

RECURSO ESPECIAL Nº 1.537.012 - RJ (2013/0328121-5)

RELATOR : **MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO**
RECORRENTE : GERCI DA PENHA MELICHAR E OUTROS
ADVOGADOS : RICARDO ADOLFO LABANCA BASTOS E OUTRO(S) - RJ077661
DAVID PERRUCHO SILVAE E OUTRO(S) - RJ113649
RECORRIDO : PAULO CÉZAR LOPES QUEIRÓZ E OUTRO
ADVOGADO : LUIZ CARLOS DA SILVA LOYOLA E OUTRO(S) - RJ032511
INTERES. : CONSTRUTORA ALGARVE DE TERESÓPOLIS LTDA

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONSTRUÇÃO E INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. FALÊNCIA DA CONSTRUTORA. RESCISÃO DO CONTRATO DE PERMUTA DO TERRENO MEDIANTE SENTENÇA FALIMENTAR. NOVA ALIENAÇÃO SEM A INDENIZAÇÃO DEVIDA AOS ANTIGOS ADQUIRENTES DAS UNIDADES AUTÔNOMAS DO EMPREENDIMENTO FRUSTRADO. LEGITIMIDADE. TERMO INICIAL DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. CONDENAÇÃO MANTIDA.

1. Polêmica em torno da responsabilidade do proprietário de terreno pelos danos sofridos pelos antigos titulares de promessas de aquisição de unidades autônomas, que tiveram seus contratos desfeitos pela rescisão mais ampla do contrato de permuta de terreno, decretada pelo juízo da falência, no curso do processo falimentar da incorporadora/construtora, que lhes prometera construir apartamentos antecipadamente pagos.

2. Reconhecimento da legitimidade passiva dos proprietários do terreno para responder pelos danos sofridos pelos antigos adquirentes de unidades autônomas, objeto de rescisão contratual, que realizarem nova alienação do imóvel sem a devida indenização, em face do enriquecimento sem causa. Inteligência do artigo 40, § 3º, da Lei 4.591/64.

3. O termo inicial da pretensão indenizatória fundamentada no § 3º do artigo 40 da Lei de Incorporações ocorre no momento da perfectibilização da nova alienação.

4. No caso de permuta de terreno, quando da entrega dos apartamentos, pois, até esse momento, o antigo adquirente tinha a justa expectativa de ser indenizado com a entrega de sua

Superior Tribunal de Justiça

unidade autônoma pela nova construtora, ou pelo antigo proprietário do terreno permutado.

5. Uma das finalidades da incorporação é permitir a venda antecipada de unidades imobiliárias visando a obtenção de recursos para construção e entrega das unidades habitacionais no futuro, constituindo um pacto complexo sustentado essencialmente pela confiança e pela boa-fé contratual.

6. Rescindido o contrato de permuta de terreno, onde se realizaria empreendimento imobiliário, pelo juízo falimentar, respondem seus proprietários pela nova alienação do objeto da rescisão, quando não indenizados os antigos adquirentes das unidades autônomas. Inteligência do § 3º do art. 40.

7. A eventual habilitação do adquirente no processo de falência como credor privilegiado não isenta o proprietário do terreno da restrição legal existente sobre o imóvel.

8. A habilitação do crédito do antigo adquirente da unidade autônoma no processo falimentar do incorporador não autoriza que o proprietário do terreno aliene o bem objeto da rescisão sem que ocorra o devido pagamento da respectiva indenização.

9. Precedentes jurisprudenciais desta Corte.

10. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro e Nancy Andrigli votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr. RICARDO ADOLFO LABANCA BASTOS, pela parte RECORRENTE: GERCI DA PENHA MELICHAR

Brasília, 20 de junho de 2017. (Data de Julgamento)

MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.537.012 - RJ (2013/0328121-5)

RELATOR : MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

RECORRENTE : GERCI DA PENHA MELICHAR E OUTROS

ADVOGADOS : RICARDO ADOLFO LABANCA BASTOS E OUTRO(S) - RJ077661

DAVID PERRUCHO SILVAE E OUTRO(S) - RJ113649

RECORRIDO : PAULO CÉZAR LOPES QUEIRÓZ E OUTRO

ADVOGADO : LUIZ CARLOS DA SILVA LOYOLA E OUTRO(S) - RJ032511

INTERES. : CONSTRUTORA ALGARVE DE TERESÓPOLIS LTDA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

(Relator):

Trata-se de *recurso especial* interposto por GERCI DA PENHA MELICHAR, YARA PENHA MELICHAR, PAULO ROBERTO MELICHAR e ANA CHRISTINA MELICHAR contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ementado nos seguintes termos:

ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA, OU RESSARCIMENTO DO PREÇO. PEDIDOS SUCESSIVOS. CONSTRUÇÃO E INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.

A matéria discutida nos autos refere-se à construção e incorporação de imóveis, submetendo-se às disposições da Lei nº 4.591/64 e do Código Civil/2002, sendo inaplicável à hipótese o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Ficou comprovado nos autos que a Construtora Algarve tinha pleno conhecimento do negócio jurídico celebrado pelos autores, Paulo Cezar e Regina, com a empresa falida, tendo como objeto a unidade 602 do empreendimento em construção.

Registre-se que o contrato firmado entre o Sr. Miroslav e sua mulher e a Construfomas de Niterói foi rescindido por sentença, no Juízo Falimentar e, em consequência, restou extinta a Promessa de Cessão de Direitos referente à unidade nº 602 do empreendimento, celebrada entre a empresa falida e os autores, ora recorrentes adesivos.

Os apelantes 1 e 2 não observaram o disposto no art. 40, § 3º da Lei nº 4.591/64 o qual contém disposição protetiva de natureza cautelar compreendida por restrição patrimonial, que

Superior Tribunal de Justiça

garante ao adquirente de boa-fé, valores que eventualmente tenha investido na aquisição de imóvel, contra eventuais tentativas de frustração de cumprimento do negócio por parte do promitente vendedor ou quem o sucedesse.

No presente caso restou evidente que todos os fatos eram conhecidos dos apelantes, havendo menção expressa nos negócios acerca da responsabilidade quanto aos direitos dos adquirentes promitentes cessionários da unidade 602, que deixaram de ser respeitados, o que ensejou a procedência do pedido deduzido na inicial. DESPROVIMENTO DE TODOS OS RECURSOS.

Foram opostos embargos de declaração por PAULO ROBERTO MELICHAR e OUTROS, que vieram de ser rejeitados, por acórdão ementado nos seguintes termos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO E OMISSÃO NO JULGADO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. Ab initio ressalte-se que a Nona Câmara Cível, por maioria de votos, no julgamento dos apelos interpostos nestes autos decidiu que, na hipótese em discussão, aplica-se o prazo prescricional de 10 anos, 'porque o caso em comento não se enquadra em nenhuma situação específica da lei revogada'. Destaque-se que não cabem Embargos Declaratórios para confrontar o acórdão embargado com outros julgados, bem assim para responder questionamentos formulados pelas partes.

A interposição deste recurso objetiva, por meio do efeito infringente, obter a reforma da decisão, conclusão que se alcança uma vez que toso os argumentos deduzidos já foram debatidos, não representando quaisquer dos critérios para interposição dos embargos declaratórios. No mais, o relator não está obrigado ao exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas apresentadas pelas partes, quando já tenha formado juízo de convencimento, ainda que contrário as teses dos embargantes. RECURSO REJEITADO.

Na origem, ação de adjudicação compulsória, com pedido de antecipação de tutela, e, sucessivo, de indenização, foi movida por PAULO

CÉZAR LOPES QUEIRÓZ e sua esposa, REGINA ASSUNTA RENDE QUEIRÓZ, contra os recorrentes, na qualidade de sucessores de MIROSLAV MELICHAR, e CONSTRUTORA ALGARVE DE TERESÓPOLIS LTDA.

Narraram os autores que, em 28 de julho de 2000, celebraram com CONSTRUFORMAS DE NITERÓI LTDA. uma promessa de cessão de direitos de fração ideal de terreno que corresponderia à unidade de número 602 em edifício a ser construído por essa construtora e incorporadora. O preço de R\$ 145.000,00, a ser adimplido em duas parcelas, foi integralmente pago pelos autores. O contrato foi levado a registro e prenotado junto à matrícula do imóvel, em 13 de agosto de 2001. Os autores informaram que grande parte da obra já havia sido realizada quando, em 29 de novembro de 2001, fora decretada a falência da construtora. Alegam que, ao invés de os adquirentes do imóvel assumirem a obra, os proprietários do terreno, que haviam prometido a venda do bem à construtora mediante obrigação de construção e pagamento em unidades, obtiveram, no juízo falimentar, a resolução do contrato e retomada do terreno. Restituído o imóvel com o respectivo levantamento dos gravames, os autores restaram sem a garantia de sua obra e sem os valores por eles pagos à construtora falida. Aduzem, ainda, serem terceiros adquirentes de boa-fé, já tendo pago a integralidade do preço para aquisição da unidade 602, e que não teriam sido intimados a se manifestarem acerca da resolução do contrato, apesar de interessados.

Noticiaram que, depois de resolvido o contrato com a CONSTRUFORMAS, os proprietários do imóvel contrataram nova construtora, o quinto réu, CONSTRUTORA ALGARVE DE TERESÓPOLIS LTDA., que concluiu a obra e efetuou o negócio sem assegurar os direitos dos autores, razão pela qual, também foi demandada. Por meio da presente demanda, pretendem os autores adjudicar a unidade 602, já construída, ou serem indenizados pelos valores que pagaram, acrescidos de indenização pelos prejuízos morais

sofridos.

A sentença julgou procedente o pedido indenizatório, condenando o terceiro réu PAULO ROBERTO MELICHAR a indenizar os autores, pagando-lhes a quantia de R\$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais) corrigida monetariamente pela tabela do TJRJ, a partir do desembolso das parcelas de R\$ 45.000,00, desde 28 de julho de 2000, e de R\$ 100.000,00, desde 28 de agosto de 2000, acrescidas de juros legais de mora de 1% (um por cento ao mês) desde a citação, ressaltando a esse réu o direito de reembolso proporcional contra o primeiro, segundo e quarto réus.

Ainda, condenou todos réus, solidariamente, incluindo a CONSTRUTORA ALGARVE DE TERESÓPOLIS LTDA., a indenizar os autores pelos danos morais sofridos na ordem de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), corrigidos monetariamente a partir da sentença, acrescidos de juros de mora da citação.

Condenou, por fim, os réus no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, proporcionalmente, sendo o terceiro réu na proporção de 60% desse ônus, devido a sua maior sucumbência, e os demais 40% daqueles valores, 10% para cada (1º, 2º, 4º e 5º).

Contrariados os réus, ora recorrentes, opuseram embargos de declaração, que vieram de ser acolhidos para modificar a partilha dos ônus da sucumbência, estabelecendo a cada parte condenada 10% sobre o valor da condenação, individual ou solidaria, conforme o caso, a título de honorários advocatícios, afastando, assim, a partilha proporcional, anteriormente, estabelecida.

Mantendo-se contrariadas, as partes interpuseram recurso de apelação, tendo os autores recorrido adesivamente.

O Tribunal de origem, por unanimidade, negou provimento ao primeiro e terceiro recursos de apelação e, por maioria, negou provimento ao segundo recurso, conforme ementa supracitada.

Superior Tribunal de Justiça

Após rejeição dos embargos declaratórios opostos pelos sucessores de MIROSLAV MELICHAR, eles interpuseram recurso especial, sustentando, em suas razões, que o acórdão recorrido violou o disposto nos artigos 32 e 40, § 3º, e 43, II, da Lei de Incorporações (4.591/64); 205, 206, § 3º, IV, 1.245 e 1.246 do Código Civil de 2002; 6º da LICC; 267 do Código de Processo Civil de 1973 e 205 da Lei 6.015/73; além de apontarem dissídio jurisprudencial.

Defenderam, em síntese, a ocorrência da prescrição da pretensão indenizatória, a violação à Lei de Incorporações (art. 43, III), a ilegitimidade passiva para responder a presente demanda e a ocorrência da coisa julgada da sentença falimentar.

Presentes as contrarrazões.

O recurso especial foi admitido por decisão monocrática desta relatoria, em juízo de retratação à decisão que havia negado provimento ao agravo em recurso especial.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.537.012 - RJ (2013/0328121-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO

(Relator):

Eminentes Colegas, o presente recurso especial devolve a esta Corte Superior o debate acerca da responsabilidade do proprietário do terreno pelos danos sofridos pelos antigos titulares de promessas de aquisição de unidades autônomas, que tiveram seus contratos desfeitos pela rescisão mais ampla do contrato de permuta de terreno, decretada pelo juízo da falência, no curso do processo falimentar da incorporadora/construtora, que lhes prometera construir apartamentos antecipadamente pagos.

O Tribunal de origem respondeu positivamente a esse questionamento, fundamentando sua decisão no disposto no artigo 40, § 3º, da Lei n.º 4.591/64, por reconhecer indevida a nova contratação feita pelos proprietários do terreno com a nova empresa incorporadora/construtora, sem que antes tivessem sido indenizados os adquirentes das unidades autônomas da primeira incorporação frustrada.

Irresignados, os sucessores dos proprietários condenados interpuseram recurso especial, aduzindo, em síntese, a ocorrência da prescrição da pretensão indenizatória, a violação à Lei de Incorporações (art. 43, III), a ilegitimidade passiva para responder a presente demanda, e coisa julgada da sentença falimentar, além de apontarem dissídio jurisprudencial.

Adianto não merecer provimento o presente recurso especial.

Relembre-se que uma das finalidades da incorporação é a venda antecipada de unidades imobiliárias visando obter recursos para construção e entrega no futuro das unidades habitacionais.

Constitui uma modalidade negocial complexa, prevista na Lei Federal

4.591, de 16 de dezembro de 1964, que, na sua versão original, buscando evitar lesão à economia popular, impôs uma série de exigências e penalidades ao incorporador

A experiência adquirida com o tempo, em especial nas épocas de crises econômicas, que causaram a quebra de inúmeros empreendimentos imobiliários, revelou que tais exigências e penalidades legais não eram suficientes ao fim que se pretendia tutelar.

Estatuiram-se, assim, diversas modificações legislativas, destacando-se a Medida Provisória n. 2.221, de 4 de setembro de 2001, convertida em Lei n. 10.931, de 02 de agosto de 2004.

É um pacto sustentado essencialmente pela confiança e pela boa-fé contratual.

Resumindo o caso, que é bastante complexo devido a uma longa sucessão de fatos e modificações legislativas, frustrado o primeiro empreendimento imobiliário, os proprietários do terreno requereram a rescisão contratual no juízo falimentar, o que lhes foi deferido, com o respectivo levantamento dos gravames, retornando ao estado anterior, via ofícios judiciais.

Após, juntamente com a nova construtora, também demandada neste processo, realizaram novo contrato de incorporação, tendo sido concluída a obra. Isso teria gerado danos aos autores, antigos adquirentes de uma unidade autônoma no primeiro e inacabado empreendimento.

Eis, no que importa para o deslinde da causa, os fatos reconhecidos no acórdão recorrido.

Sobrepondo-se as questões preliminares e prejudiciais (ilegitimidade passiva, prescrição da pretensão indenizatória e efeitos da sentença falimentar), o debate do mérito recursal situa-se em torno da seguinte questão:

Rescindido o contrato de permuta de terreno, onde se realizaria o empreendimento imobiliário, pelo juízo falimentar, respondem seus

Superior Tribunal de Justiça

proprietários pela nova alienação do imóvel objeto da rescisão ?

A resposta é positiva para hipótese de a nova alienação do terreno ter sido realizada sem a prévia indenização dos antigos adquirentes das unidades autônomas, nos termos do artigo 40, § 3º, da Lei de 4.591/64.

Ocorre que, no presente caso, há uma peculiaridade que o distingue dos demais casos já julgados, que é o fato de a rescisão do contrato de permuta do terreno ter ocorrido por decisão judicial no curso do processo falimentar da antiga incorporadora.

Por essa razão, os recorrentes propugnam pela aplicação do artigo 43, inciso III, que trata da hipótese de falência do incorporador e a qualidade do crédito privilegiado dos adquirentes das unidades autônomas, em detrimento do artigo 40, § 3º, do mesmo diploma legal, aplicado pelo Tribunal de origem.

Entendo que a fórmula prevista no primeiro dispositivo legal (crédito privilegiado na falência) não exime os proprietários da garantia legal de indenização prevista no segundo dispositivo (§ 3º do art. 40) para o caso de alienação sem a indenização dos titulares das unidades autônomas, mesmo com a rescisão contratual da permuta decretada pelo juízo falimentar.

Essa conclusão é extraída da interpretação conjunta dos dispositivos legais prequestionados:

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 houve sido*

Superior Tribunal de Justiça

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 dor devido, somente poderão garantir o seu pagamento a unidade e respectiva fração de terreno objeto do presente artigo.

Art. 43. Quanto 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:

(...)

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

Em torno da interpretação do primeiro dispositivo legal aludido, esta Corte Superior já teve diversas oportunidades de se posicionar acerca da melhor exegese da solução estatuída, concordando com a posição esposada pelo eminente Ministro Ari Pargendler, no seu voto-vista, em julgamento realizado nesta Colenda Turma, no Recurso Especial n.º 960.748/RJ, do qual transcrevo a parte que interessa ao presente julgamento:

*As normas embutidas nos parágrafos, e são variáveis, devem ser interpretadas à luz do respectivo caput, **que expressamente se reporta aos efeitos da rescisão do contrato de alienação do terreno ou de fração ideal** sobre as cessões ou promessas de*

cessão de direitos correspondentes à aquisição do terreno.

*Quer dizer, os dois primeiros parágrafos do art. 40 se reportam à construção: direito sobre a construção (§ 1º) e indenização da parcela de construção que o adquirente tiver adicionado à unidade (§ 2º), e os dois últimos dizem respeito a implicações resultantes da falta de pagamento da respectiva indenização: **restrição ao poder de negociar a unidade cujo contrato foi objeto de rescisão (§ 3º) e garantias reservadas ao adquirente para o pagamento da indenização (§ 4º).***

Na mesma linha, a ilustre Ministra Nancy Andrighi procedeu à mesma leitura do disposto no artigo 40 e seus parágrafos, quando do julgamento do Recurso Especial nº 535.438/SP, *verbis*:

Depreende-se que o citado dispositivo tem por finalidade resguardar o direito dos adquirentes das unidades autônomas e evitar o enriquecimento ilícito do proprietário do terreno, em havendo rescisão do contrato de alienação do terreno ou de fração ideal.

Em tal hipótese, não só o terreno, como também o direito sobre a parte da edificação que já foi construída, serão transmitidos para o alienante, em cujo favor se operou a resolução, já que ficam também rescindidas as cessões ou promessas de cessão de direitos correspondentes à aquisição do terreno - aquelas feitas a cada um dos ex-titulares de direito à aquisição de unidades autônomas.

Dessa forma, não poderá o mencionado alienante voltar a negociar seus direitos sobre as unidades autônomas sem a prévia indenização de cada um dos ex-titulares da parcela de construção que haja adicionado à respectiva unidade.

Vê-se, assim, que a sistemática protetiva imposta pelo art. 40 da Lei 4.951/64, mormente a constante nos seus §§ 3º e 4º, busca resguardar direitos correspondentes a aquisição das unidades autônomas, evitando-se o enriquecimento sem causa do proprietário do terreno, em cujo favor se operou a rescisão contratual.

Superior Tribunal de Justiça

Impõe-se, assim, a restrição ao poder de negociar a unidade cujo contrato fora objeto de rescisão, garantindo ao seu antigo adquirente o pagamento da respectiva indenização.

Cumprе ressaltar que a condição para o reembolso aos adquirentes ocorre desde que tenha havido acréscimo, ou construção, ou investimento no terreno.

Esse sistema de proteção legal aos adquirentes de unidades imobiliárias no regime das incorporações converge com a principiologia do sistema de proteção dos consumidores (CDC), tutelando a boa-fé do contratante mais vulnerável econômica e juridicamente.

De outro lado, a partir da leitura do disposto no artigo 43 e seus incisos, especialmente do inciso invocado pelos recorrentes (III), para hipótese de falência do incorporador, como já adiantei, tenho que não são incompatíveis, mas complementares, eis que ambos são sistemas jurídicos de proteção dos adquirentes das unidades autônomas.

O enunciado normativo do dispositivo legal aludido eleva o crédito dos adquirentes das unidades autônomas a qualidade de credores privilegiados, pelas quantias pagas ao incorporador.

Somam-se, destarte, os mecanismos de proteção dos adquirentes de unidades autônomas, que foram lesados pela quebra da incorporadora.

Mesmo a circunsância da habilitação do adquirente no processo de falência como credor privilegiado não isenta o proprietário do terreno da restrição legal existente sobre o imóvel, ficando condicionada qualquer nova alienação ao pagamento da respectiva indenização.

Dessa forma, não merece acolhida a alegação de violação ao disposto no artigo 43, inciso III, da Lei n.º 4.591/64, conforme a interpretação a ele conferida pelo Tribunal de origem, reconhecendo que houve a alienação do imóvel, objeto da rescisão, sem que se tivesse ocorrido o pagamento da indenização.

Enfim, a habilitação do crédito do adquirente da unidade autônoma no processo falimentar do incorporador não autoriza que o proprietário do terreno aliene o objeto da rescisão sem que haja o devido pagamento da respectiva indenização, sob pena de seu enriquecimento sem causa.

Essa é a interpretação mais razoável dos mecanismos legais de tutela dos interesses dos adquirentes das unidades autônomas frente a duas situações fáticas críticas, consistentes na rescisão contratual da permuta do terreno sobre o qual se ergueria a obra e na falência do incorporador.

Nesse sentido:

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 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.

(REsp 489.281/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Rel. p/ Acórdão Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 03/06/2003, DJ 15/03/2004, p. 276)

Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, no paradigma acima citado, da relatoria da eminente Ministra Nancy Andrighi, em julgamento realizado nesta Colenda Terceira Turma (Recurso Especial n.º 535.438/SP), foi, inclusive, além, aplicando a restrição legal, deste sistema protetivo do adquirente, em hipótese em que não ocorrera a rescisão propriamente dita, por analogia, buscando proibir a comercialização das novas unidades autônomas sem antes serem indenizados os adquirentes da primeira construtora falida.

Se esta Corte Superior já corroborou a aplicação da vedação da alienação do imóvel, objeto de rescisão, pelo proprietário a novo construtor, por analogia, com mais razão incide tal restrição em favor dos antigos adquirentes enquanto não lhes for paga a devida indenização.

Nesse sentido:

Processo Civil e civil. Recurso especial. Fundamento inatacado. Incorporação imobiliária. Aplicação por analogia de dispositivo. Possibilidade. Peculiaridades do caso concreto.

- É inadmissível o recurso especial se existe fundamento inatacado capaz, por si só, de manter a conclusão do julgado.

- Diante das peculiaridades do caso concreto, em que se constatou irregularidades decorrentes da ausência de contrato de promessa de venda ou de permuta das frações ideais do terreno, permitindo à incorporadora promover a incorporação, o que ensejou a rescisão dos contratos de promessa de compra e venda de unidades autônomas, salientando-se que a incorporadora é proprietária de parte do terreno, é possível a aplicação por analogia do art. 40, § 3º, da Lei das Incorporações, para impossibilitar a alienação pela incorporadora das unidades autônomas até que esta restitua aos respectivos ex-titulares os valores das parcelas de construção que adicionaram à unidade. Recurso especial não conhecido. (REsp 535.438/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/05/2004, DJ 14/06/2004, p. 217)

Destaco o voto-vista, do eminente Ministro Castro Filho, o seguinte trecho:

*"Nesse linha de raciocínio, tenho ser perfeitamente cabível a aplicação analógica do artigo 40 da Lei nº 4.591/64 ao caso em análise, ante a presença desse elemento de identidade essencial, fundamental, entre o fato jurídico que deu origem aos dispositivo e a situação nos autos, representado pela proteção do direito dos ex-titulares de haverem do alienante o valor das parcelas de construção que adicionaram à respectiva unidade, simplesmente para que, com a rescisão contratual, **todos** retornem à situação anterior à celebração do contrato, sob pena de se prestigiar o enriquecimento indevido da incorporadora."*

Esse é o panorama legal e jurisprudencial que envolve o caso dos autos, devendo-se reconhecer a existência de restrição à nova alienação do terreno, enquanto não for paga a devida indenização aos ex-adquirentes.

Voltando os olhos ao caso específico dos autos, em especial ao processo falimentar, já analisando a argumentação dos proprietários no sentido de que estavam munidos de uma sentença judicial de rescisão contratual e de ofícios judiciais para levantamentos dos gravames, destaco alguns aspectos.

O primeiro deles diz respeito ao fato da existência de benfeitorias, ou seja, acréscimos, construções e investimentos no terreno, objeto da rescisão contratual, conforme se extrai do requerimento de rescisão feita ao juízo falimentar pelos recorrentes (e-STJ Fl. 70).

Por essa situação, já se depreende um enriquecimento sem causa aos proprietários que obtiveram um acréscimo patrimonial com recursos dos ex-adquirentes das unidades autônomas, pois receberam o terreno dado em permuta com melhorias.

Extrai-se da sentença, *verbis* (e-STJ Fl. 313):

De outro lado, a construtora assumiria uma obra já iniciada, onde já havia sido empregado o capital dos autores, sem que para isso pagasse mais aos proprietários ou aos autores qualquer quantia. Como se observa no "Instrumento Público de Ajuste para a Realização de Empreendimento, sob o regime de 'Condomínio

Fechado' (cláusula 4.1 - fls. 118), as unidades que seriam dadas aos proprietários do solo não participariam do rateio, porque seriam dadas em sub-rogação pela compra do imóvel como pagamento do preço, ali incluídos os custos com as benfeitorias já existentes. Isso significa que as benfeitorias foram inteiramente aproveitadas pela nova construtora, em seu benefício e em benefício dos proprietários do terreno, como evidente enriquecimento ilícito em desfavor dos autores.

O segundo diz respeito ao fato de a sentença falimentar em momento algum ter garantido aos proprietários o pleno exercício de domínio do terreno, objeto da rescisão, tanto que ressalvou ao final que **eventual benfeitoria realizada pela falida, se for o caso, deverá ser ressarcida** (e-STJ Fl. 83).

Com isso, a sentença falimentar não eximiu os proprietários do terreno da restrição legal contida no parágrafo 3º do artigo 40 da Lei 4.591/64.

Aliás, sequer poderia fazê-lo, sob pena de impor ônus a quem do processo não participou.

O terceiro fato diz respeito a promoção do ilustre representante do Ministério Público, assinalando que, até aquele momento, não havia nenhum outro credor habilitado, senão o que promoveu o processo falimentar e os proprietários do terreno que abriram mão de seus créditos para postular a rescisão contratual (e-STJ Fl. 79)

Assim, rescindir o contrato de permuta, por si só, não causa dano, sequer é um procedimento indevido.

A vedação legal consta na nova alienação sem que se indenizem os ex-adquirentes das unidades autônomas.

Essas peculiaridades do caso são suficientes para justificar a rejeição das preliminares articuladas no presente recurso especial.

Primeiramente, são partes legítimas para responder a presente demanda os sucessores dos proprietários do terreno, objeto da rescisão do contrato, que foi novamente alienado sem a devida indenização legal aos ex-adquirentes.

Portanto, alienado o imóvel que continha restrição legal, devem responder pelos danos causados.

Da mesma forma, a arguição de prescrição da pretensão indenizatória não merece acolhimento.

Não há como considerar como termo inicial da pretensão dos autores a sentença falimentar.

Não foi esse o fato que originou a pretensão indenizatória, fundamentada no § 3º do artigo 40.

Como já aludido, a decisão do juízo falimentar que decretou a rescisão do contrato, por si só, não causou danos aos ex-adquirentes das unidades autônomas.

O dano adveio do descumprimento do descumprimento da vedação legal de nova alienação do imóvel objeto de rescisão (terreno) sem o pagamento da devida indenização aos ex-adquirentes.

Portanto, o marco inicial da pretensão dos ex-adquirentes não é a data da sentença que rescindiu a permuta do terreno, mas o momento da sua ciência da realização da nova **alienação** do terreno sem o pagamento da indenização.

Ressalto que a nova alienação se deu, novamente, por contrato de permuta, entregando os proprietários o terreno e recebendo em troca seis apartamentos, com a singela diferença de que, ao invés do apartamento 702 do primeiro contrato, receberiam o apartamento 602, justamente o adquirido pelos autores, conforme se extrai da sentença (e-STJ FL. 313):

Observe-se que no primeiro contrato de promessa de venda com obrigação de construir celebrado entre os proprietários e a construtora anterior (fls. 36) receberiam eles, como pagamento da venda, seis unidades (101, 102, 301, 302, 701, 702).

No segundo contrato, celebrado pelos proprietários com a nova construtora (quinto réu), eles receberam também seis unidades (101, 102, 301, 302, 701, 602), dentre elas a unidade que havia

Superior Tribunal de Justiça

sido alienada aos autores, ou seja, a unidade 602, em substituição à 702. Não teriam, portanto, nenhum prejuízo.

De outro lado, a construtora assumiria uma obra já iniciada, onde já havia sido empregado o capital dos autores, sem que para isso pagasse mais aos proprietários ou aos autores qualquer quantia.

Como se observa no "Instrumento Público de Ajuste para a Realização de Empreendimento, sob o regime de 'Condomínio Fechado' (cláusula 4.1 - fls. 118), as unidades que seriam dadas aos proprietários do solo não participariam do rateio, porque seriam dadas em sub-rogação pela compra do imóvel como pagamento do preço, aí incluídos os custos com as benfeitorias já existentes.

Isso significa que as benfeitorias foram inteiramente aproveitadas pela nova construtora, em seu benefício e em benefício dos proprietários do terreno, com evidente enriquecimento ilícito em desfavor dos autores.

Portanto, a violação do direito subjetivo dos autores de serem indenizados, com fundamento no artigo 40, § 3º, da Lei 4.951/64, ocorreu no momento da perfectibilização do contrato de permuta, ou seja, quando a nova construtora entregou os seis apartamentos sem indenizar os ex-adquirentes.

Conforme indicado no recurso especial dos réus, isso ocorreu em 22 de julho de 2008, tendo sido a presente demanda ajuizada em 10 de agosto de 2009.

Assim, ainda não havia transcorrido o prazo de prescrição trienal da pretensão indenizatória dos requerentes.

Ante todo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2013/0328121-5

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.537.012 / RJ

Números Origem: 00112381320098190061 112381320098190061 201324557106

PAUTA: 20/06/2017

JULGADO: 20/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **DURVAL TADEU GUIMARÃES**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GERCI DA PENHA MELICHAR E OUTROS
ADVOGADOS : RICARDO ADOLFO LABANCA BASTOS E OUTRO(S) - RJ077661
DAVID PERRUCHO SILVA E OUTRO(S) - RJ113649
RECORRIDO : PAULO CÉZAR LOPES QUEIRÓZ E OUTRO
ADVOGADO : LUIZ CARLOS DA SILVA LOYOLA E OUTRO(S) - RJ032511
INTERES. : CONSTRUTORA ALGARVE DE TERESÓPOLIS LTDA

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Coisas - Promessa de Compra e Venda

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. **RICARDO ADOLFO LABANCA BASTOS**, pela parte RECORRENTE: GERCI DA PENHA MELICHAR

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.