

1 INTRODUÇÃO.

A figura da responsabilidade civil surgiu num cenário onde buscava-se o ressarcimento de uma vítima por um ato ilícito. Sendo assim, o objetivo desta é tutelar e assegurar o regular desenvolvimento dos atos jurídicos, exatamente para viabilizar este ressarcimento.

Tendo em mente que o direito busca sempre regular o convívio em sociedade, instituindo em seus integrantes a ideia de direitos e deveres os quais decorrem da imposição de condutas, sejam elas negativas ou comissivas, as consequências reparatórias dos atos ilícitos devem sempre serem observadas, na medida em que as manifestações de vontade não são honradas. Sendo assim, o legislador consagrou a responsabilidade nos princípios gerais do direito, bem como no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

Com a atuação judiciária, a responsabilidade civil foi consagrada na jurisprudência, sendo posteriormente inserida no Código Civil de 2002, através da instituição da responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

Na responsabilidade civil subjetiva, a qual é a regra no nosso ordenamento jurídico, há a necessidade de prova de que o dano sofrido adveio de um conduta que não se coaduna com o direito, bem como é necessária a prova de que este agente causador do dano agiu com culpa ou dolo. Já a responsabilidade civil objetiva, a qual é mencionada como exceção à regra no nosso ordenamento, é a responsabilização do agente causador do dano sem a necessidade de prova de culpa ou dolo.

A sociedade em que vivemos está sempre em evolução tornando-se mais complexa, bem como o desenvolvimento econômico, o mercado de habitação tornou-se um dos principais geradores de capital do país, sendo este o foco do presente trabalho.

Devido a esse fato e ao aumento da população nas áreas urbanas, a incorporação imobiliária adquiriu grande impulso e tornou-se bastante complexa para os juristas, pois é, atualmente, o principal meio de constituição da propriedade em condomínio no Brasil.

Em razão dessa relevância e complexidade, o presente estudo busca, através da análise das características da responsabilidade civil e das peculiaridades da

incorporação imobiliária, verificar de que forma o incorporador pode vir a ser responsabilizado pelos seus atos e como o nosso ordenamento jurídico está posicionado a respeito.

Para tanto, dividiu-se este trabalho em três grandes partes. Na primeira parte serão abordados os aspectos gerais da responsabilidade civil, dentre os quais destaca-se um estudo sobre o desenvolvimento histórico da responsabilidade civil, seu conceito, dever jurídico originário e sucessivo, ilicitude objetiva e subjetiva. Também são objetos de estudo neste primeiro ponto do trabalho a responsabilidade civil objetiva e subjetiva, a responsabilidade civil contratual e extracontratual, bem como os elementos da responsabilidade civil, como a culpa, o risco, o nexo causal e as teorias que concretizam a responsabilidade civil em nosso ordenamento jurídico.

Essa análise inicial é de suma importância para que seja possível o desenvolvimento do tema escolhido para estudo, pois na terceira parte do presente trabalho serão abordados a aplicação do instituto da responsabilização civil no meio da incorporação imobiliária.

No segundo ponto deste trabalho, será analisada as características da Incorporação imobiliária, bem como as suas peculiaridades, a origem do citado instituto, o conceito de incorporação imobiliária e de incorporador, quais são seus direitos e deveres previstos na Lei 4.591/64, as modalidades de contrato incorporativo, e demais aspectos da incorporação imobiliária.

Por fim, no terceiro e último ponto deste estudo, será tratada a incidência da responsabilidade civil na incorporação imobiliária. Através do estudo sobre os direitos e deveres do incorporador, busca-se analisar como será responsabilizado o incorporador, e a possibilidade de utilização dos preceitos previsto no Código de Defesa do Consumidor para este caso específico. Além de tratar, também, da solidariedade entre incorporador e construtor.

Através de definições e pareceres sobre as obrigações do incorporador, busca-se apresentar de forma sintetizada a responsabilidade civil deste profissional frente ao adquirente de uma futura unidade imobiliária, analisando-se o quanto disposto no Código Civil Brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor.

Devido à complexidade da matéria em questão, não pretende-se esgotar o assunto, tampouco fazer afirmações correspondentes a uma verdade absoluta. Todavia,

busca-se neste estudo, estimular e instigar os profissionais do direito a fazer uma análise sobre esses dispositivos legais, bem como, demonstrar doutrinária e jurisprudencialmente a responsabilidade civil do incorporador.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL. ASPECTOS GERAIS

1. HISTÓRICO. BREVES CONSIDERAÇÕES

A responsabilidade civil é um instituto que, obrigatoriamente tende-se a renovação, uma vez que no dia-a-dia, surgem novas teses jurídicas direcionadas à atender as necessidades sociais emergentes, sendo este o instituto que teve o maior desenvolvimento nos últimos tempos.

A ideia de responsabilidade civil, qual seja, o de reparar o dano injustamente causado, sempre existiu. Contudo, o que mudou ao longo do tempo foi a forma como esta reparação foi se sedimentando, sofrendo desta forma, uma evolução.

A origem deste instituto surgiu no Direito Romano, estando neste período histórico calcada na ideia de vingança pessoal, sendo uma forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano, como lídima reação pessoal contra o mal sofrido (GAGLIANO, 2003, p.11).

A Lei das XII Tábuas foi um marco no Direito Romano, bem como na humanidade em si. Foi uma das primeiras leis que ditavam normas eliminando as diferenças de classes, atribuindo a tais um grande valor, uma vez que as leis do período monárquico não se adaptaram à nova forma de governo, ou seja, à República e por ter dado origem ao Direito civil e às ações da lei, apresentando assim, de forma evidente, seu caráter tipicamente romano (imediatista, prático e objetivo).

Com o passar do tempo a aplicação desta pena, entretanto, passou a ser marcada pela intervenção do poder público, que poderia permiti-la ou proibi-la.

Posteriormente, ainda vigorando a Lei das XII Tábuas, inicia-se o período da composição tarifada, onde a própria lei determinava o *quantum* para a indenização, regulando o caso concreto. Nas palavras de Alvino Lima (1999, p.21), esta fase “é a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória”.

Conforme a doutrina majoritária leciona, a maior evolução do instituto ocorreu com o advento da *Lex Aquilia*, que deu origem a denominação da responsabilidade civil

delitual ou extracontratual, que é também chamada de responsabilidade aquiliana. Como ensina Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

“Um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porém, com a edição da Lex Aquilia, cuja importância foi tão grande que deu nome a nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual” (GAGLIANO, 2003, p.11).

Esta legislação destacou-se por trazer a substituição da multa fixa por uma pena proporcional ao dano causado.

O intitulado *dammun injuria datum*, regulado por esta lei, definia o delito praticado por alguém que prejudicasse a outrem, injustificadamente, por dolo ou culpa, tanto física como materialmente, como ensina Jose de Aguiar Dias:

“A indenização permanecia substituindo o caráter da pena, sendo que os textos relativos a ações de responsabilidade se espraiaram de tal forma que, em último grau do direito romano, já não mais faziam menção apenas aos danos materiais, mas também aos danos morais.” (DIAS, 2006, pág.26)

O Código de Napoleão inseriu a noção de culpa *in abstracto* e a distinção entre culpa delitual e a culpa contratual. Sendo assim, a responsabilidade civil funda-se na culpa. Todavia, o principal objetivo da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito, empenhando-se em tutelar a atividade humana, a qual deve se comportar de acordo com o Direito, sendo reprimida qualquer conduta daquele que o contrarie.

Entretanto, esta teoria da culpa trazida pela legislação francesa não foi suficiente para regular todos os casos concretos ao longo do tempo, o que fez surgir outras teorias. Tais teorias são amparadas em várias legislações mundiais, sem contudo fazer desaparecer totalmente a teoria clássica da culpa, o que ocorreu inclusive com o Código Civil Brasileiro.

2.2 CONCEITO.

Um dos pilares basilares da ordem jurídica é proteger o lícito e reprimir o ilícito. Isso quer dizer que o Direito irá sempre se destinar a proteger a conduta humana que se coaduna com a sua estrutura normativa, bem como irá reprimir aquela conduta contrária à ele, corrigindo ainda os seus efeitos nocivos. Sendo assim, o ordenamento irá impor à sociedade uma série de deveres que, conforme a natureza do direito, poderá ser positivo, à exemplo das obrigações de dar ou fazer, bem como poderá ser negativo, à exemplo da abstenção de praticar uma conduta ou tolerar determinada conduta. Diferentemente da responsabilidade civil, na ceara penal, ao cometer um ilícito, o infrator está infringindo uma norma de direito público, lesionando assim diretamente a sociedade. Já na responsabilidade civil, o direito lesionado é o particular ou privado, cabendo assim ao prejudicado requerer a sua reparação. Neste sentido, toda e qualquer lesão à um direito privado, suscetível de responsabilização será feito mediante uma indenização, que é o ressarcimento através de pecúnia, ou de uma obrigação de fazer. Nos dizeres de Silvio Venosa:

“O termo responsabilidade, embora com sentidos próximos e semelhantes, é utilizado para designar várias situações no campo jurídico. A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação. Assim, diz-se, por exemplo, que alguém é responsável por outrem, como o capitão do navio pela tripulação e pelo barco, o pai pelos filhos menores e etc.” (VENOSA, 2006, p.4)

Delimitar o conceito exato de responsabilidade civil não é, ainda, uma tarefa fácil, uma vez que ainda há divergência na doutrina, dividindo-se esta naqueles que defendem que a origem da responsabilidade civil advém da culpa, enquanto que outros defendem que ela se origina do dano em si. Neste sentido, para a parte da doutrina que entende que a responsabilização depende da culpa (responsabilidade subjetiva), é necessário que a vítima do dano prove a conduta culposa do causador do dano, para que somente assim surja o dever de reparar imputado ao causador do dano. É válido frisar que esta é a posição adotada pelo legislador, ao consagrar a responsabilidade civil no artigo 186 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Por outro lado, parte da doutrina se filia a ideia de uma responsabilidade pautada apenas no dano (responsabilidade objetiva), bastando que se cause um prejuízo para que o dever de repará-lo surja. Aqui, privilegia ao máximo a reparação, na medida em que não traz para vítima o ônus de provar e identificar o seu ofensor, estando consagrada no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Sendo assim, Silvio de Salvo Venosa (2001, p.500) menciona que “o princípio gravitador da responsabilidade extracontratual no Código Civil é o da responsabilidade subjetiva, ou seja, responsabilidade com culpa”. Segundo o autor, a responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existir lei que autorize expressamente, logo, na ausência de lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta é a regra geral do direito brasileiro.

Em relação ao Código Civil de 2002, Rui Stoco (2007, p.129) menciona que, embora tenha adotado e mantido a culpa como pressuposto da responsabilidade civil, exigindo que a conduta tenha um qualificativo ligado ao elemento subjetivo ou interno da pessoa, de forma que exista projetada uma direção entre um resultado querido ou assumido, o Código excepcionou este princípio para, como exceção, admitir a responsabilidade independente de culpa – objetiva, quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para os direitos de outrem, nos termos do art. 927, parágrafo único.

José de Aguiar Dias (2006, p.62) menciona a respeito, que o legislador brasileiro, consagrou a teoria da culpa, mas, nem por isso deixou de abrir exceção ao princípio, pois admitiu casos de responsabilidade sem culpa, muito embora não tivesse

acompanhado, com mais amplitude, a orientação moderna de outras legislações, como seria de desejar.

2.2.1 Dever Jurídico Originário e Sucessivo.

A responsabilidade é diferente de obrigação, apesar de ambos os institutos se relacionarem intimamente. Neste sentido, a obrigação é um dever jurídico primário, onde a sua violação configura um dever jurídico secundário, entrando aqui o dever de reparar, ou seja, a responsabilidade, conforme preleciona Sérgio Cavalieri Filho:

“É aqui que entra a noção de responsabilidade civil. Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas à outrem. Designa o dever de alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.” (CAVALIERI, 2012, p.2)

Ainda, segundo Sergio Cavalieri Filho (2012, p.3) “a responsabilidade é a sombra da obrigação, assim como não há sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação”. Dessa forma, sempre que se quiser saber quem é o responsável, tem-se que identificar aquele a quem a lei imputou a obrigação, porque ninguém poderá ser responsabilizado sem ter violado dever jurídico preexistente.

Assim sendo, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para restaurar um dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Portanto, toda ação humana que, violando dever jurídico originário, causar prejuízo a outrem é fonte geradora da responsabilidade civil.

2.2.2 Ilícitude Objetiva e Subjetiva.

Ilícitude é toda e qualquer conduta que é contrária ao direito. O ordenamento jurídico normativo é impositivo, traçando condutas e regras de comportamento, emanadas do Estado, que devem ser seguidas e respeitadas por toda sociedade. Se algum indivíduo comete uma ilícitude, ele está indo em sentido oposto à norma, logo, contrária à vontade do Estado.

Nos dizeres de Silvio Venosa (2006, p.20), os atos ilícitos são aqueles que advêm direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao Direito. Sendo assim, esta manifestação de vontade é o pressuposto da responsabilidade civil, estando preso ao conceito de “imputabilidade, porque a voluntariedade desaparece ou torna-se ineficaz quando o agente é juridicamente irresponsável”.

Traçados este comentários, na ilícitude objetiva, considera-se unicamente, para a configuração da ilícitude, a conduta ou o fato em si, sua materialidade ou exterioridade, verificando-se a contrariedade dela com a conduta imposta pelo Direito. A conduta contrária à norma jurídica, por si só, já merece ser qualificada como ilícita mesmo que não tenha origem numa vontade consciente e livre. Isso porque o legislador, ao impor determinada conduta, o faz porque, em momento anterior, valorou positivamente o fim que essa conduta visa a atingir (CAVALIERI, 2012, p.10).

No que tange ao escopo subjetivo, a qualificação de uma conduta como ilícita implica em que se faça um juízo de valor a seu respeito, o qual somente é possível se tal conduta resultar de ato humano consciente e livre. Pelo enfoque subjetivista, a ilícitude “só atinge sua plenitude quando a conduta contrária ao valor que a norma visa a atingir (ilícitude objetiva) decorre da vontade do agente”. Segundo Sergio Cavalieri Filho (2012, p.10), isso ocorre “quando o comportamento objetivamente ilícito for também culposo”.

2.3 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

Como já mencionado anteriormente, em nosso ordenamento, admite-se a figura da responsabilidade civil objetiva, ou seja, aquela que independe da prova de culpa, bem como a figura da responsabilidade civil subjetiva, onde a prova da culpa se torna necessária para que se identifique o sujeito causador do dano, possibilitando o ressarcimento deste dano.

2.3.1 Responsabilidade Subjetiva

A responsabilidade subjetiva é aquela que depende da prova da culpa, sendo também chamada de responsabilidade civil por culpa.

Esta modalidade de responsabilidade está prevista no Art. 186 do Código Civil vigente e é a regra no nosso ordenamento. Nestes termos, segue citação de Elpídio Donizetti:

“Em razão da doutrina majoritária considerar a culpa elemento do ato ilícito, a responsabilidade delitual se reputa subjetiva, e a culpa se reveste de elemento configurador da responsabilidade civil. Essa consideração se extrai do próprio art. 186 do Código, porquanto trata de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência (imperícia). (...) A configuração da responsabilidade civil subjetiva - e a consequente obrigação de indenizar - depende, pois, de que o sujeito pratique um ato contrário a direito, com dolo ou com culpa; que esse ato cause um dano a uma terceira pessoa, seja ele material ou moral. Deve ainda, haver uma relação de causalidade, ou seja, o ato contrário a direito deve necessariamente ser a causa do dano.”
(DONIZETTI, 2013, p.399)

Destrinchando então este artigo de suma importância para este estudo, podemos identificar a ideia de que, o autor daquele ato ilícito, deve ter agido através de uma conduta comissiva ou omissa. Ademais, deve ter agido por negligência, imprudência ou imperícia.

Agir com negligência é agir com falta de cuidado, ou deixando de aplicar em um determinado caso as devidas precauções pertinentes aquele caso (ibidem, 2013, p.403). É o agir sem zelo, sem observar as possíveis consequências daquela conduta. Um belo exemplo de uma conduta negligente é a do pai que deixa o seu

revólver ao alcance dos filhos menores, conduta esta que pode causar um disparo acidental por um destes e a possível morte de alguém.

Imprudência ocorre quando aquele indivíduo age perigosamente, sem moderação ou precaução. É aquele indivíduo que, embora esteja habilitado para praticar aquele ato, excede os limites do razoável, ousa, atreve (ibidem, 2013, p.403). Exemplificando, é o caso do motorista habilitado, mas que trafega na via em velocidade muito superior ao permitido, não conseguindo frear ao avistar o semáforo vermelho, causando um acidente.

Age com imperícia, aquele indivíduo que não se encontra apto para realizar aquele ato, não se encontra devidamente habilitado. O resultado de uma ação com imperícia poderia ser completamente diferente se o indivíduo tivesse praticado aquele ato que não sabia realizar (ibidem, 2013, p.403).

Sendo assim, a culpa, em seu sentido estrito, pode decorrer de uma negligência, imprudência ou de uma imperícia, na qual o sujeito causador do dano não está direcionando a sua vontade para causar aquele dano.

Ademais, como bem pontua Sérgio Cavaliere Filho, a culpa pode ainda ser classificada em graus, onde será de grau grave quando o agente causador do dano agir com uma grosseira falta de cautela, com um descuido injustificável do homem médio, se equiparando à figura do dolo eventual do direito penal. Será a culpa de grau leve se a falta puder ser evitada com uma atenção ordinária, com a atenção de um *bonus pater familias*. Por fim, ela será levíssima quando há a falta de atenção extraordinária, quando houver uma ausência de habilidade ou conhecimento singular (CAVALIERI, 2013, p.39).

Tais critérios de graus de culpa se relacionam com os conceitos de negligência imprudência ou imperícia, na medida em que, à depender da gravidade da conduta negligente, imprudente ou imperita (se grave, leve ou levíssima), tais conceitos servirão como parâmetro para fixação de indenização à ser arbitrada pelo juiz.

Entretanto, delinear o grau de culpabilidade é uma tarefa difícil, na medida em que estaria dotada de uma carga de subjetividade muito grande, na medida em que o que é grave para um, pode não ser para outro, como bem salienta Anderson Schreiber:

“A identificação do modelo de conduta com a consciência judicial suscita um grave problema de legitimidade teórica. Embora sua maior vantagem prática seja, de fato, a facilitação da prova da culpa, o método abstrato sempre teve como justificativa uma certa secularização da culpa, no sentido de torna-la uma noção mais científica, vinculada a um modelo de conduta que todos poderiam conhecer e observar, ao invés de deixar a avaliação aos sabores da análise concreta. Entretanto, o parâmetro de comportamento prudente do juiz, em sua individualidade, afigura-se tão inacessível e tão pessoal quanto o parâmetro do próprio responsável.” (SCHREIBER, 2013, p.40)

Por fim temos a culpa *in eligendo*, culpa *in vigilando* e a culpa *in custodiando*. A primeira, a culpa *in eligendo* é a culpa pela má escolha, sendo mais usualmente utilizada na Justiça do Trabalho, onde a culpa do patrão ou do comitente era presumida pelo ato culposo do empregado ou preposto. A segunda, a culpa *in vigilando*, decorre da falta de atenção ou inobservância de algum “procedimento de outrem que estava sob a guarda ou responsabilidade do agente”. Por fim, a terceira, a culpa *in custodiando* “caracteriza-se pela falta de atenção em relação à animal ou coisa que estavam sob os cuidados do agente”. (CAVALIERI, 2013, p.41).

2.3.2 Responsabilidade Objetiva

Após analisarmos a responsabilidade civil subjetiva, que, como já dito, é a regra no nosso ordenamento, passa-se ao estudo da responsabilidade objetiva, ou seja, aquela responsabilização que independe de culpa.

Há doutrinadores que sustentam que a responsabilização objetiva já existia no Direito Romano. Entretanto este tipo de responsabilização ficou afastada e inerte por muito tempo, tendo apenas ressurgido com os tempos modernos, com a industrialização, os inventos modernos, o número crescente de pessoas e os avanços tecnológicos em geral. Contudo, o foco em especial fora no que tange aos acidentes de trabalho, onde se notou que a responsabilidade subjetiva era insuficiente, ante a dificuldade de prova da culpa do empregador, gerando um número alto de injustiças. (CAVALIERI, 2012, p.151)

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2003, p.307-308), essa evolução foi motivada especialmente pelo desenvolvimento industrial, pelo advento do maquinismo e pelo crescimento populacional. O autor também fala que o conceito tradicional de culpa apresentava-se equivocado para servir de suporte à teoria da responsabilidade civil, pois o fato de impor a vítima, como pressuposto para ser ressarcida do prejuízo experimentado, o encargo de demonstrar não só o liame de causalidade, como também o comportamento culposo do agente causador do dano, equivalia a deixá-la sem ressarcimento dos seus prejuízos, pois em inúmeros casos o ônus da prova surgia como barreira intransponível.

Na responsabilidade objetiva, assim como na responsabilidade subjetiva, temos a conduta ilícita, o dano e o nexos causal. Contudo, diferentemente da responsabilidade subjetiva, aqui não há a necessidade do elemento culpa, ele independe desta prova. Isso não quer dizer que ela não exista, mas apenas que ela é irrelevante para que surja o *an debeatur*.

Neste sentido, Rui Stoco (2007, p.157) diz que, “em algumas hipóteses, em que se admite a reparação pela prática de atos lícitos, não se indaga também, se o ato é jurídico ou injurídico”. Para o autor, pode ser o ato lícito ou ilícito, bastando apenas para a configuração da responsabilidade uma ação voluntária, um dano e o nexos de causalidade que os liga.

Entretanto, a responsabilidade objetiva encontra limites. Apesar de sua ocorrência ser independente da prova da culpa, ela somente se configura se o nexos causal que liga aquela conduta ao dano for existente. Tal fato evita a responsabilização daqueles que não deram causa ao evento.

2.3.2.1 A Teoria do Risco

A teoria do risco é o fundamento da responsabilidade objetiva na medida em que determina que, aquele que exerce certa atividade e tira um proveito desta, sejam eles diretos ou indiretos, responde pelos danos que causar em detrimento desta atividade, sem a necessidade de prova de culpa, seja sua ou de seus prepostos.

Neste sentido, Silvio de Salvo Venosa diz:

“As noções de risco e garantia ganham força para substituir a culpa. No final do século XIX, surgem as primeiras manifestações ordenadas da teoria objetiva ou teoria do risco. Sob esse prima, quem, com sua atividade ou meios utilizados, cria um risco deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, ainda porque essa atividade de risco lhe proporciona um benefício. Nesse aspecto, cuida-se do denominado risco-proveito.” (VENOSA, 2006, p.13)

Risco é um perigo iminente, é a chance de que esta conduta possa ocasionar um dano. Isso quer dizer que quem exerce uma atividade perigosa, deve assumir os riscos desta atividade e reparar o dano à ela decorrente. Neste sentido, ela pode ser resumida como todo o prejuízo deve ser direcionado ao autor do dano e reparado por quem causou o dano, independentemente de culpa. (CAVALIERI, 2012, p.152)

Tal teoria, conforme dito linhas acima, surge num contexto onde os avanços sociais ficaram tão complexos que a prova da culpa se torna insuficiente. Sendo assim, surge esta necessidade de que certas atividades, como possuem, intrinsecamente, uma potencialidade de ocasionar um dano, o dever de reparar este dano, caso este venha a ocorrer, tornando-o objetivo, deixando desnecessária a prova de que o causador daquele dano agiu com dolo ou culpa.

Sendo assim, surgem os conceitos do risco proveito, risco criado, risco excepcional e risco integral.

O risco proveito é aquele onde quem exerce aquela atividade de risco, retira um benefício econômico, devendo por tanto ter o dever de indenizar, objetivamente, se causasse algum dano.

Esta teoria do risco proveito é bastante criticada pela doutrina uma vez que não traz o conceito do que é o proveito econômico. Sendo assim, para esta teoria, apenas haveria responsabilização objetiva se o dano causado adviesse daquela atividade de risco e que essa atividade desse retorno para o agente causador do dano, devendo a vítima provar que o agente causador se beneficiava economicamente daquela atividade.

“O suporte doutrinário para esta teoria, como se vê, é a ideia de que o dano deve ser reparado por aquele que retira algum proveito ou vantagem do fato lesivo. Quem colhe os frutos da utilização de coisas ou atividades perigosas

deve experimentar as consequências prejudiciais que dela decorrem. A sua grande dificuldade, todavia, está na conceituação do proveito. Quando se pode dizer que uma pessoa tira proveito de uma atividade? (...) Ademais, a vítima teria o ônus de provar a obtenção desse proveito, o que importaria o retorno ao complexo problema da prova.” (CAVALIERI, 2012, p.153)

O risco criado, onde o dever de indenizar decorre de um ato decorrente de uma atividade ou profissão, que pode ocasionar um dano. Note-se que aqui, diferentemente do risco proveito, não há a necessidade de haver algum benefício econômico para o agente causador do dano, bastando a atividade por si só, sendo esta o requisito para que haja a responsabilização objetiva. (ibidem, 2013, p.154).

O risco excepcional, como o nome já diz, decorre de fatores excepcionais, sempre que o dano é consequência direta de um risco excepcional, que escapa as atividades comuns e corriqueiras da vítima.

Por fim o risco integral, a qual é a mais drástica modalidade de risco, determina que há o dever de reparar o dano mesmo que não haja o nexo causal. (ibidem, 2013, págs.153-155)

É oportuno frisar que o fundamento basilar que justifica a teoria do risco consiste no dever de segurança, sendo sábias as lições de Sérgio Cavalieri Filho, *in verbis*:

Se, de um lado, a ordem jurídica garante a liberdade de ação, a livre iniciativa etc., de outro garante também a plena e absoluta proteção do ser humano. Há um direito subjetivo à segurança cuja violação justifica a obrigação de reparar o dano sem nenhum exame psíquico ou mental da conduta do seu autor. Na responsabilidade objetiva, portanto, a obrigação de indenizar parte da ideia de violação do direito de segurança da vítima. (2013, p. 156)

Este é o mesmo entendimento da jurisprudência pátria, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. REVELIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INTERRUÇÃO INDEVIDA DO SERVIÇO. DÉBITO INEXISTENTE. CONTA QUITADA NO PRAZO. COMPROVAÇÃO. VIOLAÇÃO AO DEVER DE SEGURANÇA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. REDUÇÃO EM OBSERVÂNCIA À RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PROVIMENTO PARCIAL DO

RECURSO. 1. Uma vez que as provas produzidas no curso de um processo têm como destinatário final o próprio magistrado e cabe a ele definir a pertinência ou não das provas à luz da formação de seu livre convencimento, disponibilizando os elementos necessários ao consistente julgamento da lide por ambas as instâncias, e ficando demonstrada a desnecessidade da produção de prova oral, inexistente a alegada ofensa ao direito fundamental da ampla defesa e do contraditório. 2. A revelia de uma das réis não opera seus efeitos em relação a fatos impugnados pela outra ré, persistindo a controvérsia que exige a análise probatória. 3. A suspensão do serviço de fornecimento de água com base em fatura devidamente paga torna o serviço defeituoso, porquanto não oferece a segurança que dele se espera, nos termos do artigo 14, § 1º, II, do CDC. 4. Se o banco informou equivocadamente à concessionária o número da fatura quitada, trata-se de fortuito interno que não afasta o dever de indenizar. 5. Danos morais configurados, merecendo redução, em atenção à razoabilidade e proporcionalidade e às circunstâncias do caso, tendo em conta período em que a autora permaneceu sem a prestação do serviço essencial e as circunstâncias fáticas. 6. Litigância de má-fé suscitada em contrarrazões não caracterizada. 7. Provimento parcial do recurso.

(TJ-RJ - APL: 72469220108190066 RJ 0007246-92.2010.8.19.0066, Relator: DES. ELTON LEME, Data de Julgamento: 09/05/2012, DECIMA SETIMA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 14/05/2012)

2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

A doutrina resolveu por diferenciar a responsabilidade decorrente de contratos, em caso de eventuais descumprimentos ou demais causas que ensejam a obrigação de reparar, daquela responsabilidade decorrente de um ato ilícito, contrário ao direito, existente nas relações sociais.

Neste sentido, quando ocorre o descumprimento de um contrato, chama-se de responsabilidade civil contratual, quando a mesma é decorrente de um ilícito cometido, chama-se de responsabilidade civil extracontratual, ou aquiliana.

A doutrina contemporânea, sob certos aspectos, aproxima as duas modalidades, pois a culpa, vista de forma unitária, é fundamento genérico da responsabilidade. Na culpa contratual, porém, examinamos o inadimplemento como seu fundamento e os termo e limites da obrigação.

Na culpa aquiliana ou extranegocial, levamos em conta a conduta do agente e a culpa em sentido lato (...). (VENOSA, 2006, p. 18)

Neste sentido, haverá a responsabilidade civil contratual e extracontratual mediante a modalidade de violação. Existindo uma obrigação prévia e havendo o inadimplemento, dará ensejo à um dever de indenizar, sendo caracterizada a responsabilidade civil contratual. Entretanto se o mesmo dever de indenizar surge mediante uma lesão à um direito subjetivo, inexistindo entre a vítima e o agressor qualquer vínculo obrigacional prévio, estaremos diante da responsabilidade extracontratual.

O princípio da *pacta sunt servanda* preleciona que o contrato fará lei entre as partes, devendo por este motivo ser seguido em todos os termos pactuados. Como o contrato prevê direitos e deveres para ambas as partes, a “inexecução da obrigação, ou inadimplemento da obrigação é a falta de prestação devida” (LOTUFO, 2003, p.427). Sendo assim, se essa falta do cumprimento da prestação obrigacional acarretar algum prejuízo à outra parte, haverá um dever de indenizar.

É o caso de “A” prometer a entrega de um livro à “B”, mediante pagamento, e nunca o vem à fazer, acarretando uma perda para “B”.

Neste sentido, se a imposição do cumprimento das cláusulas contratuais decorre da lei, e houve alguma infringência à alguma cláusula contratual, logo têm-se uma infração legal. A culpa decorre, efetivamente, da infração às imposições legais e da desobediência das manifestações de vontade e a lei determina, sempre adequando-se à luz do caso concreto, o comportamento ideal para a solução daquele conflito. Arnaldo Rizzardo (2007, p.19) menciona que “a distinção, no entanto, mais para fins didáticos, é da tradição de nosso direito, havendo dispositivos no Código Civil que trata de uma e de outra”.

Contudo, há crítica na doutrina acerca deste tratamento diferenciado para a responsabilidade contratual e extracontratual, uma vez que, os efeitos oriundos de uma, como de outra, são idênticos.

Em essência, são requisitos para que se configure a responsabilidade civil; o dano, o ato ilícito e o nexo de causalidade. Em outras palavras, tem que haver alguém

lesionado, alguém deve ter agido para lesionar este alguém e deve haver um nexo entre a lesão da vítima e a conduta do agente, algo que ligue um à outro.

É oportuno informar que o Código de Defesa do Consumidor (CDC), colocou um ponto final na distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual no que tange à responsabilização do fornecedor de produtos e serviços, conforme art. 17, o qual equiparou à consumidor, todas as demais vítimas do evento danoso. Sendo assim, se um celular explode na mão do seu proprietário e vem a ocasionar lesões tanto neste, como em todas as pessoas ao seu redor, estes terceiros, apesar de não terem adquirido aparelho celular algum com aquele fornecedor, será considerado consumidor, para os efeitos da lei.

Tal fato, ou seja, este tratamento unitário, decorre estritamente do dever de segurança, o qual foi violado, uma vez que um produto, antes de ser lançado no mercado, deve ser testado, de modo que acidentes pelo fato de produto ou serviço não venham à ocorrer. (CAVALIERI, 2012, p.17)

2.5 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.5.1 A Conduta Culposa

O primeiro elemento para que se caracterize a responsabilidade civil é a conduta culposa do agente causador do dano. Conduta é a maneira de alguém se conduzir, se comportar. É o procedimento, o comportamento. Nos dizeres de Sérgio Cavalieri (2013, p.25) “entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”. Neste sentido, a culpa ganha importância quando se integra à conduta humana.

Sendo assim, a conduta poderá ser comissiva, quando é oriunda de uma ação propriamente dita, sendo esta a forma mais comum de exteriorização da conduta. Já a omissão, ao contrário da ação, é uma atitude puramente negativa, quando há a abstenção de agir. Há um dever jurídico em agir, o indivíduo, diante daquele caso,

está obrigado à agir no sentido de evitar aquele prejuízo, impedir aquele resultado danoso. Se nada fizer, será omissivo.

Pode-se dizer, neste sentido de que a culpa, geralmente falando, consiste no pilar animador do ato ilícito, na injúria ou na ofensa, uma vez que presentes dois elementos; o objetivo, concretizado através da ilicitude da conduta; e o subjetivo, decorrente do mau procedimento utilizado, o qual é imputável. Em razão disso, fala-se que a conduta reprovável possui duas projeções à saber; o dolo e a culpa. (STOCO, 2007, p.133)

Aqui é importante diferenciar dolo de culpa. No caso de dolo, o agente age com uma intenção direta de causar aquele prejuízo. Ele quer causar o dano, agindo diretamente para que aquela consequência danosa se concretize. Já na culpa, o agente age com negligência, imprudência ou imperícia. Ele não queria que aquele dano se concretizasse, contudo, como agiu em o devido zelo, ou sem a devida técnica, concorreu para que o evento danoso se concretizasse. (GONÇALVES, 2003)

A culpa consiste numa conduta equivocada, seja ela comissiva, seja ela omissiva, a qual é necessário delimitar um critério para a sua apreciação. Por razões lógicas, entende-se que deve ser apreciado em comparação com um determinado padrão, um tipo-padrão. Estabelecer este padrão de conduta como método de avaliar o grau de culpabilidade do agente é uma tarefa muito árdua e insegura, na medida em que irá depender da moral do julgador ao aplicar à norma ao caso concreto, uma vez que a reprovação moral de um juiz sobre determinado tema pode ser diferente da de outro juiz, acerca do mesmo tema. (SCHREIBER, 2013, p.36-37)

Sendo assim, especificamente na responsabilidade subjetiva, é necessário que a vítima daquele comportamento danoso prove que o agente tenha agido com dolo ou culpa, mediante o disposto nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002, os quais obrigam o agente causador do dano à reparar o prejuízo que der causa.

De acordo com os ensinamentos de Silvio Rodrigues onde ele afirma que:

Na ideia de negligência se inclui a de imprudência, bem como a de imperícia, pois aquele que age com imprudência, negligência em tomar as medidas de precaução aconselhadas para a situação em foco; como também, a pessoa que se propõe a realizar uma tarefa que requer conhecimento especializados ou alguma habilitação e a executa sem ter

aqueles ou esta, obviamente negligenciou em obedecer às regras de sua profissão e arte; todos agiram culposamente. (2003, p. 17)

Neste sentido, denota-se que a culpa é o agir sem a devida cautela, uma vez que ainda é vista sob os primas da negligência, imprudência e imperícia, sendo certo que possui uma conduta volitiva, contudo o seu resultado não era o esperado pelo autor do fato, vez que agiu sem o devido cuidado, zelo ou atenção. (VENOSA, 2001, p.25)

2.5.2 O Nexo Causal

Para que se configure o *an debeatur*, ou o dever de indenizar, resta claro que deve haver o nexos de causalidade que conecte a conduta praticada com aquele dano causado. Nas palavras de Rui Stoco (2007, p.150) tal relação de causalidade constitui princípio basilar da responsabilidade civil, é o elemento primordial da mesma, tanto que não há de se falar em responsabilidade sem o nexos de causalidade.

É então, neste sentido, obrigatória a existência deste vínculo para que o fato gerador da responsabilidade possa se concretizar. Se a vítima experimentou algum dano, mas este dano não foi oriundo de um conduta daquele agente específico, não haverá indenização (GONÇALVES, 2003, p.270).

Adverte Rui Stoco (2001, p.70) que:

“Não basta que o agente haja procedido contra jus, isto é, não se define a Responsabilidade pelo fato de cometer um "erro de conduta". Não basta que a vítima sofra um Dano, que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação de indenizar. É necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado.”

Sendo assim, o agente não poderá ser obrigado a indenizar tal dano sem que antes haja uma relação que ligue a sua conduta ao dano, sendo necessário e obrigatório a existência de um fato lesivo relacionado à uma consequência que seja previsível.

2.5.2.1 Teoria da Equivalência dos Antecedentes

Como dito linhas acima, a responsabilidade civil, ao longo dos anos, foi o instituto que mais se modificou de modo a se adequar às constantes transformações sociais. Em algum momento da história da responsabilidade civil, surge a teoria da equivalência dos antecedentes. Nos dizeres de Elpídio Donizetti:

“Segundo a teoria da equivalência dos antecedentes, para se determinar qual causa gerou determinado resultado, deve-se eliminar mentalmente uma por uma, e verificar se o resultado, ainda na falta dela, teria ocorrido. Toda causa que não puder ser eliminada nesse processo mental, terá concorrido para a produção do resultado, e, por isso, tem a mesma relevância. Há equivalência entre todos os antecedentes do resultado sem os quais este não teria produzido. Daí que esta teoria também ficou conhecida como *conditio sine qua non*.” (2013, p.405)

Para esta teoria, ao nos depararmos com um evento danoso, devemos fazer um trabalho mental de regressão, avaliando todas aquelas causas que possivelmente contribuirão para este evento danoso, responsabilizando assim todos os envolvidos.

Um exemplo seria uma casa construída numa encosta de um morro que vem a ser soterrada. A casa foi bem construída, o terreno bem preparado. Contudo a prefeitura municipal constrói uma rua no morro logo acima, asphaltando-a e diminuindo a vegetação local. Um forte chuva vem a cair sobre todo este terreno, deslocando a terra e vindo a soterrar a casa logo abaixo.

Para esta teoria, todos concorreram para este evento danoso, na medida em que se a chuva não fosse tão forte, se o dono da casa não tivesse construído ali, se a prefeitura não tivesse asphaltado o morro acima e não tivesse diminuído a vegetação, impossibilitando o escoamento da água, nada disso teria ocorrido. Para esta teoria a regressão poderia ser ainda maior à ponto de responsabilizar os pais do dono da casa e do secretário de obras do município por terem dado a luz à este dois, regredindo *ad infinitum*, beirando o absurdo. (DONIZETTI, 2013, p.406).

“A justificativa deste teoria reside no entendimento de que o dano não teria ocorrido sem que cada uma das condições tivesse se verificado (...). O retumbante inconveniente de sua aplicação está em ampliar ilimitadamente o dever de reparar, imputando-o a uma multiplicidade de agentes e eventos que, apenas remotamente, se relacionam ao dano produzido sobre a vítima. Com razão já se afirmou que a adoção da teoria da equivalência das condições em âmbito civil tornaria cada homem responsável por todas as desgraças que atingem a humanidade” (SCHREIBER, 2013, p.57).

Tal teoria não se aplica ao nosso ordenamento civil, uma vez que tende à regressão ao infinito, sendo utilizada em nosso ordenamento a teoria da causalidade adequada.

2.5.2.2 Teoria da Causalidade Adequada

Como dito acima, a teoria da equivalência dos antecedentes, ou equivalência das condições, não foi aceita pelo nosso ordenamento pátrio, sendo aqui adotada a teoria da causalidade adequada.

Para esta teoria, podemos estar diante de vários fatores que possam ter contribuído para a ocorrência do dano, contudo, utilizaremos apenas aquela causa mais adequada para a ocorrência do dano, para fins de responsabilização (DONIZETTI, 2013, p.407).

“Esta teoria, elaborada por von Kries, é a que mais se destaca entre aquelas que individualizam ou qualificam as condições. Causa, para ela, é o antecedente não só necessário, mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorreram para determinado resultado, nem todas serão causas, mas comente aquela que for a mais adequada à produção do evento” (CAVALIERI, 2013, p.51)

Aqui, para encontrarmos o responsável pelo evento danoso, devemos fazer o mesmo trabalho mental dito na teoria anterior. Contudo, diferentemente daquela, aqui iremos, dentre as várias condições que contribuíram para o evento danoso, precisaremos agora encontrar aquela que foi a mais adequada para que se forme a

responsabilidade, aquela que mais contribuiu para a ocorrência do dano, devendo as demais serem desconsideradas. (ibidem, p.51)

Contudo, a problemática surge exatamente na diferença entre as teorias, qual seja, como delimitar qual a causa mais adequada para a ocorrência daquele dano.

Sedo assim, o julgador, ao aplicar a norma civil ao caso concreto, deve ponderar e pontuar qual foi o fato mais adequado para a ocorrência daquele dano, qual foi o mais decisivo, sem o qual aquele dano não teria ocorrido.

2.5.2.3 Exclusão do Nexu Causal

Vimos que para que haja a responsabilidade civil, necessário se faz a comprovação da relação de causalidade. Contudo, existem casos em que algumas circunstâncias impedem a concretização da responsabilidade civil, seja porque descaracteriza a formação do nexu causal, seja porque uma outra causa ensejou o dano, sendo ela mais relevante que a anterior.

Tais circunstâncias são o fato exclusivo da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior.

No fato exclusivo da vítima, como o próprio nome já diz, é a própria vítima quem deu causa ao evento danoso. Se foi a conduta da vítima que fez outrem praticar um ato que acabou ocasionando um dano à ela mesma, o direito não reputa justo a responsabilização do agente causador do dano, uma vez que a própria conduta da vítima foi o fato mais repudiável para a ocorrência daquele dano. (DONIZETTI, 2013, p.409).

Nos dizeres de Sérgio Cavalieri (2013, p.69) “para fins de interrupção do nexu causal basta que o comportamento da vítima represente o fato decisivo do evento”.

O fato de terceiro ocorre quando a conduta de um terceiro em relação ao agente do ato e da vítima, for mais relevante para a ocorrência do dano (DONIZETTI, 2013.p. 411)

Por fim, temos o caso fortuito e a força maior. O caso fortuito é um acontecimento natural, já a força maior é um fato humano. Vale ressaltar que ambos possuem a

característica de serem imprevisíveis e inevitáveis, sendo fatores que impedem a formação da responsabilidade civil. (ibidem, p. 412)

O próprio Código Civil de 2002 traz esta previsão expressa em seu art. 393, uma vez que diz que o devedor não responderá pelos danos causados resultantes de caso fortuito ou de força maior, se expressamente não houver por eles se responsabilizado. O parágrafo único do mesmo diploma normativo caracteriza o caso fortuito e a força maior como fatos imprevisíveis.

É importante ressaltar que as causas excludentes de responsabilidade citadas linhas acima, devem ser vistas sob a ótica da teoria da causalidade adequada, uma vez que é esta teoria que vigora no ordenamento jurídico pátrio.

2.5.3 O Dano

O dano, ouso dizer, é a essência da responsabilidade civil. Se não houver o dano, não há de se falar em dever de indenizar, ou ressarcimento, dentre os demais objetivos da responsabilidade civil.

“Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. A obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. O dano encontra-se no centro da regra de responsabilidade civil. O dever de reparar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar.” (CAVALIERI, 2013, p.77).

Segundo o dicionário Aurélio, dano é a ação ou efeito de danificar. É a inutilização, estrago de coisa alheia, mal ou prejuízo causado a alguém.

O dano, neste sentido, se divide em dano material ou patrimonial ou o dano moral, que será alvo de estudo logo adiante.

2.5.3.1 O Dano Material

O dano material, ou patrimonial, como o próprio nome já diz, é aquele dano ou mal causado apenas à esfera material ou patrimonial da vítima. É o decréscimo do seu patrimônio.

Entende-se como patrimônio o conjunto de bens, direitos e obrigações de uma pessoa, seja ela física ou jurídica. O dano patrimonial é exatamente aquela lesão ao patrimônio de uma pessoa, seja ela física ou jurídica. É importante lembrar que o conceito de bens não deve ser entendido apenas como aqueles bens corpóreos, como também os incorpóreos, à exemplo de um direito de crédito.

Isto posto, o dano material se divide em dano emergente e o lucro cessante.

O art. 402 do nosso Código Civil traz o conceito de dano emergente, *in verbis*; “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

“A mensuração do dano emergente, como se vê, não enseja maiores dificuldades. Via de regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que tinha antes e depois do ato ilícito. (..) Dano emergente é tudo aquilo que se perdeu, sendo certo que a indenização haverá de ser suficiente para o *restituo in integrum*” (CAVALIERI, 2013, p.79)

Resta claro então que para que se configure o dano material na modalidade danos emergentes, é necessário que a vítima comprove os danos sofridos, fazendo prova do prejuízo, não bastando a mera alegação de lesão, conforme entendimento jurisprudencial.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM PERDAS E DANOS - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE DIREITO DE USO DE UNIDADE HABITACIONAL EM HOTEL - SISTEMA TIME SHARING - OBRAS NÃO CONCLUÍDAS NO PRAZO ESTABELECIDO - FATO QUE NÃO CONSTITUI SOFRIMENTO E ABALO PSÍQUICO TAMANHO PARA CONFIGURAR DANO MORAL, MAS DISSABOR E ABORRECIMENTOS - LUCROS CESSANTES E DANOS EMERGENTES - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO INEQUÍVOCA DE SUAS OCORRÊNCIAS - MODIFICAÇÃO PARCIAL DA SENTENÇA.

Inexiste cerceamento de defesa quando se sabe de antemão que as provas que a parte pretendia produzir não influiriam na decisão proferida pelo Julgador, fundamentada nos elementos constantes nos autos. É dispensável a prévia constituição em mora se o contrato entabulado entre as partes dispõe expressamente a data em que a parte deve cumprir sua obrigação líquida e certa, configurando a chamada mora ex re. O inadimplemento contratual consistente na não-entrega da obra concluída no prazo previsto no acordo, em regra, não causa sofrimento e abalo psíquico suficientes a ensejar dano moral. "Claro está que os danos emergentes e os lucros cessantes devem ser devidamente comprovados na ação de indenização ajuizada contra o agente causador do dano, sendo de bom alvitre exortar os magistrados a impedirem que vítimas menos escrupulosas, incentivadoras da famigerada 'indústria da indenização', tenham êxito em pleitos absurdos, sem base real, formulados com o nítido propósito, não de buscar ressarcimento, mais de obter lucro abusivo e escorchante" (GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 2. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 47). (TJ-SC - AC: 84341 SC 2001.008434-1, Relator: Jaime Luiz Vicari, Data de Julgamento: 05/02/2009, Segunda Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n., de Laguna - g.n)

Além dos danos emergentes, o dano material se divide também em lucros cessantes.

O lucro cessante, ao revés do dano emergente, é um dano que repercute no futuro. É o decréscimo patrimonial futuro da vítima, em decorrência de um fato já ocorrido. O lucro cessante, neste sentido, assim como o dano emergente não pode ser aleatório nem imaginável. Deve sempre corresponder a perspectivas reais, palpáveis de sua existência sendo necessária a prova efetiva, concreta, de sua ocorrência.

Se assim não fosse, ter-se-ia a mera verificação de dano remoto, não indenizável, conforme ensinamento de Caio Mario da Silva Pereira (2010, p.322):

“Não é, portanto, indenizável o chamado dano remoto, que seria consequência indireta do inadimplemento, envolvendo lucros cessantes para cuja efetiva configuração tivessem de concorrer outros fatores que não fosse apenas a execução a que o devedor faltou, ainda que doloso o seu procedimento”.

E ainda, nossa jurisprudência pátria:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. INDENIZAÇÃO NÃO CONFIGURADA.

Autores que contrataram a construção de um pavilhão em seu terreno, o qual não foi entregue pela ré na data aprazada.

Não há falar em lucros cessantes pelo atraso na entrega da obra, quando não seguramente demonstrados.

A mera expectativa de locação do pavilhão durante o período de atraso não corresponde à certeza de lucro que deixou de ser auferido. Prejuízos materiais que não se presumem, mas que necessitam de prova concreta, incisiva, para alicerçá-los.

Incabível a exigência da multa rescisória, pois além não ser possível a cumulação com perdas e danos, os autores não pretenderam a rescisão do negócio.

Reforma da sentença para se julgar improcedente o pedido indenizatório. Sucumbência redimensionada.

DERAM PROVIMENTO AO APELO DA RÉ E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DOS AUTORES. (Apelação Cível nº 70024449902, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Desembargador Pedro Celso Dal Prá).

Entretanto, o lucro cessante merece especial atenção do julgador no momento de deferi-lo, devendo sempre este, estar pautado da razoabilidade, onde o razoável é, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional. Sendo assim, deve o juiz exercer este juízo de razoabilidade, causal e hipotético, o qual seria o desenrolar natural dos acontecimentos, devendo este, mentalmente, eliminar o ato ilícito e se questionar se o que se está pleiteando à título de lucros cessantes seria aquilo que se ganharia, razoavelmente, se o evento danoso não tivesse ocorrido. (CAVALIERI, 2013, p.79–80)

Isto posto, eis que surge uma questão problemática quando se fala em lucros cessantes, que é a teoria da perda de uma chance. A perda de uma chance surge num contexto onde a conduta danosa tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor. (Ibidem, p.81)

Num exemplo hipotético, imagina-se que um executivo perdeu uma reunião de negócios muito importante, em razão de não ter conseguido chegar à tempo no aeroporto para pegar seu voo, uma vez que o motorista de uma certa empresa de ônibus, ao dirigir negligentemente, colidiu com o táxi em que estava, ficando o mesmo preso no local.

Neste sentido, poderia a empresa de ônibus ser responsabilizada pela ausência do executivo nesta reunião, e por conseguinte, pelo insucesso do negócio que poderia ter sido fechado? É na resposta de questões como esta que reside a problemática da perda da chance, pois o que se verifica é a probabilidade de perda de uma oportunidade, o que não pode ser considerada em abstrato.

“Não se deve, todavia, olhar a chance como perde de um resultado certo porque não se terá a certeza de que o evento se realizará. Deve-se olhar a chance como a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de se evitar um dano; devem-se valorar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento” (CAVALIERI, 2012, p.82).

No caso do presente estudo, é de suma importância trazer tais conceitos ante a massiva demanda judicial sobre atraso de obras, onde muitas vezes o adquirente de uma unidade imobiliária adquire a mesma para auferir lucro com o aluguel da unidade (lucros cessantes), ficando impossibilitado de fazê-lo, outros, por sua vez, adquirem para moradia própria, tendo que arcar com os custos de aluguel para residirem (danos emergentes), tudo em decorrência do atraso na entrega da unidade imobiliária.

2.5.3.2 O Dano Moral

A existência do Dano Moral, nos dias de hoje, é indubitável. A reparação do dano moral era uma preocupação das sociedades antigas, pois com o desenvolvimento, os conflitos entre os indivíduos eram uma consequência. Desta forma se algo não fosse previsto para equilibrar e sanar as desigualdades entre o causador do dano e

a vítima, uma vez que esta última se fragiliza ante as relações sociais, enquanto que o causador do dano, em muitas vezes, se sente confortável com o dano cometido.

Neste sentido, podemos encontrar traços de previsões de sanções ao causador de um dano nos códigos antigos, tais como o de Hamurabi, na Grécia antiga, na Lei das XII tábuas, dentre outros.

Sendo assim, a sua existência é inconteste, assim como a possibilidade de cumulação com o Dano Material. Contudo, a sua conceituação, assim como a sua valoração é que eiva o judiciário Brasileiro de dúvidas, uma vez que é uma tarefa árdua para o julgador e para a segurança jurídica, uma vez que cada aplicador do direito pena diferente.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu artigo primeiro, inciso III, fora instituído a dignidade humana, sendo este um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Sendo assim, para Sérgio Cavalieri (2012, p.88-89) o dano moral deve ser visto sob 2 sentidos à saber; O sentido estrito, onde configura-se o dano moral quando houver violação à dignidade da pessoa humana, violação esta à honra, intimidade, imagem; e em seu sentido amplo, onde é toda aquela dor, seja de ordem moral, ou física, que o indivíduo vivencie.

“Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, dá por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio (..) não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível (..), nem do homem de pouca ou nenhuma sensibilidade (..). Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. (VENOSA, 2006, p. 36)”

Superado este ponto de conceituação do dano moral, conforme a citação supra, desaguamos em outro ponto de igual, se não maior relevância para os dias de hoje; A quantificação deste dano moral, quando configurado.

É notório a discrepância entre os julgados, onde um juiz concede uma indenização que possui um vulto muito maior, enquanto que outro, em causa bastante semelhante, concede indenização de vulto muito menor.

Para notar esta gritante diferença, não precisamos nem ir muito longe, podendo ser encontrada no Judiciário da Capital Baiana, especificamente em caso de atraso na entrega do empreendimento, vejamos:

“(..). Isto posto e por tudo mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE EM PARTE, A PRESENTE DEMANDA, PARA DECLARAR A INEXISTÊNCIA DE QUALQUER OBRIGAÇÃO OU DÉBITO DO AUTOR, PERANTE QUALQUER DAS DEMANDADAS, POR TUDO QUANTO DISCUTIDO NA PRESENTE E PARA CONDENAR A LPS NORDESTE CONSULTORIA DE IMÓVEIS LTDA AO PAGAMENTO, EM DOBRO, DOS VALORES REFERENTES AOS CHEQUES EMITIDOS PELO AUTOR, QUANDO DA ASSINATURA DO CONTRATO REFERIDO NA INICIAL E INDEVIDAMENTE DEPOSITADOS, TUDO CORRIGIDO MONETARIAMENTE E COM JUROS LEGAIS DE 1% AO MÊS, INCIDENTES A PARTIR DA OCORRÊNCIA DO DEPÓSITO INDEVIDO, A SER APURADO EM SEDE PRÓPRIA. CONDENO, AINDA, A MESMA EMPRESA AO PAGAMENTO, AO AUTOR, A TÍTULO DE DANOS MORAIS, DA QUANTIA DE R\$100.000,00 (CEM MIL REAIS), QUE ENTENDO JUSTA E PROPORCIONAL AO DANO MORAL SOFRIDO, POR MESES A FIO, PELO MESMO, TUDO NA FORMA DO ART.269, I, DO CPC E 186, DO CC BRASILEIRO, DEVIDAMENTE CORRIGIDOS MONETARIAMENTE E COM JUROS LEGAIS DE UM POR CENTO AO MÊS, INCIDENTES A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DA PRESENTE. CONDENO, POR FIM, A DEMANDADA ÀS CUSTAS JUDICIAIS E HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DE 20% SOBRE O VALOR DA CAUSA. P.R.I.C. (Proc. 0062874-91.2009.8.05.0001, 18ª Vara dos Feitos de Rel. de Cons. Civ. e Comerciais – Salvador, Juíza Ana Karena Nobre - g.n)

E ainda:

“Ante os fatos aqui explicitados e tudo mais que dos autos constam, julgo procedentes, em parte, os pedidos constantes da inicial, para condenar a ré a indenizar os autores pelos lucros cessantes no valor mensal de 0,7% sobre o valor do imóvel, indicado no contrato, corrigido pelo INCC, a partir de dezembro de 2011 até a data da entrega efetiva do bem em questão, condenação esta acrescida de correção monetária e juros de mora 1% ao

mês a partir da citação; a pagar também a multa pela entrega do imóvel, na mesma forma fixada em desfavor do consumidor no mesmo percentual previsto no contrato e a indenização pelo dano moral no valor de R\$ 5.000,00(cinco mil reais) e para determinar o congelamento do saldo devedor a partir de dezembro de 2011 até a entrega efetiva das chaves do imóvel. Condeno as partes, na mesma proporção, no pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios no percentual de 15% do valor da condenação. Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos com a consequente baixa no Saj. Publique-se. Registre-se. Intimem-se” (Proc. 0414129-10.2012.8.05.0001, 5ª Vara dos Feitos de Rel. de Cons. Civ. e Comerciais – Salvador, Juíza Ana Cláudia Silva Mesquita - g.n)

É notória a discrepância entre os arbitramentos, e podemos notar, na quantificação dos danos morais, uma dupla carga de subjetivismo; O dano em si, uma vez que o prejuízo é subjetivo, ou seja, somente a vítima sabe o que está passando e; O subjetivismo do juiz, que, à partir das suas vivências pessoais e experiências, criou um conceito subjetivo e individual próprios, das relações sociais, do homem médio e do *bonus pater familias*.

Contudo, o judiciário não pode ficar a mercê desta dupla carga de subjetivismo, e é com esmero que Sérgio Cavalieri fala;

“Creio que na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará em enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano” (CAVALIERI, 2012, p. 105)

Neste sentido, o juiz ao valorar um dano ao seu livre arbítrio, deve levar em consideração a gravidade do dano e a reprovabilidade da conduta, a sua extensão, a duração do sofrimento da vítima, a publicidade de tal sofrimento, a capacidade econômica do ofensor, dentre diversas outras circunstâncias presentes no caso concreto.

Contudo, o STJ elaborou recentemente uma tabela para auxiliar os juízes no arbitramento do dano moral, visando assim trazer uma certa homogeneidade ao julgamento das causas, tendo em vista o número crescente de ações que batiam às suas portas para a revisão do mesmo. Em 2008, foram 11.369 processos que, de alguma forma, debatiam dano moral. O número é crescente desde a década de 1990 e, nos últimos dez anos, somou 67 mil processos só no Tribunal Superior.

Eis alguns casos onde o STJ estabeleceu parâmetros para auxiliar os juízes à arbitrar o valor das indenizações:

Evento	2º Grau	STJ	Processo
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	R\$ 5 mil	R\$ 20 mil	Resp 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	R\$ 100 mil	R\$ 4,65 mil	Resp 801181
Cancelamento injustificado de voo	R\$ 8 mil	R\$ 8 mil	Resp 740968
Compra de veículo com defeito de fabricação; resolvido pela garantia	R\$ 15 mil	não há dano	Resp 750735
Inscrição indevida em cadastro de inadimplentes	R\$ 232,5 mil	R\$ 10 mil	Resp 1105974
Revista íntima abusiva	não há dano	R\$ 23,2 mil	Resp 856360
Omissão da esposa ao marido sobre a paternidade biológica das filhas	R\$ 200 mil	R\$ 200 mil	Resp 742137
Morte após cirurgia de amígdalas	R\$ 400 mil	R\$ 200 mil	Resp 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 mil	R\$ 360 mil	Resp 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 mil	R\$ 52 mil	Resp 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 mil	R\$ 22,5 mil	Resp 401358
Preso erroneamente	não há dano	R\$ 100 mil	Resp 872630

Em suma, a indenização pelo Dano Moral causado a vítima deve seguir os passos do bom senso, devendo o julgador, à luz do caso concreto, estabelecer o *quantum* indenizatório sob a égide da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que a indenização se torne a mais completa possível, evitando o lucro indevido. A dor de alguém que teve o seu nome negativado, é completamente diferente da dor de uma mãe que perdeu o seu filho em detrimento de erro médico, por exemplo, afinal, a jurisprudência, obra prima do juiz, nada mais é do que a junção das palavras *juris* e prudência (CAVALIERI, 2012, p.107).

2.5.3.2.1 O Dano Moral Punitivo.

Outra figura que vem ganhando cada vez mais espaço na doutrina e jurisprudência pátria é a do Dano Moral Punitivo ou *punitive damages*. Para este tipo de indenização, adota-se o caráter pedagógico do dano moral, ou seja, a indenização serve de lição para que o causador do dano não volte à cometer o prejuízo uma vez causado.

“A indenização punitiva do dano moral surge como o reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de redistribuição). (...) A indenização punitiva do dano moral deve ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grave – e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração com a conduta ilícita.” (CAVALIERI, 2012, p. 107).

Aqui, mais uma vez desaguamos no paradigma do *quantum* indenizatório, onde o valor da indenização à ser arbitrada pelo julgador não pode ser irrisória de modo que estimule o infrator à permanecer na conduta lesiva, nem tampouco astronômica de modo que promova o enriquecimento sem causa.

Deve o julgador, no momento da fixação dos valores indenizatórios, se pautar em princípios da razoabilidade e proporcionalidade, fixando um valor que desestimule a prática daquela conduta danosa.

3 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.

3.1 ORIGEM DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.

Em meados de 1930, estava ocorrendo a Revolução Industrial, onde houve uma explosão demográfica nos centros urbanos, proveniente, preponderantemente, do êxodo rural. Houve uma grande migração da população rural para as cidades urbanas, uma vez que os rurícolas emigrantes buscavam melhores condições de vida e trabalho. (CHALHUB, 2005, p.7)

Sendo assim, houve uma real necessidade de melhor aproveitamento do solo, um vez que a população aumentou consideravelmente. Eis aí que surgiu o condomínio edilício, ou seja, os condomínios verticais, compostos por unidades autônomas.

Como os mencionados condomínios surgiram aos montes, houve uma necessidade de se regulamentar como um todo esta atividade, uma vez que as normas até então vigentes, apenas se limitavam à tutelar as relações dos empreendimentos já erguidos. Eis que surge uma tutela mais específica da incorporação imobiliária como um todo, com o advento da Lei 4.591 de 16 de Dezembro de 1964. É neste sentido, as palavras de Hércules Aghiarian:

“O surgimento da lei de incorporações, ou sua principal justificativa, se dá, em face da necessidade de regulamentar a atividade a que dá nome, estabelecer a personalização da pessoa a quem se incumbirá a qualificação de incorporador, assim como, após individualizá-lo ou personalizá-lo, poder definir seu limite de responsabilidades, em face de diversos aderentes aos empreendimentos sob sua coordenação e iniciativa. Daí, com frequência, vemos nesse diploma excepcional um dos precursores do que se poderia chamar, hoje, de consumidores, ou simplesmente, aderentes.”
(AGHIARIAN, 2012, p.251)

É imperioso reconhecer também, que o surgimento desta lei específica para tutelar a atividade incorporativa, veio num contexto onde é muito difícil responsabilizar alguém por determinado empreendimento, uma vez que o agente promotor deste, se eximia da culpa, alegando simplesmente, que não assumiu a edificação, ficando

responsável apenas pela divulgação, ou que, se assumisse a edificação, não se responsabilizaria pelo imóvel solo ao qual o empreendimento estava sendo erguido. (ibidem, 2012, p.251-252)

3.2 DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.

Traçadas linhas gerais acerca do surgimento da Incorporação Imobiliária, é forçoso trazer o seu conceito, o qual pode ser extraído do Art. 28 da Lei de Incorporações, *in verbis*:

Art. 28. As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente Lei.

Parágrafo único. Para efeito desta 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

Contudo, tal conceito é um tanto quanto vago, uma vez que a lei não discrimina que poderá ser incorporador, tampouco os requisitos necessários para que tais sujeitos sejam classificados como incorporadores. Aqui, a atividade tipifica o agente e não o contrário. (AGHIARIAN, 2012, p.251)

Em linhas gerais, incorporação, significa, entre outras coisas, juntar num só corpo, reunir, unificar (Aurélio). Aplicando-se tal conceito ao ramo imobiliário, teríamos incorporação imobiliária como a união de frações ideais de terreno em um só, a edificação de um condomínio, ou num dizer popular, um prédio com apartamentos.

Oscar José de Plácido e Silva, em seu vocabulário jurídico, diz que:

Incorporação. Na terminologia dos negócios, é aplicada a expressão para designar a iniciativa tomada por alguém com o intuito de realizar a construção de edifício de apartamentos entre pessoas que se mostrem interessadas em sua aquisição. (...) A incorporação, neste aspecto, mostra-se, em realidade, a instituição de prédio em condomínio, apresentando-se o encarregado dessa incorporação verdadeiro fundador ou instituidor, em similar situação ao incorporador da sociedade anônima.” (DE PLÁCIDO E SILVA, 1984, p. 449)

Melhim Namem Chalhub (2005, p.10) leciona que incorporação imobiliária é:

O negócio jurídico pelo qual o incorporadora se obriga a realizar, por si ou por terceiros, a construção de unidades imobiliárias, em edificação coletiva, e, bem assim, a transmitir a propriedade e a posse dessas unidades aos respectivos adquirentes; em contrapartida, obrigam-se estes a pagar o preço das unidades que se comprometeram a adquirir.

Ainda, para o autor (2005, p.29-30) “a incorporação significa aquela atividade humana exercida no sentido de incluir, unir, introduzir, ou ligar uma coisa ao corpo da outra”. Caio Mário da Silva Pereira liga o conceito de incorporação imobiliária à uma empresa observando que:

“Toda pessoa física ou jurídica, independentemente da sua anterior profissão, torna-se incorporador pelo fato de exercer, em caráter permanente ou eventual, uma certa atividade, que consiste em promover a construção de edificações dividida em unidade autônomas.” (2000, p.248)

José Marcelo Tossi Silva (2010, p.27) diz que:

A definição de incorporação imobiliária, assim engloba: a presença daquele que promove o registro da incorporação, coordena e responde pela atividade e, antes de concluída a construção, promove a alienação das frações ideais do terreno e da atividade de unir a acessão ao terreno, sem o que não existirá o edifício composto de unidades autônomas, ou, quando o caso, não existirão os edifícios que constituem as unidades autônomas; a final constituição do condomínio edifício, com oportuna transmissão da propriedade das unidades autônomas aos adquirentes.(..) em seu sentido estrito, a incorporação imobiliária pode ser conceituada como a atividade que, sob a coordenação e responsabilidade do incorporador, tendo por finalidade a instituição de condomínio edifício, é promovida para a construção de edificação ou de conjunto de edificações que constituirão ou que serão compostas por unidades autônomas destinadas à alienação antes do início ou do término da obra”

Sendo assim, chegamos no conceito de que a incorporação imobiliária é a atividade exercida pelo incorporador, podendo este ser pessoa física ou jurídica, que viabiliza a alienação das unidades autônomas de um condomínio edilício, as quais ainda estão pendentes ou em fase de construção, podendo inclusive, serem negociadas na planta.

3.3 O INCORPORADOR.

Como dito linhas acima, incorporação imobiliária é, basicamente, a comercialização de unidades autônomas, postas a venda, feitas pelo incorporador. Entretanto, quem poderá ser incorporador? Quais são os requisitos para que se chegue a este conceito?

O conceito legal pode ser extraído na lei de incorporações, em seu Art. 29, *in verbis*:

Art. 29. 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.

Contudo, embora a lei traga que pode ser tanto pessoa física, quanto jurídica, nem toda pessoa física o poderá ser, uma vez que, a atividade de vender e intermediar a negociação do imóvel, por força de lei, incumbe ao corretor de imóveis, enquanto que a atividade de edificação do imóvel, incumbe ao engenheiro civil inscrito e habilitado em seu respectivo órgão de classe. A pessoa física que não tiver uma ou outra das qualificações ditas acima, deverá ser sócia de algum grupo econômico, ou sob a forma de firma individual, munida de técnicos habilitados para o assunto, para que assim possa se dedicar à referida atividade. (AGHIARIAN, 2012, p. 253)

Para Caio Mário da Silva Pereira:

“O incorporador pode ser pessoa física ou jurídica, desde que seja proprietário do terreno onde a incorporação imobiliária será erguida, o promitente comprador, cessionário ou promitente cessionário deste terreno, podendo ser, ainda, o construtor ou corretor de imóveis desta incorporação.” (2000, p.234)

Contudo, apesar da conceituação imprecisa da exegese extraída do Art. 29 da Lei de incorporações o Art. 31 da referida Lei é taxativo ao prever quem poderá exercer a atividade de incorporação imobiliária, veja-se:

Art. 31. A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que somente poderá ser:

a) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea a do art. 32;

b) o construtor ou corretor de imóveis;

c) o ente da Federação imitido na posse a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação em curso ou o cessionário deste, conforme comprovado mediante registro no Cartório de Registro Geral de Imóveis.

§ 1º No caso da alínea b, o incorporador será investido, pelo proprietário de terreno, o promitente comprador e cessionário deste ou o promitente cessionário, de mandato outorgado por instrumento público, onde se faça menção expressa desta Lei e se transcreva o disposto no § 4º, do art. 35, para concluir todos os negócios tendentes à alienação das frações ideais de terreno, mas se obrigará pessoalmente pelos atos que praticar na qualidade de incorporador.

§ 2º Nenhuma incorporação poderá ser proposta à venda sem a indicação expressa do incorporador, devendo também seu nome permanecer indicado ostensivamente no local da construção.

§ 3º Toda e qualquer incorporação, independentemente da forma por que seja constituída, terá um ou mais incorporadores solidariamente responsáveis, ainda que em fase subordinada a período de carência, referido no art. 34.

Sendo assim, através da definição legal, tem-se que Incorporador é o empreendedor que visa lucro, podendo ser esta pessoa física ou jurídica, desde que atendidos os requisitos legais supra, operando com recursos de terceiros, captando recursos dos próprios adquirentes ou cessionários destes, mediante promessa de alienação futura das unidades autônomas do empreendimento que está sendo construído.

3.3.1 Das obrigações e direitos do Incorporador

Uma das obrigações que a lei impõe como condição *sine qua non* para que seja realizada a incorporação imobiliária, é que o incorporador, antes de negociar as unidades do condomínio edilício que está se propondo a vender, arquivar no Cartório de Registro de Imóveis, a lista de documentos contidas no Art. 32 da Lei de Incorporações, que ali ficarão para análise do oficial de registro de imóveis.

A observância de tal exigência legal é tamanha importância que se o Incorporador por ventura esquecer de atendê-las, poderá ensejar causa de rescisão indenizável em favor do comprador da unidade autônoma, bem como contravenção penal por parte do incorporador. (AGHIRIAN, 2012, p. 257)

É neste sentido que segue a jurisprudência pátria, veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA AÇÃO CONDENATÓRIA. MULTA PREVISTA NO PARÁGRAFO 5º DO ARTIGO 35 DA LEI 4.591/64. AUSÊNCIA DE REGISTRO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.

Preliminar rejeitada. Prescrição descaracterizada.

Conforme previsto na Lei 4591/1964 o incorporador só se acha habilitado a negociar unidades autônomas desde que registrados os documentos previstos no art. 32, sob pena de aplicação da multa do art. 35, § 5º. E, no caso dos autos, não tendo o incorporador registrado no álbum imobiliário a incorporação imobiliária, cabível a incidência da multa prevista no parágrafo 5º do artigo 35 da Lei. 4591/64. SENTENÇA MANTIDA. Apelo desprovido. UNÂNIME.

(TJ-RS - AC: 70053885778 RS, Relator: Rubem Duarte, Data de Julgamento: 09/10/2013, Vigésima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/10/2013 - g.n)

Entretanto, dentro deste rol de documentos previsto no Art. 32, encontra-se um que se destaca; o memorial de incorporação. É nele que se encontram documentos de natureza jurídica, financeira, técnica e empresarial, que tem por finalidade oferecer uma certa transparência aos adquirentes do empreendimento, na medida em que mostra com precisão o que eles estão pretendendo comprar (CHALHUB, 2005, p.38). Complementa ainda o autor:

É um dossiê que contém todas as informações e todos os documentos que descrevem e caracterizam o empreendimento planejado, tais como o título de propriedade do terreno, cópia do projeto aprovado pelas autoridades, orçamento de obra e a especificação dos materiais, entre outros (ibidem, 2005, p.38)

Fora estas obrigações previstas no Art. 32 da Lei de Incorporações, esta ainda traz uma série de obrigações, as quais foram comentadas por Fernando Schmidt (2006, p.37-42) tais como:

- 1) na elaboração dos contratos de compra e venda das unidades autônomas, bem como os demais papéis relativos ao empreendimento, anúncios publicitários à exceção dos classificados, deve o Incorporador informar o número do registro, nos moldes do Art. 32, § 3º da LI (Lei de Incorporações);
- 2) se a incorporação, no prazo de 120 dias, dilatado para 180 após o advento da Lei 4.684/65, Art. 12, não tiver sido concluída, deve o incorporador atualizar seu registro de incorporação, trazendo novas certidões negativas e que atestem sua idoneidade financeira, conforme previsto no Art. 33 da LI;
- 3) informar, em todos os ajustes preliminares, o prazo de carência existente, o qual poderá desistir da incorporação (Art. 34, §3º). O Incorporador poderá desistir da incorporação, desde que denuncie sua desistência ao Cartório de Imóveis, cancelando seu registro, se dentro desde prazo e carência este não tiver reunido todas as condições de viabilidade do empreendimento prevista no instrumento que previu referido prazo;
- 4) nos casos onde o Incorporador denunciou a incorporação, este revê restituir os adquirentes de todas as importâncias pagas até então. Referida restituição deverá

ocorrer no prazo de 30 dias. Se a restituição não ocorrer neste prazo, poderão os adquirentes ajuizar ação executiva, com a devida correção monetária através do IGP-M, bem como juros de 6% ao ano (Art. 36);

5) o prazo de 45 dias, dilatado para 60 dias, após o advento da Lei 4.684/65, Art. 13, para, após o término da carência, para celebrar os contratos permanentes referentes às frações ideias de terreno. Caso não tenha estipulação do prazo de carência, referido prazo conta-se à partir da assinatura de qualquer ajuste preliminar (Art. 35, LI);

6) se o incorporador não cumprir o quanto disposto no item acima, incorrerá em multa de 50% incidentes sobre os valores recebidos dos adquirentes, a qual poderá ser cobrada através de ação executiva (art. 35, §3º, da LI);

7) nas incorporações onde o proprietário do terreno o alienou para o incorporador através de permuta das futuras unidade autônomas à serem construídas por aquele, deverá este informar nos contratos de venda tal fato (Art. 39, LI);

8) informar em todos os contratos, a existência de quaisquer ônus reais ou fiscais sobre o terreno, bem como, informar aos adquirentes a existência de quaisquer ações que possa comprometer a posse de sua unidade autônoma respectiva, indicando quais são, bem como as condições para a liberação (Art. 37). Deverá o incorporadora informar também, se o imóvel está ocupado, sobre que título e as condições para a desocupação (Art. 38);

9) nas incorporações à preço e prazo fixo, deverá o incorporador informar, semestralmente, o real andamento da obra, sendo vedado retardar a obra excessivamente ou paralisá-las por mais 30 dias, sem justa causa, poderá o Juiz notificá-lo para que no prazo mínimo de 30 dias as reinicie ou torne a dar-lhes o andamento normal. Se mesmo assim ele não retomar as obras, poderá ser destituído pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes (Art. 43 e demais incisos);

10) requerer a averbação do edifício e a sua individualização em unidades autônomas junto ao RI (Registro de Imóveis), assim que o alvará de “habite-se” for expedido pelo Poder Público, e, ato contínuo, instituir a convenção de condomínio (Art. 44);

11) fiscalizar e acompanhar de perto a evolução do empreendimento, realizando para tanto, todos os atos de administração necessários, tais como, realizar pagamentos, a atuação dos profissionais envolvidos na obra, bem como o cumprimento da legislação específica.

Ao observar a Legislação específica que tutela tal atividade podemos ter uma visão clara de que a responsabilidade do incorporador é decorrente de lei. Conforme disposição da LI, o incorporador possui obrigação de fazer, ou seja, ele ao realizar uma incorporação imobiliária, tem como objetivo final entregar o empreendimento pronto e acabado, nos moldes do memorial descritivo.

Pontuada as obrigações do Incorporador, podemos passar para os direitos do mesmo os quais são, nos dizeres de Francisco Schmidt (2006, p. 43-45):

1) receber honorários como administrador, à exceção das incorporações por preço certo, onde os lucros já se encontram embutidos no valor da venda;

2) compelir ao condômino a assinatura dos contratos, após o transcorrer do prazo de carência, sob pena de exclusão deste, bem como de rescisão dos ajustes preliminares, o qual deverá receber restituição dos valores pagos, com as devidas deduções previstas;

3) nos condôminos inadimplentes, a faculdade de cobrar as taxas condominiais atrasadas, ou promover a rescisão do contrato, cm a previa notificação e constituição em mora, estabelecendo prazo de 15 dias para que este sane sua dívida;

4) ainda no que se refere aos condôminos inadimplentes, prevê a lei que a possibilidade do incorporador ceder onerosamente, os direitos daquela unidade autônoma à terceiros, através de leilões públicos;

5) o incorporador pode reter a imissão na posse do adquirente da unidade autônoma se este não estiver em dia com as obrigações assumidas contratualmente.

3.4 DA COMISSÃO DE REPRESENTANTES

Por exigência da lei, em toda incorporação, deve o incorporador prever, no contrato de construção, ou que seja feita uma assembleia geral para que seja formada uma comissão de representantes, nos moldes do Art. 50 que diz:

“Art. 50. Será designada no contrato de construção ou eleita em assembleia geral uma Comissão de Representantes composta de três membros, pelo menos, escolhidos entre os adquirentes, para representá-los perante o construtor ou, no caso do art. 43, ao incorporador, em tudo o que interessar ao bom andamento da incorporação, e, em especial, perante terceiros, para praticar os atos resultantes da aplicação dos arts. 31-A a 31-F.”

Como visto no supracitado artigo, serão escolhidos, dentre os adquirentes das unidades autônomas, pelo menos 3 membros, para que seja formada a comissão, que os representará frente ao construtor, ou face ao incorporador, caso não cumpra suas obrigações previstas no artigo 43 do mesmo diploma normativo.

Os poderes que a referida comissão possui estão dispostos no artigo 61, e podem ser o de examinar os balancetes de receita e despesas da obra, podendo aprova-los ou impugná-los, fiscalizar a compra dos materiais necessários à obra, contratar modificações em sua unidade autônoma, que serão administradas pelo construtor, desde que não comprometam o memorial descritivo do empreendimento ou as unidades vizinhas e exercer as demais obrigações inerentes à boa administração do condomínio. (AGHIARIAN, 2012, p.268).

3.5 CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

3.5.1 Considerações iniciais

Como visto linhas acima, um dos requisitos obrigatórios para a Incorporação Imobiliária é que o mesmo deposite no competente registro de imóveis, um projeto de viabilidade do empreendimento, o qual será avaliado pelo oficial do Registro de Imóveis e será, ou não aprovado, nos moldes do Art. 32 da lei de incorporações, definindo, deste modo o nome do empreendimento, assim como a sua destinação, se será residencial ou empresarial.

Foi dito também que, aprovada e registrada a Incorporação, deverá o incorporador veicular tal número de registro em todos os contratos que envolvam a incorporação, assim como os anúncios de divulgação, salvo aqueles feitos em classificados.

Para Namem Melhim Chalhub (2005, p.138) é com o registro de incorporação imobiliária junto ao competente registro de imóveis que se tem o termo inicial da mesma, devendo ser atendidos todos os requisitos do Art. 32 da lei, salvo nos casos onde retroagirá à data da venda da primeira unidade autônoma, em conformidade com o Art. 29, parágrafo único da Lei 4.591/64.

Contudo, não se pode confundir o registro de incorporação com o contrato de incorporação, apesar daquele constituir requisito de existência para este.

Como visto, possui o incorporador o prazo de 60 dias (Art. 35) contado da data de celebração de qualquer ajuste preliminar, salvo se tiver estipulado prazo de carência, para que proceda a venda das unidades autônomas, sendo este o contrato de incorporação.

“(..) esse é o contrato de incorporação imobiliária, pelo qual o incorporador: (i) celebra com o adquirente o contrato de alienação da fração ideal do terreno; (ii) contrata a construção ou promove o que for necessário para que a construção do edifício seja contratada com terceiro; (iii) contrata a convenção do condomínio vinculando a cada fração ideal do terreno determinada unidade autônoma a ser construída.” (TOSSI, 2010, p.41)

E complementa Helly Lopes Meirelles (1996, p.223):

“Contrato de Incorporação de condomínio é o ajuste pelo qual o incorporador se compromete a construir diretamente ou por terceiros e, no final, transferir a propriedade horizontal de unidades autônomas de um mesmo edifício de dois ou mais pavimentos, assim como as partes ideias do terreno e das áreas de utilização comum, aos tomadores de apartamentos, mediante preço fixo, ou ajustável ao custo da construção nas condições estabelecidas na convenção de condomínio.”

Para Everaldo Augusto Cambler (1993, p.181) é um negócio jurídico complexo onde o direito real de propriedade incidente sobre um bem imóvel, ou seja, as unidades

autônomas postas à venda pelo incorporador, decorre da manifestação de vontade do incorporador, adquirentes e demais participantes.

Qualifica-se então, o contrato de incorporação como negócio jurídico complexo e segundo Namem Melhim Chalhub (2005, p.3) modalidade típica de contrato regido pela Lei de Incorporações. Contudo, apesar de ser contrato típico, incide-se sobre ele as regras, no que couber, da teoria geral dos contratos, inclusive no que tange às modalidades de extinção. (TOSSI, 2010, p.42)

Sendo assim, os contrato de incorporação imobiliária classificam-se em nominados e inominados, típicos e atípicos, bilaterais, onerosos e comutativos, de adesão, formais, de execução sucessiva, principais e preliminares, pessoais e com possibilidade de cessão contratual. (ibidem, 2010, p. 44-58)

Traçadas as características dos contratos de incorporação imobiliária, passaremos agora à tratar de suas modalidades ou espécies, que podem ser por empreitada ou por administração.

3.5.2 Espécies de Contrato de Incorporação Imobiliária

Como visto, o contrato incorporativo tem como obrigação precípua, a de fim, ou seja, de construir e entregar unidades autônomas aos seu adquirentes. Sendo assim, a legislação vigente estabelece 2 modalidades de contrato para a edificação do empreendimento, quais sejam; contratos por empreitada ou por administração.

No contrato por empreitada, temos a empreitada por preço fixo e a empreitada por preço reajustável por índices determinados, conforme previsão do Art. 55 da lei que diz que “nas incorporações em que a construção seja feita pelo regime de empreitada, esta poderá ser a preço fixo, ou a preço reajustável por índices previamente determinados”.

“A construção por empreitada é pois, caracterizada pela autonomia do construtor na condução dos trabalhos, pela sua inteira responsabilidade pelos riscos econômicos da obra e pela sua prévia especificação do material a ser utilizado e dos serviços a serem executados pelo empreiteiro (...).” (MEIRELLES, 1996, p.182)

Se o incorporador escolher por realizar a edificação através do contrato de empreitada por preço fixo, fica à ele vedado a alteração do preço das unidades, não importando a alteração dos preços relativos à mão de obra e materiais necessários para tanto, conforme previsão do §1º do mesmo artigo. Tal modalidade de contrato encontra-se em total desuso na prática, uma vez que o empresariado em geral não a utiliza, tendo em vista os picos inflacionários. Tal modalidade poderia ter seu uso restaurado se o entendimento de que a correção monetária não consiste em majoração do preço, e sim de mera atualização de valores ante as inconstâncias inflacionárias, e que tal fato fosse aceito pela sociedade como um todo. (AGHIARIAN, 2012, p.266).

Eis que chegamos ao contrato por preço reajustável, que, como o próprio nome já diz, é passível de reajuste nas parcelas do preço do contrato, nos moldes do §2º do artigo 55. A lei diz que “o preço fixado no contrato será reajustado na forma e nas épocas nele expressamente previstas, em função da variação dos índices adotados, também previstos obrigatoriamente no contrato”.

Sendo assim, temos que nesta modalidade o preço da edificação pode ser fixo (totalmente em desuso) ou reajustável, podendo-se “dizer que se faz por prazo certo, realizando-se os pagamentos por etapa de obra executada, de acordo com o cronograma físico e outro financeiro previamente estabelecido, que devem integrar o contrato de construção”. (CHALHUB, 2005, p.183)

A outra modalidade de contrato de edificação é o por administração. Encontra previsão no Art. 58 da Lei 4.591/64, que diz:

Art. 58. Nas incorporações em que a construção for contratada pelo regime de administração, também chamado "a preço de custo", será de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento do custo integral de obra, observadas as seguintes disposições:

I - todas as faturas, duplicatas, recibos e quaisquer documentos referentes às transações ou aquisições para construção, serão emitidos em nome do condomínio dos contratantes da construção;

II - todas as contribuições dos condôminos para qualquer fim relacionado com a construção serão depositadas em contas abertas em nome do

condomínio dos contratantes em estabelecimentos bancários, as quais, serão movimentadas pela forma que for fixada no contrato.

Hely Lopes Meirelles (1996, p.183) diz que nesta modalidade de contrato incorporativo, o construtor se encarrega da construção de um projeto mediante a devida remuneração, podendo ser fixa ou com um percentual incidente sobre os custos da obra, correndo por conta do proprietário todos os encargos econômicos do empreendimento.

Neste tipo de contrato o incorporador oferece a unidade e a estimativa de seu custo, o qual variará na medida das oscilações de mercado, obrigando-se o adquirente a cobrir os gastos na medida em que se fizerem, mediante atualização periódica das prestações. (PEREIRA, 2000, p.306)

Nesta modalidade de contrato, deverá constar no contrato, o custo real da obra, orçado, em observância ao que dispõe o inciso II do Art. 53, bem como a data em que a referida obra se iniciará (Art. 59). Se for constatado majoração nos custos da obra, constatação esta feita pela comissão de representantes e pelo construtor, tal diferença de preço poderá ser embutida nas demais prestações (Art. 60). Nestes casos, os adquirentes deverão ser comunicados com antecedência mínima de 45 dias. (AGHIRIAN, 2012, p.268)

3.6 DA AFETAÇÃO PATRIMONIAL NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Patrimônio, com bem sabemos, é todo o conjunto de relações jurídicas que um sujeito de direitos possui, valoráveis em pecúnia, e que façam parte de sua esfera jurídica, sendo tanto os ativos, quanto os passivos.

O patrimônio de afetação encontra previsão no Capítulo I-A da Lei 4.591/64. Neste sentido, o patrimônio de afetação surge mais como uma garantia aos adquirentes das unidades autônomas daquele empreendimento, face à uma possível quebra do incorporador. Tal instituto visa assegurar uma reserva de bens do incorporador, afim de resguardar, em caso de falência deste, a sua insolvência como devedor. (AGHIARIAN, 2012, p.279)

“Com a instituição do patrimônio de afetação, pretende-se criar condições para que os adquirentes das frações ideias vinculadas às unidades autônomas a construir não fiquem sujeitos a eventuais percalços financeiros que possam atingir o incorporador, sejam eles decorrentes de má gestão de seus negócios ou de outros fatores que possam acarretar a insolvência ou falência, ou possam retirar do incorporador as condições econômicas necessárias para concluir a incorporação.” (TOSSI, 2010, p.173)

É importante frisar que os bens afetados não se comunicam com os demais bens do incorporador, incidindo sobre eles eventuais dívidas e obrigações daquele empreendimento específico ao qual este conjunto de bens está atrelado. (AGHIARIAN, 2012, p.281)

Tal instituto foi criado exatamente para assegurar, como dito anteriormente, os créditos dos adquirentes em caso de inadimplência do incorporador. Um dos casos emblemáticos, que motivou a elaboração da Lei 10.931/04, a qual complementou a Lei de Incorporações, foi a trágica falência da Encol S/A Engenharia e Comércio, que teve a sua falência decretada em 1999, após uma gestão temerária de sua diretoria.

A constituição do patrimônio de afetação é uma faculdade do incorporador, conforme dispõe o Art. 31-A da Lei 4.591/64. O patrimônio de afetação na incorporação imobiliária será criado mediante a averbação em cartório, conforme preleciona o Art. 31-B da mesma lei, *in verbis*:

Art. 31-B. Considera-se constituído o patrimônio de afetação 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.

Parágrafo único. A averbação não será obstada pela existência de ônus reais que tenham sido constituídos sobre o imóvel objeto da incorporação para garantia do pagamento do preço de sua aquisição ou do cumprimento de obrigação de construir o empreendimento

Constituído o patrimônio de afetação da incorporação, cabe ao incorporador administrá-lo. Sendo assim, a lei impõe, no Art. 30-D, uma série de deveres que o incorporador deve seguir, de modo que seja feita uma boa administração deste.

Dentre os atos que são impostos ao incorporador, deve este manter os bens e direitos deste patrimônio afetado apartado; captar os recursos necessários para a incorporação; manter a comissão de representantes devidamente atualizada acerca do andamento da obra, assim como os recursos que integram o patrimônio de afetação, recebidos no período; entregar, ainda, à comissão, balancetes trimestrais relativos ao referido patrimônio de afetação; permitir à pessoa nomeada pela comissão o livre acesso a obra, dentre outros deveres impostos pela Lei de Incorporações. (AGHIARIAN, 2012, p.286)

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INCORPORADOR

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como bem visto em tópico específico deste trabalho, a definição de incorporação imobiliária está prevista no Art. 28 da Lei de Incorporações, sendo em linhas gerais, aquela atividade exercida pelo incorporador, podendo este ser pessoa física ou jurídica, que viabiliza a alienação das unidades autônomas de um condomínio edilício, as quais ainda estão pendentes ou em fase de construção, podendo inclusive, serem negociadas na planta.

Já o conceito de incorporador encontra previsão no Art. 29, sendo aquela pessoa física ou jurídica que pode ser, ou não, comerciante, o qual tem como objetivo a alienação de frações ideias de terreno, vinculadas à uma edificação condominial, coordenando e efetivando a incorporação, sendo responsável pela entrega da mesma.

É imperioso reconhecer que a obrigação do incorporador, qual seja, a da entrega da unidade autônoma ao adquirente ao fim da incorporação, é de fim, sendo que nesta modalidade de obrigação “o contratante obriga-se a alcançar um determinado fim, cuja não execução implica o descumprimento do contrato” (TEPEDINO, 2005, p.170), com a posterior responsabilização do Incorporador.

“Como se vê, a responsabilidade do incorporador, sem se falar no contrato, decorre da própria lei, que, por sua clareza, dispensaria maiores considerações. Ele assume a obrigação de fazer, cujo último ato é a entrega de uma ou várias unidades construídas e correspondentes a frações ideias do terreno em que se erguem e assentam” (CAVALIERI, 2012, p.390)

Como visto, o incorporador é o responsável pela autenticidade dos documentos levados ao registro da incorporação. É também responsável pela segurança e qualidade do edifício à ser construído, respondendo por defeitos no projeto, pela sua rigidez, pela execução da construção, pelo estudo do solo onde o edifício será construído, pela observância fiel ao memorial descritivo da incorporação, devendo as unidades autônomas, bem como as áreas comuns, corresponderem exatamente ao

que ali está previsto e pela qualidade dos materiais empregados na edificação. (TOSSI, 2010, p.203)

Ademais, responde o Incorporador pela entrega da obra no prazo fixado, bem como por eventuais vícios de construção que porventura possam aparecer.

“No âmbito extracontratual, a responsabilidade do incorporador decorre genericamente do artigo 159 e da interpretação dos artigos 1.245, 1.521, 1.522 e 1.523 do Código Civil. Não mais subsistindo o vínculo contratual entre o incorporador – causador do dano – e prejudicando, a responsabilidade daquele que resulta dos comando normativos garantidores da atividade por ele desenvolvida. Ao lado da responsabilidade regulada pelo Código Civil, sempre que a relação incorporativa possa ser encartada dentro dos ditames do Código de Defesa do Consumidor, o incorporador responderá pelo fato ou vício do produto, na qualidade de fornecedor do produto incorporado.” CAMBLER, 1997, p.213)

No que se refere ao atraso na entrega da obra, podemos perceber que nos dias atuais, tal inadimplemento contratual do incorporador se encontra cada vez mais corriqueiro, podendo ser visto por toda a cidade obras inacabadas e que estão com o famigerado prazo de tolerância ultrapassado, em muitos casos até por períodos superiores à 1 ano.

Traçadas estas considerações iniciais, passaremos agora à tratar das hipóteses onde o incorporador poderá ser responsabilizado civilmente, no decorrer e após a incorporação.

4.2 DA APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor (CDC) fora reconhecida a hipossuficiência do consumidor, frente ao fornecedor de bens e serviços, uma vez que era notória a sua vulnerabilidade ante os contratos de adesão impostos à este.

Neste sentido, a responsabilidade do consumidor, bem como a do incorporador ensejou divergência na doutrina, quanto à incidência deste, neste ramo de atividade

industrial. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p.392), não há como negar que o incorporador, ou construtor possa ser classificado como fornecedor de produtos ou serviços, uma vez que o Art. 3º do referido microssistema é claro e objetivo neste sentido.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O posicionamento do referido autor (ibidem, p.392) se funda no fato de que quanto o incorporador vende e constrói unidades imobiliárias, assume uma obrigação de dar coisa certa, e isso está atrelado a essência do conceito de produto; e, quando contrata a construção dessa unidade, quer por empreitada, que por administração, assume uma obrigação de fazer, o que se ajusta ao conceito de serviço. Neste contexto, essa obrigação assumida com alguém que se posiciona no último elo do ciclo produtivo, pessoa essa que adquire determinada unidade imobiliária como destinatário final, para fazer dela sua moradia e de sua família, termina por formar a relação de consumo que permite e torna impositiva a aplicação do CDC, pois suas normas são de ordem pública. Assim, existindo circulação de produtos ou serviços entre o fornecedor e o consumidor, tem-se caracterizada a relação de consumo, a qual é necessariamente regulada pelo CDC.

Sendo assim, reconhecida a incidência do microssistema do consumidor nos contratos de compra e venda de unidades imobiliárias, o mesmo irá regular tanto o direito do consumidor antes deste assinar o contrato, enquanto cumpre suas obrigações contratuais e depois de concluído o contrato, nos moldes do Art. 12, *in verbis*:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

No que se refere à fase pré contratual, a incidência do CDC recai sobre a oferta e a publicidade que o incorporador faz, veiculando o seu empreendimento. Aqui a proteção ao consumidor volta-se para as propagandas enganosas, onde o incorporador, por exemplo, promete a venda de um imóvel à apenas 5 minutos do mar, quando na verdade, o imóvel está à 5 quilômetros de distância. Ele veda a propaganda enganosa pautado em princípios da transparência da boa-fé, princípios estes que regem o Direito do Consumidor. (CAVALIERI, 2012, p.393)

Outro adendo que merece ser feito, ainda na fase contratual, é a questão do corretor de imóveis que promove a venda das unidades imobiliárias, sem que a respectiva incorporação esteja arquivada no Registro de Imóveis, conforme as lições de José Marcelo Tossi Silva, veja-se:

“O corretor de imóveis contratado pelo incorporador, em regra, não responde pela incorporação imobiliária. Pode, entretanto, ser responsabilizado pelos danos sofridos pelos adquirentes das futuras unidades autônomas, quando intermedeia a venda em incorporações promovida sem o registro previsto no artigo 32 da Lei 4.591/64, e que não é levada a termo pelo incorporador (...)” (TOSSI, 2010, p.210)

Ainda sobre a incidência do CDC nos contratos de compra e venda incorporativo, tal afirmação foi consolidada pelo STJ, no julgamento do REsp 80.036/SP, de relatoria do ministro Ruy Rosado, decidindo que “o contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei n. 4.591/1964), mas também incide o Código de Defesa do Consumidor” e continuou salientando que tal instituto trouxe mais equivalência entre as prestações, bem como ressaltou a boa-fé contratual.

“Tenho sustentado que o Código do Consumidor criou uma sobreestrutura jurídica multidisciplinar, normas de sobredireito aplicáveis em todos os ramos do Direito – público ou privado, material ou processual – onde ocorrerem relações de consumo. Usando uma figura, costumo dizer que o Código fez um corte horizontal em toda a extensão da ordem jurídica existente, levantou o seu tampão e espargiu a sua disciplina por todas as áreas do Direito, colorindo-as com as suas tintas. Desta forma, os institutos e contratos continuam regidos pelas normas e princípios que lhes são próprios, mas sempre que gerarem relações de consumo ficam também

sujeitos à disciplina do Código do Consumidor. E é isso que ocorre também com a incorporação/construção.” (CAVALIERI, 2012, p.393)

Neste sentido, sendo o incorporador um fornecedor de produtos e serviços, uma vez que explora economicamente a atividade incorporativa e sendo o adquirente o destinatário final do produto, é perfeitamente cabível a aplicação do CDC nas relações incorporador/adquirente, uma vez que configuram relação de consumo.

É importante frisar que, conforme prelecionam os artigos 12 e 18 do Código do Consumidor, responderá o incorporador e/ou construtor, pelo fato ou vício do produto ou serviço, independentemente de culpa, o que torna a sua responsabilidade objetiva. Sendo assim, aqui há uma inversão legal do ônus da prova.

A seguir, analisaremos as causas mais comuns de responsabilidade do incorporador, na seara consumerista.

Nestes casos, responderá o incorporador com a totalidade de seu patrimônio, salvo aqueles bens e direitos que fazem parte do patrimônio de afetação, conforme visto em tópico supra, o qual possui destinação específica e somente responderão pelos deveres e obrigações da incorporação ao qual está vinculado. Neste caso, somente a parte que excedeu estas obrigações, neste patrimônio de afetação, e que pertençam ao incorporador, responderá pela totalidade de obrigações que à este incumbe. (TOSSI, 2010, p.202)

4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO INCORPORADOR PELO ATRASO NA ENTREGA DA OBRA

Vimos que, o elemento essencial para que se viabilize a incorporação imobiliária é o registro dos documentos previstos no Art. 32 da Lei de Incorporações, sendo que o não atendimento de tal imposição legal poderá ensejar a rescisão, por parte dos adquirentes, dos contratos de compra e venda com a sua eventual indenização por perdas e danos, assim como contravenção penal por parte do incorporador. Tal questão, como bem visto, encontra-se superada.

Contudo, uma questão que merece melhor análise é a da responsabilidade do incorporador pelo atraso na entrega do empreendimento, forma mais usual de descumprimento contratual que vemos atualmente.

O momento em que vivemos é de super aquecimento do mercado imobiliário. A televisão diariamente traz anúncios publicitários de novos imóveis. Ao sair às ruas, podemos perceber o número crescentes de edifícios sendo erguidos. Nos semáforos, inevitavelmente, há um número muito alto de panfletos sendo entregues aos motoristas, sendo até especulado o surgimento da famosa “bolha imobiliária” no mercado brasileiro.

O incorporador, conforme previsão legal contida nos artigos 43 e 57 da Lei de Incorporações, responde integralmente pelo empreendimento. Isso ocorre pois o incorporador é o responsável pela edificação do empreendimento, sendo certo que, mesmo que o construtor deu causa para os prejuízos causados, o incorporadora responde solidariamente pelos referidos prejuízo, podendo este, posteriormente, ajuizar ação de regresso contra o construtor.

Neste sentido, se a entrega da obra excede o prazo previsto deve o incorporador responder objetivamente pelo atraso na entrega da obra, uma vez que ele é o único responsável pela mesma, conforme julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, in verbis:

EMENTA: DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E LEGISLAÇÃO ESPECIAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. ATRASO NA ENTREGA DE OBRA. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA CONTRATADA PELO REGIME DE ADMINISTRAÇÃO OU DE ‘PREÇO DE CUSTO’. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DELIBERADA PELOS PRÓPRIOS CONDÔMINOS. ALTERAÇÃO DO CRONOGRAMA DA OBRA. IMPONTUALIDADE DO ADQUIRENTE. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE DO CONSTRUTOR. INEXISTÊNCIA. 1. Pertinente à legitimidade ad causam ou qualidade para agir, diz-se que no polo ativo deve figurar aquele sujeito que, ao menos em princípio, titularize o direito subjetivo cuja violação é afirmada. No polo passivo deve constar a parte violadora desse mesmo direito, e que suportará os efeitos de eventual sentença de procedência do pedido inicial. Em contrato de incorporação imobiliária, a empresa que participou efetivamente de tal negócio jurídico na condição de

administradora/construtora responde por eventual descumprimento do avençado, ficando rechaçada a tese da sua ilegitimidade passiva. 2. Nos termos do artigo 58 da Lei nº 4.591/, na modalidade de incorporação imobiliária contratada pelo regime de administração ou por 'preço de custo', o construtor/incorporador é responsável unicamente pela execução da obra em conformidade com as deliberações dos condôminos/adquirentes e de acordo com os aportes econômicos realizados por estes. Logo, para se aferir a responsabilidade do executor, há de se investigar se o atraso na entrega decorreu de circunstâncias criadas por ela próprio ou como cumprimento das deliberações tomadas pelos condôminos/adquirentes. 3. Ficando evidenciado que o atraso na conclusão do empreendimento ocorreu em razão de “defasagem do custo da obra, o que afetou o cronograma financeiro, ocasionando a adaptação do cronograma físico”, aliado à impontualidade de alguns dos condôminos, fica rechaçada a responsabilidade do construtor.” (TJMG – Apelação Cível nº 1.0145.10.067064-8/002. Relator: Desembargador Otávio de Abreu Portes. Publicado o dispositivo do acórdão em: 27/11/2012 – g.n)

É usual, entretanto, a imposição nos contratos de compra e venda, de cláusulas de tolerância, que postergam a entrega do empreendimento para prazos que variam entre, 90, 120, 180 e até 270 dias. Tal clausula, ainda traz muitos entendimentos adversos entre os julgadores, sendo que alguns optam por acolhê-la, alegando para tanto a ciência do adquirente, e outros que acatam o Código de Defesa do consumidor e decretam o caráter leonino de tal clausula.

Em recente notícia veiculada no Jornal Valor Econômico, publicada no dia 28/01/2014, podemos ver que, em que pese a jurisprudência tenha uma certa rigidez em aceitar tal clausula, a mesma não poderá ser considerada ilegal, uma vez que no Brasil, há uma notória e extrema burocracia contábil, assim como outros fatores como adversidades climáticas, tais como chuvas, ou também a falta de mão de obra e materiais pode se tornar impossíveis de serem previstas. Tais ocorrências se tornam ainda mais gravosas em obras de complexidade mais elevada. Neste sentido, segue julgado abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO DE ALUGUEL EM RAZÃO DE ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA PARA A ENTREGA DO IMÓVEL (180 DIAS). SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO

DO AUTOR. A cláusula de tolerância de 180 dias, em contratos dessa natureza, de regra é razoável, haja vista a complexidade inerente à construção civil, sem que outra circunstância a ela se some ao efeito de se a ter por inválida. Consequente manutenção da sentença apelada. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70054993431, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 22/10/2013) (TJ-RS - AC: 70054993431 RS, Relator: Mylene Maria Michel, Data de Julgamento: 22/10/2013, Décima Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25/10/2013)

Tal cláusula é uma imposição válida das incorporadoras, na medida em que a sua decretação de nulidade poderia impor um ônus excessivo às incorporadoras, na medida em que as mesmas teriam de indenizar milhares de adquirentes que tiveram suas obras atrasadas, o que implicaria num freio ao desenvolvimento econômico de um setor tão importante para a economia Brasileira.

Tal entendimento, contudo não é unânime, havendo diversos julgados que resolvem pelo não acolhimento da referida cláusula, rogando para tanto a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no que se refere às cláusulas abusivas.

Contudo, o entendimento jurisprudencial crescente é de que a imposição da cláusula de tolerância é válida, uma vez que, no momento da contratação, o adquirente tinha plena ciência da existência de tal cláusula, não podendo, posteriormente, bater as portas do judiciário alegando abusividade e lesão aos seus direitos. Ademais, a referida cláusula é prática usual de mercado.

4.3.1 Dos Lucros Cessantes

Uma questão que merece vir à tona e ser debatida é a da possibilidade de o adquirente que teve a entrega do seu empreendimento atrasada pelo incorporador, em auferir renda locatícia, independentemente de vir a utilizar o imóvel como residência ou como, de fato, renda.

No que se refere ao adquirente que comprou aquele imóvel para que, após a entrega deste, locá-lo, é forçoso reconhecer que os lucros cessantes é

completamente cabível. Entretanto, muitas decisões judiciais vem deferindo os lucros cessantes para ambos os casos, ambos os tipos de adquirentes.

Em recente julgado do STJ, nos autos do Recurso Especial 2012/0098185-2, de relatoria do ministro Sidnei Beneti, da 3ª turma da Egrégia corte, foi firmado o entendimento de que o adquirente, em caso de atraso na entrega do imóvel adquirido pode pleitear, por isso, além da multa moratória expressamente estabelecida no contrato, também o cumprimento, de indenização correspondente aos lucros cessantes pela não fruição do imóvel durante o período da mora da promitente vendedora.

Tal decisão vem sendo utilizada como base para os demais tribunais do país, tornando o lucro cessante por atraso na entrega do empreendimento presumido, independentemente de o adquirente vir a ser ou não residente daquele imóvel.

Entretanto, o lucro cessante, como é visto linhas acima, não pode ser aleatório nem imaginável. Deve sempre corresponder a perspectivas reais, palpáveis de sua existência. A não produção da prova pelo adquirente neste sentido, configuraria a mera verificação de dano remoto, não indenizável, conforme ensinamento de Caio Mario da Silva Pereira:

Não é, portanto, indenizável o chamado dano remoto, que seria consequência indireta do inadimplemento, envolvendo lucros cessantes para cuja efetiva configuração tivessem de concorrer outros fatores que não fosse apenas a execução a que o devedor faltou, ainda que doloso o seu procedimento. (PEREIRA, 2010, p.322)

Neste sentido, deve o julgador analisar *in concreto* cada caso, de modo a de fato constatar a existência ou não de lucros cessantes, uma vez que, ao deferir os lucros cessantes à um adquirente que possui o *impetus* de tão somente residir naquele imóvel que está com a entrega atrasada, promover o enriquecimento sem causa.

4.4 DA RESPONSABILIDADE DO INCORPORADOR PELA EXECUÇÃO IMPERFEITA DA OBRA

O incorporador também responderá pela entrega da obra em desconformidade com o quanto prometido nos contratos de compra e venda. As causas mais usuais que vemos nas demandas judiciais são a entrega da unidade com a metragem diferente do que previsto no contrato, assim como a entrega, tanto das unidades autônomas quanto das áreas comuns, com materiais divergentes daqueles descritos no memorial descritivo do empreendimento.

O memorial descritivo é a descrição detalhada dos materiais que serão utilizados para a construção e edificação do empreendimento. É o tipo de madeira que será utilizado nas portas, o tipo de piso que serão instalados, a marca dos elevadores, enfim, é a descrição detalhada de tudo o que se está utilizando na incorporação daquele empreendimento.

Nestes casos, onde o empreendimento é entregue de forma falha, respondem solidariamente o incorporador e o construtor, conforme bem anunciado por Sérgio Cavalieri, veja-se:

“O incorporador continua responsável porque é o contratante. Responde também o construtor, porque é causador direto do dano, e tem responsabilidade legal, de ordem pública, de garantir a solidez e segurança da obra em benefício do seu dono e da incolumidade coletiva, conforme já demonstrado. (...) Desta forma, quando o incorporador celebra contrato com o construtor, nada mais faz que estender-lhe a sua obrigação, passando ambos a serem responsáveis pela construção. O Incorporador, na realidade, está apenas se fazendo substituir pelo construtor” (CAVALIERI, 2012, p.391)

Neste sentido, segue julgado transcrito:

EMENTA: DIREITO CIVIL, LEGISLAÇÃO ESPECIAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRA-TUAL COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. REGIME DE ADMINIS-TRAÇÃO OU “POR PREÇO DE CUSTO”. PROJETO CONCLUÍDO SEM A PROMETIDA VAGA DE GARAGEM. CONDOMÍNIO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. NÃO VERIFICAÇÃO. ATRASO NA ENTREGA DA UNIDADE IMOBILIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER CONTRIBUIÇÃO DO CONDOMÍNIO. PEDIDO IMPRO-CEDENTE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Nos termos do artigo 58 da Lei nº 4.591/64, na modalidade de incorporação imobiliária contratada pelo regime de

administração ou por “preço de custo”, o construtor é responsável unicamente pela execução da obra em conformidade com as deliberações dos condôminos/adquirentes e de acordo com os aportes econômicos realizados por estes. 2. **Sendo os incorporadores, e não o condomínio, responsáveis pela atecnia do projeto de incorporação, fazendo dele constar a previsão de vagas de garagem individuais que depois se souberam fisicamente inexeqüíveis, não há que se falar em resolução contratual e nem responsabilidade civil em face deste.** 3. Pertinente ao atraso na entrega da unidade imobiliária, também não se vislumbra qualquer contribuição do condomínio para tanto, até porque o cumprimento dos prazos, como dito, depende nesses casos de inúmeras circunstâncias variáveis (preço da mão-de-obra, materiais, a estrita pontualidade dos aportes financeiros por parte dos adquirentes, etc.) a serem geridas pela comissão de representantes, podendo eventual responsabilidade ser estendida, quando muito, à construtora contratada para erigir a edificação. Destarte, ainda que decorresse de eventual má-gestão dos recursos, o que também não se comprova, a indenização cabível nessa quadra deveria ser buscada individualmente em face da comissão de representantes eleitos para gerir a administração da obra, e/ou da construtora responsável, e não ser deduzida em face dos próprios condôminos, como pretendido pelos apelantes.” (TJMG – Apelação Cível nº1.0155.08.018480-9/002. Relator: Desembargador Otávio de Abreu Portes. Publicado o dispositivo do acórdão em: 27/11/2012 – g.n).

Nestes casos, surge a pretensão do adquirente de optar pelo ajuizamento de ação para a resolução do contrato ou requerer a *quantum minoris*, ou abatimento proporcional do preço, de modo que venha a ter a reparação correspondente. Nestes casos, deve ainda o incorporador, promover a necessária retificação dos registros outrora arquivados, dependendo unicamente da expedição de alvará de regularização expedido pelo respectivo Município onde ocorreu a edificação, vez que esta inconsistência poderá, por derradeiro, implicar em eventual aumento de área construída. (TOSSI, 2010, p.209).

Fora a responsabilização do incorporador pela entrega da unidade imobiliária fora dos padrões estabelecidos no memorial descritivo, pelos vícios de qualidade, responderá também o incorporador pelos vícios de produto ou serviço que venham a surgir após terminada a obra. Nestes casos, é um vício menos gravosa, que não

compromete a obra, tampouco reduz o seu valor. Aqui “a responsabilidade pelo vício do produto ou serviço decorre da falta de conformidade ou qualidade da coisa ou serviço e sua perspectiva de durabilidade e utilidade”. (CAVALIERI, 2012, p.396)

Contudo, o incorporador, assim como o construtor, não responderão pelos danos causados quando for o adquirente quem os deu causa. Exemplos disso seriam o mau uso de determinado material, bem como alterações no edifício feitas pelo próprio adquirente, e que venham ocasionar danos. Tais fatos decorrem da ausência de nexos causal entre o projeto do edifício, sua construção e o dano. (TOSSI, 2010, p.204)

5 CONCLUSÃO

Conforme a pesquisa realizada, foi verificado que o instituto da responsabilidade civil fora criado para que fosse assegurado à vítima de um eventual ilícito, que fosse ressarcida e que tivesse o seu direito lesado tutelado pelo direito. Tal instituto é de suma importância uma vez que visa apaziguar os conflitos, inerentes à uma vida em sociedade.

Nos dias de hoje, o crescimento da sociedade urbana é constante. Teve início com a vinda do homem do campo para a cidade, tendo como marco a revolução industrial, o que ocasionou uma explosão demográfica nos centros urbanos, carente de uma tutela jurídica.

Neste sentido e levando-se em conta este contexto, a incorporação imobiliária surgiu como uma alavanca ao desenvolvimento econômico, uma vez que houve uma necessidade de melhor aproveitamento do solo, construindo-se edificações horizontais, de modo que fosse possível prover moradia para a crescente população urbana.

A relevância deste tema é de grande importância, o que levou o legislador a criar legislação específica para que fosse tutelado este ramo peculiar da indústria, lei esta que abrange todos os direitos e deveres do incorporador. O negócio jurídico incorporativo, por sua vez, é ato jurídico complexo, uma vez que envolve uma vasta gama de contratos, de tipos determinados, mas que possuem uma finalidade única, resultantes das manifestações de vontade do incorporador, dos adquirentes e de eventuais personagens integrantes desta trama, tendo por finalidade a produção de unidades autônomas, vinculadas às frações ideais de terreno, negociadas antes ou durante a fase construtiva, com a consequente criação de um direito real de propriedade, desde que cumpridas todas as exigências da lei no que se refere aos registros, responsabilizando-se o incorporador pela entrega das unidades construídas.

A lei impõe uma série de deveres ao incorporador, os quais devem ser cumpridos. A falta de registro da incorporação imobiliária poderá desaguar na nulidade dos contratos de compra e venda já celebrados, devendo o incorporador restituir integralmente os valores recebidos. Deve o incorporador ainda, manter o adquirente

informado, semestralmente, acerca do real andamento da obra, dentre uma série de outros deveres que a lei impõe ao incorporador, e o seu não atendimento, enseja responsabilização, com fundamento na própria lei.

É ele, incorporador, quem irá liderar o negócio, efetuando estudos de planejamento, toma as providências para a aprovação do projeto, capta os recursos necessários para a consecução da obra, enfim, toma todas as medidas necessárias à organização e efetivação do negócio que está disposto a lançar no mercado.

Todavia, nos dias de hoje, surge uma real necessidade de adequar tal atividade às transformações sociais, que desaguam na elaboração de novas leis, tais como o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que estes aperfeiçoaram as garantias dos consumidores.

A responsabilidade civil é o instituto capaz de imputar ao agente causador do dano, a obrigação de indenizar ou reparar o dano causado, de modo que se mantenha a paz social almejada pelo direito. Neste sentido se o incorporador falha com suas obrigações e ocasiona algum dano, deve ele repará-lo.

A legislação vigente autoriza que o incorporador efetive a venda das unidades autônomas se se comprometa à entrega-la pronta e acabada.

Sendo assim, a obrigação do incorporador como o responsável pela obra, é a de resultado, ou seja, ele se compromete à entregar a unidade imobiliária nas condições em que pactuada, dentro do prazo previsto, ao adquirente, em contraprestação ao pagamento daquela, por este. Sendo assim, sendo o incorporador responsável pela obra, surge a responsabilização solidária deste com o construtor, na medida em que, como foi visto, o incorporador apenas se faz substituir pelo construtor, devendo ambos arcar com os prejuízos causados, cabendo ao incorporador, eventual ação de regresso.

Desta forma, é possível se dizer que a responsabilidade civil do incorporador se configura na modalidade objetiva, uma vez que este assume os riscos do negócio, equiparando-se ao construtor, enquadrando-se perfeitamente no conceito de fornecedor, conforme artigo 3º do Código do Consumidor.

Cometido o ilícito pelo incorporador e eventual dano, surge a obrigação de repará-lo, aplicando-se o quanto disposto no art. 927, parágrafo único do Código Civil. Tal

aplicabilidade do dispositivo de lei retro se pauta no fato de que a atividade imobiliária gera riscos sociais (civilmente falando), sendo desnecessária a comprovação de culpa pelo agente.

No decorrer da pesquisa foram analisados pontos controvertidos na jurisprudência relacionados à entrega da unidade e os vícios de qualidade ou do produto. Foi visto a aplicabilidade da cláusula de tolerância, usualmente previstas nos contratos de compra e venda de unidades autônomas, bem como a possibilidade de sua nulidade e os impactos que tal declaração podem causar.

Foi visto também o dever que tem o incorporador, seja na fase pré contratual, qual seja, na negociação das unidades, de não induzir o adquirente à erro, vinculando ao empreendimento propagandas enganosas, fazendo com que aquele acredite que está à realizar o sonho da casa própria quando na verdade está sendo enganado.

É importante, neste sentido, destacar que o incorporador exerce uma atividade de risco, devendo este ser prudente à iniciá-la, realizando todos os estudo necessários para que nenhum imprevisto aconteça no decorrer da edificação. Muitas vezes, o promissário comprador, ao finalizar um contrato de compra e venda de unidade imobiliária, deposita ali um sonho almejado durante a vida, utilizando todas as suas economias para que este pudesse ser realizado.

Tentou-se, com o presente trabalho, elucidar, sem a pretensão de esgotar, o estudo do instituto da incorporação imobiliária, pois tal seria impossível neste âmbito de investigação que está proposta esta pesquisa monográfica.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGHIARIAN, Hércules. Curso de Direito Imobiliário, 11ª ed. São Paulo: Atlas. 2012.

AURÉLIO. Dicionário Online. Disponível em <http://www.dicionariodoaurelio.com/>. Acessado em 25/10/2013.

BRASIL, Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm. Acessado em 01/05/2014.

_____, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. São Paulo: Saraiva. 2013.

_____, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Saraiva. 2013.

_____, Lei nº 10.931 de 02 de agosto de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm. Acessado em 28/04/2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.355.554-RJ. Relator: Min. Sidnei Beneti. Data de Julgamento: 06/12/2012. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acessado em 29/04/2014.

_____, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Proc. 0062874-91.2009.8.05.0001. Juíza: Ana Karen Nobre. Data de Julgamento: 01/11/2013. Disponível em: <http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01Z091CII0000&processo.foro=1>. Acessado em 03/04/2014.

_____. Proc. 0414129-10.2012.8.05.0001. Juíza: Ana Claudia Silva Mesquita. Data de Julgamento: 29/08/2013. Disponível em <http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=010004RWS0000&processo.foro=1>. Acessado em 03/04/2014.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. AC: 0670648-23.2010.8.13.0145. Relator: Des. Otávio Portes. Data de Julgamento: 14/11/2012. Disponível em: http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10145100670648002. Acessado em 28/04/2014.

_____. AC: 0184809-36.2008.8.13.0155. Relator: Des. Otávio Portes.
Data de Julgamento: 14/11/2012. Disponível em:
http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10155080184809002. Acessado em 28/04/2014.

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AC: 0007246-92.2010.8.19.0066. Relator: Des. Elton Ieme. Data de Julgamento: 09/05/2012.
Disponível em:
<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201100190200>. Acessado em 24/05/2013.

_____, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AC: 70024449902. Relator: Des. Nelson José Gonzaga. Data de Julgamento: 30/06/2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acessado em: 25/09/2013.

_____. AC: 70053885778. Relator: Des. Rubem Duarte. Data de Julgamento: 09/01/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acessado em: 28/04/2014.

_____. AC: 70054993431. Relatora: Des. Mylene Maria Michel. Data de Julgamento: 22/10/2013. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acessado em: 23/03/2014.

_____, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. AC: 84341 SC 2001.008434-1. Relator: Jaime Luiz Vicari. Data de Julgamento: 05/02/2009.
Disponível em: <http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp#>. Acessado em 04/08/2013.

CAMBLER, Everaldo Augusto. Incorporação Imobiliária; ensaio de uma teoria geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas. 2012

CHALHUB, Melhim Namem. Da incorporação Imobiliária. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. Vocabulário Jurídico, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade Civil, 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

DONIZETI, Elpídio. Curso Didático de Direito Civil, 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2013

FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil: Obrigações, v. 2, 7ª edição. Bahia: Jus Podivm. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações, v. 2, 10ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

_____. Responsabilidade Civil de acordo com o Novo Código Civil Lei nº 10.406, de 10.01.2002, 8ª edição. São Paulo: Saraiva. 2003.

_____. Comentários ao código civil: parte especial: direito das obrigações, vol. 11. São Paulo: Saraiva. 2003.

HÖHN, Christiane Scabell; SIQUEIRA, Maina Maria Novelo. A Responsabilidade civil nas Incorporações Imobiliárias – Disponível em http://www.bmalaw.com.br/nova_internet/arquivos/Artigos/CSH-Maina.pdf Acessado em 02/10/2013.

LIMA, Alvino. Culpa e risco. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

LOTUFO, Renan. Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva. 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de Construir, 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 1996.

_____. Responsabilidade civil na incorporação imobiliária. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

NICOLDI, Márcia. A legitimidade "ad causam" nas ações para reparação de dano extrapatrimonial – Disponível em <http://jus.com.br/artigos/4384/a-legitimidade-ad-causam-nas-aco-es-para-reparacao-de-dano-extrapatrimonial>. Acessado em 15/09/2013.

NETTO, Felipe Braga. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva. 2008.

PERALTA, Barbara Eliodora de Avellar. A responsabilidade civil do Incorporador e do Construtor sob o ponto de vista Consumerista – Disponível em

http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/6628/a_responsabilidade_civil_do_incorporador_e_do_construtor_sob_o_ponto_de_vista_consumerista. Acessado em 02/10/2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e Incorporações, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

_____. Instituições de Direito Civil, Volume II, 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2010.

PINTO, Alexandre Berthe. Futuro locador tem direito a lucros cessantes. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-fev-23/futuro-locador-exigir-lucros-cessantes-atraso-entrega-imovel> - Acessado em 02.06.2013. Acessado em 15/09/2013.

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: responsabilidade civil, 20ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

SCHMIDT, Francisco Arnaldo. Incorporação Imobiliária, 2ª ed. Rio Grande do Sul: Norton. 2006.

SILVA, José Marcelo Tossi. Incorporação Imobiliária. São Paulo: Atlas. 2010.

SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas. 2013.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

VALOR ECONÔMICO, Validade da cláusula de tolerância. Disponível em <http://www.valor.com.br/legislacao/3409270/validade-da-clausula-de-tolerancia>. Acessado em 24/04/2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: contratos em espécie e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Direito Civil: responsabilidade civil, 6ª ed. São Paulo: Atlas. 2006.

WIKIPEDIA, Lei das XII Tábuas – Disponível em
http://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_das_Doze_T%C3%A1buas.

Acessado em 04/10/2013.

_____. Encol – Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Encol> -

Acessado em 29/04/2014.