

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC
EXMO. SR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA F. PÚB. E. FISC.A. do TRAB. e REG.
PÚB. DA COMARCA DE TUBARÃO – SANTA CATARINA.

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão
SIG nº 08.2015.00006625-1

O Ministério Público, por seu órgão signatário, com atuação na Curadoria de Defesa do Consumidor, no uso de suas atribuições legais e constitucionais, com fulcro no art. 129, inciso III, da Constituição da República; nos artigos 1º, inciso II e V; 5º, inciso I ambos da Lei n. 7.347/85; e a Lei n. 8.078/90 (CDC), vem à presença de Vossa Excelência para propor a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** contra:

CRICIÚMA CONSTRUÇÕES LTDA, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ 83.812.404/0001-07, representada por Rogério Cizeski (CPF n. 482.126.879-53), sediada na Rodovia Luiz Rosso, 1.090, bairro Fábio Silva, Criciúma/SC, CEP 88803-470;

EDIFÍCIO RESIDENCIAL E COMERCIAL CORONEL CABRAL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIO LTDA, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ 13.428.248/0001-26, representada por Rogério Cizeski (CPF n. 482.126.879-53), sediada na Rodovia Luiz Rosso, 1.090, bairro Fábio Silva, Criciúma/SC, CEP 88803-470;

RCF INCORPORADORA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ CNPJ 10.746.753/0001-02, representada por

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

Rogério Cizeski (CPF n. 482.126.879-53), sediada na Rodovia Luiz Rosso, 1.090, sala 16, bairro Fábio Silva, Criciúma/SC, CEP 88803-470;

ROGÉRIO CIZESKI, brasileiro, casado, filho de Carlos Estefano Cizeski e Gentile Serafin Cizeski, nascido em 29/05/1963, natural de Morro da Fumaça/SC, sócio-proprietário da Criciúma Construções Ltda, Edifício Residencial e Comercial Coronel Cabral Empreendimento Imobiliário Ltda e RCF Incorporadora Ltda, CPF n. 482.126.879-53, residente na Rua Augusto dos Anjos, 250, Pio Corrêa, Criciúma/SC;

GENTILE CATARINA SERAFIN CIZESKI, brasileira, viúva, sócia-proprietária da Criciúma Construções Ltda., nascida em 13/03/1925, natural de Urussanga/SC, CPF n. 799.146.599-34, residente na Rod. Municipal Germano Maganin, s/n, Linha Torrens, CEP 88830-000, Morro da Fumaça/SC; em razão dos seguintes fatos e direito:

I- DOS FATOS

Instaurou-se nesta Promotoria de Justiça o Inquérito Civil n. 06.2014.00005718-1, com o escopo de "apurar responsabilidades e adotar providências no tocante ao inadimplemento de contrato pela Empresa Criciúma Construções, a qual estaria descumprindo o prazo de entrega dos apartamentos do Edifício Alameda Central, localizado na cidade de Tubarão/SC, bem como infringindo os direitos dos adquirentes elencados no Código de Defesa do Consumidor."

O referido Inquérito Civil teve início a partir de reclamação individual de um consumidor que se queixava do atraso na construção do Edifício Alameda Central, em processo de edificação e havia sido comercializado pela Criciúma Construções Ltda., pessoa jurídica que tem como sócios os réus Rogério Cizeski e Gentile Catarina Serafim Cizeski.

O imóvel sobre o qual se encontra edificado parcialmente o empreendimento possui quatorze pavimentos com cinco apartamentos em cada um, e encontra-se registrado na matrícula n. 61479, perante o 2º Ofício de Registro de Imóveis em nome de Edifício Residencial e Comercial Coronel Cabral Empreendimento Imobiliário, ora requerido, e que tem como sócios os requeridos Rogério Cizeski e RCF Incorporadora Ltda.

A instrução do referido Inquérito Civil levou à conclusão de que a empresa Criciúma Construções passou a ter graves problemas financeiros, fatos estes que a levaram a descumprir sistematicamente as obrigações contratuais assumidas com seus clientes, mormente acerca do prazo de entrega das obras. Contudo, a empresa continuava a exercer suas atividades no ramo imobiliário normalmente.

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

Devido a esses problemas, o sócio-administrador Rogério Cizeski passou a constituir diversas pessoas jurídicas para conseguir dar continuidade aos respectivos empreendimentos, os quais estão espalhados por várias cidades do sul do país.

A situação da empresa tornou-se caótica a partir do início de maio do ano de 2014, quando, além dos atrasos na entrega dos empreendimentos, deixou de pagar alugueis, obrigação assumida contratualmente com consumidores, e também deixou de atendê-los e prestar informações sobre o andamento das edificações.

Por oportuno, cabe salientar que o grupo econômico liderado pela Criciúma Construções Ltda. é composto por 04 principais empresas: a própria Criciúma Construções Ltda. (CNPJ 83.812.404/0001-07), a Cizeski Incorporadora Ltda. (CNPJ 11.100.180/0001-08), a Cizeski Construções Ltda. (CNPJ 10.345.050/0001-64) e a RCF Incorporadora Ltda. (CNPJ 10.746.753/0001-02). Todas contêm como sócios Rogério Cizeski e sua mãe Gentile Catarina Serafin Cizeski.

Ocorre que, para quase todos os empreendimentos de condomínio vertical que lançou, a Criciúma Construções Ltda. formou uma sociedade limitada de propósito específico (SPE). Dessa forma, atualmente, existem outras empresas, cuja composição societária, na maioria das vezes, apresenta uma daquelas quatro empresas principais e Rogério Cizeski.

Todavia, apesar da criação dessas sociedades limitadas, todos os negócios praticados por esse grupo econômico estampam a marca da Criciúma Construções Ltda., o que revela que esta é a empresa líder e a marca pública que os consumidores conhecem e até agora confiavam. Ademais, tal circunstância permite visualizar clarivamente uma unicidade empresarial entre todas as pessoas jurídicas que compõem o grupo econômico.

Segundo informações obtidas junto à 07ª Promotoria de Justiça de Criciúma, as quais estão acostadas em Mídia anexa a esta Inicial, constata-se que os prazos de entrega dos empreendimentos, em quase sua totalidade, já estão vencidos ou foram dilatados, unilateralmente, pelos requeridos, em pelo menos 02 anos, tendo casos em que tais prazos foram aumentados em 08 anos.

Na cidade de Tubarão, de acordo com informações apresentadas pela reclamante Cinthia Goulart de Godoy, o prazo de entrega inicial do Edifício Alameda Central era em dezembro de 2015 e, posteriormente, foi estendido para dezembro de 2016, podendo ainda ser prorrogado para dezembro de 2018. Ocorre, que a obra está parada desde fevereiro de 2014, sem qualquer perspectiva de ser retomada, ante a situação caótica que passa a empresa.

As fotografias anexadas comprovam essa assertiva e demonstram que o imóvel encontra-se com as obras paralisadas e sem previsão de

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

término, gerando evidentes prejuízos aos consumidores que pagaram total ou parcialmente por unidades nesse empreendimento.

No dia 13 de outubro de 2014 compareceram perante a 4ª Promotoria de Justiça de Tubarão, alguns adquirentes de unidades imobiliárias junto ao empreendimento Alameda Central, os quais informaram que, considerando a paralisação da obra, entraram em contato com o Banco do Brasil, eis que o empreendimento foi financiado pela mencionada instituição financeira e foi objeto de garantia hipotecária, consoante se depreende do instrumento particular de abertura de crédito para construção de empreendimento imobiliário em anexo.

Segundo as informações apresentadas pelo gerente à comissão de representantes de proprietários, o banco não havia repassado qualquer valor para a empresa Criciúma Construções ou para o Alameda Central, de sorte que só o faria quando a obra atingisse 20 %.

Os adquirentes, ainda relataram ao Ministério Público que: *"em junho de 2014, alguns integrantes da comissão diligenciaram novamente junto à empresa para averiguar a razão do descumprimento do que fora alegado anteriormente; que foram informados da contratação, pela Criciúma Construções, de um comitê gestor de crise para resolver todos os impasses da empresa, inclusive, de outros empreendimento que não o ora apurado, sendo o presidente do comitê o Advogado Juceli, da WS Assessoria Jurídica, situado em Criciúma; posteriormente, tendo a situação permanecido inalterada, a comissão diligenciou, outra vez, junto ao Banco do Brasil para averiguar qual seria a postura dele em relação a todo o ocorrido até aquele momento, tendo o Sr. Milton informado que o Banco do Brasil, repassou todos os contratos celebrados entre o banco e a Criciúma Cosntruções para o setor responsável do banco no Estado de São Paulo e que posteriormente, seria dada uma posição do Banco, sendo que, todavia, nada foi feito pelo Banco; novamente, a comissão entrou em contato com o comitê gestor da crise e foi instruída no sentido de tocar a obra por sua conta pois a situação da Criciúma Construções era irreversível; em meio as tratativas com o comitê, foi divulgada uma nota pelo próprio comitê, comunicando o seu desligamento da empresa Criciúma Construções, o que frustrou a continuidade das negociações com o Comitê; os declarantes informam que o Sr. Juceli, Advogado presidente do comitê gestor, informou que a obra Alameda Central não havia recebido nenhum repasse pelo Banco do Brasil, que era o agente financiador, informação, inclusive, em consonância com aquela repassada pelo Sr. Milton, gerente empresarial do Banco do Brasil; já no mês de julho de 2014, a Comissão se dirigiu novamente até o Banco do Brasil para cobrar uma postura com relação a obra e recebeu a notícia divergente das até então repassadas, que em Janeiro de 2014, o Banco havia feito, inicialmente, um repasse de cerca de R\$700,00 (setecentos mil reais), mas acreditava ser maior; que a comissão, inclusive, indagou se havia algum saldo positivo na conta do empreendimento Alameda Central, cuja razão social é Empreendimento Imobiliário Residencial e Comercial Coronel Cabral Ltda., e foi informado pelo Sr. Milton que havia saldo aproximado de R\$100.000,00 (cem mil reais) mas que os juros bancários estavam consumindo tal valor; que diante das*

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

divergências das informações oriundas do Banco do Brasil, que num primeiro momento disse não ter repassado nada e depois confirmou a existência de um repasse, o Sr. Milton silenciou; [...] Que em agosto de 2014, em reunião com representantes da Criciúma Construções foi confirmado pelo Sr. Constantino, irmão do proprietário da Criciúma Construções, Sr. Rogério Cizeski, que, de fato, a empresa teve repasse do banco do Brasil, no valor de R\$1.448.000,00 (hum milhão, quatrocentos e quarenta e oito mil reais), mas não soube explicar porque a empresa até então havia omitido tal fato; nas duas últimas reuniões, ocorridas nos meses de setembro e outubro de 2014, a empresa Criciúma Cosntruções passu a procurar a comissão de maneira insistente, para que os adquirentes aceitassem o repasse administrativo da obra, assumindo na integralidade, todas as dívidas relacionadas ao empreendimento, inclusive, a dívida bancária, sem no entanto, qualquer ajuda financeira da empresa Criciúma Cosntruções, que já recebeu, pelo empreendimento, cerca de R\$6.000.000,00 (seis milhões de reais) e apenas investiu cerca de R\$1.500.000,00 (um milhão e meio), o que equivale a cerca de 15% da obra; quando a comissão questionou acerca de como se daria o pagamento dos valores recebidos pela construtora e não aplicados ou revertidos em favor do empreendimento, a empresa informou que no atual cenário não tem condições de pagar nada, chegando a sugerir aos compradores que buscassem socorro junto ao Banco para ver possíveis alternativas".

No dia 21 de outubro de 2014, compareceram novamente nesta Promotoria de Justiça a comissão de adquirentes de unidades imobiliárias do Edifício Alameda Central, juntamente com o diretor financeiro e uma advogada da Criciúma Construções. Na ocasião, os representantes da empresa presentes na audiência discorreram acerca da precária situação da empresa e das dificuldades em honrar os contratos celebrados com os adquirentes do Edifício Alameda central, em vista, inclusive, de iminente falência. Aduziram, que a empresa estava disposta a repassar a obra aos adquirentes, sugerindo que se organizassem em associação. Veberaram qua ainda faltavam sete unidades residenciais e 1 comercial a serem vendidas. Por sua vez, a comissão de proprietários informou que a obra está apenas 16 % concluída e que ambas as partes estariam dispostas a chegar em um consenso para transferirem a propriedade imobiliária e assumirem o crédito existente junto ao Banco do Brasil, o qual seria de R\$ 7.751,388,00, sendo que deste valor já foram repassados à construtora cerca de R\$ 1.440.000,00.

Por conseguinte, foram apresentados nesta Promotoria de Justiça pela comissão de proprietários a Ata, Estatuto e certidão de Personalidade Jurídica da Associação dos Promitentes Compradores das Unidades Autônomas do Edifício Alameda Central (APCCAC), a qual tem por objetivo organizar o funcionamento e respectiva gestão coletiva do Edifício Alameda Central.

Como se vê, os requeridos não estão agindo com responsabilidade e boa-fé em relação aos consumidores, de modo que não sobra alternativa ao Ministério Público senão acionar os responsáveis, solidariamente, para que arquem com os prejuízos sofridos pelo grupo de consumidores lesados.

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

É imperioso que o Poder Judiciário coíba a atuação ilegal dos Requeridos enquanto os prejuízos ainda podem ser reparados, ao menos em tese. Deveras, aguardar-se, ainda mais, para a adoção de medidas enérgicas poderá acarretar, ao final da demanda, o esvaziamento de qualquer resultado prático objetivado por meio desta ação de tutela dos direitos dos consumidores.

Evidencia-se que os consumidores têm sido mantidos em estado de ignorância pelos requeridos, cerceados em seus direitos mais básicos. Não dispõem de qualquer espécie de garantia de que seus investimentos não se perderão, já que ao que tudo indica a empresa não dispõe de liquidez, e se encontram em um turbilhão de emoções que não se confundem com um simples mal-estar causado pelo atraso de alguns dias na entrega de uma simples obra.

Dessa forma, estando perfeitamente demonstrado os danos causados aos consumidores pelos requeridos, e não havendo possibilidade de solução destes problemas extrajudicialmente, não resta outra alternativa senão o ajuizamento da presente ação civil pública.

II – DA LEGITIMIDADE ATIVA

De início, salienta-se que o vigente texto constitucional confere legitimidade ao Ministério Público para zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia; ao mesmo tempo, assegura, como função institucional, a promoção da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (artigos 127 e 129, II e III, C.F.):

“Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.
[...]”

“Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

[...]”

Sabe-se que o Ministério Público atua na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores, sendo parte legítima para propor demandas em juízo nos casos de violação ou afetação dos interesses dessa

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

classe, na forma dos artigos 81 e 82, inciso I, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

A propósito:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGENEOS. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Tratando-se de tutela de interesses individuais homogêneos, o Ministério Público é parte legítima para intentar a ação civil pública. Arts. 81, parágrafo único, III, combinado com o art. 82, I, do CDC. Art. 21 da Lei nº 7.347, de 24.7.1985. Recurso especial conhecido, em parte, e provido (4ª Turma – Recurso Especial n. 439.509-SP, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 18/05/2004).

Indiscutível, destarte, a legitimação do Ministério Público, por intermédio de seu Órgão de execução, para figurar no polo ativo da presente ação.

III – DA LEGITIMIDADE PASSIVA E DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS REQUERIDOS

Não há qualquer espécie de dissenso quanto à legitimidade passiva das pessoas jurídicas requeridas, já que são consideradas fornecedores conforme os ditames do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que oferecem um produto - bem imóvel - (art. 3º CDC) que é adquirido por pessoas destinatárias finais, portanto, consumidores (art. 2º, CDC).

Já os sócios-proprietários da Criciúma Construções Ltda, Rogério Cizeski e Gentile Catarina Serafim Cizeski integram o polo passivo pois são as pessoas físicas que administram o grupo econômico, sendo responsáveis pelas decisões e, conseqüentemente, pelas infrações às normas consumeristas cuja reparação é buscada por meio da presente ação.

As empresas que se inserem no contexto do Grupo Criciúma Construções Ltda., como visto, atuam como se fossem apenas uma e, de fato, o são. Encontram-se no mesmo endereço, comercializam os mesmos empreendimentos, possuem o mesmo patrimônio, os mesmos sócios, de modo que devem responder solidariamente. A teoria da aparência, consagrada pelo Direito do Consumidor, faz com que, ao consumidor de boa-fé, como no caso, sejam consideradas como uma só.

Tal é o entendimento já consagrado no STJ, nos julgados REsp nº 139.400-MG, 434.865-RO, 775.776-PR e 879.113-DF. Todos os julgados acima, relacionados a questões envolvendo instituições financeiras, trouxeram à responsabilidade passiva solidária as empresas que fazem parte do mesmo grupo econômico.

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

No caso em tela, o próprio grupo econômico requerido foi chamado perante o Ministério Público, em Criciúma/SC, no Inquérito Civil n. 06.2014.00004944-8, de modo que em todos os momentos, manifestou-se como a administradora das demais 4 (quatro) principais empresas do grupo e das dezenas de sociedades limitadas de propósitos específicos. Tal situação, traduz a unicidade do grupo, cuja marca publicamente conhecida é a da Criciúma Construções Ltda.

Nesta toada, dispõe o art. 7º, parágrafo único, do CDC, que, tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Ainda, o art. 18 do CDC estabelece que os fornecedores de produtos de consumo duráveis (no caso unidades habitacionais autônomas) respondem solidariamente pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes de mensagem publicitárias.

Evidencia-se, assim, que todos os requeridos devem responder solidariamente pela reparação dos danos aos consumidores em decorrência de todos os fatos descritos no início desta petição inicial.

Além disso não passa despercebido o fato de que o representante legal das empresas do grupo é a mesma pessoa, ou seja, o Sr. Rogério Cizeski, de sorte que não há como se falar em desconhecimento dos fatos praticados por uma ou outra empresa.

Portanto, as unidades autônomas, assim constituídas, por serem objeto de interesse em relação de consumo e estarem destinadas a satisfazer a necessidade de moradia ou lazer dos adquirentes, são produtos e, assim, consequentemente, é fornecedor quem, desenvolvendo atividade mercantil ou civil, os oferece ao mercado, como no caso das requeridas.

III.I – Da Desconsideração Da Personalidade Jurídica

No caso em tela, mister a desconsideração da personalidade jurídica das empresas elencadas no início desta exordial, com o escopo de a reparação dos danos alcançar o patrimônio de Rogério Cizeski e Gentile Catarina Serafin Cizeski, pessoas físicas sócias-proprietárias da Criciúma Construções Ltda e suas subsidiárias.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor ao tratar da desconsideração da personalidade jurídica assim dispôs:

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores

Na regra geral, estabelecida no dispositivo do Código Civil, tem-se que os requisitos autorizadores da desconsideração da personalidade jurídica são estreitos, uma vez que é indispensável a demonstração do "abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial".

Já no Código de Defesa do Consumidor, como visto acima, essas exigências são menores, bastando apenas que se comprove a insolvência da sociedade empresarial para que seja possível a desconsideração da pessoa jurídica.

Ao analisar as diferenças entre a teoria prevista no Código Civil e a teoria prevista no Código de Defesa do Consumidor, Leonardo de Medeiros Garcia leciona que:

A teoria maior tem base sólida e se trata da verdadeira desconsideração, vinculada à verificação do uso fraudulento da personalidade jurídica, ou seja, apresenta requisitos específicos para que seja concretizada. Já a teoria menor tem aplicação a qualquer situação em que haja insolvência da sociedade. Neste último caso, a fraude é presumida. Dessa forma, é chamada de "menor" justamente porque independe de requisitos específicos, bastando a insolvência da pessoa jurídica. (*GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor: código comentado, jurisprudência, doutrina, questões. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 216*)

Neste sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURIDICA Relação de consumo Incidência da sua teoria menor, também reflexo do risco empresarial Art. 28, § 50, do CDC. Obstáculo meramente objetivo à satisfação dos interesses do consumidor que atende à exigência legal. Desnecessária a presença concreta de abuso e/ou de fraude. Princípio da confiança. Hipótese em que, presentes seus requisitos legais, é dever do juiz decretá-la. Jurisprudência do STJ e desta Côrte. Inclusão dos administradores no polo passivo que impede posteriores fraudes e preserva direitos de terceiros de boa-fé Recurso provido (TJSP - AI: 654749820128260000 SP 0065474-98.2012.8.26.0000, Relator: Ferreira da Cruz, julgamento 15/08/2012).

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

Destarte, restando demonstrada a insolvência da Criciúma Construções Ltda. e das suas subsidiárias, e encontrando-se elas inadimplentes com os consumidores que adquiram unidades autônomas do empreendimento Alameda Central, mostra-se imprescindível a desconsideração da personalidade jurídica para alcançar o patrimônio de Rogério Cizeski e Gentile Serafim Cizeski, os quais, enquanto pessoas físicas administradores das empresas, são co-responsáveis pela reparação dos danos causados aos consumidores.

IV – DO DIREITO

Os direitos dos consumidores e de propriedade que se buscam resguardar com a presente ação tem previsão expressa no art. 5º, caput e inciso XXXII, da Constituição Federal, e estão elencados no rol dos direitos e garantias fundamentais.

A tutela dos consumidores também é prevista como princípio geral da atividade da econômica previsto no art. 170, inc. V, da Constituição Federal.

Em abono aos direitos dos consumidores previstos na Carta Magna, o legislador editou a Lei n. 8.078/90, cujos dispositivos estabelecem normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social.

Nesta seara, cumpre destacar o escólio de Leonardo de Medeiros Garcia:

A defesa do consumidor não é incompatível com a livre iniciativa e o crescimento econômico. Ambos estão previstos como princípios da ordem econômica constitucional, de acordo com o disposto no art. 170 da CF. Com isso, o Código de Defesa do Consumidor procura compatibilizar a defesa do consumidor com a livre iniciativa.

Nesse sentido, o empresário somente tem assegurado o livre exercício da atividade econômica (parágrafo único do art. 170 da CF) se respeitar e assegurar os direitos do consumidor.

Assim é que, em atendimento ao mandamento constitucional, foi elaborado o Código de Defesa do Consumidor com intuito de intervir nas relações de consumo para a proteção do sujeito vulnerável, desigual na relação com o fornecedor, de modo a manter o equilíbrio e a igualdade nas contratações.

Trata-se de um verdadeiro microsistema jurídico, em que o objetivo não é tutelar os iguais, cuja proteção já é encontrada no Direito Civil, mas justamente tutelar os desiguais, tratando de maneira diferente fornecedor e consumidor com o fito de alcançar a igualdade. O CDC constitui um microsistema jurídico multidisciplinar em que possui normas que regulam todos os aspectos da proteção do consumidor, coordenadas entre si, permitindo a visão de conjunto das relações de consumo. (GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: código comentado, jurisprudência, doutrina, questões*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010, p.7-8)

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

No presente caso, verifica-se lesão aos direitos consumeristas, na medida em que os requeridos prevaleceram-se do desconhecimento, por parte dos consumidores, a respeito da deficiente gestão que estavam imprimindo às empresas, precisamente, dado ao atraso na entrega de diversas obras em diversas cidades, continuaram a efetuar a venda e realizar publicidade de seus empreendimentos, quando já evidente a impossibilidade de honrar os compromissos firmados com os consumidores. Nota-se, ainda, que parte dos consumidores efetuavam o pagamento das unidades residências por meio de permuta de imóveis que já possuíam.

Destarte, mostra-se cristalina a afronta à norma presente no artigo 39, inciso IV, do CDC, a qual dispõe que é vedado ao fornecedor de serviços [...] prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhes seus produtos ou serviços.

Outrossim, verifica-se que os serviços prestados pelos requeridos apresentaram vício de qualidade, nos termos do § 2º do art. 20 do Código de Defesa ao Consumidor, a saber: “São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade”. Ora, quando um consumidor firma contrato de compromisso de construção, como é o caso dos autos, espera que esse contrato seja cumprido, ou seja, que as obras sejam concluídas e as unidades residenciais entregues.

Em consonância com as aludidas normas, prevê o art. 6º, inc. VI do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

Ainda, dispõe o art. 20 do CDC:

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

Assim sendo, tendo os requeridos causado prejuízo material às vítimas, devem responder pelos danos causados, uma vez que, embora sabendo que não prestariam mais os serviços contratados, receberam imóveis e compensaram boletos bancários que foram emitidos com vinculação aos contratos de compromisso de construção.

IV.I. Da violação de deveres do incorporador.

O regramento da incorporação imobiliária está previsto na Lei n. 4.591/64, com as alterações promovidas ao longo do tempo por normas ulteriores.

Segundo a referida Lei, *considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas* (art. 28, parágrafo único).

Por sua vez, considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que 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 (art. 29).

Como se vê, todas as pessoas elencadas no rol passivo desta demanda são consideradas incorporadoras nos termos do referido artigo.

No que tange aos direitos e obrigações do incorporador, o art. 43 da lei acima mencionada dispõe que:

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

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

III - em caso de falência do incorporador, pessoa física ou jurídica, e não ser possível à maioria prosseguir na construção das edificações, os subscritores ou candidatos à aquisição de unidades serão credores privilegiados pelas quantias que houverem pago ao incorporador, respondendo subsidiariamente os bens pessoais deste;

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

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

Vislumbra-se, assim, que a Criciúma Construções Ltda e o Edifício Residencial e Comercial Coronel Cabral Empreendimento Imobiliário Ltda, atuando como incorporadoras do empreendimento denominado Edifício Alameda Central, violaram inúmeros deveres previstos na Lei n. 4.591/64, uma vez que atrasaram, injustificadamente, a conclusão da obra.

Por isso, os requeridos devem responder civilmente pela execução da incorporação mediante o custeio das obras necessárias para a conclusão do empreendimento ou indenizar os consumidores adquirentes de unidades autônomas dos prejuízos por eles suportados.

Neste diapasão, por ora, mostra-se imprescindível o resguardo dos bens, direitos e obrigações referentes ao Edifício Alameda central, para que seja possível a efetiva entrega de todas as unidades residenciais.

Para tanto, a lei de incorporação imobiliária, em seu art. 31-A, instituiu o "Regime de Afetação", que tem por escopo garantir a continuidade das obras e a entrega dos apartamentos e das salas aos adquirentes sem que haja comunicação destes bens com os demais bens dos requeridos. A afetação também se traduz como medida de proteção dos adquirentes em eventual processo de falência da empresa Criciúma Construções.

Dispõe o art. 31-A da Lei n. 4.591/64.

Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

~ 1º O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

~ 2º O incorporador responde pelos prejuízos que causar ao patrimônio de afetação. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

~ 3º Os bens e direitos integrantes do patrimônio de afetação somente poderão ser objeto de garantia real em operação de crédito cujo produto seja integralmente destinado à consecução da edificação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

~ 4º No caso de cessão, plena ou fiduciária, de direitos creditórios oriundos da comercialização das unidades

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

imobiliárias componentes da incorporação, o produto da cessão também passará a integrar o patrimônio de afetação, observado o disposto no ~ 6º. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

~ 5º As quotas de construção correspondentes a acessões vinculadas a frações ideais serão pagas pelo incorporador até que a responsabilidade pela sua construção tenha sido assumida por terceiros, nos termos da parte final do ~ 6º do art. 35. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

~ 6º Os recursos financeiros integrantes do patrimônio de afetação serão utilizados para pagamento ou reembolso das despesas inerentes à incorporação. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

~ 7º O reembolso do preço de aquisição do terreno somente poderá ser feito quando da alienação das unidades autônomas, na proporção das respectivas frações ideais, considerando-se tão-somente os valores efetivamente recebidos pela alienação.

Acerca do tema, cita-se Mauro Antônio Rocha, Advogado e Coordenador Jurídico de contratos habitacionais da Caixa Econômica Federal, *in verbis*:

O regime da afetação patrimonial na incorporação imobiliária foi introduzido no Direito positivo brasileiro pela Medida Provisória nº 2.221, de 04 de setembro de 2001, para assegurar direitos aos adquirentes de unidades autônomas de edifício em construção no caso de falência ou insolvência civil do incorporador, aperfeiçoar as relações jurídicas e econômicas entre esses adquirentes, o incorporador e o agente financiador da obra e, principalmente, resgatar a confiança dos consumidores no mercado imobiliário, abalado por grave crise desencadeada pela decretação da falência da Encol S/A. Engenharia, Indústria e Comércio, em março de 1999.

Seus fundamentos doutrinários foram extraídos da monografia apresentada pelo autor do anteprojeto de lei, Dr. Melhim Namen Chalhub, na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, em 1997[e consistiam na (a) constituição do patrimônio de afetação concomitante ao registro do memorial de incorporação; (b) manutenção de contabilidade separada para cada incorporação; (c) investidura imediata dos adquirentes na administração da incorporação e realização de assembléia geral dos adquirentes para deliberar sobre o destino do patrimônio de afetação; (d) no leilão das unidades não negociadas pelo incorporador, sub-rogando-se o arrematante nos direitos e obrigações de condômino. (ROCHA, Mauro Antônio. *O regime da afetação patrimonial na incorporação imobiliária*. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil – IRIB – <http://www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-detalle.php?obr=61>, consultado em 11.12.2014, às 15:10h).

Por sua vez, leciona Melhim Namen Chalhub:

Já a nova lei sobre as incorporações imobiliárias, que agora entrou em vigor, cria um regime especial de segregação patrimonial, denominado "patrimônio

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

de afetação", que visa a assegurar a continuação da obra e entrega dos apartamentos aos adquirentes, mesmo em caso de falência da incorporadora. Qualificado como "patrimônio de afetação", o conjunto de bens, direitos e obrigações vinculados a uma incorporação torna-se incomunicável em relação aos demais bens, direitos e obrigações da empresa incorporadora, circunstância que protege a incorporação contra os eventuais riscos patrimoniais da empresa. Trata-se de um regime de vinculação de receitas, pelo qual as prestações pagas pelos adquirentes, até o limite do orçamento da obra, ficam afetadas à construção do edifício, vedado o desvio para outras obras. O controle financeiro é atribuído a uma comissão de representantes dos adquirentes e se faz mediante contabilidade própria de cada incorporação, destacada da contabilidade da incorporadora, e demonstrações periódicas do andamento da obra, em cotejo com a programação financeira. A movimentação dos recursos é feita em conta corrente bancária específica. Em caso de falência da empresa incorporadora, a comissão de representantes dos adquirentes assumirá a administração da incorporação, promoverá a venda, em leilão extrajudicial, das unidades imobiliárias do "estoque" da empresa incorporadora e prosseguirá a obra com autonomia, imune aos efeitos da falência, recolhendo à massa falida, no final da obra, o saldo positivo, se houver. (<http://www.melhimchalhub.com.br/noticia/detalhe/17/patrimonio-de-afetacao-a-reforma-por-caminhos-alternativos>).

Embora a opção por este instituto seja facultativa no ordenamento jurídico pátrio, o Poder Judiciário pode determinar a sua implementação, a qual possibilitaria uma maior tranquilidade aos consumidores adquirente do Edifício Alameda Central.

Acerca do modo de constituição do patrimônio de afetação, Fabrício Petinelli Vieira Coutinho assevera:

A constituição do regime de afetação sobre o imóvel objeto da incorporação imobiliária se dá mediante averbação, a qualquer tempo, no Registro de Imóveis, de termo firmado pelo incorporador e, quando for o caso, também pelos titulares de direitos reais de aquisição sobre o terreno. De tal modo, é importante observar que o patrimônio de afetação deve ser lançado à margem da matrícula do imóvel em ato distinto e posterior ao que originou o registro da incorporação imobiliária. (COUTINHO, Fabrício Petinelli Vieira. *Patrimônio de Afetação: uma inovação no mercado imobiliário*. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2718, acessado em 11/12/2014, às 15:35h).

Além do patrimônio de afetação, é imprescindível seja determinada a destituição do incorporador para que a associação criada pelos adquirentes das unidades imobiliárias possa assumir as obras da edificação, nos termos do já citado art. 43, inc. VI, da Lei 4.591/64.

O referido inciso prevê que, se o incorporador paralisar a obra por mais de 30 dias, ou retardar-lhe o andamento de forma excessiva, é facultado ao Juiz notificá-lo para que no prazo de 30 dias reinicie ou providencie o andamento da

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

obra. Caso seja desatendida a notificação, poderá o incorporador ser destituído pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal, sujeito a cobrança executiva das importâncias comprovadamente devidas, facultando-se aos interessados.

No que tange à destituição do incorporador, Leandro Leal Ghezzi assevera:

A incorporação imobiliária se extingue pela sua execução, pelo distrato, pela impossibilidade decorrente de força maior ou caso fortuito, pela falência do incorporador ou pela inexecução culposa de uma das partes. Esta última hipótese compreende, evidentemente, o descumprimento de deveres e obrigações por parte do incorporador. Diante de tal descumprimento, os adquirentes de unidades autônomas podem resolver individualmente os negócios jurídicos que celebram o incorporador ou então podem fazer isto de forma coletiva, destituindo-o (GHEZZI, Leandro Leal. A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011).

Embora a lei preveja a prévia notificação do incorporador para retomar a obra em 30 dias, entende-se que tal notificação, *in casu*, torna-se desnecessária diante do quadro financeiro e da notória quantidade de empreendimentos pendentes de conclusão, de sorte que é remota a possibilidade de que as empresas reúnam condições de retomar e, quiçá, concluir a edificação, mormente se considerarmos que a obra está parada desde fevereiro de 2014. Ademais, em audiência realizada nesta Promotoria de Justiça no dia 21 de outubro de 2014, os Representantes da Empresa Criciúma Construções presentes na audiência aduziram que estavam dispostos a repassar as obras aos adquirentes e aduziram sobre a iminente falência da Criciúma Construções Ltda.

É desejo dos adquirentes das unidades autônomas do Ed. Alameda Central a destituição do incorporador e a consequente assunção da edificação, eis que, inclusive, já criaram uma associação para este fim. Neste ponto, salienta-se que prepondera o desejo dos adquirentes em face da vontade e do interesse do incorporador.

Nesse sentido:

Percebe-se, mais uma vez, o nítido caráter social da incorporação imobiliária, pois faculta-se aos adquirentes de unidades autônomas prosseguirem com as obras da edificação, mesmo contra a vontade do incorporador. Com efeito, preponderam, também, neste caso, a vontade e o interesse imediato dos adquirentes – e mediato de toda a coletividade – em detrimento da vontade e do interesse do incorporador (GHEZZI, Leandro Leal. A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011).

Portanto, visando atenuar os transtornos vivenciados pelos adquirentes do Edifício Alameda Central, mostra-se imperioso determinar a constituição do patrimônio de afetação e a destituição do incorporador, garantindo-se a possibilidade

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

de finalização da obra pela Associação criada pelos adquirentes das unidades imobiliárias do referido edifício, eis que devidamente demonstrados os requisitos para tanto.

Apenas para registrar, convém informar que, embora se entenda desnecessária a prévia notificação do incorporador, nos termos do art. 43, inciso VI, da Lei n. 4.591/64, dado o estado das coisas, um adquirente, por si, providenciou tal notificação, que tramita perante a 1ª Vara Cível sob o n. 0305018-64.2014.8.24.0075.

IV.II Do dano moral.

Com efeito, não basta, como é óbvio, a mera reparação dos danos materiais causados aos consumidores, resultante da inexecução dos contratos celebrados com as empresas requeridas e que tinham por objeto a tão sonhada unidade habitacional. Na situação configurada nos autos, é preciso que se reconheça e se repare, também, os danos morais sofridos, como manda o art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor.

Por oportuno, há de se mencionar que a possibilidade de indenização pelo dano moral individual ou coletivo causado ao consumidor é permitida pelo aludido artigo, segundo entende o Superior Tribunal de Justiça, a saber:

A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. [...] VI - Recurso especial improvido. (Resp 1221756/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012).

Acerca do tema, tem-se os ensinamentos de José Antônio Remédio, José Fernando Seifarth e José Júlio Lozano Júnior:

Diversos são os doutrinadores que sufragam a essência da existência e reparabilidade do dano moral coletivo: Limongi França sustenta que é possível afirmar a existência de dano moral "à coletividade, como sucederia na hipótese de se destruir algum elemento do seu patrimônio histórico ou cultural, sem que se deva excluir, de outra parte, o referente ao seu patrimônio ecológico". Carlos Augusto de Assis também corrobora a posição de que é possível a existência de dano moral em relação à tutela de interesses difusos, indicando hipótese em que se poderia cogitar de pessoa jurídica pleiteando indenização por dano moral, como no caso de ser atingida toda uma categoria profissional, coletivamente falando, sem que fosse possível individualizar os lesados, caso em que seria conferida legitimidade ativa para a entidade representativa de classe pleitear indenização por dano moral. A sustentar e esclarecer seu posicionamento, aponta Carlos Augusto de Assis, a título de exemplo: "Imagine-se o caso de a classe dos advogados sofrer vigorosa campanha difamatória. Independente dos danos patrimoniais que podem se verificar (e que também seriam de difícil individualização) é quase certo que os advogados, de uma maneira geral, experimentaríamos penosa sensação de desgosto, por ver a profissão a que se dedicam desprestigiada. Seria de admitir que a entidade de classe (no caso, a Ordem dos Advogados

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

do Brasil) pedisse indenização pelo dano moral sofrido pelos advogados considerados como um todo, a fim de evitar que este fique sem qualquer reparação em face da indeterminação das pessoas lesadas. Carlos Alerto Bittar Filho leciona: "quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico". Assim, tanto o dano moral coletivo indivisível (gerado por ofensa aos interesses difusos e coletivos de uma comunidade) como o divisível (gerado por ofensa aos interesses individuais homogêneos) ensejam reparação. Doutrinariamente, citam-se como exemplos de dano moral coletivo aqueles lesivos a interesses difusos ou coletivos: "dano ambiental (que consiste na lesão ao equilíbrio ecológico, à qualidade de vida e à saúde da coletividade), a violação da honra de determinada comunidade (a negra, a judaica etc.) através de publicidade abusiva e o desrespeito à bandeira do País (o qual corporifica a bandeira nacional). (in Dano moral. Doutrina, jurisprudência e legislação . São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 34-5).

As condutas dos requeridos geraram o dever de indenizar.

O dano causado é patrimonial, eis que vários adquirentes das unidades imobiliárias pagaram por um imóvel que não lhes será entregue pelos requeridos, aniquilando, de morte, o sonho da casa própria. Além disso, o dano é também extra-patrimonial, porque a conduta culposa dos requeridos atingiu a dignidade do grupo de consumidores lesados pela não entrega do empreendimento imobiliário, assim como, causou instabilidade social, em razão dos transtornos advindos da não entrega dos imóveis residenciais.

Não há dúvidas de que os requeridos causaram danos aos consumidores com as inúmeras práticas ilícitas descritas acima. Por se tratar de lesão que atinge tanto um grupo específico (compradores) quanto indeterminado de pessoas (sujeitas à publicidade ilegal), torna-se cabível a condenação ao pagamento de indenização por danos morais difusos, ou seja, suportados indistintamente por um número indeterminado de pessoas.

O dano moral transindividual atinge interesse não patrimonial de classe específica ou não de pessoas, sendo passível de comprovação pela presença de ofensa ao sentimento geral dos titulares da relação jurídica-base.

Restou caracterizado o dano moral aos consumidores consistente na publicidade enganosa realizada com a exposição no mercado de consumo, de produto impróprio, que não trouxe informações verídicas aos consumidores, seja pela omissão quanto às condições para a execução das obras, seja pelo efetivo inadimplemento das obrigações assumidas com a veiculação da publicidade.

O condenável procedimento dos requeridos contrariou todos os princípios e valores que o legislador visou resguardar na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor e em outras normas legais que protegem as relações

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

de consumo, mormente porque os requeridos continuaram a angariar clientes e a receber pagamentos antecipados, mesmo quando sem condições de honrar a entrega completa do Edifício Alameda Central.

E, assentando-se o dano extra-patrimonial difuso na agressão a bens e valores jurídicos que são inerentes aos consumidores, não há como negar que condutas como as dos réus afetam negativamente o interesse deles, gerando intranquilidade e desequilíbrio às relações interindividuais, valores caros à sociedade de consumo.

Com efeito, para caracterizar a publicidade enganosa basta a mera potencialidade de engano, não necessitando a prova de engano real, ou seja, a aferição é feita abstratamente, buscando simplesmente a capacidade de induzir em erro o consumidor, não exigindo, para sua configuração, a prova da vontade de enganar o consumidor (STJ, AgRg no AgRg no AREsp nº 224456- SP).

No caso, é clarividente a publicidade enganosa realizada pelos requeridos ao anunciar e comercializar imóveis em desacordo com as exigências impostas pela Lei n. 4.591/64 e o Código de Defesa do Consumidor, consoante se verifica pelas provas produzidas no Inquérito Civil em anexo.

Em caso análogo, decidiu o Tribunal de Justiça Gaúcho:

[...] PROPAGANDA ENGANOSA QUE ENSEJA A CONDENAÇÃO DAS DEMANDADAS AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. I. Revela-se abusiva a prática de métodos comerciais coercitivos ou desleais, nos termos do art. 39, do CDC. II. O dano moral decorre do desrespeito e do abuso empregado contra a boa-fé do consumidor. A indenização deve ser fixada em valor compatível com a gravidade da lesão, observado o caráter pedagógico, sem, contudo causar enriquecimento de uma parte em detrimento da outra. III. Sucumbência redimensionada. DERAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (TJRS, Apelação Cível Nº 70034048447, Julgado em 27/06/2013).

O Superior Tribunal de Justiça apresentou recentes precedentes reconhecendo o cabimento da reparação dos danos morais metaindividuais. Nas palavras da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Dra. Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 636.021, em 2008, extrai-se:

Nosso ordenamento jurídico não exclui a possibilidade de que um grupo de pessoas venha a ter um interesse difuso ou coletivo de natureza não patrimonial lesado, nascendo aí a pretensão de ver tal dano reparado. Nosso sistema jurídico admite, em poucas palavras, a existência de danos extrapatrimoniais coletivos, ou, na denominação mais corriqueira, de danos morais coletivos.

Como visto, não há dúvidas sobre a necessidade de reparação dos danos morais transindividuais.

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

Assim, presente o dano, consistente na lesão da confiança depositada pelos consumidores, e presente o nexo de causalidade entre o dano e a conduta dos requeridos, nasce o dever de repará-lo, tendo em conta o desvalor da conduta, a extensão do dano e o poder aquisitivo das requeridas.

Evidencia-se que as empresas requeridas, por intermédio de seu representante legal, agiram com alto grau de culpabilidade, uma vez que o Residencial Alameda Central, que era para estar concluído em DEZEMBRO DE 2015, encontra-se atualmente com apenas 16 % de suas obras executadas e com as obras paradas desde fevereiro de 2014, sem que a incorporadora tenha apresentado justificativa plausível aos adquirentes de unidades autônomas do empreendimento.

O valor a ser arbitrado, a títulos de danos morais, deve situar-se em patamar que represente inibição à prática de outros atos antijurídicos e lesivos por parte das requeridas, sob pena de se estimular o comportamento violante e deve ser destacado a indenização extrapatrimonial aqui postulada, envolve o prejuízo à coletividade, pela publicidade enganosa (coletivo), não devendo ser inferior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a serem revertidos ao Fundo para Reconstituição dos Bens Lesados do Estado de Santa Catarina.

Mas também é preciso reparar a comunidade de consumidores diretamente lesada pelo inadimplemento contratual relacionado com a venda das unidades do Ed. Alameda Central (individual homogêneo), haja vista todas as vicissitudes por eles experimentadas em razão da não entrega da obra.

Voltando-se a reparação ao universo de pessoas lesadas diretamente pelo não execução do empreendimento imobiliário (adquirentes das unidades do Ed. Alameda Central), deve ser fixado valor individual, também considerando os parâmetros já abordados, impondo-se a fixação, no mínimo, para cada um, do valor do imóvel adquirido, e que poderá, posteriormente, ser complementado em liquidação de sentença.

Apesar da regra contida no art. 95 do Código de Defesa do Consumidor, a fixação de parâmetro mínimo a ser, posteriormente, complementado individualmente em processo de execução, não lhe contraria. Ao contrário, trata-se de forma de prestigiar o acesso à justiça e a própria efetividade dos direitos consumeristas e os princípios da economia e celeridade processual. Com efeito, não há impedimento legal para que o julgador, à luz de elementos que o permitam quantificar a indenização, fixe-a na sentença que não é considerada *ultra petita*, conforme já decidiu o STJ (REsp n. 285.630/SP, 4ª Turma, j. em 16.10.2001, DJ de 4.2.2002, rel. Min. Rui Rosado de Aguiar).

V - DOS PEDIDOS DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

Os pedidos a seguir formulados merecem uma atuação célere do Poder Judiciário para que seja garantido o resultado útil da presente demanda, razão pela qual se torna necessária a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial.

Nesse sentido, dispõe o art. 273 do Código de Processo Civil.

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e.
I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação [...]

Discorrendo acerca da tutela antecipada, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart aduzem que:

[...] é correto dizer que a técnica antecipatória visa apenas a distribuir o ônus do tempo do processo. É preciso que os operadores do direito compreendam a importância do novo instituto e o usem de forma adequada. Não há motivos para timidez no seu uso, pois o remédio surgiu para eliminar um mal que já está instalado, uma vez que o tempo do processo sempre prejudicou o autor que tem razão. É necessário que o juiz compreenda que não pode haver efetividade sem riscos. A tutela antecipatória permite perceber que não é só a ação (o agir, a antecipação) que pode causar prejuízo, mas também a omissão. O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal. Prudência e equilíbrio não se confundem como medo, e a lentidão da justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do antigo procedimento ordinário – no qual alguns imaginam que ele não erra – para assumir as responsabilidades de um novo juiz, de um juiz que trata dos "novos direitos" e que também tem que entender – para cumprir sua função sem deixar de lado sua responsabilidade social – que as novas situações carentes de tutela não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo gasto para a realização dos direitos de sessenta anos atrás, época em que foi publicada a célebre obra de Calamandrei, sistematizando as providências cautelares (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*, 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 199-200).

No presente caso, é plenamente possível a antecipação dos efeitos da tutela, eis que se fazem presentes os requisitos ou pressupostos necessários, quais sejam, a verossimilhança das alegações (probabilidade da situação fática ser verdadeira) e o *periculum in mora* (perigo de a demora no julgamento da ação ocasionar prejuízo irreparável ou de difícil reparação).

O *fumus boni iuris* caracteriza-se pela prova documental acostada ao Inquérito Civil n. 06.2014.00005718-1 e que acompanha a presente ação, comprovando toda a mácula e os danos causados aos consumidores e provocados pelos requeridos.

O *periculum in mora* está clarividente em razão da natural demora de tramitação de uma ação coletiva no Poder Judiciário, de modo que acaso não

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

sejam antecipados os efeitos da tutela os requeridos continuarão a realizar todos os atos ilícitos já narrados, colocando em risco a efetividade desta ação, ante o iminente risco de dispersão dos bens de propriedade deles. Além do mais, os requeridos poderão comercializar todos os imóveis integrantes do empreendimento Alameda Central caso uma medida efetiva não seja tomada com urgência.

Por oportuno, salienta-se que na comarca de Criciúma/SC, onde os requeridos possuem o maior número de empreendimentos, o Togado, ao analisar os pedidos de antecipação de tutela, considerando a gravidade da situação, deferiu os pedidos liminares similares aos que serão especificados na presente inicial, consoante decisão proferida nos autos n. 0902056-87.2014.8.24.0020, em trâmite perante a 2ª Vara da Fazenda de Criciúma/SC.

Portanto, os pedidos liminares ora buscados são juridicamente possíveis, imperiosos e viáveis.

V.I Da suspensão da publicidade e comercialização

De acordo com os fatos narrados no início desta exordial, o empreendimento Alameda Central tem previsão para ser entregue totalmente concluído em Dezembro de 2015. Ocorre que esse prazo não será cumprido, eis que a obra está apenas 16% concluída e parada desde fevereiro de 2014.

Analisando-se a relação de compradores acostada ao feito, verifica-se que ainda restam 07 (sete) unidades ainda sem comercialização, o que permite concluir que estas unidades são essenciais para a conclusão do empreendimento.

Nesta toada, devem os requeridos ser proibidos de realizar qualquer espécie de publicidade e comercialização deste empreendimentos, mantendo-se bloqueadas estas 07 unidades até que seja efetivamente concluído e entregue o referido Edifício.

V.II Da suspensão dos pagamentos

Conforme já demonstrado na presente exordial e nos documentos que a acompanham, o empreendimento Alameda Central encontra-se abandonado e com as obras paradas desde fevereiro de 2014, de sorte que é clarividente a desídia dos requeridos em prol dos consumidores adquirentes das unidades imobiliárias.

Desta feita, a medida mais hábil e eficiente para resguardar os direitos dos consumidores que em muito já foram lesados pelos requeridos é o de suspender todo e qualquer tipo de obrigação patrimonial dos adquirentes do

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

empreendimento Alameda Central, até que este seja devidamente entregue, o que se perfectibiliza com a expedição do habite-se.

A mora, no presente caso, é imputada exclusivamente aos requeridos, de sorte que o consumidor não pode ser o único penalizado, tendo que aguardar o retorno das obras e a improvável conclusão do empreendimento e se vendo obrigado a pagar as parcelas de pagamento do imóvel.

A sustação do pagamento que se espera deve abarcar qualquer espécie de direito creditício dos Requeridos, tais como notas promissórias, duplicatas, protestos, boletos, "balões", reforços etc., como meio de igualar e restabelecer a paridade contratual e a boa-fé objetiva.

No que tange a possibilidade de suspensão de pagamentos como a do presente caso, extrai-se da jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. INCORPORAÇÃO DE IMÓVEIS. PARALISAÇÃO DE OBRAS. INADIMPLENTO PRINCIPAL. SUSPENSÃO DE PAGAMENTOS E EXIGIBILIDADE DE NOTAS PROMISSÓRIAS.

Havendo prova inequívoca de que as obras referentes à incorporação contratada encontram-se paralisadas, em efetivo descumprimento contratual, é razoável suspender a exigibilidade de notas promissórias vinculadas aos contratos, bem ainda seus pagamentos. Aplicação *ex aequo* do princípio do contrato não-cumprido. Art. 1.092 do Código Civil Brasileiro. Agravo improvido. (TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70004279709, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Guinther Spode, Julgado em 24/09/2002).

A promitente-vendedora não pode se beneficiar da própria torpeza, sob o escudo da exceção do contrato não cumprido (art. 1092/CC), pois não afigura razoável exigir que a promitente compradora, de boa-fé, pague todas as prestações devidas, quando não há o menor indício de que a obra será concluída, para que somente, desse modo, possa requerer a rescisão do contrato com perdas e danos. (TJPR. Ap Cível. 1.0182078-2. Relator: Jucimar Novochadlo. DJ: 18/11/2005).

Destarte, considerando-se que os requeridos encontram-se em precária situação econômica, o que põe em dúvida a conclusão das obras do ed. Alameda Central, é imprescindível a concessão de providência liminar com o escopo de isentar os adquirentes das unidades do empreendimento da obrigação de pagar suas parcelas até que os requeridos cumpram com sua obrigação que é de concluir o empreendimento na forma pactuada.

V.III Da constituição do patrimônio de afetação e da destituição do incorporador

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

Como já explanado no item IV.I, é inarredável a constituição do patrimônio de afetação e a destituição do incorporador para garantia da conclusão do empreendimento Alameda Central.

O patrimônio de afetação, por ora, deve ser composto pela totalidade dos imóveis oriundos do registro de incorporação imobiliária contidos na matrícula n. 61479, inclusive o terreno destas matrículas, registrados perante o 2º Ofício de Registro de Imóveis desta Comarca.

Outrossim, devem ser levados a este rol outros bens e direitos vinculados à incorporação, mormente os créditos dos demandados em face dos consumidores adquirentes de unidades autônomas e, também, os bens móveis a serem empregados na obra e que devem ser levantados por oficial de justiça, sem o prejuízo de outros bens e direitos que venham a ser identificados no curso da ação.

Por sua vez, deve-se determinar a destituição do incorporador sem a prévia notificação dos requeridos, eis que, conforme já dito, tal notificação é desnecessária diante do quadro financeiro e da notória quantidade de empreendimentos pendentes de conclusão, do que se conclui ser pouco provável que as empresas tenham condições de retomar e, quiçá, concluir a edificação, mormente se considerarmos que a obra está parada desde fevereiro de 2014.

Ressalta-se, por fim, que tais medidas são imperiosas pelo fato de que, em não sendo viável a finalização do empreendimento pelos requeridos, a Associação dos Promitentes Compradores das Unidades Autônomas do Edifícios Alameda Central pode assumir a edificação e concluir a obra, fato este que reduzirá os árdios prejuízos que os consumidores lesados vem suportando.

V.IV Do arresto dos bens

De acordo com as notícias veiculadas em meios de comunicação e as provas produzidas no Inquérito Civil acostado à presente exordial, resta clarividente que o Grupo Criciúma Construções está passando por dificuldades financeiras de grande monta, razão pela qual se faz necessário o resguardo de bens para que os direitos dos consumidores sejam protegidos, mormente daqueles que já pagaram os seus imóveis.

Salienta-se que não foi possível ter acesso a todos os contratos pactuados com os adquirentes de unidades do Ed. Alameda Central, fato este que impossibilitou a análise exata dos valores já obtidos com as vendas das unidades residenciais e comerciais.

Destarte, ainda que ausentes todas as informações referentes aos valores percebidos pelo "Grupo Criciúma Construções", é de bom alvitre seja constituído como objeto do arresto todos os imóveis referidos na petição inicial, os que se encontrem eventualmente registrados em nome das empresas requeridas ou dos

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

demais demandados, os valores que se encontrem em conta-correntes e investimentos em nome destes, cuja numeração, agência e valor poderão ser obtidos mediante a quebra de sigilo bancário, com a consequente expedição de ofício ao Banco Central do Brasil – BACEN, o que se pleiteia em caráter urgente.

V.V Do pagamento dos aluguéis

Considerando o visível desequilíbrio contratual oriundo do atraso nas obras e a paralisação da obra, que já supera 11 meses, mostra-se razoável ser restabelecido, por meio de decisão do Poder Judiciário, o equilíbrio entre os consumidores lesados e os requeridos.

Em razão do notório desequilíbrio contratual decorrente do inevitável atraso na entrega do empreendimento Alameda Central, o Ministério Público pleiteia, com fulcro no art. 798 do Código de Processo Civil, a imposição, às pessoas jurídicas requeridas, de obrigação de pagar quantia certa com o intuito de custear a todos os adquirentes do referido empreendimento aluguéis no valor médio de mercado, até a conclusão da obra com a consequente entrega definitiva das chaves.

Sobre o tema, extrai-se da jurisprudência catarinense:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAL E MATERIAL. AGRAVO RETIDO. DESCUMPRIMENTO DA EXIGÊNCIA DO ARTIGO 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO CONHECIMENTO. "Não se conhece do agravo retido quando a parte não requer sua preliminar apreciação nas razões ou na resposta do recurso de apelação, a teor do § 1º do artigo 523 do Código de Processo Civil" (AC nº 2001.018271-8, de Criciúma, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 18-12-2008).

PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. SUFICIÊNCIA DA PROVA DOCUMENTAL EXISTENTE NOS AUTOS. HIPÓTESE DE CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO VERIFICADA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA AFASTADA. [...] ILEGITIMIDADE PASSIVA. PEDIDO DE EXCLUSÃO DA LIDE DE INCORPORADORA QUE NÃO É RESPONSÁVEL PELA OBRA. IMPOSSIBILIDADE. CONFIGURAÇÃO DE GRUPO SOCIETÁRIO FAMILIAR. EMPRESA NÃO CONTRATANTE QUE RESPONDE SUBSIDIARIAMENTE. PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA DAS RELAÇÕES NEGOCIAIS. LEGITIMIDADE RECONHECIDA.

O princípio da proteção da boa-fé e a necessidade de imprimir segurança às relações jurídicas justificam a permanência de empresa pertencente a grupo societário familiar no pólo passivo da demanda, porquanto responde de forma subsidiária perante o consumidor.

PROMITENTE VENDEDORA DO IMÓVEL QUE ATRASA O TÉRMINO DAS OBRAS. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. MORA DA EMPRESA CONSTRUTORA CONFIGURADA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO A TÍTULO DE PERDAS E DANOS. DESPESAS COM ALUGUEL. INDENIZAÇÃO DEVIDA. EXISTÊNCIA DE ADITIVO

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

CONTRATUAL. PACTO QUE NÃO DISPÕS ACERCA DE PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE ENTREGA. LUCROS CESSANTES DEVIDOS ENTRE A DATA PREVISTA PARA ENTREGA E A EFETIVA OCUPAÇÃO DO IMÓVEL, AINDA QUE PRECÁRIA. (TJSC – 4ª Câmara de Direito Civil – Apelação Cível nº 2008.000266-8, de Balneário Camboriú – Rel. Des. Subst. Carlos Adilson Silva – julgado em 10/5/2010).

E também:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. INADIMPLENTO CONTRATUAL. CONTRATO DE COMPROMISSO DE CONSTRUÇÃO E PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE APARTAMENTO RESIDENCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DOS LUCROS CESSANTES HAVIDOS PELO ATRASO DA ENTREGA DO APARTAMENTO ADQUIRIDO PELO AUTOR. PAGAMENTO NO VALOR DE ALUGUERES APLICÁVEIS NA REGIÃO PARA IMÓVEIS DO MESMO QUILATE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÉ. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE HIPÓTESES EXPRESSAMENTE PREVISTAS NA AVENÇA PARA PROLONGAMENTO DA ENTREGA. FORTES CHUVAS NA REGIÃO E FALTA DE MÃO DE OBRA QUALIFICADA. FATOS NÃO COMPROVADOS E QUE SE REFEREM A PERÍODO DIVERSO DA SITUAÇÃO NARRADA NA INICIAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSC – 1ª Câmara de Direito Civil – Apelação Cível nº 2012.038211-2, de Criciúma – Rel. Des. Carlos Prudêncio – julgado em 14/5/2013).

Com efeito, demonstrada a possibilidade do deferimento deste pedido, há que se determinar a forma de cumprimento desta obrigação, a qual possui natureza cautelar, eis que o ressarcimento final dos danos encontra-se incluído dentre os pedidos elencados na exordial.

O empreendimento em questão foi revelado com apartamentos e salas comerciais com dimensões variadas, o que prejudica a apresentação de orçamentos nesta fase processual, razão pela qual o pedido mais adequado, por ora, seja o de pleitear que o Oficial de Justiça avaliador realize a avaliação do valor médio de aluguéis para cada tipo de unidade prevista no empreendimento.

Com a definição do valor e o deferimento da liminar, deverão os requeridos ser notificados para depositarem em Juízo os valores, devendo, posteriormente, os consumidores interessados formular os competentes pedidos de alvará, caso de outro modo não seja decidido por Vossa Excelência.

V.VI Do cancelamento das hipotecas.

Conforme já explanado nos fatos desta exordial, as unidades imobiliárias do empreendimento Alameda Central foram objeto de garantia hipotecária em razão de financiamento obtido pela Criciúma Construções junto ao Banco do Brasil.

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

Importante destacar, neste ponto, que a cláusula contratual dispendo sobre a garantia hipotecária do imóvel para fins de financiamento da construção é totalmente abusiva. Com efeito, configuram-se nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas relativas ao fornecimento de produtos e serviços que transfiram responsabilidades a terceiros, consoante regramento previsto no art. 51, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, extrai-se da súmula 308 do STJ:

A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.

Acerca do assunto, extrai-se da jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C COMINATÓRIA. RECURSO DA RÉ. IMÓVEL DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA PELA APELANTE À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA APÓS CELEBRAÇÃO DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA COM A AUTORA. QUITAÇÃO DO PREÇO DO BEM POR PARTE DA CONSUMIDORA. NEGATIVA NA OUTORGA DA ESCRITURA PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE QUE A DEMANDANTE, POR FORÇA DE CLÁUSULA CONTRATUAL, TINHA CIÊNCIA DE QUE O IMÓVEL PODERIA SOFRER O GRAVAME. CLÁUSULA ABUSIVA, A TEOR DO ART. 51, INCISO VIII, DO CDC. PRECEDENTES. GARANTIA HIPOTECÁRIA QUE NÃO TEM EFICÁCIA PERANTE O COMPRADOR DO IMÓVEL. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 308, DO STJ. RECURSO DESPROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça, em voto do então Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no REsp n. 296.453, julgou ser "nula, por abusiva (CDC, art. 51, inc. VIII), a cláusula-mandato inserida no instrumento de compromisso de compra e venda, segundo a qual o promissário-comprador autoriza a construtora (promitente-vendedor) a instituir, em favor de terceiro (agente financeiro), hipoteca sobre o imóvel." Ainda, consoante o verbete sumular n. 308, do Superior Tribunal de Justiça, "a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel" (Apelação Cível n. 2007.011901-8, de Blumenau. Relator: Des. Subst. Gerson Cherem II. Julgado em 10 de abril de 2014).

E ainda:

1 - É NULA CLÁUSULA, INSERIDA EM CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL OBJETO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA, PREVENDO A POSSIBILIDADE DE SER A UNIDADE INDIVIDUAL, PROMETIDA A VENDA, DADA EM GARANTIA DE FINANCIAMENTO (HIPOTECA) PELA PROMITENTE VENDEDORA.

2 - "A HIPOTECA FIRMADA ENTRE A CONSTRUTORA E O AGENTE FINANCEIRO, ANTERIOR OU POSTERIOR À CELEBRAÇÃO DA PROMESSA DE COMPRA E VENDA, NÃO TEM EFICÁCIA PERANTE OS ADQUIRENTES DO IMÓVEL" (SÚMULA 308/STJ).

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

3 - APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (TJDF/ APL 561453420058070001 DF 0056145-34.2005.807.0001. Relator: Jair Soares. Julgado em 11/04/2012).

O presente caso apresenta exemplo claro e inequívoco de cláusula abusiva que, por infringir direito de consumidor, não pode preponderar, nem ser utilizada como embasamento contratual para garantir a dívida da construtora.

Ressalta-se, ainda, que os consumidores não participaram da hipoteca, eis que não assinaram contrato respectivo a esta. Sendo assim, esta hipoteca é nula e ineficaz, de modo que não prevalece como garantia da obrigação assumida pela Construtora.

Embora os adquirentes tenham assinado contrato de compromisso de construção e de permuta de imóveis, a referida cláusula, como já explicitado acima, é nula, eis que estabelece vantagem abusiva e coloca o consumidor em desvantagem exorbitante.

Portando, deve-se reconhecer a nulidade e a ineficiência da garantia hipotecária que recai sobre as unidades imobiliárias do Empreendimento Alameda Central, determinando-se o cancelamento de todas as hipotecas com a consequente baixa perante o registro de imóveis.

VI – DOS PEDIDOS

Em face do exposto, Ministério Público requer:

- 1) o recebimento da presente Ação Civil Pública;
- 2) a concessão de tutela antecipada, sem a prévia oitiva dos requeridos, com a imposição de multa diária em caso de descumprimento, nos seguintes termos:

2.1) seja determinado aos requeridos que se abstenham de promover publicidade, por qualquer meio, sobre as unidades autônomas que integram o Edifício Alameda Central;

2.2) seja determinada a indisponibilidade das 07 unidades autônomas do referido empreendimento que ainda não foram comercializadas, intimando-se a Criciúma Construções Ltda para carrear ao feito a matrícula de tais imóveis e, ainda, determinando-se ao 2º Ofício de registro de Imóveis a averbação à margem da respectiva matrícula desta restrição;

2.3) seja determinada a constituição do patrimônio de afetação do empreendimento imobiliário em questão, mediante a averbação na matrícula n. 61479, registrada no 2º Ofício do Registro de Imóveis de Criciúma, afetando a ele o

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

terreno e todas as unidades autônomas oriundas da incorporação, de mesma matrícula e todos os direitos creditícios dos requeridos em face da associação criada pelos promitentes compradores para que seja viável a conclusão das obras e entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes;

2.4) seja determinada, independente de prévia notificação, a destituição do incorporador e a consequente assunção do empreendimento pela Associação criada pelos adquirentes das unidades imobiliárias do referido edifício para que estes possam assumir a edificação e concluir a obra;

2.5) sejam os adquirentes de unidades imobiliárias do edifício objeto da presente ação liberados da obrigatoriedade de pagar eventuais prestações até que a Criciúma Construções Ltda satisfaça a que lhe cabe ou dê garantia bastante de satisfazê-la, determinando-se aos requeridos que se abstenham de levar a registro nos órgãos de proteção ao crédito (SPC, SERASA, etc) eventual inadimplência dos adquirentes de unidades autônomas do aludido empreendimento, bem como que promova o cancelamento imediato dos registros eventualmente já concretizado;

2.6) seja determinada a desconsideração da personalidade jurídica das empresas requeridas a fim de permitir que o patrimônio pessoal dos seus sócios sejam alcançados pelas medidas acautelatórias ora requeridas;

2.7) sejam arrestados tantos bens quantos bastem para a garantia de uma futura execução, estimando-se esses valores na soma total das unidades imobiliárias constantes do Empreendimento Alameda Central;

2.8) sejam todas as pessoas jurídicas compelidas a apresentarem em Juízo, em prazo a ser definido por Vossa Excelência, os contratos de compra e venda, permuta e afins celebrados com os promitentes compradores e/ou permutantes referentes ao Edifício Alameda Central, levando-as a registro no competente Cartório de Registro de Imóveis;

2.9) sejam as pessoas jurídicas requeridas compelidas ao pagamentos dos aluguéis devidos aos adquirentes dos imóveis até a efetiva entrega destes, apurando-se, através de avaliador judicial, o valor médio dos aluguéis conforme o tipo de imóvel objeto dos contratos individualmente considerados;

2.10) seja reconhecida a nulidade e a ineficiência da garantia hipotecária que recaiu sobre as unidades imobiliárias do Empreendimento Alameda Central, determinando-se o cancelamento de todas as hipotecas com a consequente baixa perante o registro de imóveis;

3) citação dos requeridos para, querendo, no prazo legal, apresentarem defesa, sob pena de serem considerados verdadeiros os fatos narrados nesta peça inicial;

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

4) a publicação de edital no órgão oficial e em jornais de grande circulação na região, às custas das requeridas, a fim de que eventuais interessados possam intervir no feito como litisconsortes, nos termos do art. 94 do Código de Defesa do Consumidor;

5) a inversão do ônus da prova, nos moldes do art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor

6) a produção de todos os meios de prova em direito permitidos, requerendo, desde já a juntada dos documentos que acompanham a presente, oriundos da instrução do Inquérito Civil n. 06.2014.00005718-1.

7) seja a presente ação julgada procedente para:

7.1) tornar definitivos os provimentos liminares requeridos no item "1" da presente ação;

7.2) impor obrigação de fazer aos requeridos consistente na finalização do empreendimento objeto desta ação, em prazos a serem estabelecidos pelo Poder Judiciário;

7.3) No caso de impossibilidade de conclusão do empreendimento Alameda Central, sejam os requeridos condenados ao pagamento de quantia certa no montante necessário para a conclusão de cada uma das obras, conforme apurado no decorrer da instrução, devendo-se, neste caso, ser autorizado aos adquirentes a administração do condomínio por meio da Associação dos Promitentes Compradores das Unidades Autônomas do Edifício Alameda Central;

7.4) converter o arresto em penhora para que os bens sejam levados a hasta pública e vendidos para reparação dos prejuízos e danos experimentados pelos consumidores;

7.5) condenar os requeridos individualmente ao pagamento de indenização no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) ou outro valor que Vossa excelência julgar adequado, em relação aos danos causados aos consumidores (coletividade), devendo este montante ser revertido em benefício do Fundo Estadual de Reconstituição de Bens lesados – FRBL;

7.6) condenar os requeridos, genericamente, nos termos do art. 95 e 97 do CDC, a indenizar todos os danos, materiais e morais, suportados individualmente pelos adquirentes de unidades condominiais dado o prejuízo sofrido com o evidente atraso na entrega do empreendimento (se entregue for), fixando-se, minimamente, o valor de cada imóvel adquirido, que poderá ser complementado em posterior execução;

4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Tubarão/SC

7.7) impor aos requeridos obrigação de fazer, consistente em publicar, às suas expensas, em dois jornais de grande circulação desta cidade, em três dias alternados, nas dimensões de 15 x 30 cm, a parte dispositiva da sentença de procedência, para que os consumidores dela tomem ciência, oportunizando, assim, a efetiva proteção de direitos lesados, a qual deve ser introduzida pela seguinte mensagem; "*Acolhendo pedido veiculado em ação civil pública ajuizada pela 4ª Promotoria de Justiça de Tubarão, o(a) MM. Juiz(íza) da Vara da Fazenda Pública condenou (nome dos requeridos) nos seguintes termos: [...]*". A publicação requerida além de proporcionar o conhecimento da ação pelos consumidores, também serve como forma de início do ressarcimento do dano moral coletivo, previsto no art. 6º, VI, do CDC;

8) a concessão dos benefícios legais aplicáveis ao Ministério Público nos feitos da espécie, tais como isenção de custas processuais e demais emolumentos

9) a condenação dos requeridos, se for o caso, em honorários advocatícios e custas processuais, revertidos igualmente ao Fundo Estadual de Reconstituição de Bens lesados – FRBL

Dá-se à causa o valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), considerando-se os danos, a natureza dos bens, interesses tutelados e a capacidade econômica dos Requeridos.

Nestes termos, pede deferimento.

Tubarão, 13 de janeiro de 2015.

SANDRO RICARDO SOUZA
Promotor de Justiça
Curador de Defesa do Consumidor