

# A SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS NAS QUESTÕES IMOBILIÁRIAS

||

**A** utilização da mediação e da arbitragem pode ser prevista por meio da inclusão de cláusula arbitral em contratos de incorporação imobiliária, mesmo com as limitações impostas pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como a possibilidade de reconhecimento de eventuais interesses indisponíveis nessa seara, implicando a vedação prevista em tais casos, pela Lei nº 9.307/96, para o instituto da arbitragem. O assunto é relevante em razão da grande expansão do mercado imobiliário, que é responsável também pelo aumento de questões judiciais envolvendo os compradores e as construtoras decorrentes de problemas com o prazo da obra e defeitos. Esses problemas, se levados à arbitragem, certamente teriam solução mais ágil e satisfatória para as partes. "





"A arbitragem pode ser estipulada pelas partes contratantes, desde que capazes e versando sobre direito patrimonial disponível, no momento da elaboração do contrato, por meio da cláusula compromissória que integra o contrato e prevê que, no caso de um conflito futuro, a questão será solucionada pela arbitragem. A cláusula compromissória é cheia quando já determina qual instituição ou árbitro, qualquer pessoa de confiança das partes, será o responsável pela solução do conflito. No entanto, a cláusula compromissória também pode ser vazia, ou seja, não estabelece o árbitro ou instituição que decidirá sobre o conflito."

A mediação e a arbitragem como formas de solução de conflitos possuem um enorme número de vantagens quando comparadas com as demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário. Especificamente na esfera do Direito Imobiliário, a questão se concentra em controvérsias oriundas de negócios jurídicos envolvendo questões de incorporação imobiliária, atentando para os múltiplos ordenamentos jurídicos aplicáveis, de índole civil, comercial e consumerista, bem como explorando a compatibilidade destes com técnicas de

mediação e arbitragem, tal como previstas pela Lei nº 9.307/96.

A utilização da mediação e da arbitragem pode ser prevista por meio da inclusão de cláusula arbitral em contratos de incorporação imobiliária, mesmo com as limitações impostas pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como a possibilidade de reconhecimento de eventuais interesses indisponíveis nessa seara, implicando a vedação prevista em tais casos, pela Lei nº 9.307/96, para o instituto da arbitragem.





O assunto é relevante em razão da grande expansão do mercado imobiliário, que é responsável também pelo aumento de questões judiciais envolvendo os compradores e as construtoras decorrentes de problemas com o prazo da obra e defeitos. Esses problemas, se levados à arbitragem, certamente teriam solução mais ágil e satisfatória para as partes.

Na medida em que os problemas advindos da construção são levados à apreciação do Poder Judiciário, sempre ocorre um maior desgaste às partes e à própria execução do contrato.

No caso da aplicação dos institutos da mediação e arbitragem nos problemas decorrentes da incorporação imobiliária tendo em vista a celeridade e a possibilidade de discussão no curso da execução da obra e do contrato, haveria um maior conforto às partes e melhor solução ao caso.

O aumento das grandes obras realizadas pela construção civil e também as grandes incorporações veem gerando um grande número de demandas judiciais devido à complexidade em sua realização e o número elevado de pessoas envolvidas, que vão desde problemas técnicos e estruturais até problemas com prazos de entrega, sendo diversas as responsabilidades do construtor.

A responsabilidade ético-profissional é oriunda dos deveres morais inerentes a cada profissão e a responsabilidade pela perfeição da obra e pelo atendimento das normas técnicas é aquela que determina que o construtor é o responsável pela perfeição da obra e, conforme os arts. 615 e 616 do Código Civil, pode o dono da obra enfeitá-la ou recebê-la com abatimento no preço, se o construtor se afastou das regras técnicas. De acordo com o art. 39, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, é considerada prática abusiva e é vedado ao construtor colocar no mercado produto ou serviço em desacordo com as normas técnicas expedidas pelos órgãos oficiais competentes.

No ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

“A responsabilidade pela perfeição da obra é o primeiro dever legal de todo profissional ou firma de engenharia, arquitetura ou agronomia, sendo de se presumir em qualquer contrato de construção, particular ou pública, mesmo que não conste nenhuma cláusula de ajuste. Isso porque, a construção civil é, modernamente, mais que um empreendimento leigo, um processo técnico de alta especialização, que exige além da *peritia artis* do prático do passado, a *peritia technica* da atualidade.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*, 1979, p. 252)

Na responsabilidade contratual pela execução da obra e na legal ou contratual pelos vícios e imperfeições da obra, o construtor, além de ser responsável pelo não cumprimento do contrato, também é responsável, conforme ensina Carlos Pinto Del Mar:

“O construtor é responsável pelos vícios e imperfeições da obra, oriundos de culpa sua na execução do serviço, ou no emprego do material, mesmo que não afetem a solidez e segurança da construção (inexecução da obrigação – CC, arts. 389, 186, 615, 927; CDC, arts. 18 e 20).” (DEL MAR, Carlos Pinto. *Falhas, responsabilidade e garantias na construção civil*. Afiliada, ed. 2007, p. 149)

Além das mencionadas, também há a responsabilidade pela solidez e segurança da obra, por danos a vizinhos, por danos a terceiros, por materiais, pelos atos dos seus prepostos, pelos riscos da obra, por danos ambientais, penal, entre outras.

Nesse universo, existe a figura do incorporador, que, segundo o art. 29 da Lei nº 4.591:

“Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.”

A mesma Lei, em seu art. 28, parágrafo único, esclarece:

“Para efeito dessa 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.”

Assim, temos que a incorporação engloba a realização da obra, por ela ou construtor terceirizado e sua comercialização no mercado. Se o incorporador também é o construtor, ele responde exclusivamente pela responsabilidade da construção. Se o construtor for terceirizado, tanto esse como o incorporador passam a ser responsáveis pela obra e respondem pelas obrigações perante os adquirentes, ocorrendo a solidariedade prevista no art. 942, parágrafo único, do Código Civil: “São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.”

Sendo certo que o incorporador sempre responde em primeiro lugar e, dependendo do caso, poderá agir regressivamente contra o construtor.

Nos dizeres de Sérgio Cavalieri Filho:

“(…) o incorporador é o responsável por qualquer espécie de dano que possa resultar da inexecução ou da má execução do contrato de incorporação, quer se trate de entrega retardada, de construção defeituosa, de inadimplente total, pois é ele quem figura no polo da relação contratual oposto àquele em que se coloca o adquirente da unidade ou das unidades autônomas.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. Cit., p. 302)

“Em princípio, a responsabilidade pela perfeição da obra e pela sua solidez e segurança é integral e única do construtor, mas pode ser transferida ao autor do projeto ou partilhada com os seus equiparados (incorporador), ou que nele interferiram, conforme a culpa de cada um.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*, 1979, p. 254)

Diante da grande complexidade dos contratos de incorporação imobiliária, é natural o aparecimento de controvérsias, sendo a mediação e a arbitragem formas rápidas e eficientes de solução de conflitos.

A Lei nº 9.307/96, Lei da Arbitragem, em seu art. 1º, dispõe: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais”. Nos ensinamentos de Carlos Alberto Carmona:

“(…) é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 33)

A arbitragem pode ser estipulada pelas partes contratantes, desde que capazes e versando sobre direito patrimonial disponível, no momento da elaboração do contrato, por meio da cláusula compromissória que integra o contrato e prevê que, no caso de um conflito futuro, a questão será solucionada pela arbitragem. A cláusula compromissória é cheia quando já determina qual instituição ou árbitro, qualquer pessoa de confiança das partes, será o responsável pela solução do conflito. No entanto, a cláusula compromissória também pode ser vazia, ou seja, não estabelece o árbitro ou instituição que decidirá sobre o conflito.

Também pode ocorrer que, no momento da elaboração do contrato, as partes não optem pela arbitragem, mas, com o aparecimento de um conflito, acabem por decidir que a questão conflitante deve ser levada à apreciação de um árbitro, nesse caso, teremos o termo de compromisso arbitral, firmado após a elaboração do contrato.

Ressalte-se que nos contratos de adesão, como é o caso dos contratos de incorporação imobiliária, a cláusula compromissória é autônoma ao contrato e deve ser elaborada em negrito, com letras maiores ou em termo apartado.

Uma vez as partes elegendo a arbitragem como forma de solução de conflitos, a sentença prolatada por um árbitro tem força de título executivo judicial, não dependendo de homologação do Poder Judiciário.

Em termos práticos, a arbitragem é muito eficiente para as partes que buscam a solução de conflito, uma vez que não serão obrigadas a se socorrer do Poder Judiciário, que já está completamente sufocado com as mais variadas demandas. Vale lembrar que o prazo máximo para uma decisão no procedimento arbitral é de seis meses.

Além da vantagem da celeridade, a arbitragem permite um processo mais informal, prestigiando a oralidade, possibilitando a flexibilidade do procedimento, sempre visando ao interesse das partes, e também à possibilidade de julgamento por equidade, isto é, aplicar a lei de uma forma mais justa para as partes com a análise de todas as suas peculiaridades.

Outra forma de solução de conflitos seria a mediação, processo esse que antecederia a arbitragem. A mediação é um processo voluntário em que as partes elegem um terceiro, mediador, que

facilitaria as próprias partes solucionarem o conflito, chegando a um acordo, ao contrário da arbitragem, na qual o árbitro profere uma decisão que será imposta às partes. Na mediação, o poder decisório continua com as partes envolvidas no conflito e ambos chegarão a um acordo sobre a melhor forma de resolver determinada questão.

Dessa forma, a mediação também é um meio eficaz de solução de conflitos na área do Direito Imobiliário, especificamente nas questões de incorporação imobiliária. Sendo que em um grande número de casos não precisam ser submetidos à arbitragem, pois têm sua solução com a mediação.

Uma vez exposta a grande diversidade e responsabilidades que envolvem um contrato de incorporação imobiliária e também o instituto da arbitragem e mediação, faz-se necessário saber se é possível a utilização da arbitragem nas relações de consumo, diante do art. 51, inciso VII, do CDC, que estabelece serem nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que determinem a utilização compulsória da arbitragem.

Em análise ao art. 51, inciso VII, do CDC e buscando o intuito da lei de proteger o hipossuficiente no momento de contratar, uma cláusula arbitral compulsória de fato será nula.

A mesma situação, porém, não ocorre quando a instituição da arbitragem é facultativa e aceita pelo consumidor, “desde que rigorosamente observados os princípios da arbitragem previstos no art. 21, § 2º, da Lei nº 9.307/96, que preveem a igualdade de tratamento entre as partes, o contraditório, a imparcialidade e o livre convencimento do árbitro. Parece-nos possível e até mesmo proveitosa a utilização desse procedimento para se obter a rápida solução de uma pendência; em última análise, essa agilidade beneficiaria mais o consumidor do que o resultado de uma longa demanda judicial, pois a rapidez na solução de problemas de vícios construtivos interessa em primeiro lugar a quem sofre as suas consequências”. (DEL MAR, Carlos Pinto. 2008, p. 316)

As relações de consumo, embora contenham normas de ordem pública, tratam de direitos patrimoniais disponíveis, e o árbitro pode perfeitamente solucionar questões relativas decorrentes de ordem pública desde que o direito envolvido seja patrimonial e disponível, como são nas relações de consumo (FONSECA, Rodrigo Garcia da. 2008, p. 459).

Diante do exposto, fica claro que tanto a mediação como a arbitragem são possíveis nos contratos de adesão e nos contratos que envolvam relação de consumo e por extensão aos contratos de incorporação imobiliária, contratos esses que, diante das peculiaridades, são passíveis do surgimento de várias controvérsias entre as partes envolvidas. Com o uso da mediação e arbitragem, sempre que houver um conflito, não seria necessário se socorrer do Poder Judiciário, podendo usar dos recursos previstos na Lei nº 9.307/96, o que acarretaria muito mais celeridade na solução da controvérsia, deixando, inclusive, de prejudicar o próprio contrato de incorporação. ■



**JOSÉ LETTE GUIMARÃES JUNIOR** é Especialista em Direito Processual Penal pela FMU, Advogado e Árbitro do Tribunal Arbitral de São Paulo.