RESPONSABILIDADE DO ALIENANTE DO IMÓVEL EM INCORPORAÇÃO (LEGÍTIMA OU DISFARÇADA)

Hamilton Quirino Câmara[1]

Nas incorporações imobiliárias regulares o proprietário do terreno equipara-se aos demais adquirentes, na condição de condômino. Algumas questões de importância vão surgir na hipótese de malogro da incorporação, quando o permutante permanece no negócio ou quando decide rescindir o negócio com o incorporador. Na primeira hipótese é um condômino como os demais, pagando o preço com o terreno; na segunda deverá indenizar os adquirentes na proporção do que pagaram para a edificação. Nas incorporações disfarçadas (com "pacote fechado" de venda e contração da construtora), a sua responsabilidade é mais ampla, a depender, naturalmente, de cada caso concreto.

QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DO INCORPORADOR E DO DONO DO TERRENO

Dispõe a Lei 4.591, em seu artigo 28, parágrafo único, que

considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

E o incorporador, segundo o artigo 29, será

a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para

[1] Fundador e ex-presidente da CIMA - Câmara Imobiliária de Mediação e Arbitragem. Vice-Presidente Imobiliário e árbitro do CBMA - Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Mediador do TJ-RJ e do SECOVI RIO. Membro da Comissão de Direito Urbanístico e Imobiliário da OAB-RJ, da ABAMI Associação Brasileira de Advogados do Mercado Imobiliário e do IBRADIM – Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário. Autor dos livros Manual do Sindico, Gestão Condominial, Condomínio Edilício e Falência do Incorporador Imobiliário (Caso Encol).

efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

Na forma do parágrafo único

Presume-se a vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção, se, ao ser contratada a venda, ou promessa de venda ou de cessão das frações de terreno, já houver sido aprovado e estiver em vigor, ou pender de aprovação de autoridade administrativa, o respectivo projeto de construção, **respondendo o alienante como incorporador**.

Já pelo artigo 30

estende-se a condição de incorporador aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contratem a construção de edifícios que se destinem a constituição em condomínio, sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão das obras.

Em continuação, dispõe o artigo 31 que

a iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que somente poderá ser:

a) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea a do art. 32;

b) o construtor (Decreto número 23.569, de 11-12-33, e 3.995, de 31 de dezembro de 1941, e Decreto-lei número 8.620, de 10 de janeiro de 1946) ou corretor de imóveis (Lei nº 4.116, de 27-8-62).

c) o ente da Federação imitido na posse a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação em curso ou o cessionário deste, conforme comprovado mediante registro no registro de imóveis competente. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

§ 1º No caso da alínea b, o incorporador será investido, pelo proprietário de terreno, o promitente comprador e cessionário deste ou o promitente cessionário, de mandato

outorgado por instrumento público, onde se faça menção expressa desta Lei e se transcreva o disposto no § 4º, do art. 35, para concluir todos os negócios tendentes à alienação das frações ideais de terreno, mas se obrigará pessoalmente pelos atos que praticar na qualidade de incorporador.

§ 2º Nenhuma incorporação poderá ser proposta à venda sem a indicação expressa do incorporador, devendo também seu nome permanecer indicado ostensivamente no local da construção.

§ 3º Toda e qualquer incorporação, independentemente da forma por que seja constituída, terá um ou mais incorporadores solidariamente responsáveis, ainda que em fase subordinada a período de carência, referido no art. 34.

Estes dispositivos demonstram a nítida relação entre o dono do terreno e o incorporador. Seja quando for uma só pessoa (dono e incorparador), e aí não se tem qualquer dúvida sobre sua responsabilidade, seja quando forem pessoas distintas.

Em relação à averbação do direito real, também aparece a figura do proprietário:

Art. 35 § 4º Descumprida pelo incorporador **e pelo mandante de que trata o § 1º do art. 31** a obrigação da outorga dos contratos referidos no caput deste artigo, nos prazos ora fixados, a carta-proposta ou o documento de ajuste preliminar poderão ser averbados no Registro de Imóveis, averbação que conferirá direito real oponível a terceiros, com o consequente direito à obtenção compulsória do contrato correspondente.

Este é mais um dispositivo legal que vincula as duas figuras (incorporador e dono).

Na verdade, o mais comum, na prática, é alguém vender (ou prometer vender) um terreno, com destinação específica para construção. Se a venda é anterior e independente (venda pura e simples de um terreno, ou de um imóvel a ser demolido), o proprietário-alienante não é atingido pelos efeitos da incorporação. Mas, se por qualquer razão mantém vínculo direto com o incorporador, a lei prevê, de fato, sua parcela de responsabilidade e sua solidariedade.

Tal situação vai ocorrer, principalmente, na hipótese contida no artigo 39:

Nas incorporações em que a aquisição do terreno se der com pagamento total ou parcial em unidades a serem construídas, deverão ser discriminadas em todos os documentos de ajuste:

I - a parcela que, se houver, será paga em dinheiro;

II - a quota-parte da área das unidades a serem entregues em pagamento do terreno que correspenderá a cada uma das unidades, a qual deverá ser expressa em metros quadrados.

Parágrafo único. Deverá constar, também, de todos os documentos de ajuste, **se o alienante do terreno ficou ou não sujeito a qualquer prestação ou encargo**.

Para proteger os compradores, vai mais longe a Lei:

Art. 40. No caso de rescisão de contrato de alienação do terreno ou de fração ideal, ficarão rescindidas as cessões ou promessas de cessão de direitos correspondentes à aquisição do terreno.

§ 1º Nesta hipótese, consolidar-se-á, no alienante em cujo favor se opera a resolução, o direito sôbre a construção porventura existente.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, cada um dos ex-titulares de direito à aquisição de unidades autônomas haverá do mencionado alienante o valor da parcela de construção que haja adicionado à unidade, salvo se a rescisão houver sido causada pelo ex-titular.

§ 3º Na hipótese dos parágrafos anteriores, sob pena de nulidade, não poderá o alienante em cujo favor se operou a resolução voltar a negociar seus direitos sôbre a unidade autônoma, sem a prévia indenização aos titulares, de que trata o § 2º.

§ 4º No caso do parágrafo anterior, se os ex-titulares tiverem de recorrer à cobrança judicial do que lhes fôr devido, sòmente poderão garantir o seu pagamento a unidade e respectiva fração de terreno objeto do presente artigo.

Art. 41. Quando as unidades imobiliárias forem contratadas pelo incorporador por preço global compreendendo quota de terreno e construção, inclusive com parte de pagamento após a entrega da unidade, discriminar-se-ão, no contrato, o preço da quota de terreno e o da construção.

O EFETIVO PAPEL DO ALIENANTE NA PRÁTICA DOS LANÇAMENTOS IMOBILIÁRIOS

O objetivo deste artigo é ressaltar um ponto que é pouco explorado pela doutrina, que sempre menciona a responsabilidade do incorporador em geral (que pode ser o proprietário) e de sua eventual responsabilidade solidária com o incorporador.

Aqui vamos procurar situar a responsabilidade (plena ou solidária), do dono do terreno, que está patente nos dispositivos transcritos.

Vamos também ressaltar a hipótese de abandono da obra pelo incorporador, situação muito comum, infelizmente, em que pode o permutante rescindir o negócio, sujeitando-se ao artigo 40 acima transctito, ou, em caso contrário, submeter-se à condição de condômino em relação aos demais adquirentes.

SITUAÇÕES CONCRETAS DO DIA A DIA

Consumidores, atraídos por propaganda de lançamento imobiliário (lançamento público, que, em princípio, caracteriza uma incorporação), prometem comprar frações ideais de um determinado terreno, diretamente do seu dono. O vendedor, que muitas vezes sequer é do ramo mobiliário, mas recebeu uma proposta tentadora, traz um contrato padrão, em que é imposta uma empresa na qualidade de construtora e incorporadora, a qual deverá "ser necessariamente contratada"

No "pacote fechado", os compradores assinam a escritura de promessa e o contrato de construção, em atos vinculados e paralelos, criando entre as partes "um (suposto ou provável) regime de incorporação por administração".

Trata-se de negócio com permuta de parte do preço no local, cabendo ao promitente vendedor tantas unidades, de um total de tantas. Em casos concretos estudados, o percentual de permuta chega a ser superior a trinta por cento. Ou seja, um

percentual altíssimo de permuta, sem contar as unidades oferecidas ao próprio construtor/incorporador (que geralmente não paga por tais unidades).

E, naturalmente, a conta não fecha. E o resultado, quase sempre, vem a ser um aumento exagerado do custo final, ou o abandono das obras.

Hà casos em que os compradores chegam a pagar altos valores (cerca de setenta por cento do valor previsto no contrato), mas a obra vem a parar com dez a vinte por cento de construção, ou até menos.

A empresa não consegue tocar a obra, e apresenta novo(s) orçamento(s) com o que os compradores gastariam o preço de um novo apartamento (casa, sala, loja), pois quando a empresa abandona uma obra deixa, em regra, de pagar a licença municipal e o IPTU, assim como o ISS e o INSS.

Ainda assim, os compradores se reúnem para tentar retomar as obras, mas a operação torna-se bastante onerosa diante dos custos que faltam e do alto percentual de permuta.

Os vendedores, permutantes, na maioria das vezes, estão sempre ausentes do problema. Note-se que tinham direito ao absurdo de grande número de unidades e deveriam ter todo o interesse na retomada das obras.

E o pior:: não poucas vezes são os adquirentes surpreendidos por notificação dos alienantes do terreno, dando por rescindidos os contratos firmados de promessa de compra e venda, ou até mesmo com ação indenizatória, ou de obrigação de fazer, razão pela qual, muitas vezes, só resta aos compradores ingressar com ação de indenização, com base no já mencionado artigo 40 da Lei 4.591/64.

Com efeito, muitas vezes os donos do terreno (permutantes) atribuem aos compradores, lesados pela paralisação da obra por incorporação, as causas dos problemas, ainda que eles, compradores, estivessem em dia com suas obrigações.

Também é comum dizerem os permutantes que a construtora e incorporadora teria sido contratada pelos compradores, querendo se eximir de culpa.

Mas como se vê na maioria dos casos, os permutantes é que trazem um "pacote fechado", até com lançamento imobiliário, ficando eles, permutantes, sob a forma de permuta no local, como já se disse, com grande número de unidades.

Esse fato (grande número de permutas, bem acima da praxe de mercado) dificulta a retomada das obras, no caso de paralisação, e não desperta o interesse de outras empresas.

O que acontece sempre tem um final previsível: a empresa quebra, fecha as portas, o empresário desaparece, e deixa permutantes e compradores na mão (e, pior, brigando entre si).

Os primeiros, porque não receberam as unidades concluídas a que teriam direito, e os compradores, com a missão de construir o prédio, com recursos próprios, muitas vezespagando o preço de um segundo imóvel, além de impostos atrasados, e tendo ainda que indenizar o permutante, por desídia do incorporador inescrupuloso.

PROPRIETÁRIO (PERMUTANT) EQUIPARA-SE A CONDÔMINO

Sob este tema, transcreve-se trecho de sentença prolatada pela Juíza Flávia de Almeida Viveiros de Castro da 6ª Vara Cível da Barra da Tijuca, no processo 0010507-29.2007.8.19.0209, no qual pretendia o permutante, em face de abandono de obra pelo incorporador-construtor, obter perdas e danos em face dos adquirentes lesados pela incorporadora:

> A tese da parte autora, na ação de obrigação de fazer e indenizatória, é a de que, todos os réus, se sub-rogaram nas obrigações da construtora PAZOS & PAZOS **que abandonou a obra de construção** ..... (v)
>
> Alguns fatos provados são incontroversos e devem ser destacados, para melhor apreciação dos fundamentos de decidir: (vi) São fatos incontroversos: (a) Os demandantes ..... **foram aqueles que escolheram a construtora Pazos & Pazos para realizar o empreendimento** ..... (b)

Houve permuta entre os proprietários do terreno ..... (os autores da demanda) e a construtora; (d) A permuta representou o preço do terreno e foi aventada apenas entre os autores e os representantes da PAZOS & PAZOS);]]

A situação exposta nos autos de nº 0010507-29/2007 foge ao lugar comum, já que a PAZOS & PAZOS **não quebrou (faliu) ou ingressou com recuperação judicial;**

Desta forma, na situação descrita nos autos, **o dono do terreno passou a ser mero condômino, como os demais adquirentes**. Esta conclusão foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça no RESP 686198/RJ, in litteris: [...] (**abaixo transcrito**)

Com o malogro do empreendimento, conforme visto nos autos, os condôminos realizaram Assembleias - folhas 318 e 365 - convocaram os autores para delas participar e formaram uma Comissão de Obras para finalizar o empreendimento, tudo conforme descrito no artigo 43 da lei citada:

Os condôminos permutantes equiparam-se aos demais condôminos assim que assinado o contrato de permuta, contudo, diferem destes quando o incorporador abandona a obra inacabada, em especial quanto ao resultado da quebra contratual, pois o objeto principal da permuta é justamente o terreno em que está a obra.

Com a manutenção do contrato de permuta, mantém-se a condição de condômino, com seus direitos e obrigações, que estão gravados não só na Lei 4591/64, como já demonstrado acima, mas também no Código Civil, nos artigos 1.1314 a 1.322, 1.335 e 1.336. Destes artigos cabe destacar o artigo 1.315 e o 1.336, pois dispõem que ´o condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação coisa, e a suportar o ônus a que estiver sujeita, bem como contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição da convenção de condomínio´.

Portanto, mesmo tendo o condômino permutante cumprido com sua parte no contrato, pois entregou seu terreno para construção do empreendimento, havendo convenção da maioria dos condôminos pela constituição de uma comissão de representantes para continuidade da obra **e sendo acordado o levantamento de capital para custear a mesma, deverá o condômino permutante respeitar todas as decisões da maioria, sob pena, inclusive, de perder seu imóvel, pois mantido o contrato de permuta, mantém-se o status de condômino**;´

A sentença, bem fundamentada, com precedentes do STJ, foi confirmada na segunda instância:

VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL APELAÇÕES CÍVEIS nº 0010507-29.2007.8.19.0209, 0031541-84.2012.8.19.0209 e 0031542-69.2012.8.19.0209 RELATORA: DES. DENISE LEVY TREDLER - APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÕES DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA APENSADAS AOS AUTOS DE AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, CUJO PEDIDO É CUMULADO COM O DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA CONJUNTA. PROMESSA DE COMPRA E VENDA COM PAGAMENTO MEDIANTE PERMUTA DE TERRENO. INADIMPLEMENTO DA CONSTRUTORA. CESSÕES SUBSEQUENTES DE FRAÇÕES IDEAIS. CONSTRUTORA QUE ENCERROU SUAS ATIVIDADES NO CURSO DA OBRA A QUE SE OBRIGOU. **PERMUTANTES QUE ASSUMEM A CONDIÇÃO DE CONDÔMINOS. PARTICIPAÇÃO NO RATEIO PARA CONCLUSÃO DA OBRA.** INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO POR PARTE DOS CESSIONÁRIOS PREJUDICADOS PELA PARALISAÇÃO DO EMPREENDIMENTO. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ADJUDICAÇÕES COMPULSÓRIAS PROCEDENTES ANTE A QUITAÇÃO DO PREÇO E O CARÁTER DA AVENÇA. Os apelantes venderam o seu terreno à construtora PAZOS & PAZOS CONSTRUÇÕES LTDA., que se comprometeu a construir um edifício de 10 unidades, sub-rogando-se no direito de alienar 08 (oito) destas unidades a terceiros no decorrer da construção, com a obrigação de entregar aos autores, após concluída a edificação, as unidades 301 e 302 ou que viessem a tomar a numeração C-01 e C-02. Trata-se de modalidade de negócio no qual a construtora firma compromisso de compra e venda com o proprietário do terreno e assume a obrigação de efetuar o pagamento do preço, no todo ou em parte, mediante a entrega de unidades do empreendimento, conforme previsto no art. 39, da Lei nº 4.591, de 1964, negócio este denominado "permuta no local".

A permuta representou o preço do terreno e foi realizada apenas entre o casal ora apelante e os representantes da construtora. Assim, a diferença entre os recorrentes e os adquirentes das demais 07 (sete) unidades do prédio construído no terreno alienado está em que estes últimos pagaram o valor de suas unidades em dinheiro e os donos do terreno receberam o pagamento respectivo, mediante a entrega de duas coberturas, C01 e C-02. A construção

do edifício deveria ter sido iniciada aos 15/11/2001 e terminada aos 15/05/2004, o que não ocorreu, vez que, após concluir a estrutura do prédio, a construtora abandonou a obra, deixando inacabados todos os 10 (dez) apartamentos, incluindo as coberturas C-01 e C-02, pertencentes aos apelantes. **Após a assinatura do contrato de permuta, os condôminos permutantes equiparam-se aos demais condôminos adquirentes**, diferindo destes, apenas, quando o incorporador abandona a obra inacabada, haja vista que o objeto principal da permuta é justamente o terreno em que está a obra. **No caso dos autos, a rescisão contratual operada entre os proprietários do terreno e a incorporadora é disciplinada pelos artigos 40 e 42, da Lei nº 4.591, de 1964, que faculta aos permutantes rescindir as cessões ou promessas de cessão de direitos correspondentes à aquisição do terreno**. **Todavia, para que ocorra a reversão da incorporação é necessário que os demais condôminos sejam indenizados, não tendo os recorrentes optado pela rescisão. Assim, com a manutenção do contrato de permuta, restou mantida a condição de condôminos dos ora apelantes, com seus direitos e obrigações, devendo, portanto, participar da conclusão da obra com a parcela respectiva relativa às suas cotas-partes, sob pena de se caracterizar o enriquecimento sem causa.** No tocante às adjudicações compulsórias, tampouco merecem acolhida os recursos interpostos, haja vista que, conforme salientado pelo Juízo a quo em sua sentença, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a desta Corte Estadual firmaram entendimento no sentido de ser desnecessária, na ação de Adjudicação Compulsória, a presença dos cedentes como litisconsortes, sendo os promitentes vendedores parte legítima para figurar no polo passivo da demanda. Com efeito, os adquirentes das unidades 202 e 204 possuem direito à adjudicação compulsória, haja vista terem quitado o respectivo preço, tendo sido lavradas as escrituras próprias em caráter irrevogável e irretratável. Fixação dos honorários recursais. Inteligência do § 11, do art. 85, do CPC. Recursos a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos das Apelações Cíveis nº 0010507-29.2007.8.19.0209, 0031541-84.2012.8.19.0209 e 003154269.2012.8.19.0209, entre as partes acima nomeadas, ACORDAM os Desembargadores, que compõem a Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento aos recursos, nos termos do voto da Desembargadora Relatora, como segue.

Para finalizar, dada a semelhança, transcreve-se ementa de acórdão do STJ:

REsp 686198 / RJ RECURSO ESPECIAL 2004/0126136-0 Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO Relatora p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 23/10/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 01/02/2008 p. DIREITO CIVIL. INCORPORAÇÃO. PERMUTA NO LOCAL. PROPRIETÁRIO DO TERRENO E CONDÔMINOS. EQUIPARAÇÃO. RESCISÃO DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO. INDENIZAÇÃO. LIMITES. VANTAGEM FINANCEIRA AUFERIDA PELO PROPRIETÁRIO DO TERRENO. - nem sempre o proprietário do terreno incorporado participa ativamente da incorporação, como incorporador. Este, não raro, firma compromisso de compra e venda com o proprietário do imóvel, assumindo a obrigação de efetuar o pagamento do preço, no todo ou em parte, com unidades do empreendimento, modalidade que encontra previsão no art. 39 da Lei nº 4.591/64 e que é denominada de ?permuta no local?. - **Nessa circunstância, o proprietário do terreno assumirá o status jurídico de mero condômino, em igualdade de condições com qualquer outro adquirente de unidades da incorporação**. A figura do proprietário do terreno se equipara à do consumidor, nos termos do art. 2º do CDC, tendo o incorporador como fornecedor. O dono do imóvel só difere dos demais adquirentes porque paga sua unidade autônoma com o próprio terreno no qual foi erguido o empreendimento, mas tal circunstância não tem o condão de desvirtuar a relação de consumo. - A natureza da relação entre o proprietário do terreno e os demais adquirentes, contudo, não é de consumo, mas civil, tanto na conclusão regular do empreendimento quando serão todos condôminos quanto na rescisão do contrato de alienação do terreno **hipótese em que surgirá para o seu proprietário uma obrigação de reparação civil, visando a evitar o seu enriquecimento sem causa**. - O dever de indenização previsto no art. 40 da Lei nº 4.591/64 deve limitar-se à vantagem financeira auferida pelo proprietário do terreno, a qual não se confunde com o valor integral pago pelos demais adquirentes à incorporadora. - Na prática, considerando que todas as unidades do empreendimento sejam de igual valor, deve se apurar o custo total da edificação, dividindo-o pelo número total de adquirentes, excluído o proprietário do terreno. O resultado encontrado corresponderá ao valor da parcela de construção adicionado à unidade por cada adquirente. Recurso especial não conhecido.

SUB-ROGAÇÃO DO PROPREITÁRIO NAS OBRIGAÇÕES DO INCORPORADOR

Decisões a seguir do TJ RJ revelam casos em que o permutante rescindiu os contratos de promessa de compra e venda, e os compradores tiveram que acionar a empresa permutante, para indenizar, o que foi obtido em inúmeros acórdãos, como os exemplos abaixo:

> 0010670-14.2004.8.19.0209 – APELAÇÃO Rel. Desa. NORMA SUELY FONSECA QUINTES - Julgamento: 26/01/2016 - OITAVA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA EM CONSTRUÇÃO. RESCISÃO CONTRATUAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO DA RÉ. SUBROGAÇÃO DE CARVALHO HOSKEN S.A. NAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS POR ENCOL S.A. ART. 40, DA LEI Nº. 4.591/64. ¿Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento¿. Súmula 543 ¿ STJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Sentença mais recente da 4ª Vara Cível da Barra da Tijuca (processo 0002270-35.2009.8.19.0209), no mesmo sentido:

> ..... propuseram em face de .....ação indenizatória com pedido de tutela antecipada, requerendo que seja concedida em tutela antecipada a indisponibilidade do terreno e, que os Réus sejam condenados a pagarem aos Autores os valores que estes pagaram pela construção. Os Autores informaram que tomando conhecimento da venda de unidades do Condomínio Tirol, assinaram uma escritura de promessa de compra e venda e um contrato de construção com a empresa/NOVAHERA que fez o lançamento do empreendimento. Adquiriram, então, o terreno no valor de R$ 776.100,00, sendo que parte foi paga no ato da escritura e o saldo remanescente mediante permuta de unidades, onde os Autores ficaram obrigados a construir 11 unidades, sendo que destas, duas seriam coberturas, para os Réus. Os Autores informaram ainda que no contrato de construção firmado, o valor estimado do custo

da obra seria de R$ 3.247.752,00; que ficou estabelecido que o início da cobrança das cotas de obra contra os Autores seria no dia 15/01/2006 e o tempo estimado para a conclusão do empreendimento era de 36 meses; que foi estipulado que a cada 6 meses a construtora deveria convocar Assembleia Geral Extraordinária a fim de revisar as estimativas do custo global da obra. Os Autores alegaram que no dia 03/04/2008, surgiram sinais que a obra passaria por dificuldades por problemas de má gestão dos valores aportados, pelo alto valor pago em permutas aos Réus e por falha na previsão orçamentária inicial; que foi informado na Assembleia que o Permutante visitava a obra periodicamente e que este não tinha interesse em participar das Assembleias; que foram informados que o re-orçamento apresentado era de mais 70% no valor final da obra, porém naquele momento os Autores haviam aportado quase 80% do valor previsto inicialmente e só havia sido construído 35% da obra. Os Autores alegaram ainda que notificaram a empresa NOVAHERA, mas não tomaram nenhuma medida; que a situação foi relatada a AGEs para chegar em uma solução e, então no dia 26/05/2008 que os patronos dos Autores notificariam e tentariam formalizar a rescisão com a construtora para que ela entregasse a obra e buscassem outra empresa para dar prosseguimento; que tentaram um acordo com a construtora, entretanto, não o fez. Então, os Autores resolveram retomar a obra por outra construtora para concluírem a mesma, retomar a posse da obra e contratar um engenheiro orçamentista para fazer o cálculo dos custos que teriam para a conclusão do empreendimento. Ocorre que, segundo os Autores, no início de dezembro de 2008, eles foram surpreendidos com notificação do Permutante informando a rescisão do contrato de compra e venda do terreno e requisitando a entrega da posse do imóvel e, justificaram a rescisão pela paralisação das obras por mais de 120 dias. Entretanto, alega os Adquirentes que com a rescisão do contrato, o Permutante receberá o terreno com todas as acessões e benfeitorias existentes. Por fim, requereram os Autores a concessão da tutela antecipada consistente na indisponibilidade do terreno dos Réus; que seja julgado procedente o pedido para condenar os Réus a pagarem os valores que os Autores pagaram pela construção e a condenação da Ré ao pagamento de custas e honorários, na base de 20% do valor da condenação. Em Contestação (fls. 450/475), os Réus alegaram que não foi atribuída nenhuma responsabilidade para a conclusão da obra em 36 meses; que a obra estava sendo realizada por NOVAHERA PROJETOS E CONSTRUÇÕES e, que a mesma fracassou e as obras paralisaram; que as obrigações e os encargos foram assumidos pelos Autores e pela construtora; que os valores foram pagos pelos Autores para a NOVAHERA PROJETOS E CONSTRUÇÕES e não para os

Contestantes. Alegaram ainda que não foram pagos e, que não são partes legítimas para figurar no polo passivo da ação indenizatória. Por fim, requereram os Réus que fosse julgado extinto o feito pela ilegitimidade passiva o chamamento ao processo da Construtora; que fosse julgado improcedente a presente ação em relação aos proprietários do terreno; que fosse determinado a compensação dos créditos, calculando-se o prejuízo causado pela depreciação do terreno utilizado pelos Autores e o tempo desta utilização sem remuneração. Os Réus ofereceram, ainda, Reconvenção às fls. 834/850, pleiteando danos morais, por depreciação do terreno e sofrimentos durante o período de construção. Em Réplica (854/865), os Autores alegaram que foi praticada uma incorporação por administração disfarçada numa suposta obra em condomínio, pois os atos necessários para regularizar a incorporação não foram praticados; que a incorporação foi mal planejada por falha no orçamento apresentado; que o valor estipulado para a permuta do terreno extrapolou da prática comercial e aliado a isso tudo, houve má gestão dos valores que foram aportados pelos Autores; que os Réus não podem se escusar das suas obrigações e responsabilidades baseados nas cláusulas de um contrato que não cumpriu com o seu objetivo. Por fim, reiterou os Autores o pedido de procedência do pedido da Inicial. Contestação à Reconvenção às fls. 866/879. Réplica à Reconvenção às fls. 882/898. Deferido o chamamento da empresa NOVAHERA PROJETOS E CONSTRUÇÕES às fls. 900. Deferido a citação da NOVAHERA por edital às fls. 1002. Edital de citação às fls. 1004. Decretada a revelia da 3ª Ré, a NOVAHERA, às fls. 1018, com nomeação de Curador Especial. Contestação da 3 Ré, pelo Curador Especial Às fls. 1019/1021. Alegações finais, escutas, de ambas as partes às fls. 1070/1085 e 1089/1103. Complementação das alegações finais dos Réus às fls. 1124/1126. É o Relatório. Passa-se à Fundamentação e ao Dispositivo. Da Preliminar de Ilegitimidade Passiva Inicialmente, cabe ao Autor a escolha em face de quem pretende litigar, sendo questão de mérito, a existência ou não de qualquer obrigação do réu, motivo por que deve ser rejeitada a presente preliminar. No Mérito em Si. No caso concreto, não há qualquer prova de que os Réus tenham participado do empreendimento, como incorporadores. Até a alegação dos Autores de que teria sido os Réus que escolheram a Construtora NOVAHERA, não vem acompanhada de qualquer prova. Então, a relação entre as partes é civil e, não de consumo. O direito dos Réus de rescindirem o contrato de promessa de compra e venda (fls. 73/90) está previsto na Cláusula Sétima, subitem 7.2 (fls. 78), por paralisação das obras por mais de 120 dias. O fato de os Autores alegarem que se empenhavam ao máximo para continuar as obras, não implicava em se considerar que a construção não estava

paralisada. Entretanto, **assiste razão aos Autores quanto aos Réus receberem o terreno com acessões e benfeitorias, sendo certo que a norma ínsita no parágrafo 2º, do art. 40, da Lei nº 4.591, de 16/12/1964, dá o direito aos compradores, no caso da rescisão, de receberem do alienante o valor da parcela da construção que haja adicionado à unidade, salvo se a rescisão houver sido causada pelo comprador**. No sentido acima é a jurisprudência do Colendo STJ, no REsp. 686.198/RJ, Rel: Min. Nancy Andrighi, DJ de 01/02/2008: ´DIREITO CIVIL INCORPORAÇÃO. PERMUTA NO LOCAL. PROPRIETÁRIO DO TERRENO E CONDÔMINOS. EQUIPARAÇÃO. RESCISÃO DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO. INDENIZAÇÃO. LIMITES. VANTAGEM FINANCEIRA AUFERIDA PELO PROPRIETÁRIO DO TERRENO. - Nem sempre o proprietário do terreno incorporado participa ativamente da incorporação, como incorporador. Este, não raro, firma compromisso de compra e venda com o proprietário do imóvel, assumindo a obrigação de efetuar o pagamento do preço, no todo ou em parte, com unidades do empreendimento, modalidade que encontra previsão no art. 39 da Lei nº 4.591/64 e que é denominada de permuta no local. - **Nessa circunstância, o proprietário do terreno assumirá o status jurídico de mero condômino, em igualdade de condições com qualquer outro adquirente de unidades da incorporação**. A figura do proprietário do terreno se equipara a do consumidor, nos termos do art. 2º do CDC, tendo o incorporador como fornecedor. O dono do imóvel só difere dos demais adquirentes porque paga sua unidade autônoma com o próprio terreno no qual foi erguido o empreendimento, mas tal circunstância não tem o condão de desvirtuar a relação de consumo. - A natureza da relação entre o proprietário do terreno e os demais adquirentes, contudo, não é de consumo, mas civil, tanto na conclusão regular do empreendimento quando serão todos os condôminos quanto a rescisão **do contrato de alienação do terreno hipótese em que surgirá para o seu proprietário uma obrigação de reparação civil.** Visando a evitar o seu enriquecimento sem causa. - O dever de indenização previsto no art. 40 da Lei nº 4.591/64 deve limitar-se à vantagem financeira auferida pelo proprietário do terreno, a qual não se confunde com o valor integral pago pelos demais adquirentes à incorporadora. - Na prática, considerando que todas as unidades de empreendimento sejam de igual valor, deve se se apurar o custo total da edificação, dividindo-o pelo número total de adquirentes, excluído o proprietário do terreno. O resultado encontrado corresponderá ao valor da parcela de construção adicionado à unidade por cada adquirente. Recurso especial não conhecido.´ Assim, deve ser acolhido o pedido contido no item 47 da Inicial, no seu terceiro parágrafo (fls. 12, primeiro parágrafo). **Com a evidência do direito dos**

Autores e a fim de evitar um dano irreparável aos Autores, decide, este Juízo, acolher a tutela provisória cautelar para determinar a indisponibilidade do terreno em questão 9fls. 189), devendo ser, de imediato, oficiado ao 9º Ofício do Registro de Imóveis do Rio de Janeiro. Quanto à Reconvenção, não há como prosperar, eis que não fizeram os reconvintes prova de que a paralisação das obras foi por culpa dos Reconvindos, não havendo, portanto, que se falar em depreciação do bem e em aluguel devido. Não se vislumbrando qualquer conduta ilícita dos Reconvindos, não há que se falar em dano moral. Do exposto, DECIDE, ESTE JUÍZO, RESOLVENDO O MÉRITO (CPC, ART. 487, INC. I), JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS RECONVENCIONAIS; REJEITAR A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS RÉUS; E, TAMBÉM RESOLVENDO O MÉRITO, JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO DO TERCEIRO PARÁGRAFO ITEM 47 DA INICIAL (FLS. 12, PRIMEIRO PARÁGRAFO), PARA CONDENAR OS RÉUS A PAGAREM AOS AUTORES OS VALORES QUE PAGARAM PELA CONSTRUÇÃO, APURADOS EM LIQUIDAÇÃO, CORRIGIDOS PELA UFIR/RJ, DESDE SEUS PAGAMENTOS, ACRESCIDOS DOS JUROS LEGAIS DE 1% AO MÊS, A PARTIR DA CITAÇÃO. Condena, ainda, os Réus/Reconvintes a pagarem as despesas processuais e os honorários de sucumbência, que se fixa em 10% do valor da condenação. P.I. Após o trânsito em julgado, cumprida a Sentença ou nada requerido, dê-se baixa e arquivem-se.

O TJ-RJ confirmou integralmente a sentença:

APELAÇÃO CÍVEL. Ação indenizatória. Rescisão de contrato de promessa de compra e venda de terreno em troca de unidades imobiliárias construídas. Sentença de procedência. Apelo dos proprietários. Permuta no local. Direito à indenização dos promitentes compradores pela construção realizada. Art. 40, § 2° da Lei 4.591/64. Precedentes do STJ e desta Corte. Reconvenção. Indenização por danos morais. Descabimento. IPTU e demais impostos e taxas que são obrigação *propter rem* e devem ser arcadas pelos proprietários do imóvel. **NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.** Honorários majorados para 12% sobre o valor da condenação.

CONCLUSÃO

Aqui,neste pequeno artigo, procuramos situar a posição do alienante de imóvel em uma futura incorporação imobiliária (regular e legal), quando permanece na

condição de permutante por unidades a serem construídas no local. Outras vezes, “embarca” numa aventura, quando se trata de um falso condomínio fechado, ou uma suposta incorporação imobiliária, aumentando sua eventual responsabilidade. Se a obra começa e termina bem, não haverá qualquer problema. De fato, muitas vezes o proprietário não tem exata noção de sua responsabilidade, na hipótese de paralisação da obra, com quebra ou não da empresa incorporadora. Nessa hipótese, deve o proprietário, antes de assinar o contrato, assegurar uma garantia real para a hipótese de fracasso na empreitada, pois poderá assumir compromissos importantes junto aos adquirentes lesados.