

A responsabilidade civil do proprietário do terreno na atividade de incorporação imobiliária

Luciana Buksztejn Gomes

*Advogada da Caixa no Rio Grande do Sul
Especialista em Direito Imobiliário*

RESUMO

Este trabalho trata da responsabilidade civil do proprietário do terreno na atividade de incorporação imobiliária. É comum, nestes casos, o pagamento do terreno através de área a ser construída no local. Nesses casos, poderá o proprietário do terreno ser equiparado ao incorporador, desde que aliene fração ideal antes de concluído o empreendimento; se, no entanto, não vender ou prometer vender, reservando para si as unidades a serem construídas, não será equiparado e assim não terá responsabilidade. Em sendo equiparado ao incorporador, o tipo de responsabilidade que caberia ao permutante do terreno seria objetiva, mas o entendimento não é pacífico. Ao mesmo tempo, pela natureza da atividade de incorporação, é aplicável o Código de Defesa do Consumidor à atividade, sendo esta posição majoritária. Dependendo do caso, o permutante do terreno pode ter responsabilidade objetiva e subjetiva.

Palavras-chave: Incorporação imobiliária. Responsabilidade. Código de Defesa do Consumidor. Promessa de compra e venda.

ABSTRACT

This essay is about the legal responsibility of the ground's owner at the activity of real estate incorporation. It's usual, in these cases, the ground's payment through the area to be built on the site. In these cases, the ground's owner can be assimilated to the developer, provided that the ideal fraction is alienated before the enterprise is completed; however, if it doesn't sell or promises to sell, booking to itself the unities to be built, it won't be assimilated, and therefore, it won't be responsible for it. Being assimilated to the developer, the kind of responsibility that it is for the exchanger of the ground it would be objective, but the understanding is not peaceful. At the same time, by the nature of the incorporation activity, the Consumer Protection Code is applicable to the activity, being this majority position. Depending on the case, the exchanger of the ground can have objective and subjective responsibility.

Keywords: Real estate incorporation. Developer. Responsibility. Consumer Protection Code. Ground's owner. Promise to purchase and sale.

Introdução

Uma das formas de verificar o crescimento das cidades é através do fortalecimento da construção civil e das obras realizadas. Junto com o referido crescimento, surgem, como não poderia deixar de ser, cada vez mais ações judiciais referentes à temática e, especialmente, com relação às incorporações imobiliárias.

A atividade de incorporação imobiliária, levada a termo pelo incorporador, é regulada pela Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que, neste estudo, será chamada abreviadamente de LCI. Referido diploma legal tipificou o contrato de incorporação imobiliária e atua até os dias de hoje com o objetivo de equilibrar a relação contratual entre adquirente e incorporador.

Importante esclarecer que, com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002, a matéria relacionada aos condomínios edilícios sofreu inovações, o que não ocorreu com a atividade de incorporação imobiliária, que continua sendo regulada pelo título II da referida Lei de 1964.

Nos termos do disposto no parágrafo único do artigo 28, da mencionada lei, “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”.

A incorporação imobiliária coloca no mercado um produto futuro, ainda não existente faticamente, através do movimento, junto ao serviço de Registro de Imóveis competente, do projeto aprovado pela Municipalidade, além de todos os documentos elencados pelo art. 32 da Lei acima mencionada. Com o registro da incorporação, o incorporador vende as futuras unidades que serão construídas e, com os valores pagos pelos adquirentes, vai construindo o empreendimento. Se o produto não tem uma boa aceitação no mercado e não há pessoas suficientes interessadas na obra, poderá o incorporador desistir da mesma. É o que a Lei chama de prazo de carência.¹

Surge daí uma discussão: quando a incorporação será efetivada? Se for vendida apenas uma unidade, será considerada efetivada a incorporação? Parece-nos que a resposta vai depender de cada caso e do bom senso das partes envolvidas. Se, num empreendi-

¹ O art. 34 e parágrafos da LCI estabelece: “O incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento”.

mento de cento e vinte unidades, forem vendidas dez, este pequeno número, comparado à totalidade das unidades, nos levaria a dizer que a incorporação não se efetivou; no entanto, se quarenta unidades são vendidas, diríamos que há a efetivação da incorporação. Para evitar futuros litígios sobre o assunto, uma forma seria clausular, no contrato de compra e venda, quando a incorporação é considerada efetivada e estabelecer, para aquele empreendimento, um conceito geral que alerte o adquirente para essa situação (embora nos pareça não seja de interesse do incorporador fazer este alerta). Sobre este assunto, a jurisprudência não é pacífica. Trataremos do assunto em outro momento.

Ao definir a incorporação imobiliária, Pontes de Miranda explica:

O que caracteriza, portanto, a incorporação é a *finalidade* do negócio jurídico, não a *composição subjetiva dele*. Tanto incorpora o que anuncia, com o terreno e o plano de construção, a futura *divisão do edifício* (já feito ou a fazer-se) de dois, ou mais andares, em apartamentos [...], quanto aquele que não tem terreno, anuncia o plano, munido de opção de compra, e recebe as prestações dos futuros adquirentes para adquirir o terreno e iniciar a construção.²

Ao abordar algumas noções introdutórias sobre a incorporação imobiliária, Chalub esclarece que o termo inicial da mesma é a data do registro junto ao Ofício Imobiliário e o termo final é a data da averbação da construção. Ensina que a incorporação tem por objetivo “a produção de edificações coletivas compostas por unidades imobiliárias autônomas” e que a causa do negócio é “a formação de direito de propriedade sobre edificação coletiva, em frações ideais.”³

Preocupou-se, ainda, o legislador de 1964 em conceituar a figura do incorporador estabelecendo, no artigo 29 da Lei 4.591/64, o seguinte:

Considera-se incorporador 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

² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. v. XII. p.208.

³ CHALUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.138.

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.

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.”

O mesmo diploma legal, em seu artigo 31, definiu quem pode ser incorporador, senão vejamos:

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).

Interessante atentar à possibilidade do construtor ou corretor de imóveis figurarem como incorporadores. O parágrafo primeiro do art. 31 estabelece:

Art. 31 § 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.

Pereira ensina que, para a LCI, podem ser incorporadores três pessoas: o proprietário do terreno, o promitente comprador, a ele equiparado, e o cessionário deste ou promitente cessionário.⁴

Quanto ao proprietário, explica que seu título já lhe permite a plena disponibilidade da coisa. No entanto, com relação ao promitente comprador e aos que se sub-rogam em seus direitos (cessionário ou promitente cessionário) a lei coloca condições especiais a fim de garantir a segurança, conforme disposto no art.32: irrevogabilidade e irretratabilidade, imissão imediata do promitente

⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Condomínio e Incorporação**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.253.

comprador na posse, possibilidade de alienação do imóvel em frações ideais, consentimento para demolição e construção e, finalmente, a inscrição no Registro de Imóveis.

O art. 31 também define que o construtor poderá ser o incorporador, o que, para Caio Mario, será possível quando este fizer da edificação uma atividade disciplinada e devidamente licenciada. Da mesma forma, poderá o corretor de imóveis exercer o papel de incorporador, sempre que devidamente matriculado.

Ensina ainda o doutrinador que, quando o incorporador for um construtor ou corretor de imóveis, receberá, do proprietário do terreno, procuração por instrumento público, conforme estabelecido no art.35, §4º.

Ao comentar o artigo 29 da Lei de Condomínios e Incorporações, Schmidt esclarece que seu parágrafo único é “coerente com o espírito e a letra da lei de que nenhuma incorporação pode se realizar sem que exista pelo menos um incorporador responsável [...] podendo envolver inclusive o proprietário que não deseja ser mais do que mero alienante do terreno.[...] Não havendo incorporador ostensivamente declarado, como no caso de não estar ainda registrada a incorporação por falta de projeto aprovado – diz a LCI que responderá o alienante do terreno como incorporador.”⁵

Pela leitura do acima exposto, o alienante do terreno só responderia como incorporador se não estabelecida com clareza a figura do incorporador. No entanto, esse entendimento não é unânime e será melhor estudado nos próximos capítulos deste trabalho.

Define o mesmo autor a figura do incorporador, em síntese, como pessoa física, jurídica, comerciante ou não, e que, por ter tratamento similar ao de uma empresa individual (e sofrer as consequências disso), o incorporador pessoa física “é espécime em extinção”. Acrescenta que é pessoa que vende ou promete vender frações ideais de terreno vinculadas à futura unidade autônoma e que pode agir como intermediário, não necessariamente o que efetua a construção e vende o terreno.⁶

É comum, na atividade de incorporação imobiliária, que o pagamento do terreno, sobre o qual será erigido o empreendimento, seja feito em área construída. Tal modalidade se materializa com a celebração de contrato de promessa de compra e venda, no qual o proprietário do terreno se reserva uma fração ideal do que corresponderá às unidades autônomas que futuramente lhe serão dadas em pagamento.

⁵ SCHMITD, Francisco Arnaldo. **Incorporação Imobiliária**. 2.ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2006. p.30.

⁶ SCHMITD, 2006. p.29.

Nesta hipótese, duas situações podem ocorrer: 1) o adquirente comprou sua unidade diretamente do proprietário do terreno (que recebeu suas unidades como pagamento da venda do terreno, mediante área construída) ou 2) o adquirente comprou do incorporador, desconhecendo a figura do proprietário. Pretendemos, neste estudo, em ambos os casos, verificar se o alienante do terreno tem responsabilidade pelos negócios acima referidos, bem como nos preocuparemos em caracterizar tal responsabilidade como sendo objetiva ou subjetiva.

Antes, porém, interessante justificar a motivação desta questão.

Na prática, tivemos um caso em que o proprietário do terreno recebeu como pagamento área a ser construída, mas a construtora faliu. Ele nos consultou sobre a possibilidade de ser demandado, e ao estudarmos as possibilidades dessa demanda, percebemos que se ele fosse equiparado ao incorporador, correria o risco de ter de indenizar.

Diante dessas questões, o trabalho será dividido em dois capítulos: no primeiro, verificaremos se há responsabilidade do alienante do terreno pela atividade de incorporação imobiliária e, no segundo, se referida responsabilidade é objetiva ou subjetiva, se equiparado o proprietário do terreno ao incorporador.

Em razão do Código de Defesa do Consumidor, que chamaremos abreviadamente de CDC, o adquirente da unidade autônoma, objeto da incorporação imobiliária, recebeu maior proteção legal. Como a Lei das Incorporações data de 1964 e, posteriormente, surgiu o CDC, bem como foi promulgado um Novo Código Civil e levando-se em conta as peculiaridades de cada caso, é imprescindível, para melhor compreensão desse estudo, a análise de alguns julgados.

1 A responsabilidade civil do proprietário do terreno na atividade de incorporação imobiliária

Ao longo do tempo, verificou-se grande evolução na responsabilidade do incorporador. Inicialmente, proclamava-se sua total irresponsabilidade. Em 1944, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal equiparou o incorporador ao corretor de imóveis, acrescentando que nenhuma responsabilidade lhe advinha dos contratos que firmava, por traduzirem simples promessas.⁷

O artigo 29 da LCI, ao conceituar a figura do incorporador, coloca a existência da solidariedade entre os que assumem essa posição. Assim, em sendo o proprietário do terreno o incorporador,

⁷ PEREIRA. **Incorporações Imobiliárias**. 2.ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2006. p.154.

responderá este pela conclusão, qualidade e solidez da obra; no entanto, sendo o incorporador pessoa diversa do proprietário do terreno, mas, recebendo este pagamento em área construída, poder-se-ia dizer que, no caso de alienarem frações ideais antes da conclusão da obra, ambos agem como incorporadores.

Há também entendimento no sentido de que o proprietário do terreno possa ser responsabilizado quando alienar frações antes da conclusão da obra, tendo de indenizar os demais adquirentes pela inexecução da obra. Assim, este capítulo buscará verificar se há responsabilidade do proprietário do terreno quando se reserva fração ideal, nos chamados contratos de promessa de compra e venda com pagamento em área construída.

1.1 Equiparação do proprietário ao incorporador de acordo com a Lei 4.591/64

Trabalhando com a primeira hipótese levantada, isto é, o adquirente comprou sua unidade diretamente do proprietário do terreno (que recebeu unidades como pagamento da venda do terreno, mediante área construída), podemos traçar algumas considerações.

Pereira explica que:

A vinculação entre as frações ideais de terreno e o negócio jurídico da construção presume-se desde o momento da venda ou da promessa de venda, ou da cessão, uma vez que o projeto do edifício esteja aprovado ou meramente requerida a aprovação e penda de despacho de autoridade administrativa (art.29, parágrafo único, da Lei 4591/64).

[...]

É importante determinar-se, porque a vinculação gera a responsabilidade do alienante (tomada aqui a palavra em sentido amplo de vendedor, ou promitente vendedor, ou cedente) como incorporador da edificação em perspectiva. Tal como sustentamos em doutrina (...) para a nova lei a qualidade de incorporador estende-se ao proprietário ou adquirente do terreno, que promova a edificação destinada à utilização condominial, uma vez que exponha, total ou parcialmente à venda, antes da conclusão das obras (art.30).

[...]

Quem constrói para si mesmo não é incorporador. Nele se converte, porém, desde o momento que exponha à venda as unidades vinculadas à fração ideal, antes da conclusão do edifício.⁸

⁸ PEREIRA. 2001. p.249.

A Lei 4.591/64, entre os artigos 29 e 31, estabelece que pode o proprietário do terreno ser incorporador.

Art. 30: Estende-se a condição de incorporador aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contraem a construção de edifícios que se destinem à constituição em condomínio, sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão das obras.

O artigo supra refere que quando a alienação for feita antes da conclusão das obras, poderá o proprietário do terreno ser equiparado ao incorporador. Entre diversos fundamentos para justificar esse dispositivo, a nosso ver, poderíamos destacar os seguintes.

A atividade de incorporação tem por finalidade o lucro, a venda de coisa futura, tanto é que se o projeto não tiver a adesão dos futuros adquirentes, poderá haver a desistência da incorporação. Portanto, para ser incorporador um dos requisitos é a obtenção do lucro.

Nessa esteira, se há incorporação, mas o proprietário do terreno não vende fração ideal do que vai corresponder à sua área, não poderia ser equiparado ao incorporador, segundo mencionado artigo; já se vendesse respectivas frações, poderia ser equiparado.

O certo é que se não há incorporador, o proprietário do terreno que vende futuras unidades responde pelos danos causados. Assim, a responsabilidade do proprietário alienante de unidade autônoma, existindo incorporador, é uma hipótese levantada neste estudo e ventilada em alguns julgados.

Ensina Pereira, ao comentar o artigo 30 supra mencionado, que, sendo a incorporação atividade empresarial, visa ao lucro; assim, quem constrói para si mesmo, ainda que seja um edifício, não é incorporador, mas desde o momento em que coloca à venda as unidades vinculadas às frações ideais, antes da conclusão do prédio – visando ao lucro – poderia ser equiparado ao incorporador.⁹

Para o doutrinador, a figura do incorporador deve-se à proliferação de edifícios em todas as grandes cidades. Observa o autor que, muitas vezes, ele é corretor, mandatário, gestor de negócios, industrial da construção, banqueiro-financiador e que, por criação do direito moderno e um novo conceito de empresa, o incorporador é empresa. Justifica sua tese, em linhas gerais, em virtude de: a) exercício de uma atividade econômica; b) profissionalismo; c) organização dos fatores de produção, bens e trabalho e conclui que “toda pessoa, natural ou jurídica, que organiza uma atividade eco-

⁹ PEREIRA. 2001. p.249.

nomicamente estável, e teoricamente produtiva, tomando a si os riscos respectivos, constitui uma empresa.”¹⁰

Pela abordagem de Pereira, se os titulares do terreno alienassem as frações que iriam receber (antes de prontas) poderiam ser equiparados ao incorporador, nos termos do art. 30, parte final “sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão das obras.”¹¹

Chalub explica que:

pode o incorporador torna-se titular dos direitos aquisitivos sobre o terreno mediante promessa de compra e venda, com pagamento parcelado, incumbindo-se ele mesmo da construção, sem tomar financiamento para construir; nesse caso, serão sujeitos do negócio jurídico (a) o proprietário do terreno (que, no caso, é quem está legitimado a transmitir ao adquirente o domínio sobre a fração ideal do terreno), (b) o incorporador (na qualidade de incorporador e, também, na qualidade de cedente dos direitos aquisitivos sobre a fração ideal do terreno) e (c) o adquirente.¹²

Conclui dizendo que seriam partes o incorporador, o proprietário do terreno, o adquirente e o construtor.

Quanto ao dever de fiscalização do que foi assumido pelo incorporador, Pereira sugere que seja assumido pelas autoridades administrativas locais e Conselhos Regionais de Engenharia e Arquitetura.¹³ Diante do questionamento sobre se os titulares do terreno também não teriam o dever de fiscalizar a obra, o próprio autor explica que, se a obra for paralisada por mais de 30 dias ou houver retardamento excessivo, podem os condôminos promover a destituição do incorporador (conforme estabelecido no art. 43¹⁴ da Lei 4591/64).

¹⁰ PEREIRA. **Propriedade horizontal**. São Paulo: Forense, 1961. p.151.

¹¹ PEREIRA. 2001. p.249.

¹² PEREIRA. 2006. p.148.

¹³ PEREIRA. 2001. p.257.

¹⁴ 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:

I - informar obrigatoriamente aos adquirentes, por escrito, no mínimo de seis em seis meses, o estado da obra;

II - responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras, cabendo-lhe ação regressiva contra o construtor, se for o caso e se a este couber a culpa;

III - em caso de falência do incorporador, pessoa física ou jurídica, e não ser possível à maioria prosseguir na construção das edificações, os subscritores ou candidatos à aquisição de unidades serão credores privilegiados pelas quantias

No caso de falha na execução da obra, haverá prejuízo para todos aqueles que ingressaram no negócio, seja como proprietário do terreno, seja como adquirente da fração ideal correspondente à futura unidade autônoma.

Já na segunda hipótese, qual seja, se o adquirente comprou do incorporador, desconhecendo a figura do proprietário, pensamos que não pode haver equiparação do proprietário ao incorporador, pelas razões que serão expostas a seguir.

Em primeiro lugar, sabemos que o incorporador deve promover a construção do edifício (ainda que não seja o construtor, deverá organizar o trabalho e fiscalizar que o empreendimento seja feito dentro das condições acordadas), isto é, deve assumir a iniciativa pelo empreendimento. O proprietário do terreno, que vai receber em pagamento área construída, não se encarregará de organizar e coordenar os trabalhos, e, ao invés de receber o pagamento em dinheiro, aceitou ser pago mediante área construída.

que houverem pago ao incorporador, respondendo subsidiariamente os bens pessoais deste;

IV - é vedado ao incorporador alterar o projeto, especialmente no que se refere à unidade do adquirente e às partes comuns, modificar as especificações, ou desviar-se do plano da construção, salvo autorização unânime dos interessados ou exigência legal;

V - não poderá modificar as condições de pagamento nem reajustar o preço das unidades, ainda no caso de elevação dos preços dos materiais e da mão-de-obra, salvo se tiver sido expressamente ajustada a faculdade de reajustamento, procedendo-se, então, nas condições estipuladas;

VI - se o incorporador, sem justa causa devidamente comprovada, paralisar as obras por mais de 30 dias, ou retardar-lhes excessivamente o andamento, poderá o Juiz notificá-lo para que no prazo mínimo de 30 dias as reinicie ou torne a dar-lhes o andamento normal. Desatendida a notificação, poderá o incorporador ser destituído pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal que couber, sujeito à cobrança executiva das importâncias comprovadamente devidas, facultando-se aos interessados prosseguir na obra.

VII - em caso de insolvência do incorporador que tiver optado pelo regime da afetação e não sendo possível à maioria prosseguir na construção, a assembleia geral poderá, pelo voto de 2/3 (dois terços) dos adquirentes, deliberar pela venda do terreno, das acessões e demais bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação, mediante leilão ou outra forma que estabelecer, distribuindo entre si, na proporção dos recursos que comprovadamente tiverem aportado, o resultado líquido da venda, depois de pagas as dívidas do patrimônio de afetação e deduzido e entregue ao proprietário do terreno a quantia que lhe couber, nos termos do art. 40; não se obtendo, na venda, a reposição dos aportes efetivados pelos adquirentes, reajustada na forma da lei e de acordo com os critérios do contrato celebrado com o incorporador, os adquirentes serão credores privilegiados pelos valores da diferença não re-embolsada, respondendo subsidiariamente os bens pessoais do incorporador.

É certo que o proprietário deve escolher bem quem irá incorporar sobre o terreno e fiscalizar o andamento das obrigações assumidas, mas ele não tem como prever se, eventualmente, a empresa falir.

Uma medida para preservar a segurança da incorporação, está prevista na LCI, a partir do art. 31- A, que faculta ao incorporador a utilização do patrimônio de afetação. Referido artigo estabelece:

Art. 31- A - A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

A seguir, o art. 31 – B que dispõe:

Considera-se constituído o patrimônio de afetação mediante averbação, a qualquer tempo, no Registro de Imóveis, de termo firmado pelo incorporador e, quando for o caso, também pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno.

O pagamento em área construída, sem dúvida, viabiliza diversos empreendimentos, que não seriam realizados caso o pagamento tivesse de ser em dinheiro, pois o lucro do incorporador seria bem menor. Assim, é preocupante a alegação de que o proprietário seria responsável mesmo no caso de não ter alienado diretamente aos adquirentes (segunda hipótese levantada), equiparando-se ao incorporador, pois essa posição, se dominante, poderá inibir os incorporadores e mesmo os proprietários de terreno a efetuarem esse tipo de negociação.

Nesse sentido, a decisão que segue:

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA - Aquisição do terreno com pagamento em unidades autônomas a serem construídas - Frustração do empreendimento, com resolução do contrato de alienação do terreno e consolidação da propriedade em nome do alienante. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - Nulidade dos contratos, por ausência de registro da incorporação - Dever de restituição da totalidade das parcelas pagas e indenização por dano moral - Proprietário do terreno que o permutou mediante entrega de unidades futuras que não se equipara ao incorporador, de modo que não é devedor solidário da totalidade da indenização. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA - Aplicação do disposto

no artigo 40 da L. 4.591/64 - Obrigação do proprietário do terreno, que o recebeu de volta acrescido de acessão parcialmente construída, de pagar aos ex-titulares dos direitos de aquisição o valor da construção, que se subordina à possibilidade de se identificar a construção já feita com os pagamentos? No caso concreto, dos dezesseis blocos de apartamentos prometidos, há apenas o esqueleto de um deles - Impossibilidade de se afirmar que o bloco conteria as unidades a serem entregues aos autores - Ausência na lide dos demais adquirentes, que também teriam direito em tese à percepção de parte da indenização - Acessão abandonada de pequeno valor, em vista de seu estado e localização. Recurso improvido." (Apelação Cível TJ/SP nº 498.921.4/6-00).

No entanto, tal entendimento não é unânime, como se vê na decisão a seguir:

Incorporação. Ação visando ao reconhecimento da eficácia de transação havida entre condôminos e a incorporadora, cuja falência veio a ser decretada. Pretensão sucessiva de indenização contra os titulares do imóvel.

Coisa julgada. Rejeitada. Condôminos que devem ser considerados como assistentes litisconsorciais da construtora em anterior ação de reintegração de posse movida pelos titulares do imóvel. Alcance da decisão na lide possessória. Eficácia da transação, todavia, afastada em relação aos titulares do imóvel, que nela não intervieram.

Responsabilidade do titular do imóvel em face do fracasso do empreendimento. Circunstâncias do caso que revelam ter os promitentes vendedores do terreno reservado parte substancial do negócio para si (5 das 22 unidades), o que, já por si, sinalizava para a dificuldade de prosperar o projeto. Responsabilidade na escolha da construtora/ incorporadora. Boa fé objetiva. Quebra da construtora que exigia a conjunção de esforços no sentido da execução do empreendimento. Comportamento dos réus, no entanto, que evidenciou total desconsideração com aqueles que vieram a adquirir as unidades. Dever de fiscalização e controle do acompanhamento do empreendimento.

Código de defesa do consumidor. Equiparação do contrato de incorporação ao contrato de consumo. Imóvel tido como produto. Construção e comercialização que devem ser tidas como atividades inerentes à figura do fornecedor. Necessidade de proteção da economia popular. Indenização. Liquidação por arbitramento. Critérios. Necessidade de restituir, tanto quanto possível, as partes ao *status quo ante*. Equilíbrio entre elas. Limite global do dever de indenizar e baliza individual de cada condômino em seu direito à indenização. (Apelação Cível TJ/RS 70011440666).

Cabe salientar que este caso foge um pouco à regra comum, vez que o proprietário do terreno foi reintegrado na posse deste, em virtude da falência do incorporador. O Des. Arminio José Lima da Rosa, que acompanhou o revisor em seu voto, argumentou que os apelados (proprietários do terreno) inviabilizaram o empreendimento, pois das 22 unidades reservaram-se 5. Disse que, em regra, são inconfundíveis as responsabilidades do proprietário do terreno e do incorporador, mas que, neste caso específico, surge a responsabilidade solidária por ter o proprietário reservado para si 25% da área a ser construída, fazendo que o empreendimento restasse “*fadado ao insucesso já no nascedouro*”.

Ghezzi, ao comentar sobre o descumprimento dos deveres e obrigações do incorporador, salienta que, via de regra, “a incorporação se extingue pela sua execução, pelo distrato, pela impossibilidade decorrente de força maior ou caso fortuito, pela falência do incorporador ou pela inexecução culposa de uma das partes.”¹⁵ Diante de uma dessas hipóteses podem os adquirentes resolver individualmente os negócios jurídicos firmados com o incorporador ou destituí-lo.

O art. 50 da Lei 4591 e seus parágrafos¹⁶ estabelecem o conceito da comissão de representantes, órgão muito importante, como se verá a seguir. Define que:

Será designada no contrato de construção ou eleita em assembleia geral uma Comissão de Representantes composta de três membros, pelo menos, escolhidos en-

¹⁵ GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.107.

¹⁶ §1º Uma vez eleita a Comissão, cuja constituição se comprovará com a ata da assembleia, devidamente inscrita no Registro de Títulos e Documentos, esta ficará de pleno direito investida dos poderes necessários para exercer todas as atribuições e praticar todos os atos que esta Lei e o contrato de construção lhe deferirem, sem necessidade de instrumento especial outorgado pelos contratantes ou se for caso, pelos que se sub-rogarem nos direitos e obrigações destes.

§ 2º A assembleia geral poderá, pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes, alterar a composição da Comissão de Representantes e revogar qualquer de suas decisões, ressalvados os direitos de terceiros quanto aos efeitos já produzidos.

§ 3º Respeitados os limites constantes desta Lei, o contrato poderá discriminar as atribuições da Comissão e deverá dispor sobre os mandatos de seus membros, sua destituição e a forma de preenchimento das vagas eventuais, sendo lícita a estipulação de que o mandato conferido a qualquer membro, no caso de sub-rogação de seu contrato a terceiros, se tenha por transferido, de pleno direito, ao sub-rogatário, salvo se este não o aceitar.

§ 4º Nas incorporações em que o número de contratantes de unidades for igual ou inferior a 3, a totalidade deles exercerá, em conjunto as atribuições que esta Lei confere à Comissão, aplicando-se, no que couber, o disposto nos parágrafos anteriores.

tre 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”.

Para Francisco Arnaldo Schmidt, a finalidade da criação desta comissão é fiscalizar o andamento da obra e sua execução financeira. Salienta que o construtor e o incorporador devem prestar contas (pela praxe, de 6 em 6 meses) e que há julgados que entendem que, aprovadas as contas pela Comissão e insurgindo-se posteriormente algum condômino, este só poderá ajuizar ação contra os membros da Comissão e não contra o construtor.¹⁷

Pereira critica a previsão de que a Comissão pode ser “eleita em assembleia ou designada no contrato”. Expõe que, se ocorrer a segunda hipótese, pelo fato dos adquirentes ainda não se conhecerem e não terem ainda “sentido de comunidade”, poderá o incorporador fraudar a lei, colocando inclusive pessoas de sua confiança nesta comissão, já que os demais condôminos ainda não os conhecem. No entanto, o art. 50 da Lei veio a beneficiar os adquirentes, que participam das assembleias e se fazem representar por uma Comissão.¹⁸

O art. 49 e seus parágrafos determinam em que hipótese a assembleia dos adquirentes poderá ser convocada: pelo incorporador, construtor ou por um grupo de adquirentes que representem um terço no mínimo dos votos dos contratantes, com antecedência de pelo menos cinco dias.¹⁹

¹⁷ SCHMITD. 2006. p.122.

¹⁸ PEREIRA. 2001. p.311.

¹⁹ 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 assembleia, cujas deliberações, desde que aprovadas por maioria simples dos votos presentes, serão válidas e obrigatórias para todos eles salvo no que afetar ao direito de propriedade previsto na legislação.

§ 1º As assembleias serão convocadas, pelo menos, por 1/3 (um terço) dos votos dos contratantes pelo incorporador ou pelo construtor, com menção expressa do assunto a tratar, sendo admitido comparecimento de procurador bastante.

§ 2º A convocação da assembleia será feita por carta registrada ou protocolo, com antecedência mínima de 5 dias para a primeira convocação, e mais 3 dias para a segunda, podendo ambas as convocações ser feitas no mesmo aviso.

§ 3º A assembleia instalar-se-á, no mínimo, com metade dos contratantes, em primeira convocação, e com qualquer número, em segunda, sendo, porém, obrigatória a presença, em qualquer caso do incorporador ou do construtor, quando convocantes, e pelo menos, com metade dos contratantes que a tenham convocado, se for o caso.

§ 4º Na assembleia, os votos dos contratantes serão proporcionais às respectivas frações ideais de terreno.

Pereira ensina, ainda, que a representação permanece, pelo princípio da continuidade, até o final da construção, quando cessa automaticamente. Afirma que cassará também o poder de representação, além da terminação da obra, a renúncia, revogação (pode a Assembleia revogar a representação) ou morte.

Interessante questão se coloca com relação à tendência jurisprudencial de responsabilizar quem fiscaliza a obra e não simplesmente quem executa. Nesse sentido, a decisão abaixo:

Civil. Responsabilidade do Agente Financeiro pelos defeitos da obra financiada. A obra iniciada mediante financiamento do Sistema Financeiro da Habitação acarreta a solidariedade do agente financeiro pela respectiva solidez e segurança. Recurso especial conhecido, mas improvido. REsp nº 51.169.

1.2 Solidariedade entre o incorporador e o proprietário do terreno

O atual Código Civil traz o conceito de solidariedade no art. 264: “Há solidariedade, quando na mesma obrigação, concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”. Segue, no art. 265, estabelecendo que: “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

Algumas questões devem ser abordadas, antes de entrarmos especificamente no tema. A lei é clara ao definir que a solidariedade terá por origem dispositivo legal ou vontade das partes. Explica Venosa que a obrigação solidária é obrigação unitária, entre o credor e todos os devedores solidários; entre o credor e cada devedor estabelece-se uma relação, mas todas permanecem unidas por meio da “unidade finalística da prestação”. Ressalta duas características deste instituto: a unidade da prestação e a pluralidade e independência do vínculo.²⁰

Em havendo culpa de algum dos devedores, responderá apenas este pelas perdas e danos, nos termos do art. 279 do mesmo diploma pátrio: “Impossibilitando-se a prestação por culpa de um dos devedores solidários, subsiste para todos o encargo de pagar o equivalente; mas pelas perdas e danos só responde o culpado.”

Existente a solidariedade entre o incorporador e o construtor, ambos poderão responder pelos defeitos de construção da obra. Ocorre, por vezes, de o incorporador alegar ser parte ilegítima por não ter feito a construção e o construtor, da mesma forma, alegar sua ilegitimidade por não ter firmado os compromissos de compra e venda com os adquirentes ou com o condomínio.

²⁰ VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito Civil** - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.133.

Ensina Aghiarian que, muitas vezes, não é o incorporador o único a promover o empreendimento, “valendo-se, por contratação, da vontade do dono do terreno onde se lançará a edificação”. Por conseguinte, alerta que:

Vindo deste último a frustração do negócio, estabeleceria, a lei, a obrigação regressiva, em favor do incorporador, imputável ao proprietário pela desistência. Ou seja, em nível de responsabilidade talvez não se visse, no incorporador, a solidariedade que não se presume, senão pelo ato ilícito. Para tanto, em favor dos adquirentes desavisados, verdadeiros terceiros de boa fé, em face das tratativas entre o incorporador e o proprietário do terreno, imputando a lei a solidariedade responsável, limitando-se, entre ambos, a regressão indenizatória.”²¹

Nesse sentido, cita a ementa abaixo:

Direito imobiliário. Incorporação. Responsabilidade solidária do construtor e de quantos hajam atuado para a inexecução da edificação. Além do incorporador, devem responder aos adquirentes, pela inexecução da edificação, o construtor e quem mais atuou para o malogro do empreendimento imobiliário, existindo entre eles solidariedade passiva, não apenas quando presente a hipótese do parágrafo 3º, do artigo 31, da Lei n. 4.591/64, como, notadamente, em razão da regra do artigo 1.518 do Código Civil, aplicável seja na responsabilidade aquiliana como na contratual, em virtude da teoria da culpa unitária, perfilhada pelo direito pátrio. Todavia, existindo perdas e danos, a par da indenização pelo inadimplemento da incorporação, por eles não de arcar apenas aqueles que forem diretamente culpados pelo dano, “ex vi” do artigo 908 do Código Civil. Provisão parcial dos terceiro e quarto apelos.” (DP) (Apeleção Cível TJRJ nº 1992.001.00820, 1992.

O incorporador, ao adquirir o terreno, ajusta a forma de pagamento conforme sua possibilidade e o interesse do vendedor. Pode pagar à vista, parcelado mediante escritura pública de compra e venda e escritura de confissão de dívida, através de dação em pagamento, enfim, de inúmeras formas. Uma delas é o pagamento através da entrega de área construída, por exemplo, de determinado número de apartamentos.

Neste caso, o registro da incorporação é muito importante, porque define a responsabilidade do próprio titular do terreno

²¹ AGHIARIAN. Hércules. **Curso de Direito Imobiliário**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.265.

frente aos adquirentes das unidades, se a incorporação for promovida por construtor ou corretor. Explica Rizzardo que, se o construtor cair em insolvência, ou desistir do empreendimento, “as importâncias que recebeu poderão ser executadas, se não as devolver espontaneamente. O titular do domínio, que permitiu a incorporação sem o preenchimento dos requisitos legais, agiu imprudentemente, daí imputando-se-lhe solidariedade nas obrigações contraídas pela pessoa a quem deu sua autorização para as obras.”²²

Mas a questão aqui proposta diz com relação à solidariedade entre o incorporador e o proprietário do terreno, mesmo quando registrada a incorporação.

Pereira, ao analisar a responsabilidade do incorporador, explica que “tanto é maior a responsabilidade, e tanto mais pessoal é esse risco, quanto é certo que seu negócio de incorporação é lucrativo. Conseqüentemente, há de suportar os ônus do empreendimento, e deve responder civilmente com seus bens [...]. E, sendo mais de um, todos devem estar ligados por vínculo de solidariedade passiva”²³

Para Brito, não existe solidariedade entre o proprietário do terreno dado em permuta por área construída e o incorporador, uma vez que o proprietário assume *status* jurídico de condômino. Com efeito, pela exegese do art.39 da Lei 4591, não é mencionado o proprietário do terreno²⁴.

Nesse sentido, fundamentando que o proprietário do terreno é um condômino e não um incorporador, o julgado abaixo:

Direito civil. Contrato. Permuta. Descumprimento de cláusula contratual. Obra não concluída. Venda das unidades a terceiros de boa-fé. Rescisão do contrato. Reintegração na posse. Deferimento. Art. 40, § 2º, Lei N. 4.591/64. Exegese. Comunicação aos terceiros interessados. Recurso dos autores parcialmente provido. Recurso dos réus não conhecido.

I - Em contrato de permuta, no qual uma das partes entra com o imóvel e outra com a construção, não tendo os proprietários do terreno exercido atos de incorporação - uma vez que não tomaram a iniciativa nem assumiram a responsabilidade da incorporação, não havendo contratado a construção do edifício - não cumprida pela construtora sua parte, deve ser deferida aos proprietários do imóvel a reintegração na posse. II - O deferimento, no entanto, fica condicionado às exigências do § 2º do art. 40 da Lei das Incorporações, Lei

²² PEREIRA. 1961. p.164.

²³ PEREIRA. 1961. p.164.

²⁴ BRITO. Rodrigo Azevedo Toscano de. **Incorporação Imobiliária à luz do CDC**. São Paulo: Saraiva, 2002.p.342.

nº 4.591/64, para inclusive resguardar os interesses de eventuais terceiros interessados. III - Os terceiros deverão ser comunicados do decidido, podendo essa comunicação ser feita extrajudicialmente, em cartório." (STJ, REsp 489281/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 03/06/2003).

Ainda com relação à inoccorrência de litisconsórcio entre incorporador e proprietário do terreno:

LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. Inoccorrência - Ação de revisão de compromisso de venda e compra de unidade autônoma - Ação movida contra a incorporadora/construtora e em face também dos proprietários da área, que prometeram permutar parte ideal do terreno por unidades - Inexistência de litisconsórcio passivo necessário - Inteligência do art. 47 do CPC - Exclusão dos proprietários determinada pelo Juízo - Decisão mantida - Recurso desprovido. (TJSP, proc. nº 2704534700, 10/01/2003).

No entanto, se o proprietário do terreno vender diretamente as unidades para os adquirentes, será equiparado ao incorporador, como se vê na ementa abaixo colacionada:

Incorporação. Ação visando o cumprimento de promessa de compra e venda ou a resolução do contrato com a restituição do preço. Unidade prometida vender à autora, mas escriturada diretamente pelo proprietário do terreno a terceiro, indicado pelo incorporador. Pretendida responsabilidade do dono do terreno, sob o fundamento de haver agido na condição de incorporador. Sentença de procedência, afirmando a responsabilidade solidária do réu pela incorporação, porque emitida a licença para construção em seu nome e não levada a registro a escritura de permuta. Apelação desprovida. Voto vencido. Conquanto não tenha participado da construção do edifício, o dono do terreno pode ser considerado incorporador se a venda das unidades realizou-se diretamente dele para os adquirentes, não tendo havido o prévio e regular registro da incorporação. Incidência da primeira parte do art. 29 da Lei 4591/64. Responsabilidade de indenizar o adquirente que não recebeu unidade prometida e quitada. Sentença mantida. Apelo desprovido, por maioria, vencido o relator, que dava provimento." (Apelação Cível n. 198079303, 18ª Câmara Cível do TJRS, j. 10/08/2000)

Já na segunda hipótese levantada, o proprietário não seria solidário, pois a inexecução ocorreu não por sua culpa e sim do incorporador.

Embargos infringentes. Condomínio. Incorporação. Quebra da construtora. Pedido de indenização subsidiária interposta contra os proprietários do terreno. Desacolhimento.

Não há como imputar a responsabilidade aos proprietários do terreno pela não-concretização do empreendimento, pois não restou evidenciado qualquer relação jurídica entre estes e os promitentes-compradores das unidades habitacionais. Embargos infringentes acolhidos por maioria" (Embargos Infringentes n. 70013740527, 12º Grupo Cível, Rel. Des. José Francisco Pellegrini, j. 26.05.2006.)

Argumento no sentido contrário é o de que o proprietário tem o dever de bem escolher o incorporador e, não o fazendo, tem culpa *in eligendo*, que será abordada adiante. Portanto, há posicionamento nos dois sentidos, da existência e da inexistência da solidariedade.

2 Caracterização da responsabilidade civil do proprietário do terreno

Vimos que o proprietário do terreno pode ser responsabilizado, restando verificar se sua responsabilidade é objetiva ou subjetiva. A tendência, havendo equiparação, é de que a responsabilidade seja igual à do incorporador (objetiva).

Se o proprietário for equiparado ao incorporador, conforme a primeira hipótese levantada anteriormente, entendemos que sua responsabilidade poderá ser objetiva ou subjetiva.

Contudo, se o proprietário não for equiparado, entendemos não haver responsabilidade.

2.1 Formas de responsabilidade civil

Nosso ordenamento jurídico contempla dois tipos de responsabilidade civil: objetiva e extracontratual, subjetiva ou aquiliana.

A responsabilidade objetiva está prevista no *caput* e parágrafo único do art. 927 do Código Civil, que estabelece:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Da leitura desse dispositivo, especialmente do parágrafo único, depreende-se que surge o direito de indenizar independente

da existência de culpa, bastando a existência do nexo causal entre o dano e o agente que praticou o ato. É nesse contexto que se fala da teoria do risco.

Já a responsabilidade civil subjetiva funda-se no elemento culpa e tem por pressupostos: ação ou omissão, culpa ou dolo, dano e relação entre a conduta lesiva e a lesão. O agente causador do dano só terá de indenizar se tiver agido com culpa.²⁵

Cambler explica que “a culpa é contratual quando resulta na falta de diligência no cumprimento das obrigações convencionadas; é aquiliana quando, correspondendo ao ato ilícito, consiste na violação do dever universal de respeitar o direito alheio”. Ensina referido autor que existem diversas modalidades de culpa, entre as quais a culpa *in eligendo*, “consistente na má escolha da pessoa a quem se confia a prática de um ato” e a culpa *in vigilando* “quando ocorre a falta da atenção necessária no desempenho de um dever.”²⁶

Quanto ao ônus da prova, na responsabilidade contratual, incumbe ao devedor provar que não agiu com culpa; já na aquiliana, como regra geral, cabe à vítima provar a culpa do causador do dano.²⁷

Necessário saber qual o tipo de obrigação assumida, para verificação de qual o tipo de responsabilidade resultante. A obrigação pode ser de resultado, quando é preciso verificar se o resultado foi alcançado para, só assim, a obrigação ser tida como cumprida; de meio, quando é necessário verificar se o devedor empregou boa diligência no cumprimento da obrigação; ou ainda de garantia, cujo conteúdo é “eliminar um risco que pesa sobre o credor.”²⁸

Ensina Bottega que, na obrigação de meio, teremos a responsabilidade civil subjetiva; na de resultado, também será subjetiva “pois embora a culpa pela não obtenção do resultado seja presumida, essa presunção é *iures tantum* (admite prova em contrário); já as obrigações de garantia resultam na responsabilidade civil objetiva.”²⁹

Para entendermos a responsabilidade civil do incorporador, devemos analisar qual o tipo de obrigação por ele assumida. Opor-

²⁵ ARALDI, Udelson Josue. Responsabilidade Civil Objetiva: Alcance do Disposto no Parágrafo Único do art. 927 do Novo Código Civil *In: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, ano VIII, nº 47, maio-jun. 2007, Porto Alegre, Síntese. p.23.

²⁶ CAMBLER. Everaldo Augusto. **Incorporação Imobiliária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p.81.

²⁷ VENOSA. 2004, p.491

²⁸ CAMBLER. 1993. p.81.

²⁹ BOTTEGA, Jéverson Luis. **Incorporação imobiliária e a responsabilidade civil do incorporador**. Porto Alegre: Norton Editor, 2005. p.72.

tuno, assim, expor a teoria do risco, que segundo Cavaliere Filho, é assim descrita: “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano.”³⁰

Bottega explica que a atividade de incorporação está sob a égide da teoria do risco e classifica as obrigações do incorporador em três fases distintas: pré-contratual, contratual e pós-contratual.³¹ Segue ensinando que, ainda que a obrigação seja de meio, haverá responsabilidade objetiva, isso porque, independentemente da obrigação do incorporador, em razão do risco da atividade, sua responsabilidade é objetiva.

As obrigações do incorporador são claras na Lei 4591: ele assume a obrigação de fazer e assim “é responsável por qualquer espécie de dano que possa resultar da inexecução ou da má execução do contrato de incorporação,”³² pois ao exercer sua atividade assume o risco por eventuais danos que os adquirentes venham a sofrer.

Quanto à responsabilidade subjetiva, pode estar caracterizada pela escolha inadequada do construtor/incorporador, o que remeteria à culpa *in eligendo*, e à culpa *in vigilando*, já referidas acima.

2.2 Aplicabilidade do CDC

À época do Código Civil de 1916, poder-se-ia dizer que o patrimônio encontrava-se no centro das relações de direito privado. No entanto, com a promulgação da Carta de 1988, houve a proliferação dos chamados microsistemas³³ – ao que Facchini Neto chama de “a era dos estatutos”.

Em consequência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada.³⁴

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.155.

³¹ BOTTEGA. 2005. p.79.

³² CAVALIERI FILHO. 2005. p.379.

³³ Como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Locações.

³⁴ TEPEDINO, Maria Celina B.M. A Caminho de um direito civil constitucional. *In*: **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n.65, 1998. p.28.

Por essa razão, fala-se em re-personalização, ou como Perlingieri sugere, “despatrimonialização” do Direito Civil. Seja qual for a expressão utilizada, a ideia é a de que, anteriormente, no centro do ordenamento jurídico, encontrava-se o patrimônio, visto sob uma ótica extremamente civilista, sobrepondo-se muitas vezes o interesse individual sobre o da coletividade. Depois da Constituição de 1988, percebeu-se uma mudança, sendo agora a dignidade da pessoa humana o valor fundamental vigente.

É nesse contexto que surge o código de defesa do consumidor. A Constituição Federal de 1988, no inciso XXXII do art. 5º, e V do art.170, bem como o art.48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabeleceu que o Estado deveria promover a defesa do consumidor.

Ghezzi entende que a Lei 4591/64 também constitui um microsistema normativo, embora bem anterior ao CDC e demais legislações específicas.³⁵

Cavaliere Filho ensina que o CDC é aplicável tanto na fase pré-contratual, quando disciplina a oferta e a publicidade feita pelo incorporador, como na fase contratual, ao vedar a prática de cláusulas abusivas.³⁶

Ensina Chalub que a incidência do CDC aos contratos de incorporação não derroga o regime jurídico próprio desse contrato, contido na Lei das Incorporações.³⁷ Nesse sentido, Theodoro Júnior refere que, em primeiro lugar, aplica-se a Lei 4591 e, complementarmente, as regras gerais do direito, entre as quais se encontram o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Referido autor lembra que a Lei de Incorporações foi editada com os mesmos princípios do CDC, “quais sejam a proteção ao adquirente de unidades de edificação coletiva, reconhecidamente frágil na negociação com o incorporador, e as notórias preocupações com a boa-fé e o equilíbrio econômico das prestações.”³⁸

Nesse sentido, jurisprudência pacificada:

Incorporação. Resolução do contrato. Restituição. Lei 4.591/64. Código de Defesa do Consumidor. 1. O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/64), mas sobre ele

³⁵ GHEZZI. 2007. p.37.

³⁶ CAVALIERI FILHO. 2005. p.381.

³⁷ O Contrato de Incorporação Imobiliária sob a Perspectiva do Código de Defesa do Consumidor *In: Revista de Direito Imobiliário*, RT, ano 24, n. 50, jan./jun. 2001. p.125.

³⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Incorporação Imobiliária - Atualidade do regime jurídico instituído pela Lei 4591/ 1964 *In: Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 376, nov./dez.2004. p.81 e 88.

também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva. 2. A abusividade da cláusula de decaimento, com previsão de perda das parcelas pagas em favor do vendedor, pode ser reconhecida tanto na ação proposta pelo vendedor (art. 53 do CODECON) como na de iniciativa do comprador, porque a restituição é inerente a resolução do contrato e meio de evitar o enriquecimento injustificado. 3. Porém, não viola a lei o acórdão que examina fatos e contratos a luz do CODECON e nega a extinção do contrato de incorporação, afastando a aplicação da teoria da imprevisão e a alegação de culpa da empresa vendedora. mantido o contrato, não ha. cuidar da devolução das prestações pagas. Recurso não conhecido (súmulas 5 e 7)." (STJ, REsp 80036/SP, Rel. Ruy Rosado de Aguiar, 12/02/1996).

Chalub apresenta, como pressuposto do CDC, a vulnerabilidade do consumidor nas relações contratuais de consumo e, como princípios, o da boa-fé (consagrado no inc. III do art.4º e no inc. IV do art.51 do CDC) e o equilíbrio (também consagrado no art.4º, III, do CDC). Explica que no CDC está presente a relativização da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*.³⁹

Fica claro que as normas previstas pelo CDC incidirão sempre que houver uma relação jurídica de consumo, isto é, de um lado o fornecedor e do outro o consumidor.

Ghezzi ensina que, para explicar o conceito de consumidor, existem duas teorias: a maximalista e a finalista. A primeira entende que a expressão "destinatário final" contida no CDC refere-se ao "destinatário fático." Isto é, "as regras podem ser aplicadas a todas as pessoas, físicas e jurídicas, inclusive profissionais". Já os adeptos da segunda teoria sustentam que a destinação do produto ou do serviço deve ser ao seu uso privado. Ao citar Marques, o autor refere que "é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda."

Outro aspecto presente nas relações de consumo é a vulnerabilidade do adquirente/consumidor. Esclarece Ghezzi que esta vulnerabilidade será presumida quando o adquirente for pessoa física e deverá ser provada quando for pessoa jurídica.

O mesmo autor segue o raciocínio explicando que fornecedor pode ser o fornecedor ou produtor real, o fornecedor ou produtor aparente e o fornecedor ou produtor presumido. O primeiro é o

³⁹ CHALUB, Melhim Namem. O Contrato de Incorporação Imobiliária sob a Perspectiva do Código de Defesa do Consumidor *In: Revista de Direito Imobiliário*, RT, ano 24, n. 50, jan./jun. 2001. p.117.

que participa do processo de fabricação do produto acabado (art.12 do CDC). O segundo é o que coloca seu nome no produto, a sua marca. (O autor explica que o CDC não se refere a este tipo de fornecedor). E o terceiro “é aquele que importa o produto ou que o vende sem identificar de forma clara quem é o seu verdadeiro fabricante” (art. 13 CDC). O incorporador será enquadrado dependendo do caso, nas hipóteses acima mencionadas.

A responsabilidade civil do fornecedor é objetiva, mas o CDC ressalvou algumas causas de exclusão da responsabilidade, como a inexistência do defeito do produto ou serviço (art.12, §3º, II e art.14, §3º, II) e ainda a não colocação do produto no mercado (art.12, §30, I), hipóteses em que o ônus da prova é do responsável legal.⁴⁰

Ghezzi ensina que se o incorporador for responsável pela construção, será caracterizado como comerciante e construtor; se, no entanto, não for construtor, será enquadrado apenas como comerciante.⁴¹

O art. 2º, *caput*, do CDC conceitua o consumidor, como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Para Brito, se o adquirente compra o imóvel para uso próprio, ou para terceiros (exemplo, filhos), desde que seja o “destinatário final fático da unidade”, será enquadrado como consumidor. No entanto, se comprar para revenda, não estando no “término da cadeia de consumo” não será consumidor nos termos do CDC.⁴² Deve também ser o consumidor, adquirente da futura unidade autônoma, parte vulnerável na relação.

O art. 3º do CDC estabelece que “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, [...], construção [...] ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Ainda, no §1º, “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Para Brito, o incorporador será fornecedor quando exercer, de forma organizada, a atividade contida no art.29 da Lei 4591 e explica “vale dizer, será fornecedor, aquele incorporador que realiza a incorporação de maneira profissional. Diz-se isso para que fique claro que a pessoa que transfere a propriedade imobiliária, eventualmente, à outra, não pode ser considerada fornecedora.”⁴³

⁴⁰ MARTINS, Plínio Lacerda. *apud* STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**. 4.ed. São Paulo: RT, 1999. p.251.

⁴¹ GHEZZI. 2007. p.130.

⁴² BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. Cláusulas Abusivas nos Contratos de Incorporação Imobiliária e o Código de Defesa do Consumidor *In: Revista de Direito Imobiliário*, RT, ano 23, n. 49, jul./dez. 2000. p.84.

⁴³ BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. 2000. p.84.

Sobre este tema, Bottega esclarece que “é necessário, antes de tudo, ver se a atividade de incorporação imobiliária enquadra-se nas características necessárias para ser considerada uma relação de consumo”.⁴⁴

Quanto ao incorporador, explica o autor, facilmente conseguimos enquadrá-lo como fornecedor “na medida em que, como gestor da atividade de incorporação imobiliária, desenvolve atividade de criação, construção e comercialização de produto imóvel ou presta um serviço fornecido no mercado de consumo mediante remuneração.”⁴⁵ Já quanto ao enquadramento do adquirente como consumidor, há discussão, porque muitas vezes esse adquirente não vai ser o consumidor final, por exemplo “o adquirente que compra uma unidade autônoma com o objetivo de fazer dela o seu local de trabalho”. Para o autor, ao abordar a discussão existente, “quem adquire unidade autônoma com essas finalidades estaria utilizando-a para fazer dela uma atividade de comércio, não merecendo ser tratado como consumidor.”⁴⁶

A Lei 8078/90, no art. 3º, §§1º e 2º, estabelece que “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial; serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Sobre esta questão Ghezzi ensina que, para sabermos se a relação jurídica envolve um produto ou um serviço, devemos examinar o “elemento nuclear do vínculo obrigacional”, de forma que se for um produto, a obrigação será de dar e se for um serviço, a obrigação será de fazer. Ensina que:

a incorporação imobiliária tem como objeto a venda de frações ideais de terrenos que ficam vinculadas a unidades autônomas em construção ou que serão futuramente construídas, o que significa dizer que elas têm por objeto bens imóveis. E, cada caso, a correta distinção entre as figuras jurídicas do produto e do serviço, assim como a circunstância de o incorporador ser ou não, também, o construtor do empreendimento, poderão ter consequências diversas no que tange à responsabilidade do fornecedor.⁴⁷

Brito entende que a relação entre o proprietário do terreno dado em permuta por área construída e o incorporador é de con-

⁴⁴ BOTTEGA, Jéverson Luis. **Incorporação imobiliária e a responsabilidade civil do incorporador**. Porto Alegre: Norton Editor, 2005. p.102.

⁴⁵ BOTTEGA. 2005. p.103.

⁴⁶ BOTTEGA. 2005. p.104.

⁴⁷ GHEZZI. 2007. p.144.

sumo. Salaria que, ainda que o proprietário do terreno esteja permutando o bem com o propósito de investimento, será considerada a relação como de consumo, pois o destinatário final será o próprio, "até que um dia resolva vender a unidade autônoma para outra pessoa. Isso porque não se pode determinar quando venderá a unidade ou se venderá, podendo destiná-las, se forem várias, a moradia dos filhos, por exemplo."⁴⁸

Cavaliere Filho ensina que o incorporador/construtor é um fornecedor de produtos ou serviços à luz dos conceitos claros e objetivos constantes do art.3º do CDC; quando ele vende, assume "obrigação de dar" coisa certa, "e sendo essa obrigação assumida com alguém que se posiciona no último elo do ciclo produtivo, alguém que adquire essa unidade imobiliária como destinatário final, para fazer dela a sua moradia e da sua família, está formada a relação de consumo que torna impositiva a aplicação do Código de Defesa do Consumidor."⁴⁹

Diante dessas considerações, entendemos ser aplicável o CDC nas incorporações imobiliárias. De fato, quando o proprietário do terreno for equiparado ao incorporador, sobre ele será aplicável o CDC e assim será responsabilizado de forma objetiva. Já em sendo o proprietário pessoa que se reserva área a ser construída, não praticando os atos de incorporador, não terá aplicabilidade o CDC a ele enquanto fornecedor, mas será aplicável se, por razões adversas, demandar por ser consumidor.

Conclusão

Após toda a análise realizada neste estudo, podemos apontar algumas conclusões.

Não importa a que título foi firmado o negócio jurídico (seja permuta por área construída, compra e venda, cessão de direitos, etc), todos os que ingressam como futuros adquirentes passam a ser condôminos, tendo assim as mesmas responsabilidades;

Os proprietários do terreno, que trocam seus imóveis por unidades a serem construídas, estão entrando, de boa-fé, numa negociação que é de risco, contratando uma empresa que, aparentemente, é séria e lhes dá garantias de que a obra será executada. Se, por acaso, a empresa vai à falência, ou não executa a obra, os proprietários do terreno, sem dúvida, são prejudicados;

⁴⁸ BRITO. 2002. p.343.

⁴⁹ CAVALIERI FILHO. A Responsabilidade do Incorporador/ Construtor no Código de Defesa do Consumidor *In: Revista da Ajuris*- Edição Especial. mar. 1998, vol. II, p.430.

No entanto, se o proprietário do terreno é equiparado ao incorporador, pode vir a ser responsabilizado perante os demais adquirentes;

É aplicável às incorporações imobiliárias o CDC que, ao conceituar quem pode ser o fornecedor, o consumidor e o que vem a ser produto, traz maior segurança aos envolvidos numa incorporação. De fato, o CDC veio a equiparar, de forma indireta, o contrato de incorporação ao contrato de consumo, ao classificar o imóvel como *produto* e incluir a construção e comercialização de produtos entre as atividades que caracterizam a figura do fornecedor.

Embora não pacificado o entendimento pela jurisprudência, tampouco pela doutrina, sobre a responsabilidade do proprietário do terreno, a temática deve ser amplamente debatida, já que a tendência de mercado demonstra que negócios como os expostos neste estudo são cada vez mais frequentes. Da mesma forma, serve este estudo para alertar os proprietários de terrenos de sua responsabilidade ao escolher uma empresa para atuar como incorporadora / construtora, tendo em vista a *culpa in eligendo* e o dever de fiscalizar a obra.

Nesse sentido, com relação à fiscalização da obra, salienta-se também aos demais adquirentes em uma negociação com pagamento em área construída, que também têm o dever e o direito de fiscalizar a obra e acompanhar as atividades da Comissão de Representantes.

Schmidt sugere uma forma para evitar possível litígio, dizendo que:

devem os proprietários de terrenos, que normalmente são pessoas interessadas apenas em negociá-los com terceiros para que promovam a incorporação, tomar o cuidado de fazer constar dos respectivos contratos cláusula esclarecendo a quem incumbem os direitos e obrigações inerentes à figura do incorporador e exigir que o contrato seja registrado no Ofício de Imóveis competente, antes que o incorporador ou o construtor encaminhem à aprovação o projeto arquitetônico do empreendimento.⁵⁰

Também para se precaver de eventual quebra do incorporador, Brito sugere que pode o proprietário do terreno pedir garantia hipotecária sobre outro imóvel de propriedade do incorporador, e assim, se for o caso, poderá executá-lo.⁵¹

As leis e os contratos visam dar segurança aos negócios firmados. Na falta de clareza da lei, ao não estabelecer quando o permutante do terreno será responsabilizado, parece uma boa sa-

⁵⁰ SCHMITD. 2006. p.31.

⁵¹ BRITO. 2002. p.344.

ida a inserção de cláusula no contrato, estabelecendo claramente quem é o incorporador, o que se entende pela efetivação da incorporação, entre outros conceitos gerais trazidos pela Lei.

O permutante do terreno pode ter responsabilidade objetiva e subjetiva, dependendo do caso. Sua responsabilidade será objetiva quando equiparado ao incorporador, hipótese em que deverá responder também pelas obrigações assumidas na qualidade deste, como de segurança da obra, por exemplo. Nesse sentido, se equiparado ao incorporador, estaria sendo comparado ao fornecedor, conforme conceitos trazidos pelo CDC.

Quando o permutante do terreno não vender nem prometer vender as unidades antes da conclusão da obra (segunda hipótese levantada nesse estudo), não poderá ser equiparado ao incorporador, não lhe sendo atribuída responsabilidade.

Referências

AGHIARIAN, Hércules. **Curso de Direito Imobiliário**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ARALDI, Udelson Josué. Responsabilidade Civil Objetiva: Alcance do Disposto no Parágrafo Único do art. 927 do Novo Código Civil, *In: Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, ano VIII, nº 47, maio-jun. 2007, Porto Alegre, Síntese.

BOTTEGA, Jéverson Luis. **Incorporação imobiliária e a responsabilidade de civil do incorporador**. Porto Alegre: Norton Editor, 2005.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. **Incorporação Imobiliária à luz do CDC**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Cláusulas Abusivas nos Contratos de Incorporação Imobiliária e o Código de Defesa do Consumidor *In: Revista de Direito Imobiliário*, RT, ano 23, n. 49, jul. dez. 2000, p.84.

CAMBLER, Everaldo Augusto. **Incorporação Imobiliária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

CAVALIERI FILHO, Sergio. A Responsabilidade do Incorporador/Construtor no Código de Defesa do Consumidor *In: Revista da Ajuris* - edição especial março 1998, vol. II, POA.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CHALUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 2.ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. O Contrato de Incorporação Imobiliária sob a Perspectiva do Código de Defesa do Consumidor *In: Revista de Direito Imobiliário*, RT, ano 24, n. 50, jan. jun. 2001.

GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Plínio Lacerda *apud* STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**. 4.ed. São Paulo: RT, 1999.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. v. XII.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Incorporações Imobiliárias**. 2.ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2006.

_____. **Condomínio e Incorporação**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Propriedade horizontal. São Paulo: Forense, 1961.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**: Lei nº 10.406, de 10/01/2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SCHMIDT, Francisco Arnaldo. **Incorporação Imobiliária**. 2.ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2006.

TEPEDINO, Maria Celina B.M. A Caminho de um direito civil constitucional. *In*: **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n.65, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Incorporação Imobiliária - Atualidade do regime jurídico instituído pela Lei 4591/1964. *In* **Revista Forense**, v. 376, nov. dez. 2004, Rio de Janeiro.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004.