

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO INCORPORADOR E DO CONSTRUTOR

Gabriela Diniz Maciel

1.INTRODUÇÃO; 2. RESPONSABILIDADE CIVIL; 2.1. Pressupostos da Responsabilidade Civil; 2.1.1.Culpa; 2.1.2. Ação ou Omissão do Agente; 2.1.3. Dano; 2.1.4. Da relação de Causalidade; 2.2. Responsabilidade Subjetiva e Objetiva; 2.3. Responsabilidade Contratual e Extracontratual; 2.4.Responsabilidade Penal; 2.5.Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor; 3.DA FIGURA DO INCORPORADOR; 3.1.Direitos e Deveres do Incorporador; 4. DA FIGURA DO CONSTRUTOR; 4.1. O Contrato de Construção; 4.1.1. Regimes de Incorporação; 4.1.2.Patrimônio de Afetação; 5.DA RESPONSABILIDADE DO INCORPORADOR E DO CONSTRUTOR NA ENTREGA DAS UNIDADES AUTÔNOMAS; 5.1. Da Responsabilidade Civil do Incorporador e Construtor; 5.2. Da Responsabilidade Penal do Incorporador e do Construtor; 5.3.Da Responsabilidade do Incorporador e do Construtor na entrega das unidades autônomas; 6.CONCLUSÃO; 7. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O mercado imobiliário demonstra progressivo crescimento, e por consequência, cresce o número de construtoras e incorporadoras, o que significa que há um aumento progressivo de conflitos jurídicos.

Ademais, houve uma desvalorização de fatores subjetivos e objetivos que pode nos levar a considerar a reestruturação das condições contratuais e extracontratuais, entre as partes presentes na compra e venda de imóveis.

Construtoras e incorporadoras se utilizam da ferramenta *incorporação imobiliária*, instituto jurídico que viabiliza a famosa “compra e venda de imóveis na planta”, ou seja, a negociação de imóveis ainda em fase de construção.

Após concluídas as obras, surge então a fase da entrega das unidades autônomas aos futuros adquirentes.

Com efeito, a responsabilidade do incorporador e do construtor deve ser veemente verificada, tanto no âmbito do direito civil quanto do ponto de vista do direito do consumidor.

É importante ressaltar o quanto à esfera jurisprudencial diante do tema em questão, que efetiva a responsabilidade solidária entre incorporadoras e construtoras e sustenta a vulnerabilidade do consumidor final, o futuro adquirente.

Tais apontamentos estão ponderados ao longo deste trabalho, levantando dúvidas e, ao final, assinalando sugestões de minimização de conflitos jurídicos diante da responsabilidade do incorporador e do construtor na entrega das unidades autônomas aos futuros adquirentes.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

O instituto *responsabilidade civil* possui uma acepção dialética e básica, qual seja: causado o dano, o responsável tem a obrigação da reparação ou do ressarcimento deste.

Assim, “a noção de responsabilidade, como gênero, implica sempre exame de conduta voluntária violadora de um dever jurídico” (VENOSA, 2003, p.19), o que denota o sentido *strito* que possui a responsabilidade civil.

Conforme preceitua De Plácido e Silva, implica a responsabilidade civil na

obrigação de reparar o dano ou de ressarcir o dano, quando injustamente causado por outrem. Revela-se, assim, ou melhor, resulta da ofensa ou da violação de direito, que redunde em dano ou prejuízo a outrem. Pode ter como causa a própria ação ou ato ilícito, como, também, o fato ilícito de outrem, por quem, em virtude de regra legal, se responde ou se é responsável. (SILVA, 2007, p.1222),

Neste sentido, o douto Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 3) dispõe que aquele que “pratica um ato, ou incorre numa omissão de que resulte dano, deve suportar as consequências do seu procedimento. Trata-se de uma regra elementar de equilíbrio, na qual se resume em verdade, o problema da responsabilidade.”

No ordenamento jurídico brasileiro, a coerência entre o significado genérico e aquele específico do Direito, identifica-se com acuidade no art. 927 do Código Civil, *in litteris*:

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. (grifos nossos) (BRASIL, 2012, p. 351)

Registre-se que, ato ilícito possui a simples conceituação de ato contrário ao direito praticado por aquele em relação a outrem.

Assim, o ato ilícito é ampla e habilmente definido pelos artigos 186 e 187 do Código Civil, a saber:

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

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. (BRASIL, 2012, p. 268)

Ademais, deve-se observar que há atos praticados que porventura se presumem ilícitos, todavia possuem respaldo jurídico, tanto na via civil, quanto na via penal, pelo que limita a responsabilidade do agente. Vejamos o art. 188 do Código Civil:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (BRASIL, 2012, p. 268)

A caracterização da responsabilidade civil far-se-á ante ao efetivo cometimento de ato ilícito, podendo ocorrer na forma objetiva ou na forma subjetiva, o que será discutido com maior tenacidade nos capítulos posteriores.

Cumpramos ressaltar quanto às hipóteses que afastam a obrigação de indenizar, se efetivamente comprovado o fato, conforme discorre o art. 393 do Código Civil, a saber:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. (BRASIL, 2012, p. 291)

Desta feita, o instituto da responsabilidade civil apresenta-se diante da importância em restaurar a estabilidade moral ou patrimonial consequente do dano causado pelo agente à vítima, ressalvado o que disposto no art. 393 do CC/2002.

2.1. Pressupostos da Responsabilidade Civil

Neste capítulo, iremos expor quanto aos elementos gerais para a caracterização da responsabilidade do agente ao praticar conduta, que cause dano à vítima.

2.1.1. Culpa

Atuante como um dos elementos essenciais do instituto da Responsabilidade Civil, a culpa é identificada no descumprimento, por parte do agente causador do dano, de um dever que deveria ter sido notado.

Neste sentido, De Plácido e Silva (2007, p. 403) define a culpa como a “falta cometida contra o dever, por ação ou omissão procedida de ignorância ou de negligência”.

Nota-se, no art. 186 do Código Civil, exposto no item 2.1 supra, a vinculação da culpa ao ato ilícito ante ao dever de observar as normas de conduta para, assim, evitar danos a terceiros.

Desta ocorrência, leciona Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 490) quanto à definição do pressuposto em tela, dispondo que “a culpa implica a violação de um dever de diligência, ou, em outras palavras, a violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção das medidas capazes de evitá-los”.

Registre-se que, somado o fato danoso à culpa do agente, resulta na obrigação deste de indenizar, identificando assim a responsabilidade daquele perante outrem.

Diante de apontamentos doutrinários, verificamos que a culpa possui uma classificação em graus, tais que mensuram o *quantum* da obrigação de indenizar.

Ou seja, apresentam-se: a culpa *grave*, a qual se aproxima do dolo; a culpa *leve*, aquela que pode ser evitada pelo agente com cuidado ordinário; e, a culpa *levíssima*, que se trata da falta, somente impedida por aquele que detém “especial habilidade ou conhecimento singular” (GONÇALVES, 2006, p. 491).

Lado outro, mensurar o *quantum* da obrigação de indenizar classificada em graus, não foi ponto de partida do legislador, conforme se identifica no art. 944 do Código Civil, senão vejamos:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. (BRASIL, 2012, p. 353)

Isto é, “existirá sempre a obrigação de indenizar, obrigação esta que será calculada exclusivamente sobre a extensão do dano” (GONÇALVES, 2006, p. 491), todavia caberá ao juiz estabelecer com equidade o *quantum* da reparação do dano.

Ademais, há outras formas de culpa, devidamente identificadas pelo douto Sílvio de Salvo Venosa:

“Culpa *in eligendo* é a oriunda da má escolha do representante ou do preposto, como por exemplo, contratar empregado inabilitado. Culpa *in vigilando* é a que se traduz na ausência de fiscalização do patrão ou comitente com relação a empregados ou terceiros sob o seu comando.

[...]

“A culpa *in comittendo* caracteriza-se por ato positivo do agente, enquanto a culpa *in omittendo* estampa-se no ato omissivo.” (VENOSA, 2003, p. 29-27)

Cumprido salientar quanto à culpa presumida, a qual traduz a inversão do ônus da prova, visto que aquele que praticou o dano a outrem presume-se culpado.

Todavia, essa não afasta a existência de culpa, sendo esta indispensável para sua caracterização, vez que a culpa presumida difere da responsabilidade objetiva, adiante explanada.

2.1.2. Ação ou Omissão do Agente

A ação ou omissão do agente é o elemento da responsabilidade civil que antecede a culpa, uma vez verificado fato que é determinantemente controlado pela vontade do agente, se caracteriza o elemento em tela.

Causado o dano requer a reparação do mesmo. Neste sentido, Sílvia Rodrigues expõe:

A ação ou omissão do agente, que dá origem à indenização, geralmente decorre da infração a um dever, que pode ser legal (disparo de arma em local proibido), contratual (venda de mercadoria defeituosa, no prazo da garantia) e social (com abuso de direito: denúncia caluniosa). (RODRIGUES, 1975, p.22)

É certo que a ação ou a omissão do agente decorre da manifestação da vontade do agente, isto é, resultado do fato de agir.

No entanto, cumpre esclarecer quanto à omissão, a qual “é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato” (GONÇALVES, 2006, p. 37) para que a mesma seja constatada.

2.1.3. Dano

Compreendido pela perda de um bem juridicamente protegido, em razão de uma ação ou omissão do agente quando evidenciada a culpa, o dano implica em reparação, sendo que a inexistência desse, provoca a perda da finalidade da indenização.

Com o intuito de conceituar tal pressuposto da responsabilidade civil, Sílvia de Salvo Venosa apreende:

O dano ou interesse deve ser atual e certo; não sendo indenizáveis a princípio, danos hipotéticos. Sem dano ou sem interesse violado, patrimonial ou moral, não se corporifica a indenização. A materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima. (VENOSA, 2003, p. 28)

Entende, assim, Carlos Roberto Gonçalves, quanto ao ato de indenizar diante do dano causado. Vejamos:

Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária. (GONÇALVES, 2006, p. 491).

Destarte, identificada a existência do dano e verificada a necessidade de reparação à vítima, o art. 402 do Código Civil aponta as diretrizes da indenização, a saber:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (BRASIL, 2012, p. 292)

Verifica-se que o legislador construiu fronteiras para os danos emergentes e os lucros cessantes, isto é, estabeleceu a redução patrimonial quanto ao dano que causou e o que a vítima efetivamente deixou de lucrar.

Cumprе ressaltar quanto ao dano moral, assegurado pelo inciso V do art. 5º da Constituição da República, o qual consiste em atentado ao “psíquico ou ideal da pessoa”, “aqueles cuja valoraçãõ não tem uma base de equivalência que caracteriza os danos patrimoniais” (VENOSA, 2003, p. 203, 205).

2.1.4. Da relação de Causalidade

Pressuposto indispensável à caracterização da responsabilidade do agente perante a outrem a relação de causalidade compreende a junção da ação ou omissão do agente ao dano causado, ou seja, trata-se do “liame que une a conduta do agente ao dano” (VENOSA, 2003, p. 39).

Ante a discussão do nexo de causalidade, temos três teorias que merecem relevância: a teoria da equivalência das condições; a teoria da causalidade adequada; e, a teoria dos danos diretos e imediatos.

Em relação à “teoria da equivalência das condições, toda e qualquer circunstância que haja concorrido para produzir o dano é considerada uma causa”, (GONÇALVES, 2006, p. 537), isto é, derivada da ação ou omissão cometida pelo agente, tal ato é condição *sine qua non*, para que seja constatado o dano.

Ao incidir determinado dano devemos observar a circunstância que lhe deu causa, verificamos, assim, a *teoria da causalidade adequada*. Neste sentido, explana Carlos Roberto Gonçalves:

Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito. Se existiu no caso em apreciação somente por força de uma circunstância accidental, diz-se que a causa não era adequada. (GONÇALVES, 2006, p. 537)

A teoria efetivamente adotada pelo nosso ordenamento jurídico é a teoria dos *danos diretos e imediatos*, da qual a interrupção da relação de causalidade incidiria, quando se estabelecer um resultado específico com implicação habitual do decorrer dos fatos.

Nesta égide, dispõe o artigo 403 do Código Civil que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato [...]” (BRASIL, 2012, p. 292).

Conclui-se que a relação de causalidade é elemento imprescindível para a verificação da reparação do dano, ou seja, para que se efetive a indenização, sendo definida pela teoria dos danos diretos e imediatos, veementemente adotado pelo legislador brasileiro.

2.2. Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

Primeiramente identificada a Teoria da Culpa, consubstanciada na subjetividade, na qual preexiste a conduta do agente causador do dano, o ordenamento jurídico brasileiro a vê de maneira precária diante das mutações sociais ocorridas no século XIX, visto que não proporcionava proteção devida à vítima.

Tendo em vista tais transformações sociais, faz-se necessária a existência de uma nova teoria. Assim surge a Teoria do Risco, na qual confere àquele que oferece atividade ao agente a responsabilidade de indenizar a vítima pelo dano causado por esse. Vejamos o que elucida Carlos Roberto Gonçalves:

Na teoria do risco se subsume a ideia do exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil. O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham a resultar a terceiros dessa atividade. (GONÇALVES, 2006, p. 7)

Observa-se que, a Teoria do Risco funda-se na responsabilidade objetiva, a qual não identifica a culpabilidade do agente, mas sim o dano ocasionado.

A responsabilidade objetiva consiste, portanto, na simples ocorrência do evento danoso para atribuir ao autor o encargo da reparação, excluindo a culpa direta do agente, preexistindo o nexo causal entre a ação ou omissão e o fato danoso.

O egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais concorda ao afirmar em decisão em apelação cível que, “a indenização por danos morais fundada na responsabilidade civil objetiva condiciona-se à demonstração de nexo causal de ocorrência do dano. Não comprovado o dano, resta afastado o dever de indenizar” (MINAS GERAIS, 2012).

Lado outro, a responsabilidade subjetiva assentou sobre o dolo e a culpa do agente os alicerces para identificar a obrigação de reparar o dano, sendo esta a adotada pelo nosso ordenamento jurídico.

Consubstancia, assim, o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quanto à responsabilidade subjetiva:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - COMPRA DE VEÍCULO - ESTELIONATÁRIOS - NEGLIGÊNCIA - CULPA CONCORRENTE - EQUIVALÊNCIA DOS ANTECEDENTES. **Para que se condene alguém ao pagamento de obrigação, seja por dano moral, seja pelo de caráter material, é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são o dano, a culpa do agente, em caso de responsabilização subjetiva, e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo.** Havendo culpa concorrente da concessionária de veículos bem como do comprador por ato de estelionatários, quando da aquisição de veículo, deve o prejuízo ser repartido na proporção da culpa. No tocante ao valor da indenização, deve-se salientar que este Tribunal, a exemplo de várias outras cortes brasileiras, tem primado pela razoabilidade e proporcionalidade na fixação dos valores das indenizações. Recurso não provido. (grifos nossos) (MINAS GERAIS, 2012)

Neste diapasão, Carlos Roberto Gonçalves conceitua a responsabilidade subjetiva:

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. (GONÇALVES, 2006, p. 21)

Vale ressaltar o que Carlos Roberto Gonçalves elucida quanto à convergência do direito às novas revelações da sociedade, visto que “a tendência atual do direito manifesta-se no sentido de substituir a ideia da responsabilidade pela ideia da reparação, a ideia de culpa pela ideia do risco, a responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva”. (GONÇALVES, 2006, p. 7)

Nesta égide, diante das consignações do desenvolvimento socioeconômico, esta atual conjuntura implica numa evolução jurídica, verifica-se, portanto, que o nível de atendimento do direito no instituto da responsabilidade ante a análise da relação de “culpa” dos agentes deve ser ampliado, o que poderemos atestar com o advento do Código de Defesa do Consumidor, do qual comentaremos abaixo.

2.3. Responsabilidade Contratual e Extracontratual

A inexecução obrigacional decorre por transgressão a uma obrigação assumida através da manifestação de vontade. Disciplinada nos artigos 389 e seguintes do Código Civil, a responsabilidade contratual consiste no dever jurídico manifesto da vontade das partes e mesmo assim infringido.

Conceituado por Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 303) a responsabilidade contratual “origina-se da convenção, das mais diversas formas de contratos não adimplidos, com dano ao outro contratante”.

Ressalta-se que, a culpa é presumida na responsabilidade contratual, pelo que compete ao agente provar que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente admitida na lei.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais assim relata quanto à responsabilidade contratual:

A responsabilidade contratual baseia-se na presença de alguns elementos fundamentais, que são: a existência de um contrato válido; inexecução do contrato, que se materializa através do inadimplemento ou da mora; o dano; e o nexo causal entre este e a inexecução da obrigação assumida. - Para fixação do valor do dano moral, deverá o Julgador se ater aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade para que a medida não represente enriquecimento ilícito, bem como para que seja capaz de coibir a prática reiterada da conduta lesiva pelo seu causador. (MINAS GERAIS, 2012)

Já a responsabilidade extracontratual, fundamentado pelo art. 186 do Código Civil, compreende a prática de um ato ilícito, a transgressão de uma obrigação constituído em princípio do Direito. Ou seja, a lesão a um direito entre o agente e a vítima, não alude a um liame jurídico que anteceda a prática do dano.

A responsabilidade extracontratual, a priori, consubstancia-se na culpa, a vítima necessitará prová-la para obter reparação do dano pelo agente, provando que o mesmo atuou com imprudência, imperícia ou negligência. Por outro lado, fundamentada no risco, faculta à vítima abranger a responsabilidade sem culpa.

Com efeito, a observância da norma jurídica ou de infração ao dever jurídico são elementos identificadores da responsabilidade extracontratual.

Ante as considerações acima apresentadas, Sílvio de Salvo Venosa expõe em sua obra, com nitidez, a diferença entre as modalidades de responsabilidade aqui discutidas:

A doutrina moderna, sob certos aspectos, aproxima as duas modalidades, pois a culpa vista de forma unitária é fundamento genérico da responsabilidade. Uma e outra fundam-se na culpa. Na culpa contratual, porém examinamos o inadimplemento como seu fundamento e os termos e limites da obrigação. Na culpa aquiliana levamos em conta a conduta do agente e a culpa em sentido lato. (VENOSA, 2003, p. 21)

Conclui-se que, a responsabilidade contratual e extracontratual divergem, exclusivamente, na forma de manifestação de vontade da parte, visto que na primeira impera a formalização dessa vontade, que uma vez infringida incumbe ao infrator a reparação do dano causado; e, na segunda prevalece a

infração de um dever tipificado, cometer um ilícito, o que prevê o comprometimento indenizatório, ou seja, a obrigação de ressarcir a vítima.

2.4. Responsabilidade Penal

A responsabilidade independe da imputabilidade, segundo aceção do jurista De Plácido e Silva:

A imputabilidade mostra, indica, põe a descoberto o autor do ato ilícito, o executor do fato criminoso ou o agente do crime. A responsabilidade advém da evidência de que ele responde ou deve sofrer as sanções impostas por seu ato (2007, p.1223).

Entretanto, ao conceituarmos a responsabilidade penal vemos que o agente imputável, o qual comete ato ilícito detém a obrigação jurídica de reparar a ilicitude perpetrada. Assim conceitua Carlos Roberto Gonçalves:

No caso da responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público. O interesse lesado é o da sociedade.

[...]

Esta é pessoal, intransferível. Responde o réu com a privação de sua liberdade. Por isso, deve estar cercado de todas as suas garantias contra o Estado. A este incumbe reprimir o crime e deve arcar sempre com o ônus da prova. (GONÇALVES, 2006, p. 20)

Registre-se, quanto ao artigo 935 do Código Civil:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Cabe salientarmos que a responsabilidade civil e penal estão interligadas, visto que “a sentença penal condenatória faz coisa julgada no cível quanto ao dever de indenizar o dano decorrente da conduta criminal” (Venosa, 2003, p. 19).

2.5. Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor

A importância restaurará estabilidade moral ou patrimonial consequente do dano causado pelo agente à vítima. Tal conceito corresponde ao instituto da responsabilidade civil, conforme supramencionado.

Não podemos descartar que as atuais relações de consumo requerem uma evolução jurídica na mesma direção e velocidade.

Com o intuito de preservar cada vez de forma mais abrangente o direito do indivíduo, a Constituição da República de 1988 defende que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII). Nasce o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.

Neste sentido, ao identificar a importância da referida lei, cita Sérgio de Salvo Venosa:

De fato a promulgação dessa Lei representa não só uma revolução na responsabilidade civil, mas também um divisor de águas do próprio brasileiro. Podemos afirmar que há um direito anterior e um direito posterior à lei do consumidor no ordenamento brasileiro. (VENOSA, 2003, p. 155)

O direito do consumidor baseia-se num ponto específico para observar a responsabilidade do agente de reparar o dano causado à vítima, qual seja: a vulnerabilidade do consumidor. Todavia, tal legislação, norteia os limites desse direito, não se esquecendo da segunda figura da relação jurídica, o fornecedor.

Assim, dispõe Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 31) que, “partindo da premissa básica de que o consumidor é parte vulnerável das relações de consumo, o Código pretende restabelecer o equilíbrio entre os protagonistas de tais relações”.

Quanto à vulnerabilidade, discorre Sérgio de Salvo Venosa:

A vulnerabilidade do consumidor prende-se indelevelmente ao contexto das relações de consumo, tal como figura na lei, e independe do grau econômico e cultural da pessoa envolvida, não admitindo prova em contrário. Não se trata de presunção, mas de substrato estrutural da norma. (VENOSA, 2003, p. 156)

Ante a figura do fornecedor, sua aceção é ampla e pode ser fortemente identificada na referida lei, todavia não podemos nos limitar, “outras entidades podem ser conceituadas como fornecedor, desde que pratiquem as atividades de fornecimento e consumo” (VENOSA, 2003, p. 157).

Partimos, portanto, a definição legal de “consumidor” e “fornecedor”, bem como do “produto” e “serviço”, encontradas nos artigos 2º e 3º, da Lei nº 8.078/90:

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

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

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. (grifos nossos) (BRASIL, 2012, p. 1223)

Retornemos a responsabilidade civil, mais precisamente a responsabilidade objetiva. Sabemos que a culpa é um dos pressupostos da responsabilidade civil, bem como compreendemos que a responsabilidade objetiva exclui a culpa de seus elementos essenciais para a responsabilização.

Neste sentido, Antônio Herman V. Benjamin, Leonardo Roscoe Bessa e Cláudia Lima Marques em sua obra referente à responsabilização defendem:

Uma das grandes inovações do Código foi exatamente a alteração do sistema tradicional de responsabilidade civil baseada na culpa. A responsabilização do réu passa a ser *objetiva*, já que responde, “independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores” (art. 12, *caput*). (BENJAMIN, BESSA, MARQUES, 2007, p. 124)

A partir do exposto, podemos comentar quanto à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e a responsabilidade por vício do produto e do serviço.

A responsabilidade pelo fato do produto e do serviço consiste na prestação de serviço ou na compra e venda de um produto defeituoso, isto é, sem a segurança necessária para seu efetivo uso, seja por parte do fornecedor, seja por parte do comerciante, ocasionando um dano ao consumidor.

Nesse sentido, preceitua Antônio Herman V. Benjamin, Leonardo Roscoe Bessa e Cláudia Lima Marques em relação ao conceito de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Vejamos:

“Fato do Produto” ou “fato do serviço” quer significar dano causado por um produto ou por um serviço, ou seja, dano provocado (fato) por um produto ou um serviço. Encaixa-se em um sistema mais amplo de danos, regido pelo Código Civil, danos esses decorrentes ora de “fato próprio” (a regra geral), ora de “fato de outrem” (arts. 932 a 934) ou ainda de “fato causado por animais” (art. 936). O novo regime desta matéria quer dizer exatamente isto: o Código Civil, em matéria de danos causados por produtos ou serviços de consumo, é afastado, de maneira absoluta pelo Código de Defesa do Consumidor. Só excepcionalmente aplica-se o Código Civil, ainda assim quando não contrarie o sistema e a principiologia (art. 4º) do Código de Defesa do Consumidor. (BENJAMIN, BESSA, MARQUES, 2007, p. 115)

A responsabilidade por vício implica em amparo patrimonial ao consumidor, isto é, serão responsáveis o incorporador e o construtor por reparar o dano por vício, quando o produto ou o serviço causarem uma redução de seus valores.

Quanto ao vício do produto, define o *caput* do art. 18 do CDC, qual seja:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (BRASIL, 2012, p. 1226)

Em relação ao vício do serviço, o *caput* do art. 20 do CDC aponta:

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:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;

II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III - o abatimento proporcional do preço.

§ 1º A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.

§ 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade. (BRASIL, 2012, p. 1227-1228)

Vislumbra-se, portanto, que o Código de Defesa do Consumidor, corrobora para um mercado de consumo no qual a preocupação com o consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, fundamenta-se na segurança do produto e do serviço oferecidos, quer seja eliminando o vício ou o defeito desses.

3. DA FIGURA DO INCORPORADOR

A incorporação imobiliária objetiva efetivar empreendimento imobiliário de um condomínio em unidades autônomas, a partir da junção entre o terreno e a construção, admitindo a comercialização de frações ideais de terrenos que corresponderão às unidades individualizadas, a partir da devida aprovação da municipalidade, mediante arquivo na competente Serventia Registral de Imóveis.

O art. 28, da Lei nº 4.591/64, abarca a definição do instituto da incorporação imobiliária de maneira objetiva, a saber:

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

Parágrafo único: Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações, ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas (VETADO). (BRASIL, 2012, p. 821)

Devemos observar que a incorporação imobiliária depende de dois elementos essenciais para

sua existência, sendo o elemento objetivo e subjetivo, ou seja, o terreno e suas acessões, e a figura do incorporador, respectivamente.

Identifica-se pela figura do incorporador, componente subjetivo do instituto da incorporação imobiliária, o qual é devidamente conceituado no ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 29 da Lei nº 4.591/64, a saber:

Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, (VETADO) em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas. (BRASIL, 2012, p. 821)

O legislador expandiu, ainda, a definição legal do incorporador ao elaborar o artigo 30 da referida lei, equiparando-o aos “proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contratem a construção de edifícios”.

Diante da natureza jurídica da incorporação imobiliária, Melhim Namem Chalhub a sintetiza como uma atividade empresarial, também assim identificada pela maioria dos doutrinadores. Assim transcrevemos:

Dessa atividade não se pode dissociar a figura do empresário (incorporador): aquele que lidera o negócio, promovendo por si ou por terceiros, o planejamento do negócio, o estudo arquitetônico e as providências para aprovação do projeto de construção, as minutas dos atos necessários à organização do empreendimento (recibo de sinal e reserva, escritura para comercialização, convenção de condomínio etc.), a captação dos recursos necessários para executar a obra, adotando, enfim todas as medidas necessárias à organização, execução e controle de sua atividade empresarial. (CHALHUB, 2010, p. 14)

O conceito de incorporador é amplo e significativo, não se limitando a ideia de mero organizador para efetivação do empreendimento.

Diante do exposto, cumpre ressaltar que a figura do incorporador pode fundir-se a figura do construtor, pelo que são imprescindíveis ambas as partes para a concretização do negócio, sendo a mesma pessoa ou não.

3.1. Direitos e Deveres do Incorporador

Através da Lei nº 4.591/64 ante a incorporação imobiliária, a figura do incorporador recebe orientações acerca de seus direitos e deveres para atingir seu objetivo, qual seja: o empreendimento.

A princípio verificamos o artigo 32 da referida lei, no qual lista os documentos requisitados para

arquivo perante o Registro de Imóveis competente, permitindo ao incorporador, a partir daí, a comercialização das futuras unidades autônomas.

A incorporação imobiliária concede ao incorporador um prazo de validade de 180 dias junto ao Registro de Imóveis, termo este que consiste em um prazo de carência para viabilizar a incorporação com o lançamento do empreendimento, visto que “findo o qual, se ela ainda não se houver concretizado, o incorporador só poderá negociar unidades depois de atualizar a documentação a que se refere o artigo anterior, revalidando o registro por igual prazo” (art. 33, da Lei nº 4.591/64).

Cumpra salientar que é direito do incorporador a desistência da efetivação da construção, ou seja, a desistência da incorporação imobiliária. A partir desse direito nasce o dever do incorporador perante terceiros, com a obrigação de expor por escrito para averbação no registro da incorporação, além de noticiar aos adquirentes, caso tenha sido comercializado unidades futuras.

Registre-se que, a adoção do prazo de carência é faculdade do incorporador, que neste caso incorre pelo artigo 34 da Lei nº 4.591/64, a partir do qual terá o prazo de 60 dias para a confirmação da incorporação, contados do término do prazo de carência.

Em razão da desistência da incorporação, ocorrida à negociação de “frações ideais a que corresponderiam unidades autônomas, deve o incorporador restituir aos adquirentes as quantias que deles recebeu” (SILVA, 2010, p. 112).

Conclui-se que, por todo exposto, caracterizam, tanto um dever quanto um direito do incorporador, visto que concedem um direito após o cumprimento de um dever, permitindo, assim, o prosseguimento da incorporação imobiliária.

4. DA FIGURA DO CONSTRUTOR

Inicialmente, devemos informar que não há disposição legal para a definição da figura do construtor.

Todavia, podemos dizer que o construtor consiste na pessoa efetivamente executa a edificação, aquele que reúne todos os produtos e serviços necessários para compor a edificação.

4.1. O Contrato de Construção

A incorporação imobiliária se trata de atividade empresarial que abrange partes diversas.

Neste caso, será realizado “contrato com o incorporador, ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor” (*caput*, art. 48, Lei 4.591/64), para dar curso à efetivação do empreendimento almejado com a máxima segurança jurídica.

A finalidade do contrato de construção é ocasionar maior garantia jurídica para os participantes da incorporação imobiliária, no alcance do objetivo fim, qual seja: o empreendimento conforme as diretrizes acordadas.

Portanto, seguem os tipos de formalização do contrato de construção.

4.1.1. Regimes de Incorporação

Conforme apontamos, há formalização necessária à relação jurídica entre as partes da incorporação imobiliária, dessa maneira verifica-se que a incorporação imobiliária poderá ser concretizada, seja sob o regime de empreitada ou de administração, conforme previsto no artigo 48 da Lei nº 4.591/64, a saber:

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 (VETADO), ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor.
§ 1º O Projeto e o memorial descritivo das edificações farão parte integrante e complementar do contrato;
§ 2º Do contrato deverá constar a prazo da entrega das obras e as condições e formas de sua eventual prorrogação. (BRASIL, 2012, p. 833)

Registre-se que, o Código Civil, através do artigo 610 e seguintes, regula o contrato de empreitada. Assim preceitua o art. 610 do CC/2002:

Art. 610. O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais.
§ 1º A obrigação de fornecer os materiais não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.
§ 2º O contrato para elaboração de um projeto não implica a obrigação de executá-lo, ou de fiscalizar-lhe a execução. (BRASIL, 2012, p. 314)

Conforme se depreende o dispositivo supra, o construtor ou empreiteiro “se responsabiliza somente pela execução técnica do projeto e o proprietário se responsabiliza pelo custo efetivo da obra” (SILVA, 2010, p. 206), ou seja, os produtos e serviços necessários à edificação são obrigações do construtor, já os gastos com a aquisição desses é obrigação do proprietário do terreno.

Em relação ao regime de empreitada a edificação é realizada por um custo anteriormente contratado entre as partes, pelo que poderá ser fixo ou reajustável por índice de correção monetária

também determinada no contrato.

Quanto ao regime de administração, cuja outra denominação é a *preço de custo*, será determinada no contrato a estimativa do custo da edificação, todavia serão os adquirentes das frações ideais do terreno que custearão a obra, proporcionalmente.

Além dos regimes de construção acima expostos, quais sejam: empreitada (preço fixo) e administração (preço de custo); estes não são exclusivamente abalizados pela referida, registre-se, ainda, àquela deliberada a preço fechado.

De tal modo, mencionam os artigos 41 e 43 da Lei nº 4.591/64 o regime abalizado na contratação por preço global, ou seja, abarca o preço do terreno e o preço da construção, a qual “consiste na construção por conta e risco do incorporador que se obriga a vender as unidades a prazo e preço certo, ou reajustáveis na forma do contrato, ou seja, a *preço fechado*” (SILVA, 2010, p.121).

Ante a exposição dos tipos de regimes que poderão ser adotados pelo incorporador, observa-se que tais modalidades consistem, basicamente, em contratos, em negócios jurídicos, assim, “os contratos que vinculam o incorporador aos adquirentes das unidades imobiliárias nas incorporações produzem efeitos de natureza obrigacional e real” (CHALHUB, 2010, p.180).

Importante ressaltar que independente do regime contratado será criada uma Comissão de Representantes, prevista no artigo 50 da Lei nº 4.591/64, “designada no contrato de construção ou eleita em assembleia geral” e será “devidamente inscrita no registro de títulos e documentos”.

Neste sentido, competirá a assembleia geral a fiscalização dos trabalhos exercidos pela Comissão de Representantes, da qual poderá alterar sua composição ou revogar suas decisões (§2º do art. 50 da Lei nº 4.591/64); e, esta possui a função de fiscal diante da incorporação imobiliária, com o intuito de garantir a entrega das frações ideais do terreno transformadas em unidades autônomas, aos futuros adquirentes.

4.1.2. Patrimônio de Afetação

É fato que a incorporação imobiliária consiste em uma atividade empresarial autossustentável, visto que é composta pelo terreno adquirido para edificação; pelas acessões realizadas no decorrer da construção, pelas receitas sobrevindas das transmissões das frações ideais (futuras unidades).

Dessa forma a Lei nº 4.591/64 outorga ao incorporador a faculdade, de atingir tal patrimônio como garantia da conclusão da construção almejada, e a procedente entrega das unidades autônomas, conforme previsto no *caput* art. 31-A da referida lei, a saber:

afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. (BRASIL, 2012, p. 822)

Desta feita, Melhim Namem Chalhub versa quanto ao efeito do patrimônio de afetação:

A afetação patrimonial torna incomunicável o acervo correspondente à incorporação, vinculando-o à satisfação dos créditos a ela vinculados, entre eles o direito dos adquirentes em relação às unidades imobiliárias adquiridas, os direitos creditórios dos trabalhadores da obra, do fisco, da previdência, da entidade financiadora, dos fornecedores, etc. Disso resulta que o patrimônio só responde pelas suas próprias dívidas e obrigações. (CHALHUB, 2010, p. 66)

O patrimônio de afetação é uma faculdade do incorporador, assim sendo, a partir do momento que se opta pela afetação do patrimônio da incorporação, cabe ao incorporador o dever de publicizar tal decisão, a partir da averbação de requerimento junto ao Registro de Imóveis competente.

Registre-se que esta incomunicabilidade do patrimônio de afetação possui uma contabilidade e tributação individualizadas, um regime especial de tributação instituído pela Lei nº 10.931/2004.

Por fim, sua finalidade é reduzir os “riscos do investimento” (ALMEIDA, 2005, p.50) imobiliário efetivado pelas partes para a viabilidade da edificação, devido à autonomia que o instituto do patrimônio de afetação possui.

5. DA RESPONSABILIDADE DO INCORPORADOR E DO CONSTRUTOR NA ENTREGA DAS UNIDADES AUTÔNOMAS

Concluímos em análise aos capítulos anteriores que, para o efetivo cumprimento das obrigações que caracterizarão a futura edificação, se inicia a responsabilidade do incorporador pela comercialização do produto, e do incorporador e do construtor pela execução da obra.

Diante desta afirmação, este capítulo disporá da responsabilidade dos agentes, ou seja, do incorporador e do construtor, diante da entrega do produto àqueles que adquiram as frações ideais do terreno.

5.1. Da Responsabilidade Civil do Incorporador e Construtor

Dizemos anteriormente que a responsabilidade civil apresenta-se diante da importância em restaurar a estabilidade moral ou patrimonial consequente do dano causado pelo agente à vítima.

Identificamos, ainda, que contrato de construção para a viabilização da incorporação imobiliária, a partir do implemento dos direitos e deveres impostos ao incorporador e ao construtor, repercutem às responsabilidades destes com relação aos futuros adquirentes.

Cabe ao incorporador e ao construtor notarem as disposições dos elementos específicos da edificação, caso estes não observem tais particularidades, configura-se a responsabilidade civil advinda da incorporação imobiliária, ou seja, pela não “execução da obra segundo esses elementos técnicos” (CHALHUB, 2010, p. 435)

Com efeito, o inciso II do art. 43 da referida lei responsabiliza o incorporador. O mesmo artigo dispõe que, havendo falência do incorporador, seus bens pessoais respondem de forma subsidiária (inciso III, art. 43).

O incorporador, portanto, responderá com os seus bens, “ressalvados os bens e direitos integrantes a incorporação em relação à qual tiver constituído patrimônio de afetação” (SILVA, 2010, p. 202).

Cumprе salientar que a responsabilidade é solidária entre o incorporador e o construtor, no caso de se tratar de pessoas diversas, em vista da culpa *in eligendo*, visto ser função do incorporador a escolha pela construtora que efetivará a obra.

Neste diapasão o Tribunal de Justiça do Paraná percebe que a responsabilidade é extracontratual, com culpa *in eligendo*, entre o incorporador e o construtor:

AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO - EDIFÍCIO - ILEGITIMIDADE PASSIVA DA INCORPORADORA - INOCORRÊNCIA - **RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CONSTRUTOR E DA INCORPORADORA PELA SOLIDEZ E SEGURANÇA DA OBRA - DEFEITOS DE CONSTRUÇÃO CONSTATADOS PELA PROVA PERICIAL**, QUE SERÃO APURADOS EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - INOCORRÊNCIA - RECURSOS DESPROVIDOS. (grifos nossos) (PARANÁ, 2012)

Cumprе ressaltar que, o prazo prescricional em se tratando avençado no artigo 618 do Código Civil. Assim vejamos tal artigo:

Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, **durante o prazo irredutível de cinco anos**, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.
Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito. (grifos nossos) (BRASIL, 2012, p. 315)

Registre-se quanto ao Projeto de Lei nº 936/2003 que altera o dispositivo supracitado, alterando para **dez anos** o prazo da responsabilidade do empreiteiro (construtor) “pela solidez e segurança do trabalho” (*caput*, art. 618), projeto este que aguarda análise do Senado desde 2005.

Ademais, salienta Júlio César Bueno (2007, p. 21) a respeito de entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo que “na ilha da jurisprudência sumulada (Enunciado nº 194) deste Tribunal, fundada no Código Civil de 1916, prescreve em (20) vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeito de obra”.

Ressalta-se que, em se tratando de vícios e defeitos referentes à qualidade da construção “devem ser reparados pelo incorporador, diretamente ou às suas custas quando possível, ou pode o reparo ser promovido pelo adquirente” (SILVA, 2010, p. 204).

5.2. Da Responsabilidade Penal do Incorporador e do Construtor

A Lei n.º 4.591/64 conduz em suas disposições, mais precisamente em seus artigos 65 e 66, a responsabilidade penal do incorporador, os quais caracterizam crime contra a economia popular e as contravenções penais, respectivamente. Contudo, o incorporador não exime “de responder por outros crimes comuns que praticar” (SILVA, 2010, p. 211).

Vale ressaltar partes dos referidos artigos da Lei do condomínio em edificações e das incorporações imobiliárias, a saber:

Art. 65. É crime contra a economia popular **promover incorporação, fazendo, em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a construção do condomínio, alienação das frações ideais do terreno ou sobre a construção das edificações.**

PENA - reclusão de um a quatro anos e multa de cinco a cinquenta vezes o maior salário-mínimo legal vigente no País.

[...] (grifos nossos)

Art. 66. São contravenções relativas à economia popular, puníveis na forma do artigo 10 da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951:

I - negociar o incorporador frações ideais de terreno, sem previamente satisfazer às exigências constantes desta Lei;

II - omitir o incorporador, em qualquer documento de ajuste, as indicações a que se referem os artigos 37 e 38, desta Lei;

III - deixar o incorporador, sem justa causa, no prazo do artigo 35 e ressalvada a hipótese de seus §§ 2º e 3º, de promover a celebração do contrato relativo à fração ideal de terreno, do contrato de construção ou da Convenção do condomínio;

IV - (VETADO).

[...] (grifos nossos)

Ademais, responderá o construtor penalmente de forma objetiva, ou seja, independente de culpa, em caso de desabamento ou desmoronamento da edificação.

Neste sentido o legislador posiciona-se no art. 256 do Código Penal e nos artigos 29 e 30 da Lei das Contravenções Penais, *in litteris*:

Desabamento ou desmoronamento

Art. 256 - Causar desabamento ou desmoronamento, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único - Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano. (BRASIL, 1940)

Art. 29. Provocar o desabamento de construção ou, por erro no projeto ou na execução, dar-lhe causa:

Pena – multa, de um a dez contos de réis, se o fato não constitui crime contra a incolumidade pública.

Art. 30. Omitir alguém a providência reclamada pelo Estado ruinoso de construção que lhe pertence ou cuja conservação lhe incumbe:

Pena – multa, de um a cinco contos de réis. (BRASIL, 1941)

Desta feita, lembramos que a figura do incorporador e do construtor podem se confundir, caso contrário a responsabilidade entre estes é solidária, portanto, em razão de constatação no caso concreto, ambos terão que reparar os danos causados a outrem.

5.3. Da Responsabilidade do Incorporador e do Construtor na entrega das unidades autônomas

Constatamos que o incorporador e o construtor possuem, basicamente, o mesmo objetivo e por consequência as mesmas responsabilidades.

Ou seja, ambos almejam a edificação de empreendimento e, portanto, ambos respondem por essa edificação.

Todavia, há uma diferença significativa entre essas personagens, principalmente no caso de incorporação imobiliária, qual seja: a venda das frações ideais do terreno, que corresponderão às futuras unidades autônomas, com o intuito de viabilizar a própria construção, ou seja, financiar o trabalho do construtor.

Nesta exegese, as aludidas figuras se compõem e ao mesmo tempo se distanciam, visto ser função legalmente imposta ao incorporador, quanto à transmissão das unidades autônomas, conforme incorre no art. 28 da Lei nº 4.591/64.

Ocorre que ambas as figuras são responsáveis da entrega das unidades autônomas àqueles que adquiriram as frações ideais do terreno, viabilizando, assim, o prosseguimento e posterior finalização do empreendimento.

Compromete-se o incorporador com os futuros adquirentes, em relação ao termo de entrega das unidades, tanto no ato do contrato de incorporação, quando levado para arquivo junto ao Registro de

Imóveis competente em razão da oponibilidade contra terceiros; quanto no tempo da aquisição pelo comprador por contrato firmado *inter partes*.

O construtor, por sua vez, compromete-se quanto ao termo da entrega das unidades autônomas ao firmar contrato de construção, verificado o regime, com o incorporador, ou, se for o caso, com o proprietário do terreno.

A partir de então ficam obrigados a entregar as unidades autônomas aos futuros proprietários no prazo contratado, salvo caso fortuito ou força maior.

Ressalta-se que, em caso de inadimplemento de obrigação contratual, versa o Código Civil, a respeito da indenização devida ao prejudicado, conforme preceitua os artigos 389 e 395, bem como os artigos 402 e 406, todos da referida codificação. Vejamos:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. (BRASIL, 2012, p. 290)

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. (BRASIL, 2012, p. 291)

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (BRASIL, 2012, p. 292)

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional. (BRASIL, 2012, p. 292)

Para se resguardar dos efeitos negativos do negócio jurídico firmado, o adquirente pode utilizar-se de um dispositivo legal ante a possibilidade de inexecução da obra, ou de atraso ou não entrega da unidade autônoma adquirida, ao constar a cláusula penal no contrato, visto que, “para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor” (art. 410, do CC/02).

Neste diapasão, quanto à obrigação de indenizar e a cláusula penal, o egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco dispõe:

A falta de cumprimento de cláusula contratual que consistia na entrega das unidades habitacionais, no prazo de 36 meses, inteiramente concluídas e com o respectivo habite-se, enseja a **responsabilização da construtora, e conseqüente pagamento de indenização por danos materiais e lucros cessantes, ainda mais quando as partes incluíram na avença uma cláusula penal, na qual teria a construtora de pagar valor mensal equivalente ao aluguel, até a efetiva entrega dos imóveis**. Apesar dos adquirentes dos imóveis terem assumido a administração da obra, permaneceu sob a responsabilidade da construtora, as demais obrigações, inclusive a mão de obra, sendo que tal fato não elide a

responsabilidade contratual da mesma nem põe termo à cláusula penal pactuada. Embora a demora na entrega das unidades habitacionais caracterize abalo emocional e expectativa frustrada, tal fato não acarretou lesão à honra capaz de autorizar a condenação por danos morais. (grifos nossos) (PERNAMBUCO, 2012)

O art. 43 da Lei nº 4.591/64 trata da rescisão do contrato firmado a prazo e preço certos, no que se responsabiliza o incorporador e eventualmente o construtor, a saber:

Art. 43 – [...]

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;
[...] (grifos nossos) (BRASIL, 2012, p. 831)

Isto posto, a não entrega do imóvel poderá acarretar a rescisão do contrato de promessa de compra e venda firmado, e a consequente responsabilização do incorporador e construtor de reparação do dano causado, seja moral, material ou ambos. Assim, incorrerão na efetiva devolução do montante pago pelo adquirente, cumulado com perdas e danos, mora e juros devidos, além de incorrer índices de correção monetária, de acordo com o definido em contrato.

6. CONCLUSÃO

O incorporador e o construtor são aqueles diretamente responsáveis pela concretização de empreendimento, seja de cunho residencial ou comercial, assim tal atividade empresarial gira em torno de uma preocupação no que diz respeito a sua influência.

Com efeito, averiguamos que a conduta do incorporador e do construtor se submete às normas que norteiam a responsabilidade civil e às normas do direito do consumidor, visto que se trata de uma relação de consumo. Assim, se estes no decorrer do cumprimento de sua obrigação, causar dano ao futuro adquirente da unidade autônoma, por dolo ou, caracterizada ou não, a culpa fica responsável a indenizá-lo.

Cabe salientar que a obrigação assumida pelo incorporador e pelo construtor, é constituída, basicamente, pelo objeto do contrato, isto é, inicia-se pelo contrato de compra e venda, passa pelo contrato de incorporação imobiliária e prossegue no contrato de construção. Todavia, não quer dizer que a responsabilidade dos agentes seja meramente contratual, tal atividade compreende, principalmente, a responsabilidade objetiva, a qual independe de culpa.

Registre-se que, tal obrigação não se finda no contrato de construção. O construtor ainda responderá durante o prazo prescricional de cinco anos pela execução da obra (art. 618, CC/02), sendo que há Projeto de Lei nº 936/2003 tal que prevê alteração para dez anos e súmula nº 194 do STJ que dispõe a prescrição “em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra” (BRASIL, 2012, p. 1758).

Conforme antes dito, o contrato de incorporação imobiliária determina um dever que direciona a um direito do incorporador, isto é, concede um direito após o cumprimento de um dever. Portanto, se constitui obrigação perante terceiros, mais precisamente, perante o futuro adquirente das unidades autônomas.

Sendo o construtor a pessoa que efetivamente executa a edificação, o contrato de construção traz o dever de construir o prédio em conformidade às diretrizes avençadas no contrato, criando a responsabilidade deste diante da fidelidade ao projeto e da qualidade e segurança do produto.

Importante ressaltar que a fidelidade ao projeto e à qualidade e segurança do produto, são também de responsabilidade do incorporador, ou seja, há uma responsabilidade solidária entre as figuras.

Persiste uma relação de consumo, visto que após, mas principalmente durante, a edificação, suas unidades serão comercializadas para cumprimento do contrato de incorporação.

Destarte, nas relações jurídicas submergem tipos de contratos acima listados, diante do bem juridicamente protegido, a propriedade, visto que são devidamente compatibilizados a uma relação de consumo.

Assim sendo, a responsabilização por danos causados no decorrer da relação existente entre o incorporador, o construtor e o futuro adquirente, esta prevista no *caput* do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor:

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) (BRASIL, 2012, p. 1226)

Nesta égide, diante da Lei nº 4.591/64 o art. 43 prevê diante de quais fatos serão responsabilizados os agentes:

Art. 43 – [...]

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; [...] (grifos nossos) (BRASIL, 2012, p. 831)

Desta feita, se a construção não foi finalizada ou a entrega da mesma foi adiantada sem justa causa, se as figuras objeto do nosso estudo não alcançarem o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, terá os futuros adquirentes o direito à pretensão indenizatória adquirida.

Ademais, recordando o art. 186 do Código Civil “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e tem a obrigação de indenizar a vítima. Apreende-se, por conseguinte, que a indenização envolve, os danos materiais, bem como os danos morais.

Neste diapasão, para fixar o valor da indenização, versa o Código Civil, a respeito do montante devido ao prejudicado, conforme preceitua os artigos 389 e 395, bem como os artigos 402 e 406.

Dado o exposto, em vista dos argumentos apresentados, importante salientar que o que se exige do incorporador e do construtor é apenas que operem em harmonia com seus direitos e deveres, avençados tanto no ordenamento jurídico quanto em cláusulas contratuais, para que oportunizem a eficaz entrega das unidades autônomas aos futuros adquirentes, com fidelidade ao projeto arquitetônico e com a devida qualidade e segurança do produto, não pactuando, portanto, algo que não poderá ser concretizado.

7. REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES Cláudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. / Antônio Herman V. Benjamin, Leonardo Roscoe Bessa, Cláudia Lima Marques. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Código civil (2012). In: Yussef Said Cahali. **Mini Códigos: Civil**. 14ª. Edição revista, ampliada e atualizada até 07.12.2011. São Paulo: RT, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Diário Oficial da União, Brasília, 03 de outubro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

BUENO, Júlio César. **A responsabilidade do construtor pela solidez e segurança: aspectos gerais e sugestões ao Projeto de Lei nº 936/2003**. In: PORTO NETO, Benedicto. **Manual jurídico para construção civil**. / Benedicto Porto Neto, coordenador – São Paulo: PINI, 2007.

CHALHUB, Melhim Namem, Da Incorporação Imobiliária, 3ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. / Carlos Roberto Gonçalves. 9. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 7705994-90.2007.8.13.0024 (1). Relator(a): Des.(a) Selma Marques. Minas Gerais, Belo Horizonte, 31 de outubro de 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0024.07.504047-7/001. Relator(a): Des.(a) Marcelo Rodrigues. Minas Gerais, Belo Horizonte, 30 de outubro de 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1.0194.11.001036-1/001. Relator(a): Des.(a) Luiz Artur Hilário. Minas Gerais, Belo Horizonte, 06 de novembro de 2012.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação cível 8453534 PR 845353-4 (Acórdão). Relator: Domingos José Perfetto. Paraná, 12 de abril de 2012.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. Apelação cível 100303384 PE 134343-7. Relator: Adalberto de Oliveira Melo. Pernambuco, 14 de março de 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. / Silvio Rodrigues, 1975. v. 4. In: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. / Carlos Roberto Gonçalves. 9. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Marcelo Tossi. **Incorporação Imobiliária**/ José Marcelo Tossi Silva. – São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil: responsabilidade civil** / Sílvio de Salvo Venosa. – 3 ed. – São Paulo: Atlas, 2003. – (Coleção direito civil; v. 4)