

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO****COMARCA DE SÃO CARLOS****FORO DE SÃO CARLOS****2ª VARA CÍVEL****RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760****Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min****SENTENÇA**

Processo Digital nº: **1008538-79.2015.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Compra e Venda**
 Requerente: **Neusa Maria Cesarino Mattos e outro**
 Requerido: **Gigante Imóveis Ltda e outro**

Juiz de Direito: **Dr. Daniel Felipe Scherer Borborema**

WALDIR MATTOS e sua esposa **NEUSA MARIA CESARINO** propõem ação de "arbitramento de lucros cessantes cumulada com danos materiais e morais" contra **PARINTINS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA** e **GIGANTE IMÓVEIS**. Alegam, em resumo, que em 12/11/2012 adquiriram, por meio de "instrumento particular de cessão e transferência de direitos compromissais, adesão e outras avenças", os direitos sobre a unidade autônoma nº 41, e respectiva vaga de garagem, concernente ao empreendimento imobiliário "Edifício Residencial dos Tupinambás". Em 07/01/2013, celebraram contrato corporificado em "instrumento particular de aditamento", substituindo a unidade autônoma objeto do contrato pela de nº 61. O negócio foi firmado no valor de R\$ 110.000,00, integralmente quitado. Sustentam que as rés, porém, incorreram em mora, porquanto a obra atrasou significativamente, inclusive foi embargada pela prefeitura municipal. Encontra-se em estágio prematuro de execução. Se não bastasse, a incorporação imobiliária sequer foi registrada no registro imobiliário. Não ocorreu nem mesmo a unificação dos lotes em que será edificado o empreendimento. As normas dos arts. 59 e 60 da Lei nº 4.591/64 foram desrespeitadas. A reunião e assembleia de representantes dos condôminos foi forjada, pois de fato jamais ocorreu. Ressaltam que não pretendem a rescisão contratual. Pedem: a condenação na multa prevista no artigo 35 da lei nº 4.591/64; a condenação em indenização de lucros cessantes com valor mensal pelo não uso e fruição do imóvel, valor a ser pago até a entrega do apartamento; indenização por danos morais.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 26/110.

1008538-79.2015.8.26.0566 - lauda 1


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
2ª VARA CÍVEL
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Os requeridos foram citados (fls. 124 e 126), e apresentaram conjuntamente defesa, na forma de contestação (fls. 127/169). Preliminarmente, alegaram a ilegitimidade passiva da Gigante, simples intermediária, e a impossibilidade jurídica do pedido pois os próprios autores reconhecem que não há prazo para a conclusão das obras. No mérito, alegaram que os autores assumiram a obrigação de aportar soma em dinheiro para a construção do edifício, conforme contrato. Asseveram que não foram adquiridos direitos sobre a unidade, mas sim estabelecida a copropriedade, mediante divisão em frações ideais, dos imóveis do local da construção. Feitos esses esclarecimentos, sustentam que a obra é objeto de construção por administração a preço de custo, o que retira a necessidade de registro da incorporação do empreendimento. e que foi contratada para a execução por administração com fornecimento de mão de obra do empreendimento. Impugna os pedidos indenizatórios e pede a improcedência.

Réplica às fls. 173/208.

É o relatório.
Fundamento e decido.

Julgo o pedido na forma do art. 355, I do CPC-15, uma vez que não há necessidade de produção de outras provas, valendo lembrar que, "presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder" (STJ, REsp 2.832-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 04/12/91).

A preliminar de ilegitimidade passiva da ré Gigante Imóveis fica afastada.

Vemos no processo que, mesmo por seu nome constar no cabeçalho dos instrumentos contratuais, fls. 37/42 e fls. 43/44, atuou de modo coordenado, no empreendimento, com a ré Parintins Empreendimentos Imobiliários. Houve uma atuação cooperada, com a simples organização separada dos trabalhos, mas o empreendimento, como um todo, é comum. Não é uma mera intermediadora de um empreendimento de terceiros.

A preliminar de impossibilidade jurídica – condição da ação suprimida pelo Novo Código de Processo Civil - fica repelida, porquanto confunde-se com o mérito.

1008538-79.2015.8.26.0566 - lauda 2


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
2ª VARA CÍVEL
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Ingressa-se no mérito.

Lendo-se o contrato de fls. 37/42, observamos que por seu intermédio a ré Parintins (a) transfere aos autores 1/32 dos terrenos nos quais viria a ser edificado o Edifício Residencial dos Tupinambás (b) que o referido edifício viria a ter 32 unidades autônomas, cada qual com 41,72 metros quadrados (c) que os autores desde já "reservam" para si a unidade autônoma nº 41 (d) que os autores obrigaram-se ao pagamento de R\$ 110.000,00, que de fato, na sequência, adimpliram integralmente (fls. 45) (e) que os autores obrigaram-se a assinar o "Termo de Acordo para Construção de Unidades Habitacionais e Outras Avenças", que iria reger as condições específicas da edificação do empreendimento (f) que os autores obrigaram-se a assinar o documento de constituição do Conselho Gestor (g) que os autores imediatamente ingressaram na "posse precária" da fração ideal, "atrelada a unidade que reservou", sendo que a posse definitiva "se consolidará por ocasião da lavratura de venda e compra ou troca, instituição, especificação, conecção, regimento interno e atribuição das unidades autônomas que compõem o empreendimento" (h) que os autores obrigaram-se ao adimplemento de impostos, taxas, tarifas, tributos que incidam ou viessem a incidir sobre os terrenos, na proporção da fração ideal adquirida.

Já a leitura do aditamento de fls. 43/44 revela que (a) deliberou-se por acrescentar-se à futura construção mais dois pavimentos, somando mais 8 unidades autônomas (b) que a unidade autônoma atribuída aos autores passou a ser a de nº 61 (c) que a fração ideal no terreno e coisas comuns foi reduzida de 1/32 a 1/40.

Mais à frente, houve a assinatura do "Instrumento Particular de Gestão para Construção de Unidades Habitacionais e Outras Avenças", fls. 54/85, com regramento minucioso do regime de construção adotado, especificação das obrigações dos cessionários, assinado somente em janeiro/2013.

Independentemente de outras questões que foram apresentadas pelas partes, o certo é que, no caso concreto, condição para o acolhimento da pretensão seria a constatação do

1008538-79.2015.8.26.0566 - lauda 3



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
2ª VARA CÍVEL
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

atraso das obras, em dimensão suficiente para que a mora possa ser afirmada.

Entretanto, o suporte fático necessário para o reconhecimento da mora não foi comprovado pelos autores.

Em primeiro lugar, observamos que contrato, aditamento e instrumento de gestão não estabelecem um prazo para a conclusão do empreendimento, como é inclusive confessado pelos autores na inicial.

Tal circunstância cria uma primeira dificuldade, no plano das obrigações assumidas, porque tratando-se de um empreendimento de grande complexidade, é natural que seja relativamente longo o decurso do tempo para a sua finalização. A ausência do prazo implica o reconhecimento, pelos cessionários, a propósito de uma flexibilização nesse concernente.

Cria, ainda, uma segunda dificuldade, porque mostra que não foi assumido, perante os cessionários, qualquer compromisso alusivo a uma data para a entrega das unidades autônomas. Não se constituiu uma obrigação a termo.

Em segundo lugar, observa-se que os cessionários tinham conhecimento de que o investimento estava sendo realizado para um empreendimento que sequer iria iniciar-se de imediato, vez que o contrato inicial já anunciou, fls. 39, que a obra seria realizada conforme projeto "que será previamente aprovado no órgão público municipal".

Quer dizer, no momento da contratação tiveram ciência os cessionários de que não se iniciaria logo a obra, pois sequer havia aprovação municipal, que seria ainda solicitada, sendo de sabença comum que a aprovação de uma obra dessa envergadura não se dá sem delonga.

Em terceiro lugar, não trouxeram os autores prova de qualquer promessa efetivada pelos réus, ainda que por e-mail, por informe publicitário, etc., no sentido de que a conclusão da obra estava prevista para determinada época. Nem mesmo o art. 48 do Código de Defesa do Consumidor socorre os autores.

Em quarto lugar, também não trouxeram os autores provas a propósito do cronograma de execução da obra, para que esse cronograma pudesse ser comparado com a

1008538-79.2015.8.26.0566 - lauda 4



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
2ª VARA CÍVEL
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

situação atual do empreendimento.

Em quinto lugar, a prova documental que os autores apresentaram, relativamente ao andamento da obra, é de vistoria efetivada em fevereiro/2014, fls. 86/96, excessivamente antiga mesmo considerando-se a data de propositura da ação, que foi 18/08/2015.

Cabe frisar que as provas pertinentes à comprovação do atraso seriam de natureza documental ou pericial, modalidades que não foram requeridas pelos autores quando instados à especificar as provas. Os autores, de fato, às fls. 216/217, somente requereram a prova oral, sem qualquer pertinência no caso concreto, em que a centralidade do fundamento do pedido está no atraso da execução da obra, situação que deve ser apurada por outros meios, e não por intermédio de prova oral.

Cabia aos autores a prova do fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 373, inciso I do Código de Processo Civil, ônus de que não se desincumbiram.

Sobre o *onus probandi*, a simples alegação não basta para convencer o juiz ("allegatio et non probatio quasi non allegatio"), donde surge a imprescindibilidade da prova de existência do fato.

Quem pleiteia em juízo tem o *ônus* de asseverar fatos autorizadores do pedido e, por consequência, tem o *ônus* de provar os fatos afirmados.

Em outras palavras, tem o autor o *ônus* da ação, ou, na preciosa síntese de MOACYR AMARAL SANTOS, "ao autor cumprirá sempre provar os fatos constitutivos", (cf. "Comentários ao Código de Processo Civil", IV vol., 2ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 33). CARNELUTTI, na brilhante transcrição do eminente processualista pátrio citado, sustentava que "quem expõe uma pretensão em juízo deve provar os fatos que a sustentam"; ao que CHIOVENDA rematava com maestria: "ao autor cabe dar prova dos fatos constitutivos da relação jurídica litigiosa" (cf. op. cit., p. 34 e 35).

Ante todo esse quadro, é de se afirmar que incumbia à parte que ajuizou a demanda a prova do fato constitutivo de seu direito, princípio esse que configura sedimentação do velho

1008538-79.2015.8.26.0566 - lauda 5



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
2ª VARA CÍVEL
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

brocardo adveniente do direito romano, segundo o qual "actore incumbit probatio".

E, em conclusão, como rematava o pranteado processualista pátrio ALFREDO BUZAID, "estando a parte empenhada no triunfo da causa, a ela toca o encargo de produzir as provas, destinadas a formar a convicção do juiz na prestação jurisdicional" (cf. op. cit., p. 07).

Nesse sentido, aliás, a lição de NOVAES E CASTRO, secundando entendimento de Pontes de Miranda, no sentido de que, em havendo colisão de provas, prevalecem as produzidas pelo réu, que tem posição mais favorável no processo, na consonância com o vetusto princípio romano: "actor non probante, reus absolvitur" (cf. "Teoria das Provas", 2ª edição, p. 381, n. 280).

No caso em tela, verifica-se que o autor não logrou êxito em tal mister, já que não carreou aos autos elementos efetivos de convicção no sentido de que lhe assiste o ordenamento jurídico, em termos de mérito, na hipótese apreciada.

Têm entendido nossas cortes de justiça que, "no Juízo Cível, o autor deve provar suas alegações, pelo menos de maneira a que se conclua ser seu direito mais certo do que o da parte contrária..." (cf. RJTJESP - 77/149).

Ante o exposto, julgo improcedente a ação e CONDENO os autores nas verbas sucumbenciais, arbitrados os honorários, por equidade, em R\$ 1.000,00.

P.R.I.

São Carlos, 07 de abril de 2016.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
 CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**