

DA OBRIGAÇÃO DO CONDÔMINO PERMUTANTE PERANTE AS CHAMADAS DE CAPITAL PARA TÉRMINO DE OBRA EDILÍCIA

Thiago Souza de Albuquerque
Profa. Giovana Mara Reiter
Centro Universitário Leonardo da Vinci – UNIASSELVI
Direito – Trabalho de Curso II
23/09/2008

RESUMO

Os maiores responsáveis pela construção de edifícios, residenciais ou comerciais, são as incorporadoras imobiliárias, também responsáveis pela incorporação de capital, captação de interessados em adquirir apartamentos ou salas comerciais e pela construção do empreendimento. Contudo, nem sempre tais incorporadoras chegam a concluir o empreendimento, em alguns casos estas deixam de concluir a obra, deixando os futuros proprietários, no jargão popular, a ver navios.

Uma das soluções para o problema é a reunião de todos os condôminos para que, juntos, terminem o empreendimento pela constituição de uma comissão formada pelos condôminos, esta responsável pelo prosseguimento e término da obra e por decidir pela necessidade de chamadas de capital.

Mas, nem todos os condôminos são adquirentes pela compra direta, pecuniária, existem também os condôminos permutantes, aqueles que já cumpriram com sua parte quando da assinatura do contrato. Mas, será que os adquirentes permutantes, ou condôminos permutantes, possuem obrigação em participar das chamadas de capital para terminar a obra?

Tal dúvida fez surgir o tema que, na medida em que for sendo diluído, pretende buscar dar maior segurança ao negócio permuta de terreno por imóvel a ser construído, pretende também saber se há obrigação ou não do permutante em participar das chamadas de capital e, por fim, identificar os elementos constitutivos deste negócio.

Este estudo pretende responder as perguntas acima por uma análise da jurisprudência pátria, legislação vigente e pelo estudo doutrinário e de artigos científicos.

Palavras-chave: Assembléia Geral; Chamada de Capital; Comissão de Obras; Condomínio em Edifícios; Incorporação Imobiliária; Incorporador; Obra Edilícia; Obrigação Civil; Permuta; Permutante.

1 INTRODUÇÃO

Com a concentração da população humana em grandes centros urbanos, surgiu a necessidade de se melhor aglomerar as pessoas, seja para exercer o trabalho, seja para morar, surgindo daí as edificações verticais.

Por conseqüência, nascem as incorporações imobiliárias, responsáveis pela reunião de capital, construção e administração de tais edificações, eis que, diante do auto-custo de uma obra edilícia, dificilmente uma pessoa, física, teria condições a fazê-lo.

Orlando Soares (1973, p. 141), sobre o assunto, melhor explica:

A complexidade das modernas edificações e sobretudo seu custo tornaram cada vez mais rara a possibilidade de pessoas físicas ou entidades privadas constituírem edifícios com recursos próprios, para atender a demanda no mercado imobiliário, de unidades urbanas destinadas a fins residenciais ou não residenciais, para compra e venda pelo sistema de prestações.

Em primeiro lugar, a crescente e intensa demanda exigia cada vez mais elevados capitais, difíceis de reunir e concentrar exclusivamente na atividade desconstrução civil.

Em segundo, a espiral inflacionária dominante passou a superar qualquer previsão orçamentária, de sorte que os valores das prestações de compra e venda das unidades alienadas deterioraram-se consideravelmente, frustrando as expectativas, quanto aos lucros esperados, causando apreensão e desinteresse pela inversão de capitais nesse ramo de negócio.

Neste mesmo norte, Hely Lopes Meirelles (1979, p. 5), ao denominar a incorporação imobiliária como incorporação de condomínio, assim dá sua definição:

A incorporação de condomínio é a sucessão de atos pelos quais o proprietário do terreno o seu compromissário comprador ou terceiro devidamente autorizado, convencionam com os interessados na aquisição das unidades autônomas a venda e construção do edifício. Na prática, o denominado contrato de incorporação de condomínio se apresenta como um conglomerado de ajustes autônomos visando fixar os direitos e obrigações de cada participante desse empreendimento coletivo que é o levantamento do edifício. Para tal desiderato reúnem-se num mesmo instrumento um contrato preliminar de compra e venda da unidade autônoma, um contrato de prestação de serviços do incorporador e um contrato de construção de edifício. Estes ajustes, embora consubstanciados simultaneamente e no mesmo instrumento, são contratos distintos e sujeitos a tributação diversa, não obstante a aparente unificação obrigacional entre os condôminos e o incorporador. Observe-se, ainda, que o contrato de construção só poderá ser celebrado com firma construtora devidamente registrada no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura.

Diante da necessidade de se trazer capital e pessoas para se chegar à conclusão do empreendimento, houve também a necessidade de se dar maior liberdade aos contratos, ou seja, dar autonomia aos contratos, o que resultou numa maior gama de interessados em adquirir imóveis e na sorte destes quanto à honestidade ou não dos incorporadores.

Senão, vejamos o relato de Orlando Soares (1973, p. 142) quanto à autonomia dos contratos ligados à incorporação imobiliária:

Lamentavelmente, porém, essa autonomia quanto à liberdade de contratar ensejou distorções e abusos de toda ordem, ficando o público adquirente à mercê da honestidade ou improbidade dos que se dedicavam à atividade das incorporações imobiliárias.

Com efeito, era freqüente o malogro das incorporações, acarretando incalculáveis prejuízos para os adquirentes, que via de regra perdiam irremediavelmente o que haviam pago, para aquisição de sua unidade, frustrando-se-lhes assim a realização do sonho de casa própria.

Outras vezes, quando os adquirentes se decidiam a bater às portas da Justiça, em defesa de seus direitos, tinham que arcar com as despesas e incômodos daí decorrentes, obrigados a percorrer longo e tortuoso caminho, repleto de armadilhas preparadas pelos astuciosos incorporadores imobiliários.

Verifica-se, assim, que primeiro surge o conflito, ou fato de relevância jurídica, para depois surgir uma decisão jurídica e, finalmente, uma norma específica para dar resolução e prevenir conflitos de interesse.

No caso, diante da existência de um determinado conflito, tentaremos buscar a resposta de uma das diversas questões que vêm surgindo com o início dos negócios ligados ao ramo das incorporações imobiliárias, qual seja: saber se aquele que deu um terreno em troca de um ou mais apartamentos possui obrigação pecuniária perante as chamadas de capital efetuadas para término de obra inacabada pelo incorporador.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como já dito, o presente trabalho pretende investigar se aquele que dá em permuta um terreno de sua propriedade, para que nele seja construído um empreendimento imobiliário, no caso residencial, com o intuito de receber em troca parte do resultado, na forma de apartamentos, possui obrigação em participar das ditas “chamadas de capital”, juntamente com os demais promitentes proprietários.

Tal lide surge, no caso, quando o incorporador imobiliário não conclui uma obra edilícia de sua responsabilidade, obrigando-se assim os futuros proprietários ao seu término, a fim de amenizar seu prejuízo. Estes, por vezes, assim o fazem mediante a criação de uma comissão que será responsável pelo término da obra e deverá criar meios para levantar fundos para custeio de tal construção.

Nestes casos, em especial quanto ao custeio da obra, insurge-se o condômino permutante, pois cumprira com sua parte quando da entrega de seu terreno onde seria construído o empreendimento, daí surgindo, então, o objeto deste estudo.

Cabe lembrar que o estudo parte da premissa de que o incorporador, responsável pelo empreendimento, deixou-o inacabado, sem que houvesse sido decretada sua falência ou havido pleiteado sua recuperação judicial, ele tão somente abandonou a obra. Eis que, levando-se ao tema a situação de recuperação ou falência da empresa incorporadora, o trabalho tomaria rumo diverso ao tema, tanto doutrinária quanto legalmente.

Contudo, antes de adentrarmos ao tema proposto, necessário o estudo dos institutos envolvidos, seus conceitos, como se uma comissão de obras, a natureza jurídica da permuta, sua base legal e doutrinária para, assim, chegarmos a resposta da pergunta objeto de pesquisa.

3 DOS INSTITUTOS E SUAS PARTICULARIDADES

3.1 A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Na introdução ao tema, explicamos o surgimento das incorporações imobiliárias, que Orlando Soares (1973, p. 142), define como “a ação (a princípio desenvolvida pelos corretores, posteriormente, no entanto, assumindo características próprias e autonomia) que constituiu em reunir pessoas com o fito de interessá-las na construção de determinado edifício, conforme condições então ajustadas, mediante rateio de custo; essa ação coordenada foi exercida e deu origem a um elemento novo nas transações imobiliárias: o incorporador”.

Hoje, segundo a lei do Condomínio¹, “considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para a alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas” (art. 25, parágrafo único). Bem como, da mesma norma especial, “A iniciativa e responsabilidade das incorporações imobiliárias são consideradas de prerrogativas do incorporador.” (art. 31).

Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 110) observa que:

A incorporação pode apresentar algumas variantes: a primeira consiste no incorporador fazer em seu nome a compra do terreno e realizar também em seu nome a construção [...]. A segunda é o incorporador servir de mero coordenador do condomínio realizando-se a compra diretamente pelos condôminos [...]. **A terceira está na presença do incorporador, que obtém a opção de compra do terreno, lança mediante subscrição pública ou particular a constituição do condomínio, promove a escritura de alienação do terreno diretamente do proprietário aos condôminos e, como procurador destes dirige a construção do edifício, sistema em que o subscritor está construindo a sua própria unidade.** (grifamos).

¹ Lei nº 4.591 de 1964.

Cláudia Fonseca Tutikian (2008, p. 100) enfatiza que “o instituto da incorporação imobiliária autoriza a alienação das unidades autônomas da edificação pendentes de construção ou de conclusão, as quais têm existência jurídica através do seu registro, mas não possuem ainda a sua materialização, o que dá possibilidade de se entrar capital privado dos adquirentes e futuros moradores, para o desembaraço da obra”.

Assim, verifica-se a possibilidade de terceiro, por permissão do proprietário do terreno, administrar a construção, atrair capital e transacionar a venda de todo imóvel a ser construído, desde que efetuado o registro competente.

3.1.1 O INCORPORADOR

Logicamente, existindo determinada atividade, existe seu agente, aquele que exerce o ramo, que, no caso da incorporação imobiliária, denomina-se incorporador.

Em sendo assim, necessário sabermos quem exerce a atividade incorporação imobiliária, que, retornando ao seu surgimento, assim foi definido por Orlando Soares (1973, p. 142):

Quer como pessoa física, quer como pessoa jurídica, afirmou-se o ramo de atividade consistente na incorporação, ora exercida diretamente pelo proprietário do terreno destinado ao levantamento da edificação, ora pelo promissário comprador, ou terceiro, para isso autorizado, um dos quais, então, efetuava a compra e venda ou cessão da fração de terreno correspondente à unidade imobiliária transacionada, ajustando-se, geralmente no mesmo instrumento, as condições desconstrução, tudo isso através de um conglomerado de ajustes autônomos, em relação a cada adquirente, fixando-se assim os direitos e obrigações recíprocas, com vistas ao empreendimento coletivo, ou seja, o levantamento do edifício.

Quanto à definição legal de incorporador, a Lei do Condomínio disciplina como “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” (art. 29).

A Lei do Condomínio estende a condição de incorporador aos “proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contratarem a construção de edifícios que se destinarem a constituição de condomínio, sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão das obras” (art. 30).

Nas palavras de Orlando Soares (1973, p. 146), “iniciadas as obras, qualquer que seja a fase em que se encontrem sem, contudo, estarem concluídas, aquele que proceder a alienação das unidades autônomas estará configurando a condição de incorporador, para todos os fins de direito”.

E, conclui Orlando Soares (1973, p. 147), “não se admite incorporação sem incorporador, recaindo sobre este as obrigações daí decorrentes, pondo-se com isso um paradeiro ao tripúdio dos aventureiros imobiliários”.

A Lei do Condomínio é expressa quando determina que “a iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que somente poderá ser: 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 da Lei Condominial, o construtor ou o corretor de imóveis”.

Cabe por fim lembrar a lição de Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 248), quando diz que incorporador é “toda pessoa física ou jurídica, independentemente de sua anterior profissão, tornar-se incorporador pelo fato de exercer, em caráter permanente ou eventual, certa atividade, que consiste em promover a construção da edificação dividida em unidades autônomas”.

Desta feita, será incorporador: o contratado, o próprio proprietário do terreno ou qualquer interessado, tanto pessoa física ou jurídica, e aquele que for responsável pela administração da obra edilícia.

3.2 O CONDOMÍNIO EM EDIFÍCIOS OU EDILÍCIO

Genericamente, da natureza e origem de condomínio, temos a explicação de Orlando Soares (1973, p. 80), ao dizer que: “condomínio, comunhão, compropriedade ou co-propriedade é o domínio que duas ou mais pessoas exercem conjunta e simultaneamente sobre a mesma coisa”.

Especificamente, tratando-se de condomínio em edificações, o mesmo doutrinador (1973, p. 81) diz ser a “comunhão ou domínio de duas ou mais pessoas sobre a mesma coisa, onde têm partes abstratas, ou seja, a edificação ou o conjunto de edificações, composta de duas ou mais unidades

isoladas entre si, constituindo cada uma propriedade autônoma. [...]. Em síntese, o condomínio em edifícios, divididos por andares ou apartamentos, constitui uma combinação de propriedade comum e de propriedade exclusiva, ou um *complexum ut dominus e ut condominus* (Caio Mário da Silva Pacheco, *Propriedade Horizontal*, Rio, 1961).

Trazendo aos dias atuais e valendo-se de João Batista Lopes (2000, p. 187), “condomínio em edifícios (condomínio edilício) é um instituto jurídico novo, resultante da combinação entre a propriedade exclusiva e o condomínio sobre partes comuns.” E, referido autor, continua:

A denominação mais adequada e corrente é *propriedade horizontal, nomen juris* consagrado no direito estrangeiro e permite pronta identificação do instituto. No Brasil, porém, prevalece a denominação *condomínio em edifícios*, de que também nos utilizamos neste texto. O novo Código Civil, afastando-se da tradição jurídica brasileira, preferiu, porém, chamá-lo *condomínio edilício*.

No condomínio em edifícios não há, propriamente, restrições ou limitações ao direito de propriedade – que continua íntegro –, mas tão somente regulamentação ou disciplina de seu exercício para torná-lo compatível com o direito dos demais condôminos.

O condomínio edilício, assim denominado para melhor distinção do condomínio geral (artigos 1.314 a 1.330 do Código Civil), está regulado pela Lei nº 4.591/1964, cujo art. 1º assim dispõe:

As edificações ou conjunto de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, destinadas a fins residenciais ou não residenciais, poderão ser alienados, no todo ou em parte, objetivamente considerados, e constituirá, cada unidade, propriedade autônoma sujeita às limitações desta lei.

Ainda, o Código Civil vigente, em seu artigo 1.331 e parágrafos, no tocante ao que é de uso comum ou privado no condomínio edilício, especifica o que é propriedade exclusiva e o que são partes comuns, assim vejamos:

Art. 1.331. Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos.

§ 1º As partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas, sobrelojas ou abrigos para veículos, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários.

§ 2º O solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e refrigeração centrais, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público, são utilizados em comum pelos condôminos, não podendo ser alienados separadamente, ou divididos.

§ 3º A cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio.

§ 4º Nenhuma unidade imobiliária pode ser privada do acesso ao logradouro público.

§ 5º O terraço de cobertura é parte comum, salvo disposição contrária da escritura de constituição do condomínio.

Daisy Erhardt (2003, p. 1) comenta as alterações trazidas pelo novo Código Civil como sendo “a consolidação de entendimentos dos Tribunais em relação a diversos pontos polêmicos e duvidosos da Lei 4.591/64, esclarecendo e harmonizando matérias que se espera, amenizem os desentendimentos e problemas dessa espécie de propriedade excepcional.” E, ainda diz:

Inicialmente, já nas disposições gerais, o novo Código, em seu artigo 1331, apresenta maior clareza de redação, especificando, detalhadamente, como propriedade comum, o solo, a estrutura do prédio, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, calefação e refrigeração centrais, etc., modernizando as expressões e dirimindo controvérsias, inclusive sobre o terraço de cobertura que é considerada parte comum, salvo disposição em contrário, por ocasião da constituição do condomínio.

Fração ideal. Inova ao estabelecer no parágrafo 3o do mesmo dispositivo, como parâmetro para a fixação da fração ideal, o valor da unidade imobiliária em relação ao conjunto da edificação, cuja viabilidade, dependerá da aplicação prática e da interpretação jurisprudencial.

Assim, condomínio edilício é a reunião de proprietários, também chamados condôminos, de um mesmo conjunto de edificações, em que possuem direitos de uso sobre áreas comuns e exclusividade sobre áreas isoladas, residenciais ou não, regulados por convenção condominial aprovada por no mínimo dois terços dos condôminos, parágrafo 2º do artigo 9º da Lei do Condomínio.

3.2.1 CONVENÇÃO DO CONDOMÍNIO

A convenção de condomínio, que deverá ser registrada formalmente, regula os direitos e as obrigações dos condôminos, bem como o modo qual será administrado, é o instrumento das relações jurídicas existentes entre eles. Suas regras abrangem a discriminação das áreas comuns e daquelas de propriedade exclusiva, regulando seu uso, destino, despesas, encargos e administração dos interesses comuns. Senão, vejamos o que diz a Lei do Condomínio em seu artigo 9º:

Art. 9º Os proprietários, promitentes compradores, cessionários ou promitentes cessionários dos direitos pertinentes à aquisição de unidades autônomas, em edificações a serem construídas, em construção ou já construídas, elaborarão, por escrito, a convenção de condomínio, e deverão, também por contrato ou deliberação, em assembléia, aprovar o regimento interno da edificação ou conjunto de edificações.

§1º - Far-se-á o registro da convenção no registro de imóveis bem como a averbação de suas eventuais alterações.

§2º - Considera-se aprovada, e obrigatória para os proprietários de unidades, promitentes compradores, cessionários e promitentes cessionários, atuais e futuros, como para qualquer ocupante, a convenção que reúna as assinaturas de titulares de direitos que representem, no mínimo, dois terços das frações ideais que compõem o condomínio.

§3º - Além de outras normas aprovadas pelos interessados, a convenção deverá conter:

- a) a discriminação das partes de propriedade exclusiva, e as de condomínio, com as especificações das diferentes áreas;
- b) o destino das diferentes partes;
- c) encargos, forma e proporção das contribuições dos condôminos para as despesas de custeio e para as extraordinárias;
- d) o modo de usar as coisas e serviços comuns;
- e) o modo de escolher o síndico e o conselho consultivo;
- f) as atribuições do síndico, além das legais;
- g) a definição da natureza gratuita ou remunerada de suas funções;
- h) o modo e o prazo de convocação das assembleias gerais dos condôminos;
- i) o quorum para os diversos tipos de votação;
- j) a forma de contribuição para a constituição do fundo de reserva;
- k) a forma e o quorum para as alterações da convenção;
- l) a forma e o quorum para a aprovação do regimento interno, quando não incluído na própria convenção.

O Código Civil também determina o que constar na convenção do condomínio, assim vejamos:

- Determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns (inciso II do artigo 1332);

- Registro junto ao competente Registro de Imóveis, para ser oponível contra terceiros (parágrafo único do artigo 1333).

- Forma de administração do condomínio (inciso II do artigo 1334);

- Sanções a que estão sujeitos os condôminos e possuidores (inciso IV do artigo 1334).

Ainda, quanto ao registro, a convenção do condomínio deve ser registrada junto ao registro civil das pessoas jurídicas, conforme artigo 114 da Lei nº 6.015/1973.

3.3 DA COMISSÃO DE OBRAS, OU DE REPRESENTANTES

Dada a devida explicação sobre incorporação imobiliária, condomínio edilício e convenção de condomínio, necessário tratarmos da comissão de obras que, na verdade, constitui-se quando o incorporador imobiliário não cumpre com sua parte na construção edilícia, e serve aos prejudicados por este descumprimento como atenuante ao dano criado.

Tal permissão está descrita na Lei do Condomínio, em seus artigos 43,VI, e 49, que autoriza aos promitentes proprietários a continuação da construção da obra paralisada, em face da quebra ou abandono da incorporadora.

Contudo, para continuação desta obra, necessária a formação de uma comissão de representantes, que deverá ser credenciada, por instrumento público ou particular, por deliberação

majoritária dos adquirentes de fração ideal do imóvel, através de assembléia geral, nos termos dos artigos 31-A, 31-F, §1º, e 50 da Lei 4.591/64, que serão eleitos por dois terços dos votos dos adquirentes, em primeira convocação, ou, em segunda convocação, pela maioria absoluta desses votos.

Também nos termos do artigo 31-F, § 5º, da Lei 4.591/64, a comissão de obras, ou comissão de representantes, “confere poderes para transmitir domínio, direito, posse e ação, manifestar a responsabilidade do alienante pela evicção e imitar os adquirentes na posse das unidades respectivas”, inclusive para levantamento de montante para custeio e rateio para o término da obra.

J. Nascimento Franco, em artigo publicado em setembro de 2003 no *site* Tribuna do Direito, cita Heráclides Batalha de Camargo, juiz de São Paulo, como sendo o pioneiro a resolver decisão dando permissão à comissão de obras para administrar a obra parada, assim vejamos:

Já no longínquo ano de 1959 patrocinamos ações de cobrança movidas pela comissão de obras contra condôminos recalcitrantes na participação de rateio do custo da construção remanescente. Pouco antes, o Dr. Heráclides Batalha de Camargo, um dos maiores juízes de São Paulo, já havia proferido sentença memorável por seu pioneirismo, pois pela primeira vez no País aplicou a uma incorporação imobiliária mal sucedida a “teoria da realidade”, segundo a qual o agrupamento de pessoas para alcançar um fim excedente de seus interesses meramente individuais torna-se um organismo social dotado de capacidade para cobrar judicialmente a todos os beneficiados sua cota-parte nas despesas feitas para a conclusão do empreendimento. Inúmeras decisões análogas se seguiram daí por diante, segundo se infere da enumeração feita pelo advogado Hamilton Câmara, diretor da ABAMI, no estudo publicado no BDI-Junho de 2002, nº 16/8, assim como de acórdãos do 2º TAC/SP (RT 779/284), dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais (RT 437/196) e do Paraná (“Tribuna da Justiça”, S.Paulo, suplemento de Jurisprudência nº 307, página 1.801, de 15/9/71).

Segundo o autor acima, a comissão de obras age no interesse comum e em favor de todos os adquirentes, interesse que deve prevalecer sobre a vontade individual, tornando-se dita comissão um organismo social dotado de capacidade para cobrar judicialmente a todos os beneficiados sua cota-parte nas despesas feitas para a conclusão do empreendimento.

Quando o autor menciona que a comissão de obras tem capacidade de cobrar judicialmente de todos os condôminos, precisamos voltar à incorporação imobiliária, no tocante à liberdade de seus contratos, pois destes resultam diversos tipos de condôminos, quais sejam: o que pagou

integralmente o imóvel na planta, o que parcelou a aquisição, o que pagou parte e parcelou o restante e, finalmente, o permutante do terreno, objeto de nosso estudo.

4 DO CONTRATO DE PERMUTA ENTRE INCORPORADORA E PROPRIETÁRIO DO TERRENO

Primeiramente, precisamos conceituar permuta, que Plácido e Silva (2000, p. 605) descreve como “o contrato, em virtude do qual os contratantes trocam ou cambiam entre si coisas de sua propriedade, a troca de valores é firmada por sua equivalência, pelo que dela se exclui qualquer obrigação que resulte na entrega de soma em dinheiro”.

Maria Helena Diniz (2004, p. 217), ao parafrasear Clóvis Beviláqua, segue a mesma linha acima adotada ao conceituar permuta como “o contrato pelo qual as partes se obrigam a dar uma coisa por outra que não seja dinheiro”, que tem como características “a bilateralidade contratual, a onerosidade, cumulatividade e translaticividade de propriedade no sentido de servir como *titulus adquirendi*, onde existem dois bens suscetíveis de ser vendidos, passíveis de determinação, não sendo necessário que sejam da mesma espécie ou tenham igual valor”.

Diferente não é a permuta de terreno por apartamento a ser construído, pois não só as características acima aqui estão presentes como a autonomia da vontade prevalece também neste contrato, tanto que a Lei do Condomínio não disciplina as diferentes formas de ajuste contratual entre o incorporador e o adquirente, tão somente estabelece condições de segurança ao negócio realizado, artigo 39 da Lei 4.591/64.

Neste sentido, cabe transcrever decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Nem sempre o proprietário do terreno incorporado participa ativamente da incorporação, como incorporador. Este, não raro, firma compromisso de compra e venda com o proprietário do imóvel, assumindo a obrigação de efetuar o pagamento do preço, no todo ou em parte, com unidades do empreendimento, modalidade que encontra previsão no art. 39 da Lei nº 4.591/64 e que é denominada de permuta no local. (Recurso Especial nº 2004/0126136-0, relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgamento em 23/10/2007)

Do mesmo acórdão acima, interessa também saber que “o proprietário do terreno assumirá *status* jurídico de mero condômino, em igualdade de condições com qualquer outro adquirente de unidades da incorporação”.

Quanto à regularidade do contrato de permuta de terreno por apartamento a ser construído, como bem dito por Orlando Soares (1973, p. 166), “via-de-regra os incorporadores não dispõem de suficientes capitais para investir na aquisição, ajustando-se desse modo a permuta.”

Em que pese parecer uma saída salutar ao incorporador e ao empreendimento, já que de imediato o não o onera, bem como um bom negócio para valorar o imóvel do permutante, o contrato de permuta, quando firmado, misturar-se-á com os contratos que virão a estar envolvidos na incorporação, causando uma vinculação de fato entre todos os promitentes proprietários dos apartamentos, daí a razão pelo estudo aqui proposto, pois, em caso de descumprimento do contrato pelo incorporador, não basta rescindir o contrato e ressarcir o lesado (permutante do terreno).

5 DA OBRIGAÇÃO DO PERMUTANTE DO TERRENO PARA COM OS DEMAIS CONDÔMINOS

O permutante do terreno, assim que firmado o contrato com o incorporador, equipara-se aos demais adquirentes do empreendimento, passando a ser mero condômino, como já vimos acima.

Em sendo condômino, o permutante do terreno também adquire direitos e deveres, estes descritos, primeiramente, na convenção do condômino, e também nas assembléias gerais que se realizarem, nos termos do artigo 9º, §§ 2º e 3º da Lei 4.591/64.

Ainda, pelo que se extrai de acórdão do STJ, no item 4 mencionado, identificamos que “a relação entre o proprietário do terreno e os demais adquirentes é civil, tanto na conclusão regular do empreendimento quanto na rescisão do contrato de alienação do terreno – hipótese que surgirá para o proprietário do terreno uma obrigação de reparação civil, visando a evitar o enriquecimento sem causa”.

Tanto que tal reparação de dano está prevista no artigo 40, e parágrafos, da Lei 4.591/64. Assim, vejamos:

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

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

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

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

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

Ocorre que, se o próprio incorporador, via-de-regra, não possui condições para levantar um prédio somente com dinheiro, quem dirá o permutante do terreno, que, por vezes, nem é o idealizador do empreendimento, e sim é atraído pelo incorporador para fazer parte do negócio.

Assim, diante da possibilidade do permutante do terreno em ter que ressarcir os demais condôminos, ante as acessões sobre o imóvel, dificilmente aquele rescindir o contrato de permuta, eis que se assim o fizer estará tendo maior prejuízo do que se mantiver o contrato, mesmo que a obra esteja paralisada.

6 DA OBRIGAÇÃO DO CONDÔMINO PERMUTANTE PERANTE A COMISSÃO DE OBRAS

Verificamos no item 3.3 deste estudo que nos caso em que o incorporador, sem motivo justo, deixa de concluir a obra, os promitentes proprietários tem o direito de destituí-lo, artigo 43, VI, da Lei 4.591/64, bem como, extrai-se do mesmo artigo, poderão promover a constituição de uma comissão de obras, formada de condôminos, que é o meio menos oneroso e mais rápido para amenizar o problema causado pelo incorporador.

Cabe lembrar, quando há aprovação em assembléia de condôminos, chama-se capital para continuação da obra para custear seu término, tal monta é dividida pela fração ideal de cada condômino, tanto em áreas individuais quanto coletivas, pois cada qual deverá arcar com o montante respectivo.

Cabe também dizer, paralelamente a isto, que poderá a comissão de obras, desde que autorizada pela maioria dos condôminos, buscar, pela via judicial, o ressarcimento pelo descumprimento na conclusão do empreendimento, ou, individualmente, cada condômino poderá

buscar judicialmente a reparação do dano causado, nos termos dos artigos 32, § 2º, e 43, VI, da Lei 4.591/64, cumulado, por que não, com artigo 186 do Código Civil.

Mas, o que ainda não restou claro é se o dono do terreno, agora condômino permutante, possui também obrigação para com as chamadas de capital aprovadas pela comissão de obra.

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

No caso, verificamos que o condômino permutante teria maiores prejuízos se rescindisse o contrato de permuta com o incorporador, e, mantendo-se o contrato, seu prejuízo seria menor.

Com a manutenção do contrato de permuta, mantém-se a condição de condômino, com seus direitos e obrigações, que estão estampados não só na Lei do Condomínio, já demonstrado acima, como também no Código Civil, nos artigos 1.1314 a 1.322, 1.335 e 1.336.

Destes artigos cabe destacar o artigo 1.315 e o 1.336, pois dispõem que “o condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação coisa, e a suportar o ônus a que estiver sujeita, bem como contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição da convenção de condomínio”.

Note-se que nos artigos acima, não há distinção entre condôminos, salvo se a convenção do condomínio assim o dispuser, o que a nosso ver dificilmente irá ocorrer, pois dificilmente haverá privilégio de um condômino em detrimento a outro.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, sob a égide da igualdade entre condôminos e soberania da convenção do condomínio, editou a súmula 260, que dispõe: “A convenção de condomínio aprovada, ainda que sem registro, é eficaz para regular as relações entre os condôminos”. Bem como, tem decidido:

“A comissão de condôminos que, depois de destituído o incorporador, recebeu poderes da assembléia-geral para prosseguir na obra, tem legitimidade para promover ação de cobrança das

parcelas referentes ao custo de construção”. (Resp. nº 255.593/SP, 4ª Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar)

Vale lembrar também as decisões da Corte Superior, já acima citadas, que, em respeito ao artigo 40 da Lei 4.591/64 e prevenindo a ocorrência do enriquecimento sem causa, manifestam-se no sentido de que havendo rescisão do contrato de permuta o alienante do terreno deverá ressarcir os demais condôminos pelas acessões existentes.

Mesmo havendo manutenção do contrato de permuta, com a obra parada, se o condômino permutante não participar das chamadas de capital, ocorrerá seu enriquecimento, e sem causa, pois, como já dito, todos devem participar na sua fração ideal levando-se em conta as áreas comuns e privativas. Ou seja, a obra seria concluída, inclusive a parte do condômino permutante, com dinheiro que não é seu.

Neste sentido, colhemos algumas decisões de Tribunais Pátrios:

“Obra realizada pela comissão de representantes. Destituição da incorporadora. Fato que não poderia ser desconhecido das partes”. (Agravo de Instrumento nº 2004.002.04754, Dês. José Mota Filho, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgado em 11/05/2004)

“Ação de cobrança. Incorporação imobiliária. Abandono da obra pelo incorporador. Constituição de comissão de representantes. Condômino que pagou a totalidade do preço ao Incorporador. Cotas extras necessárias à conclusão da obra e para a manutenção da comissão. Dever de todos os adquirentes de contribuírem para que o empreendimento se viabilize. Benefício proporcionado ao condômino, sendo vedado o enriquecimento sem causa. Eventual crédito do adquirente deve ser cobrado do incorporador diretamente pelo condômino. Desprovisionamento do recurso”. (Apelação Cível nº 2003.001.34034, Des. Maria Christina Goes, da 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgado em 19/04/2004)

“Detém a Comissão de Representantes dos Condôminos, a quem foram cedidos, pela construção responsável, todos os direitos e obrigações referentes à construção inicialmente de sua responsabilidade, e, portanto, o próprio Condomínio, legitimidade para responder à ação pela qual condôminos adimplentes perseguem, em face da não entrega da unidade contratada, a rescisão do respectivo ajuste, com a devolução das parcelas comprovadamente satisfeitas e das perdas e danos incidentes”. (Apelação civil nº 96.012429-2, de Balneário Camboriú. Rel.: Dês. Trindade dos Santos)

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

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se do presente trabalho que, para o condômino permutante (dono do terreno), não basta permutar seu imóvel e colher o lucro, apartamentos, pois, como dito, ele não estará vinculado somente ao contrato com o incorporador, vincular-se-á também com os demais envolvidos no empreendimento, outros condôminos.

Verifica-se também que o interesse coletivo prevalece sobre o individual, não importando que tipo de contrato fora firmado com a incorporadora, ou quanto foi pago para participar do empreendimento.

No tocante à pesquisa desenvolvida, verificou-se certa dificuldade em se achar uma unicidade sobre o tema, eis que, em face da liberdade contratual existente, diversas questões norteiam o mesmo tema, seja quando do ressarcimento pelo descumprimento de um contrato, seja pela devolução das parcelas pagas, seja pela cobrança judicial das chamadas de capital, etc., quase levando o objeto do trabalho a caminhos diversos ao pretendido.

Contudo, após a quebra de incorporadoras conhecidas nacionalmente, Encol, e a nível estadual, Granacon, houve uma maior preocupação, tanto doutrinária quanto legal, de se criar mecanismos de defesa em prol dos maiores prejudicados, os condôminos dos edifícios inacabados pelos incorporadores.

Por derradeiro, e principal, considera-se que o condômino permutante tem obrigação em participar das chamadas de capital para terminar a obra edilícia como qualquer condômino, posto que se não o fizer, poderá sofrer ação judicial de cobrança pelas chamadas que não pagou e acabar perdendo, inclusive, seu imóvel, o terreno.

8 REFERÊNCIAS

8.1 LIVROS

DINIZ, Maria Helena. **Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei nº. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2004. XVIII, 821 p, il. (Curso de direito civil brasileiro, v.3).

LOPES, João Batista. **Condomínio**. 8. ed. rev., atual. pelo novo Código Civil, Lei 10.406, de 10.01.2002, em vigor desde 11.01.2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 256 p.

MACIEL, Adalberto de Andrade. **Locação & Condomínio: prática administrativa e jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 572 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 3. ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, 530 p.

NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F. **Código Civil e legislação em vigor**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 2033p

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações**. Campinas: Servanda, 2002. 787 p.

SOARES, Orlando. **Incorporações imobiliárias e condomínio de apartamentos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. 369 p.

TUTIKIAN, C. F.; TIMM, L. B.; PAIVA, J. P. L. **Novo Direito Imobiliário e Registral**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. 540 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 7. ed. atual. de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Atlas, 2007, 577p. (Direito civil, v.2).

8.2 REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

FRANCO, J. Nascimento. **Continuação de obras paralisadas**. Disponível em: <http://www.tribunadodireito.com.br/2003/setembro/setembro_06.htm>. Acesso em: 06 nov. 2008.

EHRHARDT, Daisy. **O condomínio edilício no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3728>>. Acesso em: 06 nov. 2008.

8.3 DOCUMENTOS JURÍDICOS EM MEIO ELETRÔNICO

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 260**. A convenção de condomínio aprovada, ainda que sem registro, é eficaz para regular as relações entre os condôminos. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=105>>. Acesso em: 06 nov. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. DIREITO CIVIL. INCORPORAÇÃO. PERMUTA NO LOCAL. PROPRIETÁRIO DO TERRENO E CONDÔMINOS. EQUIPARAÇÃO. RESCISÃO DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO. INDENIZAÇÃO. LIMITES. VANTAGEM FINANCEIRA AUFERIDA PELO PROPRIETÁRIO DO TERRENO. Recurso Especial nº 2004/0126136-0. 3ª Turma. Relator Ministra Nancy Andrighi, julgado em 23 dez. 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=direito+civil+incorpora%E7%E3o+permuta+no+local&b=ACOR>. Acesso em 06 nov. 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo do § 1º, do art. 557, do cpc. Decisão do relator negando seguimento ao recurso. Obra realizada pela comissão de representantes. Destituição da incorporadora. Fato que não poderia ser desconhecido das partes. Indução do juízo a erro. Correção necessária, sob pena de prestigiar a esperteza, em detrimento de quem lutou pela conclusão da obra. Recurso provido. Decisão unânime. Agrado de Instrumento nº 2004.002.04754. 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargador José Mota Filho, julgado em 11 mai. 2004. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em 06 nov. 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ação de Cobrança. Incorporação Imobiliária. Abandono da Obra pelo Incorporador. Constituição de Comissão de Representantes. Condômino que Pagou a Totalidade do Preço ao Incorporador. Cotas Extras Necessárias à Conclusão da Obra e para a Manutenção da Comissão. Dever de Todos os Adquirentes de Contribuírem para que o Empreendimento se Viabilize. Benefício Proporcionado ao Condômino, sendo Vedado o Enriquecimento sem Causa. Eventual Crédito do Adquirente Deve Ser Cobrado do Incorporador Diretamente pelo Condômino. Desprovimento do Recurso. Apelação Cível nº 2003.001.34034. 14ª Câmara Cível. Relatora: Desembargador Maria Christina Góes, julgado em 19 dez. 2004. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em 06 nov. 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. CONTRATO - EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO - RESOLUÇÃO DE CONTRATO C/C RESTITUIÇÃO DE PARCELAS PAGAS E PERDAS E DANOS - CESSÃO, PELA CONSTRUTORA, À COMISSÃO DE REPRESENTANTES DOS CONDÔMINOS - ILEGITIMIDADE PASSIVA DESTA RECONHECIDA - LEGITIMIDADE, ENTRETANTO, PRESENTE - CONSTRUTORA - ILEGITIMIDADE PASSIVA CONFIGURADA - RECLAMOS RECURSAIS PROVIDOS. Apelação Civil nº 1996.012429-2. Relator: Des. Trindade dos Santos, julgado em 09 out. 2000. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/jurisprudencia/acpesquisa!pesquisar.action>>. Acesso em 06 nov. 2008.