



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JAMILE COSTA MASCARENHAS

**CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE
IMÓVEL ADQUIRIDO NA PLANTA: ANÁLISE JURÍDICA DO
ATRASO NA ENTREGA**

Salvador
2013

JAMILE COSTA MASCARENHAS

**CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE
IMÓVEL ADQUIRIDO NA PLANTA: ANÁLISE JURÍDICA DO
ATRASO NA ENTREGA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Leonardo Vieira

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

JAMILE COSTA MASCARENHAS

**CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE
IMÓVEL ADQUIRIDO NA PLANTA: ANÁLISE JURÍDICA DO
ATRASO NA ENTREGA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

A

Deus, por me conceder saúde, força e resiliência para permanecer seguindo em frente nesta árdua caminhada.

Aos meus queridos e inigualáveis pais, Magnólia e Edvaldo, por sempre respeitarem as minhas escolhas, acreditarem no meu potencial e por possibilitarem a concretização de mais esta graduação. Um dia, quiçá, poderei compreender esse sentimento tão forte e fraternal que lhes fizeram deixar os seus planos de lado para realizarem os meus com tamanho sacrifício e amor.

Ao meu querido irmão Wesley, que com muita maturidade e carinho, sempre me transmitiu palavras de incentivo e confiança, coadunando comigo no desejo de dar orgulho aos nossos pais.

Dedico tudo a vocês!

AGRADECIMENTOS

Mais uma vez, agradeço aos meus pais, inexoráveis em minha vida e ao meu querido irmão. Obrigada simplesmente por existirem.

A todos queridos familiares, ilustres professores, amigos e colegas de faculdade que compartilharam e colaboraram com muita compreensão desta difícil caminhada.

Com carinho, agradeço a Pablo Carregosa do Val pelo incentivo em ingressar nesta segunda graduação e por ter acreditado no meu potencial. Muito obrigada por nunca ter duvidado da minha capacidade e sucesso nesta nova profissão.

Em gratidão, ao causídico Dr. Maurício Amorim Dourado, presença incentivadora em minha vida profissional, presto agradecimentos pelo apoio constante, pela inspiração do tema e pela transferência da expertise conquistada com muita dedicação à profissão. Obrigada por cultivar em mim a paixão pela advocacia.

Ao orientador, professor e advogado Dr. Leonardo Viera, este grande mestre em direito civil, os meus sinceros agradecimentos pelo tempo disponibilizado na orientação deste trabalho, pela compreensão e pelos ensinamentos transmitidos. É um privilégio enorme ter a oportunidade de aprender com a sua experiência e sapiência jurídica.

Sem dúvida alguma, cada pessoa corroborou, de alguma forma, para que hoje pudesse usufruir da sensação de dever cumprido e a certeza de que valeu a pena acreditar e nunca desistir deste sonho.

“Enquanto suspiramos por uma vida sem dificuldades, devemos nos lembrar de que o carvalho cresce forte através de ventos contrários e que os diamantes são formados sob pressão”.

Peter Marshall.

RESUMO

A compra de um imóvel adquirido na planta parece, em um primeiro momento, um excelente negócio para tornar real o sonho da casa própria. Isto ocorre em razão do atual cenário imobiliário no Brasil, o qual denota a ocorrência de uma explosão de ofertas de empreendimentos de imóveis construídos e vendidos ainda na planta, ocasionando o aumento da concorrência e conseqüentemente uma maior oferta de atrativos para estimular os consumidores a realizarem este tipo de negócio. Apesar disso, permanece a insatisfação dos promissários compradores no que tange à qualidade dos serviços prestados, principalmente quando a espera pela entrega do bem prolonga-se por tempo superior ao que fora pactuado previamente, tornando a realização deste sonho um enorme martírio, podendo causar sérias frustrações às expectativas dos consumidores e de suas famílias. Além disso, é cediço que os empresários do segmento da incorporação e construção têm submetido os seus consumidores a cláusulas abusivas. Nesse sentido, a presente pesquisa analisa a plausibilidade e amparo jurídico das razões trazidas pelas construtoras e/ou incorporadoras, a fim de justificar o descumprimento contratual das cláusulas previstas no contrato de promessa de compra e venda, esquivando-se da responsabilidade de reparar o dano material e/ou moral sofrido pelos promissários compradores. Diante disso, o presente trabalho apresenta, sob o ponto de vista da previsibilidade e legalidade dos fatos e argumentos trazidos pelas empresas da construção civil, sobretudo, sob a égide do “caso fortuito” e da “força maior”, perspectiva constitucional do direito à moradia e à propriedade e demais princípios, percorrendo o crivo da análise legal, doutrinária e jurisprudencial da vulnerabilidade e lesão aos direitos do consumidor, bem como da boa-fé contratual. A metodologia utilizada foi dedutiva, levantamento bibliográfico e documental.

Palavras-chave: Atraso na entrega do imóvel; previsibilidade dos fatos alegados; direitos do consumidor; responsabilidade civil; vulnerabilidade.

ABSTRACT

Buying a house before its built seems, at first, a great deal to fulfill the dream of ownership. The current real estate scenario in Brazil shows an explosion of project offerings, sold even before the construction starts. This situation has increased competition between constructors, generating a higher range of benefits for the consumers. Nevertheless, dissatisfaction still remains to these buyers, regarding the quality of services, especially when waiting for the delivery of their new house. It often happens that its delivery takes longer than what had been agreed upon initially - turning the realization of a dream into a huge headache. Serious frustrations are indeed caused to many consumers and their families. Furthermore, it also happens that constructors submit their consumers to unfair terms. Stating such premises, this paper intends to examine the legitimacy of legal arguments brought up by builders and / or developers, when trying to justify certain clauses at the purchase and sale contract, in an attempt to excuse themselves from responsibilities, such as any repair for damages suffered by committed buyers. This paper will present a thorough analysis of the issue, analysing both predictability and legality of the facts and arguments brought by such companies, mainly under the excuses "random" events and "force majeure". It will also analyse, under a constitutional perspective, the right to housing and property, among other principles. It will also cover both legal doctrine and jurisprudence about the vulnerability and injury to consumer rights, as well as the expectation of contractual good faith. The methodology used is deductive, bibliographic and documentary.

Keywords: Delay on the delivery of the new house; predictability of alleged events; consumer rights; liability; vulnerability.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato de disposições Constitucionais Transitórias
Art.	Artigo
ART	Anotação de Responsabilidade Técnica
CC	Código Civil
CBIC	Câmara Brasileira da Indústria da Construção
CF/88	Constituição Federal da República de 1988
CDC	Código de Defesa do Consumidor
COELBA	Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia
CPC	Código de Processo Civil
CREA	Conselho Regional de Engenharia e Agronomia da Bahia
CRECI	Conselho Regional de Corretores de Imóveis
Des.	Desembargador
EMBASA	Empresa Baiana de Água e Saneamento S/A
IPTU	Imposto Predial e Territorial Urbano
ITIV	Imposto Sobre a Transmissão Intervivos
NBR	Norma Brasileira de Desempenho técnico de Edificações
SEFAZ	Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia
SINDUSCON	Sindicato da Indústria da Construção do Estado da Bahia - BA
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUCOM	Superintendência de Controle e Ordenamento do Uso do Solo do Município
TJBA	Tribunal de Justiça da Bahia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 BREVE NOÇÃO DO DIREITO IMOBILIÁRIO NO BRASIL	13
2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS - PERSPECTIVA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	20
2.2 Direito fundamental à moradia	23
2.2.1 Direito de propriedade e sua função social	27
3 CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA – A RELAÇÃO ENTRE CONSTRUTOR E/OU INCORPORADOR X PROMITENTE COMPRADOR À LUZ DO CC/2002 E DAS LEIS ESPECIAIS	33
3.1 RELAÇÃO DE CONSUMO – INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	40
3.2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NA RELAÇÃO CONTRATUAL	44
3.3 DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS LEONINAS NO RAMO IMOBILIÁRIO	47
3.3.1 Do prazo de tolerância	53
4 DO ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL	64
4.1 DA ANÁLISE DA CULPA	69
4.2 DO “CASO FORTUITO” E “FORÇA MAIOR”	73
4.3. ANÁLISE DAS JUSTIFICATIVAS TRAZIDAS PELAS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL	76
4.4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO DEVER DE REPARAÇÃO	87
4.2.1 Do dano material, moral e lucros cessantes	88
5 CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS	101

1 INTRODUÇÃO

O crescimento exponencial da oferta e procura na modalidade de compra de imóvel, ainda na planta, acrescido à desorganização da maioria das construtoras, tendem a gerar atrasos, para muito além do prazo pactuado, na entrega do bem. Esta demora vem se tornando cada vez mais comum e a consequência disso são transtornos variados, frustrações e grandes prejuízos para toda a população.

Diante desse cenário, é necessário admitir que hoje o mercado imobiliário como um todo, encontra-se diante de sérios problemas, como reduções de infraestrutura e de mão-de-obra geral e especializada, diminuição de equipamentos e insumos necessários à construção da obra, bem como um interstício de tempo reduzido para a adaptação de novas tecnologias utilizadas pelas empresas de construção.

Todavia, não há como onerar o promissário comprador, parte vulnerável da relação contratual, com as consequências deste desenvolvimento do ramo imobiliário, que tem aumentado significadamente a construção de novos imóveis, assumindo unilateralmente, ainda que previsto no contrato, as mazelas decorrentes da realidade deste cenário urbanístico atual.

Contudo, ainda assim, as empresas construtoras e/ou incorporadoras incluem cláusulas leoninas nos contratos de adesão, instrumento contratual pactuado entre as partes, formulado unilateralmente por estes, na tentativa de se esquivar, de todas as formas, da responsabilidade de ressarcir o consumidor pelos danos materiais e morais causados em razão do atraso da obra, motivados por problemas sofridos durante a construção, que, em sua maioria, são provocados pelo próprio risco do negócio ou por fatos alheios a vontade do consumidor, que não possui aptidão técnica necessária para intervir.

Diante desse contexto, a presente pesquisa tem por objeto o seguinte tema: “Contrato de promessa de compra e venda de imóveis adquiridos na planta: Análise jurídica do atraso na entrega”.

Este tema se enraíza no âmbito dos princípios e preceitos Constitucionais, principalmente no que tange ao direito à moradia, ao Direito do Consumidor, às Leis esparsas referentes à Incorporação e Construção de imóveis, ao Código Civil de 2002, às Doutrinas e jurisprudências relativas à matéria.

Dentro da disciplina jurídica, o grande desafio da presente pesquisa monográfica foi responder ao seguinte problema: Diante do atual cenário imobiliário, marcado por uma enxurrada de empreendimentos entregues fora do prazo pactuado, são lícitos os fatos alegados pelas construtoras a fim de justificar este atraso?

Com a finalidade de elucidar o referido questionamento e alcançar o objetivo final deste trabalho, foram desenvolvidos em cinco capítulos.

O primeiro capítulo refere-se a esta breve introdução.

O segundo capítulo discorre acerca de uma breve noção do direito imobiliário no Brasil, os ramos de atuação, a evolução histórica das leis esparsas que regem este instituto, conceitos, aspectos relevantes da posse e da propriedade, bem como uma análise dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, quais sejam: direito à moradia, principal direito lesado no caso em exame; o direito à propriedade e sua função social e o direito à dignidade da pessoa humana, uma noção legislativa e constitucional acerca do tema.

Em seguida, o terceiro capítulo traz a baila, de forma mais específica, a relação existente entre o promissário comprador e promitente vendedor, a luz do Código Civil de 2002, Código de Defesa do Consumidor e das Leis esparsas do ramo do direito imobiliário, tratando no negócio jurídico pactuado, forma, tipo de contrato, amparos legislativos acerca do tema e a proteção consumerista prestada, com mais ênfase, ao promissário comprador, principalmente no que se refere ao atraso da obra. Aduz a aplicação da boa-fé nos contratos, diante das cláusulas impostas ao consumidor, bem como a identificação das cláusulas abusivas, em afronte ao referido princípio, ventilando, mais especificadamente, no que se refere à cláusula relativa ao prazo de carência ou prazo de tolerância, na tentativa de restar elucidada a sua abusividade, não obstante autorização legal, na tentativa de obstaculizar o atraso da obra acima do prazo pactuado entre as partes.

Em ato contínuo, o quarto capítulo traduz o cerne do presente trabalho, trazendo os argumentos levantados pelas empresas de construção civil, diante do atraso na entrega do imóvel, fazendo uma análise acerca da licitude dessas justificativas, face aos preceitos normativos existentes no ordenamento jurídico e julgados atuais sobre o tema. Em seguida, é trazido à baila as responsabilidades e reparações possíveis diante do atual cenário.

Por fim, o quinto capítulo do presente trabalho monográfico, traz a conclusão acerca do tema abordado durante todo o estudo, na expectativa de contribuir com a sociedade, principalmente no que se refere à tentativa de evitar maiores lesões aos direitos dos promissários compradores de imóveis adquiridos ainda na planta, em razão da sua vulnerabilidade, concluindo acerca da ilegalidade, no que se refere às normas consumeristas e previsibilidade da maioria dos argumentos trazidos pelas construtoras.

2 BREVE NOÇÃO DO DIREITO IMOBILIÁRIO NO BRASIL

O direito imobiliário é o ramo do direito privado que envolve alguns aspectos importantes da vida privada, tais como: o condomínio, a usucapião, a posse, o aluguel, a perda da propriedade, a doação, o direito de construir, o direito de vizinhança, o direito à moradia, a compra e venda de imóveis residenciais ou não residenciais, dentre outros (SILVA JÚNIOR, 2012). A saber, o objeto de estudo do presente trabalho monográfico baseia-se na compra e venda de imóvel, mais especificadamente no que se refere ao compromisso ou promessa do negócio.

Um dos destaques jurídicos no ramo do direito imobiliário são as incorporações imobiliárias, intrinsecamente ligadas ao direito à moradia, uma vez que elevam as possibilidades do uso do bem imóvel e são fortes instrumentos utilizados para fomentar riqueza, com significativos investimentos extremamente impactantes para a economia do país.

Não obstante a abordagem do presente trabalho monográfico esteja voltada para a realização de um negócio jurídico, formalizado através de uma promessa de compra e venda, advinda de uma relação originariamente obrigacional, cuja eficácia real, em regra, é dada mediante o registro imobiliário, autorizado por lei, mister se faz esposar acerca do direito de propriedade e do direito à posse, ambos ligados ao direito imobiliário, na medida em que este direito encontra suporte basilar na busca pela propriedade da coisa, seja na forma de um direito subjetivo à sua detenção ou, como aduz a doutrina jurídica, uma divisão especializada dos demais ramos, certo de que a titularidade do imóvel, até a sua efetiva transferência, permanece com a construtora / incorporadora do lote.

João José da Silva Júnior (2012) esclarece, ainda, que o direito imobiliário, mais precisamente direito dos bens imóveis, advém de um direito real, ou seja, é um sub-ramo do direito civil, cujas regras cuidam do poder das pessoas sobre as coisas que podem ser apropriadas, podem ser objeto de propriedade, alienadas e suscetíveis de valor patrimonial e econômico, sendo chamado de direito real, pois, advindo da expressão em latim “res”, que significa coisa.

Introdutoriamente, vale trazer à baila que o direito de propriedade, içado a um dos pilares fundamentais da organização política, econômica e social, previsto na

Constituição Federal vigente no país, em seu Art. 5º, é o mais amplo direito real existente, cujo objeto é a apropriação das coisas, que, no sentido restrito da palavra, serve tanto para fazer referência às coisas corpóreas (materiais) como também às incorpóreas (imateriais), conforme previsão constitucional:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à **propriedade**, nos termos seguintes: [...] XXII - **é garantido o direito de propriedade**; (Grifos nossos).

Como já mencionado, o foco do presente trabalho está direcionado para o direito real de aquisição em face do negócio jurídico realizado entre os contratantes, o compromisso de compra e venda firmado entre a incorporadora e o futuro adquirente de um imóvel, ainda na planta, sob o qual possui, o promissário comprador, a intenção de obter a posse e, conseqüentemente, a propriedade do bem, porém, encontra-se estorvado de seu direito de usufruto sob a coisa, em razão de um descumprimento contratual, em sua maioria, provocado pela própria construtora / incorporadora do imóvel.

O compromisso de compra e venda de imóveis ingressou no ordenamento jurídico através do Decreto-lei n. 58/37, o qual conferia aos adquirentes apenas direitos obrigacionais. Assim, apenas após o pagamento das parcelas se extinguiria a obrigação, e, se o imóvel, objeto do contrato, não fosse entregue ao futuro adquirente, a este apenas restaria pleitear a indenização. Muitas pessoas foram lesadas nessa época, pois havendo a venda de lotes ainda na planta, a situação ficava ainda pior.

Ademais, antes do referido diploma, os negócios eram regulados pelo art. 1.088 do Código Civil de 1916, cuja permissão era dada, no exercício do direito de arrependimento, a qualquer das partes, antes da conclusão do contrato definitivo (VENOSA, 2003).

Art. 1.088. Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1.095 a 1.097.

Silvio de Salvo Venosa (2003) complementa ainda que, em razão do surgimento do supracitado Decreto-lei n.º 58/37, que tornou obrigatório o registro dos loteamentos, passou a ser permitida a eficácia real ao compromisso de imóveis loteados, sendo

estendido a diplomas posteriores, relativamente ao direito imobiliário, pois, registrando o empreendimento, os lotes adquirem autonomia.

Nesse diapasão, quando configurado o atraso na entrega de um imóvel adquirido ainda na planta, o promissário comprador pleiteará, além de ressarcimento por perdas e danos, tema enfrentado mais adiante, a posse efetiva do bem imóvel que pretende adquirir, pois, muitas vezes não existiu o adimplemento integral do valor total devido, muito menos o registro público do imóvel, instrumento necessário para a transferência da titularidade do promitente vendedor para o futuro adquirente, sendo assim, não pode este ser considerado, ainda, proprietário do bem, muito embora este seja o objetivo final do negócio, que posteriormente será convertido em contrato de compra e venda.

Na hipótese em exame, é o direito ao uso e gozo sobre a coisa que está sendo lesado, posto que o promissário comprador se encontre impossibilitado de usufruir o bem, da maneira que a lei lhe assiste, dentro do lapso temporal ajustado previamente em contrato.

Do art. 1.196 do Código Civil de 2002, depreende-se o conceito de possuidor: “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. O sentido que o dispositivo dá ao “pleno ou não” equivale à ideia de que tanto a propriedade quanto a posse podem ser compartilhadas, ou restringidas, essa possibilidade está disposta no Codex em seu art. 1.228, caput: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

O exercício da posse compreende o direito de poder adentrar no imóvel, usar e gozar deste livremente, sem qualquer impedimento.

A posse, em latim “*possessio*”, como parte integrante do estudo do direito imobiliário, é também um elemento de grande importância para os Direitos Reais, o direito sobre as coisas, hoje estudada sob duas vertentes: Ihering (teoria adotada pelo CC/2002) e Savigny. Segundo a teoria objetiva de Ihering, a posse é o exercício de um dos poderes inerentes à propriedade, ou seja, para ser possuidor, basta ter de fato o direito ao exercício dos poderes inerentes ao proprietário de um bem, por outro lado, preconiza Savigny, em sua teoria subjetiva, que a posse é composta por dois

elementos: O “*corpus*” e o “*animus domini*”, ou seja, para haver posse a pessoa deve estar fisicamente com a coisa, com a intenção de possuir o bem, como se dono fosse, teoria não adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A posse, portanto, é também um direito, relacionado ao cerne deste trabalho, qual seja; a lesão aos direitos do promissário comprador de usar e gozar do bem, a partir do momento que lhe é legítimo, não obstante, ainda, não figure este como proprietário do imóvel, posto que, encontra-se impedido de adentrar no imóvel, dentro do período ajustado entre as partes, na promessa de compra e venda.

Vale dizer que a posse pode ser protegida através dos interditos, os quais abrigam também a propriedade, incluindo sob sua proteção, o “*ius possidendi*” (direito de possuir), pois, se assim não o fosse, os locatários, por exemplo, ficariam sempre a mercê dos atos dos proprietários, extirpando, assim, com qualquer segurança na relação; nesse sentido dispõe o art. 1.197 do Códex:

Art. 1.197. A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto.

À guisa da evolução histórica do direito imobiliário no Brasil é imperioso ressaltar que este sofreu grandes mudanças ao longo dos anos, seja com alterações acerca do sistema de registro dos imóveis, a utilização de novas tecnologias no setor da construção civil, bem como o crescimento abrupto da oferta e demanda, para a compra e venda de imóveis, principalmente, novos empreendimentos.

A Revolução Francesa (1789 – 1799) traçou um marco de transição entre a velha e a nova civilização no mundo inteiro, inclusive no Brasil, servindo de inspiração para uma completa transformação também para o direito. Hoje, o país encontra-se sob o regime democrático de direito, entendido como o regime político fundado na soberania popular e em busca constante para alcançar um maior respeito aos direitos humanos, compreendido pelo sistema capitalista, o que só favoreceu o crescimento do ramo da construção civil (CRECI, 2011).

Apenas para que se entenda melhor o direito imobiliário, vale trazer à baila o que o Código Civil francês de 1804 positivou acerca do direito de propriedade, se assemelhando às concepções do direito romano: art. 544 - “A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que não se faça um

uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos.” Assim também previa o art. 545 do mesmo Codex - “Ninguém pode ser obrigado a ceder a sua propriedade, senão por motivo de utilidade pública e mediante uma justa e prévia indenização” (NONES, 2009).

Nelson Nones (2009) aborda ainda que tal concepção de propriedade foi assim transmitida ao direito português e conseqüentemente acolhida pelo Código Civil brasileiro de 1916, o qual estabeleceu, em seu art. 524 que “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.” Norma esta acolhida pelo Código Civil brasileiro de 2002, conforme prevê o caput do art. 1.228, mencionado acima.

Para além do direito imobiliário, o direito urbanístico surge, com a regulamentação da disciplina urbanística, com o estudo de fenômenos demográficos e econômicos, concluindo que, cada vez mais, há a necessidade de se ampliar o espaço demográfico do homem, acerca do conceito do que seria a propriedade para ele, podendo citar como exemplo, a valorização das áreas verdes e áreas de lazer. O que caracteriza, pois, o direito urbanístico é a intervenção do Poder Público objetivando uma ordem nos espaços potencialmente habitáveis e urbanizáveis (DOS SANTOS, 2011).

A imposição de limites às atividades de construção, bem como aos deveres do cidadão e de sua comunidade, é concretizada por normatizações jurídicas que esclarecem a todos o que é ou não permitido fazer numa área urbanística.

Nesse contexto, apenas com o intuito de corroborar com a abordagem desta monografia, vale dizer que houve uma evolução de interpretação acerca do direito de propriedade, pois, este era considerado um direito absoluto e exclusivo, possibilitando que uma pessoa extraísse de uma coisa a utilidade econômica que ela comportava, em sua totalidade, o que, para os intérpretes modernos, hoje é explicado pelos institutos do *jus fruendi*, direito de receber os frutos e os produtos da *res* (coisa); *jus utendi*, o direito de poder usar a coisa e *jus abutendi*, direito de gozar ou de não gozar do bem, destruí-lo e, especialmente, o direito de poder dispor juridicamente, alienando-o, seja a título gratuito ou oneroso, entre vivos, por *causa mortis*, através de testamento ou por legado.

Somente na década de 30 do Século passado surgiu o primeiro regulamento urbano no Brasil, com o Decreto-lei n. 58/1937, citado anteriormente, parcialmente derogado pela Lei n. 6.766/79, com o seguinte texto:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição:

Considerando o crescente desenvolvimento da loteação de terrenos para venda mediante o pagamento do preço em prestações;

Considerando que as transações assim realizadas não transferem o domínio ao comprador, uma vez que o art. 1.088 do Código Civil permite a qualquer das partes arrepender-se antes de assinada a escritura da compra e venda;

Considerando que esse dispositivo deixa praticamente sem amparo numerosos compradores de lotes, que têm assim por exclusiva garantia a seriedade, a boa fé e a solvabilidade das empresas vendedoras;

Considerando que, para segurança das transações realizadas mediante contrato de compromisso de compra e venda de lotes, cumpre acautelar o compromissário contra futuras alienações ou onerações dos lotes comprometidos;

Considerando ainda que a loteação e venda de terrenos urbanos e rurais se opera frequentemente sem que aos compradores seja possível a verificação dos títulos de propriedade dos vendedores;
[...].

O surgimento desse decreto deu-se por algumas razões: primeiramente, em razão do número excessivo de loteamentos irregulares, por causa da precariedade de como era feito o cadastro imobiliário, pois, não havia, ainda, um controle de quem realmente era o proprietário do bem. O segundo motivo, foi que o referido Decreto havia sido editado com a finalidade exclusiva de proteger o consumidor contra o mau loteador (CRECI, 2011).

No que tange às edificações de imóveis, houve a criação da Lei 4.591/64 (lei que dispõe sobre o condomínio em edificações – revogada pelo CC neste particular – e as incorporações imobiliárias), a qual surge trazendo à baila os regramentos para as incorporações e condomínios, sendo posteriormente modificada pela medida provisória n. 2219 de 2001, trazendo, também, previsões de proteção para o consumidor em face do mau incorporador (Lei 4.591/64 e Lei 10.931/04).

O sistema imobiliário, antigamente, era muito precário. Para que se tenha uma ideia, apenas com a criação da Lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) e suas alterações, o sistema de registros públicos passou a registrar um número de

matrícula para cada imóvel, com a finalidade de cadastrar todos os imóveis nacionais (CRECI, 2011).

A criação da Lei 6.766/79 (Lei que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano) trouxe algumas inovações. O seu objetivo era dar maior sustentação urbanística às cidades, bem como uma maior proteção àqueles que adquirissem um lote e, nesse sentido, contemplou a figura do mau loteador trazendo previsões de consequências administrativas e criminais para aqueles que tentassem ludibriar a nova Lei, tipificando tanto o proprietário da área quanto o corretor de imóveis com penas de reclusão (CRECI, 2011).

Nos anos 90, com o advento da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), passou a existir uma maior participação do Estado nos negócios realizados entre particulares, compradores e vendedores de lotes urbanizados, aumentando, significadamente, a proteção do consumidor (promissário comprador), entendida como parte mais fraca desta relação.

Com o surgimento da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) o poder público passou a ter à sua disposição instrumentos outros capazes de, efetivamente, realizar uma política urbana sustentável para as cidades.

De grande valia foi também a criação da Lei 10.931/2004 (a qual trata sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, letra de crédito imobiliário, cédula de crédito imobiliário, cédula de crédito bancário, alterando também o Decreto-Lei n. 911).

No que tange à codificação atualmente existente no direito civil, a previsão foi trazida pelo Código Civil de 2002, que, diferente do Código Civil de 1916, disciplinou o condomínio edilício, não incluindo, contudo, a incorporação imobiliária no capítulo dedicado ao tema, mantendo assim, as disposições previstas na lei especial de n. 4.591/64.

Em razão disso, as normas trazidas pelo Código Civil são aquelas inerentes aos contratos preliminares, disciplinados nos arts. 462 a 465.

Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de

arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.

Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.

Art. 465. Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos.

Art. 466. Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.

Hoje, o direito imobiliário está intrinsecamente ligado ao direito de propriedade, direito urbanístico e, como novidade trazida pela Emenda Constitucional n. 26, o direito à moradia, todos regidos por muitas leis esparsas, e, indubitavelmente, sob uma perspectiva social muito maior, tendo em vista os princípios e normas trazidas pela Constituição Federal de 1988, como será explorado melhor no capítulo seguinte.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS - PERSPECTIVA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida como a constituição “cidadã”, trouxe significantes transformações sociais, originando grande evolução acerca dos direitos individuais e coletivos, bem como nos direitos sociais, dentre os quais, encontra-se o foco do presente trabalho: o direito à moradia, à propriedade e, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana como norma fundamental do ordenamento, trazendo adoção de nova ideia de direito diante da nova concepção de Estado.

Gilmar Ferreira Mendes (2012, ps. 684 a 686), brilhantemente traduz a percepção dos direitos fundamentais, pois, segundo ele, trata-se de um direito de defesa, posto que proteja as pessoas contra interferências ilegítimas do Poder Público na sua esfera de liberdade individual. Este direito de defesa, porém, revela-se insuficiente para assegurar a eficácia do que preceitua o texto constitucional, afinal deve haver uma ponderação entre a interferência na liberdade individual do direito de contratar,

pelo Estado e, por outro lado, a proteção desse direito no exercício dos direitos fundamentais nas relações privadas.

De forma contínua, o autor elucida sobre os direitos fundamentais (2012, p. 688):

A concepção que identifica os direitos fundamentais com princípios objetivos legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público, mas também a garantir os direitos fundamentais contra a agressão propiciada por terceiros.

De certo, o constituinte de 1988 deixa claro que o Brasil avocou a responsabilidade pela busca do bem coletivo. Conforme pode ser observado nos princípios da Constituição Federal, previstos no art. 170, o qual prevê que a atividade econômica no Brasil baseia-se:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, **tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social**, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - **propriedade privada**;

III - **função social da propriedade**;

IV - livre concorrência;

V - **defesa do consumidor**;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Grifos nossos)

Assim, o artigo supramencionado prescreve normas constitucionais de cunho obrigatório, que ocasionam obrigações precípua de fazer e não fazer para o Estado, bem como à própria sociedade, em suas relações particulares, operando os reais efeitos das normas de eficácia vertical e horizontal.

Nesse sentido, o autor Paulo Branco (2011, p. 200) traduz, em sua obra, acerca das normas fundamentais e sua eficácia:

A incidência das normas de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas passou a ser conhecida, sobretudo a partir dos anos cinquenta, como efeito externo, ou de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Ademais, dentre o rol dos preceitos fundamentais, existem os direitos individuais, estes entendidos, em um primeiro momento, como direitos do indivíduo de forma isolada, ideia predominantemente rechaçada pela doutrina, e que, em verdade, deve

ser empregada para denotar um misto de direitos ou liberdades civis, ou seja, um conjunto dos direitos fundamentais concorrentes à vida, igualdade, liberdade, segurança e à propriedade (DA SILVA, 2012, p.176).

Vale ressaltar que a aplicação desses direitos constitucionais, sejam eles sociais, individuais ou coletivos, apenas será possível com o desenvolvimento de políticas públicas capazes de dar efetividade e concretude aos preceitos fundamentais da Magna Carta.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais que, antes, buscavam proteger reivindicações comuns a todos os homens, passaram a, igualmente, proteger os seres humanos que se singularizam pela influência de certas situações específicas em que se encontram individualizados, em razão de suas peculiaridades. No caso do trabalho em tela são os consumidores que são consagrados de forma especial em razão da sua vulnerabilidade (MENDES, 2012, p.177).

Os Direitos Fundamentais, para Gilmar Ferreira Mendes (2012, 681), foram reconhecidos, pelo poder constituinte, como elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, e, em razão disso, considerou ilegítimas quaisquer alterações que possam suprimir os direitos deles decorrentes, conforme preconiza o art. 60, §4º da CF, transcrito no título seguinte deste capítulo.

Dentro dos princípios constitucionais, direitos fundamentais e sociais existentes na CF/88, o foco maior desta pesquisa será no direito à moradia, ora violado em razão da mora do incorporador do imóvel, e conseqüentemente, o princípio da dignidade da pessoa humana, ferindo, de forma subsidiária, o direito à propriedade, posto que o promissário comprador ainda não possui a titularidade do imóvel, portanto, a propriedade efetiva do bem.

Assim, é mister assinalar que a Carta Maior protegeu a propriedade, também em sentido *latu sensu*, como um direito individual inviolável, atrelado ao direito à moradia e, ao mesmo tempo, aderiu à propriedade o dever de cumprir com a sua função social, estabelecendo e ratificando o Estado Social atual.

Nesse contexto, aquele que pretende adquirir, doravante, imóvel ainda na planta, mesmo enquanto possuidor deste, também estará obrigado a atender com a função social prevista pela Constituição Federal, subsumindo o direito à moradia ao dever de prestar função social ao bem, perante a sociedade.

Por esta razão, adentrando ao cerne deste trabalho monográfico, é lúcido trazer à baila que a Norma Constitucional trouxe para o seu âmbito de proteção, como inovação ao rol dos direitos sociais, acrescido pelo poder reformador, o direito à moradia.

Ambos direitos (propriedade e moradia) serão explanados de forma mais minuciosa nos subcapítulos seguintes, quando será demonstrado que por força do princípio da dignidade da pessoa humana, é inviável se consubstanciar uma vida digna sem uma moradia e sem a efetivação e respeito ao direito de propriedade.

Ademais, o fato é que o direito à moradia não se confunde com o direito à propriedade, tendo em vista que há a possibilidade de se exercer o direito à moradia sem haver, com o domicílio ou residência, a relação direta com o direito de propriedade. Porém, o “animus” pela aquisição da casa própria envolve os dois direitos constitucionais, como um refúgio às incertezas econômicas advindas do desemprego ou como produto de geração de riquezas, acesso ao crédito, e, porque não, a realização pessoal e concretização de um sonho, pois, a moradia e a propriedade são formas do Estado garantir o patrimônio mínimo, e por consequência, o mínimo de dignidade a todas as pessoas (MILAGRES, 2011, p.50).

2.1.1 Direito fundamental à moradia

O direito à moradia somente foi inserido em capítulo próprio dos “Direitos Sociais”, levado ao *status* de direito constitucional, de forma expressa, através do poder constituinte reformador, que o instituiu, por meio da Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, alterando a redação do art. 6º da Constituição Federal, ficando esta com o seguinte texto:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a **moradia**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Grifo nossos).

Contudo, este direito já era reconhecido na Magna Carta, por força do dispositivo do art. 23, inciso IX, que estabelece competência comum para promover o direito a uma habitação: “Art. 23: é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”, o que traduzia,

desde então, um poder-dever do Estado em contrapartida a todos os direitos que correspondem, por conseguinte, à necessidade de habitação (DA SILVA, 2012, p.315)

Nesse sentido, o direito à moradia é defendido por diversos autores como cláusula pétrea. E, seguindo este entendimento, Elsa Maria Alves Canuto (2010) defende que a sua inserção como direito fundamental social impede sua alteração nos termos esposados na Magna Carta, por emenda constitucional, quando se tratar de exclusão ou redução da sua abrangência e alcance, na forma do art. 60, § 4º, inciso IV da CF:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

Segundo José Afonso da Silva (2012, p.316), o direito à moradia possui duas faces: uma *negativa*, na qual o cidadão não pode ser privado de obter sua moradia, em um total descaso do Estado. E a outra é a face *positiva*, que consiste na possibilidade de se efetivar esse direito de obter uma moradia digna e adequada, o que revela o caráter prestacional, posto que legitima a pretensão do titular do direito, a sua concretização por intermédio de uma ação positiva do Estado, encontrando-se aqui, a verdadeira condição de eficácia do direito à moradia.

Vale trazer à baila um trecho da obra escrita por José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p.480), que traduz, em uma brilhante explanação, a contraposição da “*Liberdade igual para igualdade real*”, que, embora se refira à ordem jurídico-constitucional portuguesa, manifesta a mesma estrutura constitucional brasileira e elucida a possibilidade de todos terem igual acesso aos bens econômicos, sociais e culturais:

Liberdade igual significa, por exemplo, não apenas a inviolabilidade do domicílio, mas o direito de ter a casa; não apenas o direito à vida e à integridade física, mas também o acesso aos cuidados médicos; não apenas o direito de expressão, mas também a possibilidade de formar a própria opinião; não apenas o direito ao trabalho e emprego livremente escolhido, mas também a efetiva posse do posto de trabalho.

O significado dado à expressão “*Direito à moradia*” pressupõe ocupar um lugar como residência, ou seja, uma casa ou apartamento etc., para nele exercer o seu direito à habitação. O “morar” também possui relação com o “residir”, “habitar”, com a conotação de permanência aderida às expressões, segundo a etimologia do próprio verbo “morar”, que significa “demorar”, “ficar”. Contudo, segundo José Afonso da

Silva (2012, p.315), o direito à moradia não é necessariamente o direito à obtenção da casa própria, mas, é evidente que este direito decorra de uma complementação indispensável para a efetivação do direito à moradia.

Elsa Maria Alves Canuto (2010, p. 173) *apud* Alain Lipietz, preconiza que:

A habitação ocupa um lugar importante no ciclo de rotação do capital, tanto privado quanto social; é um componente decisivo do famoso “consumo social médio” que fixa o valor da força de trabalho.

Porém, é irretorquível a dificuldade de se impor ao Estado a efetividade imediata desta inovação constitucional, muito embora a previsão dos direitos sociais seja dever do Estado, como prestações positivas impositivas direta ou indiretamente a este.

Para muitos autores, é incontroversa a ideia de que, no atual sistema jurídico brasileiro, os direitos individuais possuem muito mais garantias judiciais e respaldos jurídicos efetivados que os direitos sociais. Pois, enquanto existem vários instrumentos destinados a proteger o cidadão contra as arbitrariedades estatais, tais como *Habeas Corpus*, Mandado de Segurança, dentre outros, há uma deficiência de instrumentos e garantias jurídicas com o cunho de proteger, com a mesma eficácia, os direitos sociais, culturais e econômicos atualmente previstos.

No mesmo sentido, também reconhecendo os direitos sociais como direitos fundamentais, Alexandre de Morais (2002, p. 468), afirma, de forma esclarecedora:

As liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direitos, tem por sua finalidade a melhoria das condições de vida de todos, bem como dos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social.

Nesse diapasão, a Constituição Federal prevê o princípio da dignidade da pessoa humana, (art. 1º, III), bem como o direito à privacidade e intimidade (art. 5º, X), e ainda o direito à inviolabilidade da casa (Art. 5º, XI), tutelando, sem sombras de dúvidas, o direito à moradia, na forma mais adequada possível, para que seja presumível a efetivação desse direito, como sabiamente afirma José Afonso da Silva em sua obra:

O conteúdo do direito à moradia envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação. Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar. [...] Em suma, que seja uma habitação digna e adequada. [...] (2012, p. 315).

O autor José Joaquim Canotilho (2003, p. 476), ao analisar o regime dos direitos econômicos, sociais e culturais, dentro da perspectiva do direito Português, coloca os direitos sociais como direitos subjetivos; “são inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justiça e exequibilidade imediata, cuja posição jurídica não pode ser agredida pelo Estado”.

Nessa linha, a Constituição Federal Brasileira destaca em seu art. 3º, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Ora, não há marginalização mais evidente que uma pessoa ser impedida de obter um teto para si ou para sua família, e prover o bem comum, o que pressupõe, no mínimo, ter onde morar dignamente (DA SILVA, 2012, p.316).

Todo o grupo de direitos econômicos, sociais e culturais tem por objetivo superar as desigualdades sociais, o que consequentemente permite uma participação maior do indivíduo na sociedade, uma maior inserção na vida social, que será construída através dos direitos fornecidos e amparados pelo poder público.

Portanto, é evidente a constatação de que o direito à moradia, bem como o direito à propriedade traduzem direitos basilares a uma mínima condição digna do ser humano e de sua família, podendo e devendo o poder judiciário, ser invocado pelo promissário comprador (futuro adquirente do imóvel) a fim de que seus direitos sejam efetivamente tutelados, presente lesão ou abuso.

Nessa linha, será visto com mais cautela, em capítulo específico, que a abusividade da cláusula que posterga o prazo para a entrega do imóvel, fere, de maneira contumaz, o direito à moradia, e a expectativa lícita ao direito de propriedade constitucionalmente previstos, devendo ser rechaçada pelos tribunais e juízes de primeiro grau.

Assim, a fim de concluir este capítulo introdutório, é imperioso ressaltar que o direito do promissário comprador a um imóvel negociado ainda na planta, de ter o bem à sua disposição, para o seu devido uso e gozo, dentro do prazo pactuado entre as partes, está perfeitamente inserido no direito de ter sua dignidade efetivada, com base no princípio da dignidade da pessoa humana conjugado com as normas e princípios constitucionais garantidores dos seus direitos.

2.1.2 Direito de Propriedade e sua função social

Ao iniciar este tópico, mister se faz ressaltar que o presente trabalho pugna, principalmente, pela defesa do direito à moradia, conforme explanado no tópico anterior, tendo em vista que o atraso na entrega do imóvel, para além do debate acerca da titularidade deste, fere de maneira veemente, diversos direitos do promissário comprador, dentre eles, o direito de exercer efetivamente a posse do bem, o direito de usar e gozar, de usufruir da coisa.

Contudo, não se pode perder de vista que o desejo em adquirir o imóvel é, pois, na prática, a mira final dos compromissos, ou seja, a compra e venda definitiva do imóvel. Além disso, é importante comentar acerca do direito de propriedade, tendo em vista que algumas falhas na estrutura do instrumento ou fora dele, poderão impedir esse final buscado pelos contratantes, ou seja, a obtenção da propriedade definitiva do bem (VENOSA, 2003).

Ademais, no âmbito do direito imobiliário, é inegável que todas as pessoas possuem a necessidade de saciar o desejo em adquirir aquilo que é indispensável para a sua vida. Desse sentimento, surge a busca natural pela apropriação de imóveis, necessidade considerada essencial para o indivíduo e para toda a sociedade.

Por essa razão, será tratada aqui, de maneira mais específica, uma noção do que vem a ser o direito de propriedade e sua função social.

A propriedade representa a livre iniciativa e a economia de um Estado, reflete o Estado de Direito pela proteção do direito à vida, à dignidade, proteção aos contratos privados, de acordo aos ditames constitucionais e da segurança jurídica. No art. 170 da constituição é possível observar o regime da propriedade exposto, demonstrando a relação existente entre esse direito e o sistema econômico adotado pelo Brasil, fundado na iniciativa privada, cumprindo, por sua vez, a sua função social (DA SILVA, 2010).

Art. 170, incisos II e III - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II propriedade privada; III função social da propriedade privada.

O conceito de propriedade sofreu grandes mudanças desde o século passado, pois o ideal de propriedade tradicional submergiu no seu significado como elemento

fundamental destinado a assegurar, como fator básico da ordem social, a subsistência do caráter individual e o poder de autodeterminação (MENDES, 2012, p.368).

Inicialmente, a propriedade era um direito concebido como uma relação entre pessoa e coisa, de caráter absoluto, natural e imprescritível, como já explanado anteriormente. Contudo, essa prematura concepção foi alvo de grandes críticas, visto que não pode haver relação jurídica entre *peçoas* e *coisas*. Superada esta fase, passou-se a entender que este direito existia em uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um sujeito passivo universal, integrado por todas as pessoas que têm o dever de respeitá-lo e não violá-lo (DA SILVA, 2012, p. 271).

Gilmar Ferreira Mendes faz referência ao conceito trazido pelo autor Celso Bastos, elucidando a previsão constitucional da Carta Maior de 1988, em seu art. 5º. *Caput*, Inciso XXII, já transcrito em tópico passado, no que se refere ao direito de propriedade:

O conceito constitucional de propriedade é mais lato do que aquele que se serve o direito privado. É que, do ponto de vista da Lei Maior tornou-se necessário estabelecer a mesma proteção, que, no início, só se conferia à relação do homem com as coisas, a titularidade de exploração de inventos e criações artísticas de obras literárias e até mesmo a direitos em geral que hoje não o são à medida que haja uma devida indenização de sua expressão econômica. (2012, p. 370).

Nesses termos, o conceito constitucional de proteção ao direito de propriedade, (direito fundamental - individual e coletivo), tratado como cláusula pétrea, ultrapassa a concepção privatística estrita, abarcando outros valores patrimoniais, sobre um aspecto social, como as pretensões salariais, direito à imagem, participações societárias, direito de patente, marcas etc. (MENDES, 2012, p. 369).

Ademais, vale dizer que também prevê o direito de propriedade, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 [...], em seu artigo XVII, 1. “Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros”. 2. “Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”, tratando como um direito essencial a toda e qualquer pessoa, o que, por ora, pode ser trazido à baila, apenas com mera expectativa almejada pelo promitente comprador de um imóvel, em obter a futura propriedade do bem, tendo em vista que, *a priori*, na

hipótese trazida pelo presente trabalho, este pugna ainda pela tutela do seu direito de possuí-lo.

No que leciona José Afonso da Silva, em relação ao caráter absoluto dado ao direito de propriedade, diante da concepção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no qual o seu exercício seria ilimitado (na medida em que fossem assegurados aos demais indivíduos, o exercício do seu direito) este foi sendo lentamente superado, em razão da aplicação da teoria do abuso de direito, pelas imposições positivas de deveres e ônus, até chegar a concepção atual de propriedade, numa perspectiva social, porém, hoje em constante crise (2012, p. 272).

Vale ressaltar que o direito de propriedade e o direito de construir compõem tópicos essenciais para o direito imobiliário e urbanístico, haja vista que se pressupõe que o detentor do domínio queira utilizar todos os poderes inerentes à sua propriedade, inclusive no que tange ao direito de construir.

Segundo elucida o professor mestre Sílvio de Salvo Venosa (2003), após o seu cumprimento, o compromisso registrado confere ao adquirente o direito de sequela, permitindo-lhe reivindicar, além da posse do bem, o seu direito à propriedade, exigindo a outorga de escritura pública e até mesmo através de ação de adjudicação compulsória.

Todavia, lembra ainda o referido autor que a execução específica dessa outorga, em regra, não se exclui nem mesmo diante da ausência do registro público, até mesmo de outros requisitos contratuais, pois, tornando-se viável recorrer ao poder judiciário, em uma ação cominatória, de obrigação de fazer, para obter a decisão que obrigue a transferência da titularidade do bem.

Nesse contexto estão inseridos os futuros adquirentes de uma casa própria, posto que se encontram em constante busca pela efetivação do direito de propriedade privada, garantido pela Constituição Federal, submetidos a contratos de adesão, de promessa de compra e venda, nos quais prometem obrigações recíprocas, cujo acordo, em sua maioria não é honrado pelos promitentes vendedores.

Aos poucos, a evolução da perspectiva do conceito de propriedade privada, gerou uma desvinculação do conteúdo eminentemente individualista que era abordado, passando para um conceito constitucional eminentemente social, aproximando-se,

no caso do direito imobiliário, aos ditames sociais em defesa do direito à moradia. Assim, a partir do início do século XX, o perfil civilista da propriedade começa a ser conjugado com o caráter social e publicista, passando a harmonizar direitos individuais com direitos econômicos e sociais (SIQUEIRA, 2007).

Para os urbanistas, o direito de propriedade é o ramo do direito no qual se evidencia a função social da propriedade, não podendo um existir sem o outro. Desse modo, a nova perspectiva Constitucional do Brasil previu uma intervenção maior do poder público nessa área, permitindo que os entes públicos fomentassem o exercício da função social pela propriedade privada, podendo, muitas vezes, limitar o exercício da liberdade do direito de propriedade, mas nunca poderá inviabilizá-lo (DOS SANTOS, 2011).

O direito de propriedade, até chegar à função social dada a este instituto jurídico, perpassa por três posições teóricas distintas.

Na primeira posição, o direito de propriedade firmou-se sob uma perspectiva de direito absoluto, tratado como a propriedade individualista, privada e própria do Estado Liberal, principalmente a partir da primeira codificação napoleônica. *“A propriedade, dentro desse modelo, é mercadoria: expressão de valor de troca, de circulação de riqueza”* (MATTOS NETO, 1996, p. 74).

Com isso, a propriedade representava, para alguns, uma reserva de capital, um bem de grande, ou, senão, o maior valor econômico e social, possuindo também a égide de ser um meio de produção para gerar outros bens. Daí decorriam situações jurídicas e econômicas que geravam os principais conflitos entre os interesses individuais e sociais.

No que tange à segunda posição teórica, assumiu a propriedade uma concepção socialista na qual o interesse coletivo obrigou o Estado a avocar para si o domínio sobre o direito de propriedade, incluindo o que se refere aos bens de produção (NONES, 2009).

Vale ressaltar que a influência do socialismo, em suas diferentes concepções, nos países capitalistas, contribuiu muito para que a propriedade passasse a assumir determinado caráter social ao incorporar ao direito de propriedade o princípio da função social, no sentido de uma conciliação entre o interesse individual e o interesse social.

Por fim, no que concerne à terceira fase teórica, houve a busca pela harmonia entre os aspectos econômicos e sociais da propriedade, vistos nas duas primeiras posições teóricas, como forma própria do Estado Social, fazendo surgir o constitucionalismo contemporâneo. Este foi um grande marco de evolução do direito de propriedade, dando aos Estados uma fórmula inovadora para o direito da propriedade privada, eliminando seu caráter absolutista (NONES, 2009).

A partir de então, tanto o direito constitucional quanto o ordenamento infraconstitucional, dentro da ideia do capitalismo social, passou a incorporar um elemento inovador que se tornou inerente ao direito imobiliário, incluindo ao mero possuidor, bem como ao proprietário do bem, o dever de exercer sobre o imóvel a sua função social.

Nos dias de hoje, é quase impossível visualizar o direito de propriedade de forma absoluta e individualizada, pois, tanto ao proprietário, quanto ao possuidor, não é mais concebível a utilização de seu bem de forma indiscriminada e egoística. O conhecimento liberal do direito imobiliário, que atende os desejos da burguesia, advinda da Revolução Francesa e aproveitada de pelo Código Napoleônico, não alcança mais os anseios da sociedade do século XXI, cuja característica predominante é por ser uma sociedade mais exigente, consciente e bem mais informada sobre os ditames que protegem os cidadãos (BRITTO, 2011).

Destarte, a ordem jurídica tem o dever de garantir tanto o direito individual à moradia como também o direito à propriedade. Singularmente, todavia, ambos devem ser exercidos dentro dos limites sociais, principalmente no que tange à falta de aproveitamento do imóvel.

Ao tratar da função social da propriedade, o autor Antunes Varela (1997), citado por Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 98) posiciona-se no seguinte sentido:

Poder que se exerce contra todos a propriedade envolve interesses sociais de meridiana evidência, a tal ponto que se chega a afirmar que não existe propriedade, como entidade social e jurídica, que possa ser analisada individualmente, e que a justa aplicação do direito de propriedade, depende do encontro do ponto de equilíbrio entre o interesse coletivo e o interesse individual.

A Constituição Federal foi contundente quanto à funcionalidade da propriedade dentro da ordem econômica do país, colocando-a sob os ditames da ordem e justiça social. Nesse sentido manifesta-se José Afonso da Silva (2010, p.123):

[...] a função social é elemento da estrutura e do regime jurídico da propriedade, é, pois, princípio ordenador da propriedade privada; incide no conteúdo do direito de propriedade. [...] A função social não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade.

Em total oposição ao entendimento da maioria doutrinária, no que tange à natureza da função social da propriedade, Flávio Tartuce (2011, p. 797) deixa a entender que, para ele, a função social nada mais é que um princípio orientador da propriedade, para além de representar um limitador do direito de propriedade. Diferente da opinião de José Afonso da Silva (2012), que defende que a limitação insere-se em um contexto de obrigações e ônus, como elementos externos do direito de propriedade, como a simples atuação do poder de polícia pelo Estado.

De fato, o cumprimento da função social pela propriedade privada é elevado a tamanha importância pela Constituição Federal vigente, que trouxe algumas sanções à propriedade que infringir tal determinação, como pode ser exemplificado no artigo transcrito abaixo:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o **imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social**, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. (Grifos nossos)

Assim, no decorrer desta monografia, será possível perceber que o promissário comprador de um imóvel encontra-se obstaculizado de exercer o seu direito à moradia, bem como do direito de ver concretizado o seu direito real de propriedade, dando efetiva função social ao bem adquirido, posto que, não consegue exercer a posse do bem, em razão do ilícito civil e contratual, na medida em que o seu imóvel não é entregue dentro do prazo previamente pactuado.

3 CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA – A RELAÇÃO ENTRE CONSTRUTOR E/OU INCORPORADOR E O PROMISSÁRIO COMPRADOR À LUZ DO CC/2002 E DAS LEIS ESPECIAIS.

A incorporação imobiliária nada mais é que um negócio jurídico cuja intenção é promover a construção de empreendimentos imobiliários, para alienação autônoma, parcial ou total, de imóveis edificados, ou ainda em fase de edificação. Deste modo, relaciona-se diretamente com o direito civil, no qual se refere ao interesse na edificação de imóvel como uma atividade mercantil por natureza (DINIZ, 2006, p.13).

Para o autor Leandro Ghezzi Leal (2007, p.19), o contrato de incorporação também pode ser definido como negócio jurídico efetivado para a incorporação de um terreno, com a finalidade de construir um imóvel, através da promessa de construção.

Essa modalidade de contrato encontra-se normatizada na Lei 4.591/1964 e na Lei 10.931/2004.

A construção do empreendimento, objeto da incorporação, poderá ser contratada diretamente entre um construtor e o adquirente do imóvel ou através da própria incorporadora, sob a modalidade de dois regimes: empreitada ou administração, sendo esta realizada diretamente pelo incorporador, quando este assume o papel de construtor do imóvel, conforme prevê o artigo 48 da Lei nº 4.591/64 (AGHIARIAN, 2009, p.260-261):

Art. 48. A construção de imóveis, objeto de incorporação nos moldes previstos nesta Lei poderá ser contratada sob o regime de empreitada ou de administração conforme adiante definidos e poderá estar incluída no contrato com o incorporador, ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor.

O contrato utilizado para formalizar a intenção de compra de um imóvel adquirido na planta é o contrato de promessa de compra e venda, como bem conceitua a doutrinadora Maria Helena Diniz:

O compromisso ou promessa irrevogável de venda vem a ser contrato pelo qual o compromitente – vendedor obriga-se a vender ao promissário-comprador determinado imóvel, pelo preço, condições e modos avençados, outorgando-lhe a escritura definitiva assim que ocorrer o adimplemento da obrigação. (2006, p.336)

A Promessa de Compra e Venda pode ser definida como um contrato bilateral, sinalagmático, que estabelece uma obrigação de fazer. Um contrato preliminar no qual as partes pactuantes obrigam-se a fazer no futuro um contrato definitivo de compra e venda desde que haja os implementos das condições determinantes (AGHLARIAN, 2009, p. 114).

Esta modalidade de contrato encontra esteira no que se denomina no direito civil de contrato de adesão, cujas cláusulas são pré-formuladas e impostas aos promissários compradores (futuros adquirentes), não permitindo, portanto, discussão prévia acerca do seu conteúdo. Neste tipo de contrato, por ser um modelo pré-moldado pela construtora / incorporadora, podem existir diversas cláusulas abusivas, apostando na ignorância do futuro adquirente, referente a seus direitos.

O art. 452 do CC/2002 prevê que: “o contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado”, assim o compromisso de compra e venda, na condição de “ato jurídico perfeito”, é um contrato preliminar que independe da relação principal que pretende garantir (FARIAS, ROSENVALD, 2010, p. 106).

O objetivo do contrato preliminar, ou pré-contrato, segundo leciona VENOSA (2003), é a conclusão de um contrato principal e definitivo, pois este tem todas as características de contrato, sendo, portanto, perfeito e acabado, como uma modalidade autônoma. Assim, na promessa, já existem todos os requisitos do futuro contrato definitivo, por esta razão, não pode ser confundido com as chamadas *negociações preliminares*, pois, essa fase preliminar de negociação, na maioria das vezes, não gera direitos, diferente do que ocorre com o contrato preliminar ou promessa.

O compromisso de compra e venda não se refere a um contrato preliminar típico, devendo ser interpretado e examinado, sempre sob a égide negocial. Entretanto, trata-se de contrato regulamentado, representado, em sua maioria, por normas cogentes que buscam a proteção da parte, a princípio, mais fraca economicamente, qual seja, o promissário comprador, porém, sem deixar de resguardar, de igual modo, o alienante, quando do inadimplemento (VENOSA, 2003).

O Decreto-lei n. 58/37, que dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações, conferiu os lineamentos basilares ao instituto do

compromisso de compra e venda, ainda que originalmente direcionado para terrenos loteados, sendo posteriormente regulamentado pelo Decreto n. 3.079/38.

Vale dizer ainda que a Lei n. 649/49 altera a redação que dispõe sobre as escrituras de compromisso de compra e venda de imóveis loteados, estendendo o regime geral das promessas de compra e venda aos imóveis que não se encontravam loteados, desde que não tivessem cláusula de arrependimento e estivessem devidamente registrados no cartório imobiliário.

Finalmente, a Lei n.º 6.766/79 determinou o parcelamento do solo urbano, incorporando as conquistas jurisprudenciais, derogando, em parte, o Decreto-lei n.º 58/37, mas manteve sua linha originária, permanecendo integralmente vigente para imóveis rurais.

Segundo o que leciona Arnaldo Rizzardo (2010), o Código Civil de 2002 disciplinou o condomínio edilício, não incluindo, porém, a incorporação imobiliária. Manteve-se, pois, o quanto disposto na Lei n. 4591/1964. Assim sendo, as normas do CC/2002 ventiladas neste trabalho, são aquelas inerentes aos contratos preliminares de compra e venda de imóvel, previstos nos artigos 462 ao 466:

Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive.

Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.

Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.

Art. 465. Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos.

Art. 466. Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor.

O contrato de promessa de compra e venda de imóvel, no que se refere especificadamente à incorporação e à construção dos empreendimentos, rege-se pela Lei n. 4.591/64, como já mencionado, mas também será amparado pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, sendo aplicado para definir o comportamento das partes, no que tange aos deveres e direitos aderentes a estes

contratos, sobretudo com relação à abusividade de cláusulas contratuais leoninas, explicadas em tópico específico mais à frente.

No que tange às obrigações existentes na relação entre comprador e vendedor, Caio Mário da Silva Pereira (2012, p. 45 e 46) classifica as obrigações em três grupos: Obrigação de *dar*, *fazer* e *não fazer* alguma coisa. A classificação objetiva refere-se à prestação, posto que, quando se diferencia a obrigação de *dar* com de *fazer*, tem-se em vista a qualidade da prestação. Contudo, segundo o autor, alguns doutrinadores mais atuais se limitam a classificá-las em obrigações positivas (*dar* e *fazer*) e, em contrapartida a essas, em obrigações negativas (*não fazer*), as quais se referem a uma abstenção. Porém, nem sempre é fácil fazer essa distinção entre *dar* e *fazer*, contudo, sempre foi pacífico que será de *fazer* a obrigação, quando esta pressupõe, concomitantemente, o dever de fazer e *dar* alguma coisa.

A obrigação de *dar* consiste na entrega de uma coisa, seja pela tradição ou pela restituição de coisa alheia ao seu dono. Com efeito, o foco deste trabalho relaciona-se com os contratos translaticios de domínio – compra e venda – que somente se efetivará com a transferência, “*inter vivos*”, da propriedade, através do registro da coisa imóvel. Pois, de nada adiantará a entrega da coisa sem a efetiva transferência de domínio.

Segundo Jose Ozório de Azevedo, sem a menor dúvida, a obrigação mais importante é o dever de *dar*, posto que, estando ausente a entrega do imóvel, perde-se a razão o referido contrato, assegurando a parte lesada o direito à execução da obrigação não cumprida. (1998, p.89).

Encontra-se igualmente válido ressaltar que é obrigação da construtora e/ou incorporadora de entregar o imóvel, ao promissário comprador, em perfeitas condições para a sua moradia e nos limites do prazo pactuado.

Nesse sentido, a obrigação da Empresa que irá edificar o imóvel se confunde entre a – obrigação de *dar* – ou seja, de entregar o bem, com a obrigação de construir o empreendimento, nos termos pactuados; de realizar a outorga da escritura, viabilizando assim o registro no cartório de imóveis – ambos como obrigações de fazer, o que seriam, em regra, aplicadas as premissas da obrigação de fazer. Todavia, alguns doutrinadores mais atuais pressupõem outra análise, na qual deve ser verificado o aspecto mais preponderante – o de dar ou de fazer – porém, se

ainda assim não for possível especificar o aspecto preponderante, principal, deve-se cindir as obrigações e aplicar o regime próprio de cada um dos institutos (PEREIRA, 2012, P. 49).

O Código Civil de 2002 prevê a obrigação de *dar* e obrigação de *fazer*, nos artigos relacionados abaixo:

Art. 233. A obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso.

Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

No que se refere à necessidade de registro na promessa de compra e venda de imóveis, o autor Hércules Aghlarian (2009, p. 118), entende que essa forma de contrato possui eficácia *erga omnes*, tendo em vista que a eficácia de definitividade do negócio, em nível de promessa, não se manifesta apenas no que tange às características da vontade como irrevogável e irretroatável, como também por ser possível se atribuir a certeza do negócio e sua oponibilidade a todos (*erga omnes*). Isso ocorre em razão do dever complementar, quando reunidos os seus requisitos, de realizar o registro do instrumento preliminar da promessa, segundo determinado desde 1973, em vigor até hoje, pela Lei n. 6.015, artigo 167, I, § 9º, com nova redação dada pela Lei 6.216/75:

Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.

I - o registro:

§ 9º) dos contratos de compromisso de compra e venda de cessão deste e de promessa de cessão, com ou sem cláusula de arrependimento, que tenham por objeto imóveis não loteados e cujo preço tenha sido pago no ato de sua celebração, ou deva sê-lo a prazo, de uma só vez ou em prestações;

Contudo, hoje, entende-se, pela maioria dos tribunais, que poderá haver a relativização dessa regra, apesar de saber que, no direito imobiliário brasileiro, a transferência da propriedade imóvel não se dá com a simples tradição, mas apenas com a transcrição do título decorrente de um fazer específico, art. 1.227 do CC: “Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código”.

Vale trazer aqui, o disposto na Lei n. 6.766/79, que dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências, a qual foi ainda mais além, protegendo, de forma mais evidente, o promissário comprador de imóvel urbano, permitindo o

registro compulsório do mero negócio preliminar de compromisso de compra e venda, veja-se:

Art. 27. Se aquele que se obrigou a concluir o contrato de promessa de venda ou de cessão não cumprir a obrigação, o credor poderá notificar o devedor para outorga do contrato ou oferecimento de impugnação no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de proceder-se ao registro de pré-contrato, passando as relações entre as partes a serem regidas pelo contrato-padrão.

Em verdade, já houve grandes discussões jurisprudenciais para debater acerca da necessidade do registro da promessa de compra e venda como requisito, pois, o direito do promitente comprador é um direito real, conforme prevê o art. 1.225: “São direitos reais: VII - o direito do promitente comprador do imóvel”, que se adquire com o registro - (art. 1.227 acima transcrito). Podemos citar como exemplo, a adjudicação compulsória, qual seja, ação que possui a finalidade de fazer a execução coercitiva do contrato, com registro da carta de adjudicação que transfere a propriedade do bem para o promissário comprador que honrou com todas as suas obrigações assumidas no compromisso de compra e venda.

Os artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil de 2002 também trazem à baila um direito real não previsto anteriormente pelo Código Civil de 1916, garantindo assim, direito real a um contrato preliminar, até então de natureza pessoal, veja-se:

Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

Da leitura dos artigos do CC/2002, pode-se deduzir, em um primeiro momento, que a adjudicação compulsória do compromisso de compra e venda de imóveis ficaria condicionada ao atendimento de todos os requisitos formais ali expostos, contudo, hoje, já se admite a relativização das regras normatizadas no CC/2002, em prol da segurança jurídica.

O autor Hércules Aghlarian possui posição diversa, aduzindo que a adjudicação compulsória só deve ser provocada pelo titular de direito real, tomando como base a súmula 147 do STF: “*Não se aplica o regime do D. L.58 de 10-12-1937, ao compromisso de compra e venda não inscrito no registro imobiliário, salvo se o promitente vendedor se obrigou a efetuar o registro*”, pois, o contrato somente

contrai existência no âmbito do direito real, mediante registro do instrumento contratual de promessa, contudo este poderá ser feito a qualquer tempo, admitindo-se o registro do compromisso a qualquer tempo necessário para produção dos seus efeitos em prol da segurança jurídica (2009, p.128-130).

Entretanto, nos dias atuais, com a edição da Súmula n. 239, do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe: *“o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”*, o entendimento majoritário é que o compromisso de compra e venda será considerado justo título, capaz de legitimar a declaração do domínio, seja por usucapião ordinário, ou por adjudicação compulsória, sendo este constituído ou não por instrumento formalizado e registrado em cartório, em face da boa-fé processual e da segurança jurídica. (MARQUES, Pedro Ivo, 2010).

Nesse sentido, aduz a decisão da Apelação transcrita:

ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA - Ausência de outorga da escritura definitiva de imóvel Compromisso de compra e venda não registrado Impossibilidade jurídica do pedido não caracterizada. Preenchimento dos requisitos para a propositura da ação Cabimento da ação adjudicatória que é espécie de ação de obrigação de fazer Ausência de registro que não impede a propositura da ação. Aplicação da Súmula 239 do STJ Preliminares afastadas. Alegação, da ré, de que o contrato, em verdade, não é de compra e venda, mas de garantia de empréstimos onzenários Simulação não comprovada Ação procedente Sentença mantida. Apelação não provida. Processo: APL 91922620018260000 SP 0009192-26.2001.8.26.0000. Relator(a): João Carlos Saletti, Julgamento: 26/07/2011, Órgão Julgador:10ª Câmara de Direito Privado, Publicação: 27/07/2011. (Grifos nossos)

O problema ocorre quando um terceiro de boa-fé adquire o imóvel sem que na matrícula deste conste qualquer menção à promessa de compra e venda anterior.

No que tange à forma, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2010), traz a ideia de que o compromisso de compra e venda poderá se dar através de instrumento particular ou público, porém, em se tratando de bem imóvel, com valor acima de trinta salários mínimos, aduz o que dispõe o art. 1.417 do vigente Código Civil: *“Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório do Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.”*

Ora, se o comprador adquire direito real, não o permitir, de imediato, o registro pleno da propriedade, sem a necessidade inútil da *escritura definitiva*, é algo que reflete um retrocesso, aumentando ainda mais a burocracia aos serviços públicos.

O cerne dessa discussão gira em torno do art. 108 CC/2002, que trata da necessidade de escritura pública, mesmo após o registro do compromisso de compra e venda do imóvel e quitação do quanto devido:

Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 (trinta) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Nesse sentido, Salvo Venosa (2004) também faz severas críticas no que se refere à necessidade da escritura pública, para a obtenção de contrato definitivo, uma vez que, sendo celebrado o contrato de promessa de compra e venda, bastaria que este houvesse por ser averbado no registro do imóvel, apenas com a necessidade de comprovação do pagamento integral das parcelas referidas no imóvel, ocasionando, em verdade, um excesso na burocracia cartorária, atulhando os tribunais com desnecessárias ações de adjudicação compulsória.

Nesse diapasão, percebe-se que o Código Civil de 2002 não trouxe muita atualização e proteção ao consumidor (promissário comprador), vez que não buscou minimizar os efeitos do excesso burocrático do sistema de registros públicos, não permitindo o cumprimento efetivo do papel destinado ao registro público imobiliário.

3.1 RELAÇÃO DE CONSUMO – INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Direito do Consumidor estabelece um microssistema jurídico capaz de reconhecer a fragilidade existente na relação entre fornecedor e consumidor, dando maior amparo à parte mais vulnerável, qual seja, o consumidor, provendo verdadeiros mecanismos de proteção capaz de tornar menos onerosa e mais equitativa esta relação.

A defesa do consumidor está expressa na Constituição Federal de 88, como princípio norteador da ordem econômica do Brasil, conforme prevê o art. 170, inciso V, bem como na ADCT, em seu art. 48, pois, diante do princípio da dignidade da

pessoa humana, promover a justiça nas relações negociais também é dever do Estado, conforme comprova o julgado abaixo:

Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...] V - defesa do consumidor.

Art. 48 - O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

As normas existentes no CDC são de ordem pública, pois, atendem ao cumprimento constitucional existente no art. 5º, inciso XXXII – “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, e demais dispositivos supramencionados, conforme prevê o artigo 1º do CDC:

Art. 1º - O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

A criação de um Código que tutelasse os direitos do consumidor foi instituída pela Magna Carta através de uma norma de eficácia limitada, ou seja, norma que ainda dependia da existência de outro ato normativo para que fosse gerada a sua eficácia plena. Nesse sentido, o cumprimento da determinação constitucional fora consubstanciado apenas em 1990, com a promulgação do CDC (Código de Defesa do Consumidor - Lei n. 8.078).

O CDC não surgiu com a intenção de alterar os dispositivos do Código Civil de 1916, tampouco as leis esparsas já existentes à época, sendo criado, em verdade, com a intenção de regulamentar, em um microsistema, exclusivamente as relações chamadas “relações de consumo”.

No caso estudado neste trabalho, sem sombra de dúvidas, trata-se de uma relação contratual travada entre fornecedor e consumidor, na qual de um lado existem as construtoras e/ou incorporadoras (como fornecedores de imóveis novos); do outro os promissários compradores (futuros adquirentes de unidades imobiliárias), configurando uma relação consumerista que se subsume ao disposto nos artigos 2º e 3º do CDC, através de um contrato de adesão:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

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.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Não se pode perder de vista que, conforme transcrição do artigo 54 do CDC, o pacto feito entre as construtoras e os adquirentes dos imóveis é classificado como de adesão:

Art. 54 - Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

O equilíbrio contratual estabelecido no CDC impõe, tanto às leis esparsas anteriores quanto às ulteriores, o seu cumprimento, desde que presente a relação consumerista. Contudo, por se tratar de normas de cunho geral, estas não revogam e nem são revogadas por leis especiais surgidas posteriormente, havendo sua coexistência, desde que compatíveis, sendo necessário examinar a finalidade das duas, pois o CDC não trata de contratos de maneira específica, aplicando-se assim, a todos os tipos de contratos ditos como de consumo (MARQUES, 2006, p.434-435).

A sujeição às regras do referido diploma legal torna-se inafastável no caso em comento, como pode ser visto em algumas decisões de importantes tribunais, podendo citar como exemplo a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, a qual reconhece a aplicação do CDC aos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, em 2001, sendo tal precedente seguido até hoje, sem maiores controvérsias, como pode ser observado no julgado infra:

“PROMESSA DE COMPRA E VENDA. Empresa imobiliária. incidência do Código de Defesa do Consumidor. Rege-se pela Lei 4.591/64, no que tem de específico para a incorporação e construção de imóveis, e pelo CDC o contrato de promessa de compra e venda celebrado entre a companhia imobiliária e o promissário comprador. Recurso conhecido e provido.”

(STJ – 4ª T., REsp nº 299.445/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 20.08.2001, p. 477). (Grifos nossos)

Como dito no subtítulo anterior, a douta Cláudia Lima Marques leciona que a construção de um imóvel também pode se dar através de empreitada, em que o empreiteiro obriga-se a realizar obra certa a outrem. Assim sendo, o contrato de empreitada ora se submete ao código civil, com amplas discussões de seus

dispositivos pelas partes, ora ao código consumerista, quando presente a vulnerabilidade por parte do cliente (promissário comprador) (2006, p.436-437).

Nessa esteira, o artigo 47 do CDC – “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”, ou seja, no que se refere ao contrato estudado neste trabalho, seus dispositivos devem ser interpretados de forma mais favorável possível ao consumidor – futuro adquirente do imóvel, conforme ratifica o julgado do TJ/SP:

COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA – Loteamento – Pavimentação asfáltica realizada pela Municipalidade – Custeio das despesas – Apelação da construtora corre, pretendendo a improcedência da demanda – Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – Por força de cláusula contratual as correes obrigaram-se, de forma solidária, a tal despesa – **Interpretação favorável ao consumidor – Art. 47 do CDC –** Recurso adesivo do autor, pretendendo a condenação das rés por litigância de má-fé – Inviabilidade – O apelo interposto consubstancia exercício regular do direito de recorrer – A má-fé não é pressuposta, reclamando comprovação – Sentença mantida – Apelação e recurso adesivo improvidos. (TJ/SP – 1ª C. Dir. Priv., Ap. Cív. c/ Rev. nº 281.220-4/0-00, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, julg. 27.11.2009) (Grifos nossos).

Em ato contínuo, aplica-se, portanto, as regras do CDC nos contratos de incorporação e construção imobiliária, caracterizando o promissário comprador como consumidor final do bem, conforme prevê o art. 29 do CDC: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

Nesse diapasão, Cláudia Lima Marques aduz em sua obra “Contratos no Código de Defesa do Consumidor”:

Ao contrato aplica-se, então, em regra, as normas do CDC. Isto é importante em face da multiplicação no mercado imobiliário deste tipo de contrato e o perigo da má utilização do instituto, que trabalha necessariamente com a figura da promessa de compra e venda, tendo em vista a venda antecipada. No caso existe uma grande pluralidade de leis especiais e gerais aplicáveis ao contrato. A aplicação do CDC ao contrário é pacífica, mas este diálogo das fontes se dará entre a lei especial (Lei 4.591/64), o CDC, o novo Código Civil de 2002 (CC/2002) e a Lei do Patrimônio de Afetação (Lei 10.931/2004), sendo que esta acabou trazendo substanciais modificações à incorporação imobiliária no Brasil (2006, p.437).

Sendo assim, todas as normas emanadas do CDC, ou seja, normas protetivas ao consumidor, devem, em regra, ser aplicadas aos contratos de promessa de compra e venda de imóvel firmados com as construtoras e/ou incorporadoras com os adquirentes dos imóveis, sendo estes contratos de adesão ou não.

3.2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NA RELAÇÃO CONTRATUAL

Em se tratando de contratos bilaterais (no caso aqui estudado - contrato de promessa de compra e venda), o princípio da boa-fé pressupõe uma bilateralidade nas relações obrigacionais, seja no que tange aos direitos quanto aos deveres assumidos pelos contraentes.

No Brasil, até mesmo antes da edição do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor, era possível verificar previsões expressas do referido princípio, conforme preconizam o art. 131 do Código Comercial (Lei n. 556, de 1850) totalmente revogado pelo CC/2002, o Código Civil de 1916, em seu artigo 1443 e o Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 1973), em seu art. 14 (AGUIAR JUNIOR, 2004), conforme transcrições abaixo:

(Código Comercial) Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme a boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subsequentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;

3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;

4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;

5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

(CC/1916) Art. 1443 - O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

(CPC) Art. 14 - São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

O dever fundamental de todos os cidadãos está na observância dos princípios do direito Romano: *honeste vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudicar ninguém) e *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que lhe é devido). Daí pressupõe o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito de ter seus direitos respeitados (CANUTO, 2010, p. 223)

O padrão ético estabelecido entre as partes é de grande importância para a relação obrigacional, embora não haja previsão expressa em lei de como deverá ser este comportamento. Contudo, é necessário haver a verificação da conduta cometida, se esta, portanto, exprime ou não um comportamento esperado pela maioria da sociedade, pelo homem médio (THEODORO JÚNIOR, 2008, p.19).

Ademais, a boa-fé objetiva destaca-se como um dos principais princípios incorporados pelo CC/2002, na medida em que se situa em uma fonte de deveres paralelos, conhecidos e denominados de deveres acessórios àqueles pactuados no contrato, conforme previsões expressas:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Nesse contexto, Theodoro Júnior prevê ainda quando há a real necessidade e/ou obrigação de se observar e respeitar esse princípio da boa-fé contratual: “Quando negociou as tratativas preliminares, quando estipulou as condições do contrato final concluído, quando deu execução ao ajuste e até depois de cumprida a prestação contratada” (2008, p.19). Ou seja, durante toda a relação anterior, concomitante, ou posterior ao contrato.

Já com relação à legislação consumerista, cabe apenas citar a utilização do princípio da boa-fé, previsto como parâmetro para uma harmonização ética na relação obrigacional envolvida, conforme preveem os artigos relacionados abaixo:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, **o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo**, atendidos os seguintes princípios:

[...] III - **harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor** com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, **sempre com base na boa-fé** e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativamente ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabelecem **obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.** (Grifos nossos).

Como bem conceitua Valéria Falcão Chaise (2001): “A boa-fé, como princípio geral, atua também como critério informador do ordenamento jurídico. Tal função se pode exercer de maneira ampla, dando forma ao conjunto normativo.” Assim sendo, no que tange ao dever de informação, por exemplo, que também se mantém conectado ao princípio da boa-fé, este se encontra previsto no Código de Defesa do Consumidor em vários artigos, como dever de lealdade e probidade na informação, conforme alguns exemplos abaixo:

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

[...]

Art. 37. **É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.**

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. (Grifos nossos).

Nesse contexto insere-se o dever do construtor em atuar, durante toda a relação obrigacional para com o futuro adquirente do imóvel, de forma proba, amparado pelo princípio da boa-fé na elaboração das cláusulas contratuais, Tem, por exemplo, o dever de informar, de maneira clara, o real projeto do imóvel, bem como divulgar o lapso de tempo realmente necessário para a entrega do imóvel, com uma margem de previsibilidade mais ampliada, contando com possíveis imprevistos, segundo tutela o Código do Consumidor:

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.**

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por **defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por**

informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
(Grifos nossos)

Muitas vezes, em razão da grande concorrência do mercado, para aumentar ainda mais as vendas e chamar a atenção dos clientes, as empresas do ramo divulgam prazos que são, em sua maioria, de cumprimento inviável, contando com o atraso na entrega em razão do lapso adicional chamado de “prazo de carência”, incluído em todos os contratos de adesão, na tentativa de postergar a entrega do bem, já sabendo da impossibilidade de cumprir o prazo previsto ordinariamente.

Nesse aspecto, a boa-fé impõe a busca pela solidariedade, lealdade, transparência e cooperação, em uma superação à ótica individualista dos contratos, levando a uma análise acerca da função social deste, como norma destinada à confiança, colaboração e consideração aos interesses alheios. Ou seja, uma concretização dos deveres inerentes ao princípio da solidariedade social previsto na constituição, que deve também ser respeitado pelo contrato de promessa de compra e venda em questão (BESSA, 2009).

Ainda nesse contexto, no título seguinte, reservado para tratar das cláusulas abusivas, nítidas ofensoras do princípio da boa-fé, cumpre trazer à baila figuras parcelares da Boa-fé objetiva: o “*venire contra factum proprium*”, vedação ao comportamento contraditório; e o “*tu quoque*”, pressupondo, quando da verificação de previsão contratual de um determinado comportamento viole seu conteúdo preceptivo, para uma das partes, seja dada a mesma intolerância de conduta para o outro contraente. Ambos, explanados de forma mais elucidativa oportunamente.

3.3 DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS LEONINAS NO RAMO IMOBILIÁRIO

Como já dito anteriormente, a praxe do mercado imobiliário é a utilização do contrato de adesão, devendo este ser celebrado entre a Construtora e o Adquirente do imóvel, inicialmente, por um “*Contrato de Promessa de Compra e Venda*”, no qual suas cláusulas encontram-se previamente descritas, sem a participação do adquirente para a sua elaboração.

Dentro da inserção de diversas cláusulas do contrato de adesão da promessa de compra e venda, é possível encontrar algumas que são reconhecidas pelo

ordenamento jurídico - Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor - denominados de “*cláusulas leoninas*”, disfarçadas e impostas aos consumidores de forma imperativa, que, em verdade, tendem a causar desproporções, desvantagens e lesões aos direitos do consumidor.

A supracitada cláusula pérfida, como bem conceitua Nelson Nery Júnior (2007), não passa de um dispositivo inserido unilateralmente no contrato, notoriamente em desfavor à parte mais fraca da relação contratual - o consumidor, por disposição expressa do artigo 4º, inciso I, do CDC, que tende a provocar prejuízo aos direitos da outra parte, aproveitando-se da desigualdade entre os pactuantes. Tais declarações abusivas lesam a boa-fé contratual, causam desequilíbrio nos direitos e obrigações das partes em detrimento daquela mais fraca. A legislação reconhece a sua nulidade, não implicando, todavia, anulação do contrato como um todo.

O art. 6º da Lei 8.078/90 – CDC dispõe como direitos básicos do consumidor: a proteção contra cláusulas abusivas, bem como a declaração de sua nulidade, através do poder judiciário:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

IV - **a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva**, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra **práticas e cláusulas abusivas** ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam **prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas**;

(Grifos nossos).

Assim, a simples presença de cláusulas denominadas leoninas, inseridas no contrato de consumo, mais comuns nos contratos de adesão, no qual o alienante reserva-se todas as vantagens possíveis em detrimento do adquirente, a quem são carregados todos os ônus referentes ao contrato, podem tornar inválida a relação contratual em razão da quebra do equilíbrio entre os sujeitos envolvidos.

Esta prática é caracterizada como abusiva, sendo totalmente rechaçada pelo Direito.

Nesse diapasão, tomando-se como base alguns contratos reais, firmados entre construtoras e adquirentes de imóveis, é possível citar, de maneira exemplificativa, apenas como forma de elucidar melhor a exteriorização dessas declarações leoninas, algumas cláusulas embutidas no contrato, que impõem ao consumidor posição de desvantagem na relação existente entre construtoras e/ou

incorporadoras de imóveis e seus consumidores/adquirentes. Contribui também, nesse sentido, o advogado Rodrigo Vallejo Marsaioli (2004), em seu artigo jurídico:

Não é permitida a inclusão de cláusula que impossibilite o promissário comprador de um imóvel de poder exigir a devolução dos valores pagos, ao averiguar avarias ou defeitos na construção, que não puderam ser vistos no momento da entrega do bem, impossibilitando, assim, o seu adequado uso ou que diminuam o seu valor.

Também pode ser considerada irregular a cláusula que impõe multa moratória, estipulada no percentual acima do previsto em lei, seja de dez, quinze, vinte por cento, ou até mais, aplicando o quanto disposto no Código de Defesa do Consumidor, onde prevê limitação de dois por cento do valor devido na prestação, conforme prevê o art. 52:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: § 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

Deve ser considerada abusiva e nula de pleno direito a cláusula que autoriza a construtora a dar em garantia hipotecária as unidades imobiliárias que ainda estejam em construção, a qualquer que seja a instituição financeira. Pois, muito embora tenham sido cientificados, no contrato de promessa de compra e venda, acerca da cessão de crédito, a relação jurídica é restrita à instituição financeira diretamente com a construtora, assim sendo, não poderá “terceiro” responder por esta relação. Foi a construtora, afinal, que celebrou contrato com o financiador, no que tange ao empréstimo obtido, desse modo, caberia ao banco credor exercer o seu dever de fiscalizar, de maneira adequada, para obter, durante o andamento da obra, o recebimento das parcelas do seu crédito. Sendo assim, caso haja o descumprimento, este não pode e nem deve ser suportado por quem não lhe deu causa.

Do mesmo modo, a cláusula de eleição de foro, que, por si só, não pode ser considerada nula no contrato de adesão. Nesse sentido dispõe a Súmula 335 do STF: “É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos de contrato”. Assim, o Supremo trouxe decisão de que este dispositivo de eleição de foro, enxertado no contrato de adesão, apenas não será válido se considerado “abusivo”, devendo ser analisado caso a caso, em confronto com as normas que regem o contrato em questão.

Encontra-se, indubitavelmente abusivo o dispositivo que trouxer qualquer alteração unilateral nas condições originariamente pactuadas, modificando em sua substância, em especial, no que se refere ao prazo de entrega do imóvel. Isto porque, se refere a um contrato de adesão, cujos termos são previamente descritos e posteriormente impostos ao consumidor, estabelecendo, muitas vezes, obrigações desproporcionais e abusivas, que são conflitantes com o princípio da boa-fé, bem como aos preceitos previstos no CDC.

O artigo contratual que permitir mais de uma interpretação, ou seja, quando está em afronta ao dever de conter uma redação clara, expressamente previsto no artigo 46 do CDC, também deve ser considerado como cláusula abusiva, segundo preconiza o referido dispositivo legal:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

É também nula disposição contratual que estabeleça obrigação abusiva ou que transfira responsabilidades a terceiros ou que imponha ao consumidor desvantagem exagerada, em confronto com os princípios que regem o direito do consumidor, como bem preceitua o art. 6º, inciso IV do CDC, acima transcrito, ainda que esteja se tratando da empresa de publicidade que foi encarregada para realizar o marketing da venda de um imóvel em construção, pois, quaisquer informações errôneas publicizadas vinculam a construtora e a empresa contratada, tendo em vista que a responsabilidade é solidária.

É nula cláusula contratual que transfira responsabilidades a terceiros ou estabeleça obrigação abusiva, que coloque o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatível com a boa-fé ou com a equidade, sobretudo, como já dito, quando se tratar de empresa de publicidade encarregada para realizar o marketing de venda de um imóvel em construção. As informações errôneas prestadas e publicadas vinculam a construtora e a empresa contratada, pois se trata de responsabilidade solidária.

Como ainda será explicado melhor neste trabalho monográfico, é considerada também, pela maioria da doutrina, como José Ozório de Azevedo e Cláudia Lima Marques, igualmente abusiva, a cláusula que estipula prazo de carência, que seria um prazo para postergar a entrega de um imóvel adquirido ainda na planta, sem

justificativa plausível, o que será aprofundado mais adiante, posto que coloca o promitente comprador em absurda desvantagem.

As hipóteses mencionadas acima são meramente exemplificativas, pois, existem vários outros casos que podem ser detectados. O que vai determinar a abusividade da cláusula é a análise do caso em tela. Sendo assim, é mister a presença de um profissional jurídico para evitar os percalços relativos à compra e venda do imóvel, pois, é sempre preferível agir de forma preventiva do que contenciosa.

De forma mais que evidente, a presença de cláusulas abusivas fere a presunção da boa-fé objetiva, explorada no subtítulo anterior. Nesse diapasão, vale trazer à baila a hipótese do “*tu quoque*”, figura parcelar do direito, advinda do princípio da boa-fé, bem exemplificado pela exceção do contrato não cumprido.

Luciano de Camargo Penteado (2008) traz em seu artigo jurídico esclarecimentos acerca do princípio da boa-fé, ventilando, com muita lucidez, o “*tu quoque*”, conforme significado é “e tu também”, fazendo alusão a uma frase de Júlio César dita grosseiramente. Para o autor, o “*tu quoque*” é verificado quando ocorrem hipóteses cuja contradição se faz presente, ou seja, é quando um dos sujeitos da relação obrigacional exige uma conduta em determinadas circunstâncias tais que ele próprio deixa de cumprir.

Assim, dessa adoção de contradição nos comportamentos obrigacionais, a figura que melhor representa o “*tu quoque*” é a exceção do contrato não cumprido, ou seja, quando torna-se legítimo o descumprimento contratual de uma das partes contraentes, diante do inadimplemento da outra parte. Nesse sentido se explica o CC/2002 em seu art. 476: “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. Ou seja, a exceção obstaculiza a pretensão, impedindo que esta seja juridicamente tutelada de modo a satisfazer o seu conteúdo (PENTEADO, 200?).

Ademais, a cláusula que permite, sem qualquer motivação, a prorrogação indefinida do prazo de entrega do imóvel, cerne deste trabalho, fere os direitos do consumidor, por ser abusiva e desequilibrar a relação contratual, se insurgindo, mais uma vez, contra o princípio da boa-fé, sendo, portanto, passível de anulação, afinal, se ao consumidor não é dado atrasar o pagamento por 120 ou 180 dias, por que à incorporadora seria isso permitido?

Neste quadro, deve o contrato sempre ter como base os princípios da transparência, da boa-fé, equidade e confiança, a fim de reequilibrar as relações de consumo, afinal, o Código consumerista está em vigor para resguardar o consumidor dos efeitos advindos de cláusulas reconhecidamente abusivas, em qualquer tipo de contrato, seja ele escrito ou verbal.

O Código de Defesa do Consumidor resguarda o futuro adquirente (consumidor) dos efeitos de cláusulas abusivas, em qualquer tipo de contrato, seja ele escrito ou verbal, conforme prevê o art. 51 do CDC, em seus incisos:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. [...];

II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III - transfiram responsabilidades a terceiros;

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

Em suma, vê-se, portanto, que tanto o CC/2002 e principalmente a legislação consumerista buscam salvaguardar os direitos dos promissários compradores, futuros adquirentes do imóvel, tentando desestimular a ocorrência de práticas abusivas, demonstrando a necessidade de se cumprir as seguintes premissas:

- I. Comportamento ético nas relações contratuais (boa-fé objetiva);
- II. Informações adequadas e verossímeis aos futuros adquirentes;
- III. Desestímulo à propaganda enganosa;

- IV. Classificar as cláusulas abusivas como nulas de pleno direito, matéria de ordem pública, imprescritível, podendo ser arguida em qualquer grau de jurisdição;
- V. Busca pelo cumprimento da obrigação através da tutela específica, podendo, no próprio contrato prever a aplicação de *astreintes* em caso de descumprimento contratual;
- VI. Reparação dos danos patrimoniais e morais;
- VII. Inversão do ônus da prova em benefício do consumidor;
- VIII. Extensão da responsabilidade também aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos, dentre outras estipulações.

Nessa esteira, não se pode perder de vista que o Código Civil de 2002 determina, em seu art. 423: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”, ou seja, ainda que se esteja tratando de contrato de adesão, as chamadas cláusulas abusivas não serão toleradas pelo ordenamento jurídico em prol do consumidor.

Por fim, vale ressaltar que qualquer cláusula em contrato de consumo não pode ofender os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, previstos pela CF/88.

3.3.1 Do Prazo de Tolerância

Da análise de alguns contratos para a execução desta pesquisa, observou-se que é de praxe, característico do contrato de construção civil, a previsão de cláusula contratual reconhecida, pela maioria dos doutrinadores, como leonina, a qual prevê prazos excedentes àquele ordinariamente pactuado, como tolerância adicional para a entrega do imóvel, cujo período varia de contrato para contrato, sendo de 90, prorrogável por mais 120, ou, como é mais comum, uma previsão de dilação do prazo por mais 180 dias (seis meses), tendo como base legal o disposto na lei n.º Lei 4591/64, conforme transcrição abaixo:

Art. 48. A construção de imóveis, objeto de incorporação nos moldes previstos nesta Lei, poderá ser contratada sob o regime de empreitada ou

de administração conforme adiante definidos e poderá estar incluída no contrato com o incorporador, ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor.

[...] § 2º **Do contrato deverá constar a prazo da entrega das obras e as condições e formas de sua eventual prorrogação.** (Grifos nossos).

Para melhor entendimento, diferente do prazo de "tolerância", encontra-se o prazo de "carência", qual seja, aquele previsto no art. 34 da Lei n. 964: "O incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento." Portanto, carência e tolerância, não obstante sejam tratados na maioria das vezes como sinônimos, não se confundem.

Nessa esteira, o prazo de tolerância, também chamado de "prazo de prorrogação", é reconhecido quando a empresa construtora do imóvel compromete-se a concluir o empreendimento e realizar a efetiva entrega do bem em uma data específica, contudo, prevendo alguns acontecimentos que possam vir a atrasar a obra, inserem, unilateralmente, esta cláusula, estabelecendo uma postergação do referido prazo de entrega.

Esta prática ocorre em praticamente todos os contratos realizados entre as construtoras e adquirentes de imóveis novos, com a finalidade de postergar a efetiva entrega do bem, dispondo, unilateralmente, pois se trata de um contrato de adesão, no qual o consumidor não possui margem para discutir tais cláusulas.

Segundo artigo escrito pelo causídico Henrique Guimarães (2011), este é, sem dúvida alguma, um dos dispositivos mais comuns nesta modalidade de contrato, e, quase sempre, vem desacompanhado de previsões de multas ou outras penalidades para o promitente vendedor. Em contrapartida, porém, as obrigações contratuais assumidas pelos futuros adquirentes estão sempre ligadas a penalidades expressivas, o que já denota uma ilegalidade, tendo em vista que fere o equilíbrio contratual entre as partes. Assim, mais uma vez, se faz presente a necessidade de se observar a figura do "tu quoque" como base necessária para um melhor atendimento ao princípio da boa-fé nas relações contratuais.

As empresas construtoras e/ou incorporadoras tentam esquivar-se de todas as formas da responsabilidade pelo atraso na obra. Sob este viés, é possível observar que é abusiva a cláusula que prolongue o prazo da empresa para realização de uma obra, sem fundamentos plausíveis e razoáveis que o justifique.

Como já mencionado no título anterior, o inciso IV do artigo 51, reconhece nula, de pleno direito, as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, ou que coloquem o consumidor em extrema desvantagem, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade, como forma de evitar prejuízos ainda maiores.

Como o instrumento contratual em discussão refere-se a um contrato de adesão, de direito privado, é ainda mais comum do que se espera, a previsão do termo supracitado “*Prazo de Carência*” sendo tratado, na maioria dos contratos, como sinônimo do prazo de tolerância, associado ao interstício cuja causa gerou o atraso da obra, sendo justificada pelas construtoras, em razão de acontecimentos classificados por estas como “*casos fortuitos*” ou de “*força maior*”, ou qualquer outro motivo que impossibilite o cumprimento da obrigação.

Em ato contínuo e mais absurdo, não é raro encontrar casos em que, ao ocorrer algum acontecimento extraordinário à vontade da construtora, que tenha dado causa ao atraso da obra, o prazo de 180 dias somente começar a contar a partir do término deste período de atraso, aumentando ainda mais o período de espera pelo consumidor.

Existem, ainda, contratos que preveem a prorrogação deste período por igual período, o que afronta ainda mais os direitos do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, § 1º e seus incisos, exige o equilíbrio contratual, demonstrando que a mera inserção do prazo denominado prazo de tolerância, alargando o prazo de entrega do imóvel de forma injustificada pela construtora, por si só, se caracteriza uma ilegalidade, conforme parágrafo abaixo transcrito:

- § 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:
- I - Ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
 - II - **Restringe direitos** ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a **ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual**; (Grifos nossos)
 - III - **se mostra excessivamente onerosa para o consumidor**, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso. (Grifos nossos)

Assim, neste artigo do CDC, é possível depreender que a mera inserção do prazo intitulado ou não de “*prazo de carência*”, alargando o prazo de entrega do imóvel, de forma injustificada pela construtora, por, em média, seis meses ou mais, por si só, já

pode ser caracterizado como uma verdadeira abusividade e afronta ao princípio da boa-fé, tendo em vista que tal previsão se mostra excessivamente onerosa apenas para o consumidor e na maioria das vezes, ocorre de forma injustificada, novamente em descompasso ao que preconiza o “*tu quoque*”, conforme oportunamente explicado.

Nesse sentido, também tem se inclinado a maioria dos tribunais brasileiros, conforme comprovam os julgados abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO E PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL.

No caso concreto, o aditivo contratual constitui prova inequívoca da alteração da data da entrega do imóvel, ante o adimplemento do preço pela compradora. Com efeito, **o atraso na entrega do imóvel implica mora da empresa ré**, impondo-se a devolução dos valores pagos devidamente atualizados, bem como o reconhecimento do dever de indenizar por perdas e danos. Precedentes jurisprudenciais. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Processo: AC 70048845341 RS - Relator(a): Glênio José Asserstein Hekman, Julgamento: 26/09/2012 - Órgão Julgador: Vigésima Câmara Cível. Publicação: Diário da Justiça do dia 08/10/2012). (Grifos nossos).

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO CUMULADA COM PERDAS E DANOS. ATRASO ENTREGA DAS OBRAS. PRAZO DE ENTREGA DO IMÓVEL E DE OBTENÇÃO DO "HABITE-SE". DISTINÇÃO. 1. Estabelecidos distintamente no contrato, **não se confundem os prazos de entrega do imóvel (36 meses), de carência (180 dias) e de obtenção do "habite-se" (60 dias). Assim sendo, não se pode somar ao prazo total para conclusão das obras - que deve corresponder ao somatório apenas do prazo de entrega com o de carência - aquele correspondente à obtenção da "carta de habitação".**

2. O acentuado e injustificado atraso da obra, e a evidente impossibilidade de entregá-la no termo ajustado, mesmo em se considerando o prazo de carência, deixam claro o inadimplemento antecipado.

3. A inexecução do contrato de promessa de compra e venda por parte da empresa vendedora enseja ao comprador o direito de pedir a resolução da avença, com a imediata devolução de todas as quantias pagas.

4. Causado o inadimplemento contratual pela empresa construtora, não poderá ela, sob pena de enriquecimento sem causa, reter nenhuma importância recebida do comprador, haja vista que as partes retornam ao “*status quo ante*”. Além do mais, a restituição deve ser feita de forma imediata e em parcela única, mostrando-se abusiva a submissão ao parcelamento.

5. A devolução dos valores pagos pelo consumidor inocente, nos termos do que estabelecem os artigos 395 e 406 do código civil, será acrescida de correção monetária contada a partir dos respectivos desembolsos, e até a data da constituição em mora da empresa construtora, sendo que, desde esse último marco, serão revestidos de juros conforme os índices de variação da taxa selic, até a data da efetiva restituição. [...] 8. Recurso conhecido e parcialmente provido. Sentença integralmente reformada. (Processo: APL 876755120088070001 DF 0087675-51.2008.807.0001 - Relator(a): MARIO-ZAM BELMIRO - Julgamento: 29/07/2009. Órgão Julgador: 3ª Turma Cível. Publicação: 05/08/2009.) (Grifos nossos).

A grande maioria das entidades de proteção dos direitos dos consumidores pressupõe que quando o contrato prevê cláusulas que permitem a construtora o direito de atrasar o cumprimento da obrigação prevista e pactuada no contrato, qual seja: entregar o imóvel dentro do prazo pactuado, o mesmo direito deve ser conferido ao promitente comprador, pelo princípio da isonomia contratual, pois, deveria possuir também um período de tolerância ou “carência” para o cumprimento de suas obrigações, qual seja: obrigação de pagar as parcelas devidas, sob o argumento de ter ocorrido casos fortuitos ou de força maior, como por exemplo, a perda do emprego (GUIMARÃES NETO, 2011).

Desse modo, se o contrato prevê esse direito à construtora, mas de outro modo não concede o mesmo direito ao futuro adquirente – consumidor, conclui-se que houve um desrespeito às exigências previstas no Código de Defesa do Consumidor, no que se refere ao equilíbrio contratual, além do claro desrespeito ao princípio da boa-fé, diante do que preconiza a figura do “*tu quoque*”, ou seja, a vedação da adoção do “dois pesos e duas medidas” na relação contratual, já que não será permitido ao consumidor deixar de adimplir com as parcelas devidas, caso a construtora / incorporadora atrase com a entrega do imóvel, suscitando assim a exceção do contrato não cumprido.

Nesse contexto, como já explicado anteriormente, o autor Luciano de Camargo Penteadó (2008), brilhantemente elucida que, em termos de “*tu quoque*”, equivale a dizer: “você não pode cobrar enquanto não pagar o que deve; se o fizer, surpreende-me sua conduta e o direito fornece um meio de tutela”. Em outras palavras, quer dizer que a pessoa que viola um preceito ou regra, seja ela jurídica ou contratual, não poderá invocar o mesmo argumento a seu favor, pois, estará violando a boa-fé objetiva. Trata-se, portanto, de uma concretização maior do *princípio do sinalagma*, a apontar, no âmbito obrigacional, as conexões existentes entre as prestações, no qual a proibição do “*tu quoque*” mostra a necessidade de que haja um equilíbrio no exercício de direitos resultantes da mesma fonte jurídica para ambos os contraentes. Sob este viés é possível compreender que é abusiva qualquer que seja a cláusula que prolongue o prazo da empresa responsável pela realização da obra, sem fundamentos plausíveis e razoáveis que a justifique.

Ora, não se pode perder de vista que se a construtora é capaz de antever o atraso de 180 dias (seis meses) no contrato, para além do prazo normal pactuado entre as partes, a fim de que haja a conclusão da obra, entende-se, portanto, que as situações que podem gerar o atraso são perfeitamente previsíveis. Assim sendo, podem e devem ser incluídas dentro do prazo ordinário para a entrega das chaves, repassado para o promissário comprador, quando da divulgação do empreendimento, para que o consumidor possa optar se lhe é conveniente ou não aguardar tal prazo.

Em verdade, essa é uma realidade abarcada pela maioria das empresas de construção civil, pois, já se tornou comum a inclusão da chamada “cláusula de carência” e a consequente não conclusão da obra dentro do prazo previamente pactuado, que muitas vezes, chega a ultrapassar até este prazo de carência, considerado abusivo pela maioria da jurisprudência, não obstante previsto em lei, sendo hoje interpretado como previsíveis e injustificáveis a maioria das causas trazidas pelas construtoras, pois, trazem como consequência, transtornos variados, frustrações e grandes prejuízos para os consumidores, conforme será melhor elucidado no capítulo seguinte.

Existe hoje, em trâmite no Congresso Nacional, o projeto de lei n. 178, de 2011, tendo como apensos os Projetos de Leis de n. 1.390 e n. 2.606, ambos de 2011, oriundos da Comissão de Defesa do Consumidor, de autoria do deputado Eli Correa Filho, com a pretensão de alterar a Lei n. 4.591/64, acrescentando o artigo nº 48-A, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, com o propósito de disciplinar o prazo de entrega de imóveis ofertados no mercado de consumo, devendo ser declaradas nulas, de pleno direito, qualquer cláusula contratual que, de qualquer forma, venha a instituir prazo de tolerância para o atraso na entrega do imóvel ou outra forma que mitigue os efeitos da mora do fornecedor.

Este projeto de lei (2011) pretende sujeitar o fornecedor, em razão da sua mora, ao pagamento de multa ao adquirente/consumidor lesado, no importe de 2% do valor total do contrato, a multa correspondente a 0,5% do valor total do empreendimento, por mês de atraso, além de outras sanções administrativas previstas na legislação vigente. A arrecadação desta multa será revertida para a Fazenda Estadual e aplicada em programas e projetos de proteção e defesa do consumidor.

O autor do supracitado projeto, Eli Correa Filho, considera abusiva a prática de os contratos de venda de imóveis “na planta” incluírem cláusula de prazo de tolerância de 180 dias, para além da data estipulada ordinariamente, para efetivar a entrega do empreendimento, havendo afronta ao princípio da proporcionalidade e da equidade, posto que o consumidor seja veemente penalizado com juros e multa por qualquer que seja o motivo de sua impontualidade nas prestações, se sujeitando, na maioria das vezes, a rígidos prazos e multa moratória, quando o contrário não ocorre com o fornecedor (PL 178, 2011).

Ao texto original do projeto foram apensados dois projetos de leis: o Projeto de Lei n. 1.390, de 2011, de autoria do Deputado Manoel Júnior e o Projeto de Lei n. 2.606, também de 2011, de autoria do Deputado Áureo.

Já o Projeto de n.º 1.390 de 2011 pretende fixar limite máximo de 90 dias, além da data pactuada de atraso para a entrega do imóvel adquirido antes do término da obra. Acima deste limite, o construtor ficaria obrigado a arcar com todos os encargos mensais relativos ao imóvel em construção, inclusive impostos, até a data da entrega das chaves para o comprador. A aplicação de multa ocorreria apenas na hipótese de o consumidor já ter quitado o imóvel dentro do prazo contratual, acrescido dos noventa dias de carência.

Por sua vez, o Projeto de Lei n.º 2.606 do mesmo ano, disciplina a aplicação de multa às construtoras que não entregarem os imóveis na data contratual. Estabelece multa compensatória, com valor correspondente a 2% do valor do contrato do imóvel, devidamente atualizado, desde que não estipulado valor superior, bem como multa moratória mensal de 1% sobre o valor de contrato do imóvel, devidamente atualizado, incidindo esta última, a partir da data prevista para entrega do bem, mesmo que o contrato preveja prazo de tolerância (ÁUREO, 2011).

Após o PL e seus apensos serem submetidos à apreciação da Comissão de Desenvolvimento Urbano, foram remetidos, com substitutivo, para que o Relator, Deputado Heuler Cruvinel, pudesse emitir o seu parecer cuja decisão foi pela aprovação do projeto de lei e seus apensos, porém, segundo ele, o PL n.º 1.390, também apensado, parece apontar um caminho melhor a ser seguido, afinal, a previsão pela possibilidade da prorrogação do prazo já existe, conforme prudência da Lei 4591/64, em seu art. 48, §2º, transcrito acima; apenas seria mais adequado e

sensato delimitar um prazo legal, reduzindo o prazo de carência hoje pactuado no mercado, para a entrega da obra, porém de forma alguma extingui-lo, visando assim, gerar o menor dos males a ambas as partes, assim vejamos (PL 178, 2011):

A intenção é a de prover à construtora certa flexibilidade, para que ela possa lidar com os contratempos que, não raros, ocorrem durante a obra, como greves, atrasos de fornecedores ou desastres naturais. Entretanto, esse prazo, que deveria ser usado apenas em casos excepcionais, tem sido utilizado sistematicamente pelos empreendedores, como se fizesse parte do prazo regular da obra. A situação tem-se agravado, a ponto de esse tipo de reclamação ser o principal item levado pelos compradores aos órgãos de defesa do consumidor. Sabe-se até que, em alguns Estados, o Ministério Público tem agido em favor dos consumidores, arguindo judicialmente a invalidade da referida cláusula.

Há que se encontrar, por certo, uma fórmula alternativa, que proteja o direito do adquirente de imóvel na planta, sem inviabilizar, com indenizações desarrazoadas, a atividade imobiliária.

Porém, para o Deputado Ricardo Izar, também relator do projeto, não obstante reconheça as razões do autor do projeto e seus apensos, da intenção em eliminar a previsão de prazos adicionais para a entrega do imóvel, denominado de “prazo de carência”, não há como negar a existência de motivos que são realmente imprevisíveis pelo construtor, cujo atraso possa ser justificado e impossibilitar a conclusão de uma obra, a exemplo, segundo ele, da ocorrência de intempéries e de greves nos transportes públicos, comprometendo a presença de trabalhadores.

Neste contexto, o mencionado relator apoiou o substitutivo adotado pela Comissão de Desenvolvimento Urbano, que, em sua opinião, estaria enfim, protegendo o direito do adquirente, sem inviabilizar, com indenizações exacerbadas e absurdas, a atividade das empresas de incorporação e construção de imóveis novos.

Nesse diapasão, o referido substitutivo admite um prazo de tolerância máximo de até 180 dias para a entrega de imóvel adquirido em fase de incorporação, contados da data contratualmente fixada para a entrega do imóvel. Este prazo deverá ser informado ao adquirente com clareza, e, durante este prazo, não incidirá qualquer penalidade moratória ou compensatória (PL 178, 2011).

Sendo assim, apenas quando não houver o cumprimento deste prazo, o incorporador ficaria obrigado a pagar ao futuro adquirente adimplente multa penal compensatória, além de multa penal moratória correspondente, diferente do que ocorre nos dias de hoje, em que tais cobranças são devidas desde a configuração da mora, independentemente do transcurso do prazo de tolerância, exceto se esta se deu em razão de caso fortuito ou força maior, devidamente comprovados, que a

justifique, situação excepcional em que, apenas assim, serão imputadas multas a partir do término deste prazo.

Nessa esteira, segue abaixo exemplo de entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo:

AÇÃO DE COBRANÇA. Compromisso de Venda e Compra de imóvel para pagamento em parcelas, com entrega prevista para 01.11.2010, sendo o bem entregue somente em 19.09.2011. Sentença de parcial procedência, para declarar a nulidade da cláusula contratual com previsão de prorrogação do prazo para entrega da obra; condenar as rés, solidariamente, no pagamento de multa moratória de 2% sobre o valor do contrato (R\$ 7.029,90), devidamente corrigida; condenar as rés, solidariamente, a ressarcirem os autores pelo "agravamento do preço", consistente nos juros remuneratórios incidentes sobre a parcela das chaves e saldo de vedor no período adicional, entre a data em que deveria ter sido entregue e a data em que efetivamente foi entregue o imóvel. [...] Apelam as rés, alegando inexistência de abusividade ou oneração excessiva ao consumidor, decorrente da previsão contida na Cláusula décima-sexta (prorrogação do prazo de entrega da obra); descabimento da multa moratória de 2% sobre o valor do contrato, em razão do atraso na entrega do imóvel, por ausência de previsão contratual; descabimento da devolução do valor pago a maior, a título de juros remuneratórios do saldo devedor, em razão do atraso na entrega; caso mantida a multa, pugna pela sua incidência somente após os 180 dias previstos para prorrogação da entrega da obra. Decido. [...] cláusula décima-sexta (prorrogação do prazo para a de entrega da obra). **Contempla as duas hipóteses de prorrogação: ordinária (tolerância de 180 dias), e extraordinária (indefinida por motivos de força maior). Descabimento da manutenção da tolerância imotivada de 180 dias, que se mostra excessivamente onerosa aos consumidores, nos termos do art. 51 do CDC. Manutenção da tolerância indefinida, desde que comprovada a excepcionalidade que a justifique. Nulidade parcial da cláusula, referente à tolerância imotivada de 180 dias. Admissão da cláusula décima-sexta (tolerância indefinida e motivada). Atraso creditado a problemas com mão-de-obra, fortes e constantes chuvas e atraso da Eletropaulo na realização das ligações definitivas. Ausência de comprovação das alegações. Insuficiente a juntada de material jornalístico. Atraso injustificado e descabido. Reconhecimento de inaplicabilidade da hipótese prevista na cláusula ao caso concreto. Multa moratória. Estabelecida em 2% do valor do contrato, com base na cláusula décima-segunda, (referente ao atraso no pagamento das prestações pelos adquirentes). Ausência de previsão de multa moratória por atraso das rés. Afastamento. Danos materiais. **Deverão corresponder ao montante efetivamente despendido pelos autores, em razão do atraso na entrega do imóvel, desde a data prevista para entrega das chaves (01.11.2010) até sua ocorrência (19.09.2011), acrescido de correção monetária a partir dos efetivos desembolsos e com juros de mora de 1% a contar da citação. "Agravamento do preço" (diferença dos juros remuneratórios sobre a parcela das chaves e saldo devedor, em decorrência do atraso) que está incluso nos danos materiais já fixados (montante desembolsado), desde que comprovada sua ocorrência. [...] Recurso parcialmente provido. Processo: APL 775360420118260002 SP 0077536-04.2011.8.26.0002 Relator(a):James Siano Julgamento: 05/09/2012 - Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 5/09/2012. (Grifos nossos).****

A última movimentação do referido Projeto de Lei foi em 09/05/2013, pela Comissão de Defesa do Consumidor (CDC), com a apresentação do parecer do Relator: Deputado Ricardo Izar (PSD-SP), pela aprovação deste e dos PLs apensos: ns. 1390/2011 e 2606/2011, na forma do substitutivo adotado pela Comissão de Desenvolvimento Urbano, com o seguinte texto:

Art. 1º Esta Lei acrescenta dispositivos à Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, para tratar do prazo de entrega de imóveis adquiridos em fase de incorporação, estabelecendo penalidade de multa para os casos de descumprimento das referidas disposições.

Art. 2º A Lei nº 4.591, de 1964, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 48-A: **Admite-se um prazo de tolerância máximo de até 180 (cento e oitenta) dias para a entrega de imóvel adquirido em fase de incorporação, contados da data contratualmente fixada para entrega das chaves. [...]** (Grifos nossos)

Deste modo, apesar de tratar-se de projeto de Lei, carente de força normativa coercitiva, percebe-se que há uma tendência legislativa em permanecer o aceite da cláusula que prevê o prazo de tolerância ou “prazo de carência”, previsto hoje pela Lei 4591/64, como já explicado acima, trazido nos contratos das empresas e construção civil, com a previsão mais objetiva, uma dilação de até 180 dias, postergando a entrega do imóvel, muitas vezes de forma injustificada, contrariando a grande maioria dos autores dos artigos que versam acerca do tema, bem como a maioria dos precedentes jurisprudenciais.

O principal cerne da discussão ainda é a necessidade de haver justificativa plausível para o aumento do prazo ordinariamente pactuado e a previsibilidade dos fatos alegados para justificar a mora, como forma de evitar a banalidade deste benefício de maneira desordenada.

Por outro lado, a presente proposta parece coibir, de maneira lúcida, que haja a dilação do prazo de carência, por período ainda maior, mesmo que ocorram motivos imprevisíveis, fortuitos ou de força maior que os justifiquem.

Atualmente, não obstante haja previsão legal, como visto neste capítulo, o mais comum é pugnar pela não aceitação da cláusula de carência de forma injustificada, ou seja, sem atender aos requisitos do fortuito ou força maior, bem como a sua previsibilidade, o que parece ser de enorme coerência e menos onerosidade para o consumidor, afinal, os atrasos na entrega do bem podem gerar transtornos irreversíveis ao futuro adquirente do imóvel.

Como já fora esposado e será ainda mais detalhado no próximo capítulo, existem casos em que as pessoas vendem o seu imóvel anterior, confiando no prazo de entrega do imóvel novo e acabam sendo obrigadas a pagar aluguel; situações que os novos moradores organizam o seu casamento em razão da entrega do seu novo lar e muitas vezes retornam da lua-de-mel sem o término da obra; outros que compram um imóvel maior na expectativa da chegada de um filho, em data programada de acordo à previsão de conclusão do empreendimento e todos acabam sofrendo sérios prejuízos por força das frustrações sofridas em suas expectativas, o que deve ser levado em conta em razão da vulnerabilidade do consumidor.

4 DO ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL.

Como citado no decorrer deste trabalho, o momento atual adveio de um processo de superaquecimento do mercado imobiliário, que, aos poucos, vem se estabilizando, mas que ainda se encontra forte na economia brasileira.

Segundo o que relata o Sr. José Sergio Gabrielli, Secretário Estadual do Planejamento, através da SECOM – Secretaria de Comunicação Social (2013), a Bahia deve crescer 4,4% em 2014, superando as estimativas para 2013, no qual foi previsto um crescimento econômico de 2,5%. Afirma o secretário que a recuperação mais consistente do Produto Interno Bruto (PIB) na Bahia no ano de 2014 decorrerá, especialmente, dos investimentos públicos em infraestrutura, das obras de mobilidade urbana e do setor da construção civil, favorecendo a atividade econômica, geração de emprego e renda no Estado.

A ADEMI/BA (2013) - Associação de Dirigentes de Empresas do Mercado Imobiliário da Bahia declara que, nos últimos anos, as empresas de construção civil têm mudado seu foco e se modificado. Os fatores como melhorias socioeconômicas, programas governamentais de habitação popular e facilidades de crédito imobiliário alteraram, significativamente, os planos do setor com 75% dos prédios em construção no Brasil voltados para as classes C e D. Segundo a associação, há 10 anos, 90% dos empreendimentos imobiliários lançados pelas principais construtoras do país eram destinados às classes A e B, sendo que hoje esse perfil tem se modificado com a expansão do alcance das empresas do ramo imobiliário, aumentando, ainda mais, a procura por imóveis novos, com maior facilidade de pagamento.

Ainda segundo a Associação, a rápida expansão do mercado no ramo imobiliário gerou alguns efeitos positivos e negativos para a sociedade, tais como:

- a) Aumento expressivo nos preços dos imóveis, em razão do acesso fácil a crédito e demanda em alta;
- b) Surgimento de fatores restritivos de infraestrutura, como:
 - Falta de mão de obra especializada;
 - Falta de mão de obra em geral;
 - Falta de equipamentos;

- Falta de insumos para as obras;
- c) Insuficiência das fontes tradicionais de financiamento;
- d) Redução do déficit habitacional;
- e) Oportunidade para entrada de novas tecnologias;
- f) Oportunidades para entrada de novos *players* no mercado:
 - Investidores;
 - Incorporadores;
 - Construtoras;
 - Imobiliárias;

Tais efeitos geraram, sem sombra de dúvidas, diminuição na qualidade da prestação dos serviços realizados pelas empresas de construção civil, provocando um aumento absurdo de reclamações e ações judiciais, em sua maioria, pelo atraso na entrega da obra, o cerne do presente trabalho.

Os meios de comunicação trazem, diariamente, anúncios publicitários de novos imóveis sendo construídos. São muitos prédios, condomínios e novos empreendimentos sendo erguidos em pouquíssimo tempo, com cada vez menos espaço e, muitas vezes, sob precária estrutura urbanística. É o mercado comercializando a aspiração da casa própria.

Com efeito, para o presente trabalho, o estudo foi direcionado focando no atraso na entrega desses imóveis e nos efeitos decorrentes dessa explosão imobiliária, ocorrida de forma mais intensa entre 2009 e 2011, fazendo uma análise da plausibilidade das causas capazes ou não de justificar a mora do construtor na entrega do empreendimento.

Conforme relato do autor Henrique Borges Guimarães Neto (2011), por força desse “boom” imobiliário, muitas construtoras não conseguiram concluir a obra dentro do prazo previsto no contrato, fazendo com que o sonho de ter a própria casa venha se transformando, aos poucos, em um verdadeiro pesadelo, causando transtornos variados, frustrações e grandes prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais aos promissários compradores.

A fim de evitar tais intempéries, desde já, a lei reconhece como ilícitas, para além do atraso injustificado do empreendedor na entrega do imóvel, algumas condutas, que, de forma unilateral, trazem desvantagens ao consumidor, como por exemplo: (i)

alterar as condições de pagamento das parcelas, (ii) reajustar os preços das unidades; (iii) alterar o projeto sem as devidas autorizações; (iv) desatender ao dever de informação acerca da ocorrência de eventuais atrasos, dentre outras determinações previstas na lei de condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias – n. 4591/64, em seu art. 43.:

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:

I - informar obrigatoriamente aos adquirentes, por escrito, no mínimo de seis em seis meses, o estado da obra;

[...]

IV - é vedado ao incorporador alterar o projeto, especialmente no que se refere à unidade do adquirente e às partes comuns, modificar as especificações, ou desviar-se do plano da construção, salvo autorização unânime dos interessados ou exigência legal; [...] (Grifos nossos).

Porém, não obstante já exista previsão legal, na lei de incorporações, acerca da possibilidade de se prorrogar o prazo para a entrega do imóvel, como já estudado no capítulo anterior, os tribunais e a maioria dos doutrinadores não têm tolerado essa prorrogação de forma desordenada e injustificada. Entretanto, ainda é muito comum a inadimplência do construtor, no que tange ao atraso da obra, sem qualquer justificativa, sendo quase inevitável o impacto social e psicológico gerado, tendo em vista que os promissários compradores e suas famílias são obrigados a suportar intensos dissabores, dia após dia, como fora exemplificado no capítulo antecedente.

Ainda nesse sentido, é válido lembrar que muitos têm suas finanças domésticas abaladas pela antecipação de valores significativos para a entrada de um imóvel, quando poderiam estar poupando ou aplicando de outra forma, ou mesmo pelo desembolso para quitação do ITIV, compras de móveis e eletrodomésticos novos, cujo prazo de garantia permanece em curso, e, como não podia deixar de ser, pela majoração indevida do saldo remanescente a pagar.

Pelas razões expostas, para muitos autores, como Caio Mário da Silva Pereira, a simples inadimplência da construtora, ou seja, a entrega do imóvel fora dos ditames pactuados, a partir de sua constatação, ou seja, após o período ordinário pactuado, excluindo, portanto, o chamado prazo de tolerância, já imputa, automaticamente, ao construtor, o status de “*devedor em mora*”.

Porém, como já visto, para outros juristas, é reconhecidamente lícita a previsão do referido prazo, bem como a tolerância de fatos que possam justificar a mora do empreendedor, tendo em vista a ocorrência de casos fortuitos ou de força maior que possam legitimar o atraso da obra, desde que haja limite para tanto.

Como bem leciona Caio Mário da Silva Pereira, a obrigação deve ser executada oportunamente, ou seja, dentro do tempo previsto no contrato, sendo assim, quando uma das partes desatende a esta premissa, há um atraso na prestação e o destempo, por si só, configura uma falha. A mora consiste exatamente neste retardamento de forma injustificada causada por umas das partes da relação obrigacional, posto que este não se desincumbiu de sua obrigação (2012, p. 291).

O Código Civil de 2002, em seu capítulo II, de forma expressa, faz alusão acerca das características da mora:

Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

Na contemporaneidade, diante da complexidade e dinamismo das relações obrigacionais, é válido considerar que o conceito de adimplemento da obrigação abrange também os deveres instrumentais (secundários ou laterais), bem como os ônus, direitos potestativos, expectativas jurídicas, dever de lealdade, proteção, cuidado e informação, na busca por uma prestação adequada (PEREIRA, 2012, p. 292).

Muitas vezes, os promissários compradores envolvidos na relação obrigacional de uma promessa de compra e venda de um imóvel, encontram-se chancelados por financiamentos em bancos públicos ou privados, como já citado anteriormente, pagando, na maioria das vezes, altas parcelas mensais de financiamento. Por essa razão, a morosidade das construtoras pode estimular a inadimplência dos futuros adquirentes, já que estes se encontram pagando por algo que não conseguem usufruir, podendo, mais uma vez, suscitar judicialmente, a exceção do contrato não

cumprido, na tentativa de deixar de pagar até que os imóveis lhes sejam entregues, de acordo com o que foi pactuado.

Assim, conforme estudo realizado em capítulo específico, no que tange à perspectiva constitucional, o atraso no empreendimento acaba afrontando, de forma direta, o direito à moradia, a defesa do consumidor e a expectativa do direito à propriedade, resultando assim, em uma grave violação à dignidade, como princípio fundamental à condição humana.

Ademais, apenas como uma observação no estudo realizado nesta pesquisa, no que se refere à compra e venda de empreendimentos novos, não se pode perder de vista que o ilícito ocorre não somente pela mora excessiva e injustificada na entrega do bem, em descumprimento ao prazo ordinariamente pactuado, como também pela entrega do bem fora dos padrões e ditames previamente ajustados, ou com a presença de defeitos ou avarias advindas da má construção do imóvel, seja pela baixa qualidade dos equipamentos utilizados ou pela mão de obra sem a qualificação necessária.

Nesse diapasão, também haverá a obrigação de reparação pela construtora, já que esta conduta impossibilita o bom uso do bem, podendo causar, mais uma vez, grandes transtornos para o promissário comprador e para toda a sua família.

Ainda sobre este assunto, prevê o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 12, a necessidade de reparação pelos defeitos causados na coisa, decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, dentre outros, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos do produto, conforme transcrição literal do artigo no próximo tópico deste capítulo. Além disso, conceitua, neste mesmo artigo, em seu §1º:

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

Nestes termos, o Código Civil de 2002 prevê ainda:

Art. 235. Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu.

Art. 236. Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos.

O que se vê, inicialmente, através dos artigos codificados pelo direito civil, é que a partir de uma primeira leitura, pode ser depreendida a necessidade da presença do fator culpa do devedor, ou seja, do construtor, em face dos defeitos na construção. Porém, como será superado no tópico seguinte deste trabalho, a análise de culpa deve ser desconsiderada, por tratarmos aqui de uma relação de consumo, na qual pressupõe-se a vulnerabilidade do promissário comprador, devendo ser reconhecida a inversão do ônus da prova, bem como a busca pela responsabilização direta e objetiva da construtora em face da constatação e do descumprimento das cláusulas contratuais assumidas.

4.1 DA ANÁLISE DA CULPA

A legislação brasileira não adota, de forma rígida, a teoria subjetiva da responsabilidade, como se vê no parágrafo único do art. 927 do CC/2002:

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.

Diante disso, Paulo Nader (2012, p. 557) traz a elucidação acerca da responsabilidade civil independentemente de culpa (negligência, imprudência e imperícia), sendo possível em duas situações: (i) quando a lei especificadamente assim determinar, consideradas as circunstâncias e as condições da ocorrência do fato; (ii) se a atividade causadora do dano, por sua natureza, constituir risco, ameaça ou perigo para os direitos de outrem, quando, portanto, prevalecerá a responsabilidade objetiva, ou seja, prescindindo da comprovação de culpa. Sendo assim, à vítima, caberá apenas o ônus da prova do fato, do dano e do nexo causal entre eles.

Da teoria clássica da culpa depreende-se que a vítima tem que evidenciar a ocorrência dos elementos de sua pretensão, destacando a conduta culposa do

demandado. Na modernidade, a culpa presumida é apresentada quando há a inversão do ônus *probandi*, tendo em vista que tal inversão ocorre por força de lei, ou por opção jurisprudencial. Muito embora a responsabilidade objetiva não precise da comprovação do fator “culpa”, não se pode confundir com culpa presumida (STOCO, 2007).

Como já demonstrado no início deste trabalho monográfico, a relação existente entre promissário comprador e promitente vendedor está compreendida em uma relação consumerista. Nesse sentido, compõe direito básico do consumidor, a inversão do ônus da prova, art. 6º, inciso VIII: “A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”, o que pode levar a acreditar, em um primeiro momento, que a intenção foi de se optar pela responsabilização com culpa presumida.

Alhures percebe-se, claramente, que o Código de Defesa do Consumidor em verdade instituiu a responsabilidade objetiva do fornecedor do produto ou serviço, criando uma regra livre, que se abstém do fator subjetivo culpa, abrangendo vários tipos de relações na sociedade contemporânea.

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. (Grifos nossos).

Contudo, o Código Consumerista prevê, no § 3º, inciso III do mesmo artigo, que o fornecedor que comprovar que o produto ou serviço encontrou-se defeituoso por culpa exclusiva de terceiros, estará liberado do dever de indenizar, dispondo da seguinte forma:

[...]
§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:
[...]
III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.
(Grifos nossos).

Nesses termos, preconiza, ainda, no sentido de ratificar a intenção de ter como objetiva a responsabilização do fornecedor, os artigos do CDC abaixo transcritos:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, **independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços**, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Art. 20. **O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor**, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: (Grifos nossos).

No contexto dos referidos artigos, acerca da responsabilização objetiva do fornecedor, Sergio Cavalieri Filho (2008, p. 358) aduz ainda que o incorporador, no que se refere ao dever obrigacional, é responsável por qualquer dano que possa ter como resultado a má execução ou a total inexecução do contrato de incorporação.

Na esteira do que leciona Gustavo Tepedino (2004, p. 191), os objetivos fundamentais da República, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como os princípios da solidariedade e justiça distributiva (art. 3º, incisos I e III, da Carta Magna) são essenciais para amoldar os contornos da responsabilidade civil. Estes deveres previstos na Lei Maior retiram da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição da autonomia privada e dos riscos da atividade econômica, impondo, como tendência, a intensificação dos critérios objetivos de reparação.

Nas últimas décadas, as transformações relativas à aferição da culpa, a partir dos parâmetros objetivos de comportamento, encontram, em paralelo à noção de boa-fé objetiva ou boa-fé contratual, cujo desenvolvimento se deu de forma ampla, pela doutrina e jurisprudência alemãs, a partir de 1896. Essa concepção impõe os agentes privados, e hoje também os agentes públicos, um comportamento de lealdade, independentemente de considerações subjetivas, ampliando a ideia de um ambiente de confiança recíproca e de respeito às necessidades e interesses alheios (SCHREIBER, 2013, p.46 e 47).

Nesse diapasão, encontra-se desnecessária a análise da culpa, na responsabilização das construtoras e/ou incorporadoras, tendo em vista a evolução extraordinária da boa-fé objetiva, se contrapondo ao paradigma positivista e liberal

de um modelo abstrato de conduta e a relação consumerista que se concretiza neste caso.

Segundo entendimento de poucos autores, como Silvio de Salvo Venosa (2005), a culpa exclusiva de terceiros, no que se refere a contratos ligados à construção civil e empreendimentos do ramo de imóveis, talvez seja a hipótese mais adequada, haja vista a complexidade do contrato de incorporação imobiliária, cuja dificuldade de se prever diversas situações alheias à vontade do construtor é real.

Nesse contexto, além da previsão no código consumerista, a responsabilidade objetiva dos incorporadores e construtores ainda pode ser confirmada pela cláusula geral de responsabilidade objetiva, prevista no direito civil, em seu art. 927, 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”. Percebe-se que a reparação da lesão é compulsória, prescindindo da existência do fator culpa, quando da atividade resultar risco para os direitos alheios.

Nesse contexto, conclui-se que a responsabilidade do incorporador, em ressarcir os danos causados aos futuros adquirentes dos imóveis, pelo atraso na obra, é objetiva, podendo ser-lhe imputado, apenas no que tange ao caso fortuito externo ou força maior – explicado em tema específico – devidamente comprovados, capazes de afastar tal responsabilização (STOCO, 2007, p. 174).

Dentro dos contratos analisados para este trabalho, foi possível constatar cláusulas que, segundo o promitente vendedor, preveem alguns fatos como sendo culpa exclusiva de terceiros e outros caracterizados como “caso fortuito” ou de “força maior”, além da exceção do contrato não cumprido, provocadores do atraso na entrega do imóvel, o que, segundo os promitentes vendedores, são causas capazes de legitimar a exclusão e responsabilização do seu dever de indenizar, previsto o art. 43, inciso II, da Lei de incorporação imobiliária, quais sejam:

- I- Atraso no pagamento das parcelas pactuadas;
- II- Burocracia do poder público para a concessão do “habite-se”;
- III- A falta de mão de obra qualificada;
- IV- Díficeis condições climáticas;

- V- Greves dos trabalhadores;
- VI- Carência de material de construção;
- VII- Guerras;
- VIII- Epidemias ou assemelhados;
- IX- Eventuais embargos na construção, provocados por vizinhos;
- X- Demandas judiciais provocadas por vizinhos;
- XI- Quaisquer ocorrências que possam impedir ou prejudicar o bom andamento da obra;

Por fim, algumas dessas disposições serão mais detalhadamente estudadas em tópico específico, mais adiante, tendo em vista a impossibilidade de se esgotar aqui, todas as hipóteses trazidas pelos referidos contratos.

4.2 DO “CASO FORTUITO” E “FORÇA MAIOR”

O Codex de Reale não faz distinção de conceitos entre caso fortuito ou força maior, trazendo no caput do art. 393 e seu parágrafo único, conceito singular para ambas as situações de forma indistinta, de acordo com o que dispõe o artigo abaixo transcrito:

Art. 393: O devedor não responde por prejuízos resultantes de **fortuito e força maior**, se expressamente não houver por eles se responsabilizado.

Parágrafo único: O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir. (Grifos nossos).

Dessa forma, o caso fortuito e a força maior afetam a relação de causalidade que ampara a responsabilidade para o direito civil, sendo diferenciados apenas doutrinariamente.

Para que seja configurado o “caso fortuito” e a “força maior”, segundo Gonçalves (2009) necessário se faz atender pelo menos três requisitos: primeiramente, o fato deve ser necessário, não instaurado por culpa do devedor; segundo, deve este ser superveniente e inevitável, e, por último, deve ultrapassar o alcance humano.

No que tange à caracterização da inexistência do nexa causal entre os fatos alegados pelas construtoras e o conceito de caso fortuito e força maior, a maioria da jurisprudência possui o seguinte posicionamento:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. IMÓVEIS. CONSTRUÇÃO. ATRASO NA ENTREGA DO BEM. ALTERAÇÃO DO PROJETO. FORÇA MAIOR NÃO DEMONSTRADA. CULPA EXCLUSIVA DA CONSTRUTORA. INDENIZAÇÃO. LUCROS CESSANTES.

1. Demonstrada que a demora na entrega de imóvel adquirido ainda em construção decorreu de **culpa exclusiva da construtora**, que, inclusive, alterou o projeto original do bem adquirido, faz jus o comprador ao pagamento de indenização pelo descumprimento do contrato. [...]

(Processo: APL 884601320088070001 - TJDF 008846013.2008. 807.0001. Relator(a): FLAVIO ROSTIROLA. Julgamento: 26/08/2009. Órgão Julgador: 1ª Turma Cível. Publicação: 08/09/2009, DJ-e Pág. 63) (Grifos nossos).

Diante do referido julgado, seguindo a maioria dos tribunais, cujo entendimento é pela inadmissão, em regra, do caso fortuito e força maior para legitimar as justificativas trazidas pelas construtoras, excetuando, a fim de evitar arbitrariedades, o cabimento da aplicação dos excludentes "caso fortuito e força maior" apenas quando devidamente comprovados, em atenção ao que prevê o art. 399 do CC/2002:

Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

Alhures, Nelson Nery Júnior (2004) aduz que no âmbito da relação consumerista, na qual prevalece a responsabilização direta, o "caso fortuito" e a "força maior" não podem ser excludentes do dever de indenizar, ainda que comprovados, pois, são instrumentos que afastam a culpa, sendo que esta não deve sequer se analisada no caso da relação existente entre consumidor e fornecedor.

Assim, ainda segundo o referido autor, a cláusula que dispõe de hipóteses de exclusão de responsabilidade em face da ocorrência do caso fortuito ou da força maior, deve ser considerada nula (JUNIOR, 2004). Por outro lado, Carlos Roberto Gonçalves (2009) reconhece essa possibilidade apenas quando estiver tratando de força maior entendida como caso fortuito externo haverá a possibilidade de se excluir a responsabilidade do incorporador.

Alguns precedentes judiciais seguem o entendimento de reconhecimento pela possibilidade de inserção da "cláusula de carência", apenas quando houver a presença de caso fortuito ou força maior, para o atraso na entrega da obra, desde

que devidamente comprovados, pois, não sendo aplicado de forma automática, veja-se:

Decisão: RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EMBARGANTE : GAFISA S. A. INTERESSADOS : UMBERTO EZIO ENRICO TOMASI E OUTROS RELATOR: DESEMBARGADOR FAGUNDES CUNHA EMENTA RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CIVIL E CONSUMIDOR. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA. CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. INEXISTÊNCIA. [...] 1. Cláusula contratual que prevê a prorrogação do prazo de tolerância de entrega do imóvel nas hipóteses de caso fortuito ou força maior não é automática, de modo que, em respeito à regra ordinária da distribuição do ônus da prova (art. 333 DO CPC), cabe à construtora provar os motivos que impediram a conclusão e entregado imóvel no tempo apazado. Eventual demora decorrente de ação de nunciação de obra nova é responsabilidade da recorrente e greve por curto período são plenamente previsíveis, estando inserida no risco da atividade empresarial exercida pela construtora e incorporadora que, ao anunciar o empreendimento, já deveria verificar regularidade da obra. Igualmente, crises econômicas não justificam o inadimplemento da construtora, pois embora inevitáveis, são cíclicas no sistema capitalista, daí que integram os riscos do próprio negócio. PRECEDENTE: ACJ 2011.01.1.150849-0, REL. JUIZ HECTOR VALVERDE SANTANA, 3ª TRJE/DF. Ademais é fato notório que os efeitos da crise econômica mundial deflagrada no ano de 2008 não atingiram significativamente o Brasil, sobretudo o mercado da construção civil, que continuou aquecido. 2. Na esteira de reiterados julgados, a demora injustificada na entrega de imóvel dá ensejo à reparação por lucro cessante ao comprador, que, em razão disso, deixou de auferir renda com os aluguéis que poderia ter recebido e se viu impedido pelo atraso, não sendo relevante perquirir sobre a destinação do imóvel adquirido. Precedente julgado no superior tribunal de justiça: "... a jurisprudência desta casa é pacífica no sentido de que, descumprido o prazo para entrega do imóvel objeto do compromisso de compra e venda, é cabível a condenação por lucros cessantes. Nesse caso, há presunção de prejuízo do promitente-comprador, cabendo ao vendedor, para se eximir do dever de indenizar, fazer prova de que a mora contratual não lhe é imputável. Precedentes." (AGRG NO RESP 1.202.506/RJ, REL. MINISTRO SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA). RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDO E, NO MÉRITO NÃO PROVIDO. (Processo: ED 911238901- TJPR 911238-9/01 (Decisão Monocrática). Relator(a): José Sebastiao Fagundes Cunha. Julgamento: 24/07/2012. Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível) (Grifos nossos)

A falta de execução no momento devido induz a mora de um dos sujeitos da relação. Contudo, há de se convir que nem todo o retardo configura a mora, como bem ensina Caio Mário da Silva Pereira (2012, p. 292). Na mora *solvendi*, como também na *accipiendi*, há de estar presente um fato humano, com intenção ou não que ocasione a demora na execução. Sendo assim, inclui-se neste rol, o caso fortuito e a força maior, tendo em vista que estes impedem o cumprimento da obrigação. Nesse sentido, cumpre àqueles que suportarão as consequências provar a existência do caso ou acontecimento apto a gerar a escusativa.

4.3 ANÁLISE DAS JUSTIFICATIVAS TRAZIDAS PELAS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL

Houve, ao longo desta pesquisa, uma árdua busca por referenciais teóricos, acerca da incorporação/construção imobiliária, com o propósito de delimitar as posições ocupadas pelos entes envolvidos na relação entre promitente vendedor e promissário comprador, com a finalidade de esclarecer melhor os argumentos trazidos pelos construtores, a fim de justificar os intercorrentes atrasos na entrega de um imóvel adquirido ainda na planta.

Ao incorporador ou construtor do imóvel, compete o privilégio de dispor de informações técnicas, científicas, jurídicas e econômicas acerca do ramo industrial e imobiliário. Por esta razão, os promissários compradores não participam da negociação das cláusulas existentes nos contratos de adesão, pactuado entre as partes, posto que não possuem, em regra, esse conhecimento técnico, colocando-os, desde logo, em condição de desvantagem.

A atual pesquisa encontra seu cerne nuclear no presente capítulo, o qual busca, despretensiosamente, identificar se há justificativas, previsíveis ou ilícitas, nas alegações trazidas pelos incorporadores, na tentativa de aproximar cada vez mais o consumidor da certeza de ter protegido seus direitos, estreitando ainda mais a necessidade de se inserir a equidade nas relações, aplicando, dentre outras argumentações, a exceção do contrato não cumprido para legitimar também o consumidor a deixar de cumprir com sua obrigação até que o promitente vendedor honre com o que fora pactuado, bem como o “*tu quoque*”, como já exposto em capítulo oportuno.

Assim, no tocante ao litígio travado entre as construtoras e os futuros adquirentes de imóveis ainda em construção, principalmente no que tange ao prazo de entrega do empreendimento, são vários os argumentos trazidos à tona pelas construtoras, na tentativa de justificar sua mora.

As empresas do ramo da construção civil geralmente defendem-se argumentando ausência de inadimplemento culposo, justificando que as eventuais delongas para a entrega do empreendimento decorrem de fatos extraordinários, desvinculados da sua vontade e intenção.

Em suma, são diversas as razões que, para elas, seriam capazes de obstaculizar a possibilidade do cumprimento do prazo pactuado contratualmente para a entrega do bem, sob a alegação de tratar-se de excludente de causalidade amparada pelo caso fortuito e pela força maior.

Da análise das cláusulas de alguns contratos de promessa de compra venda, realizados entre construtoras (promitentes vendedores) e os futuros adquirentes (promissários compradores), a fim de balizar o presente trabalho, foram identificadas algumas hipóteses contratuais que previam argumentos supostamente embasados pela teoria do caso fortuito ou de força maior, bem como a culpa exclusiva de terceiros, na tentativa de justificar o retardamento da obra, ou seja, a postergação do prazo pactuado, conforme autorização legal.

Dentre as hipóteses trazidas nos instrumentos contratuais, as mais comuns e mais suscitadas serão aqui explanadas de forma a refletir acerca da previsibilidade de cada uma, quais sejam:

I - Atraso no pagamento das parcelas pactuadas;

No que tange o atraso no pagamento das parcelas devidas pretensos pelos pretensos adquirentes / compradores dos imóveis, é possível perceber que não há, de fato, muita margem de tolerância para com o consumidor.

Nesse sentido, tratando-se da inadimplência dos promitentes vendedores, fora constatado, nas cláusulas dos contratos utilizados como base para este trabalho, a previsão do “*exceptio non adimpleti contractus*”, ou seja, exceção do contrato não cumprido, para punir o promissário comprador que não honrasse com suas obrigações, a exemplo: (I) quando houver impontualidade no cumprimento de suas obrigações; (II) inadimplemento no pagamento das parcelas; (III) inadimplência de 20% do total dos futuros adquirentes dos imóveis; (IV) desequilíbrio econômico do empreendimento, por força de processos inflacionários, sem que os promissários cumpram com as obrigações relativas à indexação das parcelas do preço.

De certo, é impossível imaginar, para além do bom senso, que, na compra de um apartamento urbano, em um edifício de dez andares, por exemplo, com quatro apartamentos por andar, somando um total de quarenta apartamentos, seja admissível que haja, em razão do inadimplemento de um dos proprietários, em um dos lotes, plausibilidade para justificar o atraso total da obra, além do mais, esses

atrasos no pagamento das parcelas devem ser incluídos no planejamento da obra, em uma margem percentual, perfeitamente previsível.

II - Burocracia do poder público para a concessão do “habite-se”;

Na cidade de Salvador, o “Habite-se” é expedido pela Superintendência de Controle e Ordenamento do Uso do Solo do Município – SUCOM, para fins de vistoria com base no na Lei 3903/88 (Código de Obras) e entregue pela SEFAZ – Secretaria da Fazenda do Município, nos seguintes casos:

1. A obra está concluída e o canteiro desmobilizado;
2. A obra foi executada de acordo com o projeto aprovado;
3. O passeio adjacente ao terreno edificado está adequadamente pavimentado;
4. A ligação do sistema de esgoto sanitário à rede do logradouro ou, na falta desta, à adequada fossa séptica e ao sumidouro, foi executada com anuência da concessionária;
5. O escoamento das águas pluviais do terreno edificado está assegurado;
6. Os elevadores, as escadas rolantes, teleféricos e similares estão em perfeito funcionamento, de acordo com certificado apresentado pela empresa montadora (somente para empreendimentos com esses equipamentos);
7. O sistema de gás canalizado está conectado à rede externa com anuência da concessionária (somente para empreendimentos ligados à rede externa de gás canalizado).

O “Habite-se” refere-se a um documento concedido após o término da obra, para certificar e aprovar a conclusão dos empreendimentos licenciados, possibilitando assim a averbação da construção em cartório competente e os efeitos gerados para fim de IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano (SUCOM).

Para que seja concedido o “Habite-se”, deverá ser solicitada a vistoria parcial ou total da edificação, nos seguintes órgãos: (i) Liberação da Empresa Baiana de Água e Saneamento - EMBASA; (ii) Ligação e Liberação definitiva pela Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia – COELBA, e a apresentação de diversos documentos exigidos pela SUCOM.

Essa inspeção logo após o término da construção é de extrema importância, pois, o referido pedido de vistoria do imóvel, para concessão posterior do “Habite-se”, é necessário para a carta de concordância da concessionária.

Nesse diapasão, para os incorporadores e construtores dos imóveis, o tempo que se leva para que o poder público expeça o “Habite-se”, também pode ser considerado como causa justificadora para o atraso na entrega do imóvel, já que se trata de um motivo alheio a sua vontade, como culpa exclusiva de terceiros.

Ocorre que, não parece haver coerência, chegar até o promissário comprador de sua casa, na data prevista para a entrega no imóvel, e informar que este não irá conseguir ingressar no seu novo imóvel em razão da falta do “Habite-se”, até o momento não concedido pela Prefeitura local.

Ora, um documento expedido a todo o momento, pelos órgãos públicos responsáveis, que, por mais que delonguem na sua confecção, não devem ultrapassar o lapso comum e razoável. De fato, não há como as construtoras anteciparem um atraso excessivo para expedição do “Habite-se”, caso este exceda absurdamente o esperado, porém, é perfeitamente possível se fazer uma previsão média de quanto tempo levaria para o documento ficasse pronto. Portanto, devia o incorporador, mais uma vez se programar para incluir essa margem de possível oscilação, embutindo-o no prazo ordinário para a entrega do imóvel.

Assim, para que não se falte com a razoabilidade na interpretação aqui exposta, sendo o caso de haver a comprovação do excesso no prazo cometido exclusivamente pelo poder público, seja em razão de fato do príncipe, ou seja, quando, por determinação estatal, uma obrigação fica excessivamente onerosa ou impossível de se cumprida, por meio de uma lei, por exemplo; ou por fato da administração, cuja a incidência de dá quando da ação o ou omissão do poder público contratante, atinge diretamente o contrato inviabilizando seu cumprimento, no que se refere ao prazo para a entrega do referido documento.

Assim, havendo a ocorrência dos supramencionados casos cometidos pelo poder público, parece coerente não responsabilizar o promitente vendedor. Isso será possível, apenas excepcionalmente e com lapso temporal comprovadamente excessivo ao prazo ordinariamente realizado. Do contrário, deve ser considerada abusiva a cláusula que prevê tal disposição.

III - A falta mão de obra qualificada;

O Sindicato da Indústria da Construção do Estado da Bahia - SINDUSCON-BA, entidade privada, sem fins lucrativos, agregativa dos interesses da categoria econômica da Indústria da Construção do Estado da Bahia, tem trabalhado na realização de atividades que buscam pela melhoria contínua da qualificação dos profissionais da construção civil, bem como o desenvolvimento tecnológico e gerencial dessas empresas (ECKHARD, 2013).

Vale dizer que o sindicato também participa de importantes iniciativas, como a Comunidade da Construção, visando a integração dos agentes da cadeia produtiva e a melhoria contínua dos processos construtivos.

Os empregados das construtoras e incorporadoras fazem parte do programa estratégico do SINDUSCON-BA, o qual realiza atividades que promovem a qualificação desses profissionais do ramo da construção civil, apoiando o fortalecimento do mercado, aproximando clientes, empresários e fornecedores, através de debates e minicursos com o objetivo de fomentar a troca de informações e de experiências.

Todavia, segundo afirma o presidente atual do Sindicato da Indústria da Construção do Estado da Bahia, Sr. Carlos Alberto Matos Vieira Lima: "está cada vez mais complicado encontrar pessoas qualificadas, mesmo com o SINDUSCON fazendo, constantemente, cursos para qualificar pedreiros e carpinteiros".

Nesses termos, é uma realidade fática a carência de mão de obra no ramo imobiliário. Contudo, não há como se utilizar deste fato para justificar a imprevisibilidade desta insuficiência, posto que é uma situação reconhecida por todos os investidores do ramo imobiliário, que devem sempre se manter informados e buscar alternativas para superar esta deficiência e repassar para os consumidores um prazo ainda maior para finalização de uma obra, tendo em vista a presente situação, posto que seja perfeitamente administrável e previsível.

Segue abaixo decisão, em sede de Apelação, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que considerou injustificado o argumento da dificuldade de contratação de mão de obra para legitimar a escusa do construtor em arcar com ônus da mora na entrega do imóvel:

CIVIL. CONTRATO. RESCISÃO. CASO FORTUITO E MOTIVO DE FORÇA MAIOR. LIMITES. **Eventuais dificuldades da construtora para obter financiamento da obra ou contratar mão-de-obra não constituem caso fortuito nem motivo de força maior.** Apelo não provido. Unânime. (TJ/DF – 1ª T. Cív., Ap. Cív. nº 1999 07 1 007021- 8, Rel. Des. Valer Xavier, julg. 23.03.2001). (Grifos nossos)

Por oportuno, faz-se necessária a explanação acerca do que traz à baila o art. 43 da Lei nº 4591/1964, que impõe determinadas normas a serem cumpridas pelos incorporadores, em seu inciso V:

[...] V - não poderá modificar as condições de pagamento nem reajustar o preço das unidades, **ainda no caso de elevação dos preços dos**

materiais e da mão-de-obra, salvo se tiver sido expressamente ajustada a faculdade de reajustamento, procedendo-se, então, nas condições estipuladas (Grifos nossos).

Ou seja, ainda que haja aumento do custo da mão de obra, este não será capaz de legitimar o aumento de preço das unidades, exceto expressa previsão contratual, pois se trata de um planejamento que deve ser feito pelas construtoras e incorporadoras, antes de repassar os custos para os consumidores, não podendo estes ficarem a deriva das variações de mercado.

IV - Díficeis condições climáticas;

Uma das grandes preocupações de quem gerencia o canteiro de obras é poder prever como ficará o tempo no local da execução do empreendimento. Obter esta informação possibilita um melhor planejamento do trabalho e otimiza os resultados.

A construção civil sofre constantes influências das condições meteorológicas, que muitas vezes causam prejuízos, transtornos e atrasos nas obras. Para isso, existem empresas especializadas que oferecem serviços exclusivos para previsão do tempo, clima, alertas meteorológicos, entre outros, com a finalidade de auxiliar a empresas do ramo imobiliário na tomada de decisão.

Apenas para fins exemplificativos, existem atualmente no mercado, empresas como: Atmosfera Meteorologia e a Climatempo Consultoria. Ambas as empresas desenvolveram ferramentas voltadas para previsão do tempo para este segmento, sendo que a Climatempo criou o chamado SMAC – Sistema de Monitoramento e Alerta Climatempo, tratando-se de uma plataforma que proporciona praticidade e eficiência na gestão de canteiro de obras, atingidos por fatores meteorológicos. São constantes alertas emitidos 24 horas por dia, desenvolvidos a partir de elevada tecnologia de radares, sensores de raios, modelagem atmosférica e banco de dados passados por meteorologistas com ampla experiência no mercado e regulamentados pelo CREA (CLIMATEMPO, 2013).

Em verdade, é sabido por todos que o planejamento da obra, o aumento da segurança e a redução dos prejuízos são diretamente influenciados por fenômenos meteorológicos adversos, seja em razão da ocorrência de fortes chuvas, raios, ventos e/ou granizos, vai depender do local onde será erguido o empreendimento. Contudo, por meio de mapas, gráficos e explicações técnicas é possível saber o comportamento desses fenômenos temporais, como quantidade de chuva,

temperatura e outras variáveis meteorológicas, em determinado período e em qualquer local do Brasil.

Nesse sentido, são realizados relatórios técnicos, elaborados por meteorologistas devidamente habilitados no CREA e mediante ART (Anotação de Responsabilidade Técnica), atingidos a partir do levantamento dos dados meteorológicos, para que um especialista possa fazer uma análise do comportamento das variáveis, dentro de um lapso temporal determinado: dias, semanas, meses, anos, podendo explicar, além disso, quais foram os fenômenos meteorológicos atuantes na região nos últimos períodos, para que as empresas do ramo possam utilizar de materiais adequados para cada região, fazendo uma programação para a conclusão da obra de forma mais acertada e precisa.

Desde o surgimento da NBR 15220 – Norma Brasileira de Desempenho Térmico das Edificações (ABNT, 2005) - o Brasil passou a ser classificado por oito zonas bioclimáticas. A partir daí, passou a ser relevante que cada projeto levasse em conta as características regionais, a fim de oferecer conforto térmico aos seus consumidores/adquirentes e futuros moradores, o que obrigou que as construtoras passassem a buscar entender melhor o clima do local onde iriam construir o seu empreendimento, ficando mais atentas às previsões meteorológicas, a fim de cumprir, tempestivamente, os seus cronogramas, evitando assim, que o andamento da obra fosse afetado pela principal vilã: a chuva (SANTOS, 2012).

Altair Santos (2012) em seu artigo faz referência ao especialista em gerenciamento e supervisão de obras, José Geraldo Canhoto, o qual afirma:

O conhecimento climático também fez avançar a gestão do canteiro de obras, fazendo com que as empresas se prevenissem contra períodos longos de instabilidade meteorológica, protegendo os materiais de construção, drenando o terreno e promovendo o encaibramento de áreas onde o tráfego de veículos e maquinários, além da circulação de trabalhadores, é mais intenso. Mesmo assim, há etapas de um empreendimento que não podem começar coincidindo com chuva. Incluem-se aí movimentações de terra (terraplanagem, escavações e aterros) e fundações.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, um Estado em que a ocorrência de chuvas é quase constante, aduz uma decisão ainda mais elucidativa acerca da impossibilidade de trazer à baila, justificativas consideradas, pela maioria jurisprudencial, como previsíveis, tais como a ocorrência de chuvas, fortes ventos,

greves nos setores da construção civil, dentre outros, conforme o *decisum* abaixo transcrito:

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – ATRASO NA ENTREGA DA OBRA – ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE CHUVAS, FORTES VENTOS E GREVE NO SETOR DA CONSTRUÇÃO CIVIL – ACONTECIMENTOS LIGADOS À PRÓPRIA ORGANIZAÇÃO E DENTRO DOS RISCOS NORMAIS DA ATIVIDADE DA RÉ – FORÇA MAIOR DESCARACTERIZADA – APLICAÇÃO DA MULTA CONTRATUAL EXPRESSA E PREVIAMENTE PREVISTA POR DELIBERAÇÃO ESPONTÂNEA DAS PARTES – SENTENÇA MANTIDA. – Recursos desprovidos.” (TJ/SP – 6ª C. Dir. Priv., Ap. Cív. nº 085.330-4/2, Rel. Des. Mohamed Amaro, julg. 05.08.1999). (Grifos nossos)

Altair Santos *apud* José Geraldo Canhoto esclarece que, atualmente, não há mais justificativas, pois só os desprevenidos deixam obras atrasar por causa de imprevistos meteorológicos, pois, nos tempos atuais ninguém mais inicia etapas de concretagem de fundações sem consultar serviços de meteorologia. Além disso, quando é imprescindível e inevitável trabalhar com a ocorrência de chuva, em alguns casos a utilização de estruturas pré-moldadas ajuda a otimizar o tempo.

Diante do contexto apresentado, é de se considerar que a cidade de Salvador, por exemplo, que tem um relativo índice pluviométrico, com constantes variações climáticas, havendo períodos que em há uma incidência maior de chuvas, é previsível a ocorrência de precipitações, sendo que estas podem atrasar o cronograma de uma obra. Porém, como já explanado, existe hoje a possibilidade de se prever e se programar quanto à ocorrência dessas variações.

Sendo assim, não há como alegar a imprevisibilidade dessas alterações climáticas, a fim de justificar o atraso na obra, devendo, portanto, tal previsão contratual ser rechaçada e considerada ilícita, pois, tais fatos deveriam ser considerados para a projeção do período para o término da obra, sendo incluído quando do seu planejamento.

Contudo, vale trazer alhures que, se comprovado que foram feitos todos os estudos necessários e que houve uma programação da obra para suportar aquele determinado nível de chuvas previsto para aquele período, e mesmo assim, imprevisivelmente e inesperadamente, se contrapondo a todos os cuidados tomados pela Construtora e incorporadora, a depender do caso concreto, poderá sim ser justificado o fortuito e a força maior.

V - Greves dos trabalhadores;

As negociações entre os sindicatos de empregados e sindicato patronal, da construção civil, em regra, geram muita polêmica e são sempre muito tensas. É sabido que, praticamente uma vez por ano, se tem greve neste setor para tratar da pauta de reivindicações de campanhas salariais, assistência médica, horas extras, dentre outras, em defesa dos direitos dos trabalhadores da categoria.

Segundo Altair Santos (2012), ao fornecedor que atrasa a entrega da obra, deveria ser cominada idêntica sanção prevista contratualmente ao consumidor, conforme descrevem os arts. 6º, IV e 51, do Código de Defesa do Consumidor, já citados no bojo deste trabalho. Afinal, não pode o adquirente (consumidor) responder pela falta do inadequado planejamento do fornecedor, no caso, as construtoras e incorporadoras de imóveis, pois, diante do contexto apresentado, existe a possibilidade dessas empresas se programarem, não no sentido de impedirem a ocorrência das greves, mas, de incluírem em seus cronogramas, tais variações, posto que, são corriqueiras e intercorrentes.

No que se refere à culpa exclusiva de terceiro, não há como se concretizar com a ocorrência de greves dos trabalhadores da construção civil, por exemplo, pois, estas estão ligadas à própria atividade do incorporador, não sendo ocasionada por força adversa, já que os operários fazem parte e são a extensão da própria empresa.

Sendo assim, arguir a ocorrência de greves como justificativa para balizar a ocorrência de um “fortuito” ou de “força maior”, portanto, inevitável, é totalmente equivocada, devendo a cláusula que prevê tal justificativa ser considerada ilícita, não pela previsibilidade, pois, de fato, é impossível de se prever, mas diante da possibilidade evidente de se provisionar uma média do tempo desperdiçado com a ocorrência dessas greves dos trabalhadores do ramo da construção civil, incluindo essa dilação no prazo final para entrega da obra.

No mesmo entendimento, seguem alguns julgados, a exemplo da apelação civil abaixo:

RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA CUMULADA COM PERDAS E DANOS. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. ALTOS ÍNDICES PLUVIOMÉTRICOS E GREVES NO SETOR DE CONSTRUÇÃO CIVIL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES A TIPIFICAR CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. Inadimplemento da construtora configurado. Precedentes desta Câmara. Multa e juros previstos nos contratos aplicados ao caso, por equidade. Tratando-se de obrigação contratual, os juros de mora incidem desde a citação. Recurso parcialmente

provido para este fim.” (TJ/SP – 3ª C. Dir. Priv., Ap. nº 198.125-4/6, Rel. Des. Caetano Lagrasta, julg. 04.10.2005) (Grifos nossos).

Apenas para elucidar as possíveis hipóteses, em caso de greve, é admissível suscitar a ocorrência de outras modalidades de greves, como por exemplo, a greve dos rodoviários, dos policiais, dentre outras categorias que nada tenham a ver com a atividade da incorporadora.

Nestes casos, deve ser analisado se haveria ou não a possibilidade de se suprir tal deficiência, como por exemplo, tratando-se de paralisação dos profissionais do transporte público, caberá à empresa construtora fornecer outros meios de locomoção, de forma alternativa, aos seus trabalhadores, não justificando, portanto, o atraso na obra.

Contudo, ao trazer à baila a possibilidade de haver greve realizada por policiais militares, por exemplo, não seria razoável exigir do promitente vendedor a responsabilização por este caso fortuito, visto que, fuge, absolutamente, do seu controle e da sua alçada tomar quaisquer medidas que possam alterar tal quadro, a não ser esperar pelo término do inconveniente, afastando o caráter abusivo da cláusula e a conseqüente responsabilização pela mora, caracterizada pela culpa exclusiva de terceiros.

VI - Carência de material de construção;

Como a realidade é o aquecimento na construção de imóveis na planta, a lista dos materiais de construção chega a ter uma demora de mais de 45 dias para serem entregues aos construtores (SINDUSCON).

Segundo noticia ainda o SINDUSCON, o atraso na entrega do cimento, cerâmica, tijolos artesanais, portas, esquadrias de alumínio, além de outros produtos fundamentais para o acabamento do imóvel, só tem aumentado.

O problema é enfrentado não apenas pelos pequenos consumidores, como também pelas grandes empresas do ramo da construção civil, que não fizeram um bom planejamento e deixaram as compras para a última hora, correndo o risco de ter as obras de acabamento interrompidas.

Segundo dados trazidos por Mayara Jesus Santana, através da CBIC - Câmara Brasileira da Indústria da Construção, a intenção de investir vem, aos poucos, diminuindo entre os empresários da indústria de materiais de construção, pois, em

maio, uma pesquisa mostrou que 70% de alguns entrevistados disseram que têm intenção de investir ao longo dos próximos 12 meses, porém, em abril deste ano, o percentual ficou em 71%, ou seja, quase o mesmo percentual registrado em maio do ano passado.

O CBIC prevê ainda que o Nível de Utilização da Capacidade Instalada (NUCI) da indústria de materiais se manteve estável, em 81%, mesmo nível tanto na comparação mensal quanto anual, demonstrando ainda, que 35% dos empresários se disseram otimistas em relação aos incentivos, por parte do governo federal, para os próximos 12 meses. O desempenho das vendas de materiais de construção no mercado interno foi classificado como bom ou muito bom por 57% dos empresários em maio, enquanto 38% consideraram regular e 5%, ruim.

Para o SINDUSCON, os primeiros sinais de desabastecimento apareceram desde o ano passado. Nesta época, os fabricantes aumentaram ainda mais os investimentos, elevando assim, a produção. Por outro lado, hoje os pequenos empresários preferem, mesmo com a possibilidade maior de lucro, deixar de atender novos clientes a ter que se endividar, tendo que retirar dinheiro do próprio bolso, apenas para se inserir de forma mais agressiva nessa onda favorável da construção civil.

Assim, é imperioso considerar na programação do empreendimento, que, em certos períodos do ano, a corrida por materiais de construção é ainda maior do que o normal, devido a diversos fatores de comercialização, clima, exportação, importação e etc. Contudo, através de pesquisas, organização, uma administração bem realizada, bom planejamento e conhecimento de mercado é perfeitamente possível se programar para evitar sofrer as consequências dessa diminuição de materiais, tornando, portanto, absolutamente previsível e injustificável se utilizar do fato da carência de materiais de construção para justificar o atraso na entrega do imóvel.

VII - Quaisquer ocorrências que possam impedir ou prejudicar o bom andamento da obra;

Aqui, o que se vê é a previsão de uma cláusula genérica, na tentativa de abarcar outras situações não previstas de forma expressa pelo contrato, capaz de legitimar a irresponsabilização da empresa, com relação ao atraso na obra, na tentativa de adequar qualquer outro fato ocorrido às regras de direito civil, a fim de esquivar-se da responsabilidade, seja através da alegação da exceção do contrato não

cumprido, por culpa exclusiva de terceiros, ou, o mais comum, por se tratar de um “fato fortuito” ou “força maior”.

Em suma, todos os argumentos são trazidos de forma unilateral, pois, o contrato em análise figura-se na forma de um contrato de adesão. Por esta razão, é comum que as justificativas trazidas nas cláusulas contratuais, muitas vezes estejam ocultando, em verdade, uma cláusula abusiva, que, na maioria dos casos, encontra barreira no poder judiciário cuja tendência é reconhecê-la e declará-la nula de pleno direito.

Assim, na tentativa de provar a inexistência de descumprimento contratual e afronta ao princípio da boa-fé no negócio realizado, as construtoras tentam esquivar-se da responsabilidade de recompensar o consumidor pelos diversos danos sofridos, utilizando-se de diversos argumentos, muitas vezes inócuos, acerca de fatos previsíveis e injustificáveis, na sorte de tentar balizar como excludente de responsabilidade, a mora causada.

Contudo, independentemente das disposições trazidas pelos construtores/incorporadores, sendo constatado o dano, o dever de reparação será indispensável para que haja a compensação pelo constrangimento, pela perda sofrida e o retorno ao “*status quo ante*”. Nessa esteira, será a responsabilização civil e o dever de reparação do construtor, tratado com mais cautela no próximo título deste trabalho.

4.4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO DEVER DE REPARAÇÃO

Um dos preceitos fundamentais do direito é a busca pela paz social. Essa busca pela “tranquilidade social”, muitas vezes exige atuação e intervenção do Estado, na tentativa de manter a ordem e garantir os direitos coletivos e interesses individuais, visando, assim, a proteção do indivíduo e da sociedade.

A lei de incorporação imobiliária de n. 4591 trouxe em seu Art. 43, inciso II, a previsão de que diante da aquisição de uma unidade habitacional, a prazo e preço certos, o incorporador deverá indenizar o adquirente do imóvel, pelos prejuízos advindos da inexecução da obra no prazo determinado ou seu retardamento, conforme previsão legal:

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;

Marcus Geraldo, *apud* Ramon Daniel Pizzarro, traz o ensinamento de que quando o equilíbrio preexistente é alterado pelo dano, a reparação significa, em verdade, o restabelecimento, obviamente, quando houver a sua possibilidade (2003, p.30).

Caio Mário da Silva (2012) resume da seguinte forma: “O efeito da responsabilidade civil é o dever de reparação”.

Embora não haja previsão expressa na Constituição Federal, a tutela específica é considerada um direito também, fundamental. Decorre do direito ao acesso à justiça e devido processo legal. Em razão das últimas reformas do Código de Processo Civil, o legislador dignou-se de prestigiar esse direito fundamental, já que este não fora observado de forma satisfatória no regramento antigo de efetivação da obrigação de fazer, não fazer e dar coisa, cujo descumprimento implicava, na conversão da obrigação em perdas e danos. (DIDIER JUNIOR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2011).

4.4.1 Do Dano Material, Moral e Lucros Cessantes.

Alguns danos podem atingir tanto a parte da imagem social, a extensão social dessa pessoa, como também a parte psíquica do indivíduo, interna, ou, pode ainda atingir ambas as partes. É mister averiguar de que forma este trauma atingirá a consciência do ser humano. Assim, os danos são convertidos em responsabilidade civil, na obrigação de ressarcir daqueles que o provocam, causando lesão, de forma consciente ou inconscientemente, a outrem (OLIVEIRA, 2003. p. 32).

A ideia do dano moral, segundo leciona Marcus Geraldo Porto de Oliveira (2003, p.30), condiz em devolver ao agressor a ofensa depreendida contra aquele outro indivíduo ou contra a sociedade, posto que, no direito penal, prevalecem as regras de direito coletivo, já no direito civil, a reparação é amparada pela recomposição ou compensação pecuniária, orientando os interesses particulares. Nesses termos, a

responsabilização civil é utilizada como mecanismo de repressão contra as condutas antissociais, para além da reparação específica do indivíduo.

As construtoras, em sede de defesa, tentam demonstrar que é incabível a alegação de imputação de dano moral em face o atraso da obra, pressupondo que este, em verdade, apenas deve ser admissível quando configurada uma imensa dor, elevada vergonha ou injúria moral de difícil comprovação, pois, a simples mora e o eventual descumprimento contratual não devem implicar necessariamente em indenização de cunho extrapatrimonial.

Para as empresas incorporadoras e construtoras os eventuais atrasos decorrem do risco inerente às relações comerciais, devendo ser recompensado quando do dano material devidamente comprovado, pois, em sua maioria, a mora é provocada por causas externas, alheias à vontade das empresas.

Arguem ainda, que os valores postulados a título de dano moral, pelos futuros compradores de imóveis adquiridos na planta entregues após o prazo pactuado nos contratos, configuram, em sua maioria, enriquecimento ilícito, haja vista a inaplicação do princípio da razoabilidade, devendo as quantias exorbitantes pleiteadas serem repudiadas, pois, em verdade, não passam de verdadeiros fomentadores da indústria lucrativa, fugindo dos padrões da equidade e moderação.

De forma inversa, "os adquirentes" – promissários compradores dos imóveis – perfazem o caminho oposto, na tentativa de comprovar a existência do dano moral e material, em razão dos constrangimentos ocasionados pela quebra de expectativa, desgastes com a família, estresses psíquicos, bem como o ressarcimento de alugueres pagos durante o período de espera da obra, das mensalidades pagas após a data prevista para a sua efetiva entrega, compensando, ainda, pelas perdas das garantias de móveis e eletrodomésticos comprados para ingressar no imóvel.

Acerca da concretização dos danos extrapatrimoniais, assevera o doutrinador Anderson Schreiber (2013, p.126) aludindo a ideia de que a lesão concreta, de interesse extrapatrimonial, é verificada no momento em que o imóvel, objeto do direito, é afetado. Sendo assim, será constatada lesão à honra, no instante em que a honra da vítima vem a ser concretamente afetada, daí se configura o dano moral. No que se refere à consequência da dor, sofrimento ou frustração é irrelevante para a

verificação do dano, muito embora sirva como indício para análise de sua extensão, ou seja, para que se possa quantificar a indenização a ser concedida.

O entendimento jurisprudencial atual tende a desestimular as empresas a descumprirem as disposições contidas nas cláusulas contratuais, no que tange ao prazo da entrega da obra, arbitrando ressarcimento por lesões patrimoniais, quando comprovados, e extrapatrimoniais, à honra do adquirente. Sendo assim, veja-se:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - INSTRUMENTO PARTICULAR DE PROMESSA DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEL, COM PREVISÃO DO PRAZO DE 180 DIAS DE CARÊNCIA PARA ENTREGA DAS CHAVES ATRASO CARACTERIZADO DANO MATERIAL E MORAL CONFIGURADOS. Alegação de força maior e caso fortuito para justificar a entrega do imóvel fora do prazo, que não pode ser aceita, posto que as alegações das Rés se inserem no risco normal assumido pela atividade que desenvolvem Verba honorária contratualmente estabelecida, que não vincula o Juiz Sentença reformada em parte Recurso do Autor provido em parte para **condenar as Rés no dano moral experimentado, fixado em R\$ 10.000,00**, e para adequação dos honorários ao disposto no § 3º do artigo 20 do CPC, assim como o das Rés, este para limitação da verba indenizatória pelo atraso na entrega. Processo: APL 564682920098260564 SP 0056468-29.2009.8.26.0564. Relator(a): João Pazine Neto. Julgamento: 22/02/2011. Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 23/02/2011 (Grifos nossos).

No campo do processo civil, a tutela específica, ou, máxima da coincidência possível, assegura à parte que obtenha em juízo exatamente aquele bem que teria conseguido com o cumprimento voluntário da obrigação. Assim, em face do descumprimento da obrigação e impossibilidade de ter a tutela específica cumprida, busca-se a compensação através do dano moral.

Por seu turno, defende o insigne Carlos Alberto Bittar (1993):

A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de **modo expressivo no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido, deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.** (Grifos nossos).

Como se não bastasse a mora pela entrega do imóvel, muitas vezes os promissários compradores ainda são obrigados a suportar a demora na entrega da área comum, área de lazer do empreendimento. O espaço de entretenimento, lazer e prática de esportes destes empreendimentos é, por vezes, um fator determinante para a escolha de um ou de outro imóvel, no qual a piscina, o salão de jogos, salão de festas, sauna, academia, playground e etc., são ambientes dos quais os adquirentes

fazem questão de ter em pleno funcionamento e possuem o direito de usufruí-los, devendo todos esses ambientes estar aptos a serem utilizados desde o momento em que se imitirem na posse do imóvel. Contudo, infelizmente, a realidade é outra (BARROS JUNIOR, 2012).

Neste caso, é lícito e evidentemente devido, que o adquirente faça jus a indenizações nos mesmos moldes daquela prevista para a entrega da unidade habitacional, tendo em vista que a construtora /incorporadora ainda permanece em mora.

Jorge Luiz de Andrade Barros Junior (2012) em seu artigo acerca da compra de imóvel na planta aduz que quando se vai comprar um imóvel, verifica-se, na maioria das vezes, não apenas a parte interior da casa ou do apartamento que se pretende residir ou morar. Compra-se um imóvel também pela comodidade, lazer e conforto que o bem, como um todo, poderá proporcionar a seu adquirente.

De forma elucidativa, o referido autor ainda traz à baila a noção de que, na ação de cobrança pelas perdas e danos, podem ser incluídos, não apenas a vantagem econômica auferida com a fruição, o que equivale à cobrança dos alugueres no período que o consumidor não usufruiu do imóvel, ou seja, a cobrança dos lucros cessantes, sendo obrigado a manter-se nesta condição, cuja compra e venda não veio a ser realmente implementada, despesas gerais decorrentes do inadimplemento e etc.

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL NÃO ENTREGUE. LUCROS CESSANTES. CABIMENTO. PRECEDENTES. DOCTRINA. RECURSO PROVIDO.

I - A expressão "**o que razoavelmente deixou de lucrar**", constante do art. **1.059 do Código Civil**, deve ser interpretada no sentido de que, até prova em contrário, se admite que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que obteria, existindo a presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo em vista os antecedentes.

II - **Devidos, na espécie, os lucros cessantes pelo descumprimento do prazo acertado para a entrega de imóvel, objeto de compromisso de compra e venda.**

Processo: REsp 320417 RJ 2001/0048938-9, Relator(a): Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Julgamento: 26/11/2001 - Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA. Publicação: DJ 20.05.2002 (Grifos nossos).

DIREITO DO CONSUMIDOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. [...]. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. CASO FORTUITO. ÔNUS DA PROVA. INDENIZAÇÃO DE ALUGUEIS. LUCROS CESSANTES. DANOS MATERIAIS. preliminar rejeitada. recurso conhecido e improvido. 1. para verificação da competência dos juizados especiais em razão do valor da causa deve ser considerado o proveito

econômico perseguido pela parte autora e não a importância total do contrato a ser rescindido. preliminar rejeitada; 2. [...] 3. com base nos arts. 475 e 402 do cc/2002, o atraso na entrega de imóvel adquirido na planta, sem justificativa plausível, dá direito ao promitente comprador ao ressarcimento de perdas e danos, as quais abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. 475 e 402 cc/2002; 4. no caso imóvel adquirido na planta é razoável supor que o adquirente fruirá dos seus frutos, seja por uso direto seja por locação, desnecessária a prova de contratação da locação, [...] 8 (683874920108070001 DF 0068387-49.2010.807.0001, Relator: ASIEL HENRIQUE, Data de Julgamento: 22/03/2011, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: 13/04/2011, DJ-e Pág. 235, undefined) (Grifos nossos).

Segundo o que discorre Rafael Santana (2012) para os consumidores cujos imóveis foram entregues fora do prazo pactuado, também podem ingressar com uma ação judicial para suscitar eventuais danos e perdas, sobretudo porque ajuizar ações na busca por indenização pelo atraso na entrega do imóvel é um direito dos futuros proprietários, além do mais, o prazo para o comprador propor a ação indenizatória pelo atraso na entrega da obra é de até cinco anos, conforme prevê o CDC em seu art. 27: “Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”.

O valor da indenização será calculado de acordo com o valor do imóvel, disposição econômica da construtora e o prejuízo sofrido pelo comprador.

Henrique Guimarães (2011) chama a atenção dizendo que todos os direitos podem ser requeridos conjuntamente em uma única ação judicial, em uma tentativa de reparar os danos causados pelas construtoras e, por se tratar inequivocamente de relação de consumo, é possível, sem sombras de dúvidas, "abrir reclamação" junto ao órgão de defesa do Consumidor - PROCON.

Nesse sentido, o autor assevera que, inclusive, já é entendimento consolidado da terceira turma do STJ (julgamento do Ag. Reg. do Rec. Esp. n. 735.353/RJ), cuja condenação se deu em favor do pagamento dos lucros cessantes e dano moral em face da presunção relativa do prejuízo sofrido pelo promissário comprador, sendo, portanto, o atraso injustificado na entrega da obra capaz de gerar direito aos adquirentes de receberem indenização por perdas e danos, equivalente ao valor do aluguel do imóvel em atraso, até a entrega definitiva da obra, prescindindo da necessidade de ter que provar qualquer tipo de prejuízo (GUIMARÃES, 2011).

Vale dizer que o ônus da prova é do promitente vendedor, sendo mister que este comprove que as ocorrências justificadoras do atraso para entrega das obras não tenham ocorrido por sua culpa, do contrário, o promissário comprador deve ser indenizado por eventuais danos morais e materiais sofridos, haja vista que o dever de provar as excludentes de responsabilidade é das empresas construtoras, já que estas respondem objetivamente, conforme previsão expressa do art. 14 do CDC.

No que se refere ao direito à rescisão contratual nos contratos imobiliários, apesar do CDC disciplinar da maneira mais clara e objetiva no artigo 53, há sempre dúvidas a respeito de como o consumidor deve proceder, caso queira rescindir o contrato de forma unilateral. Nesses termos expõe o referido artigo normativo:

Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam **a perda total das prestações pagas** em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado (Grifos nossos).

O preceito é brilhante, impedindo que haja injustiça e que o consumidor seja lesado. Consequentemente, impede que o alienante (promitente vendedor) retenha a integralidade do valor pago pelo promissário comprador.

A cláusula contratual que estipula a possibilidade de se cobrar do fornecedor, depois de rescindido o contrato, as perdas e danos a fim de compensar o gasto advindo dos aluguéis, pelo período em que não se ocupou o imóvel, não pode ser considerada como abusiva. Todavia, este valor do aluguel deve refletir o preço razoável, preço de mercado do imóvel. Contudo, há a possibilidade também de se descontar do consumidor as perdas e danos a que este tiver dado causa.

Mister se faz deixar registrado que o dever de provar as excludentes de responsabilidade é das empresas construtoras, as quais possuem responsabilidade objetiva consoante o art. 14 do CDC, já citado na íntegra anteriormente: “O fornecedor de serviços responde, independente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, [...]”.

VI - se o incorporador, sem justa causa devidamente comprovada, paralisar as obras por mais de 30 dias, ou retardar-lhes excessivamente o andamento, poderá o Juiz notificá-lo para que no prazo mínimo de 30 dias as reinicie ou torne a dar-lhes o andamento normal. Desatendida a notificação, poderá o incorporador ser destituído pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal que

couber, sujeito à cobrança executiva das importâncias comprovadamente devidas, facultando-se aos interessados prosseguir na obra.

Em outras palavras, as perdas e danos devidos ao credor devem referir-se ao dano emergente (aquilo que se perdeu efetivamente) e ao lucro cessante (o que deixou de lucrar), como previsto no art. 402 do CC/2002: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos previstas ao credor”.

Em verdade, as únicas hipóteses que as empresas construtoras e/ou incorporadoras podem se eximir da responsabilidade indenizatória pela mora na entrega do bem são: a comprovação da existência de um fato que justifique, de forma plausível, a aplicação da teoria do caso fortuito ou de força maior ou em uma circunstância em que fique comprovada a culpa exclusiva dos promissários compradores dos imóveis, ou de terceiros.

Contudo, como bem preceituam os ilustres autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p.78 e 79), por força da complexidade do procedimento ordinário ao qual as partes se submetem, desencadeando no ajuizamento de uma ação civil a fim de obter a tutela do seu direito ou a compensação de uma perda, através de uma demanda indenizatória, não se torna exagero afirmar que, no Brasil, com o atual modelo judiciário, em muitas situações, as “perdas e danos” podem resultar em lesões ainda maiores, sofridas pelos promissários compradores, e, sobretudo, a inversão das expectativas que, ao invés de ganhar, acabem perdendo, infelizmente.

Assim, para alguns promissários compradores mais valia ter a posse do bem que o dinheiro proveniente de uma eventual indenização, posto que, na maioria dos casos o desgaste físico e emocional é tão grande que o saldo final é muito mais negativo que positivo.

5 CONCLUSÃO

Milhões de brasileiros, nos últimos anos, têm firmado contratos de promessas de compra e venda de imóveis com construtoras de todo o Brasil, motivados por políticas de facilitação de crédito e aumento de oferta, especialmente no que se refere à aquisição de empreendimentos ainda "na planta", objeto de estudo do presente trabalho, o que tem gerado para o consumidor uma grande expectativa de ter realizado o sonho de obter a tão esperada moradia na casa própria.

Da análise de alguns argumentos trazidos nessa promessa, aduzidos pelos construtores/incorporadores, através de contrato de adesão, pactuados com os promissários compradores desses imóveis, depreende-se, em face do atraso na entrega do empreendimento fora do prazo pactuado entre as partes, as seguintes conclusões:

- 1) A promessa de compra e venda, objeto de estudo do presente trabalho, inclui-se como um dos aspectos estudados pelo direito imobiliário, sendo o instrumento utilizado para efetivar a negociação entre as construtoras/incorporadoras e os futuros adquirentes dos imóveis, sob o formato de contrato de adesão.
- 2) O cerne envolvido no atual estudo ancorou-se acerca do atraso para a entrega do lote adquirido no empreendimento em construção, mais especificadamente, no que tange os argumentos trazidos pelas construtoras, a fim de se escusar da responsabilidade pela mora.
- 3) O tema trouxe uma relação harmônica com os diversos doutrinadores, juristas e julgados pertinentemente ventilados, a fim de trazer uma melhor elucidação do assunto abordado, além da utilização de diversas fontes normativas, tais como a Constituição Federal, o Código Civil de 2002, assim como algumas Leis esparsas, relacionadas ao núcleo temático, como por exemplo: o Decreto-lei n.º 58/37, que dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações; a Lei 4.591/64, sobre o condomínio em edificações; Lei 6.015/73, que trata dos Registros Públicos; Lei 6.766/79, sobre o parcelamento do solo urbano; Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor; Lei 10.257/2001, o presente Estatuto da Cidade; Lei 10.931/2004 a qual trata sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, letra de crédito imobiliário, cédula de crédito imobiliário,

cédula de crédito bancário, alterando também o Decreto-Lei n. 911, dentre outras citadas “*en passant*” no presente trabalho.

4) O atraso na entrega do imóvel restringe e fere direitos fundamentais, previstos constitucionalmente, como o direito à moradia e a expectativa ao direito propriedade, resultando na violação da dignidade da pessoa humana, conforme aduzido no capítulo 2.

5) A incorporação imobiliária nada mais é que um negócio jurídico, realizado para promover a construção de empreendimentos imobiliários. A construção de um imóvel pode ser realizada através de uma construtora de imóveis ou através de uma incorporadora, sob a modalidade de empreitada ou administração.

6) Da promessa pactuada entre os contraentes, não obstante seja prudente o seu respectivo registro, por tratar-se de regra, para que haja oponibilidade para com terceiros, conforme determina o CC/2002, foi conclusivo que este se encontra atualmente relativizado, pactuado com ou sem cláusula de arrependimento, em prol da segurança jurídica das relações, podendo ser suprimido, em casos em que há o adimplemento da obrigação de pagar o preço e a negativa do cumprimento do devedor em efetivar a outorga definitiva da escritura pública, podendo ainda, ser exigido por meio de adjudicação compulsória.

7) Nesse contexto, inicialmente conclui-se que, o direito imobiliário obteve uma considerável evolução no sentido de melhorar o seu sistema burocrático, conforme pode ser observado ao disposto na Súmula 239 do STJ, apesar de ainda ter muito que evoluir.

8) A relação existente entre o promitente vendedor (fornecedor) e promissário comprador (consumidor), versa, sem sombra de dúvidas, sobre uma relação de consumo, amparada pelos princípios da equidade e boa-fé, não podendo existir a desigualdade de benefícios apenas para uma das partes -“*tu quoque*”, conforme ventilado no capítulo 3, bem como a aplicação dos demais aspectos e limites previstos pelo CDC.

9) Por se tratar de contrato de adesão, é comum encontrar cláusulas denominadas de cláusulas leoninas ou abusivas, inseridas nos contratos de promessa de compra e venda, algumas exemplificadas no presente trabalho, como a proibição de haver alteração unilateral nas condições originariamente pactuadas,

que imponha obrigação abusiva ou a transferência de responsabilidades a terceiros, ou que imponha desvantagem exagerada ao consumidor, dentre outras.

10) Tanto o CC/2002, quanto o CDC, bem como a Lei de incorporação imobiliária, n.º 4.591/64, buscam salvaguardar os direitos dos promissários compradores, na tentativa de desestimular práticas abusivas, evitando, conseqüentemente, o atraso abusivo da entrega do imóvel, através do cumprimento de tais premissas: 1. Busca pelo comportamento ético nas relações contratuais (boa-fé objetiva); 2. Prestar informações adequadas e verossímeis aos futuros adquirentes; 3. Desestimular a prática de propaganda enganosa; 4. Classificar as cláusulas abusivas como nulas de pleno direito, matéria de ordem pública, imprescritível, podendo ser arguida em qualquer grau de jurisdição; 5. Buscar pelo cumprimento da obrigação através da tutela específica, podendo, no próprio contrato prever a aplicação de *astreintes* em caso de descumprimento contratual; 6. Pugar pela reparação dos danos patrimoniais e morais; 7. Buscar a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor; 8. Atrair a extensão da responsabilidade também aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos, dentre outras estipulações, como forma de busca pela equidade contratual.

11) A cláusula comumente chamada de “prazo de carência”, reconhecida como leonina, por muitos julgados, encontra previsão na Lei n.º 4.591/64, como um período de tolerância dado às construtoras, em caso em de acontecimentos extraordinários que impossibilitem a entrega do imóvel dentro do interstício inicialmente pactuado. Porém, a doutrina e jurisprudência vêm interpretando pela necessidade de se justificar tal tolerância, apenas admitindo-a em face de acontecimentos imprevisíveis, com base no caso fortuito e força maior ou culpa exclusiva de terceiros. Nesse sentido, não obstante a legalidade do período de tolerância, conhecido como “prazo de carência”, deve ser considerado abusivo à luz do CC/2002, e, principalmente do Código de Defesa do Consumidor.

12) A existência de um projeto, em trâmite no Congresso Nacional, de n.º 178, de 2011, tendo como apensos os Projetos de leis de n. 1.390 e n. 2.606, ambos de 2011, originários da Comissão de Defesa do Consumidor, de autoria do deputado Eli Correa Filho, que prevê alteração da lei de incorporações imobiliárias - Lei n. 4.591/64, acrescentando o artigo n.º 48-A, no sentido de deixar claro o prazo limite

admissível para postergar a entrega do imóvel em 180 dias, não aceitando, portanto, qualquer outro tipo de tolerância, ainda que amparada por justificativas baseadas em “caso fortuito”, “força maior” ou culpa exclusiva de terceiros. Essa realidade difere do que se encontra vigente hoje, posto que, não existe, de forma expressa, prazo para essa possível tolerância no atraso da obra, podendo este se dar, entre 90 e 180 dias, lapsos comumente pactuados no mercado, desde que justificável.

13) Depreende-se também que o “boom” no mercado imobiliário se deu por volta de 2009 e 2011, e tem-se mantido, contudo, vem sofrendo uma leve desaceleração, porém, permanece ainda responsável por grande parte do crescimento econômico do país.

14) A rápida expansão do mercado de imóveis ocasionou diversos efeitos para a sociedade, dentre alguns, foram citados no presente trabalho: 1. Aumento expressivo nos preços dos imóveis, em razão do acesso fácil a crédito e demanda em alta; 2. Surgimento de fatores restritivos de infraestrutura, como: falta de mão de obra especializada; falta de mão de obra em geral; falta de equipamentos; falta de insumos para as obras; 3. Insuficiência das fontes tradicionais de financiamento; 4. Redução do déficit habitacional; 5. Oportunidade para entrada de novas tecnologias. Esses efeitos geraram, sem sombra de dúvidas, redução na qualidade da prestação dos serviços das construtoras e/ou incorporadoras, provocando a incidência de muitas reclamações e aumento de ações judiciais, em sua maioria, pelo atraso injustificado na entrega da obra.

15) Tanto o Código Civil de 2002 quanto o CDC preveem cláusulas de proteção ao promissário comprador que se surpreenda com os defeitos causados nos imóveis, sendo um deles, a não entrega no prazo pactuado, ou, quando entregue com qualquer avaria.

16) Da análise da responsabilização do promitente vendedor, pode-se concluir que este responderá de forma objetiva, por danos ou prejuízos causados ao promissário comprador, visto que se trata de uma relação de consumo, ou seja, torna-se dispensável a análise do fator culpa para o caso aqui estudado.

17) Dos fatos acarretados pelas empresas do ramo de construção civil, a fim de justificar o atraso na entrega do imóvel, foram detalhados neste trabalho monográfico, os seguintes: a) Atraso no pagamento das parcelas pactuadas; b) Burocracia do poder público para a concessão do “habite-se”; c) A falta de mão de

obra qualificada; d) Díficeis condições climáticas; e) Greves dos trabalhadores; f) Carência de material de construção; g) Quaisquer ocorrências que possam impedir ou prejudicar o bom andamento da obra; bem como alguns argumentos suscitados apenas “en passant”, tais como: Guerras; Epidemias ou assemelhados; Eventuais embargos na construção, provocados por vizinhos e Demandas judiciais provocadas por vizinhos.

18) Concluiu-se, pois, que todas as hipóteses trazidas, pelas razões expostas no capítulo 4, possuíam cunho previsível e injustificável para cancelar o atraso na entrega do imóvel, além do prazo pactuado, afinal, apenas o “caso fortuito” e a “força maior”, assim como a culpa exclusiva de terceiros, ou até mesmo culpa do promissário comprador, quando devidamente comprovados, são hipóteses toleradas pela maioria da doutrina e jurisprudência, capazes de legitimar o atraso da obra, para além do prazo previsto. Havendo ainda, quem defenda, minoritariamente, que, por tratar-se de responsabilidade objetiva, nem nos casos citados deveriam ser admitidos.

19) Por fim, pode ser concluído que o atraso na entrega do imóvel atinge tanto a esfera patrimonial, quanto extrapatrimonial do futuro adquirente, assim como pode atingir não apenas os sujeitos das relações, como também haver repercussão sobre a família do lesado, bem como para com a sociedade. Deste modo, caberá ação de indenização pelos danos materiais, bem como a busca pela compensação dos danos morais sofridos pelos promissários compradores dos imóveis que tiveram seu empreendimento entregue fora do prazo originalmente pactuado, de forma absolutamente injustificada.

Em arremate, todas as vezes que acontecer morosidade excessiva na entrega do imóvel prometido, mesmo diante da existência de “cláusula de carência”, alargando o prazo originalmente compactuado, o promitente comprador – consumidor – deverá ingressar judicialmente para ver reconhecida a abusividade de tal disposição, devendo pugnar, por conseguinte, pela recomposição dos prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais que eventualmente tenha suportado em razão da mora.

Apesar de ser tentadora, a compra de imóveis ainda na planta, muitas vezes com excelentes condições de preço e de forma de pagamento, mister se faz que o promissário comprador analise se o valor e a forma de pagamento deste imóvel se enquadram na sua capacidade econômica para posterior pagamento das parcelas.

Além disso, que seja verificado se o projeto do empreendimento encontra-se devidamente aprovado e o seu Memorial de Incorporação registrado, além de fazer uma prévia pesquisa por incorporadoras e construtoras saudáveis, com tradição e credibilidade, ficando atento às condições financeiras da mesma, porque o atraso da entrega pode estar relacionado a uma possível falência dessas empresas.

REFERÊNCIAS

- ADEMI/BA – Associação de Dirigentes de Empresas do Mercado Imobiliário da Bahia. **Construtoras Mudam o Foco e Constroem Mais para as Classes C e D.** 2013. Disponível em: <http://www.ademi-ba.com.br/construtoras-mudam-o-foco-e-constroem-mais-para-classes-c-e-d/> Visualizado em: 21 Maio 2013.
- AGHLARIAN, Hércules. – **Curso de direito imobiliário** – 8ª ed. Editora Lumen juris, Rio de Janeiro, 2009.
- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos, **A Função Social da Propriedade na Constituição Federal De 1988.** [200?]. Artigo Científico. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/agrario/roberio-a_funcao_social.pdf, acesso em: 08 nov. 2012.
- ARES. Agência. Da Redação - Revista mercado. Edição 43- julho de 2011 – **O boom da construção civil.** Disponível em: <http://www.revistamercado.com.br/destaques/o%E2%80%9Cboom%E2%80%9D-da-construcao-civil/>. Visualizado em: 20 Maio 2013.
- ATMOSFERA METEREOLÓGICA. Disponível em: <http://www.atmet.com.br/site/produtos/index.php?title=CONSTRUÇÃO CIVIL&id=15> visualizado em: 15/03/2013
- AZEVEDO JR., José Osório de. **Compromisso de compra e venda.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BARROS JUNIOR, Jorge Luiz de Andrade - **Compra de imóvel na planta.** Artigo. Jus Navigandi, Teresina, 6 jun. 2012, Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/21945>. Consulta em 22 nov. 2012.
- BATISTA DOS SANTOS, Márcia Walquiria. 2011. **Direito de Propriedade e Direito de Construir.** Disponível em: <http://infoecidade.blogspot.com.br/2011/03/propriedade-imobiliaria-e-direito-de.html> e <https://docs.google.com/document/d/1kJpGmvoz8L21NO9dEz1qBfW0rhFUUDstzhPC6JMOS8/edit?hl=ptBR>. Visualizado em 28 Abr. 2013.
- BENEVIDES, Maria Victoria. Revista jurídica - **A Questão Social no Brasil - os direitos econômicos e sociais como direitos fundamentais.** [200?]. Disponível em: <http://www.hottopos.com/vdletras3/vitoria.htm> visualizado em 30 Abr. 2013.
- BESSA, Leonardo Roscoe. XI – **Proteção Contratual.** In. BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima. Manual do Direito do Consumidor. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 277-319.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais. 1993. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18549927/apelacao-civel-ac-594618-sc-2010059461-8-tjsc>. Visualizado em: 19 Maio 2013.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direitos Fundamentais – Tópicos de Teoria Geral.** In. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão do STJ: 4ª Turma, REsp nº 299.445/PR, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, publicado em: DJ 20.08.2001, p. 477. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/304881/recurso-especial-resp-299445-pr-2001-0003200-1-stj>. Acesso em: 12 Fev.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: APL 9201020118070004 DF 0000920-10.2011.807.0004. Relator(a): Carmelita Brasil. Julgamento: 02/05/2012. Órgão Julgador: 2ª Turma Cível. Publicação: 08/05/2012, DJ-e Pág. 128. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21563717/apelacao-ci-vel-apl-9201020118070004-df-0000920-1020118070004-tjdf>. Visualizado em: 20 Maio 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: REsp 320417 RJ 2001/0048938-9, Relator(a): Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento: 26/11/2001 - Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA. Publicação: DJ 20.05.2002, p. 149 - RDTJRJ vol. 56 p. 87. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/291560/recurso-especial-resp-320417-rj-2001-0048938-9-stj>. Acesso em: 14 Abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 239 - 28/06/2000 - DJ 30.08.2000. Adjudicação Compulsória - Registro do Compromisso de Compra e Venda - O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Processo: APL 876755120088070001 TJDF 0087675-51.2008.807.0001 - Relator(a): MARIO-ZAM BELMIRO - Julgamento: 29/07/2009. Órgão Julgador: 3ª Turma Cível. Publicação: 05/08/2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5436316/apelacao-ci-vel-apl-876755120088070001-df-0087675-5120088070001-tjdf>. Visualizado em: 23 abr. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina. 2003.

CANUTO, Elza Maria Alves - **Direito à moradia urbana – aspectos da dignidade da pessoa humana**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CHAISE, Valéria Falcão. **A PUBLICIDADE EM FACE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**. Ed. Saraiva – 2001

CLIMATEMPO. **Soluções para Construção Civil**
<http://www.climatempoconsultoria.com.br/segmentos/construcao-civil/>

Código Civil Brasileiro de 2002 - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Visualizado em: 12 nov. de 2012.

Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Visualizado em: 12 nov. 2012.

COSTALDELLO, Angela Cassia. Artigo: **As Transformações do Regime Jurídico da Propriedade Privada: A Influência no Direito Urbanístico**. [200?].

CRECI. **A Evolução do Mercado Imobiliário no Brasil**, 2011. Artigo. Disponível em: <http://www.creci-pb.gov.br/?p=2727>, acesso em 08 nov. 2012.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros Editora Ltda, 2012.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. São Paulo, Malheiros, 2010.

DAHAS, Gonçalves; AUGUSTO, Eduardo - **O Contrato Imobiliário no Direito do Consumidor** – Artigo. Elaborado em 09/2002. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3492/o-contrato-imobiliario-no-direito-do-consumidor#ixzz2BrDBwyds>. Acesso em 10 Nov. 2012.

Decreto-Lei nº 58/1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del058.htm

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Eugênio - **Curso de direito processual Civil**. 3ª ed., Salvador, juspodivw, vol.5, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e prático dos contratos**. 1º Volume, São Paulo, Saraiva, 2006.

_____. **Tratado Teórico e prático dos contratos**. 2º Volume, São Paulo, Saraiva, 2006.

DISTRITO FEDERAL – TJDF – Julgado. Processo: APL 884601320088070001 DF 008846013.2008. 807.0001. Relator(a): FLAVIO ROSTIROLA. Julgamento: 26/08/2009. Órgão Julgador: 1ª Turma Cível. Publicação: 08/09/2009, DJ-e Pág. 63. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5431184/apelacao-ci-vel-apl-884601320088070001-df-0088460-1320088070001-tjdf> . Visualizado em: 06 Mai. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos Contratos**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011.

_____, _____. **Direitos Reais**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FILHO, Eli Correa. Deputado Federal. **Projeto de lei nº 178, de 2011**. Relator do projeto: Deputado Ricardo Izar. Apensos os PL's nºs 1.390 e 2.606, de 2011. Comissão de Defesa do Consumidor que altera a Lei nº 4.591. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491233>. Visualizado em: 20 Abr. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. Contratos em Espécie. 6ª ed. São Paulo, Saraiva. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto - **Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo. Saraiva, 2009.

_____. - **Responsabilidade Civil**. 13ª edição. Ed. Saraiva, 2011.

GUIMARÃES NETO, Henrique Borges. Artigo Jurídico – *Jus Navegandi* - **Cláusula de 180 dias das Construtoras é ilegal**. Advogado especialista em Direito do Consumidor. Elaborado em 05/2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20154/clausula-de-180-dias-das-construtoras-e-ilegal>. Visualizado em 16 mai. 2013.

_____. Artigo jurídico. **Atraso na entrega de imóveis e os direitos dos consumidores**, Artigo. Advogado especialista em Direito do Consumidor. 2011. Disponível em: <http://henrique-guimaraes-v.jusbrasil.com.br/noticias/2529581/atraso-na-entrega-de-imoveis-e-os-direitos-dos-consumidores>. Consulta em: 02 nov. 2012.

HOLTZ MORAES, Daniela Pinto. **Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial**. [200?]. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Santa Catarina. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701, acesso em 08 nov. 2012.

JUNIOR, Nelson Nery e outros. *In Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 9ª edição. Ed. Forense Universitária, 2007.

LEAL, Leandro Ghezzi - **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Lei nº 4.591/64, alterada pelas Leis 4.864/65 e 10.931/2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm. Visualizado em: 12 de nov 2012.

LIMOEIRO, Fabiane Mattos, Advogada Especialista em Direito Bancário, Assessora Jurídica da ADCT- Associação de Defesa do consumidor e Trabalhador. Recorte jurídico. Disponível em: <http://adctbrasil.blogspot.com.br/2012/05/problemas-na-entrega-de-imoveis.html>. Visualizado em: 20 Maio 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5ª edição. 2006. Editora Revista dos Tribunais.

MARQUES, Pedro Ivo. Artigo Jurídico – JurisWay. **Adjudicação Compulsória de Bem Imóvel**. Elaborado em: 12/12/2010. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5193#_ftn12. Visualizado em: 17 mai. 2013.

MARSAIOLI, Rodrigo Vallejo. Artigo. Revista jurídica – *Jus Navegandi*. **As construtoras e os Consumidores**. Advogado especialista em Direito do Consumidor. Elaborado em 03/2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5197/as-construtoras-e-os-consumidores>. Visualizado em 16 mai. 2013

MATTOS NETO, Antônio José de. Função social da propriedade: uma revisão crítica. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário, e Empresarial**, São Paulo, v.20, n. 76, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes - **Direito de construir**. 10ª edição, Ed. Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil. Contratos**. Vol. 3. 6ª ed. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2012.

NONES, Nelson. **Direito de Propriedade e Função Social: Evolução Histórico - Jurídica**. Revista Jurídica - CCJ/FURB ISSN 1982 -4858 v. 13, nº 25, p. 108 - 126, jan./jul. 2009. Disponível em:
<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1602/1070> e
<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1602>, 2009. Visualizado em 28 abr. 2013.

OLIVEIRA, Marcus Geraldo Porto de. **Dano Moral – Proteção Jurídica da Consciência**. 3ª Edição, Editora de Direito. 2003.

PARANÁ. – Tribunal de Justiça do Paraná - Julgado. Processo: ED 911238901- PR 911238-9/01 Decisão Monocrática. Relator: José Sebastiao Fagundes Cunha. Julgamento: 24/07/2012. Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível). Disponível em:
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21959935/embargos-declaratorios-ed-911238901-pr-911238-9-01-decisao-monocratica-tjpr> . Visualizado em 05 mai. 2013.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Artigo jurídico. **Figuras parcelares da Boa-fé objetiva e venire contra factum proprium**. Disponível em:
<http://www.saraivajur.com.br/concursar/default.aspx?mn=40&c=202&s=>, Visualizado em: 28 Maio 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. – **Condomínio o Incorporações**. Rio de Janeiro, ed. Forense, 1998.

_____. – **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro, 25ª edição, editora Forense, 2012.

QUARESMA, Heloisa Helena, 2010. Revista Jurídica - Artigo: **A Evolução Histórica da Propriedade no Brasil sob a ótica do Direito Constitucional**: Encontrado em:
http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3449; Visualizado em: 28 abr. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processo: AC 70048845341 RS - Relator(a): Glênio José asserstein Hekman, Julgamento: 26/09/2012 - Órgão Julgador: Vigésima Câmara Cível. Publicação: Diário da Justiça do dia 08/10/2012. Disponível em:
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22476794/apelacao-civel-ac-70048845341-rs-tjrs>. Acesso em 12 abr. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Inominado: Nº 71003389491 RS, Relator: Roberto Behrendorf Gomes da Silva, Data de Julgamento: 05/09/2012, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/09/2012, undefined. Disponível em:
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22368114/recurso-civel-71003389491-rs-tjrs>. Acesso em: 14 abr. 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Promessa de Compra e Venda e parcelamento do solo urbano** – Leis 6.766/79 e 9.785/99. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

SANTANA, Mayara Jesus. CBIC - Câmara Brasileira da Indústria Da Construção. **Material de Construção Pode Ter Investimento Menor**. 2013. Disponível em:
<http://www.cbic.org.br/sala-de-imprensa/noticia/material-de-construcao-pode-ter-investimento-menor> Visualizado me: 18 Maio 2013.

SANTANA, Rafael. Artigo. **Problemas com atraso na entrega do seu apartamento**. 2012. Disponível em: <http://www.setelagoas.com.br/sete->

lagoas/colunistas/rafael/15409-coluna-direito-problemas-com-atraso-na-entrega-do-seu-apartamento. Visualizado em: 20 Abril 2013.

SANTOS, Altair. **Previsão meteorológica vira aliada da construção civil**. Gestão, Mercado da Construção. 2012. Disponível em: <http://www.cimentoitambe.com.br/previsao-meteorologica-vira-aliada-da-construcao-civil/>. Visualizado em: 19 Abril 2013.

SÃO PAULO. Apelação n.º 775360420118260002 SP 0077536-04.2011.8.26.0002 Relator(a): James Siano. Julgamento em: 05/09/2012 - Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 5/09/2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22349101/apelacao-apl-775360420118260002-sp-0077536-0420118260002-tjsp>. Visualizado em: 20 Maio 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Decisão do TJ/SP: 1ª Câmara Direito Privado, Apelação Cível c/ Rev. nº 281.220-4/0-00, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, julg. 27.11.2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21959935/embargos-declaratorios-ed-911238901-pr-911238-9-01-decisao-monocratica-tjpr>. Visualizado em: 14 Abr. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo: APL 91922620018260000 TJSP 0009192-26.2001.8.26.0000. Relator(a): João Carlos Saletti, Julgamento: 26/07/2011, Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado, Publicação: 27/07/2011 - Adjudicação Compulsória – Disponibilizado em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20132077/apelacao-apl-1922620018260000-sp-0009192-2620018260000-tjsp>. Acesso em 10 nov 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Processo: APL 564682920098260564 SP 0056468-29.2009.8.26.0564. Relator(a): João Pazine Neto. Julgamento: 22/02/2011. Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 23/02/2011. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18288918/apelacao-apl-564682920098260564-sp-0056468-2920098260564-tjsp>. Visualizado em: 23 abr. 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – 5ª** edição. Ed. Atlas. São Paulo, 2013.

SECOM - Secretaria de Comunicação Social. **PIB baiano tem previsão de crescimento de 4,4% em 2014**. 2013. Disponível em: <http://www.comunicacao.ba.gov.br/noticias/2013/05/14/pib-baiano-tem-previsao-de-crescimento-de-4-4-em-2014>. Visualizado em: 16 Maio 2013.

SINDUSCON - Sindicato da Indústria da Construção do Estado da Bahia - Sinduscon-BA. Disponível em: <http://www.sinduscon-ba.com.br/>. Visualizado em: 20 Maio 2013.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. **Função social da propriedade**. Jus Navigandi, Teresina, 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12400/funcao-social-da-propriedade> - Visualizado em 28.04.2013.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil – doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SUCOM - Superintendência de Controle e Ordenamento do Uso do Solo do Município. Disponível em:
<http://www.sucomantigo.salvador.ba.gov.br/portaldeservicos/catalogo-de-servicos/empreendimento/licenciamento/c-em-212.aspx>. Visualizado em: 20 Maio 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **A evolução da responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal**, in **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro. Ed. Renovar, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua formação social – 3ª ed.**, Rio de Janeiro, Forense, 2008.

VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações: Conceito, estrutura e função da relação obrigacional, fontes das obrigações, modalidades das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Compromisso de compra e venda com Eficácia Real. Direito do Promitente Comprador. Artigo Jurídico. 2003. Disponível em:**
http://www.professorsimao.com.br/artigos_convitados_venosa.htm. **Visualizado em: 20 Maio 2013.**

_____. **Direito Civil – contratos em espécie**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.