que são praticadas pelas partes ao longo do Projeto;
- De conteúdo, devido à elaboração deficiente de suas cláusulas;
- De interpretação conflitante, devido à redação ambígua, imprópria ou omissa;
- De desrespeito ou não cumprimento dos pontos acordados entre as partes no contrato.

Assim, uma das partes contratantes pode ser levada à situação das chamadas reivindicações contratuais, às quais Barros Neto (1991) afirma se dar pouca importância no Brasil onde, muitas vezes, os contratos são feitos para cumprir mera formalidade legal. Ademais, sabe-se que as disputas decorrentes das reivindicações são demasiado prolongadas, onerosas e desgastantes, acabando quase todas infrutíferas, já que não há cláusulas contratuais explícitas sobre o assunto.

Em outros países, como os Estados Unidos da América, a preocupação é maior, pois o contrato é investido de toda seriedade. As reivindicações; do inglês *claim*, que significa também reclamação; têm tratamento exclusivo em cláusulas inseridas no texto contratual, as quais determinam o modo de se conduzirem as reivindicações. Não havendo acordo, indicam como proceder e que meios utilizar.

Constata-se certa variedade de denominações para as reivindicações contratuais: Vieira Netto (1988), referindo-se aos contratos potencialmente sujeitos a reivindicações emprega a expressão “reivindicação de preços e prazos” e Ferreira (2004), em um capítulo de autoria de Augusto Sérgio Mendes da Silva, apresenta uma ampla abordagem sobre o tema com o título “*Pleitos Contratuais*”.

Nos EUA, conforme Ferreira (2004), a preocupação com os pleitos ou reivindicações é tão grande que o Engineers Joint Contract Documents Committee

(EJCDC) estabeleceu, conjuntamente com outros órgãos americanos, uma norma padrão de contratação – Condições Gerais para os Contratos de Construção, na qual o tema é disciplinado em dois de seus artigos. O documento define o pleito como exigência de um dos contratantes, reivindicando ajuste de preço, prazo ou ambos ou outra alteração em itens do contrato.

No Brasil o significado jurídico do termo é “a questão em juízo”, ou seja, litígio ou luta judicial, indicando que não há acordo ou combinação entre as partes. Nos EUA, quando não se consegue acordo, a questão é encaminhada para ser julgada por uma entidade independente, pessoa física ou jurídica, aceita pelas partes. No Brasil, como não existe essa cultura, a questão cai no poder judiciário. Ora, os pleitos, por falta de regulamentação própria e mediante a presença da instância judiciária, perdem a característica conceitual de pleito, deixando de ser questão gerencial de contratos e passando para a esfera judiciária.

De acordo com Vieira Netto (1988), as reivindicações no Brasil geralmente recaem sobre o contratante. As negociações demandam tempo porque precisam da obtenção de informações, processamento de dados, preparação de documentação, análises, discussões internas e entre as partes, discussões em níveis superiores, pareceres de auditoria e acordo final.

Por outro lado, apesar das afirmações dos autores, existe no Brasil a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem, procedimento de julgamento de questões contratuais litigiosas por parte de entidades ou pessoas independentes do poder judiciário. Segundo Mendes (2006), a arbitragem era totalmente desconhecida há dez anos, mas apresenta agora um crescimento de procura de 25% ao ano.

Ainda segundo Ferreira (2004), ambas as partes podem ser motivadas aos pleitos, mas o contratado é quem os apresenta com maior freqüência.

Entre os principais fatores que originam os pleitos da contratada destacam-se:

- Prorrogação de prazos, em função da introdução de modificações de projetos, de escopo contratual e de obrigações contratuais e atrasos de projetos, materiais e equipamentos;
- Condições climáticas desfavoráveis;
- Incremento de serviços ao escopo original;

- Exigências da fiscalização, consideradas como excedentes ao acordo original;
- Atrasos de pagamentos;
- Alterações tributárias ou nas incidências fiscais estaduais, federais e municipais;
- Desequilíbrio econômico-financeiro (alterações na forma de pagamento original).

Vieira Netto (1988), além de relacionar os fatores acima, acrescenta outros bastante comuns:

- Condições de campo diferentes das previstas na época do contrato;
- Interferências entre empreiteiros ou sub-empreiteiros diversos.

As reivindicações ou pleitos devem ser tratados de forma que venham a ser inexistentes ou minimizados e, para isto, as ações devem se concentrar tanto na fase de elaboração da documentação para a contratação quanto no gerenciamento da execução do contrato.

Verifica-se, então, a importância do contrato como instrumento central na regulação das relações contratante/contratado, protegendo a ambos e assegurando que as obrigações mútuas sejam cumpridas conforme as vontades acordadas. Assim, o contrato poderá, dependendo da qualidade de sua gestão, tornar mínimas as oportunidades de conflitos ou então originar situações de desgaste e prejuízos que poderiam ser amenizadas.

5.2 O PROCESSO DE SELEÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE OBRAS

O contrato ou contratação é precedido de uma série de procedimentos para seleção do contratado e negociações com este e sucedido pelo acompanhamento de sua execução e de seu encerramento. É uma série de atividades e procedimentos com a finalidade de transferir de uma parte a outra um bem ou serviço que exige acompanhamento e avaliação constantes para a execução satisfatória do contrato.

Segundo Limmer (1997), essas atividades se destacam de modo singular no gerenciamento de projetos e obras e constituem a administração de contratos, também denominada *gerenciamento de contratos*.

O gerenciamento do contrato é fator preponderante ao sucesso dos projetos, pois é responsável por todas as ações no sentido de pautar as relações entre as partes, definir o escopo do projeto em todos os seus aspectos, acompanhar e controlar sua execução, fazendo do contrato um instrumento eficaz. É de competência do gerenciamento estabelecer tanto as medidas corretivas quando ocorrem desvios de preços, prazos e de conformidade com o projeto como as medidas preventivas, com base na antevisão de possíveis fatores de riscos.

O processo de seleção é um dos passos iniciais que determinam os rumos reais do Projeto. A definição dos parâmetros adequados de seleção do contratado é de importância capital para a contratação, pois, o resultado desse processo é uma relação contratual que cessará somente após a conclusão do Projeto.

5.2.1 Fundamento do processo de seleção

A tendência atual do mercado é de que as empresas contratantes de obras de construção e montagem industrial devam concentrar sua atuação sobre os objetivos de seu negócio principal, não se envolvendo com seus empreendimentos, segundo Ferreira (2004). Assim, os atributos exigíveis do contratado devem ser estabelecidos segundo critérios bem elaborados pelo contratante. Já que a tendência é de delegar as responsabilidades da execução ao contratado, este deve ser alvo de criteriosa seleção por parte do contratante. O contratado deve ser aquele que apresenta melhores condições e características para atender os objetivos do Projeto.

Não somente nos casos das construções e montagens industriais, mas para as obras de qualquer outra natureza, o processo de seleção do contratado deve ser cuidadosamente preparado e conduzido até a etapa seguinte – a contratação.

O que se busca é selecionar uma empresa que congregue recursos materiais, financeiros e humanos para executar os serviços contratados dentro dos padrões estabelecidos de prazo, custo e qualidade, demonstrando possuir a melhor capacidade gerencial.

Para isso, os objetivos do projeto devem ser explicitados pelo contratante em todos os seus aspectos - seu escopo, os critérios de seleção, requisitos necessários do contratado e outros de relevância.

Esses aspectos variam muito, levando-se em consideração as características da obra: sua natureza, seu porte, grau de complexidade, o sistema construtivo, os recursos humanos e materiais demandados e sua disponibilidade local, a localização geográfica e outros fatores considerados importantes pelo contratante, como a qualidade final, prazos parciais e globais, preços e desembolsos, alocação de riscos, etc.

Mediante as necessidades do contratante quanto às especificidades da obra, o processo seletivo deve ser específico quanto aos requisitos que o contratado deve atender.

Os processos de seleção se diferem fundamentalmente, distinguindo-se em duas modalidades de abrangência: processo seletivo para celebração dos contratos administrativos (de obras públicas) e processo seletivo para contratos de obras particulares. De maneira geral, Ferreira (2004) distingue os dois processos pelas denominações de “concorrência” para as obras públicas e “seleção” para as particulares.

Para uma exposição mais detalhada, os processos de seleção serão abordados segundo a natureza do contratante, se público ou particular.

5.2.2 Seleção e contratação de obras públicas

Este é um tema amplo e de grande complexidade. Não é o interesse principal deste trabalho dedicar-lhe um tratamento completo, o que seria muito longo, além de desnecessário. Porém, para que se tenha uma visão da totalidade do processo seletivo segundo a natureza das obras, serão tratados aqui alguns de seus aspectos mais importantes.

As obras públicas são aquelas nas quais o contratante é um órgão ou entidade da Administração Pública. O objetivo das obras públicas é o de atender as necessidades dos cidadãos e suas comunidades e a sociedade em geral, como também atender as próprias necessidades dos órgãos ou entidades administrativas nas instalações e manutenção de sua infra-estrutura de funcionamento.

É óbvio que essas ações da administração pública devam ser reguladas por lei específica, já que a função primária da Administração Pública não é a de

trabalhar para seus interesses próprios, mas pelo interesse público, cuidando daquilo que não lhe pertence.

O processo de seleção e contratação é, neste caso, regulamentado pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: a *licitação*.

O Art.1º define que a lei estabelece as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações na esfera dos poderes dos municípios, do Distrito Federal, dos estados e da União.

A propósito da aplicabilidade da lei de licitações, Kuhn (2002) observa que, ao contrário do que muitos pensam, a licitação pode ser utilizada também por contratantes da iniciativa privada, mas estes não são obrigados a aplicá-la na sua integralidade; podem usar de sua liberdade para adaptá-la a suas conveniências, dentro dos limites legais. Afinal, eles estão administrando seus próprios recursos financeiros em favor de seus próprios interesses.

Conforme o Art. 3º, o processo licitatório visa à garantia da observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será conduzido conforme os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo. Nessa perspectiva, é interessante ressaltar a constatação de Kuhn (2002) em relação aos juristas que, em geral, são enfáticos ao afirmar que a licitação tem por objetivo selecionar a melhor proposta, não a melhor empresa.

➤ Modalidades de Licitações

Como já dito anteriormente, a lei regula os atos da Administração relativos à contratação de obras, serviços, compras, alienações e locações, em diversas modalidades, conforme se segue.

- Concorrência – modalidade de licitação entre quaisquer interessados, que atendam a fase inicial de habilitação preliminar, comprovando possuir os requisitos mínimos exigidos no edital para a execução do seu objeto.

- Tomada de preços – modalidade que reúne interessados cadastrados ou que possam se cadastrar dentro do prazo previsto, observada a qualificação necessária.
- Convite – a unidade administrativa escolhe e convida um mínimo de 03 (três) interessados do ramo pertinente ao objeto, cadastrado ou não, mas estende aos demais cadastrados a oportunidade de participar, pela afixação de cópia do instrumento convocatório em local apropriado.
- Concurso – modalidade para quaisquer interessados, para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante prêmio ou remuneração dos vencedores.
- Leilão – modalidade para quaisquer interessados, para venda de bens móveis inservíveis à Administração, de produtos legalmente apreendidos ou penhorados e também alienação de imóveis derivados de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento.
- Pregão – De acordo com o Tribunal de Contas da União (2003), esta é uma modalidade instituída pela Medida Provisória 2.026 de 4 de maio de 2000, convertida na Lei nº 10.520/2002, regulamentada pelo Decreto 3.555 de 2000, como alternativa ao convite, tomada de preços e concorrência, para contratação/aquisição de serviços/bens comuns. Não aplicável a serviços de engenharia (não considerados serviços comuns).

Outro fator definidor da modalidade de licitação é o valor do objeto, válido para concorrência, tomada de preços e convite, que são as três modalidades aplicáveis a obras. As modalidades se distinguem por limites de valores do objeto determinados pelo governo federal e publicados mensalmente no Diário Oficial da União. A concorrência se aplica a obras acima do valor máximo determinado pelo governo, o convite para valores abaixo do mínimo estipulado e a tomada de preços para valores compreendidos nesse intervalo. Além dos valores, os prazos de publicação do ato convocatório também são específicos para cada modalidade.

Quanto ao cadastramento de interessados em participar de licitações públicas, a Administração Pública instituiu também o SICAF – Sistema de

Cadastramento Unificado de Fornecedores, que é feito pelo interessado e consultado “on-line” por todos os níveis da Administração em todo o território brasileiro e com obrigatoriedade de renovação anual. Esse sistema de cadastramento trouxe simplificação e rapidez ao sistema tradicional, no qual cada órgão da administração procede a seu próprio cadastramento das empresas interessadas.

➤ Tipos de Licitações

Primeiramente não deve ser confundido tipo de licitação com a modalidade. Esta implica em procedimentos e características gerais do objeto enquanto que a primeira refere-se ao critério de julgamento da proposta mais vantajosa para a Administração. Assim, são três os tipos de licitações, ou critérios de julgamento mais utilizados:

- Menor Preço – a proposta mais vantajosa é aquela que apresenta menor preço. Usado para compras e serviços de modo geral e contratação de bens e serviços de informática, nos casos indicados pelo poder executivo.
- Melhor Técnica – a proposta mais vantajosa é feita com base em fatores de ordem técnica. Usado exclusivamente para serviços de natureza de predominância intelectual, como projetos, cálculos, fiscalização, supervisão, consultorias, gerenciamento, estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos.
- Técnica e Preço – a proposta mais vantajosa se baseia na média ponderada obtida por notas atribuídas nas propostas de técnica e de preço. É obrigatória na contratação de bens e serviços de informática nas modalidades concorrência e tomada de preço.

Diante do exposto, conclui-se que a lei determina que as construções de obras de engenharia para a Administração são licitações sujeitas ao critério de julgamento menor preço. Esta é uma questão polêmica, a qual Kuhn (2002) analisa em profundidade.

➤ Habilitação exigida

Este é outro ponto de importância no processo de seleção das licitações públicas. O Art. 27 da Lei nº 8.666/93 estabelece que, para a habilitação nas licitações públicas, será exigida dos licitantes, exclusivamente, documentação relativa às quatro dimensões empresariais a serem analisadas:

- Habilitação jurídica;
- Capacitação técnica;
- Qualificação econômico-financeira e
- Regularidade fiscal.

Para cada um dos quatro aspectos acima, a lei limita com “exclusivamente” a documentação exigível, pois, existe a possibilidade de certos órgãos públicos fazerem exigências exageradas, restringindo o número de interessados ou, por outro lado, pode exigir documentação insuficiente, que não permite avaliar a situação real dos participantes, o que seria prejudicial ao caráter competitivo das licitações.

Os artigos seguintes ao Art. 27 relacionam toda a documentação referente a cada um dos quatro quesitos da habilitação, as condições e forma de apresentação dos mesmos.

➤ O Processamento das Licitações Públicas

As licitações apresentam, na realidade, um grau de complexidade muito maior do que aparentam a quem simplesmente consulta a Lei 8.666/93, conforme afirma Kuhn (2002). No entanto, sua dinâmica de processamento, suas fases básicas com as principais atividades podem ser apresentadas simplificada com se segue.

- Fase interna – são muitos os procedimentos iniciais internos do órgão administrativo, que têm por objetivo a preparação de toda a documentação que deverá estar disponível aos interessados, de modo que possibilite a formulação de proposta ao órgão e atenda também às demais exigências legais. Destacam-se a elaboração do projeto básico, das especificações e orçamentos, a determinação da modalidade da licitação, o estabelecimento de datas e prazos, as condições da habilitação e a elaboração do ato convocatório (edital ou convite).

- Fase externa – publicação do edital, conforme previsto na lei, recebimento das propostas dentro do prazo previsto, análise da aptidão dos concorrentes e eliminação dos inaptos, abertura e julgamento das propostas pela comissão de licitação e classificação dos proponentes, determinando um vencedor.
- Fase conclusiva – homologação do resultado e contratação conforme o regime previsto no edital.

Finalmente deve-se observar que há uma série de situações em que as licitações são dispensáveis ou inexigíveis, conforme previsto nos artigos 24 e 25.

Como já mencionado, Kuhn (2002) é enfático ao afirmar que as licitações não se realizam com tanta simplicidade como pode parecer ao se consultar ou estudar a lei que as regulamenta. Uma enormidade de variações e diferentes rumos de procedimentos podem surgir ao longo de sua realização em função de diversos fatores, sem mencionar as questões judiciais que freqüentemente advêm do processo, também por vários motivos, o que demonstra ser o processo das licitações realmente um tema complexo.

5.2.3 Seleção e contratação de obras particulares

No âmbito da iniciativa privada, segundo Limmer (1997), a liberdade de contratação é ampla e informal, sujeitando-se apenas às restrições da lei e da forma indicada para cada caso, não se enquadrando aos procedimentos e preceitos legais das obras do setor público.

A seleção do contratado é estabelecida segundo os critérios do próprio contratante, a fim de atender suas necessidades e conveniências quanto às características da obra, prazo desejado para execução e preço praticável. Os critérios são muito diferenciados dependendo das características do contratante, que pode assumir a figura de pessoa física, leiga na área técnica, ou de grandes empresas de sociedade anônima, bem estruturadas, cujas ações têm que ser formalizadas e aprovadas segundo suas regulamentações internas.

No entanto, mesmo dentro de ampla liberdade de ação, a seleção deve ser feita por critérios baseados na objetividade, evitando-se os parâmetros subjetivos de escolha. Ferreira (2004) relaciona critérios objetivos de concessão de contratos

utilizados em outros países baseados não apenas no menor preço, mas também em outros aspectos relativos ao desempenho e histórico do contratado. Esses aspectos ou atributos são pontuados e considerados ponderadamente, segundo prioridades do contratante, na avaliação final.

Os autores em geral recomendam que alguns aspectos de destaque devem ser balizadores no processo de seleção:

- O tempo de atuação da contratada no mercado;
- A execução anterior de obras similares e os resultados de desempenho das obras;
- O grau de satisfação de clientes anteriores no atendimento aos requisitos de prazo, preço e qualidade;
- A compatibilidade da situação econômico-financeira do contratado com o porte da obra;
- A capacidade técnica do contratado para atender os requisitos da obra;
- A capacidade gerencial da empresa;
- Outros aspectos considerados como prioritários pelo contratante, ou a exemplo do que determina a Lei nº 8.666/93.

Os meios a serem utilizados pelo contratante na obtenção das informações para avaliação são variáveis, formais ou informais, dependem de o contratante ser pessoa física ou jurídica, da sua estrutura como pessoa jurídica e da maneira como é formulada e conduzida a seleção, se através de ato convocatório público ou não.

Considerando-se o contratante que não possui grande ou nenhuma estrutura empresarial ou gerencial, os meios a se empregar na verificação dos itens acima serão os mais simples – coleta de informações objetivas de fontes competentes ou fidedignas, entrevistas com os possíveis contratados, análise de determinada documentação a critério do contratante, observações e visitas a obras executadas e em execução, entrevistas com clientes anteriores e outros meios.

Uma pesquisa do histórico de atuação de uma empresa construtora no mercado pode levar a um indicativo da real situação do contratado; se bem sucedido, se possui estabilidade econômico-financeira, constância de objetivos e volume de trabalho compatível para se conservar atuante e em expansão, se mantém atualização e capacidade técnica de pessoal e tecnológica quanto a

equipamentos e processos. Esses itens são também demonstrativos da capacidade gerencial da empresa analisada.

Desta maneira, geralmente incluem-se na pesquisa do histórico, entre outros quesitos:

- O tempo de atuação, não só no mercado local da obra;
- O volume de obras executadas e em execução;
- A tipologia preferencial das obras executadas e em execução;
- Os preços praticados;
- A faixa de mercado consumidor na qual se inserem seus clientes;
- As ações judiciais, se existentes;
- As condições em que foram atendidos os prazos, orçamentos e qualidade final das obras.

Concluído o processo seletivo, o contrato é, então, precedido das negociações entre as partes, para a definição de todos os itens do acordo. Normalmente isto acontece depois da seleção de um único contratado, mas a tentativa de negociar com alguns potenciais contratados pode levar à definição do escolhido. As negociações constituem uma fase de grande importância, e o ponto fundamental é o acordo sobre a modalidade do contrato.

A modalidade de contrato, segundo Kersner (1995), é um dos fatores mais importantes na formulação de propostas e no cálculo do custo e lucro ou remuneração de um Projeto. Segundo aquele autor, a negociação da modalidade de contrato é comparável a uma via de mão dupla em que, freqüentemente, as partes não conseguem acordo fácil: o contratante deseja custo reduzido enquanto o contratado deseja reduzir o risco. Em virtude do fator *risco* os contratantes devem negociar não somente os aspectos de custos, mas primeiramente a modalidade contratual, pois a proteção aos riscos é um fator de influência predominante.

Como os interesses das partes são distintos, a modalidade contratual, aliada aos arranjos que ela permite propor, é um elemento decisivo para se estabelecer um acordo satisfatório às partes.

Seleção e negociação, como já visto, nem sempre são processos que acontecem separadamente. Em muitas situações podem ter ocorrência parcial simultânea na busca da contratação definitiva. A esse respeito, Kersner (1995)

observa que todo o procedimento que antecede o contrato final ou definitivo até se chegar ao ponto de sua assinatura (seleção, negociação, preparação e elaboração do documento contratual) pode exigir meses de preparação.

5.3 MODALIDADES DE CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO

Ao iniciar a análise das modalidades contratuais é oportuno lembrar que dificilmente ou nunca se consegue um contrato perfeito. Segundo Limmer (1997), o bom contrato é aquele através do qual a obra é executada conforme um preço e condições que podem ser considerados justos pelos contratantes, permitindo um lucro ao contratado, já que o lucro é seu objetivo, e cumprindo o prazo e o padrão de qualidade definidos no acordo contratual. Certamente essas diretrizes podem e devem nortear as negociações contratuais, mas as respostas de resultados reais só se verificam ao final do Projeto, o que pode se traduzir em sucesso, mas pode também revelar que a modalidade e os arranjos adotados não foram a melhor opção.

Cada modalidade apresenta, intrinsecamente, riscos, vantagens e desvantagens a ambas as partes contratantes, o que deve ser ponderado de acordo com as características específicas do Projeto e necessidades e conveniências das partes. Como visto no Capítulo 2, cada Projeto deve ser planejado e gerenciado dentro de sua característica de singularidade, pois não é repetitivo.

Na escolha da modalidade contratual, convém lembrar também que os contratos de construção, como são *bilaterais perfeitos* e *comutativos* devem imputar responsabilidades a ambas as partes com obrigações que sejam equivalentes, sem privilegiar uma só com vantagens, sobrecarregando a outra com as desvantagens.

É grande a variedade de tipos de arranjos para os contratos de construção, apresentada por Kersner (1995), que relaciona quase duas dezenas de modalidades praticadas nos Estados Unidos e por Ferreira (2004), no tratamento de contratos de construção e montagem industrial.

Todavia, tanto na área do direito como na área técnica, os autores são unânimes em estabelecer duas modalidades fundamentais: os contratos a *preço fixo* e os contratos a *preço móvel* ou *variável*. Em geral, ambas as modalidades podem

ser consideradas como dois “grupos de contratos” em virtude de cada uma delas admitir grande número de arranjos e variações.

Assim, em cada modalidade, eles podem assumir muitas formas, que constituem um verdadeiro leque de opções de contratação. Também as suas denominações se apresentam sob uma grande diversidade. Por tal motivo, cada uma das duas modalidades será tratada separadamente, contemplando-se os contratos mais comuns na construção de edifícios.

5.3.1 Contratos a preço fixo

Os contratos a *preço fixo*, *preço firme* ou *preço certo* são aqueles chamados *Lump-Sum Contracts* ou *fixed-price contracts* no inglês e no Brasil são conhecidos na literatura especializada e na prática como contratos por *empreitada*, inclusive em seu tratamento legal no Código Civil de 2002. Também o contratado, nesse caso, é comumente denominado simplesmente *empreiteiro*.

Sob esta modalidade de contrato, a contratada compromete-se a executar e concluir a construção mediante projeto geralmente fornecido pelo contratante, dentro de prazo determinado e preço certo negociado, atendendo às especificações de projeto. O preço certo pode ser reajustável, quando em situação de instabilidade da moeda, o que não tira do contrato a característica de preço fixo, e o reajustamento através de índices oficiais deve constar em cláusula específica do contrato.

O contratado se responsabiliza por suprir a obra com todos os insumos, em seu nome, cujos custos são repassados para o contratante posteriormente.

Os contratos a preço fixo se dividem em dois tipos: contratos *a preço fixo por valor global* e contratos *a preço unitário*.

➤ Contratos a Preço Fixo por Valor Global

Visando à execução da obra no seu todo, o contratado se responsabiliza pelo fornecimento de toda a mão-de-obra e materiais, age com total autonomia na administração da construção, porém assumindo os riscos decorrentes, reduzindo ao mínimo o envolvimento do contratante, mediante a fixação de um preço global.

O contratante espera que o contratado se valha de sua capacidade técnica, gerencial, empresarial e administrativa, já que toda a responsabilidade e riscos na execução do Projeto correm por sua conta exclusiva.

O pagamento normalmente é feito em parcelas estabelecidas em contrato, de acordo com o progresso dos serviços executados segundo cronograma físico ou por etapas concluídas.

Na formulação do preço, o contratado deve calcular o custo da produção e acrescentá-lo de uma margem percentual (o BDI - benefícios e despesas indiretas), que suprirá seu lucro e suas despesas indiretas. Segundo Kersner (1995), para que isto seja possível, o escopo do Projeto deve ser conhecido e essa forma de contrato não deve ser cogitada pelo contratante, a menos que ele já tenha todos os parâmetros do Projeto claramente definidos antes de iniciar os processos de seleção e contratação.

Trata-se de uma forma rígida de contratação, em que as mudanças que possam vir a ser introduzidas no Projeto pelo contratante resultam, quase sempre, em negociação difícil e/ou altos custos extras. Essa modalidade requer tempo longo na elaboração de projetos, especificações, cronogramas e outros, até à contratação, a qual pode ser mais rápida, pois, geralmente adota-se o critério do menor preço também na iniciativa privada.

➤ Contratos a Preço Unitário

Neste caso não se tem o preço global final da construção. Nessa modalidade de empreitada ajusta-se o preço por unidades de serviços, como m³ de concreto lançado, m² de pisos assentados ou outras pavimentações, m² de pintura, etc. Segundo Meirelles (2005), as duas modalidades objetivam a conclusão da obra, mas, enquanto na empreitada por preço global seu custo final é fixado antecipadamente, na empreitada a preço unitário o preço final resulta dos quantitativos de serviços executados, medidos e pagos na base desses preços contratados.

Os contratos a preço unitário admitem maior flexibilidade nos quantitativos dos serviços e são mais aplicáveis quando se deseja ou necessita tal condição, como no caso de indefinições ou mudanças de projeto pedidas pelo contratante, por

exemplo. O início da obra é mais rápido, podendo até anteceder o término da elaboração dos projetos e o critério de contratação também é pelos menores preços unitários. Limmer (1997) observa que a análise de propostas a preços unitários pode não ser tão simples, pois eles normalmente são diferentes entre os proponentes, em função da metodologia de execução dos serviços.

De acordo com Ferreira (2004), internacionalmente não se pode constatar com clareza uma preferência por um ou outro tipo de contrato, sendo essa preferência variável em diferentes regiões. Os autores destacam também que nos contratos por preços unitários, as medições podem se tornar um processo extremamente trabalhoso em virtude da grande variedade de serviços no total de uma obra, tornando o contrato a preço global mais vantajoso nesse aspecto.

É importante enfatizar que, para as obras públicas no Brasil, a Lei nº 8.666/93 (Art. 6º, VIII) admite os contratos administrativos somente na modalidade de preço fixo dentro dos tipos variantes.

➤ Contratos *Turnkey*

Essa modalidade, considerada por Ferreira (2004) como contrato a preço fixo, destaca-se de modo especial neste trabalho devido às suas características de afinidade com o processo de contratação nas incorporações imobiliárias, processo este que será tratado detalhadamente no capítulo sexto.

Conforme o mesmo autor os contratos *Turnkey* possuem características específicas em que o contratado é responsável desde as atividades de pesquisa e desenvolvimento do Projeto até a pré-operação ou conclusão final da unidade. O autor refere-se à construção e montagem industrial, mas o conceito pode ser estendido às construções de edifícios diversos, inclusive comerciais que incorporem equipamentos e instalações especiais como escadas rolantes, elevadores, ar condicionado central, portas automatizadas, alarmes, sistemas de comunicação interna, som, etc., como no caso de *shopping centers*, de iniciativa privada ou obras públicas como estações de metrô, centros de convenções e outras. A propósito dos exemplos acima, alguns deles são mencionados por Meirelles (2005) ao conceituar a modalidade de contrato *Turnkey* e estabelecer a equivalência entre ela e a

modalidade de *empreitada integral*, prevista para os contratos administrativos (Art. 6º, VIII, “c” da Lei nº 8.666/93).

A modalidade é conhecida no Brasil com a denominação *Turnkey*, porém outras denominações são utilizadas, como *Lump-Sum*, *Lump-SumTurnkey* e *Design-Build*.

O principal atrativo para o contratante nessa modalidade é que ele tem a contratada como o único ponto de contato para todo o empreendimento, isentando-se totalmente de responsabilidades gerenciais sobre o mesmo, segundo Ferreira (2004) e Grilo e Melhado (2003). Quanto às responsabilidades gerenciais, Ferreira (2004) descreve a tendência crescente na utilização do *Turnkey* em empreendimentos de grande porte em consequência de as contratantes considerarem vantajoso se concentrarem na sua atividade principal, e reduzirem os custos das equipes de gerenciamento de suas novas instalações. Ao mesmo tempo adverte que tal postura pode trazer consequências negativas quanto à qualidade ou quanto ao preço final das obras.

Por outro lado, Grilo e Melhado (2003) atribuem a implementação do *design-build* na indústria da construção de edifícios brasileira à busca de substituição do sistema contratual tradicional, composto das três fases de projeto, concorrência e construção, considerado como potencialmente lento, oneroso e conflituoso. O *design-build* representa uma solução simplificada e ágil, também com tendência de utilização em diversos países, por atribuir a uma só organização as responsabilidades de todas as atividades do Projeto. Todavia, uma pesquisa apresentada pelos autores constata certo despreparo para tais mudanças entre as empresas no Brasil, uma vez que o sistema tradicional ainda se encontra fortemente arraigado no ambiente da prática da construção de edifícios.

Ferreira (2004) enfatiza que a polêmica a respeito da utilização do *Turnkey* é grande. Embora a tendência mundial seja favorável, as restrições também são inúmeras, tanto quanto a preço quanto a qualidade.

É importante citar o relato de Smith (1997) sobre a experiência da construção de três usinas de geração de energia no Canadá sob contrato por administração em ambiente predominantemente *Turnkey*. Mediante o alto preço proposto, devido à alta taxa de risco da construtora para a modalidade *Turnkey*, optou-se pelo regime de

administração, apesar da tendência de prática local ser contrária. O resultado final da qualidade foi melhor e o custo comparável a empreendimentos similares americanos realizados em *Turnkey*. Isto vem a corroborar o que os autores em geral defendem em relação ao envolvimento do contratante no Projeto – quanto maior ele for, melhores chances de bons resultados na qualidade final da obra, sem necessariamente incrementar o custo com o gerenciamento necessário.

Alguns aspectos fundamentais, considerados vantajosos e desvantajosos pelos autores, devem ser apresentados destacadamente a fim de se proporcionar maior clareza.

Vantagens:

- O contrato fica sob a responsabilidade de uma só organização, para todas as atividades, facilitando o relacionamento entre as únicas duas partes, sendo esta a vantagem mais mencionada pelos autores.
- O empreendimento tende a ser concluído em menor prazo, pois as atividades podem se desenvolver de maneira superposta, e não necessariamente de modo seqüencial.
- O envolvimento do contratante é mínimo e, no início de operação ou utilização da instalação, pode-se contar com assistência da contratada.
- Desvantagens:
 - “Ausência” do contratante no Projeto, o que não possibilita o acompanhamento dos custos, desempenho e da qualidade, o que significa que o não-envolvimento pode ser vantajoso por um lado, mas potencialmente negativo por outro.
 - Impossibilidade de certas averiguações normais em outras modalidades contratuais.
 - Preços mais altos em relação às outras modalidades a preço fixo (global ou unitário), face ao alto fator de risco que o contratado assume. O contratado pode ter tendência a superestimar a cobertura dos riscos.
 - Limitação da possibilidade de introdução de modificações por parte do contratante.

Finalmente, é oportuno lembrar que, na modalidade de contratos a preço fixo, seja qual for o tipo adotado, utiliza-se normalmente o critério de menor preço na seleção do contratado. Ora, como este é um critério questionável, conforme Kuhn (2002) analisa ao tratar das obras públicas brasileiras, que só admitem tal critério, a escolha do tipo de contrato na iniciativa privada deve também associar ao menor preço outros parâmetros relativos às características da obra e aos requisitos esperados do contratado.

5.3.2 Contratos por administração

Nesta modalidade de contrato, do inglês *cost-plus contracts*, partindo-se de um custo total estimado da construção, o contratado se compromete a realizar os serviços mediante o reembolso dos custos efetivos comprovados pertinentes ao contrato e recebe como remuneração um valor, que pode ser acordado de suas maneiras distintas: uma *taxa fixa* ou uma *taxa percentual* acordada e calculada sobre o total das despesas efetivas comprovadas.

O custo estimado total é um elemento orientador da ordem de grandeza do volume de recursos financeiros que a construção consumirá. O contratado não se obriga necessariamente a executá-la segundo aquele custo, como é o caso dos contratos a preço fixo global. Normalmente o contratado fornece a mão-de-obra e adquire os demais insumos em nome e por conta do contratante, responsabilizando-se, inclusive, pelas tomadas de preços dos insumos.

De acordo com Kersner (1995), o fator importante nos contratos por administração é o comprometimento do contratado em apresentar seu melhor desempenho nos serviços.

Os contratos por administração são mais comumente utilizados nos casos de Projetos que, precisando dar início à construção, ainda não têm seu escopo completamente definido, não possibilitando a determinação de um custo global firme. Assim, ele permite que a obra seja iniciada sem que os projetos ou especificações estejam completos, trazendo maior agilidade tanto às partes contratantes quanto ao início e ao término da construção.

Também as propostas são de fácil formulação e o julgamento pode ser realizado com rapidez e facilidade, simplificando grandemente todo o processo que antecede a construção.

➤ Contratos por Administração mais uma Taxa Fixa

O contratado, neste tipo de contrato por administração (*cost-plus-fixed-fee contracts*), é reembolsado do custo real ou efetivo comprovado e é remunerado segundo uma taxa de valor fixo, de tal modo que não há variação de remuneração, seja seu desempenho bom ou ruim, podendo o custo variar para mais ou para menos em relação ao estimado, conforme Kersner (1995). Ainda segundo o autor, a taxa fixa geralmente representa um pequeno percentual do custo total.

O mesmo autor ressalta que a responsabilidade do contratado é mínima, a menos que haja negligência de sua parte e que os contratos por administração com uma taxa fixa representam o extremo oposto em relação aos contratos *Turnkey*, nos quais o contratado assume a totalidade das responsabilidades e também dos riscos.

Um custo alvo pode ser estabelecido, mas este será apenas uma referência, não exercendo influência alguma sobre a remuneração acordada, conforme Ferreira (2004).

Finalmente, este é o tipo de contrato que proporciona o menor risco ao contratado e, em contrapartida, nenhuma perspectiva de lucro maior. O contratante não conhece o custo final antecipadamente e seu envolvimento no Projeto é pressuposto como máximo.

➤ Contratos por Administração mais uma Taxa Percentual

A diferença básica entre a taxa fixa e a percentual é que esta é variável de acordo com o custo efetivo comprovado da construção: as partes estabelecem contratualmente uma taxa X% sobre o custo efetivo da construção, a qual será a remuneração do contratado (*cost-plus-percentage-fee contracts*).

Kersner (1995) atribui flexibilidade máxima ao contratante neste tipo de contrato e também a oportunidade de as partes trabalharem em conjunto as questões técnicas, comerciais e financeiras, sem que se tenha, porém, a segurança

de um preço firme global. Pressupõe alto grau de envolvimento do contratante, o que exige uma capacidade gerencial, maior ou menor conforme o porte e complexidade da construção.

Um custo alvo é estimado para a execução da obra, assim como uma taxa alvo, que corresponde à taxa a ser paga quando o custo real ou efetivo atinge o custo alvo, segundo Ferreira (2004).

Limmer (1997) salienta que a administração mais taxa percentual exige do contratante grande capacidade gerencial e de controle, pois o contratado tende sempre a gastar mais que o necessário e alongar o prazo de construção.

Ferreira (2004) constata grande diminuição na adoção dos contratos por administração no Brasil na década de 80, queda intensificada na década de 90, e atribui que tal fato está relacionado com a publicação da Lei nº 8.666/93, que admite somente contratação a preço fixo para obras da administração pública e empresas estatais que, segundo o autor, são os principais clientes das empresas construtoras brasileiras.

5.3.3 Contratos máximos garantidos divisão do economizado

Nesta forma (*guaranteed maximum-share savings contracts*) um custo teto ou máximo é estabelecido para a obra, de acordo com Kersner (1995), e o contratado é reembolsado dos custos efetivos de engenharia, materiais, trabalhos de construção e outros custos inerentes ao Projeto. Como remuneração, ele recebe uma taxa fixa como lucro, porém somente até o teto acordado, que é o “máximo garantido”. O que for economizado (abaixo do máximo garantido) é dividido entre contratante e contratado, mas caso o custo real ultrapasse o teto, o contratado é quem assume a responsabilidade.

O autor acrescenta que esta forma de contrato é uma combinação das vantagens e algumas desvantagens dos contratos a preço fixo e por administração, sendo a melhor forma de contratos negociados por estabelecer um preço máximo ao menor prazo, resguardando o contratante de custos excessivos, mesmo que o contrato não seja concedido baseado em propostas competitivas. Acrescenta ainda que o contrato máximo garantido divisão do economizado é único em que as partes

dividem o risco financeiro com o incentivo de concluir o Projeto a um custo mínimo possível.

5.3.4 Contratos com taxa de incentivo

A fim de amenizar riscos ou torná-los compartilháveis entre as partes, tanto a modalidade de contrato a preço fixo quanto por administração, admitem uma variação importante, segundo a qual se adota um incentivo no contrato. São os *contratos com taxa de incentivo (incentive fee contracts)*. Segundo Kersner (1995), a essência dos contratos com incentivo é que eles podem proporcionar ao contratado um lucro maior quando o custo de produção for reduzido e/ou o desempenho do contratado é melhorado e vice-versa. O autor salienta que esses objetivos de incentivos são praticados especialmente pelo governo, em obras públicas nos Estados Unidos. Exigem grande capacidade gerencial do contratante, envolvem procedimentos de auditoria e são aplicáveis a Projetos de longa duração. Devido a essas características, os autores não mencionam essa forma de contrato como sendo aplicável às incorporações imobiliárias. Portanto fica aqui apenas o registro de mais esta variante das modalidades contratuais básicas.

Mediante toda a fundamentação conceitual, legal e doutrinária apresentada, a abordagem de análise e crítica do tema dos riscos específicos na incorporação imobiliária apresenta-se a seguir, em toda sua abrangência.

6 RISCOS CONTRATUAIS NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Como mencionado anteriormente, a incorporação imobiliária constitui um tipo de empreendimento dotado de complexidade e com características singulares, sendo freqüentemente referido na literatura como um empreendimento *sui-generis*. De acordo com Maximiano (2002), o grau dessa complexidade varia na proporção do número de variáveis envolvidas no Projeto.

Essas características são de tal forma especiais que o empreendimento mereceu regulamentação em legislação específica e exclusiva. Tamanha é sua representatividade nas atividades da construção civil e do mercado imobiliário no Brasil que o contrato de construção, que era inominado até 1964, somente passou a ser tipificado a partir do tratamento que lhe foi conferido pela lei das incorporações (Lei nº 4.591/64), nas suas duas modalidades fundamentais – a empreitada e a administração.

Mas para a incorporação não basta o contrato de construção ter se tornado um contrato típico ou nominado, pois este não lhe é aplicável simplesmente como é concebido legalmente. Por isso, com a lei, surgiu a tipificação de outro contrato específico: o de *incorporação imobiliária*, onde se insere necessariamente um contrato de construção, já que a edificação do condomínio é o objeto do empreendimento, e que não pode ser visto como contrato isolado, mas considerando-se todas as disposições complementares que a lei lhe atribui.

Este capítulo pretende construir uma abordagem, analisando criticamente os riscos decorrentes dos contratos de incorporação imobiliária, inclusive levando em consideração os efeitos causados por determinadas formulações das disposições legais regulamentadoras.

Assim, primeiramente é importante enfatizar aqui que imprime-se uma ampliação ao conceito encontrado na literatura, que associa os riscos contratuais apenas à modalidade e arranjos contratuais. Em se tratando de incorporações imobiliárias, os riscos contratuais não podem ser analisados somente em razão de sua presença intrínseca nas modalidades contratuais, uma vez que não se trata da simples execução de contrato de construção, mas, sim, de um contrato com características próprias e também regulado por determinados preceitos legais aplicáveis exclusivamente a ele, como se apresentam nos itens a seguir. Por esta razão, a diversidade e a natureza das fontes de riscos se ampliam e devem ser analisadas em todas as suas possibilidades e em conjunto com os elementos propiciadores dos riscos, típicos das incorporações.

O item seguinte traz a apresentação dos riscos inerentes às modalidades de contratos, partindo daquelas duas fundamentais, cujas caracterizações são claramente definíveis, onde se encontram incluídas as modalidades contratuais previstas em lei e passíveis de utilização na incorporação imobiliária – a preço fixo e por administração. A apresentação da análise dos riscos específicos das incorporações se desenvolverá ao longo do tratamento dos elementos e das etapas de realização do empreendimento.

6.1 MODALIDADES CONTRATUAIS VERSUS RISCOS

Como ponto de partida, este é o referencial básico a ser considerado: os riscos associados a cada modalidade contratual devem ser analisados antes de se prosseguir com a introdução de outros fatores que fazem a questão se tornar mais intrincada.

De acordo com Kersner (1995), o lucro em um contrato baseia-se, com maior frequência, em como os riscos são compartilhados entre as partes. Por exemplo, em um contrato a preço firme, principalmente *Turnkey* (que pode ser considerado o caso extremo dos preços fixos), o contratado absorve 100% dos riscos, especialmente financeiros, e espera obter um lucro maior que em outras modalidades de contrato. Na modalidade de administração o contratante pode absorver até 100% dos riscos e sua expectativa é de que o contratado tenha o menor lucro possível. Essas duas

modalidades, por suas diferentes naturezas, apresentam situações de risco diametralmente opostas.

Na faixa intermediária situam-se os contratos com taxa de incentivo e outras variantes de arranjos, compartilhando os riscos entre as partes, de acordo com a fórmula ou razão de compartilhamento acordada no contrato.

Paralelamente, a atuação do contratante na implementação do Projeto é outro aspecto importante a ser considerado. Conforme Ferreira (2004), a participação ou envolvimento do contratante é fator de grande influência nos seus resultados. A probabilidade de se obter bons resultados quanto à qualidade final do Projeto é diretamente proporcional ao grau de envolvimento do contratante no mesmo. Assim, nos contratos *Turnkey* a participação do contratante é mínima, aumentando até o grau máximo nos contratos por administração, passando por diferentes graus nas modalidades intermediárias, conforme representado no diagrama da figura 6.1. Portanto os riscos de qualidade final são mínimos nos contratos por administração, tornando-se crescentes até seu máximo na modalidade *Turnkey*.

Ainda segundo Ferreira (2004), quando é alto o grau de envolvimento do contratante, suas ações devem contemplar todas as fases do empreendimento, seleção, contratação e execução (comissionamento e operação, quando for o caso). Mas na medida em que diminui sua participação, as ações gerenciais devem ser concentradas nos processos de seleção e de contratação.

De maneira geral, pode-se dizer que as modalidades contratuais que excluem ou minimizam a participação ou envolvimento do contratante (os contratos a preço fixo, que dão total autonomia e imputação dos riscos ao contratado) tendem a satisfazer à condição de cumprimento dos prazos, tendo-se também conhecimento prévio do custo final da construção, porém, o contratado geralmente tende a elevar esse custo a patamares mais elevados, em função de assegurar cobertura aos riscos que a modalidade lhe impõe absorver. O quesito qualidade pode, nesse caso, ser comprometido, exatamente por motivo do pequeno ou nenhum envolvimento do contratante e autonomia completa do contratado, correndo a execução da construção à revelia da fiscalização e controle do contratante, pois quanto menores o custo e o prazo, maior o lucro do contratado.

Em contrapartida, pode-se também dizer que as modalidades contratuais que maximizam o envolvimento do contratante no Projeto (principalmente administração) tendem a produzir resultados de qualidade satisfatórios, embora essa modalidade não permita conhecer de antemão tanto os custos finais como o prazo de conclusão da obra, quesitos estes que podem resultar acima das previsões e expectativas iniciais, o que geralmente ocorre na prática. Não importa ao contratado minimizar prazos e custos; sua remuneração é a mesma.

Diante de tais circunstâncias, cabe ao contratante a tarefa de definir e ordenar suas prioridades quanto aos quesitos prazo, custo, qualidade e risco e, a final, optar pela modalidade contratual e os arranjos mais apropriados ao atendimento dos objetivos desejados para o Projeto.

O diagrama representado na figura 6.1 sintetiza a relação entre riscos e modalidades contratuais, no qual se apresentam aquelas mais comuns, não se incluindo a imensa variedade de arranjos contratuais que cada modalidade admite.

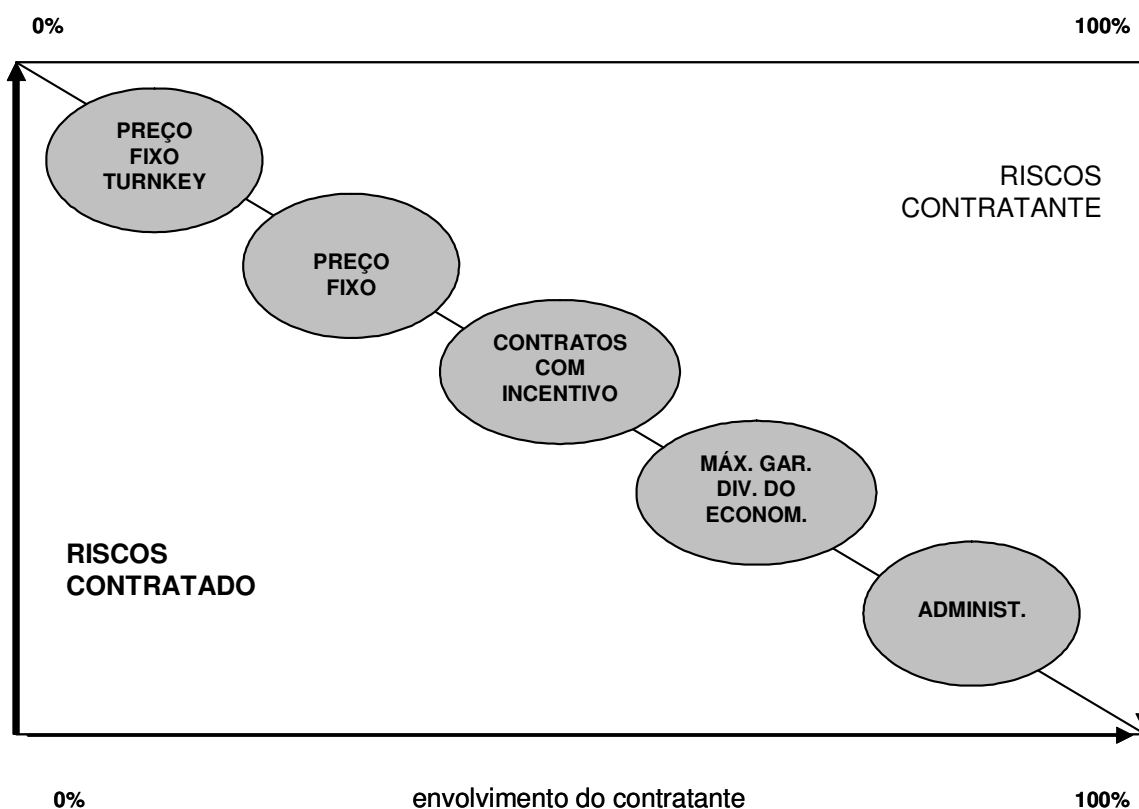


Figura 6.1 - Modalidades de contratos X níveis de riscos e envolvimento do contratante.

Fonte: Adaptado de Kersner (1995)

6.2 O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO

A contratação, à primeira vista, pode parecer um processo bastante semelhante à compra de um bem móvel ou outro bem de consumo. Observa-se, na prática, o uso generalizado da expressão “compra” em lugar de “contratação” entre os adquirentes de unidades autônomas nas incorporações. Percebe-se que estas expressões podem ser demonstrativas do costume de se atribuir uma condição de segundo plano ou plano impróprio aos contratos em geral, os quais, com grande frequência, são considerados mera formalidade. A esse respeito, Chalhub (2005) alerta sobre certa tendência, também no meio jurídico, de se estabelecer equiparação entre as relações jurídicas do contrato de incorporação e do contrato de consumo. O autor, com muita pertinência, salienta a impropriedade da aplicabilidade irrestrita do Código de Defesa do Consumidor às incorporações imobiliárias, uma vez que estas são reguladas por lei específica, enquanto o referido código trata das relações de consumo generalizadamente. Em referência à simples equiparação entre fornecedor e incorporador, o autor recomenda uma reflexão aprofundada sobre o ensejo de tal equiparação contido no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, de modo a evitar que o “desprezo ao regime jurídico próprio do contrato de incorporação leve a distorções que acabem por frustrar a função social dessa modalidade de contrato”. Para se certificar dessa equivocada equiparação, basta observar as diferenças de penalidades previstas no Código de Defesa do Consumidor para o fornecedor por não cumprir o fornecimento e na Lei das Incorporações quanto ao não cumprimento do “fornecimento” pelo incorporador.

A condição do contratante na incorporação imobiliária deve ser analisada destacando-o do contratante de obras em geral e também do consumidor a que se refere o Código de Defesa do Consumidor, pois há características especiais a serem consideradas:

- Primeiramente a contratação não se identifica com o modelo do sistema de contratação tradicional mais utilizado, apresentado por Grilo e Melhado (2002), no qual se caracterizam três agentes (contratante-projetista-construtor), dois contratos (projeto-construção) e três etapas (projeto-concorrência-construção).

- O contratante não participa da elaboração do projeto, especificações, orçamentos e cronogramas, nem escolhe o local da construção.
- Outra característica é que ele adquire simultaneamente uma fração do terreno onde sua unidade será construída, assim como todos os outros adquirentes. O terreno onde será construído o edifício em condomínio é fracionado entre todos os contratantes proporcionalmente à sua unidade autônoma.
- Embora contrate a construção de uma unidade autônoma, ele não é único; os outros contratantes também o fazem, e em iguais condições.
- A característica mais marcante é que o contratante não seleciona e nem contrata ou participa das negociações com o construtor, fazendo todo o acordo exclusivamente com o incorporador que, como apresentado no capítulo 3, é o responsável por todo o empreendimento até a entrega da construção, pronta e com o “habite-se”.

Desejando-se fazer uma tentativa de enquadrar a contratação na incorporação imobiliária dentro de uma modalidade conhecida, o *design-build* ou *Turnkey* parece ser, em primeira análise, a que possui mais características afins e mais se aproxima do caso. De fato, o contratante, diante de um projeto já pronto, contrata a construção, onde existe apenas um ponto de contato (o incorporador) e, ao final recebe as chaves na mão. Entretanto, essa comparação imediatamente encontra inúmeros obstáculos, sendo que o primeiro deles já é suficiente para dispensar a menção de qualquer outro: a possibilidade legal de que a obra possa também ser executada pelo regime de administração, o que é radicalmente contrário à contratação *Turnkey*.

Outras tentativas de identificação levam também a conclusões semelhantes, o que significa haver uma forma própria para efetivar o empreendimento predominante hoje nos médios e grandes centros urbanos. A Lei nº 4.591/64 estabelece um modelo típico de contratação para as incorporações imobiliárias.

6.3 CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Meirelles (2005) define o contrato de incorporação como o ajuste segundo o qual o incorporador se compromete a construir, por si mesmo ou por terceiros e, ao final, transferir propriedade horizontal de unidades autônomas de um mesmo edifício

com dois ou mais pavimentos, e também as partes ideais do terreno e das áreas de uso comum, aos adquirentes das unidades, segundo um preço fixo ou ajustável ao custo da construção, nas condições estabelecidas na convenção do condomínio. O autor classifica o contrato como compromisso preliminar de aquisição futura em relação aos adquirentes e para o incorporador como promessa de construção e de venda de unidades autônomas com o correspondente condomínio no terreno e nas áreas de uso comum, conforme disposto na Lei nº 4.591/64 em seus arts. 28 e ss.

A primeira observação a ser feita é que a definição do contrato de incorporação imobiliária não significa que ela se refere a um documento único. De acordo com Meirelles (2005), o denominado *contrato de incorporação imobiliária*, é contrato conexo à construção e se apresenta, na prática, como um conglomerado de ajustes autônomos visando a fixar os direitos e obrigações de cada participante desse empreendimento coletivo que é o levantamento do edifício. Chalhub (2005) reforça essa característica de que a incorporação se realiza através da coligação de contratos distintos que resultam em um só.

Esses ajustes, embora firmados simultaneamente, podem se apresentar cada um separadamente ou todos no mesmo instrumento. Em qualquer das formas, são contratos distintos apesar da aparente unificação obrigacional entre adquirentes e incorporador. Observe-se ainda que o contrato de construção necessariamente presente só pode ser celebrado com empresa ou profissional habilitado e registrado no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura.

Conforme Chalhub (2005), dentre os tipos de contratos que compõem o de incorporação, a lei faculta algumas opções de combinação nessa composição, que passam a ser apresentadas, por serem os contratos mais utilizados na vinculação entre incorporador e adquirentes, para a efetivação do empreendimento, visando à comercialização das unidades:

- Contrato de *promessa de compra e venda da unidade imobiliária “como coisa futura”* e contrato de *construção* – nesse caso, o incorporador, na condição de promitente vendedor, se compromete a transferir ao promitente comprador, em propriedade real, a unidade imobiliária determinada, designada por um número identificador individual,

caracterizada conforme documentos técnicos integrantes do memorial de incorporação (e que corresponde a determinada fração do terreno, expressa por um número decimal ou fracionário). Tal transferência, preliminar, inicialmente em forma de promessa, se efetivará depois de concluída a construção e de o adquirente cumprir o pagamento contratado com o incorporador ou agente financiador, quando houver. Ao se adotar o contrato de construção, no qual o construtor poderá ser um terceiro ou o próprio incorporador, o contrato de promessa de venda de unidade como coisa futura se agrega a ele. O traço marcante nesse caso é que o incorporador se compromete a entregar a unidade concluída a preço e prazo certos, assumindo o risco da construção, sem repassá-lo aos adquirentes.

- Contrato de *promessa de compra e venda de fração ideal de terreno* vinculado a contrato de *construção* – da mesma forma que se contrata a promessa de compra e venda da unidade como coisa futura pode-se contratar a promessa de compra e venda da fração ideal, correspondente a determinada unidade autônoma identificada individualmente, a ser construída conforme requisitos constantes do memorial de incorporação. Firmado o contrato de construção, apenas agrega-se o da fração ideal a ele. Em nenhuma das situações a contratação se modifica por força de a modalidade do contrato de construção ser por empreitada ou por administração. A modalidade contratual só faz sentir seus efeitos durante a fase de sua execução (fase da construção), não exercendo qualquer influência sobre as etapas anteriores à construção.
- Uma observação que se faz é que, dependendo das partes, os contratos de compra e venda podem ser feitos com *pacto adjeto de alienação fiduciária*. Com o pacto, o contrato prevê que o devedor (no caso da incorporação é o adquirente) convencionou transmitir ao credor (o incorporador ou instituição financeira, quando há financiamento), com escopo de garantia, a propriedade do bem imóvel. O credor permanece proprietário do imóvel até o final a quitação do pagamento pelo devedor, quando então se procede à transferência de

propriedade. Essa é uma forma de prevenção de riscos a que o incorporador poderia se expor.

Como se percebe, a Lei nº 4.591/64, além de tratar dos condomínios e incorporações em primeira instância, não podia deixar de estabelecer a regulamentação dos contratos de construção, até então atípicos, nas suas duas modalidades tal como são amplamente conhecidas e praticadas: *construção por empreitada* (arts. 55 a 57) e *construção por administração* (arts. 58 a 62). O contrato de construção pode, portanto, ser praticado sob qualquer das duas modalidades nos empreendimentos de incorporações imobiliárias.

6.3.1 Partes envolvidas no contrato de incorporação imobiliária

Primordialmente as partes envolvidas são o *incorporador* e o *adquirente*, este chamado também *contratante* ou *condômino*, mas, além da possibilidade da inclusão de mais partes, elas podem se relacionar de maneiras diferentes em determinadas situações que, entre outras, as mais comuns são:

- Sendo o construtor o próprio incorporador, ele mesmo firmará o contrato de construção com os adquirentes.
- O construtor pode ser pessoa diferente do incorporador e, neste caso, o contrato de construção pode ser firmado entre o incorporador e o construtor e, na medida em que forem sendo vendidas as frações ideais de terreno, os adquirentes vão se sub-rogando nos direitos e obrigações do contrato de construção.
- Ainda no caso de construtor diferente do incorporador, o contrato de construção pode ser firmado separadamente, diretamente entre o construtor e o adquirente, onde o incorporador é caracterizado, sem alteração de suas responsabilidades.
- As situações anteriores pressupõem que o incorporador seja proprietário do terreno da construção. Em caso de ele se tornar titular dos direitos aquisitivos sobre o terreno (com contrato de promessa de compra e venda com pagamento parcelado), o proprietário do terreno também passa a ser parte envolvida, pois ele é a pessoa legitimada a transmitir ao adquirente o domínio sobre a fração ideal do terreno. O

incorporador participa também na qualidade de cedente dos direitos aquisitivos sobre a fração ideal do terreno.

Aspecto de relevância especial nesse contrato, segundo Chalhub (2005), é o interesse coletivo, que determina o traço marcante de sua função social. Apesar de os contratos serem firmados individualmente, entre incorporador e cada adquirente, as obrigações e direitos se fazem valer para todos os adquirentes, configurando assim uma comunidade voltada para um objetivo único e comum, que extrapola o limite das individualidades. Observa-se na prática que muitas das situações de conflito entre incorporador/adquirente ocorrem em consequência da ausência do senso objetivo de coletividade por parte de adquirentes que, apesar de conhecerem objetivamente sua pertença a uma comunidade de condôminos, persistem em exigir tratamento individualizado em sua relação jurídica. Este é um fator gerador de risco tanto para o incorporador quanto para os demais condôminos, conforme será analisado adiante.

Não se concebe a consecução de um contrato individual de incorporação sem o concomitante cumprimento de todos os demais, sem o quê não se efetiva a construção coletiva, objeto do contrato de incorporação.

Da mesma forma, legalmente não é possível desistência individual de um adquirente do empreendimento através da rescisão contratual, já que essa visão individualista, desprovida do princípio da boa-fé, desrespeita a função social do contrato, refletindo em prejuízo de sua função econômica. A lei não deixa à deriva a necessidade eventual que pode o adquirente ter de se excluir do empreendimento. Para tal, é permitido que venda sua fração com todas as acessões e a incorporação tenha a substituição de membro em seu grupo de adquirentes, sem prejuízo do alcance do objetivo coletivo.

Em se tratando de interesse comum de uma coletividade unida em um empreendimento, alguns pontos são ponderáveis. Deve-se ressaltar que, quanto maior for a homogeneidade na constituição do grupo de adquirentes (do ponto de vista sócio-econômico) maiores são as chances de se evitar o risco advindo de divergências de interesses e desigualdades de condições para cumprir as programações da construção, principalmente financeiras.

Paralelamente deve-se considerar também que o mesmo grupo de adquirentes constituirá, após a construção, uma comunidade de condomínio estabelecido, e essa comunidade, além do convívio que se estabelecerá, terá seus encargos financeiros na manutenção do condomínio, cujo valor geralmente não se conhece antecipadamente, o que pode pesar diferentemente a cada condômino.

Esses são alguns dos aspectos mais comuns verificados na prática, cuja prevenção compete geralmente ao incorporador (ou corretores, se for o caso) e se inicia nas fases de identificação do terreno, sua localização, estudo de circunvizinhança, projeto, etc., quando já se deve ter um público alvo definido em função das oportunidades de mercado. Evidentemente o cuidado deve se estender durante a fase de alienação das unidades, até seu final.

Os riscos abordados nos parágrafos acima podem ser agravados quando o incorporador promove empreendimento que atenda o adquirente de baixo poder aquisitivo e também os de maior poder e os intermediários – é o caso de construções com apartamentos de 02 e 03 dormitórios, por exemplo. O recomendável é a manutenção de um padrão único no projeto e a formação de grupos com baixa probabilidade de haver conflitos que possam prejudicar qualquer que seja a categoria dos adquirentes em termos de capacidade financeira.

6.3.2 Natureza jurídica do contrato de incorporação

A incorporação é configurada como negócio jurídico *bilateral, típico, consensual, oneroso, comutativo, solene* e de *execução continuada*.

Embora a maioria desses caracteres já tenha sido abordada no capítulo 4, cabem ainda alguns breves comentários motivados pela singularidade da natureza do contrato.

O contrato é bilateral porque envolve duas partes com uma série de obrigações correspectivas. É negócio típico porque tem configuração própria na legislação vigente, consensual por representar a vontade das partes, oneroso uma vez que não se desenvolve gratuitamente e comutativo devido à equivalência relativa entre as obrigações. É também contrato solene porque sua validade depende da observância da forma prescrita em lei e do cumprimento de uma série de outros requisitos como o registro da incorporação no Registro de Imóveis, o

contrato ser escrito e também serem registrados os contratos de alienação no Registro de Imóveis. Finalmente, como as prestações relativas a ele não se operam de uma só vez, mas por etapas ou parcelas durante certo período de tempo, é de execução continuada.

De acordo com Meirelles (2005), o contrato de incorporação, como todos os que lhe compõem, podem ser feitos por escritura pública ou instrumento particular, mas devem ser registrados para que operem efeitos em relação a terceiros e a futuros condôminos que não tenham tomado parte na convenção institucional do condomínio.

Uma característica marcante que, no parecer do autor, é a mais relevante dentre todas, refere-se a ser o contrato de incorporação imobiliária um tipo de *contrato de adesão*.

Do fato de ser contrato de adesão derivam algumas circunstâncias que influenciam no compartilhamento de riscos entre incorporador e adquirentes, pois nesse caso, os adquirentes exercem apenas o direito de contratar (ou não contratar) como alternativa única. O direito de negociar o conteúdo contratual é nulo, pois assim é o contrato de adesão. No caso do contrato de adesão, que é sempre proposto pelo contratante (incorporador), fica evidente que geralmente os adquirentes (contratantes) se tornam a parte mais vulnerável do contrato. A esse respeito os autores são unânimes em afirmar que a lei das incorporações veio a solucionar uma questão de importância que é a desigualdade de condições entre contratante e contratado. Segundo os autores, as naturezas distintas de cada uma das partes podem estabelecer uma relação de potencial desequilíbrio, na qual existe de um lado o incorporador que pode ser também construtor, conhecedor de todos os meandros característicos da realização das incorporações, com suposta capacidade administrativa, técnica e gerencial e com presumido conhecimento da legislação. De outro lado, os adquirentes, sendo a grande maioria leiga na área técnica e jurídica, sem capacidade administrativa e gerencial e pouco ou nada familiarizada com a legislação regulamentadora do empreendimento ao qual está aderindo.

Em conseqüência, no processo de seleção e contratação, para o contratante prevalecem parâmetros diversos aos da contratação de obras em geral. Verifica-se na prática que o adquirente privilegia o local da construção, em detrimento do construtor; muitas vezes elege o incorporador em detrimento do projeto ou vice-

versa; faz a adesão baseada apenas nos valores de desembolsos mensais previstos, compatíveis com suas possibilidades, e muitas outras combinações de fatores não técnicos, gerenciais ou econômicos.

Entende-se, por outro lado, que é praticamente impossível aos adquirentes aderirem a um projeto de incorporação no qual todos os seus requisitos e expectativas sejam integralmente atendidos.

Devido a tais circunstâncias, o adquirente deve buscar orientação competente. O que mais se constata na prática é a busca de aconselhamento quanto ao negócio junto a profissionais da área técnica e jurídica no âmbito dos relacionamentos de amizade do adquirente. Como não se configura aí uma prestação de serviço profissional, a eficácia de tal prática pode ser questionável.

Portanto, é de extrema importância enfatizar que tais critérios no processo de seleção e contratação para os contratos de adesão são potenciais fatores de riscos variados tanto para o incorporador quanto para os adquirentes, em maior grau para estes devido à predominância de sua condição leiga.

Uma vez que é característica fundamental dos contratos de adesão o tratamento equânime e padronizado aos contratantes, imprimindo a estes uma feição coletiva, a lei de incorporações criou dois órgãos de representação dos adquirentes perante o incorporador, o construtor ou terceiros, atribuindo-lhes funções na execução do contrato de incorporação, apresentados no item 6.4.5. Enfatize-se que as atribuições desses órgãos de representação foram substancialmente ampliadas a partir da Lei nº 10.931/2004, em virtude dos desdobramentos decorrentes do estabelecimento do patrimônio de afetação, facultado por essa lei. O item 6.4.4 apresenta o regime de afetação patrimonial como objeto de abordagem especial.

6.3.3 Inadimplência dos contratantes

Para garantia da continuidade da construção e para resguardar o incorporador de responsabilidade que não lhe é devida e também para assegurar ao grupo de condôminos o bom andamento da obra, a lei estabelece penalidade para os casos de ocorrência de atraso de pagamentos relativos à construção (Art. 63).

Essa penalidade é o dispositivo legal que, segundo Pereira (1994), tem por primeiro objetivo a proteção do construtor e também do incorporador.

O art. 63 da Lei nº 4.591/64 estipula que deve constar do contrato que, na falta de pagamento pelo contratante, de 03 prestações do preço da construção (prestações de valor original do contrato, reajustadas ou criadas posteriormente), o devedor será notificado e terá prazo de 10 dias para quitar seu débito. Se o débito não for liquidado dentro desse prazo, sua unidade autônoma pode se leiloada nas formas previstas na lei. Da importância apurada na venda são deduzidos os valores das prestações em atraso, todas as despesas ocorridas no processo (que pode ser judicial ou extrajudicial), mais 10% de multa compensatória e 5% a título de comissão, que reverterão em benefício do condomínio de todos os outros contratantes. O saldo será entregue ao condômino inadimplente, se houver.

Em primeira análise, esse direito do incorporador e dos condôminos parece solucionar a questão da obrigatoriedade do cumprimento contratual dos pagamentos das parcelas da construção por parte dos adquirentes. Na verdade, aí está a solução para essa obrigação contratual, quando considerada na sua inteireza, ou seja, em termos de garantia do valor total devido.

No entanto, em se tratando de contrato de execução continuada, o valor global de cada unidade só produz seus efeitos ao final da construção, sendo que o mesmo não acontece com as parcelas em que foi dividido o preço global. Cada parcela produz seus efeitos imediatos no tempo; dentro de cada período de tempo correspondente a cada etapa da obra. Em resumo, não basta que o construtor ou o incorporador tenha a garantia de que o valor total estará pago ao final da obra. É também necessário que as parcelas sejam pagas dentro de seu prazo certo, pois é isto que possibilita a execução da construção em cada uma de suas etapas.

Constata-se, no meio empresarial de incorporadores imobiliários, certa inquietação e questionamento sobre a eficácia do Art. 63 da Lei nº 4.591/64 no que diz respeito ao tratamento da lei para o caso de inadimplências de condôminos restrito a apenas um artigo assim como a aplicação de pena para apenas uma situação de inadimplência. Essa é uma questão que, no parecer do autor, deve ser revisada pelos legisladores, com base em dados de pesquisas mais aprofundadas.

São inúmeras as situações que podem acontecer e também inúmeros os tipos de impactos sobre a construção e sobre as partes contratantes. Pode-se proceder à análise desses efeitos geradores de riscos, considerando-se alguns aspectos práticos passíveis de ocorrência, tais como:

- Interferência no fluxo de caixa – a inadimplência gera receita mensal imprevisível e abaixo do planejado, podendo se agravar em função do número de condôminos inadimplentes no grupo. Tal circunstância traz dificuldades ao gerenciamento de replanejamentos repentinos, podendo comprometer o andamento dos serviços previstos e acarretar atraso nos prazos parcial e final, prejudicando condôminos que cumprem rigorosamente com suas obrigações. Observe-se que podem ocorrer situações de atrasos de pagamentos sucessivos reincidentes, intencionais ou não, por parte até de vários contratantes simultaneamente, e que não chegam a atingir as 03 prestações que geram a aplicação da penalidade legal. Por não se caracterizar como ilegalidade, a situação pode persistir até durante toda a obra, e seus efeitos negativos sobre o prazo do empreendimento são imprevisíveis quantitativamente. Para o cumprimento do prazo de construção é preciso regularidade na disponibilidade dos recursos financeiros planejados. Essa situação impacta mais especificamente as obras com contrato a preço fixo, com prazo certo. Nas construções com contrato por administração, o prazo é mais flexível e o impacto atinge os adquirentes não inadimplentes, que são obrigados a esperar o prazo dilatado da conclusão da obra.
- Além da influência sobre o prazo, deve ser considerada também a falta de garantia para o construtor ou incorporador no cumprimento dos compromissos financeiros relativos à obra, tanto os internos, tais como salários de funcionários e encargos sociais, quanto externos, como prestadores de serviços, fornecedores de materiais e equipamentos e outros. Muitos desses compromissos geralmente são assumidos anteriormente à ocorrência da inadimplência.
- Ademais, um outro risco não mensurável é o fato de o incorporador ou construtor ficar exposto a uma condição de grande fragilidade em seu relacionamento comercial, o que pode vir a comprometer o sucesso ou

a viabilidade de futuros empreendimentos e até de suas atividades empresariais ou profissionais em geral.

De acordo com Chalhub (2005) a intenção do Art. 63 da lei é proporcionar proteção contra o risco de inadimplência dos adquirentes. No entanto, conforme se percebe, ainda são muitas as possibilidades de ocorrência desses riscos, sem que a lei possa coibir os atos abusivos que os geram. Na realidade, é impossível que qualquer lei estabeleça dispositivos de proteção contra todas as situações de risco possíveis e imagináveis. A questão remete-se então à observância dos fundamentos doutrinários referentes ao respeito à função social do contrato, com base no princípio contratual da boa-fé objetiva. Os projetos e realizações, grandes ou pequenos, não são possíveis sem que sejam presididos por uma postura sediada em patamar superior ao das práticas de manobras e artifícios que visem a vantagens individuais nos negócios de qualquer natureza.

6.3.4 O Regime de afetação patrimonial

Nas últimas duas décadas, diferentemente do que acontece nos países mais importantes do mundo, o mercado imobiliário brasileiro tem apresentado um desempenho muito aquém de sua potencialidade real. Os motivos são vários: o crescimento acanhado da economia, a queda da renda média da população, os juros reais e a carga tributária elevados, além do crédito escasso e seletivo, em programas inconsistentes. Há que se considerar também os escândalos ocorridos nos últimos anos, amplamente divulgados na mídia, que abalaram profundamente a credibilidade do setor e afastaram ainda mais os consumidores.

Com essa visão, a cartilha publicada pela CBIC - Câmara Brasileira da Indústria da Construção (2004) descreve o cenário de incertezas dentro do qual foi aprovada a Lei nº 10.931/2004, considerada pela mesma organização como “um marco para o mercado imobiliário”. Para a construção civil, especificamente para as incorporações imobiliárias, a lei que introduziu a adoção do regime de afetação nesses empreendimentos tem seu sentido resumido em três pontos: segurança jurídica, transparência e credibilidade.

A lei visa exatamente aumentar a segurança jurídica para as partes envolvidas no negócio da incorporação imobiliária. Ao proteger o negócio, confere-lhe transparência e promove sua credibilidade, ampliando assim o atendimento dos

interesses de todos: adquirentes, incorporadores, construtores, instituições de crédito, prestadores de serviços e fornecedores ligados ao setor.

Dentre os temas regulamentados, a constituição do patrimônio de afetação é, sem dúvida, um dos temas de maior interesse para o presente trabalho.

Chama-se *Patrimônio de Afetação* ao conjunto de bens, direitos e obrigações formado com um determinado fim, sem que haja qualquer possibilidade de desvio dessa finalidade.

O patrimônio de afetação ou patrimônio afetado não se comunica com qualquer outro bem, direito e obrigação do patrimônio geral do incorporador, seja ele empresa ou pessoa, e responde tão-somente pelas dívidas e obrigações vinculadas àquela incorporação imobiliária. O adquirente tem, assim, seus direitos considerados como primeira prioridade, sem que isto onere ou traga qualquer risco ao incorporador.

A influência do Patrimônio de Afetação sobre a segurança dos contratos se faz perceber de maneira bastante clara, diante dos conceitos doutrinários e legais apresentados anteriormente. A função social do contrato estará intrinsecamente ligada à função econômica. Ora, como se sabe, o contrato é, por excelência, instrumento de circulação de riquezas e, em princípio, o cumprimento da função social se dá em decorrência dos efeitos econômicos do contrato. Os efeitos econômicos serão positivos para todas as partes envolvidas na medida em que sejam cumpridas por cada uma suas respectivas obrigações, que dispensam ser mencionadas.

A afetação garante proteção jurídica eficaz a cada incorporação, que se torna incomunicável com os demais negócios da empresa ou pessoa incorporadora. Assim, a incorporação afetada fica resguardada contra o risco para o condômino em caso de eventual insucesso do incorporador em seus outros negócios. A afetação garante segurança ao contrato de incorporação e proporciona às partes envolvidas os meios necessários à conclusão do negócio, nas condições e prazos instituídos. Cumpre-se, dessa forma, a função econômica do contrato.

Considerando-se a modalidade do contrato de construção, duas situações distintas se configuram, quando não há a afetação patrimonial.

Nos contratos de construção a preço fixo ou nos casos de venda de unidades como coisa futura, todos os insumos das construções são adquiridos em nome do incorporador e passam a fazer parte de seu patrimônio até a transferência final de propriedade aos adquirentes. Ele tem a liberdade de transferir materiais e quaisquer outros insumos de uma incorporação para outra, de tal modo que não há destinação separada de insumos para cada incorporação. Assim, na hipótese de falência do incorporador, os adquirentes perdem o direito de posse sobre a fração de terreno adquirida e sobre o que já tenham empregado na construção do edifício em condomínio. Já que essas incorporações sob a responsabilidade daquele incorporador (empresa ou pessoa) integram ainda seu patrimônio, elas passam automaticamente a fazer parte da massa falida para saldar seus débitos empresariais gerais com credores diversos, dentro da ordem de prioridade prevista em lei.

O mesmo não ocorre com os contratos de construção por administração. Estes, pela sua natureza e forma de operacionalização, já têm suas receitas e despesas controladas individualmente ou segregadamente, através de conta bancária exclusiva em nome do condomínio e todos os insumos da construção adquiridos em nome e por conta do condomínio, sendo a execução da obra e os atos necessários apenas administrados pelo incorporador/construtor. Nos contratos de construção por administração, portanto, não há comunicação entre as incorporações em andamento não estando sujeitas ao mesmo risco das obras a preço fixo ou coisa futura.

O procedimento para a constituição do Patrimônio de Afetação é simples, bastando que o incorporador e os titulares de direitos reais sobre o terreno e as acessões firmem um “Termo de Afetação” que, levado ao Registro de Imóveis e anexado ao processo de incorporação, torna pública a afetação. O Registro de Imóveis cancelará a afetação tão logo cumprida sua função, ou seja, ao final da construção e após a posse definitiva das unidades pelos adquirentes ou, o que é raro, mediante deliberação consensual das partes.

A manutenção dos patrimônios afetados não influencia em nada na dinâmica praticada nas incorporações e nem acarreta trabalho ou ônus extras.

O incorporador deve identificar cada incorporação afetada e manter um tratamento contábil individual a cada uma. Os insumos são adquiridos segundo a

identificação, com recursos oriundos de conta bancária própria e exclusiva de cada patrimônio afetado. Pressupõe-se que, para o gerenciamento das construções, tal procedimento já seja parcialmente adotado pelo incorporador, como meio possibilitador da apropriação do custo de cada incorporação, exercendo seu controle. Em outras palavras, é como se cada patrimônio afetado fosse uma empresa autônoma, sem que o incorporador tenha que prover uma estrutura empresarial para cada um, pois já existe a estrutura empresarial. Portanto, a lei de afetação patrimonial não trouxe ao incorporador qualquer encargo extra.

Os resultados esperados pela CBIC, em consequência da criação da lei de 2004, é a retomada do crescimento do setor, o que deverá gerar empregos em larga escala – utilizando mão-de-obra pouco qualificada – reduzindo assim o déficit habitacional.

Isso representa um grande avanço na proteção dos adquirentes de unidades, embora que, durante o período entre a criação da lei das incorporações e a do patrimônio de afetação, a situação dos condôminos tenha sido de total exposição ao risco. De fato, constata-se na literatura especializada da área jurídica o relato de grande número de disputas judiciais originadas por essa lacuna na lei de 1964.

Sem dúvida, o impacto causado pela insolvência ou falência do incorporador representa o maior dos riscos a que o contratante está exposto quando adquire sua unidade autônoma em uma incorporação imobiliária, pois envolve o total do investimento realizado e sabe-se que são remotas as chances de sua recuperação integral.

A Câmara Brasileira da Indústria da Construção - CBIC se refere a escândalos ocorridos nos últimos anos, dentre os quais se destaca o conhecido episódio de uma empresa incorporadora e construtora de atuação em todo o território brasileiro, cuja falência, acompanhada de grande repercussão na mídia nacional, acarretou prejuízos a credores e incontáveis adquirentes de suas unidades em construção. Chalhub (2005) salienta que os agentes financiadores estão também sujeitos ao mesmo risco e, por outro lado, registra alguns casos de condomínios cujos direitos dos adquirentes foram recuperados por decisão jurisprudencial, não sem levar longo tempo para a decisão final.

Essas situações e outras de menor proporção, mas de alta freqüência, que produzem reflexos sobre adquirentes e demais credores, levam os empreendimentos de incorporações imobiliárias ao descrédito, trazendo prejuízo à indústria da construção nos grandes e médios centros urbanos brasileiros.

Tal risco para os consumidores em especial, deveria ter tido tratamento profilático no escopo da lei das incorporações, em 1964, conforme previa o anteprojeto do Professor Caio Mário da Silva Pereira.

No entanto, passado longo tempo de situação de exposição ao risco, a questão foi, de certa forma, solucionada pela Lei nº 10.931/2004, resultante do anteprojeto do Professor Melhim Namem Chalhub.

Pode-se dizer que a questão foi solucionada parcialmente ou “de certa forma” em virtude de a Lei nº 10.931/2004 ter inserido na das incorporações o Art. 31-A: nos seguintes termos: “A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime de afetação...”.

Do ponto de vista do autor, é incompreensível a intenção da lei ao deixar a submissão da incorporação ao regime de afetação patrimonial à escolha ou arbítrio do incorporador. Se não há qualquer prejuízo ou ônus para o incorporador, não há motivo para o mesmo deixar de adotar a afetação do patrimônio, já que tal medida só lhe traz benefícios em termos mercadológicos e comerciais, pela segurança jurídica, transparência e ética, que são quesitos desejados pelos adquirentes. Este questionamento induz à conclusão de que pode haver algum outro motivo que leva o incorporador a não adotar o patrimônio de afetação, trazendo vantagens para si, já que não as traz aos adquirentes.

Outro fator que deve ser levado em conta é o curto período de tempo de vigência da lei, que normalmente requer certo prazo para se incorporar à cultura dos negócios. A CBIC espera que, a partir da vigência da lei, paulatinamente os incorporadores passem a adotar a afetação do patrimônio, atendendo à própria demanda dos credores.

Todas as ponderações são indicativas de que a adoção do patrimônio de afetação deve ser um parâmetro decisivo para o adquirente balisar sua decisão em aderir ou não a determinado empreendimento a preço fixo, sem se expor ao risco de perder todo o seu investimento em decorrência da insolvência ou destituição do

incorporador que deliberou não adotar a afetação patrimonial de incorporações sob sua responsabilidade.

6.3.5 Órgãos de representação dos adquirentes

As relações entre partes, decorrentes do contrato de incorporação, não são possíveis individualmente, devido ao caráter coletivo do empreendimento. Por isto o grupo de adquirentes ou condôminos deve se fazer representar frente ao incorporador e/ou construtor e terceiros.

A lei reserva papel de grande importância na execução do contrato de incorporação aos dois órgãos de representação e defesa dos interesses dos adquirentes: A *Assembléia Geral dos Contratantes* (órgão instituído e regulamentado no Art. 49) e a *Comissão de Representantes* (o Art. 50 prevê sua instituição e regulamentação). O papel previsto pela lei a ser desempenhado por ambos os órgãos trazem as repercussões mais significativas na prática dos empreendimentos de incorporações imobiliárias, pois eles são os representantes e atuam em nome dos contratantes. Suas ações são decisivas para o sucesso dos empreendimentos, especialmente na fase de construção. Em contrapartida, o importante papel desses órgãos pode também ocasionar situações de risco tanto para o incorporador como para o próprio grupo de contratantes.

6.3.5.1 A Assembléia Geral dos Contratantes

A lei estabelece a *Assembléia Geral dos Contratantes* como a possibilidade de os condôminos se reunirem, durante a fase de construção do edifício, para adotarem deliberações de seu interesse geral.

A assembléia está prevista para toda modalidade de contrato de incorporação, inclusive para a hipótese em que o incorporador tenha contratado a entrega das unidades a preço e prazo certos, mas sua utilidade maior é para o caso de haver sido firmado o contrato de construção, em qualquer das duas modalidades.

Observa-se certa polêmica no meio empresarial imobiliário quanto às prescrições da lei em relação aos critérios de aprovação das deliberações, especialmente o quorum, considerado como baixo e gerador de protestos por adquirentes. No entanto, a questão não ultrapassa o limite da polêmica sem argumentação consistente, e que nunca resultou em reivindicações concretas.

Assim, as deliberações são aprovadas pela maioria simples dos votos dos adquirentes, porém a lei prevê *quorum* especial ou condições de aprovação especiais para a assembléia em função das naturezas dos temas especiais previstos em lei para a competência desse órgão deliberativo, conforme mostra a Tabela 6.1 abaixo. São oportunas as definições de Koogan/Houaiss: maioria simples ou relativa – soma de votos maior que a dos opositores: maioria absoluta – maioria que reúne mais da metade dos votos apurados.

Tema	Quorum / Aprovação
Revogação de decisão da Comissão de Representantes / Alteração da composição da Comissão de Representantes (Art. 50 §2º)	Majoria absoluta
Preferência de aquisição de unidade de adquirente inadimplente (Art. 50 § 3º)	Unanimidade dos presentes
Destituição do incorporador por atraso injustificado da obra (Art.43, VI)	Majoria absoluta dos votos dos adquirentes
Prosseguimento da incorporação ou liquidação do patrimônio de afetação por falência do incorporador (Art 31-F §1º)	2/3 dos adquirentes – 1ª conv. Majoria absoluta – 2ª conv.
Instituição do condomínio de construção por insolvência do incorporador (Art. 31-F §1º)	2/3 dos adquirentes – 1ª conv. Majoria absoluta – 2ª conv.
Preferência de aquisição de unidade do incorporador por falência (Art. 31-F §17, II)	Majoria simples
Venda de terreno e acessões quando não deliberada continuação da incorporação por insolvência do incorporador (Art. 43, VII)	2/3 dos adquirentes

Quadro 6.1 – Quorum / aprovação especiais na deliberação de temas especiais da assembléia Geral dos Adquirentes – Lei nº 4.591/64

Fonte: o autor

Poderão convocar as assembléias o incorporador, o construtor e os adquirentes (no mínimo 1/3 destes) com 05 dias de prazo para a primeira convocação e 03 dias para a segunda. A convocação será feita a todos os condôminos e o convocante deverá estar presente à assembléia. No caso de

convocada por 1/3 dos adquirentes, pelo menos a metade destes deverá estar presente.

Os temas são submetidos à votação da assembléia, e os votos são sempre proporcionais às frações ideais. Os adquirentes poderão ser representados por procuradores mediante documento de mandato com poderes específicos para propor, discutir e votar matérias na assembléia.

A assembléia, como não é diferente de qualquer outra representação, tem poderes para decidir em nome da comunidade, devendo suas decisões ser acatadas pela totalidade dos membros após votada a matéria, não cabendo recurso a outra instância, a não ser pela existência de ilegalidade ou irregularidade comprovada de suas decisões, quando estas podem ser anuladas.

6.3.5.2 A Comissão de Representantes

Esse outro órgão de representação dos adquirentes, a *Comissão de Representantes* deve ser analisado de maneira meticulosa por ser assunto carregado de aspectos polêmicos, especialmente por sua condição de potencial geradora de riscos de variadas naturezas.

A chamada Comissão de Representantes compõe-se de um grupo de no mínimo três pessoas dentre os adquirentes, com a função de representá-los junto ao construtor, nos assuntos referentes à construção do edifício em geral, junto ao incorporador (Art. 43), relativamente às providências cabíveis em consequência do descumprimento de suas obrigações e outras ocorrências previstas no mesmo artigo da lei.

Em casos de incorporações onde o número de contratantes é igual ou inferior a 03, todos serão obrigatoriamente membros da comissão.

A lei prevê para a Comissão de Representantes atribuições que abrangem uma ampla variação de responsabilidades. Chalhub (2005) discute a natureza jurídica da comissão, do ponto de vista doutrinário e o que se pode concluir de suas ponderações é que a comissão de Representantes é órgão de fiscalização da obra e dos interesses dos adquirentes e, em certos casos, mandatária dos adquirentes, principalmente em consequência da lei de afetação patrimonial. Antes da lei de 2004 o papel da comissão se resumia ao de intermediação entre adquirentes/construtor e

adquirentes/incorporador. O Art. 50 da lei instituiu a figura da Comissão de Representantes para representar os adquirentes no acompanhamento da construção em todas as suas etapas, fiscalizando a arrecadação das contribuições dos adquirentes e a aplicação dos recursos pelo construtor, bem como para promover a venda de unidade pertencente a adquirente inadimplente e a incorporador insolvente e ainda para assumir a administração da incorporação em caso de falência ou destituição do incorporador, praticando todos os atos necessários para tal fim, inclusive a realização da venda de unidades que, na data da decretação da falência, ainda não tiverem sido alienadas pelo incorporador, estando ainda no seu “estoque” (art. 31-A a 31-F inseridos pela Lei nº 10.931/2004).

Percebe-se, por suas atribuições, a importância da comissão como fator de proteção e defesa dos adquirentes. Essa importância é ainda maior diante da possibilidade da incorporação como patrimônio de afetação, cujos beneficiários são os próprios adquirentes e credores vinculados a cada incorporação. Assim, verificada a ocorrência de insolvência ou destituição, conforme previsto na lei, cabe à Comissão de Representantes assumir a administração da incorporação e a direção da obra, para viabilizar sua conclusão e entrega das unidades aos adquirentes.

As responsabilidades da comissão podem, então, ser abruptamente ampliadas diante das hipóteses de falência ou destituição do incorporador, pois ela passa a assumir a administração do patrimônio afetado, o que significa que, para a nova função, a comissão deve ter a capacidade gerencial equivalente à de uma empresa construtora, embora isto seja difícil de acontecer na prática. Por um lado a lei estabelece que a Comissão (ou o órgão financiador) tem o direito de nomear pessoa física ou jurídica para acompanhar e fiscalizar o patrimônio de afetação (Art. 31-C), mas, por outro, o mesmo artigo determina que a contratação correrá às expensas da comissão. Ora, não se pode considerar que seja justo que a comissão arque sozinha com o ônus de um trabalho que é prestado em favor de todos os adquirentes. Embora a lei faça tal prescrição, a comissão, em caso de reconhecer sua incapacidade para o exercício das funções, seja por qualquer motivo, deve procurar entendimento com o grupo de adquirentes na busca de acordo para rateio dessas despesas. Diante da aridez desse artigo da lei, certamente os adquirentes

encontrarão dificuldades na eleição de uma Comissão de Representantes que, voluntariamente, se submeta a tais imposições legais.

A legislação em atual vigência confere à Comissão de Representantes os seguintes poderes, além de outros que possa lhe conferir o contrato:

- *Acompanhar o andamento da obra, fiscalizando a atuação do incorporador e do construtor, especialmente quanto ao respeito e obediência ao projeto e às especificações técnicas (Art. 55, §3º).* Trata-se de uma função de caráter essencialmente técnico que, para ser exercida com eficácia, exige capacidade técnica e gerencial. É tarefa que requer também disponibilidade de tempo, regularidade e constância no seu cumprimento. Sem margem de erro, pode-se afirmar que raramente haverá uma comissão que atenda todos esses requisitos. É especialmente aplicável quando a construção é feita sob a modalidade de preço fixo ou empreitada, no qual o quesito qualidade deve ser o alvo da fiscalização pela comissão. Com visto no Capítulo 5 e no item 6.2, a competência da Comissão de Representantes é um dos fatores que mais influenciará nos resultados de qualidade da construção.
- *Fiscalizar o cálculo do reajustamento, nos contratos de construção por empreitada reajustável (Art. 55, § 4º).* O cálculo não representa risco, pois é simples questão de operações aritméticas, executável por pessoa com certo grau de escolaridade. O mais importante nesse caso é o conhecimento dos índices e a forma de reajustamento prevista no contrato (já estabelecidos, pois o contrato é de adesão).
- *Promover, nos contratos de administração, juntamente com o construtor, a revisão da estimativa de custo, comunicando aos adquirentes o novo valor das quotas de construção e seu esquema de pagamento (Art. 60).* Nos contratos por administração não há fixação de preço que deve ser obrigatoriamente cumprido, portanto, as revisões periódicas visam a estabelecer as quotas de um período mas que podem estar sujeitas a nova revisão em qualquer tempo.
- *Nas construções por administração, fiscalizar a arrecadação das contribuições destinadas à construção, as concorrências relativas a*

compras de materiais e contratações de serviços, examinar os documentos de caixa e os balancetes do condomínio, aprovando-os ou impugnando-os e, ainda, contratar em nome do condomínio, com qualquer adquirente, a realização de modificações na respectiva unidade imobiliária (Art. 61, “a” até “d”). As arrecadações são facilmente verificáveis, mas as concorrências de compras e contratações de serviços são atividades especializadas da área técnica, podendo exigir até certo conhecimento de tecnologia de materiais e capacidade gerencial na contratação de serviços. Uma típica Comissão de Representantes normalmente não se compõe de pessoas com tal habilitação, por isto essa função deve ser feita em conjunto com o técnico responsável pela obra, resultando, freqüentemente na anuência da comissão em relação às sugestões e argumentações do incorporador ou construtor. O exame de balancetes também não oferece barreiras à comissão, embora o ideal é que nela houvesse um membro com conhecimentos na área contábil, situação não tão provável de acontecer. Um dos grandes fatores geradores de risco quanto a custo e prazo é a introdução de modificações no projeto por parte do contratante, o que é uma ocorrência muito freqüente e característica em qualquer obra por administração. Nas incorporações, contudo, a questão se reveste de maior complexidade, por ser obra coletiva. Sabe-se que o hábito predominante nas incorporações é o de o adquirente conduzir a negociação de modificações desejadas diretamente com o construtor, deixando a comissão e o incorporador à margem do processo. Os desdobramentos são muitos e diversificados. O incorporador e a comissão, ignorando os fatos, ficam sem condições de responder pelos efeitos advindos. O construtor geralmente aceita executar a maioria das modificações pedidas, provocando desajustes no cronograma, deslocando mão-de-obra que deveria estar cumprindo outras tarefas e serviços prioritários, desfazendo serviços prontos e refazendo-os conforme pedido pelo condômino. Tudo isso gera custos extras que são pagos direto ao construtor pelo condômino ou são repassados de alguma forma ao grupo do condomínio. Logicamente os prazos são impactados por essa prática, devido à realocação da mão-

de-obra, principalmente quando se considera que as modificações ocorrem normalmente em quase todas as unidades durante quase toda a fase da construção. O volume total e o tempo em que são pedidas as modificações são de difícil previsão, podendo variar em função das características do grupo de adquirentes em desejar dar tratamento individualizado às unidades. Assim, é também difícil a previsão dos impactos. Como se percebe, esse é um ponto que suscita longas discussões, mas, em virtude dos objetivos deste trabalho, a questão não deve ser alongada em detrimento de outros aspectos que também devem ser abordados.

- *Promover a cobrança extrajudicial de adquirente em mora, notificando-o para purgação da mora no prazo de 10 dias, sob pena de venda da unidade e utilização do produto da venda para satisfação do crédito do condomínio (Art. 63, § 1º).* Essa função da comissão não merece mais comentários além do que foi abordado em relação à inadimplência de adquirentes no item 6.4.3.
- *Vender, em leilão público, a unidade do adquirente inadimplente, destinando o produto da venda à satisfação do crédito do condomínio, encargos, eventuais débitos fiscais e previdenciários e despesas do leilão, entregando-lhe o saldo, se houver (Art. 63, §§ 4º a 9º)*
- *Assumir a administração da incorporação em caso de destituição ou de insolvência do incorporador (Art. 31-F, § 1º).*
- *Na hipótese de insolvência do incorporador, promover a venda das unidades que, na data da decretação da falência, ainda não tiverem sido alienadas pelo incorporador, distribuindo o produto da venda entre os credores, conforme a ordem legal de referências arrecadando o saldo à massa falida (Art. 31-F, §14º).*

A assembléia dos adquirentes pode destituir o incorporador por motivo de paralisação injustificada da obra, configuradas as condições previstas na lei (Art. 43, VI). No entanto, tal ato traz conseqüências extremamente complicadoras para o empreendimento. No caso, dois caminhos podem ser seguidos: o grupo de condôminos decide pelo prosseguimento da incorporação ou pela liquidação do patrimônio de afetação. Enfatize-se que, além da destituição em geral ser um

acontecimento altamente desgastante e traumático e longo, as medidas que se sequem em relação ao destino da construção são difíceis para os condôminos e de execução muito demorada, tanto a liquidação quanto a contratação de novo responsável técnico e administração do patrimônio.

Destacado o caso da destituição do incorporador, os três últimos itens relativos às funções da Comissão de Representantes, assim com outros já analisados acima, são particularmente funções especiais, pois podem envolver auxílio especializado ou contratação de terceiros. Chalhub (2005) recomenda que, em empreendimentos de maior complexidade, o exercício satisfatório da Comissão de Representantes requer a assistência de profissionais especializados, notadamente engenheiro e contador e, até mesmo, empresas especializadas em administração de obras e auditoria externa. Considera tal prática salutar, não só porque os membros da comissão, em regra, não dispõem de tempo para examinar suficientemente as questões relativas à incorporação, mas também, porque, não raras vezes, não têm capacitação técnica necessária para desempenhar as funções.

Quanto a essa recomendação cabe a observação de que, nesse caso, a complexidade da obra é um parâmetro relativo, dependente da capacidade gerencial do órgão de fiscalização - Comissão de Representantes, que é quem deve julgar a necessidade de contratação de serviços especializados, como gerenciamento, consultoria, auditoria, fiscalização ou, contabilidade.

Por fim, um outro aspecto importante tem que ser levado em conta: o processo para a constituição da Comissão de Representantes. Quanto maior a abrangência das responsabilidades da Comissão de Representantes, maior deve ser sua capacidade no tratamento dos temas de sua gestão, pois parte-se do pressuposto que o conjunto dos adquirentes confie na eficácia da comissão na condução da construção ao sucesso.

A análise dessa questão se inicia com o Art. 50, segundo o qual a constituição da comissão, “será designada no contrato de construção ou eleita em assembléia geral”. A lei prevê duas formas bastante distintas, até antagônicas, que suscitam questionamentos e uma preferência indiscutível a que ela seja eleita em assembléia.

A esse respeito, Pereira (1994), Chalhub (2005) e Meirelles (2005) são categóricos em afirmar que, na primeira hipótese de constituição da comissão, o

incorporador pode ter a tendência natural de indicar no contrato aqueles membros que melhor lhe convenham. Isto certamente coloca os contratantes em posição de desvantagem e risco. Por isso os adquirentes devem atentar para que a comissão seja eleita por eles na assembléia geral dos adquirentes, ao início da construção. Como a comissão é de fiscalização, é legítimo que deva ser constituída pelos contratantes; nunca pelo incorporador.

Como se vê, não há dúvidas de que a Comissão de Representantes desempenha uma função gerencial na etapa da construção. No caso das obras da iniciativa privada contratadas por um único contratante, o gerenciamento da construção fica a seu encargo, podendo ser delegado a terceiros. Nas incorporações, onde os contratantes são múltiplos, compete à comissão o gerenciamento, porém com a diferença de que ela estará atuando em nome de um grupo, em defesa e proteção de interesse coletivo.

Assim, pode-se estabelecer uma analogia entre a Comissão de Representantes para as obras de incorporações imobiliárias e os órgãos públicos que também têm a função de fiscalizar as obras do interesse público, buscando os resultados planejados de custo, prazo qualidade e riscos.

No âmbito das obras públicas, Kuhn (2002) aborda a situação de despreparo técnico de equipes dos órgãos públicos para atuar no acompanhamento e fiscalização das obras públicas, em especial no grande número de pequenos municípios brasileiros, cujas prefeituras são desprovidas de pessoal técnico.

Como meio de auxílio a essa dificuldade, o Tribunal de Contas da União provê orientação aos diversos órgãos públicos através da publicação de cartilhas que contemplam desde os primeiros passos do processo de licitações até o recebimento definitivo da obra, passando por todas as fases intermediárias. As cartilhas do TCU se compõem de textos extensamente elaborados em linguagem simples, precisa e objetiva. Incluindo também glossários e exemplos esclarecedores, essas cartilhas são totalmente baseadas na Lei nº 8.666/93, ao molde das publicações conhecidas como “leis comentadas”.

Quanto às incorporações imobiliárias, sabe-se também da falta de qualificação técnica predominante tanto na Comissão de Representantes quanto entre os adquirentes, os quais não contam ainda com a disponibilidade de uma

ferramenta de orientação com dimensão equivalente à do TCU, à exceção da cartilha da CBIC – Câmara Brasileira da Indústria da Construção sobre a Lei nº 10.931/2004, de criação e regulamentação da afetação patrimonial. Até o momento, o que se dispõe é de um reduzidíssimo número de publicações nesse sentido, disponíveis na internet; documentos estes também chamados de “cartilhas” por seus autores, como o PROCON – SP, CREA – RJ e Prefeitura de Serra, ES. São pequenos textos de orientações gerais sobre os riscos na aquisição de imóveis novos ou usados, onde estão incluídos também os “comprados na planta”. Elaborados com base em alguns pontos do Código de Defesa do Consumidor, não podem ser considerados auxílio consistente seja aos adquirentes de unidades autônomas de incorporações, seja à comissão de Representantes. O fato vem a corroborar a afirmação de Wald (1998), constante do Capítulo 1, relativa à escassez de publicações sobre esse complexo tema.

A escassez bibliográfica, como se percebe, não se restringe aos limites da esfera especializada, mas priva todos os participantes da incorporação imobiliária de informações imprescindíveis, gerando um desconhecimento acentuado entre todos. Tal situação, como já mencionado, acarreta um desequilíbrio entre as partes, o qual coloca o adquirente em situação desfavorável, pois, presume-se que o incorporador, devido à sua experiência, à sua alta responsabilidade e seu objetivo de lucro no empreendimento, tenha informações maiores e melhor conhecimento do negócio em seus diversos aspectos.

Diante disso, em atendimento a essas necessidades de informação, o trabalho apresenta, junto às conclusões, sugestões pertinentes e indicações de outros trabalhos que podem ser desenvolvidos com o intuito de amenizar os riscos de todos os envolvidos.

7 CONCLUSÕES E SUGESTÕES

7.1 CONCLUSÕES

A mais imediata constatação conclusiva do trabalho é de que as incorporações imobiliárias constituem um tipo de empreendimento de construção com características distintas de outros Projetos. Dentre os pontos de diferença em relação aos Projetos em geral salientam-se: seu ciclo de vida constituído de fases específicas, os caracteres das partes contratantes, o contrato de incorporação não ser apenas um contrato de construção, o processo de contratação, a execução do contrato de construção, a forma de atuação do contratante na execução do contrato e a legislação regulamentadora.

Registra-se a importância de ser a incorporação um raro caso de construção, no âmbito da iniciativa privada, cujo contrato é solene, ou seja, sua validade, como nos contratos administrativos, está sujeita à observância das determinações da lei quanto à sua forma, e também a outros requisitos, como a entrada no Registro de Imóveis.

Aliados a essa complexidade que, por si, pode ser geradora de riscos, estão outros fatores, dentre os quais se destacam as questões legais. Não se pretende contestar a inquestionável eficácia da lei quanto à proteção das partes envolvidas no contrato, porém deve-se admitir que ela não deva permanecer em situação de engessamento permanente, sem incorporar emendas que se mostrem necessárias. Mediante a pesquisa realizada, percebe-se claramente que a mesma lei cujo intuito é o de prover proteção às partes contratantes, principalmente aos adquirentes, traz também em seu escopo algumas das mais agudas fontes de riscos, situação esta que indica a necessidade de mudanças pontuais urgentes.

Um dos pontos legais merecedores de reformulação é a previsão legal de o incorporador poder optar ou não pela adoção do patrimônio de afetação nas construções a preço fixo. Uma situação de conflito ou antagonismo surge quando o incorporador opta pela não adoção do patrimônio de afetação: os riscos para os adquirentes só existem quando a construção é executada sob a modalidade de contrato a preço fixo, não existindo para as obras por administração, sendo que a modalidade do contrato é uma decisão unilateral (do incorporador).

Ainda quanto à questão legal, a Comissão de Representantes, nos moldes que a lei a regulamenta, merece tratamento de reestruturação. Constata-se uma elevada sobrecarga de atribuições a um limitado grupo de representantes que normalmente não tem a capacitação para desempenhar as especialidades de funções que a lei exige. O quadro pode agravar-se na hipótese de falência ou destituição de incorporador, quando, então, a comissão deve assumir a administração geral do patrimônio de afetação.

Outro ponto polêmico é o limite da tolerância que a lei estabelece para a inadimplência dos condôminos. Foi analisada neste trabalho a possibilidade de ocorrência de certas situações em que a continuidade da construção pode se tornar inviável, devido à baixa receita no fluxo de caixa. Nos contratos a preço fixo é alto o risco para o construtor, e para os adquirentes não inadimplentes, porém, nos contratos por administração, o risco é alto para os adquirentes, e mínimo para o construtor.

O envolvimento de contratantes múltiplos no contrato de incorporação imprime ao empreendimento uma peculiaridade que lhe impõe uma dinâmica especial, tornando-o diferente das obras particulares com um só contratante, o qual pode gerenciar sua obra como lhe convém.

Assim, recomenda-se, como necessidade fundamental, que os incorporadores e principalmente os condôminos tenham meios de adquirir maior conhecimento sobre a legislação vigente e a dinâmica do empreendimento a fim de se estabelecer uma relação contratual regida pela transparência.

7.2 SUGESTÕES DE AUXÍLIO ÀS PARTES

Quaisquer subsídios de auxílio aos adquirentes de unidades em incorporações imobiliárias são automaticamente revertidos também em favor dos incorporadores e construtores, pois têm como finalidade facilitar as relações contratuais que, como se constata, são intrincadas e podem até mesmo se tornar conflituosas, implicando em conseqüências negativas a todas as partes envolvidas.

Algumas sugestões do autor para medidas que podem auxiliar as partes na condução da construção são delineadas a seguir:

- A exemplo do Tribunal de Contas da União em relação à execução dos contratos administrativos, a elaboração e publicação de cartilhas de orientação podem ser norteadoras das ações dos adquirentes em potencial e daqueles efetivamente envolvidos nos empreendimentos. A elaboração pode ser resultado de trabalhos acadêmicos de pesquisa em parceria com entidades ligadas à construção civil sob a tutela de órgãos governamentais. As publicações devem ser disponibilizadas nos Sindicatos da Indústria da Construção Civil (SINDUSCON), CREA, Prefeituras ou nos postos de atendimento do PROCON. As empresas incorporadoras também devem participar da disponibilização dessas cartilhas, visando à sua ampla divulgação aos interessados.
- Algumas sugestões de alterações na lei poderiam tornar as relações contratuais mais transparentes:

a. A lei prevê que a Comissão de Representantes ou o agente financiador tem o direito de contratar, devido ao caráter especializado de suas funções, pessoa física ou jurídica para execução ou assessoria no acompanhamento e fiscalização da construção, inclusive da administração do patrimônio de afetação, em caso de falência ou destituição do incorporador. Todavia, os custos da contratação devem ser totalmente da responsabilidade do condomínio, não da comissão (como dita a lei), continuando esta a responder por suas funções perante os adquirentes, sem a transferência de suas responsabilidades.

b. A possibilidade de que a Comissão de Representantes, órgão fiscalizador da construção, seja nomeada pelo incorporador no contrato de construção deve ser excluída da lei, passando a ser sempre eleita pela Assembléia Geral dos Adquirentes, a menos que a assembléia decida pela nomeação. O que se objetiva é que a assembléia seja soberana quanto à decisão de seus interesses.

c. A opção de constituição do patrimônio de afetação não deve ser “a critério do incorporador” conforme prevê o Art. 31-A, introduzido na Lei nº 4.591/64 pela Lei nº 10.931/2004. A constituição deve ser obrigatória, prevista em lei, já que não traz qualquer prejuízo às partes e, pelo contrário, provê garantia patrimonial aos adquirentes. A isto se soma o fato de que, com o patrimônio da afetação obrigatório, ambas as modalidades contratuais previstas por lei para as incorporações (empreitada e administração) proporcionarão igual garantia patrimonial aos adquirentes. Sem afetação patrimonial as incorporações a preço fixo estão sujeitas ao risco, enquanto naquelas por administração o risco patrimonial é inexistente.

d. Devido à diversidade de riscos, a lei deve procurar mecanismos para regular a introdução indiscriminada de modificações de projeto por solicitação dos adquirentes. Uma sugestão é de que o adquirente tenha um prazo, a partir do início da construção, para solicitar as modificações, tal que o prazo termine antes de iniciar a execução de etapas construtivas importantes da edificação. Desta forma resguardam-se, pelo menos, os reserviços, pois as alterações podem ser executadas na hora apropriada, junto com a etapa construtiva correspondente. Deve-se prever também o tratamento às modificações de unidades alienadas após o período previsto.

e. A inadimplência dos condôminos durante a construção é uma questão que merece ser reestudada pelos legisladores. Entende-se que a lei deva realmente permitir certa flexibilidade em relação à inadimplência, embora, conforme demonstrado, ela possa gerar situações de extrema dificuldade para o construtor ou incorporador em razão de não lhe garantir a regularidade

de receitas mensais para a construção, segundo o planejamento. O problema se resume em encontrar o ponto de compatibilização entre os limites de inadimplência que a lei admite e a capacidade do construtor em absorver esses impactos.

f. Finalmente, reforça-se a iniciativa do Professor Caio Mario da Silva Pereira ao sugerir, em 1960, no seu anteprojeto da lei das incorporações, a criação, por parte do setor público administrativo, de um órgão fiscalizador desses empreendimentos. A composição desse órgão deve ser multidisciplinar, incluindo profissionais especializados da área técnica, jurídica, contábil e do meio acadêmico. Evidentemente a fiscalização não deve ser o único objetivo do órgão, mas principalmente a orientação geral aos participantes. Uma sugestão consiste em que esse órgão fiscalizador/orientador inclua no Memorial de Incorporação, por força de lei, um boletim ou cartilha oficial de diretrizes para os participantes. Sugere-se também que sejam incorporadas ao órgão câmaras de arbitragem, com poderes para julgamento e decisão de questões contratuais litigiosas, como prevê a lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Chalhub (2005) relata a existência de entidade similar na França, na qual os incorporadores devem ser inscritos ao realizar empreendimentos.

As sugestões apresentadas não têm o objetivo ou a intenção de serem formulações legais, mas propostas passíveis de análise dos pontos críticos de risco que, no parecer do autor, podem ser adotadas em benefício dos envolvidos nas incorporações imobiliárias, o que visa a trazer resultados de diminuição da probabilidade de riscos e uma relação contratual transparente e benéfica às partes.

Finalmente, registra-se que o trabalho atingiu plenamente seu objetivo quanto à apresentação dos riscos contratuais das incorporações imobiliárias e sugestões de melhoria dos fatores de riscos, porém, muitos outros trabalhos podem abordar temas mais especializados através de pesquisas diversas, tais como a exploração do grau de satisfação dos clientes que já adquiriram unidades, o nível de conhecimento sobre o empreendimento que tinham no seu início e ao final, os obstáculos que os

incorporadores e construtores encontram com maior freqüência e suas sugestões para melhorias.

A realização de pesquisas para levantamento de diretrizes orientadoras das partes é sugerida como necessária para a ampliação bibliográfica do tema. Certamente o enriquecimento da bibliografia pode favorecer trabalhos, também necessários de elaboração de publicações nos moldes das cartilhas orientadoras dirigidas aos incorporadores, adquirentes e principalmente à Comissão de Representantes. Finalmente, a formulação de caminhos de alterações na lei da incorporações imobiliárias, em seus pontos mencionados nesta pesquisa, podem também ser uma motivação ao desenvolvimento de novos trabalhos na busca de proporcionar subsídios para uma relação contratual mais equilibrada e menos exposta a riscos.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 12721:1999. Avaliação de custos unitários e preparo de orçamento de construção para incorporação de edifícios em condomínio – Procedimento. Rio de Janeiro, 1999.

_____. NBR ISO 9001:2000 – Sistemas de Gestão da Qualidade – Requisitos. Rio de Janeiro. 2000.

ALVES, Aline. Mapa de Negócios. Construção Mercado 61. p. 38-43. São Paulo: Pini. Agosto 2006.

AMBROZEWICS, Paulo Henrique Laporte. Qualidade na Prática: Conceitos e Ferramentas. Curitiba: Senai, 2003.

BARROS NETO, José de Paula. Gerenciamento de Contratos de Obras Públicas. Dissertação submetida ao Corpo Docente do Curso de Pós-Graduação em Engenharia Civil, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Engenharia Civil. Universidade federal Fluminense, Niterói, RJ, 1991.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 alterada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União de 28 de maio de 1998. Disponível em <http://www.unicamp.br/pg/legislações/Lei8666a93.htm>. Acesso em 26/10/1998.

_____. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Diário Oficial da União de 21 de dezembro de 1964. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4591.htm. Acesso em 09/10/2005.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União de 12 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/ccivil/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em 12/5/2006

_____. Lei nº 4.864 de 29 de novembro de 1965. Cria Medidas de estímulo à Indústria da Construção Civil. Diário Oficial da União de 30 de dezembro de 1965. Disponível em https://www.gov.br/ccivil_03/Leis/L4864.htm. Acesso em 09/10/2005

_____. Lei nº 10.931 de 2 de agosto de 2004. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965 e nº 10.406, de 10 de dezembro de 2002, e dá outras providências. Diário Oficial da União de 03 de agosto de 2004. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2004/Lei/L10931.htm#art58. Acesso em 09/10/2005

_____. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 – Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União de 10 de fevereiro de 2005. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em 13/6/2006

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Constituição Federal – Código de Processo Civil – Código Civil. Organizador: Yussef Said Cahali. Ver. Atual. E Ampl. São Paulo: RT. 2002.

_____. Tribunal de Contas da União. Licitações e Contratos: orientações básicas, 2ª ed. Brasília. TCU, Secretaria de Controle Interno. 2003. 282 p.

_____. Tribunal de Contas da União. Obras Públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras públicas. Brasília: TCU, SECOB. 2002. 92 p.

CHALHUB, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar. 2005.

CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. Lei nº 10.931/2004 – Um Marco Para o Mercado Imobiliário – Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC), 2004. 100p. 1.Construção – Cartilha. Disponível em <http://www.firjan.org.br/notas/media/imobiliario.pdf>. Acesso em 16/11/2005.

CLELAND, David I.; IRELAND, Lewis R. Gerência de Projetos. Rio de Janeiro: Reichmann e Affonso Editores. 2002.

COSTA, Fabíola. Tendência Nacional – JF recebe mais de R\$90 em condomínios: Morar longe do Centro, com estrutura de lazer e área verde é atrativo; ameaça à “sensação” de segurança e crítica às “ilhas sociais” são desafios. Tribuna de Minas, Juiz de Fora, 19 e 20 de fevereiro de 2006. 1º caderno, Economia, p.5.

CREA-RJ. Cartilha para compra e construção de edificações residenciais – Elaborada pelo CREA-RJ. 2ª Edição. Disponível em <http://www.construindo.com.br/Cartilha.htm>. Acesso em 17/11/2005

QUEIROZ, Mario Nalon de. O Risco em Projetos de Construção – Uma Abordagem Descritiva. In: III Congresso Ibero Americano de Engenharia de Custos. Anais (CD-ROM). De 02 a 06 de novembro de 2004. Rio de Janeiro: RJ.

DINSMORE, P. C. Gerência de Programas e Projetos. São Paulo: Pini. 1992. p.176 .

FERREIRA, M. L. R. Gestão de Contratos de Construção e Montagem Industrial. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense. 2004. 87 p.

FRANCISCO, Bruno Costa; HADDAD, Assed Naked. Gestão de Contratos na Construção Civil. *Vértices*, ano 4, n1, jan. 2002. Disponível em <<http://www.cefetcampos.br/publicações/vertices/v4n1>> Acesso em 01/02/2006.

FRITZ GEHBAUER...[et al.]. Planejamento e gestão de obras: um resultado prático da cooperação Brasil-Alemanha. Curitiba: CEFET-PR. 2002.

FUNDAÇÃO PROCON-SP – Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania. Compra de Imóvel na Planta. Disponível em <http://www.procon.sp.gov.br/faqimovel.shtml>. Acesso em 17/11/2005

GOMES, Orlando. Contratos. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1986.

GRILO, Leonardo; MELHADO, Sílvio. A Implementação do *Design-Build* na Indústria da Construção de Edifícios Brasileira. Simpósio Brasileiro de Gestão e Economia da Construção – In: SIBRAGEC, 3. Anais (CD-ROM). São Carlos: UFSCar, 16 a 19 de setembro de 2003.

KEELLING, Ralph. Gestão de Projetos: uma abordagem global. São Paulo: Ed. Saraiva. 2002.

KERSNER, H. Project Management: a systems approach to planning, scheduling and controlling. New York: Van Nostrand Reinhold. 1995.

Koogan/Houaiss. Enciclopédia e Dicionário. Rio de Janeiro. Edições Delta. 1997.

KUHN, André. Qualidade e Licitação de Obras Públicas: uma análise crítica. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Engenharia Civil da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre. Niterói. 2002.

LIMMER, C. V. Planejamento, Orçamentação e Controle de Projetos e Obras. Rio de Janeiro. LTC - Livros Técnicos e Científicos Editora S.A. 1997.

MAXIMIANO, Antônio Carlos Amaru. Administração de projetos: como transformar idéias em resultados. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MENDES, Gustavo. Fórum Privilegiado. Construção Mercado 61, p. 32-35. São Paulo: Pini. Agosto 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de Construir. 9 edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adilson Abreu Dallari e Daniela Libório Di Sarno. São Paulo: Malheiros Editores. 2005

_____. Licitação e Contrato Administrativo. 13 ed atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar. São Paulo: Malheiros Editores. 2002.

MORANO, Cássia Andréa Ruotolo. Aplicação das Técnicas de Análise de Risco em Projetos de Construção. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Engenharia Civil da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre. Niterói. 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações. 8ª ed atualizada segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense. 1994.

PMI. A Guide to the Project Management Body of Knowledge (PMBOK). Trad. Project Management Institute – Minas Gerais Chapter. 2000. 133 p.

Prefeitura da Serra - Procon. Compra de imóveis em construção ou na planta. Disponível em <http://www.serra.es.gov.br/?arg=secretarias/ssedir/procon/leisCartilhas/imoveis&nav> =... Acesso em 17/11/2005

RODRIGUES, Vânia Veiga. Modelo de Análise de Risco Aplicado a Estudos de Viabilidade para Construção e Incorporação de Prédios Residenciais. Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Engenharia Civil da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre. Niterói. 2001.

SICAF – Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores. Disponível em <http://www.Cenpra.gov.br/licitações/sicaf.htm>. Acesso em 24/7/2006.

SMITH, H. F. Bucking the Trend: cost-plus services in lump-sum Turnkey market. Journal of Management in Engineering, Local, v.13, no. 1, p. 38-43, Jan./Feb. 1997.

SOUZA, U. E. L. Projeto de Implantação do Canteiro. São Paulo: O Nome da Rosa. 2000. 95 p.

VIEIRA NETTO, Antonio. Como Gerenciar Construções. São Paulo: Pini. 1988.

WALD, Arnoldo. Obrigações e Contratos. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.