

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E CONDOMÍNIO FECHADO

Hamilton Quirino Câmara¹

Resumo

Este trabalho procura demonstrar a diferença básica entre incorporação imobiliária, em que se visa o lucro, a partir de um lançamento comercial, e o condomínio fechado, de natureza familiar ou de pequeno grupo de amigos, para uso próprio ou venda após habite-se, com ênfase na construção sob o regime de administração.

Introdução

A Lei 4.591/64 trata, ao mesmo tempo, de dois institutos distintos: (1) o condomínio horizontal, ou de edificações, ou especial, ou, ainda, edilício, e (2) a incorporação imobiliária.

Os artigos 1º a 27 (condomínio) foram incluídos no Código Civil de 2002, nos seus artigos 1.331 a 1.358, sendo que uns poucos dispositivos da referida Lei continuam vigentes, por não terem sido alterados, tendo ocorrido uma revogação parcial do texto primitivo, como retratamos, detalhadamente, nos livros “Condomínio Edilício” e “Gestão Condominial”²

A segunda parte da Lei, dos artigos 28 a 70 (incorporação imobiliária), continua em vigor, praticamente sem alterações, com um importante acréscimo introduzido pela Lei 10.931, de agosto de 2010, que, entre outras disposições, formalizou o patrimônio de afetação e, mais recentemente, instituiu regras de distrato imobiliário.

Considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, *para alienação total ou parcial*, de edificações ou

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 SECOVI RIO. Membro da Comissão de Direito Imobiliário e Urbanístico da OAB-RJ, da ABAMI e do IBRADIM. Autor dos livros Manual do Síndico, Gestão Condominial, Condomínio Edilício e Falência do Incorporador Imobiliário (Caso Encol). Colaborador dos jornais O GLOBO e EXTRA acerca das questões imobiliárias.

² Câmara, Hamilton Quirino, Condomínio Edilício, 4ª. Edição, 2018, pag. 7 e Gestão Condominial, 2007, pag. 16, ambas da Ed. Lumen Juris.

conjunto de edificações compostas de unidades autônomas, conforme o parágrafo único do artigo 28.

Portanto, a finalidade clara da lei é a destinação comercial que impulsiona a incorporação imobiliária.

Incorporador, por sua vez, é a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive *a venda de frações ideais de terreno* objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, *pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições*, das obras concluídas. (artigo 29).

As três modalidades de construção e venda na a incorporação imobiliária

Para se entender bem o instituto da incorporação imobiliária, deve-se considerar que o legislador de 1964 definiu, de forma precisa, três modalidades para esse importante segmento da economia (venda direta, empreitada e administração).

J. Nascimento Franco e Niske Gondo ³ resumem as modalidades da construção em condomínio na forma da Lei 4.591, pelo regime de empreitada ou de administração, sob custeio dos adquirentes das unidades autônomas, que contratam as obras “diretamente com o construtor, ou as incluem no contrato que celebram com o incorporador” (artigo 48)⁴

Assim, além da empreitada e da administração, ou a preço de custo, a lei se refere, nos artigos 41 a 43 ⁵ ao contrato pelo qual “o incorporador se obriga a entregar as

³ Franco, J. Nascimento e Gondo, Niske, Incorporações Imobiliárias, Editoria Revista dos Tribunais, 1972, pags. 128

⁴Art. 48. A construção de imóveis, objeto de incorporação nos moldes previstos nesta Lei poderá ser contratada sob o regime de empreitada ou de administração conforme adiante definidos e poderá estar incluída no contrato com o incorporador, ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor.

⁵ 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.

Art. 42. No caso de rescisão do contrato relativo à fração ideal de terreno e partes comuns, a pessoa em cujo favor se tenha operado a resolução sub-rogar-se-á nos direitos e obrigações contratualmente atribuídos ao inadimplente, com relação a construção.

unidades autônomas integralmente prontas por um preço global, compreendendo cota de terreno e construção, inclusive com parte do pagamento após a entrega das chaves”.

Há, portanto, três modalidades de negócios jurídicos a serem objeto de incorporação imobiliária: (1) preço e prazo fixados pelo próprio incorporador com os compradores, (2) empreitada e (3) administração ou preço de custo.

As três formas visam, em última análise, à construção “em condomínio”, como estampado no capítulo III (“da construção de edificação em condomínio”) e se destinam à comercialização.

Seja qual for a modalidade de compra (empreitada, administração ou a preço global, com prazo definido de entrega) o certo é que nas três modalidades persiste sempre a obrigação legal do incorporador, ou seja, o regime da venda e da construção seja qual for, começa e termina como incorporação imobiliária.

O objetivo deste estudo é distinguir o que é efetivamente construção empresarial em condomínio, que chamaremos de “condomínio aberto”, mediante incorporação imobiliária, e a construção em condomínio fechado por um pequeno grupo de pessoas, que compram um terreno e contratam uma construtora para a edificação (nesse caso a construção poderá ser por empreitada ou por administração), mas não será incorporação.

É evidente que a lei das incorporações imobiliárias só trata da construção e venda em condomínio aberto, pois o condomínio fechado não é regulado por essa norma legal, já que, nesse último caso, não existe a figura do incorporador, sendo então disciplinado pelas normas que regulam os contratos em geral e, em alguns casos, pelos artigos 1.331 e seguintes, do Código Civil, acerca do condomínio edilício.⁶

Condomínio Fechado

Até aqui, nenhuma dúvida em relação à relação direta entre incorporador e comprador (preço e prazo de entrega contratados diretamente com o incorporador) e também com a figura da empreitada.

No entanto, quando vamos tratar da obra edificada pelo regime de administração, há ligeira confusão entre incorporação imobiliária e condomínio fechado.

Art. 43. Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas:...

⁶ Cf. Câmara, Hamilton Quirino, em Condomínio Edilício, 2018, Lumen Juris, p.85

Essa confusão existe até mesmo em algumas decisões judiciais, havendo empresários que se aproveitam da aparente abertura da lei, para formular uma suposta (e falsa) obra em condomínio fechado, e assim fugir da responsabilidade do incorporador.

Numa primeira abordagem, o mais simples é considerar que o condomínio fechado se destina à construção para um grupo (geralmente pequeno de pessoas) que compra um terreno e contrata um construtor, para ali residir ou mesmo investir, após a conclusão, mas que não tem destinação comercial com lançamento no mercado. Tanto é que a Corregedoria do Estado do Rio de Janeiro exige, para registro do condomínio edilício, antes do habite-se, que conste do instrumento de instituição que nenhuma fração será vendida antes do habite-se.⁷

Diferentemente da incorporação, que é tratada pelos artigos 28 e seguintes da Lei 4.591/64, e que cuida do condomínio de construção, o condomínio fechado tem sua regulamentação nos artigos 1.331 do Código Civil (condomínio edilício).

Já a incorporação, fundada na venda a preço e prazo fixados, na construção pelo regime de empreitada ou de administração, justamente por ser incorporação, visa às vendas, ao lucro, à comercialização, a partir de um processo de lançamento imobiliário.

Portanto, se a venda direta do incorporador, e a contratação por empreitada ou por administração fazem parte da incorporação, não tem o menor sentido dizer que a obra por administração seria, automaticamente, uma obra em condomínio fechado. E nem seria lógico dizer, que, neste regime, o risco corre por conta do comprador.

É muito comum, na prática do comércio de venda na planta, a confusão, deliberada, ou não, em que se considera que as construções, pelo regime de administração, seriam, por si só, requisito para a obra em um suposto “condomínio fechado”, pelo qual são vendidas frações ideais de terreno, cujos compradores contratam empresa construtora. Também é comum a situação em que o dono do terreno faz permuta, em troca de uma ou mais unidades. E os compradores assumem o ônus de entrega de unidades concluídas (e até multa pelo atraso), em relação aos permutantes.

⁷ Artigo 674 da Consolidação Normativa - Parte Extrajudicial, atualizada em 25/05/2016:

§ 2º. O construtor ou construtores, optando pelas regras do art. 8º da Lei 4.591/64, ou do art. 1.332 do Código Civil, terão, obrigatoriamente, de processar a instituição do condomínio edilício e apresentar declaração em requerimento escrito, com firma reconhecida, **de que não farão oferta pública das unidades, até que as mesmas obtenham, cada uma, seu respectivo “habite-se”**, devidamente averbado junto ao Registro de Imóveis, ficando cientificados de que a venda, promessa ou cessão de direitos, antes da conclusão da obra, só poderá ser feita mediante arquivamento em cartório dos documentos previstos no art. 32 da Lei nº. 4.591/64.

Na prática, é comum que a dona do terreno e a construtora sejam a mesma empresa, ou então pertençam ao mesmo grupo econômico.

E assim, se o construtor paralisa as obras, caberia aos compradores o ônus daí decorrente, o que não é justo nem tem apoio legal.

Propaganda enganosa = incorporação disfarçada

Embora seja lícita a construção em condomínio fechado, muitas vezes tal modalidade vem a ser usada como uma incorporação disfarçada, caso em que o empresário envolvido poderá vir a responder judicialmente como se incorporador fosse (e é na verdade).

A confusão entre as duas modalidades pode resultar da leitura desatenta do artigo 30 da Lei 4.591 ⁸

Nessa hipótese, haverá um ou mais incorporadores, porque se tratam de empresários, com objetivo de lucro, o que é diferente de um autêntico condomínio fechado. Embora os termos dos contratos (geralmente padrão) procurem fugir do jargão da incorporação imobiliária, vamos apontar os dispositivos que se aplicam a essa modalidade de construção, extraídos de dispositivos da Lei 4.591 (que na verdade é a lei das incorporações e dos condomínios, tratando, neste ponto do condomínio de construção, antes da formação do condomínio edilício). E nunca de condomínio fechado.

Assim, pela parte final do artigo 48 a construção “poderá ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor”. E pela parte inicial do artigo 49 os contratantes da construção “poderão reunir-se ...” ⁹

⁸ Art. 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.

⁹ Art. 48. A construção de imóveis, objeto de incorporação nos moldes previstos nesta Lei poderá ser contratada sob o regime de empreitada ou de administração conforme adiante definidos e poderá estar incluída no contrato com o incorporador (VETADO), ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor.

Art. 49. Os contratantes da construção, inclusive no caso do art. 43, para tratar de seus interesses, com relação a ela, poderão reunir-se em assembléia, cujas deliberações, desde que aprovadas por maioria simples dos votos presentes, serão válidas e obrigatórias para todos êles salvo no que afetar ao direito de propriedade previsto na legislação.

Na verdade, estamos ainda falando de incorporação imobiliária.

Na forma do artigo 50 será eleita uma Comissão de Representantes, com um mínimo de três membros, para representação junto ao incorporador ou “ao construtor”.

10

E nesse sentido, há inúmeros casos de incorporação típica, em que se cria a Comissão de Representantes, e até mesmo se cria o condomínio de construção, com convenção e até eleição de um síndico, mas o incorporador tem procuração para administrar os recursos, ou ele mesmo é eleito síndico.

Assim, as comissões de representantes geralmente são integradas por conhecidos do próprio incorporador, ou por compradores bem intencionados mas que de fatonada entendem da matéria e servem de escudo para os propósitos comerciais do real incorporador.

Segundo Pedro Avvad, ao mencionar as obras por administração,

A inexperiência de alguns e a irresponsabilidade de uma outra parte de empresários encarregaram-se de desmoralizar essa que seria a forma ideal de realizar empreendimentos de pequeno e médio portes, eis que muitos deles viram, nessa espécie de contrato, a possibilidade de aumentar seus lucros, deixando que o custo corresse livremente, já que quanto mais altas as despesas, maior a comissão de administração a que teriam direito.¹¹

Com efeito, vamos encontrar, no dia a dia dos lançamentos imobiliários, inúmeros casos em que existe até mesmo um termo de adesão, com todos os requisitos para uma obra por administração, mas que procuram encobrir ou disfarçar a realidade de se tratar de uma efetiva incorporação imobiliária.

Formaliza-se, pois, um suposto “condomínio de construção”, que vem a até a obter o CNPJ consoante Instrução Normativa SRF nº 200, de 13 de setembro de 2002 da Receita Federal.¹²

¹⁰ Art. 50. Será designada no contrato de construção ou eleita em assembléia geral uma Comissão de Representantes composta de três membros, pelo menos, escolhidos entre os adquirentes, para representá-los perante o construtor ou, no caso do art. 43, ao incorporador, em tudo o que interessar ao bom andamento da incorporação, e, em especial, perante terceiros, para praticar os atos resultantes da aplicação dos arts. 31-A a 31-F. (Redação dada pela Lei 10.931, de 2004)

¹¹ Pedro Avvad - Direito Imobiliário, Renovar, pg. 580

¹² Instrução Normativa SRF nº 200, de 13 de setembro de 2002

Com o CNPJ, abre-se conta bancária, na qual serão depositadas as verbas destinadas à construção, como se extrai do artigo 58 (que cuida do regime de administração na incorporação).¹³

A confusão é gerada, até mesmo em decisões dos nossos Tribunais, com a leitura desavisada do artigo 58 (Nas incorporações em que a construção for contratada pelo regime de administração, também chamado "a preço de custo", será de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento do custo integral de obra).

Ao dizer que a construção será de responsabilidade dos adquirentes o pagamento do custo integral, muitos entendem que o incorporador pode deitar na rede e deixar tudo por conta dos adquirentes. Não é verdade, pois não se exime a obrigação, maior, do incorporador, em relação à inadimplência e unidades não vendidas. Imagine se de um total de cem unidades são vendidas apenas oitenta. Os adquirentes seriam responsáveis por construir cem por cento da obra?

§ 16. Ao pedido de inscrição de condomínio em edifício deverão ser juntadas cópias autenticadas de sua convenção e da ata da assembléia que elegeu o síndico, devidamente registradas em cartório. (Redação dada pela IN SRF 251, de 27/11/2002)

§ 17. O condomínio que não possuir convenção devidamente registrada deverá apresentar: (Redação dada pela IN SRF 251, de 27/11/2002)

I - ata da assembléia geral de condôminos, específica, dispondo sobre sua inscrição no CNPJ, declarando, sob as penas da lei, os motivos pelos quais não a possui; (Redação dada pela IN SRF 251, de 27/11/2002)

II - ata da assembléia que elegeu o síndico, devidamente registrada em cartório. (Redação dada pela IN SRF 251, de 27/11/2002)

¹³ Art. 58. Nas incorporações em que a construção for contratada pelo regime de administração, também chamado "a preço de custo", será de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento do custo integral de obra, observadas as seguintes disposições:

I - todas as faturas, duplicatas, recibos e quaisquer documentos referentes às transações ou aquisições para construção, serão emitidos em nome do condomínio dos contratantes da construção;

II - todas as contribuições dos condôminos para qualquer fim relacionado com a construção serão depositadas em contas abertas em nome do condomínio dos contratantes em estabelecimentos bancários, as quais, serão movimentadas pela forma que fôr fixada no contrato.

A resposta é não, ainda que, na forma do artigo 61, haja uma efetiva fiscalização exercida pela Comissão de Representantes.¹⁴

E mesmo que se aplique o artigo 63, que prevê as formas de sanções ao adquirente que deixa de pagar suas cotas de construção, e que poderá perder sua fração ideal pela via do leilão extrajudicial, ainda assim não se descaracteriza a incorporação imobiliária.¹⁵

Caio Mario, autor do projeto da Lei 4.591/64, já advertia que

Grandes prejuízos têm sido exatamente causados pelo mau emprego das verbas, quando o dinheiro dos adquirentes de unidades em um edifício é desviado para outro construído pelo mesmo profissional e, quando se informam aqueles, lá se foram os recursos e vem a falta de numerário.¹⁶

Assim, em nenhuma hipótese o incorporador poderá alegar um aumento exagerado no preço ou um atraso injustificado na conclusão do empreendimento (ainda que sob a forma de construção por administração) sob a alegação da inadimplência dos compradores.

¹⁴ Art. 61. A Comissão de Representantes terá poderes para, em nome de todos os contratantes e na forma prevista no contrato:

a) examinar os balancetes organizados pelos construtores, dos recebimentos e despesas do condomínio dos contratantes, aprová-los ou impugná-los, examinando a documentação respectiva;

b) fiscalizar concorrências relativas às compras dos materiais necessários à obra ou aos serviços a ela pertinentes;

c) contratar, em nome do condomínio, com qualquer condômino, modificações por êle solicitadas em sua respectiva unidade, a serem administradas pelo construtor, desde que não prejudiquem unidade de outro condômino e não estejam em desacôrdo com o parecer técnico do construtor;

d) fiscalizar a arrecadação das contribuições destinadas à construção;

e) exercer as demais obrigações inerentes a sua função representativa dos contratantes e fiscalizadora da construção e praticar todos os atos necessários ao funcionamento regular do condomínio.

¹⁵ Art. 63. É lícito estipular no contrato, sem prejuízo de outras sanções, que a falta de pagamento, por parte do adquirente ou contratante, de 3 prestações do preço da construção, quer estabelecidas inicialmente, quer alteradas ou criadas posteriormente, quando fôr o caso, depois de prévia notificação com o prazo de 10 dias para purgação da mora, implique na rescisão do contrato, conforme nêle se fixar, ou que, na falta de pagamento, pelo débito respondem os direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada, na forma abaixo estabelecida, se outra forma não fixar o contrato.

¹⁶ Pereira, Caio Mario da Silva - Condomínio e Incorporações, Forense, 7ª edição, pag. 319

Se houver inadimplência, ou mesmo no caso de uma ou mais unidades não vendidas, caberá ao incorporador arcar com as respectivas despesas, como se vê de um importante dispositivo, sempre esquecido em vários julgados: artigo 35, § 6º¹⁷.

Além disso contraria os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, baluartes do Código Civil Brasileiro, fixados nos artigos 113, 187 e 442.

A esse respeito, em relação ao incorporador, ressalta Rodrigo Azevedo Toscano de Brito¹⁸:

O que se verifica é “a possibilidade de o incorporador se tangenciar de sua responsabilidade”, na hipótese, por exemplo, de “pactuar que a inadimplência de mais de 30% dos promissários-compradores pode gerar atraso no cronograma da construção, e, se isso ocorrer, estará ele autorizado a não observar o prazo de entrega da obra”.

“Desta forma, o incorporador está transferindo sua responsabilidade para os promissários-compradores, ou seja, se a obra não for cumprida no prazo, é por mero desinteresse dos adquirentes. Assim, o incorporador em nada contribuiria para o atraso nas obras, tendo em vista que, diante da estipulação contratual, aquele evento depende da vontade dos adquirentes.”

O que se vê, além disso, é o empresário incluir no custo da obra a publicidade com a venda, com anúncios, folhetos, “books” caríssimos, além da corretagem, o que, de partida, encarece o custo da unidade e tira dele, empresário, tais custos.

Nesses casos, nunca se poderá dizer que tais despesas são do adquirente, com base no artigo 58, que fala em custo total da obra. Mas as mencionadas despesas não se referem às obras.

Assim, em tese, o incorporador, deixa de receber o lucro (ou prejuízo ao final), para cobrar uma taxa de administração (quinze a vinte por cento), em negócio livre de responsabilidade, ainda acrescentando despesas que não dizem respeito às obras.

¹⁷ Art. 35, § 6º Ressalvado o disposto no artigo 43, do contrato de construção deverá constar expressamente a menção dos responsáveis pelo pagamento da construção de cada uma das unidades. O incorporador responde, em igualdade de condições, com os demais contratantes, pelo pagamento da construção das unidades que não tenham tido a responsabilidade pela sua construção assumida por terceiros e até que o tenham.

¹⁸ Toscano de Brito, Rodrigo Azevedo, Incorporação Imobiliária à Luz do CDC – Saraiva, 2002, pág. 274.

Na prática, temos visto empreendimentos com vinte, trinta, quarenta, cem e até mais unidades, sob o manto de um suposto e fraudado condomínio fechado, o que gera prejuízos aos compradores se não houver uma correta gestão financeira, sem contar desvios e malversação dos recursos. Eis como é feita a venda em “pacote fechado”, sob a forma de adesão:

Compra do terreno, diretamente ou através de um preposto; venda de frações ideais ao público (muitas vezes aos incautos, ou inocentes); assinatura de contrato de construção com os compradores; constituição de condomínio, com eleição de Comissão de Representantes; procuração outorgada pela Comissão de Representantes ao próprio construtor, para gerir as contas em nome do Condomínio; inclusão, como despesas de obras, dos custos de lançamento do empreendimento.

Ou seja, o melhor dos mundos para o construtor: faz os recebimentos e os pagamentos em nome do Condomínio, não comprometendo a sua empresa em eventuais cheques devolvidos e títulos protestados. Faz a sua publicidade e paga aos seus corretores com dinheiro dos compradores.

E o pior: havendo inadimplência, ou má gestão, uma saída heroica: emitir cotas extras e mais cotas extras (a quem chamam descolamento), com o que, muitas vezes, a obra acaba saindo mais cara do que se comprada na planta, em regime de preço fechado ou empreitada: ali, pelo menos, tem a quem reclamar (o incorporador). Já na modalidade de suposto condomínio fechado, os próprios adquirentes seriam os responsáveis pelo andamento da obra, e até, pasmem, pela entrega de unidades da permuta, quando há.

Ou seja, havendo inadimplência, simplesmente o empresário cobra mais cotas extras. E, havendo ação judicial, contra si, por algum adquirente, denuncia à lide a Comissão de Representantes como se fosse essa a responsável pelo atraso.

Jurisprudência

No julgamento da apelação cível 0015951-62.2015.8.19.0209, da 22ª Câmara Cível do TJ-RJ, em que a empresa construtora/incorporadora requeria a denúncia à lide da Comissão de Representantes restou bem esclarecida essa questão:

No caso em tela, entretanto, verifica-se que tal modalidade está descaracterizada, na medida em que era a incorporadora-construtora quem recebia os valores dos condôminos, bem como era responsável pela

movimentação da conta do condomínio. Nesse sentido, a referida cláusula encontra-se em total oposição ao que preceitua o já citado artigo 58 da Lei 4.591/64. Em verdade, cabia à parte ré toda a administração do empreendimento, de modo que não há que se falar em ilegitimidade passiva. *Da mesma forma, considerando que a Comissão de Representantes, no caso em tela, não desempenha as funções que lhe são conferidas pela lei, incabível a denúncia da lide na hipótese.*

Deve-se enfatizar que é errado dizer, na interpretação trazida pelo artigo 58 de que caberia aos compradores o risco do negócio. O risco, repita-se, é sempre do incorporador.

Para isso ser verdade, teria que se admitir que a construção por administração não seria incorporação, e que não existiria o artigo 35, parte final do § 6º, segundo o qual “o incorporador responde, em igualdade de condições, com os demais contratantes, pelo pagamento da construção das unidades que não tenham tido a responsabilidade pela sua construção assumida por terceiros e até que o tenham”.

Esta regra se aplica sempre, independente do regime de construção.

Neste sentido, de forma direta e incisiva, para não deixar dúvida, o seguinte acórdão, do Tribunal de Justiça de Pernambuco:

TJ-PE - Agravo : AGV 1456775 PE 0011676-82.2009.8.17.0000 - PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE AGRAVO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEITADA. *INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA DISFARÇADA DE CONDOMÍNIO FECHADO*. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL. PRAZO DE ENTREGA EXTRAPOLADO. CULPA DO CONSTRUTOR. RESCISÃO CONTRATUAL. DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO ATUALIZADO. RECURSO QUE SE NEGA PROVIMENTO. Órgão Julgador 6ª Câmara Cível - Julgamento 13 de Setembro de 2011 - Relator Francisco Eduardo Gonçalves Sertorio Canto1. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada em face de ser a construtora responsável pela entrega da obra no prazo fixado, tendo sido inclusive os recibos dos valores pagos emitidos em seu nome. 2. A construtora celebrou com a parte contrato supostamente de "administração a preço de custo - incorporação sob forma de condomínio fechado". Entretanto, verificando

ausentes os requisitos do art. 58 da Lei nº 4.591/68, trata-se de contrato de compra e venda de imóveis, devendo ser regido pelas normas incidentes à incorporação imobiliária.

3. O atraso na entrega da obra deu-se por culpa da construtora que a iniciou ilegalmente, não pode ser responsabilizada a municipalidade pelo exercício do seu poder de polícia. Ausente o caso fortuito e força maior.

4. O descumprimento da obrigação contratual pela construtora enseja a rescisão contratual, com a devolução do valor pago atualizado na forma da decisão terminativa.

5. Agravo a que se nega provimento.

Para um estudo maior do tema, confirmam-se os seguintes acordãos do STJ:

REsp 426934 / SP 2002/0040810-1 Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO - T4 - 4ª Turma Data do Julgamento 16/03/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 12/04/2010

REsp 782631 / MG 2005/0154891-2 Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador 3ª Turma Data do Julgamento 07/10/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 23/10/2008

Vale a pena, ainda, analisar o acordão a seguir, da 21ª Câmara Cível (TJ-RJ). relativo às apelações cíveis 0010507-29.2007.8.19.0209, 0031541-84.2012.8.19.0209 e 0031542-69.2012.8.19.0209, que rechaça a responsabilidade dos compradores em indenizar o permutante em caso de o incorporador não concluir a edificação:

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.

Conclusão

Para finalizar esse pequeno estudo, cabe ressaltar que a figura típica de um condomínio fechado é adotada em pequenas construções (em torno de até dez apartamentos ou casas), e a obra, tal como uma cooperativa, inicia-se após vendidas todas as frações.

É inadmissível que se comece a construir, em um condomínio fechado, se ainda há unidades (ou frações à venda). Para uma efetiva construção em condomínio fechado só é possível iniciar a construção após vendidas todas as frações e garantido o fluxo financeiro do empreendimento.

A diferença, de cara, com a incorporação imobiliária, é que, neste último caso, sequer podem ser iniciadas as vendas sem o prévio registro do memorial de incorporação na matrícula do imóvel. E as vendas vão ocorrendo aos poucos.

Assim, será totalmente irregular, e contrário à lei, se o incorporador travestido de mero construtor, deixar de apresentar o memorial ao Registro de Imóveis, e deixar, portanto, em tese, de assumir todos os encargos legais, transferindo os riscos do negócio para os adquirentes.

Isso é terminantemente proibido, não só pela Lei 4.591 como pelos artigos 29 e 51 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.¹⁹

Para concluir, cabe acentuar que uma situação peculiar pode se aplicar ao condomínio fechado, fora da curva da ilegalidade. Em tal hipótese, por exceção, um efetivo condomínio fechado, até mesmo com obras de grande número de unidades, vem a ser aplicado na maioria das obras retomadas, quando são paralisadas pelos incorporadores. Antes havia uma incorporação e a partir da retomada (salvo quando surge nova incorporação, com outra empresa) os condôminos passam a tocar a obra em condomínio fechado. A base legal se fincará nos dispositivos aqui mencionados (artigos 58 e seguintes) por mera analogia, sendo importante a redação das atas, que definirão as responsabilidades de todos, e o contrato de construção a ser firmado, com cláusulas que adotem o leilão extrajudicial.

Há casos, até, que se adota a auto-gestão, sem nova construtora. Nesse caso uma empresa ou um profissional irá gerenciar a obra, empreitando os diversos serviços.

¹⁹ Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

Nesse caso, mais do que nunca, a importância das atas das reuniões da Assembleia Geral dos adquirentes.

Nessa situação, aí sim, de forma excepcional, o condômino assume, efetivamente os riscos do negócio, inclusive aqueles que pagaram originalmente o preço integral, e que serão obrigados a contribuir para o término da obra, como se vê de magistral acórdão da lavra do Des. Jorge Loretti na apelação cível 0001664-19.1990.8.19.0000:

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA - PARALISACAO DA OBRA - DESTITUICAO DO INCORPORADOR - RATEIO DAS DESPESAS PARA O PROSSEGUIMENTO DA OBRA - ART. 43 INC. VI LEI N. 4591, DE 1964 - Condomínio. Incorporação. Prosseguimento da obra (art. 43, VI, da Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964). Agravo retido. A apelação contraria à sentença que decide ação principal e cautelar é de ser recebida em efeito suspensivo e devolutivo. Cobrança de cota extra a condômino que pagara originariamente o preço total do empreendimento. Obrigatoriedade desse pagamento *considerando-se a origem de novo relacionamento jurídico*, decorrente da aplicação do art. 43, VI, da Lei n. 4.591, de 16.12.64, bem assim as características associativas da incorporação.

...Não é possível afastar-se a ideia de que o condomínio tem características cooperativas. Ele, como lembra Caio Mario da Silva Pereira, ao estudar a legislação específica, considerando princípios que vigoram nos Estados Unidos - pag. 81 “Condomínios e Incorporações” “é uma Associação”.

... Sucede que a Autora não negou haver declarado encontrar-se ciente de *que seria adotado o regime de administração para que as obras se reiniciassem, sob a responsabilidade da Associação de Condôminos, estruturada com a finalidade justamente de dar andamento à construção...*

Julgamento: 06/03/1990 - 5ª Câmara Cível TJ-RJ.

Ressalte-se, ainda, que na retomada de obras nada impede que os condôminos lesados venham a contratar uma construtora pelo regime de empreitada, parcial ou global. Mas para tanto será indispensável uma prévia captação de recursos. Na prática, o

mais comum tem sido, efetivamente, tocar as obras por administração, aí sim sob o formato de um autêntico condomínio fechado.

Referências bibliográficas

Avvad, Pedro - Direito Imobiliário, Renovar - 10ª edição

Câmara, Hamilton Quirino - Gestão Condomínial - Lumen Juris - 2007

Câmara, Hamilton Quirino - Condomínio Edilício - Lumen Juris - 2018 - 4ª edição

Franco, J. Nascimento e Gondo, Niske, Incorporações Imobiliárias, Editoria Revista dos Tribunais, 1972

Pereira, Caio Mario da Silva, Condomínio e Incorporações - Forense 7ª edição

Toscano de Brito, Rodrigo Azevedo, Incorporação Imobiliária à Luz do CDC – Saraiva, 2002