

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 3ª. VARA EMPRESARIAL

ref. proc. n. 2009.001.203088-7

COMISSÃO DE OBRAS DOS EMPREENDIMENTOS VILLA BORGHESE E SAN FILIPPO – em liquidação, por seu advogado *in fine* assinado, tendo em vista a r. sentença de extinção (fls. 343/344), serve-se da presente para apresentar

APELAÇÃO

pelas seguintes razões de fato de direito que passa a expor:

EGRÉGIA CÂMARA

Merece reforma a r. sentença de primeira instância que extinguiu o processo sem julgamento do mérito, pelo indeferimento da petição inicial, posto que proferida contra a prova dos autos, o direito e torrencial jurisprudência de nossos tribunais.

A autora ajuizou ação civil pública que denuncia as rés pela propaganda enganosa na venda das unidades de apartamento prontos e acabados.

O Promotor de Justiça, Dr. Rodrigo Terra, cumprindo seu dever, se deu por suspeito com fundamento no inciso V do artigo 135, da legislação processual civil, recusando a indicação ao exercício das funções.

Esclareça-se, entretanto, que não há na petição inicial qualquer referência ao sogro do oficiante; aliás, se menção houvesse, seria elogiosa não somente a ele, mas ao excelente serviço prestado aos adquirentes desses empreendimentos por todos os servidores do 18º. Ofício, de modo que a suspeição destoa completamente do que no feito se procura demonstrar como merecedor de consideração pelo juízo: propaganda enganosa do novo incorporador e outras empresas associadas com a mesma finalidade, não se imaginando em que ponto esse delito cruza com o pai de sua esposa.

A promoção do substituto, inequivocadamente influenciada pelos termos em que posta a suspeição, confunde ainda mais as coisas e falha no exame das provas documentais trazidas com a petição inicial, pois deveria ter notado que os prédios estão prontos, os *habite-se* concedidos em março e abril de 2008, não se assemelhando o caso a nada do que consta ali relatado como fundamento de seu desinteresse, sendo que a "pertinência temática" da representação não retira do rol de condições necessárias aos promissários-compradores das diversas unidades imobiliárias dos dois empreendimentos, a proteção contra a propaganda enganosa, condições básicas que tal Comissão de Obras tem por objetivo proporcionar àqueles que vierem a ser investidos nesta qualidade e estaria se omitindo não tomasse todas as providências necessárias, judiciais ou não, conforme previsto em seus estatutos.

O *parquet* não viu nas provas trazidas com a petição inicial plausibilidade da alegação de propaganda enganosa, *haja vista se tratar de empreendimento imobiliário ainda em fase de construção*, e daí fala de outros processos similares, quando os prédios estão com *habite-se* desde março e abril de 2008 (!?!), deixando claro não ter entendido a substância do caso presente, que trata de propaganda enganosa na oferta de apartamentos que não possuem os atributos e dependências que os réus sugerem e prometem de forma ardilosa, em painéis, cartazes, *folders* e páginas de *internet*.

Não sendo amparada a causa pelo Ministério Público, o magistrado sentencia que a Comissão de Obras não apresenta as necessárias condições de representatividade para o manejo da ação coletiva destinada a proteger o público da propaganda enganosa na venda dos apartamentos que a muito custo se conseguiu concluir a partir dos esqueletos abandonados pela Encol, mas o detalhe técnico de esse comando unificado dos lesados ter assumido a titularidade da ação não poderia servir a que extinguisse sumariamente a petição inicial, sendo flagrante a legitimidade das duas associações que a criaram e que tem por finalidade institucional a defesa desses consumidores lesados, associações autorizadas pela lei da ação civil pública a se litisconsorciar, se assim fosse determinado emendar, pois dentre os seus objetivos, sem dúvida, está a proteção aos interesses dessas pessoas, pelo menos nesses dois empreendimentos.

Esclareça-se que com seriedade e idoneidade, a partir do abandono das incorporações fraudulentas promovidas pela Encol, desde a fusão do comando dessas associações, a Comissão de Obras tratou do interesse coletivo, obtendo assistência litisconsorcial no processo que o permutante do terreno já movia contra a construtora, quando se obteve, em cautelar incidental, ordem de arresto do imóvel da Encol na Avenida Atlântica, então a construção abandonada de um hotel, hoje da cadeia *Marriot*, sociedade estrangeira (Holanda) que apareceu em 1999 para opor embargos de terceiros e retomar as obras, conseguindo suspender a imposição do gravame no RGI até recentemente, pouco antes do recesso de 2009, quando se viram rejeitados os seus embargos de declaração ao que decidido pela 3ª. Turma do STJ no REsp 949518.

Além dessa cautela inicial, a Comissão de Obras propôs ação que conseguiu, perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, obter a baixa da hipoteca lançada pela Encol na matrícula do terreno do edifício San Filippo, onde condenada a antiga Gomes de Almeida Fernandes (hoje CIMOB) ao pagamento de indenização, cuja liquidação ainda se encontra em andamento, devido à realização de perícia, mas cuja parte líquida já conta com decisão pela sua despersonalização, para que a execução alcance a *nova* GAFISA S/A, restando pendente de exame, caso seja necessário para saldar toda a dívida, a alegação de fraude à execução na alienação das 31 unidades de apartamento dessas duas companhias ao banco Itaú S.A., no curso do processo de conhecimento (nº. 2004.209.001769-3).

Ao mesmo tempo que se livrou das amarras da Encol e dos gravames que recaíam sobre os terrenos, para registrar o memorial de incorporação e por em andamento a obra, a Comissão de Obras teve também que litigar com intermediários financeiros do Banco Itaú S/A, que abusaram do direito de ação para conseguir liminar em véspera de assembléia, com o único e exclusivo intuito de atrapalhar a contratação do reinício das obras com a João Fortes Engenharia S/A em fins de 2003, sátrapas cuja condenação, já transitada em julgado, rende ainda ação rescisória por parte das devedoras (nº 2008.006.00260), que sumiram com os autos, já há meses em busca e apreensão.

Acumulando um histórico de lutas em prol dessa coletividade, concluídas as obras pelo regime do patrimônio de afetação, a Comissão de Obras é órgão transitório que se finda, mas sua liquidação não pode causar embaraço aos direitos e deveres através dela representados, valendo ressaltar que, no regime adotado para a construção financiada das unidades habitacionais, a lei de afetação previu a prorrogação de seus poderes e expressa legitimação para perseguir os interesses dos adquirentes dos dois empreendimentos, contingente que vai aumentando à medida que as rés vendem apartamentos com aquela propaganda enganosa. São 792 no total.

A sentença afirma que a legitimação da autora diz respeito à construção, mas a propaganda enganosa tem a ver com isso mesmo e não é porque está pronta a obra que a Comissão, dita *de Representantes* na lei da afetação, omitiria das autoridades esse engôdo, quando qualquer pessoa poderia se insurgir, sem que necessariamente tenha sofrido qualquer prejuízo, tampouco tenha que fazer prova de que consome o produto ou utiliza o serviço, sendo que a ação civil é chamada "pública" porque defende bens que compõem o patrimônio social e público, assim como os interesses difusos e coletivos (art. 129, III, CF), sendo que o juiz deve dar efetividade às normas de proteção em caso de omissão ou atuação inadequada da Administração Pública, mesmo que seja o Ministério Público a falhar.

Em resumo, a prática de ato contrário ao direito deveria ser suficiente para colocar o processo civil em funcionamento, mas o ilustre Promotor de Justiça, Dr. Rodrigo Terra, se deu por suspeito, e o substituto indicado, com o devido respeito, não deu a merecida atenção ao caso e, ao invés de ajudar no esclarecimento dos fatos, procurou criar obstáculos formais ao seu conhecimento pelo juiz, que passou a régua, extinguindo o processo, sem julgamento do mérito, pela inépcia da inicial, com fundamento no inciso II, do artigo 295 do CPC.

Como não foi dado à autora oportunidade de emenda, nem vista da promoção do *parquet*, resta agora apelar ao tribunal, acreditando na reconsideração em primeira instância, para que possa o feito prosseguir, regularizando a representação onde e como for determinado, até desprezando a existência da Comissão de Obras, para que venham se litisconsorciar as associações individualmente, determinando o implemento das condições exigidas em tempo compatível, porque enquanto se ocupa o processo com as necessárias formalidades, os fatos narrados continuam a causar prejuízo e assim continuarão, por tempo indeterminado ou até que acabe a mercadoria...

Sem reconsideração para emenda, a r. sentença recorrida faz letra morta do artigo 13 e 284 do CPC, razão pela qual se espera e crê que a presente apelação, seguindo seu curso, seja conhecida e provida para reforma decisão de primeiro grau, determinando o prosseguimento do feito, seja reconhecendo à autora a legitimidade necessária, seja facultando o atendimento das formalidades que julgar essenciais para regularização da representação e admissão da petição inicial, mesmo estando a causa ao desamparo do Ministério Público, o que será medida de inteira

Justiça !

Rio de Janeiro, 12 de Janeiro de 2010.

ROBERTO HELY BARCHILÓN
OAB/RJ 54.811