

JUSTIÇA & CIDADANIA[®]

Edição 150 • Fevereiro 2013



Teori Zavascki | Ministro do STF

COMPROMISSO COM A JUSTIÇA

Editorial: "Juris Esperniandi" contra o Supremo Tribunal Federal

Incorporações imobiliárias e responsabilidade civil

Otávio de Abreu Portes - Desembargador do TJMG

Rubens Augusto Soares Carvalho - Assessor Judiciário no TJMG

Alguns conceitos de definições básicas

As incorporações imobiliárias são disciplinadas em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 4.591/64, incumbindo-se o artigo 28, parágrafo único da citada norma em defini-las nos seguintes termos:

(...) 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 pode envolver a participação de até três sujeitos distintos: o *adquirente* da fração ideal que futuramente converter-se-á em unidade imobiliária autônoma, o *incorporador*, e eventualmente um *construtor* contratado para a execução da obra. Vale dizer, há casos em que há fusão entre as figuras do incorporador e do construtor, aglutinando-se estes dois papéis num único só.

Com efeito, a definição legal do incorporador está descrita no artigo 29 da Lei nº 4.591/64, donde de se infere que:

Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromissou ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, (VETADO) 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.

Desse modo, o incorporador aliena frações ideais de terreno aos adquirentes, frações estas vinculadas a unidades imobiliárias autônomas a serem construídas, ou em construção, obrigando-se à sua conclusão e entrega no prazo acertado aos compradores.

Regimes de construção das unidades imobiliárias

Nos termos do artigo 48 da Lei nº 4.591/64, a construção das unidades autônomas, objeto da incorporação, pode ocorrer basicamente de duas maneiras: por empreitada ou por administração.

No regime de empreitada – artigo 55 da Lei, a alienação da fração ideal pode ser feita por preço fixo ou reajustável segundo índices previamente determinados no contrato. Como é de se supor, no primeiro caso, o preço da construção será irajustável, independentemente das variações que sofrer o custo efetivo das obras e quaisquer que sejam suas causas.

Já na empreitada a preço reajustável, o valor fixado no contrato será reajustado na forma e nas épocas nele expressamente previstas, em função da variação dos índices adotados, também previstos obrigatoriamente no instrumento.

De outro lado, no regime de construção por administração ou “preço de custo”, disciplinada pelo



Desembargador Otávio de Abreu Portes e Rubens Augusto Soares Carvalho, assessor judiciário

artigo 58 da Lei nº 4.591/64, é de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento do custo integral de obra.

Explica Francisco Maia Neto, engenheiro e advogado, em artigo publicado no jornal Estado de Minas, coluna “Mercado Imobiliário”:

O regime de construção denominado preço de custo, ou por administração, é aquele que os compradores irão arcar com a totalidade das despesas alocadas no empreendimento, na proporção das frações ideais do terreno correspondente às respectivas unidades autônomas. Nesta hipótese, o vendedor se obriga à construção do imóvel segundo os critérios ditados pelos compradores, através de uma Comissão de Representantes, que é o órgão fiscalizador da incorporação e que cumpre o papel de intermediária entre os condôminos e o construtor-incorporador. (in <http://www.precisao.eng.br/fmnresp/regime.htm>. Acesso: 03/12/2012.)

Ou seja, nessa modalidade de incorporação imobiliária, o incorporador é responsável unicamente pela execução da obra, em conformidade com as deliberações dos condôminos/adquirentes e de acordo com os aportes econômicos realizados por estes.

Responsabilidade civil

A responsabilidade do construtor decorre de uma relação jurídica de empreitada, ou seja, onde uma das partes, o empreiteiro, se obriga a realizar uma obra por

intermédio de terceiros ou pessoalmente, recebendo uma remuneração que é fornecida pelo proprietário da obra.

Destarte, a obrigação daí decorrente é de resultado, pelo que lhe incumbe executar a obra tal como planejada, devendo garantir sua solidez, segurança e durabilidade, nos termos do artigo 628 do Código Civil de 2002:

Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.

Nesse sentido a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

A responsabilidade do construtor é de resultado, como já assinalado, porque se obriga pela boa execução da obra, de modo a garantir sua solidez e capacidade para atender ao objetivo para qual foi encomendada. Defeitos na obra, aparentes ou ocultos que importem sua ruína total ou parcial, configuram violação do dever de segurança do construtor, verdadeira obrigação de garantias (ele é o garante da obra), ensejando-lhe o dever de indenizar independentemente de culpa. Essa responsabilidade só poderá ser afastada se o construtor provar que os danos resultaram de uma causa estranha – força maior,

fato exclusivo da vítima ou de terceiro, não tendo aqui, relevância o fortuito interno.

O incorporador, ao seu turno, também responde integralmente pelo empreendimento. Apesar de a responsabilidade pela construção ser do construtor, o incorporador responde solidariamente por todos os prejuízos causados aos adquirentes como decorrência do contrato, submetendo-se ambos às normas de proteção do consumidor, ressalvado direito regressivo contra o causador direto do dano.

Desse modo, a impontualidade na entrega da unidade compromissada ao adquirente também é suscetível de atrair a responsabilidade do incorporador/construtor, caso o atraso decorra como consequência de fato a ele imputável. Nada obstante, em se tratando de incorporação por administração ou “preço de custo”, alhures esmiuçada, tal pode ser elidida em caso de inadimplência dos adquirentes das unidades, vez que, como explicitado, o cumprimento dos prazos e do cronograma, neste caso, está diretamente condicionada ao montante de recursos disponibilizados pelos compradores.

Nesse sentido, confira-se o aresto abaixo, de minha lavra, recentemente julgado à unanimidade pela 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E LEGISLAÇÃO ESPECIAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. ATRASO NA ENTREGA DE OBRA. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA CONTRATADA PELO REGIME DE ADMINISTRAÇÃO OU DE ‘PREÇO DE CUSTO’. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DELIBERADA PELOS PRÓPRIOS CONDÔMINOS. ALTERAÇÃO DO CRONOGRAMA DA OBRA. IMPONTUALIDADE DO ADQUIRENTE. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE DO CONSTRUTOR. INEXISTÊNCIA. 1. Pertinente à legitimidade ad causam ou qualidade para agir, diz-se que no pólo ativo deve figurar aquele sujeito que, ao menos em princípio, titularize o direito subjetivo cuja violação é afirmada. No pólo passivo deve constar a parte violadora desse mesmo direito, e que suportará os efeitos de eventual sentença de procedência do pedido inicial. Em contrato de incorporação imobiliária, a empresa que participou efetivamente de tal negócio jurídico na condição de administradora/construtora responde por eventual descumprimento do avençado, ficando rechaçada a tese da sua ilegitimidade passiva. 2. Nos termos do artigo 58 da Lei nº 4.591/, na modalidade de incorporação imobiliária contratada pelo regime de administração ou por ‘preço de custo’, o construtor/incorporador é responsável unicamente pela execução da obra em conformidade com as deliberações

dos condôminos/adquirentes e de acordo com os aportes econômicos realizados por estes. Logo, para se aferir a responsabilidade do executor, há de se investigar se o atraso na entrega decorreu de circunstâncias criadas por ela próprio ou como cumprimento das deliberações tomadas pelos condôminos/adquirentes. 3. Ficando evidenciado que o atraso na conclusão do empreendimento ocorreu em razão de “defasagem do custo da obra, o que afetou o cronograma financeiro, ocasionando a adaptação do cronograma físico”, aliado à impontualidade de alguns dos condôminos, fica rechaçada a responsabilidade do construtor.” (TJMG – Apelação Cível nº 1.0145.10.067064-8/002. Relator: Desembargador Otávio de Abreu Portes. Publicado o dispositivo do acórdão em: 27/11/2012 – destaque inexistente no original).

A execução imperfeita da obra, em desconformidade com o projeto da unidade construída (p.ex., ausência de vagas individuais de garagem, inicialmente prometidas aos adquirentes), também pode representar a responsabilidade do incorporador. O exemplo acima foi colhido em caso concreto onde decidi pela não responsabilização do condomínio formado pelos adquirentes, vez que o contrato é firmado com o incorporador, razão pela qual somente este poderia em tese descumpri-lo, o que de fato ocorreu, no caso, com relação às citadas vagas. Ou seja, o condomínio não foi responsável pela falha técnica do projeto, sendo impertinente e impensável a penalização dos condôminos, aí incluídos os próprios autores, por tal defeito.

Confira-se a ementa do julgado a que se faz referência: EMENTA: DIREITO CIVIL, LEGISLAÇÃO ESPECIAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. REGIME DE ADMINISTRAÇÃO OU “POR PREÇO DE CUSTO”. PROJETO CONCLUÍDO SEM A PROMETIDA VAGA DE GARAGEM. CONDOMÍNIO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. NÃO VERIFICAÇÃO. ATRASO NA ENTREGA DA UNIDADE IMOBILIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER CONTRIBUIÇÃO DO CONDOMÍNIO. PEDIDO IMPROCEDENTE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Nos termos do artigo 58 da Lei nº 4.591/64, na modalidade de incorporação imobiliária contratada pelo regime de administração ou por “preço de custo”, o construtor é responsável unicamente pela execução da obra em conformidade com as deliberações dos condôminos/adquirentes e de acordo com os aportes econômicos realizados por estes. 2. **Sendo os incorporadores, e não o condomínio, responsáveis pela atecnia do projeto de incorporação, fazendo dele constar a previsão de vagas de garagem individuais que depois se souberam fisicamente inexequíveis, não há que se falar em resolução contratual e nem responsabilidade civil em face deste.** 3. Pertinente ao atraso na entrega da unidade imobiliária, também não se

vislumbra qualquer contribuição do condomínio para tanto, até porque o cumprimento dos prazos, como dito, depende nesses casos de inúmeras circunstâncias variáveis (preço da mão-de-obra, materiais, a estrita pontualidade dos aportes financeiros por parte dos adquirentes, etc.) a serem geridas pela comissão de representantes, podendo eventual responsabilidade ser estendida, quando muito, à construtora contratada para erigir a edificação. Destarte, ainda que decorresse de eventual má-gestão dos recursos, o que também não se comprova, a indenização cabível nessa quadra deveria ser buscada individualmente em face da comissão de representantes eleitos para gerir a administração da obra, e/ou da construtora responsável, e não ser deduzida em face dos próprios condôminos, como pretendido pelos apelantes.” (TJMG – Apelação Cível nº 1.0155.08.018480-9/002. Relator: Desembargador Otávio de Abreu Portes. Publicado o dispositivo do acórdão em: 27/11/2012 – destaque inexistente no original).

Impositivo destacar, nesse viés, novamente invocando o magistério de Sérgio Cavalieri Filho, que o só fato de ter sido incumbida a obra a terceiro (construtor) não mitiga ou elide a responsabilidade do incorporador, pois:

O incorporador continua responsável porque é o contratante. Responde também o construtor, porque é causador direto

do dano, e tem responsabilidade legal, de ordem pública, de garantir a solidez e segurança da obra em benefício do seu dono e da incolumidade coletiva, conforme já demonstrado.

Arnaldo Rizzardo pontua a respeito que:

Tanto que se impõe a responsabilidade solidária da dona da obra e do construtor, o mesmo acontece relativamente ao incorporador e ao construtor. O incorporador figura como o contratante junto aos adquirentes das unidades, enquanto o construtor é considerado o causador direto do dano. No entanto, os adquirentes de unidade têm ação direta contra o incorporador, facultando-se-lhes via responsabilizando o construtor. Caso não acionado o ultimo, e se vier atender a postulação, reserva-se-lhe o direito de regresso, a fim de reembolsar-se do montante pago.

De relevo apontar, nesse particular, para o diálogo das fontes que autoriza a incidência plena do Código de Defesa do Consumidor, sem que se excluam as regras específicas constantes da Lei nº 4.591/64, destacando-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Processual Civil e Civil. (...). **Os contratos de promessa de compra e venda em que a incorporadora se obriga à construção de unidades imobiliárias, mediante**

financiamento, enseja relação de consumo sujeita ao CDC, porquanto a empresa enquadra-se no conceito de fornecedora de produto (imóvel) e prestadora de serviço (construção do imóvel nos moldes da incorporação imobiliária). Detém o Ministério Público legitimidade para ajuizar ação civil pública em que se postula a nulidade de cláusula contratual que autoriza a constituição de hipoteca por dívida de terceiro (ENCOL), mesmo após a conclusão da obra ou a integralização do preço pelo promitente comprador. Não se admite, em recurso especial, a revisão do critério adotado pelo Tribunal a quo, por equidade, na fixação dos honorários advocatícios, em vista da impossibilidade de, nesta via, se reexaminar provas. Recurso Especial não conhecido. (REsp 334.829/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2001, DJ 04/02/2002, p. 354)

Assim é que, a despeito do tratamento legal específico da Lei nº 4.591/64, o incorporador pode vir a ser responsabilizado civilmente segundo as regras estampadas no Código de Defesa do Consumidor, isto é, por fato do produto e/ou por vício do produto. Os autores do anteprojeto germinador da lei de proteção do consumo explicam a respeito que:

Entende-se por defeito ou vício de qualidade a qualificação de desvalor atribuída a um produto ou serviço por não corresponder à legítima expectativa do consumidor, quanto à sua utilização ou fruição (falta de adequação), bem como por adicionar riscos à sua integridade física (periculosidade) ou patrimonial (insegurança) do consumidor ou de terceiros. (in “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto).

Possível concluir que o vício do produto consubstancia defeito relacionado à plena prestabilidade do bem imóvel adquirido, como decorrência de um descompasso no sinalagma entre prestação acertada (construção e entrega da unidade) e a contraprestação respectiva (pagamento do preço estipulado).

Desse modo, citando exemplos de Rodrigo Azevedo Toscano de Brito, problemas com a qualidade da pintura, revestimentos e funcionamento das instalações hidráulicas, constituem vícios do produto nos termos do CDC, porque diminuem o valor patrimonial do imóvel. Este vício pode ser também quantitativo, se o imóvel apresenta dimensão mais de 5% inferior ao prometido.

Já o fato do produto consiste no defeito de qualidade ou quantidade que, além de afetar a prestabilidade da unidade autônoma, coloca em risco, de alguma forma, a segurança e a incolumidade do adquirente (consumidor direto) ou terceiro (*bystander* ou consumidor por equiparação – artigo 17 do CPC), sujeitando-os aos chamados acidentes de consumo.

Em qualquer das hipóteses, a responsabilidade do incorporador é objetiva, ou seja, independe da demonstração de sua culpa. Tratando-se de fato do produto, prescreve em cinco anos a pretensão de reparação dos danos causados, contados da data do efetivo conhecimento do dano e de sua autoria (artigo 27 do CDC).

No caso de vício do produto de fácil constatação, o prazo para propositura da competente ação escoa em noventa dias, por se tratar de bem durável. Porém, se o defeito for oculto, portanto não constatável de imediato, o prazo é contado do conhecimento do vício.

Destaca-se, em remate especial quanto a este último ponto, o conflito aparente de regras constantes do CDC e do Código Civil já que, no artigo 618 deste Diploma Civil, ao se tratar dos contratos de empreitada, estipula-se o prazo de cento e oitenta dias, seguidos ao surgimento do vício, para a propositura da ação objetivando o ressarcimento ou abatimento proporcional do preço. Em virtude disso, tem-se entendido que, por se tratar de norma mais benéfica ao consumidor, parte hipossuficiente da relação jurídica, sua aplicação deve ser preferida ao artigo 26 do CDC, em autêntico diálogo de complementaridade entre estas fontes.

Conclusão

Em síntese do exposto, concluímos ter a Lei 4.591/64, traçado os direitos e obrigações recíprocas do incorporador e do comprador da unidade imobiliária autônoma, estabelecendo autêntico microsistema de proteção às partes envolvidas, com especial trato à parte mais fraca desta modalidade especial de relação jurídica, qual seja, o adquirente.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor, enquanto microsistema que irradia disciplina pelo direito contratual, também não pode ser excluído das relações de aquisição de imóveis e construção por incorporação imobiliária. Com efeito, tais contratos, de regra formalizados por adesão, refletem a figura do incorporador como fornecedor de bens e serviços, e a do adquirente como consumidor direto, tratando-se a unidade adquirida como bem de consumo, sendo portanto perfeitamente possível a responsabilização daquele por eventual acidente de consumo ou vício do produto, segundo as regras de proteção consumerista. 

Referências bibliográficas

- CAVALIERI FILHO, S. Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª Edição. Editora Atlas, 2012.
- RIZZARDO, A. *Responsabilidade Civil*, 5ª Edição. Editora Forense, 2011.
- PELLEGRINI GRINOVER, A.; WATANABE, K.; NERY JÚNIOR, N. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª Edição. Forense Universitária, 2011.
- TOSCANO DE BRITO, R. *Incorporação Imobiliária à Luz do CDC*. 1ª Edição. Editora Saraiva, 2006.