



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Da Imputação de Responsabilidade às Construtoras para as hipóteses de atrasos injustificados na entrega e conclusão dos empreendimentos imobiliários

Maria Carolina Kersten de Aragão

Rio de Janeiro
2013

MARIA CAROLINA KERSTEN DE ARAGÃO

Da Imputação de Responsabilidade às Construtoras para as hipóteses de atrasos injustificados na entrega e conclusão dos empreendimentos imobiliários

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2013

DA IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE ÀS CONSTRUTORAS PARA AS HIPÓTESES DE ATRASOS INJUSTIFICADOS NA ENTREGA E CONCLUSÃO DOS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS

Maria Carolina Kersten de Aragão

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada. Pós-graduada em Relações
Internacionais pela Universidade Candido
Mendes

Resumo: A finalidade do presente estudo é trazer uma nova perspectiva, e uma nova luz para os consumidores que purgam todos os dias nos corredores da justiça tentando viabilizar uma solução mais equânime para a problemática dos atrasos das obras ocasionados pelo expressivo crescimento imobiliário na última década, mais especificamente nas redondezas da Barra da Tijuca e adjacências. Busca-se uma análise e uma solução por demais humanizada cujos efeitos práticos se pretende alcançar e ou quando muito agilizar as demandas judiciais que muitas vezes se arrastam por anos e anos aguardando um provimento satisfatório.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Construtoras. Multa. Indenizações.

Sumário: Introdução. 1. Da Imputação de responsabilidade às construtoras por atrasos injustificados na entrega dos empreendimentos imobiliários. 1.1 A previsão de sanção pelo inadimplemento na hipótese de atrasos injustificados dos empreendimentos imobiliários. 1.2 Do cenário evolutivo dos empreendimentos imobiliários. 2. O direito à moradia ante a CF. 2.1 A afetação da expansão imobiliária ante a economia, ao direito à moradia. 3. A natureza jurídica da sanção a ser aplicada pelo descumprimento do contrato por parte das construtoras. 4. A Teoria do Risco como elemento ensejador da imputação da responsabilidade e não de forma de exclusão da mesma. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da responsabilidade civil das construtoras em face da inadimplência contratual pela inexplicável morosidade na entrega dos empreendimentos imobiliários, muitas vezes inviabilizando as vidas dos consumidores que empenham suas vidas para a aquisição da casa própria, e findam com seus sonhos frustrados, suas expectativas, sem ter qualquer respaldo financeiro ou moral. A legislação não acompanhou todo o boom imobiliário, desequilibrando as relações consumeristas.

O que fazer? A justiça tornou-se morosa, os processos se acumulam e levam anos e anos para a solução dos conflitos. Efetivamente não se têm mecanismos que forcem as construtoras a cumprirem os prazos estabelecidos nos contratos. Os maiores prejudicados são os consumidores que ficam totalmente desprovidos de meios para se resguardarem.

Os contratos na grande maioria são de adesão. Muito, ou quase nada, pode ser alterado. Muitos adquirentes de boa-fé optam em não constituírem um advogado para os acompanharem no momento da assinatura do contrato, porque acham desnecessário pagar uma quantia ou porque muitos têm um irmão ou parente que é formado em “direito” e pode dar uma “olhadinha” no contrato sem compromisso e não percebem que podem estar sendo muitas vezes ludibriados pelas “grandes construtoras”, que no momento da venda prometem mundos e fundos e no pós-venda descobrem que não era bem aquilo que fora anunciado.

Portanto, o que se pretende é trazer aqui uma nova discussão como meio de expansão imobiliária desorganizada que se agiganta, tentar frear e conscientizar os empreendedores de que o único meio de sobrevivência destes é a atuação no mínima com observância dos limites impostos pela Carta Magna e, a *posteriori* no CDC, sob pena de não o sendo, ser-lhes aplicadas multas pecuniárias progressivas como meio, inicialmente, psico-pedagógico.e a *posteriori*, de forma punitiva.

O método de pesquisa a ser utilizado, será tanto doutrinário, quanto jurisprudencial, além de matérias jornalísticas e entrevistas.

1 - DA IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE ÀS CONSTRUTORAS POR ATRASOS INJUSTIFICADOS NA ENTREGA DOS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS.

No campo da responsabilidade civil, pode-se conceituar que a responsabilidade do construtor decorre do contrato de empreitada, ou seja, aquele em que uma das partes, denominada “empreiteiro”, obriga-se a realizar uma obra por intermédio de terceiros ou

pessoalmente, recebendo para tal uma remuneração que é fornecida pelo proprietário da obra (que tanto pode ser o dono do terreno, como o adquirente do imóvel futuro).

A obrigação advinda deste contrato é a de resultado, isto é, onde a obrigação principal é executar a obra, como contratualmente pactuada. Não há outra coisa. Aquilo que foi pactuado entre as partes tem que ser cumprido, naquelas condições o contrário, gera o inadimplemento ou mora contratual.

Em sendo a responsabilidade do construtor de resultado, como já assinalado, este se obriga pela boa execução da obra, de modo a garantir sua solidez e capacidade para atender ao objetivo para qual foi encomendada. Eventuais defeitos na obra, aparentes ou ocultos que importem sua ruína total ou parcial configuram violação do dever de segurança do construtor, e, por conseguinte verdadeira obrigação de garantias (ele é o garante da obra), ensejando-lhe o dever de indenizar independentemente de culpa. Essa responsabilidade só poderá ser afastada se o construtor provar que os danos resultaram de uma causa estranha- força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro, não tendo aqui, relevância o fortuito interno.

Uma vez entendida a responsabilidade do construtor, passa-se então à do incorporador que é o caso das construtoras.

Cumpre notar que incorporação é toda atividade destinada a alienar frações ideais de um terreno, vinculando-se a unidades autônomas, sem edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, podendo ou não o incorporador também efetivar a construção do prédio (artigos 28 e 29 da Lei n.4591/64), *in verbis*: “Art. 28. As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente Lei”.

Para efeito da Lei n.4591/64¹, 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.

¹ BRASIL, Lei n.4591 de 16 de dezembro de 1964, Dispõe sobre o condomínio em edificações e as Incorporações imobiliárias

Inicialmente, a lei que rege a obrigação do incorporador é a nº 4.591/1964 e a responsabilidade pelos danos advindos da relação contratual, está expressa art. 43 da referida lei.

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

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

1.1 A PREVISÃO DE SANÇÃO PELO INADIMPLEMENTO NA HIPÓTESE DE ATRASOS INJUSTIFICADOS DOS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS

A demora na entrega da obra configura mora do devedor e conseqüentemente este estará obrigado a indenizar aquele que sofreu prejuízos decorrentes da mora ou inadimplemento.

Uma das obrigações do incorporador está prevista no artigo 32 da Lei em comento, que estabelece que o incorporador tem a obrigação de entregar o prédio de acordo com o projeto de construção e o memorial descritivo. Assim, pode-se observar com maior clareza a obrigação de resultado decorrente do contrato de empreitada. *In verbis*:

Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos:

(...)

d) projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes;

g) memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modelo a que se refere o inciso IV, do art. 53, desta Lei.

Como bem elucidou Sérgio Cavalieri Filho² ao trazer à colação dos ensinamentos de Aguiar Dias³:

O incorporador é o responsável por qualquer espécie de dano que possa resultar da inexecução ou da má execução do contrato de incorporação. Trata-se de entrega retardada, de construção defeituosa, de inadimplemento total. Para estes casos, pondera Aguiar Dias, responderá o incorporador, pois

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, São Paulo: Atlas, 2007. p.344

³ DIAS, Aguiar. *Responsabilidade Civil*, vol.1. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.54

será ele que figurará no pólo da relação contratual oposto àquele em que se coloca o adquirente da unidade ou das unidades autônomas.

Cumprido destacar que o art. 35 da Lei 4595/64 em seu parágrafo 5º, prevê multa para o incorporador que descumpra tanto o prazo para realizar a celebração do contrato relativo à fração ideal de terreno como o do contrato de construção e da convenção de condomínio respeitando previsão do inciso "I" do artigo 32, ou seja, somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no RGI, os documentos exigidos em lei, *in verbis*:

Art. 35. O incorporador terá o prazo máximo de 45 dias, a contar do termo final do prazo de carência, se houver, para promover a celebração do competente contrato relativo à fração ideal de terreno, e, bem assim, do contrato de construção e da Convenção do condomínio, de acordo com discriminação constante da alínea "i", do art. 32 (Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos: I: discriminação das frações ideais de terreno com as unidades autônomas que a elas corresponderão). (Recente alteração na Lei nº 4.864/65 altera o prazo máximo concedido ao incorporador para 60 (sessenta) dias).

Dessa forma, o incorporador incorrerá em multa de 50% sobre a quantia que efetivamente tiver recebido, cobrável por via executiva, em favor do adquirente ou candidato à aquisição, como também a simples negociação de unidades antes deste registro, ensejará a aplicação da multa em favor do consumidor, devendo os responsáveis pagar uma multa correspondente a 50% sobre a quantia que tiver recebido.

Um simples sinal de reserva de imóvel já é suficiente para a incidência da multa, se o incorporador não cumpriu os requisitos do art. 32. Registre-se, ainda, que a multa em comento, não está condicionada a nenhum outro pré-requisito do artigo 35, apenas concede uma opção ao adquirente de resguardar seu direito real de aquisição à terceiros.

Neste sentido a Des. Leila Mariano⁴, no acórdão da Apelação Cível de n.º 2007.001.55326, na 2ª Câmara cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; proferiu sua decisão com uma maestria ímpar sobre o estudo em pauta.

O fato determinante da aplicação da penalidade prevista no art. 35, §5º consiste no simples descumprimento pelo incorporador de suas obrigações legais, sendo devida

⁴ MARIANO, Leila, *apud* MONTEIRO, Barros de, na Apelação Cível de n.º 2007.001.55326, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2ª Câmara Cível, Relatoria da Des. Leila Mariano.

a multa independentemente do fato de os adquirentes optarem pelo adimplemento ou pela extinção do contrato.

A Desembargadora ainda aduz os ensinamentos do Ministro BARROS DE MONTEIRO em voto proferido como relator o Ministro João Otávio de Noronha, no Acórdão⁵ sobre a dispensa de outros requisitos, como do parágrafo 4º do artigo 35 para a execução da multa:

O SR. MIN. BARROS MONTEIRO (Relator): - Desassiste razão à recorrente, conforme bem evidenciou o Tribunal 'a quo', com base no voto proferido pelo Sr. Desembargador Mário Machado durante o julgamento da apelação. O art. 35, § 4º, da Lei 4.591/64, estabelece uma mera faculdade ao adquirente: a averbação da 'carta proposta' ou do 'ajuste preliminar' confere-lhe direito real oponível a terceiro. Já o § 5º independe da formalização acima referida. O atraso imputável ao incorporador, excedente aos 60 (sessenta) dias contados da celebração do 'ajuste preliminar', dá ensejo a que o adquirente possa exigir a sanção ali prevista por meio da execução, ou seja, a multa de 50% sobre a quantia por ele paga. Consoante assinalou o pronunciamento judicial acima aludido: 'não há, permissa venia, nenhum condicionamento a que, previamente à cobrança executiva, seja registrado o documento preliminar no Registro de Imóveis. Esse registro, como já se viu, é faculdade de que dispõe o adquirente. Nunca obrigação. Muito menos pré-requisito para a execução' (fl. 84). Tal foi, por sinal, a interpretação atribuída a esta Corte aos referidos incisos legais. Quando do julgamento do REsp 96.841-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, anotou: 'Como se vê, tem sido decidido que o fato determinante da aplicação da multa é o descumprimento pelo incorporador, da sua obrigação de outorgar os contratos nos prazos fixados, sendo devida independentemente do fato de o adquirente optar pelo adimplemento ou pela extinção do contrato. Trata-se de sanção relativamente grave que a lei impõe ao incorporador não porque tenha em vista a economia do contrato, no seu aspecto puramente patrimonial, mas atendendo ao interesse social na regularidade de empreendimentos dessa natureza'. Do quanto foi exposto, não conheço do recurso.

Dessa forma, pode-se concluir que o Judiciário, instado pela grande demanda já está sensibilizado com a conjuntura apresentada e busca a todo custo uma solução que atenda os anseios correspondentes a todo esse crescimento imobiliário, em especial o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1.1 DO CENÁRIO EVOLUTIVO DOS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS.

⁵ Brasil. STF. REsp nº 147.826/DF –Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Quarta Turma, julgado em 03/08/1999, DJ 12.02.2001 p. 120. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em 05.11.2013)

No Brasil, em 1937, nasceu o primeiro regulamento urbano que foi o Dec.lei 58/1937⁶.

O Dec.lei 58/37 surgiu por alguns poucos motivos: UM em razão do número exagerado de loteamentos irregulares que em razão da precariedade como era feito o cadastro imobiliário não tinha controle de quem era realmente proprietário: DOIS de proteger o consumidor contra o mau loteador. O sistema Cartorial Registral, atual Registro de Imóveis sempre foi precário. Só veio a ser regularizado em 1976, com o advento da Lei 6.015/73⁷ (Lei dos Registros Públicos). Dessa forma, o sistema registral ganhou meio de cadastrar os imóveis nacionais, o que deverá estar perfectibilizado daqui há 100 anos mais ou menos.

A primeira legislação criada foi denominada de mau loteador, com o Dec- Lei 58/37 que vigiu até bem pouco tempo atrás. Em 1979, foi derogado parcialmente pela lei 6.766/79⁸ que numa visão mais moderna foi editada com a finalidade de regrar alguns requisitos urbanísticos mínimos para implantação de loteamento, e continuar a proteger o consumidor contra o eterno mau loteador.

A Lei 6.766/79 além de seu objeto, que foi de dar maior sustentação urbanística às cidades e a proteção ao comprador de lote, também contemplou o mau loteador com previsões criminais e administrativas, para os que tentassem ludibriar a nova Lei. Tipificou o proprietário da área e o corretor de imóveis com penas de reclusão. Porém na implantação da Lei 6766/79, muitos municípios limitaram-se a copiar das grandes cidades sua legislação ficando com isso com uma legislação inadequada para as realidades locais. O planejamento urbano trazido pela Lei 6.766/79 era matemático, como por exemplo fixar o percentual de 35% entre áreas publica e arruamento como percentual mínimo da gleba a ser loteada. Esta

⁶ BRASIL, Decreto n. 58 de 10 de dezembro de 1967, Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações.

⁷ BRASIL, Lei n. 6015 de 31 de dezembro de 1973, Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações – atualizada pela lei 10.150 de 21 de dezembro de 2000.

⁸ BRASIL, Lei n.6766 de 19 dezembro de 1979, Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências

exigência frustrou muitos investimentos levando por consequência, diversos a clandestinidade, apesar da previsão criminal da Lei.

Em 10 de julho de 2001, foi sancionada a Lei n.º10.257⁹ autodenominada de Estatuto da Cidade que coloca na mão do poder público municipal diversos instrumentos para efetivamente realizar uma política urbana sustentável para as cidades.

Uma das exigências da Lei n. 10.257 é que seja reeditada a Lei de Loteamento, com a finalidade de simplificá-la buscando diminuir o custo de lotes produzidos, o que deverá ser feito pela Câmara Federal. Como certeza sob a batuta do Estatuto da Cidade, a Câmara Federal estará em breve apresentando a sociedade brasileira o novo esboço da legislação urbanística federal.

Quanto a edificações está em vigor a Lei n.º 4.591/64, que trata das incorporações e condomínios. Esta lei foi substancialmente modificada pela medida provisória n.º 2219 de setembro de 2001, e deverá também ser reeditada com a finalidade de diminuir o custo da construção civil.

Porém esta lei concebida em 1964 também veio proteger o consumidor do mau incorporador. Ou seja, não é apenas o loteador o vilão desta história, todos que tratam da indústria urbana são rigorosamente tipificados nas legislações extravagantes que tratam do assunto.

Assim, se estabelece um momento histórico, a reedição da Lei Federal sobre parcelamento do solo, bem como da Lei Federal sobre Condomínio e Incorporações. Se vigirem o tempo de suas antecessoras, será Lei para mais 30 anos no mínimo que determinarão a forma como as cidades evoluirão atendendo aos princípios do Estatuto da Cidade, de forma sustentável.

⁹ BRASIL, Lei, n. 10.257 de 10 de julho de 2001, Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

Isso está sendo mais do que necessário já que o Brasil, passou por um acentuado crescimento no setor imobiliário nos últimos anos, em especial no ano de 2010. Esse cenário trouxe várias vantagens, mas também muitos problemas. Pelo lado bom ocasionou um considerável aumento na empregabilidade do setor, contado com aproximadamente 2,6 mil funcionários com carteira assinada (números são da Associação Brasileira da Indústria de Material de Construção (Abramat) e do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (Caged)). A Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança (Abecip), também lista fatores que explicam o desempenho recente e as boas perspectivas concretizadas em 2010, e incentivou por demais o atingimento do tão sonhado desejo da casa própria.

Incentivou ainda a dilatação dos prazos de financiamento. Períodos de no máximo vinte anos foram estendidos para até 30 anos, permitindo a redução das prestações mensais e comprometendo uma menor parte do salário já tão comprometido.

Um terceiro ponto a ser destacado foi a queda dos juros, o que acabou por elevar o poder aquisitivo da população, que segundo estatísticas atingem aproximadamente à ascensão de 28 milhões de brasileiros à classe C.

2- O DIREITO DE MORADIA ANTE A CFRB/88

O direito constitucional pátrio, em que pese ter incluído o direito à moradia ao texto da Constituição vigente (art. 6º) – na condição de direito fundamental social direta e expressamente positivado - foi com a edição da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, que passou a dispor¹⁰ sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para "promover programas de construção de moradia e a melhoria das

¹⁰ Referência ao voto da relatora do Projeto de Emenda Constitucional, citado na pesquisa feita por SALTZ, Alexandre. O Novo Direito Social à Moradia na Constituição de 1988: Significado, Conteúdo, Eficácia e Efetividade, Trabalho de conclusão (não publicado) da disciplina "Constituição e Direitos Fundamentais", que integra a estrutura curricular do Mestrado em direito da PUC/RS, ministrada pelo autor do presente ensaio.

condições habitacionais e de saneamento básico" (art. 24, inc. IX), seja quando no artigo 7º, inciso IV, definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre outros elementos, com moradia.

Da mesma forma, a vinculação social da propriedade (art. 5º, XXIII, e artigos 170, inciso III e 182, parágrafo 2º), bem como a previsão constitucional dos institutos relativos ao usucapião especial urbano (art. 183) e rural (art. 191), ambos condicionando, dentre outros requisitos, a declaração de domínio à utilização do imóvel para moradia, apontam para a previsão ao menos implícita de um direito fundamental à moradia já antes da recente consagração via emenda constitucional.

O direito à moradia também pode ser reconhecido como um direito fundamental decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade e do assim chamado mínimo existencial¹¹.

Neste contexto, vale lembrar exemplo do direito comparado, mais especificamente da jurisprudência francesa, (Decisão n 94-359, de 19.01.95), que reconheceu a possibilidade de toda pessoa dispor de um alojamento decente e constituiu um valor de matriz constitucional, diretamente fundado na dignidade da pessoa humana, mesmo sem que houvesse previsão expressa na ordem constitucional¹².

¹¹ Sobre este ponto: Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 6.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. No âmbito da jurisprudência pátria, já se registravam decisões anteriores a Emenda nº 26, reconhecendo, de certa forma, um direito implícito à moradia (habitação) com base no estreito vínculo com a dignidade da pessoa. Apenas a título exemplificativo, vai aqui referida a ementa do Acórdão proferido em 19.08.99 pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp. nº 213422, tendo como Relator o Ministro José Delgado.

¹² Decisão n 94-359, de 19.01.95 da Corte Superior, onde, todavia – para ser preciso - não se encontra uma referência expressa e direta a um direito fundamental à moradia, mas sim, o reconhecimento de que a

De qualquer modo, com a recente inclusão no rol dos direitos fundamentais sociais, a possível controvérsia quanto ao reconhecimento inequívoco no plano constitucional de um direito à moradia resta superada. Se o direito à moradia, pelos motivos já apontados, não chega a ser propriamente um “novo direito” na nossa ordem jurídico-constitucional, por certo a sua expressa positivação, ainda mais no mesmo plano dos demais direitos sociais básicos nominados no art. 6, da CFRB, lhe imprime uma especial significação, além de colocar novas dimensões e perspectivas no que diz respeito a sua eficácia e efetividade, pressupondo-se, à evidência, uma concepção de Constituição que, não deve normatizar o inalcançável¹³ – nem deixar de assegurar a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Feitas algumas considerações sobre a trajetória do direito à moradia, que teve como resultado a inserção do mesmo no artigo 6º da CFRB, pode-se notar que tal dispositivo passou a exigir que fossem realizadas e implementadas algumas alterações na esfera legislativa, em especial, a edição do “estatuto da cidade”, bem como um incremento significativo do número de demandas e decisões judiciais invocando o direito à moradia na sua condição de direito fundamental social.

Nesta perspectiva, acabou assumindo uma posição de destaque a discussão em torno da proteção da propriedade que serve de moradia ao seu titular ou para algum familiar.

Com efeito, após uma série de decisões judiciais - inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), passou-se a vedar a possibilidade de penhora do imóvel utilizado para fins de moradia por parte do devedor em diversas hipóteses. Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal (STF) acabou por reconhecer, no âmbito do controle incidental, a constitucionalidade

possibilidade de dispor de um alojamento decente constitui um objetivo de valor constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana (“la possibilite pour toute personne de disposer d’un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle”).

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 47

da previsão legal que permite a penhora do imóvel residencial do fiador de contrato de locação.

Por outro lado, em se considerando a jurisprudência do STJ, notadamente a recente Súmula de n.364, verifica-se que esse Tribunal tem buscado, em diversas situações, ampliar a proteção legal conferida ao assim chamado “bem de família”, assegurando tal tutela mesmo ao devedor solteiro (incluindo viúvos e descasados), isto apenas para ilustrar a questão mediante recurso a um exemplo recentíssimo¹⁴. Da mesma forma, vale destacar hipóteses de proteção da moradia contra despejos arbitrários, reintegrações de posse, ou qualquer outro modo de restrição ou violação do direito à moradia por ação ou mesmo omissão.

Assim, a considerar os rumos da doutrina e da jurisprudência mais recente nos tribunais superiores (STJ, STF) e porque não dizer o Tribunal de Justiça do RJ e de SP em matéria de direito à moradia entre nós, nada mais oportuno do que avaliar, à luz dos desenvolvimentos mais recentes, pelo menos alguns dos aspectos jurídico-constitucionais que dizem respeito à tutela da moradia nestes vinte anos de vigência de nossa atual Constituição, no mínimo com o intuito de reafirmar a necessidade do contínuo debate a respeito de como, por meio dos mecanismos do Direito e do discurso jurídico-constitucional dos direitos humanos e fundamentais, é possível contribuir para a superação (pelo menos significativa) do déficit em matéria de tutela e promoção do direito à moradia no Brasil.

O fato de a inclusão do direito à moradia no âmbito dos direitos sociais ter ocorrido por emenda constitucional apenas no ano 2000 não significa, contudo, que a moradia não tenha recebido alguma tutela direta na Constituição e que, além disso, não poderia ser considerada como direito fundamental social pelo menos implicitamente positivado. Neste

¹⁴ Sobre o tema da tutela constitucional do bem de família no Brasil, inclusive com referências ao direito comparado, RITONDO, Domingo Pietrangelo, *Bem de Família*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 150 e ss..

sentido, Gilson Luiz Inácio faz um breve histórico em “*O Direito Fundamental à Moradia na Constituição.*”¹⁵

2.1 A AFETAÇÃO DA EXPANSÃO IMOBILIÁRIA ANTE A ECONOMIA, AO DIREITO À MORADIA.

O mercado imobiliário brasileiro está passando por um período de grande ascensão. O explosivo crescimento do crédito imobiliário está proporcionando uma quase invisível revolução econômica e movimentando de forma eufórica o mercado de imóveis do país.

Essa revolução tem pouco a ver com medidas governamentais e muito com a mudança de estratégia comercial dos bancos. Com a redução das taxas de juros, os bancos brasileiros estão sendo forçados a exercitar aquilo que é a sua principal função em economias desenvolvidas: emprestar dinheiro.

Obrigados a substituir os estratosféricos lucros obtidos ao longo dos anos com títulos públicos, as instituições financeiras buscam alternativas. Aprenderam a conviver com a redução da inflação a patamares civilizados, posicionaram-se bem no microcrédito voltado às classes de menor renda, no crédito pessoal e no crédito consignado em folha salarial. Prepararam-se agora para entrar no financiamento de imóveis, o último grande reduto ainda inexplorado e o que apresenta as melhores expectativas de ganho no longo prazo.

Além dos bancos, os fundos de pensão e as seguradoras também são boas fontes para o financiamento imobiliário.

¹⁵ A respeito do histórico do direito à moradia na ordem jurídica brasileira, v. também, no que diz com a produção monográfica, INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito Social à Moradia & Efetividade do Processo. Contratos do Sistema Financeiro de Habitação*, Curitiba: Juruá, 2002, p.38 e ss.; SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de *Direito à Moradia e de Habitação .Análise Comparativa e Suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos de Personalidade*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 104 e ss.; AINA, Eliane Maria Barreiros. *O Feador e o Direito à Moradia*, 2.ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 84 e ss. e, mais recentemente, GODOY, Luciano de Souza. *O Direito à Moradia e o Contrato de Mútuo Imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 37 e ss.

O mercado imobiliário é um dos setores com maior capacidade de impulsionar a economia em qualquer país tanto pela estrondosa capacidade de gerar empregos (e, por conseguinte, renda) como por envolver uma enorme cadeia de produção que vai do cimento e tijolo até os sofisticados objetos de decoração. Foi o mercado imobiliário (ao lado do turismo) que serviu como base do desenvolvimento da Espanha nas últimas três décadas. É também o mercado imobiliário que sustenta o mais novo surto de expansão econômica dos Estados Unidos, a ponto de transformar-se no mais novo epicentro de temores de uma nova bolha.

Segundo estudo feito pela Fundação Getúlio Vargas, o déficit habitacional no Brasil é de 7,9 milhões de moradias (necessárias para substituir os 3,7 milhões de moradias inadequadas e 4,2 milhões de casas onde vivem mais de uma família – co-habitação). Some-se a isso o crescimento demográfico que demanda mais moradias. A mola propulsora para a impulsionar esse gigantesco mercado é o crédito imobiliário.

Vários fatores têm contribuído para esse cenário positivo do mercado imobiliário. Do lado público, o governo fez sua parte, estabelecendo novas regras que facilitam a ação da iniciativa privada.

Investidores estrangeiros passaram a investir no setor e as grandes construtoras, imobiliárias e incorporadoras se modernizaram, melhoraram sua governança corporativa e captaram milhões de reais com lançamento de ações na BOVESPA.

No Brasil, o crédito imobiliário representa apenas 5% da carteira de empréstimos dos bancos, enquanto nos países desenvolvidos essa proporção chega até a 50%. Nesses países, há um constante estímulo governamental para o financiamento de imóveis. Na Inglaterra, o crédito imobiliário representa 75% do PIB, nos Estados Unidos 69%, no Chile 17%, na Espanha 46% e na China 11%. No Brasil o crédito imobiliário representa apenas 2% do PIB. Investimentos no setor imobiliário promovem um círculo virtuoso, pois estimula o mercado de trabalho, eleva a renda, expande o consumo, aumenta a arrecadação de impostos e,

naturalmente, melhora a qualidade de vida das pessoas. Mesmo com a expansão do mercado imobiliário, até agora a oferta de crédito se concentrou nas classes de alta e média renda. Ainda precisa chegar às classes de menor renda, o que confirma a tendência de que o financiamento à moradia é um grande negócio no médio e longo prazos.

A expansão do crédito imobiliário e o bom momento que vive o setor não eximem os governos federal e estaduais de continuarem investindo na construção de moradias para as famílias de baixa renda.

Boa parte delas não terão acesso ao crédito, outras demorarão um bom tempo para adquirir as condições de tomar o crédito para construção de sua moradia¹⁶.

Cumprir destacar que até 1997 os financiamentos imobiliários eram garantidos por hipotecas. De acordo com este tipo de regulamentação, caso o comprador não conseguisse honrar suas dívidas com o imóvel, o financiador poderia tomá-lo de volta após longas batalhas judiciais, contraindo junto com ele todas as taxas administrativas do imóvel que por ventura o dono não tivesse honrado, como IPTU e depreciação física do imóvel. Com a lei 9514/97, os financiamentos imobiliários passaram a ser garantidos pela alienação fiduciária que, além de reduzir os trâmites burocráticos para a retomada do imóvel, permite que o financiador cobre os valores depreciativos do investimento. O resultado foi um aumento na confiança de ambos os agentes (financiador e financiado) e no percentual dos valores dos imóveis financiados, que eram de até 47% do valor do imóvel e passaram a atingir 62%.

Contudo, a demanda por investimentos imobiliários pode estar limitada justamente por esse mecanismo que a garante. De acordo com Luiz França, em algum momento os recursos disponíveis para financiamento na Caderneta de Poupança irão acabar e as instituições financeiras deverão buscar alternativas de *fundings* para o crédito imobiliário. “A

¹⁶ VIVALDO LOPES é economista, pós-graduado (MBA) em gestão financeira de empresas pela IA/USP, consultor da Fundação Getúlio Vargas - FGV . Disponível em: <<http://vivaldo@uol.com.br>> 19/11 Fonte: Diário de Cuiabá – acessado em 04/11/2012 edição n.º 11671 de 19/11/2006.

partir de 2013 é quando vamos ter que buscar outras fontes de financiamento”, conta o Presidente da ABECIP.

Segundo fontes do IBGE e do Programa Minha Casa, Minha Vida, o Brasil, em 2007, apresentava um déficit habitacional de 7,2 milhões de moradias. A região sudeste apresenta o maior déficit habitacional em valores absolutos, com 36,4% do total, seguida pelas regiões nordeste, sul, norte e centro-oeste, com 34,3%, 12,0%, 10,3% e 7,0%, respectivamente.

Conforme informações do Secovi¹⁷ o déficit habitacional brasileiro, em 2011, continuava em 7 milhões de unidades residenciais. A população Brasileira cresceu, de 2000 para 2010, 12% segundo Censo 2010 do IBGE. Parte deste crescimento é refletido no aumento do déficit habitacional, pois o crescimento vegetativo anual soma em média 1,5 milhão de moradias ao déficit atual.

Tentando solucionar tamanho déficit, o Governo Federal, lançou, em abril de 2009, em parceria com o setor privado, o Programa Minha Casa, Minha Vida, que tem como principal meta viabilizar a construção e financiamento de 1 milhão de moradias para famílias com renda mensal de até 10 salários mínimos, com a finalidade de reduzir em 14% o déficit habitacional.

As contratações pelo programa habitacional atingiram, até 31 de dezembro de 2010, 1.003.214 moradias, que equivalem a R\$ 52,98 bilhões em investimentos, considerando todas as faixas de renda contempladas pelo programa. O balanço dos resultados do programa em todo país foi apresentado pelo ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva e a presidente da Caixa Econômica Federal, Maria Fernanda Ramos Coelho, durante evento em Salvador (BA), em 29 de dezembro de 2010.

¹⁷ SECOVI – Sindicato que agrega condomínio, administradora de imóveis, incorporadoras, imobiliárias, todo o segmento da construção civil. É o maior sindicato do mercado imobiliário da América Latina.

Matéria jornalística trazida no caderno Rio Imóveis 2013, no Jornal O GLOBO¹⁸ aborda que lançamentos revelam os novos eixos em crescimento da cidade, impulsionados pelos investimentos em infraestrutura e segurança, o que continua aquecendo o mercado imobiliário.

Expansão de emprego e de renda, ampliação do crédito, redução dos juros dos financiamentos, melhoria na segurança e na infraestrutura da cidade foram fatores determinantes para o recente boom imobiliário no Rio de Janeiro. Há ofertas para todos os segmentos: imóveis novos e usados, comerciais e residenciais, para uso próprio ou investimentos. O aquecimento do mercado, impulsionado também pela agenda dos grandes eventos programados para a cidade até 2016 e, particularmente, pelas obras de melhoria nos sistemas viário e de transportes público, consolida a posição da Barra da Tijuca como polo de expansão urbana e revela, ainda, um novo eixo de crescimento: a Zona Portuária. Essas duas regiões concentram a grande maioria dos lançamentos, seguidas de perto pela Zona Norte, que começa a atrair empreendimentos de características similares, que integram a moradia, trabalho e lazer. Niterói também vive os efeitos positivos do aumento de investimentos em infraestrutura e passa a dispor de alternativas atraentes em imóveis comerciais e residenciais, caso também de cidades como Macaé, que amplia a oferta de unidades de todos os tipos, incluindo hotelarias, para fazer frente a crescente demanda por imóveis. De acordo com informações da Associação de dirigentes de Empresas do Mercado Imobiliário (ADEMI), o RIO deve fechar o ano com dez mil unidades com 10 mil unidades comerciais e 15 mil residenciais comercializadas.

Com esse aporte todo de oferta e aquecimento de empreendimentos imobiliários e o consumidor no eterno sonho de adquirir sua casa própria, parte para a aquisição do seu primeiro imóvel e muitas das vezes começam os seus infinitos problemas.

3. A NATUREZA JURIDICA DE A SANÇÃO A SER APLICADA PELO DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO POR PARTE DAS CONSTRUTORAS

Um tema bem discutido no Direito, mais especificamente no ramo dos contratos refere-se à discussão sobre a imposição de sanções e limitação à sua imposição em caso de descumprimento contratual, desde que não contemplado pelas hipóteses de justa causa o que poderia afastar a aplicabilidade de tal instituto, como por exemplo, o caso fortuito e a força maior.

¹⁸ O GLOBO, in Rio Imóveis Março, 20- 2013. Matéria Jornalística publicada no dia 20/03/2013.

O legislador pátrio vem se preocupando, de maneira histórica e sistemática, em tratar do assunto sempre com o prisma da preservação da dignidade humana e por assim dizer da preservação da continuidade dos negócios também.

Seu objetivo é de estabelecer previamente o valor indenizatório e quais as suas hipóteses de incidência, de modo a proporcionar uma economia de tempo, além da prevenção do desgaste advindos de uma negociação posterior sobre as formas de compensação advindas do inadimplemento.

Para que serve a criação ou constituição de uma cláusula que garanta ao descumpridor do contrato uma penalidade? O referido instituto tem como objetivo primeiro o reforço para que a parte cumpra sua obrigação de maneira pontual e integral. Por sua vez, essa imposição penal precisa sofrer severas limitações em virtude de uma busca maior de uma justiça distributiva. Esse limitador, que na verdade representa uma clara limitação na liberdade de contratar, em favor do princípio da dignidade humana tem como objetivo a não imposição de multas severamente excessivas que inviabilizem a formação de novos negócios ou que possa levar uma das partes a uma situação de perigo social. Diversos dispositivos legislativos disciplinaram o tema sendo certo que, sua redução para patamares aceitos pelos usos e costumes locais cabe sempre ao Judiciário desde que não contrarie expressamente dispositivo legal. Essa sanção denomina-se cláusula penal.

Por conseguinte, pode-se dizer que a cláusula penal, também denominada pena convencional ou multa contratual, é uma cláusula acessória ao contrato na qual se pretende estipular uma consequência em virtude de uma ação ou omissão, de caráter econômico. O dispositivo tem por finalidade estimular o devedor a cumprir a obrigação quando o mesmo tenha a ciência acerca da sanção relativa caso ocorra à insatisfação desta. Trata-se de uma obrigação coligada à obrigação principal pactuada.

Segundo os ensinamentos de Limongi França¹⁹:

A cláusula penal é um pacto acessório ao contrato ou a outro ato jurídico, efetuado na mesma declaração ou declaração à parte, por meio do qual se estipula uma pena, em dinheiro ou outra utilidade, a ser cumprida pelo devedor ou por terceiro, cuja finalidade precípua é garantir, alternativa ou cumulativamente, conforme o caso, em benefício do credor ou de outrem, o fiel cumprimento da obrigação principal, bem assim, ordinariamente, constituir-se na pré-avaliação das perdas e danos e em punição do devedor inadimplente.

Cumpre-nos ressaltar uma distinção entre institutos para fins elucidativos, pois juros são frutos devidos ao credor a título rendimento, ao passo que a multa contratual incide apenas quando houver atraso no cumprimento da prestação. Por sua vez, a multa contratual compensatória difere da indenização, pois deriva de uma previsão anterior ao inadimplemento, mutuamente acordado pelas partes contratantes.

O assunto hoje disposto pela legislação pátria, em especial o Código Civil que em seu artigo 412, repetiu o artigo 920 do Código Civil de 1916, que assim dispõe: “O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.”.

Nesse mesmo sentido caminhou a legislação portuguesa, em especial o artigo 811 e 812 do código civil português²⁰, ao estabelecer tratamento idêntico ao legislador brasileiro.

Porém, todo o posicionamento atual é fruto de uma construção doutrinária cujas origens remontam a primeira metade do século passado. O legislador há tempo vem se preocupando com a limitação da cominação penal em contratos e até mesmo na relação entre fisco e contribuintes.

Segundo Maria Helena Diniz²¹:

¹⁹ FRANÇA, R. L. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 7;

²⁰ Art. 811 (Funcionamento da cláusula penal)

1. O credor não pode exigir cumulativamente, com base no contrato, o cumprimento coercivo da obrigação principal e o pagamento da cláusula penal, salvo se esta tiver sido estabelecida para o atraso da prestação; é nula qualquer estipulação em contrário.

2. O estabelecimento da cláusula penal obsta a que o credor exija indemnização pelo dano excedente, salvo se outra for à convenção das partes.

3. O credor não pode em caso algum exigir uma indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante do não cumprimento da obrigação principal. (Redação do Dec.- Lei 262 de 16 de junho de 1983.)

Art. 812 do Código Civil de 2002 (Redução equitativa da cláusula penal)

1. A cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário.

2. BRASIL, Redação do Decreto Lei n. 262 de 16 de junho de 1983: É admitida a redução nas mesmas circunstâncias, se a obrigação tiver sido parcialmente cumprida;

Se o valor da penalidade for manifestamente excessivo, em face da natureza e da finalidade do negócio e ainda que dentro dos limites do Art. 412, poderá o juiz, de ofício, determinar a redução. Essa regra não estava presente no Código Civil de 1916 e representa considerável inovação, afastando, completamente, o princípio da imutabilidade da cláusula penal.

Inicialmente, como percussor dessa limitação, trazemos alguns dispositivos pertencentes ao Decreto 2262²² de 1933, conhecida como Lei da Usura, editada com a finalidade de complementar o Código Civil de 1916 que ao contrario do atual de 2002, nada dispunha a respeito de multa a qual entende o Superior Tribunal de Justiça que alguns de seus artigos ainda estão plenamente em vigor.

O instituto da cláusula penal encontra pleno abrigo no sistema jurídico nacional, inclusive, em virtude de nosso aspecto cultural, se o mesmo não existisse, acreditamos que muito difícil seria o cumprimento de obrigações assumidas, principalmente no tocante a pontualidade desse cumprimento.

Com o advento da cláusula penal, o credor da obrigação tem mais um forma de “estímulo” pra que essa seja cumprida, pelo menos na data avençada para tal, trazendo assim certa segurança jurídica a todo o sistema.

Acontece que o valor determinado pela cláusula não pode superar o da obrigação principal, limite legal acima disposto. Se ocorrer a disposição em cláusula de valor que excede o da obrigação principal, faz-se necessário que o juiz avalie a redução do valor, reparando o excesso, sem declarar ineficácia da cláusula. Essa redução conferida pelo juiz

²¹ DINIZ, Maria Helena e *et al.* *Novo Código Civil Comentado*. Versão eletrônica, 2002.

²² Brasil, Decreto n.º 22.626 de 07 de abril de 1933 (Lei da Usura):

Art. 8º As multas ou cláusulas penais, quando convencionadas, reputam-se estabelecidas para atender a despesas judiciais e honorários de advogados, e não for intentada ação judicial para cobrança da respectiva obrigação.

Art. 9º Não é válida a cláusula penal superior à importância de 10% do valor da dívida.

Art. 11. O contrato celebrado com infração desta lei é nulo de pleno direito, ficando assegurado ao devedor a repetição do que houver pago a mais.

será efetuada quando a obrigação principal tiver sido parcialmente cumprida, assim dispõe o Art. 413 do Código Civil²³.

O objetivo de abordagem com a imputação de sanção é exatamente coibir a omissão de não raros casos de ausência de previsão contratual. Os contratos de compra e venda, via de regra, seguem um padrão, onde o comprador (consumidor) não pode opinar. Apenas concordar com o que está ali previsto, e, no entanto, o vendedor, não tem interesse em prever situação que futuramente possa vir a comprometer sua estabilidade financeira. Isso ocasiona diversos conflitos, por exemplo, se houver um atraso, inexplicável na entrega da obra. Para solucionar o conflito, os juízes têm estipulado multas penais, pelo descumprimento. Assim, vem sendo construído jurisprudências que visem aplacar os efeitos catastróficos, e, em cascata tomados pelas construtoras e incorporadoras.

4 A TEORIA DO RISCO COMO ELEMENTO ENSEJADOR DA IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE E NÃO DE FORMA DE EXCLUSÃO DA MESMA

A ideia da responsabilidade civil significa:

[...] a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto as consequências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providencias essas que podem, ou não, estar previstas.

É, contudo, necessária a existência de um prejuízo suportado pela vítima, pois a sua causa geradora é o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico.

Para Antônio Elias de Queiroga²⁴, tal instituto visa ao restabelecimento do equilíbrio econômico-jurídico provocado pelo dano.

²³ Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Sérgio Cavalieri Filho²⁵ ressalta que o vocábulo exprime a ideia de reparação do dano causado em virtude da violação de um outro dever jurídico e a sintetiza como "um dever jurídico que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário".

A origem, segundo Alvaro Villaça de Azevedo²⁶, estaria no "[...] verbo latino *respondere, de spondeo*, primitiva obrigação de natureza contratual do direito quirítário, romano, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais por intermédio de pergunta e resposta (*spondesne mihi dare Centum? Spondeo*); ou seja, prometes me dar um cento? Prometo."

Orlando Gomes²⁷ sustenta que a teoria da responsabilidade civil tem por fim "determinar quem é o devedor da obrigação de indenizar quando um dano é produzido".

Para Maria Helena Diniz²⁸ instituto em análise atende à uma necessidade moral, social e jurídica de garantir a segurança da vítima, violada pelo autor do prejuízo. A obrigação de indenizar, dela decorrente, "visa a suprimir a diferença entre a situação do credor, tal como esta se apresenta em consequência do prejuízo, e a que existiria sem este último fato". Aponta, ainda, haver ocorrido uma evolução pluridimensional, na medida em que a sua expansão se deu quando a sua história, fundamentos, extensão ou área de incidência e profundidade ou densidade.

Rui Stoco²⁹ enumera conceitos fornecidos por vários autores e assevera que "traduz a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso em lei".

²⁴ QUEIROGA, Antonio Elias de. *Responsabilidade Civil e o Novo Código Civil*. São Paulo: Renovar, 2012 p.305

²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p.162-163.

²⁶ AZEVEDO, Alvaro Villaça, *Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil*. São Paulo: 10. ed. Atlas, 2010. p.129

²⁷ GOMES, Orlando. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Forense: 2011 p.217-220

²⁸ DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Cvil Brasileiro.Vol. VII – Responsabilidade Civil*: Saraiva: Rio de Janeiro: 26.ed. p.113-114

²⁹ STOCO, Rui, *Tratado de Responsabilidade Civil – RT*: 10. ed. 2010. p 144- 145

É, portanto, a obrigação, genericamente considerada, atribuída a toda pessoa, física ou jurídica, de reparar o dano causado, em virtude de sua ação ou omissão, caracterizadora da violação de um dever jurídico preexistente.

O estudo da responsabilidade civil de natureza extracontratual tem como ponto de partida o Direito Romano, onde era vista como expressão de vingança em face do mal sofrido. Consagrava o direito ao exercício da justiça pelas próprias mãos, de repressão do dano suportado pela vítima e criava a possibilidade de a ação da pessoa lesada ser desproporcional. Prevalencia a ideia básica do delito, com o direito à vingança privada.

Representou o ponto de partida para a construção da teoria do risco, cuja base principal residiria na necessidade de se proteger a vítima. Isso porque, por mais que se tentasse, não se conseguia manter a culpa como sustentáculo para o dever de indenizar os danos causados, notadamente no campo relacionado ao acidente do trabalho, o que revelou a incapacidade de dar-se uma resposta efetiva aos inúmeros problemas surgidos no dia a dia, em especial aqueles relacionados com a responsabilidade pelo fato de outrem.

De acordo com João de Matos Antunes Varela³⁰, "as necessidades sociais de segurança se tem mesmo de sobrepor as considerações de justiça alicerçadas sobre o piano das situações individuais". Caracteriza-se pela responsabilização estada na culpa, razão pela qual se fez necessário, ainda segundo o mesmo autor, "temperar o pensamento clássico da culpa com certos ingredientes sociais de caráter objetivo", aliado ao valor moral da solidariedade que a impregnava.

Especialmente no campo relacionado aos acidentes do trabalho, a teoria da culpa mostrou-se insuficiente para resolver o problema da reparação pelos danos sofridos pelas vítimas, sobretudo pela dificuldade em demonstrar a efetiva prova de sua ocorrência.

³⁰ VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral* - Vol. I. São Paulo. Almedina: 2008. p.25-26

Todos esses fatos, na visão de Maria Helena Diniz³¹, levaram a necessidade de reformulação do conceito clássico da culpa, como princípio do ressarcimento, dentro de um processo de humanização, e representaram um avanço, em face da objetivação da responsabilidade, diante da ideia de que "todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica a pessoa humana, em particular dos trabalhadores e as vítimas de acidente", ainda que seja interessante a observação a cargo de Silvio Rodrigues³², para quem não há "espécies diversas de responsabilidade, mas sim maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano", sendo subjetiva quando se inspira na ideia de culpa e objetiva quando lastreada na teoria do risco.

Mas o que seria a Teoria do Risco?

Segundo Alexander Porto Marinho Wolkoff³³, a teoria do risco é o embasamento jurídico que os juristas elaboraram ao final do século XIX para justificar a responsabilidade objetiva. Risco nessa acepção jurídica significa perigo, potencialidade de dano, previsibilidade de perda ou de responsabilidade pelo dano, compreendidos os eventos incertos e futuros inesperados, mas, temidos ou receados que possa trazer perdas ou danos.

Dentro dessa teoria, diversas concepções de risco foram elaboradas para se enquadrarem às modalidades potenciais de danos, que por sua vez, resultam das mais variadas atividades humanas. Surge a Teoria do Risco Integral, que é a espécie mais extremada das teorias do risco, pois, para seus defensores, abolindo-se a idéia de culpa, proclama-se que qualquer fato, culposo ou não, deve impor ao agente a reparação, desde que cause um dano, sendo-lhe suficiente, até mesmo quando se dê o rompimento do nexos causal. Mas a única que realmente pode se atentar é a do risco criado, já que esta fora incorporada em nosso ordenamento jurídico.

³¹ DINIZ, op. cit. p. 551

³² RODRIGUES, op cit. p 234

³³ WOLKOFF, Alexander Porto Marinho, no artigo: *A Teoria do Risco e a Responsabilidade Civil Objetiva do Empreendedor*, disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 05/11/2013.

O professor Caio Mário da Silva Pereira³⁴, aponta que a doutrina do risco penetrou em nosso direito positivo em incidências específicas, como exceções à regra da responsabilidade subjetiva. Não há dúvidas que a evolução da responsabilidade civil, tanto no Brasil como no direito alienígena, tem-se encaminhado para a ampliação da responsabilidade sem culpa e redução das hipóteses de responsabilidade subjetiva, cada vez mais ultrapassada e desapropriada para a solução dos conflitos do mundo contemporâneo de reparação de danos.

Observa-se que o novo Código Civil optou pela adoção de um sistema misto, com previsão genérica das duas espécies de responsabilidade, sem prevalência da responsabilidade subjetiva. Sérgio Cavalieri³⁵ defende que a responsabilidade civil, no atual sistema, tem dois fundamentos genéricos: o ato ilícito, do qual a culpa é o elemento básico, e o risco, fundamento da responsabilidade objetiva. Fica claro que esse sistema manteve a linha clássica no sentido em que o ato ilícito tem como um de seus elementos a culpa e, quando se refere à responsabilidade civil objetiva, o fundamento não é o ilícito, mas sim, o risco.

A grande novidade trazida pelo atual código, em relação à responsabilidade civil, foi a inclusão da responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco, em dispositivo legal genérico. O parágrafo único do art. 927 adota a teoria do risco-criado³⁶, não em casos específicos, mas em linhas genéricas, sem deixar de lado a responsabilidade subjetiva consagrada em seu *caput*.

Esta teoria do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, enuncia o dever ressarcitório, fundado em conceito objetivo independentemente de culpa e, nos casos especificados em lei, haverá obrigação de reparar o ato lesivo quando a atividade

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 23, n. 24.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 162,163.

³⁶ Neste mesmo sentido Luiz Roldão de Freitas Gomes, in “*Aspectos controvertidos do Novo Código Civil*” – coordenadores: Arruda Alvim; Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas – escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 457, conceitua que o risco criado estaria configurado, independentemente da culpa, e dos casos especificados em lei, haverá obrigação de reparar o dano quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do fato danoso implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

normalmente desenvolvida pelo autor dos danos implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A teoria do risco repudia as alegações aduzidas pelas construtoras, quando alegam que sofreram atrasos nas suas entregas em virtude de danos eventuais, não previstos que as impossibilitaram de cumprirem com o acordado. Porém estas se enganam. Estamos diante do risco do empreendimento que estas se dispuseram a enfrentar no momento em que se constituíram como incorporadoras, construtoras, conveniadas, além de inúmeras denominações que se titularizam para empreender na construção civil.

Nosso conceito de risco do empreendimento está ligado à ideia de responsabilidade ou encargo acerca da perda ou dano por situação de risco, no ato de uma pessoa - física ou jurídica -, que assume uma tarefa ao empreender uma atividade econômica, na qual está ínsita a probabilidade de insucesso, em função de acontecimento eventual, incerto, cuja ocorrência não dependa exclusivamente da vontade dos interessados. Nestes termos, esta é a responsabilidade que, independentemente de culpa, assumem todos aqueles que se disponham a exercer uma atividade no mercado de consumo, atraindo para si o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos produtos ou serviços postos à disposição dos consumidores.

O professor Sérgio Cavalieri³⁷ disserta que esse dever gerado pelo risco do empreendimento é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante aos bens e serviços ofertados, quer perante a quem se destinam tais ofertas. Assim, quem quer que exerça atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar serviços passa a ser garante dos mesmos, respondendo por sua qualidade e segurança.

O risco do desenvolvimento está ligado à ideia dos perigos de possíveis causadores de danos, que nosso atual nível científico-tecnológico não nos permite que os identifiquemos.

³⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit. p.155-156

Mesmo sendo desconhecidos, os riscos do desenvolvimento não são escusáveis, pois o fornecedor responde por eles independentemente de culpa.

Portanto, o posicionamento dos tribunais devem estampar em suas decisões as responsabilidades pelas quais as construtoras/ incorporadoras deverão responder nas hipóteses de não observância das mesmas tanto no momento do pacto de compra e venda, quanto no momento pós venda, onde o descaso impera, ao deixar à própria sorte inúmeros consumidores que no afã de concretizarem o sonho da aquisição da casa própria, vem escorrer por entre seus dedos, a tão almejada moradia.

A exoneração da responsabilidade depende de prova, por parte do fornecedor, de não ter colocado o produto no mercado, ou seja, de ter sido introduzido no mercado de consumo sem seu consentimento, da inexistência do defeito ou que o dano ocorreu por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Atente-se para o fato de que, mesmo com a alteração da sistemática da prescindibilidade da prova da culpa, com a adoção da teoria objetiva (art. 12, *caput*), esse fato não desobriga o lesado de provar o dano e o liame de causalidade entre o produto ou serviço e o dano.

Uma vez provado o nexos causal entre o fato do produto, o serviço e o dano, ou estando o consumidor desobrigado por decisão judicial deste ônus ante a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), caberá ao fornecedor provar uma das excludentes mencionadas no art. 12 do CDC. Lembramos que a excludente inserida no inciso III do §3º do art. 12, não admite a escusativa de culpa concorrente, pois, mesmo que haja a concorrência de culpas entre vítima e fato do produto, persiste a obrigação do fornecedor em indenizar por inteiro. Este só se exonera comprovando a culpa exclusiva do consumidor ou usuário do serviço.

A sistemática do CDC considera como abusiva, sendo nulas de pleno direito, as cláusulas contratuais relativas a fornecimento de produtos e serviços que impossibilitem,

exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza ou implique em renúncia ou disposição de direitos (art. 51, I, CDC)³⁸. Sendo assim, a cláusula de não indenizar não pode ser arguida em favor dos fornecedores, nem mesmo perante os profissionais liberais, por fatos de produtos ou serviços, vícios por inadequação ou por disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária do produto ou serviço, ou mesmo dos vícios redibitórios que tornam a coisa imprópria ao uso a que se destina, cabendo a nulidade desta cláusula, se estiver estipulada em contrato, por expressa prescrição legal.

CONCLUSÃO:

O objetivo neste trabalho foi levantar questionamentos e chamar a atenção dos tribunais superiores para algumas práticas que vêm sendo reiteradamente adotadas pelas construtoras/incorporadoras, em especial, no Rio de Janeiro.

Foi abordada a temática sob uma ótica consumeristas, pois na grande maioria das vezes, as partes nem chegam a pressupor que existem dispositivos legais que garantem e respaldam uma vulnerabilidade nas relações pactuadas.

Igualmente foram trazidos elementos demonstrando a real necessidade de estabelecer uma maior garantia de ressarcimento pelos danos, principalmente se ocasionados decorrente da relação de consumo e afastando argumentos que excluam essa garantia, como a impossibilidade de previsão de cláusula de não indenizar porque subtrai do consumidor o direito de ver ressarcido seu direito quando violado.

Objetivou-se igualmente levantar questões aos tribunais superiores e locais que punge urgentemente a necessidade de se estabelecer novos paradigmas para resguardar essa

³⁸ Art. 51 do CDC: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos”.

infinitude de consumidores desabrigados, vilipendiados de seus sonhos de moradia, de lar, quando se vem traídos por falsas promessas de entregas de empreendimentos que se arrastam por anos a fio, sem nenhuma perspectiva de entrega, e de pacificação de conflito.

Certo é que as demandas crescem a cada dia, os argumentos muitas das vezes se repetem, e que realmente sofre é o consumidor, parte demasiadamente vulnerável, a partir do momento em que desconhece os direitos que os guarnecem, no momento em que é compelido a assinar algo, que na tem sequer o direito de modificar segundo seus próprios interesses.

Um tribunal de justiça como o do Rio de Janeiro, tão à percussor em tantas matérias e voltado para os conflitos sociais, não pode deixar passar uma crise como esta que estamos vivenciando.

Assim, como conclusões das pesquisas levantadas nesse trabalho pugnam pelas adoções de medidas mais severas como meios de se impedirem a consolidação de ofensas diárias e reiteradas pelo descaso a direitos inerentes à dignidade humana, e ao direito à moradia.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

CAVALIERI FILHO, Sérgio, *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DINIZ, Maria Helena *et al.* *Novo Código Civil Comentado*. Versão eletrônica, 2002;

FRANÇA, R. L. *Teoria e prática da cláusula penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*, volume II: teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004;

LOPES, Vivaldo. Disponível em: www.sergiosampaio.com.br. Acesso em: 05/11/2013 -

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. "*O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*", in: Revista de Direito Administrativo nº 219, 2000.

O GLOBO, Jornal, Caderno Morar bem Imóveis Rio. Março, 20, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RITONDO, Domingo Pietrangelo, *Bem de Família*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang, *O direito*. Disponível em: www.anima.opet.com.br. Acesso em 05/11/2013.

STOCO, Rui, *Tratado de Responsabilidade Civil*. 10. ed. RT: 2010;

TESTA, Gustavo Nori, *As limitações da cláusula penal*. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 05/11/2013.

VARELA, João de Matos Antunes. *Direito Civil*. Vol. I. São Paulo: Almerinda: 2009;

VILARINO, Cleyton. Disponível em: www.abecip.org.br e www.fea.usp.br. Acesso em 05/11/2013.

WOLKOFF, Alexander Porto Marinho, no artigo: *a Teoria do Risco e a Responsabilidade Civil Objetiva do Empreendedor*, disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em: 05/11/13