

**FANESE – Faculdade de Administrações e Negócios de Sergipe**  
**CURSO DE DIREITO**

**JOSÉ ROBERTO DE ANDRADE GARCEZ MENEZES**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONSTRUTORAS POR ATRASO NA  
ENTREGA DA OBRA**

Aracaju  
2014

**JOSÉ ROBERTO DE ANDRADE GARCEZ MENEZES**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONSTRUTORAS POR ATRASO NA  
ENTREGA DA OBRA**

Monografia apresentado como exigência parcial para obtenção do grau em bacharel em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE.

Orientador Prof. Mestre Pedro Dias de Araújo Junior

Aracaju  
2014



#### FICHA CATALOGRÁFICA

M534r MENEZES, José Roberto de Andrade Garcez

Responsabilidade Civil das Construtoras por Atraso na Entrega da Obra / José Roberto de Andrade Garcez Menezes. Aracaju, 2014. 51 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Departamento de Direito, 2014.

Orientador: Prof. Me. Pedro Dias de Araújo Júnior

1. Responsabilidade Civil 2. Dano Moral 3. Atraso na Entrega da Obra  
I. TÍTULO.

CDU 347.51 (813.7)

**JOSÉ ROBERTO DE ANDRADE GARCEZ MENEZES**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONSTRUTORAS POR ATRASO NA  
ENTREGA DA OBRA**

Monografia apresentado como exigência parcial para obtenção do grau em bacharel em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE.

APROVADA EM \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Mestre Pedro Dias de Araujo Junior  
Fanese

---

Prof. Especialista Luan Godinho Maynard  
Fanese

---

Prof. Mestre José Fontes Felix  
Fanese

Dedico esse diploma a minha mãe Neuza Menezes "in memoriam", pela importância que ela teve na minha vida. Uma mulher que vivia em função de sua família, sempre com a preocupação de passar ensinamentos e exemplos para que nos tornássemos pessoas dignas e conseguíssemos alcançar os nossos objetivos por merecimento.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, pois sem ele ninguém pode alcançar seus objetivos.

Aos meus pais Daniel e Neuza "in memoriam" pelos ensinamentos e incentivos, para que a cada dia me torne um ser humano melhor.

Ao meu filho João Mateus, hoje com 1 ano e 5 meses, a quem devo a inspiração para que nunca desista dos meus objetivos. A minha esposa Micheline, pelo apoio que me deu durante essa jornada.

Aos meus irmãos Daniel e Deborah.

Aos familiares e amigos, que de alguma forma contribuíram para essa caminhada.

E a todo Corpo Docente da FANESE, que me acompanhou durante essa jornada acadêmica.

A vida é muito difícil para quem corre atrás de seus objetivos, mas é muito pior para aquele que se acomoda, pois nunca terá a chance de vencer na vida.

## **RESUMO**

A elaboração da presente monografia visa à pesquisa sobre a responsabilidade civil das construtoras por atraso na entrega da obra. Nesse sentido pretendo abordar problema reiterado nas lides judiciais alusivos sobre a responsabilidade civil. Interessa pontuar que este trabalho, teve como objetivos analisar os requisitos para configuração da responsabilidade civil em decorrência do descumprimento contratual pela construtora, mais especificamente representado pelo o atraso da entrega do imóvel. Cumpre desatacar que o estudo foi desenvolvido sem qualquer conotação ideológica, comum em diversas obras da área. Foram evitados temas complexos e com profundas divergências foram atalhados, constituindo-se desde logo um corte epistemológico, estabelecendo-se os pressupostos teóricos para ao desenvolvimento do tema proposto. Para a construção e aperfeiçoamento do estudo acerca do tema proposto foi utilizado o método descritivo, o qual se caracteriza por ser uma progressão lógica, que serve de parâmetro para busca de novos conhecimentos. Convém destacar, a realização deste e o desenvolvimento do raciocínio alicerçaram-se nos recursos inerentes à pesquisa bibliográfica e o assunto desenvolveu-se em quatro capítulos, onde se observou que tramitam no judiciário inúmeras ações em decorrência do atraso na entrega, a partir deste fato instalaram-se recorrentemente discussões relativas às cláusulas contratuais referentes à entrega.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade civil, dano moral, atraso na entrega da obra.

## **ABSTRACT**

The preparation of this monograph aims to research on the civil liability of contractors for delay in delivery of the work. In that sense I intend to address the problem reiterated depicting judicial labors on liability. Interesting to point out that this work aimed to analyze the requisites for setting civil liability as a result of breach of contract by the contractor, specifically represented by the delayed delivery of the property. Meets desatacar that the study was conducted without any ideological overtones common in many works in the area. Complex and profound differences were atalhados issues were avoided, becoming at once an epistemological cut, establishing the theoretical framework for the development of the subject. For the construction and improvement of the study about the proposed theme descriptive method, which is characterized by a logical progression, which serves as a parameter to search for new knowledge was used. It should highlight the realization of this and the development of reasoning underpinned on the resources inherent in literature and assuntou developed into four chapters, where we observed numerous cases concerning legal actions as a result of delay in delivery, from this fact settled recurrently discussions regarding contractual clauses regarding delivery.

**KEYWORDS:** Civil liability, moral damages, delay in delivery of the work.

## **SUMÁRIO**

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2. CONTRATO</b> .....	<b>13</b>
2.1 Origem do Contrato.....	13
2.2 Conceito de Contrato .....	14
2.3 Natureza Jurídica .....	16
2.4 Requisitos do Contrato.....	17
2.4.1 Capacidade das partes e legitimação.....	18
2.4.2 Objeto .....	18
2.4.3 Forma de exteriorização da vontade .....	19
<b>3. RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	<b>20</b>
3.1 Noções basilares e evolução histórica .....	20
3.2 Conceito.....	22
3.3 Nexo de Causalidade .....	24
3.3.1 Responsabilidade Objetiva e Subjetiva .....	24
2.4.1 Capacidade das partes e legitimação.....	25
2.4.2 Responsabilidade contratual .....	26
2.4.3 Responsabilidade extracontratual e Aquilina .....	28
<b>4. DO DANO</b> .....	<b>30</b>
4.1 Espécie de Dano.....	30
4.1.1 Dano Patrimonial.....	30
4.1.2 Dano Emergente .....	32
4.1.3 Lucro Cessante .....	32
2.4.1 Conceito de Dano Moral.....	34
<b>5. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONSTRUTOR PELO ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL</b> .....	<b>41</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>47</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>49</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo tem como tema: a Responsabilidade Civil das Construtoras por atraso na entrega da obra.

Nos últimos anos o setor imobiliário cresceu rapidamente, e para atender a demanda as construtoras investiram na construção de vários imóveis ao mesmo tempo, o que fez ultrapassar a sua capacidade de mão de obra qualificada, material e alguns casos até os recursos financeiros, o que ocasionou inúmeros problemas com os seus clientes.

Assim é cada vez mais comum no dia a dia se depara com situações onde a parte contratante cumpriu todas as suas obrigações contratuais e na hora de receber o imóvel na data contratualmente apazada. Isso já se levando em consideração o “prazo de tolerância” que é geralmente de 180 dias, ou seja, em torno de 6 meses, não recebe o imóvel, ensejando inúmeros problemas de ordem econômica e psicológica para aquele que tentou adquirir o imóvel.

Nesse contexto, nota-se que cada vez mais são recorrentes as ações que tramitam no judiciário em decorrência do atraso na entrega, a partir deste fato instalaram-se recorrentemente discussões relativas às cláusulas contratuais referentes à entrega.

Nesse sentido surgiu a seguinte questão: Quais as consequências jurídicas decorrente do atraso na entrega dos imóveis pelas construtoras no Estado de Sergipe?

A escolha desse tema se deve as diversas discussões suscitadas, na aula de Direito do civil tais como as análises de julgados dos tribunais regionais tornam-se grande base para a estruturação deste trabalho, não excluindo, todavia, as necessárias e imprescindíveis lições da doutrina civilista. Assim, o estudo tem sua importância justificada na polemica existente acerca da demora na entrega da obra, de muitas construtoras não só em Sergipe mais em todo o país. Posto que quando incide a demora sempre usam desculpas infundadas, justificando falta de material, sem se preocupar com os prejuízos de quem planejou a mudança na data estabelecida na hora da compra do imóvel.

Portanto a motivação do referido estudo nasceu da vontade de demonstrar que a responsabilidade civil das construtoras é plausível de inúmeras

possibilidades jurídicas, devendo cada situação serem objeto de um primoroso estudo de acordo com o que determina norma legal específica ou geral e os ensinamentos doutrinários atuais.

Assim, faz-se imperioso o estudo da seguinte questão norteadora alavancada com a proposta da presente pesquisa, como: Quais requisitos são necessários para responsabilizar a construtora pelo descumprimento contratual em decorrência do atraso da obra? Quais as diferenças havidas entre Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva? A demora na entrega do imóvel é cabível de indenização, contudo esse entendimento é pacificado no judiciário brasileiro?

Para a construção e aperfeiçoamento do estudo acerca do tema proposto foi utilizado o método dialético, o qual se caracteriza por ser uma progressão lógica, que serve de parâmetro para busca de novos conhecimentos.

O desenvolvimento do raciocínio alicerça-se nos recursos inerentes à pesquisa bibliográfica, haja vista que a matéria demanda investigação em publicações doutrinárias, coletâneas de leis brasileiras, e também textos científicos obtidos através da rede internet com o fito de elaborar uma pesquisa científica conforme as prerrogativas necessárias e estabelecidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Outrossim, no que concerne aos objetivos do estudo, foi estipulado como geral analisar os requisitos para configuração da responsabilidade civil em decorrência do descumprimento contratual pela construtora, mais especificamente representado pelo o atraso da entrega do imóvel.

Já em relação aos objetivos específicos buscou-se: Promover o entendimento acerca da responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

Verificar o entendimento jurisprudencial acerca do atraso na entrega da obra.

Para alcançar os objetivos propostos o trabalho em tela foi dividido em quatro capítulos. A introdução abordará os objetivos, a problemática, a justificativa da elaboração do trabalho e as formas utilizadas para obtenção de resultados.

No primeiro capítulo, é feita uma abordagem sobre o contrato, e sua natureza jurídica.

O capítulo seguinte tratará da responsabilidade civil bem como sua evolução e desenvolvimento no transcorrer dos anos para situar o leitor sobre os tipos de responsabilidade.

O quarto tratará especificamente do dano moral, bem como os tipos de dano.

No quinto capítulo encontram-se as especificidades e características do tema, oportunidade em que serão expostos os posicionamentos doutrinários sobre o tema.

## 2 CONTRATO

Antes de adentrarmos no tema central do presente estudo se faz necessário analisar os contratos para situar o leitor de uma forma melhor no trabalho.

### 2.1 Origem do Contrato

O contrato tem sua origem explicada através de duas correntes. A primeira delas, nascida no final do século XIX, assegura que a origem dos contratos ocorreu através da Lei de *Maine*, afirmando que como o estatuto precedia o contrato, como leciona Rodrigues (2006, p. 90) este teria sido, então, “uma decorrência evolutiva da liberação individual”.

Já a segunda corrente possui como fundamento a “Lei da Socialização do Contrato”, de acordo com Filomeno (2012, p. 165):

[...] sendo que se observa que o Direito voluntário antecede o Direito imposto, donde a evolução em matéria de contrato teria acontecido no avanço do preceito de ordem pública em restrição à liberdade contratual, ou seja, a socialização do contrato prevaleceria à autonomia da vontade.

Na atualidade, cogita-se a ideia de que no contrato impera, muitas vezes, uma relação de conflito, principalmente quando há um desequilíbrio contratual imposto pela desigualdade econômica dos contratantes.

Entende-se, porém, que o interesse coletivo deve sobressair ao individual e que o desenvolvimento social formulou novas relações jurídicas não alcançadas pela legislação codificada. Em face, pois, tanto de um caso (desequilíbrio contratual) quanto de outro (interesse coletivo e falta de regulamentação), a intervenção do Estado no regime contratual se faz imprescindível.

Em relação ao contrato de incorporação imobiliária Gagliano e Pamplona Filho *apud* Melhim Chalhub informam que:

Considera-se incorporação imobiliária o negócio jurídico pelo qual o incorporador obriga a realizar, por si ou por terceiros, a construção de unidades imobiliárias em edificação coletiva e, bem assim, a transmitir a propriedade destas unidades aos respectivos adquirentes, firmando os respectivos contratos durante a construção; em contrapartida, obrigam-se

os adquirentes a pagar o preço das unidades que se comprometeram a adquirir. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p.369).

Os contratos de incorporação imobiliária possui regulamentação na Lei 4.591/64., a um passo que seja quem for o fornecedor do imóvel alcançado pelo comprador, bem como seja qual for o tipo de contrato existente na base da negociação para construção deste imóvel é fato que a relação constituída com o adquirente a partir da compra gera para o fornecedor responsabilidade civil decorrente do inadimplemento das cláusulas avençadas.

## 2.2 Conceito de Contrato

A doutrina é unânime ao apontar que, tão antigo como o próprio ser humano, é o conceito de contrato que nasceu a partir do momento em que as pessoas passaram a relacionar-se. Assim a figura em questão é um instrumento jurídico que sempre esteve em consonância a ideia de sociedade, de comunidade.

De acordo com Flavio Tartuci (2008, p. 24), “o contrato na verdade é negócio de natureza jurídica que pode ser bilateral ou plurilateral, sendo que isso vai depender da declaração da vontade, que tem como objetivo a criação, modificação e até mesmo extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial”.

São contratos, em suma todos os tipos de convenções, todas as estipulações que possam ser criados pelo acordo de vontades e também por outros fatores acessórios.

Dentro desse contexto, sendo o contrato negócio jurídico, trata-se de um ato jurídico em sentido amplo, em que há o elemento norteador da vontade humana, que pretende um objetivo de cunho patrimonial, constitui um negócio jurídico por excelência.

Paulo Morais (2010, p. 14) conceitua contrato de trabalho como:

O negócio jurídico pelo qual uma pessoa física se obriga, mediante remuneração, a prestar serviços, não eventuais, a outra pessoa ou entidade, sob a direção de qualquer das ultimas. É a combinação de interesses de pessoas sobre determinada coisa. É o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um Direito.

Não é o caso de indicar quais elementos caracterizadores do contrato do trabalho, mas mostrar do que se trata. (MARQUES, 2006).

Conforme a ordem jurídica que tem como escopo estabelecer a regulamentação de interesses entre as partes, com o objetivo de conseguir modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial; sendo um negócio jurídico, demanda, para sua validade, a observância dos requisitos legais (agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei) .

Segundo a definição de Pablo Stolze (2012, p. 12): [...] o contrato é um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes limitados pelos princípios da boa-fé, estabelecem os efeitos que buscam atingir, de acordo com a autonomia das vontades.

Pablo Stolze em seu conceito fixa características fundamentais dos contratos, quais sejam: a bilateralidade, onde as partes contratantes expressam suas vontades, a sua natureza jurídica por ser uma qualidade de negócio jurídico, o princípio da liberdade de contrato porém mitigado pelos princípios da função social e da boa fé objetiva( STOLZA 2012).

Nesse liame, nota-se que são vários os conceitos relacionados ao contrato. Contudo é um dos mais importantes institutos jurídicos, pois é base de todas as relações humanas em sociedade. Assim, sua composição é a ética é a vontade humana, a qual, por sua vez, se funda nos princípios de segurança e liberdade volitiva.

Nesse sentido Caio Pereira (2012, p. 176) que:

O contrato é instituído na lei, ou seja, na licitude do seu objeto, dado que o contrato, como base das relações jurídicas, afasta as condutas ilícitas, visto que estas confrontam a ordem jurídica, que faz com que as organizações quebrem, assim o contrato tem como efeito criar obrigações e institui garantias.

O contrato é derivado da boa-fé de se compactuar mediante o elemento da vontade entre ambas as partes ou mais em meio a um fato que busque a sobrevivência, ou seja, uma realidade difícil. Mas nem sempre a vontade do particular se sobrepõe em meio de transações econômicas que nem sempre andam para um alvo adequado e coerente em face de direitos e comportamentos.

A soberania do estado não capta autonomia, mas prevalece sim o cogente ético-jurídico, que é proteger a intimidade privada, ou seja, a própria

sobrevivência, a partir do momento que uma sociedade evolui, sucessivamente evoluirá também suas relações econômicas que deverão ser adequadas de forma que se alcança a jurisdicionalização dos comportamentos e relações dos indivíduos na relação social (SODRE, 2009).

### 2.3 Natureza Jurídica

Há varias teorias que procuram explicar a natureza jurídica do contrato de trabalho. Elas subdividem-se em teorias contratualista e anticontratualista.

A teoria contratualista procura identificar o contrato de um direito civil, ora uma compra e venda, ora uma locação, ora uma sociedade. Onde a natureza jurídica do contrato de trabalho constitui a compra e venda (MIRAGEM, 2013).

A principal crítica que se tece a essa teoria é a de que trabalho não é mercadoria nem salário e preço. Alberto Silva (2004, p. 603) tentou alterar essa teoria, sustentando que o contrato de trabalho equipara-se ao fornecimento de energia elétrica, argumentando: “O que permanece com o trabalhador é a fonte de sua energia, isto é, seu próprio corpo; a energia, no entanto sai dele e não volta mais”.

Mesmo com essa vertente, a teoria e muito criticada, sob o argumento de que energia humana não permanece com o empregador, mas o produto por ele elaborado; sem o núcleo psicológico e social da personalidade humana.

A vertente doutrinaria que tenta explicar a natureza jurídica do contrato de trabalho, identificando-o como um contrato de sociedade, argumenta que tanto o empregado como empregador colocam em comum, respectivamente o trabalho e capital, tendo em vista dividir o benefício que daí se origina.

Entende-se que a teoria contratualista, tem a natureza jurídica do contrato a um mandato. Afirma-se que o empregador atua como o mandante e empregado como mandatário.

Já a teoria anticontratualista aponta o caráter individualista do contrato, onde é fundamentado na lealdade do trabalhador e na proteção do empresário, unidos por meio de vínculo quase familiar que evoca os laços de servidão. Seus adeptos defensores sustentam que a relação de trabalho não contrasta com o contrato, mas também não afirmam sua existência. Sustentam que a relação jurídica

é oriunda de um ato jurídico bilateral, sendo suficiente a vontade de integrar-se na empresa independente de contrato.

## 2.4 Requisitos dos Contratos

Cumpra destacar que os contratos são negócios jurídicos e, como tal, devem ter em seu bojo alguns requisitos sem os quais não poderão ser válidos juridicamente falando. Pode-se dizer que para serem válidos, os contratos teriam que ter proteção jurídica.

Não satisfaz apenas o consenso, o pacto ou a convenção para o direito reconhecer a eficácia jurídica. Além dos elementos de existência do acordo, estes elementos devem apresentar certos predicados para que estejamos diante de um contrato.

Insta destacar que não basta que estejam presentes apenas as partes, o consenso e o objeto, como exteriorização da vontade das partes. É preciso que os sujeitos sejam legitimados e capazes; que o objeto seja econômico, lícito, possível, e determinável; e que a forma de exteriorização das vontades seja alguma não proibida ou a prescrita. São as condições de validade de todo negócio jurídico. Conforme artigo 104 do Código Civil. “A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei” (FIUZA, 2011).

### 2.4.1 Capacidade das partes e legitimação

A capacidade das partes significa que ambas não podem ter impedimentos, previstos nos artigos 3º e 4º do CC/2002. Esta é a capacidade genérica. A capacidade característica, ou legitimação (compreende o aparecimento do direito processual civil) surge da falta de obstáculo peculiar de concretizar certo contrato com certa pessoa.

Dessa maneira, deve a parte se capaz de ser titular dos direitos pretendidos com a vinculação, bem como ser capaz de exercer tal direito por si mesma. Com efeito, a celebração de contratos supõe capacidade jurídica do agente. Se não é possível identificar com segurança o agente, não será possível aferir sua

capacidade jurídica. Isto interfere, sobremaneira, com o comércio eletrônico, pois cabe perguntar até que ponto os negócios celebrados por um menor de idade que adquire livros, discos e, por exemplo, eletrônicos, serão contratos válidos ou viciados.

Isso posto, Darcy Bessone (2007, p. 187) conceitua uma outra classificação, a da “capacidade de contratar” como uma subespécie da capacidade de agir:

“[...] a capacidade de contratar é uma subespécie da capacidade de agir, quando identificada com a capacidade de praticar atos jurídicos. A pessoa pode ter direitos e deles gozar, mas não ter aptidão para exercê-los por si mesma – assim, terá capacidade de gozo, mas não terá capacidade de exercício -, ao passo que, se ela própria puder exercer seus direitos, além da capacidade de gozo, terá a capacidade de agir e, filiada a esta, a capacidade de contratar”

Quanto à legitimação, portanto, reportamo-nos quando o agente se insere na desempenho de verificado negócio jurídico ao passo que se relaciona com o conteúdo do contrato.

#### 2.4.2 Objeto

O objeto do contrato deve ser lícito, posto que os requisitos relacionados a licitude sejam amplas, não se reduzindo à ideia de legalidade. Não satisfaz não contradizer a lei, não deve contrariar, igualmente, a moral, ordem pública e os bons costumes.

A pessoa do contrato pode ser física ou jurídica, nesse sentido destaca Ricardo Lonrizetti (2010, p. 56) a este respeito:

“o ordenamento jurídico só dá eficácia à vontade humana, como instituidora de relações jurídicas, se e enquanto ela busca conseguir desígnios que não colidam com o interesse da sociedade. Se o objeto do negócio é fisicamente impraticável, é ele inidôneo, carecendo, por conseguinte, ao ato jurídico um elemento substancial; mas, se é juridicamente impossível, o defeito não é mais de idoneidade, porém de liceidade”.

Persiste a necessidade, então, em o mesmo ser apontado ou, no mínimo, estabelecido, se indicado pelo gênero, número e qualidade. As partes devem saber

a respeito do quê estão se obrigando. Aceitar, contudo, a validade de contrato cujo objeto ainda não exista desde que exista potencialidade de vir a existir, como nos contratos sobre coisa prometida, na forma condicional ou aleatória. E nos que regulamenta relações jurídicas patrimoniais, seu artefato deve ser um bem ou uma prestação patrimonial (SALOMO 2005).

#### 2.4.3 Forma de exteriorização da vontade

Com relação à forma, esta é a modo pelo qual se exterioriza a vontade. A liberdade da forma ou do consensualismo são os princípios, em aversão ao princípio do formalismo romano.

Sendo o formato prescrito por lei, se este não for obedecido, o contrato poderá sofrer nulidade. Não havendo maneira prescrita, o contrato poderá ser feito por qualquer forma não ilícita. Na antiga grandeza, se a forma for “ad solemnitatem”, ela é condição de validade. Se a forma for “ad probationem”, as partes poderão optar por qualquer meio de exteriorização da vontade, devendo atentar para que seja garantido a prova de que o vínculo foi contraído. Para Rubens Limongi França, em sua obra “Instituições do Direito Civil”, a forma só é requisito para os atos formais ou solenes, que constituem a exceção: a regra são atos informais, de forma livre. (SALOMO, 2005)

Neste ponto, a liberdade da forma comporta a regra, a qual somente será observada a forma específica quando houver expressa disposição legal que assim determine.

### 3- RESPONSABILIDADE CIVIL

É importante ressaltar que para adentrarmos no instituto da responsabilidade civil façamos uma retrospectiva desde os tempos remotos até os tempos hodiernos. Assim, conseguiremos ter uma visão ampla e aprofundada sobre o referido assunto que é um tema atual e de grande relevância para o nosso ordenamento jurídico.

#### 3.1 Noções Basilares e Evolução Histórica

Para que haja vida em sociedade é imprescindível à existência do direito, como já dizia Ulpiano, “*ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*”, que significa, onde há homem, há sociedade; onde há sociedade, há direito.

No início da humanidade a vingança coletiva era tratada como um modo de compensar a ofensa sofrida. A sociedade se voltava contra o agressor, sendo costumeira a vingança do grupo.

Notamos que a responsabilização civil na era pré-romana não observava a culpa como requisito indispensável para a reparação do prejuízo ora causado. Com isso, nota-se que o referido instituto era arcaico.

Na vingança privada ou individual a culpa não era relevante, a reação do ofendido acontecia mesmo se não houvesse a culpa.

Quanto à evolução histórica existem algumas divergências doutrinárias, como, por exemplo, Maria Helena Diniz (2009, p. 43) divide a primeira fase em duas etapas. A primeira denominada de vingança coletiva, a segunda de vingança privada. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 54) não fazem tal diferenciação, tratando a primeira fase como vingança privada rudimentar.

O importante é que estas divergências não arranharam o sentido da evolução histórica.

A vingança privada surgiu após a vingança coletiva. Naquela fase vigorava a Lei de Talião, tendo identidade com a Lei das XII Tábuas, onde o agredido poderia reagir contra o agressor, utilizando as próprias mãos. Lei essa conhecida como “olho por olho, dente por dente”, “quem com ferro fere, com ferro será ferido” ou “mal pelo mal”. Isto é aquele que comete algum ato deve pagar da mesma maneira. Mas o Estado poderia intervir caso houvesse abusos e direito de retaliação.

Após a Lei de Talião surge a fase da composição, isto é, o agredido ou a vítima não poderia reagir com as próprias mãos, o Estado determinava a decisão e as partes eram obrigadas a seguir.

Sílvio Venosa (2008, p. 24) tem a concepção que: “A *Lex Aquilia* foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou no início do século II A.C., que permitiu conferir ao titular de bens o direito de conseguir o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse devastado ou estragado seus bens.”

A *Lex Aquilia de danno* corresponde portanto, ao pagamento em dinheiro pelo dano sofrido. O bem do ofensor teria de equiparar ao prejuízo, caso houvesse culpa, pois sem este fundamento da responsabilidade não há de se falar em reparação.

Helena Diniz (2009, p. 54) no que tange a *Lex Aquilia de danno* menciona: “O Estado nesse momento adota a postura de intervir nas contendas de relação privada, passando assim a fixar determinado valor pelos prejuízos sofridos, obrigando a vítima a receber a composição, renunciando à vingança.”

Com o aperfeiçoamento ou mutação da sociedade houve um acompanhamento de mudança entre sociedade e responsabilidade civil, quando a sociedade transformava-se acontecia o mesmo com a responsabilidade civil. Quando a sociedade começou a evoluir o Estado foi obrigado a regular a vida dos indivíduos e a maneira mais adequada foi trazer o *jus puniendi* para si.

O direito romano foi o pioneiro na responsabilização do indivíduo através de seu patrimônio e não através da pessoa. Isso demonstra que nesta época houve uma modernização social. As institutas de Justiniano concretizaram esta forma de patrimonialidade, a partir da sistematização do Estado. O mesmo não aconteceu nas institutas de Gaio, pois o instrumento era ainda arcaico.

O Código Civil Brasileiro de 1916 destaca a culpa do direito romano como forma de responsabilidade para a reparação do dano. Assim, se o dano fosse causado sem culpa não haveria de se falar em reparação. O mesmo não acontece com o Código Civil Brasileiro de 2002, que foge um pouco da culpa e passa a adotar a teoria do risco.

Por conseguinte Diniz (2009, p. 43) posiciona-se no sentido de que:

Toda manifestação de atividade que provoca prejuízo traz em seu bojo o problema da responsabilidade, que não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, mas de todos os domínios da vida social. Verdadeiramente, mesmo

que alguns autores, como Josserand, ponderem a responsabilidade civil como 'a grande vedete do direito civil', na verdade, absorve não só todos os ramos – competindo à seara da Teoria Geral do Direito, padecendo as naturais adequações segundo aplicável ao direito público ou privado, mas os princípios estruturais, o embasamento e o regime jurídico são os mesmos, confirmando a tese da unidade jurídica quanto aos institutos basilares, uma vez que a caracterização só se opera no que dizer respeito às matérias, objeto de regulamentação legal – como também a realidade social, o que comprova o campo ilimitado da responsabilidade civil.

Nesse mesmo sentido preceitua Gonçalves (2009 p. 65) elucida que:

No dia a dia surge situações diversas que faz nascer o problema da responsabilidade civil, pois cada aborrecido sofrido pelo homem, relacionado à sua pessoa ou ao seu patrimonial, tornando indispensável a criação de soluções ou remédios – que nem sempre se comparecem com facilidade, implicando perquirições maiores – que sanem tais lesões, pois o direito não poderá permitir que ofensas fiquem sem reparação.

Por isso, a responsabilidade civil é um instituto complexo e merece uma atenção especial. Mas, não quer dizer que dissecaremos todo o tema. Ato que seria impossível diante do objetivo desta pesquisa.

### 3.2 Conceito

A palavra responsabilidade teve origem do latim *respondere*, significa responder a alguma coisa, assegurar, que por sua vez tem raízes da palavra *spondeo*, onde o devedor e o credor eram atrelados a contratos verbais.

Pamplona Filho *apud* Stolze (2012, p. 321) ressalta que [...] descrever sobre o tema 'responsabilidade' não é, categoricamente, imputação das mais fáceis, tendo em vista que se trata de uma matéria de natureza interdisciplinar, pois não se refere exclusivamente ao Direito Civil, mas sim exclusivamente a todos os outros ramos relacionados ao direito.

Destaca Maria Helena Diniz (2009, p. 543) que juridicamente “responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar)”.

O instituto da responsabilidade civil é amplo e de difícil conceituação, por isso não tem uma definição única. Destarte, teceremos alguns conceitos para melhor entendimento.

Nesse íterim, destaca Silvo Venoso (2008, p. 12) que mesmo sendo abrangente o campo da responsabilidade civil, o que importa mesmo é saber identificar o ato que caracterize na obrigação de indenizar. “Neste âmbito uma pessoa é responsável quando suscetível de for sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico”.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 542) definem:

A responsabilidade civil no ramo do direito é considerada como uma obrigação derivada – um dever jurídico contínuo – de admitir as implicações jurídicas de um fato, decorrências essas que podem mudar (reparação dos danos e/ou penalidade pessoal do agente lesionante) de acordo com os interessantes lesados.

A responsabilidade assegura uma prestação decorrente de algo que foi lesionado Diniz (2009, p. 55) entendem a responsabilidade civil como:

[...] a obrigação imposta pelas normas às pessoas no sentido de responder pelas consequências prejudiciais de suas ações; Sourdat a define como o dever de reparar dano decorrente de fato de que se é autor direto ou indireto; e Savatier a considera como a obrigação de alguém reparar dano causado por outrem por fato seu, ou pelo fato das pessoas ou coisas que dele dependam.

Ressalte-se para o fato de que não será reparado qualquer dano causado a outrem. Caso haja obrigação de reparação deverá ser analisado como se sanará o prejuízo e em que condições.

Helena Diniz (2008, p. 36) trata a responsabilidade civil sendo a aplicação de atos que tornem obrigatório a reparação de um dano moral ou patrimonial ocasionado a terceiros, em função de ato por ela mesma cometido por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Silvo Venoso (2009, p. 43) conceitua a responsabilidade civil como “a obrigação de reparar um dano, seja por transcorrer de uma culpa ou de uma ocasião legal que a justifique, como culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva”

Esta obrigação de reparar o dano decorre dos princípios de justiça. Pois, havendo culpa do agente o dever de reparar está configurado.

O contrato de seguro é uma excelente solução para satisfazer o dano causado pelo agente e, desta forma, obsta, como diz Rodrigues (2009, p. 321), “que o dever de indenizar faça do responsável outra vítima”.

### 3.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Trata-se de elementos básicos da responsabilidade civil, pois faltando um desses pressupostos não poderemos falar de responsabilização do agente, uma vez que prescindem dos três elementos para sua caracterização e concretização a partir do ato jurídico.

Na doutrina encontramos grandes divergências quanto à caracterização dos pressupostos da responsabilidade civil. São três os pressupostos, vejamos: ação ou omissão do agente, o dano e nexos de causalidade. Menciona-se, ainda, que Stolze e Pamplona Filho chamam o primeiro pressuposto de conduta humana.

Percebe-se que no artigo 186 do Código Civil de 2002 são encontrados os elementos da responsabilidade civil quando aduz que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

#### 3.3.1 Ação ou omissão do agente

É o ato do agente que causa dano e, conseqüentemente, o dever de reparar o direito do lesado.

A responsabilização do agente será de acordo com a voluntariedade, ou seja, a partir da consciência do agente ao praticar seus atos.

Dando sustentação a voluntariedade Caio Mário citado por Rui Stoco (2008, p. 123) assevera: Cumpre, entretanto, anotar que se não coloca, na conjuntura de ‘voluntariedade’ o escopo ou a consciência da implicação danosa, ou seja, a determinação ou a consciência de ocasionar prejuízo. Este é um elemento definidor do dolo. A voluntariedade implicada na culpa é a da ação em si mesma.

E através da voluntariedade surge o dever de reparar para satisfazer o direito da vítima.

Destarte, como observa Silvio Rodrigues (2009, p. 232):

O ato do agente determinante do dano atribuir o dever de reparar não só quando há, de sua parte, infringência a um dever legal, deste modo ato exercido contra direito, como também quando seu ato, embora sem infringir a lei, foge da finalidade social a que ela se destina. Realmente atos há que não colidem diretamente com a norma jurídica, mas com o fim social por ela almejado. São atos praticados com abuso de direito, e, se o comportamento abusivo do agente causa dano a outrem, a obrigação de reparar, imposta àquele, apresenta-se inescindível.

A conduta humana se classifica como sendo positiva, quando o agente age em detrimento do comportamento ativo; ou negativa, quando a conduta do agente for omissiva acarretando um dano.

### 3.3.2 Dano

Para ocorrer indenização necessária se faz a existência de um prejuízo ou dano. Mas o dano deve ser certo e atual. Sendo o agente obrigado a reparar o dano causado.

A respeito deste assunto, Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 154) sintetiza:

O dano é, simplesmente o maior responsável pela responsabilidade civil, pois sem ele não se pode falar em responsabilização e ressarcimento. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. A responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

Observando os requisitos do dano que devem ser certo e atual percebe-se que quando se trata da perda da chance surge uma celeuma quanto ser certo em algo incerto, pois como ser certo diante da possibilidade de incerteza do dano.

Silvo Venosa (2009, p. 29), arrazoando sobre a incerteza do dano comenta: “É claro, então, que, se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se considerar, dentro na ideia de perda de uma oportunidade (perte d’une chance) e puder situar-se na certeza do dano”.

O dano será mais aprofundado no terceiro tópico do estudo, pois trata-se do tema central do trabalho.

### 3.3.3 Nexos de causalidade

O nexo de causalidade é a ligação que interliga a conduta do agressor e o ônus a vítima, nas palavras do doutrinador Silvio Venosa (2009, p. 39) O “[...] é o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável.”

Sendo que se não acontecer o elo entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. Porém não se fala em responsabilidade civil, se o nexo da causalidade não existir, sendo que o mesmo é indispensável.

Através do conceito de Venosa podemos extrair que o nexo de causalidade espera a concretização da conduta e do dano que ao se relacionar acontece o nexo causal e concomitantemente o dever de reparação, pois presente o nexo causal sabe-se quem foi o causador do prejuízo.

É importante ressaltar que o *onus probandi* do nexo de causalidade será feito pelo autor da ação.

### 3.4 Responsabilidades civil subjetiva e objetiva

A responsabilidade Civil subjetiva é fundamentada através da culpa ou dolo ou por ação ou omissão, que em consequência a vítima sai lesada, sendo que essa lesão pode ser física ou psicológica.

Segundo Rafael Silva (2009, p. 89):

[...] pressupõe sempre a existência da culpa (*lato sensu*), compreendendo o dolo (plena ciência do mal e direta intenção de cometer e a culpa (*stricto sensu*), abuso de um dever que o agente podia admitir e acatar, mas que inadimpliu por negligência, imprudência ou imperícia). Portanto é necessário que esse ato implique vulneração ao direito alheio e causem prejuízo a outrem, aparece a sujeição de compensar, contrapondo civilmente o culpado. Sobre o assunto, asseguram a culpa (em sentido amplo) deriva da inobservância de um dever de comportamento, antecipadamente atribuído pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Se esta violação é proposital, operou o agente com dolo; se emanou de negligência, imprudência ou imperícia, a sua atuação é apenas culposa, em sentido estrito.

A responsabilidade civil subjetiva tem característica probatória, para esse ato ser configurado como culpa ou dolo é necessário que a vítima o comprove. Sendo que a responsabilidade civil subjetiva emana de atos ilícitos.

Sobre o assunto discorre Silvo Venosa (2009 p 69) que:

[...] a responsabilidade civil subjetiva é a obrigação derivada de ato ilícito. O sujeito que incorre na ilicitude é devedor da indenização pelos prejuízos decorrentes de sua conduta e o prejudicado, o credor. A prestação é a entrega de dinheiro valor correspondente aos prejuízos patrimoniais e compensadores extrapatrimoniais. Ato ilícito recorde-se, é a conduta culposa violadora de direito que causa prejuízo a outrem (CC, art. 186). Corresponde a comportamento repudiado pela sociedade, proibido por lei.

Mesmo sendo um ato ilícito praticado pelo agente causador do dano, não havendo comprovação não ocorre à indenização, ou seja, a responsabilidade civil subjetiva parte do pressuposto que caso haja a culpa ou o dolo o autor terá de provar a culpa do réu, caso isso não aconteça não há indenização.

Em se tratando de responsabilidade civil objetiva não há necessidade de culpa só são imprescindíveis os pressupostos da responsabilidade civil: ação ou omissão do agente, dano e nexos de causalidade. O objetivo tem fundamento no risco, neste caso, aparece o que se denomina responsabilidade sem culpa.

Zenum (2009, p. 213) ao fazer referência à objetividade da responsabilidade civil, destaca que “[...] é irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexos causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar”.

Cavaliere Filho (2008, p. 111) preceitua que:

[...] a propagação dos cabimentos e das determinas de danos comprovou que a responsabilidade subjetiva mostrou-se imprópria para cobrir todos os casos de retaliação. Esta, com efeito, dentro da doutrina da culpa, deriva da vulneração de norma preexistente, e comprovação de nexos causal entre o dano e a antijuricidade da conduta do agente. Verificou-se, que nem sempre, o danificado abischoita provar estes elementos. A teoria da responsabilidade prática, ou doutrina do risco, tem, pelo menos, o mérito de se inteirar daquele equívoco e, se passível de crítica, esta por certo não reside no fato de contradição. Obedece, em termos científicos, à precisão de resolver casos de danos que pelo menos com acerto técnico não seriam aperfeiçoados pelo critério clássico da culpa.

Então, o objetivo da responsabilidade civil objetiva é ir de encontro aos casos em a vítima fica em situação que não tem como provar a culpa do agente causador do dano, e sem contar que em muitos não existe nem se quer a possibilidade de pleitear a respectiva reparação pois falta o ônus da prova.

Na responsabilidade objetiva busca-se da uma resposta a vitima, no caso que certo grau de dificuldade de comprovar a culpa do agente causador do dano.

### 3.5 Responsabilidade Contratual

Responsabilidade contratual pode ser considerada como o compromisso assumido entre duas ou mais pessoas, que muitas vezes se faz através de cláusulas que espera-se que sejam cumpridas pelas partes, para que o negócio possa ter o fim almejado, mas caso não aconteça o cumprimento pactuado busca com isso analisar os termos para analisar a responsabilidade contratual daquele que deixou de cumprir o combinado entre as partes.

Segundo Cavalieri Filho (2008, p. 432):

[...] se em um negócio qualquer houver o descumprimento contratual pode, até em certas circunstâncias, causar danos materiais e morais. E isso acontecendo o credor terá que compensar pelo descumprimento. O dano moral resultante de inadimplência do contrato só não será passível de reparação, se houver ajuste de cláusula penal, que já contém, em si, uma prefixação, pelos contraentes, das perdas e danos, constituindo uma compensação dos danos sofridos pelo credor com o descumprimento da obrigação principal.

Ainda a respeito, discorre Silvo Venosa (2009, p. 177):

Na responsabilidade contratual, antes da obrigação de indenizar surgir existe entre os contratantes uma vinculação jurídica originária de uma convenção. A indenização, em muitos casos, aparece, então, como substitutivo daquilo que foi contratado. E, ainda, na questão da prova, se o credor demonstrar o não cumprimento da obrigação, o onus probandi é transferido ao devedor inadimplente que, por sua vez, terá que demonstrar a inexistência de culpa de sua parte, ou a presença de força maior, ou qualquer outra causa que exclua sua responsabilidade e que seja capaz de eximi-lo da obrigação de indenizar.

Segundo o artigo 389 do Código Civil “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”.

Diante do que foi dito, entende-se que a responsabilidade contratual emana do contrato, ou seja, do que está ajustado em cada cláusula contida nele.

### 3.6 Responsabilidade Extracontratual e Aquiliana

A responsabilidade Extracontratual ou Aquiliana traz a baila outra realidade enquanto na responsabilidade contratual é presumida, na extracontratual o ônus probatório é invertido, a vítima tem que provar que foi prejudicada.

Sendo que a responsabilidade Extracontratual é caracterizado como algo alheio a um contrato, ou seja, não há formalidades, não ligação jurídica entre nenhuma das partes.

Nesse sentido salienta Orlando Soares (2008, p. 180): na responsabilidade extracontratual não há ligação jurídica nenhuma entre o agente que causa o dano e aquele que o suporta até que a atitude do agente infrator venha pôr em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar.

Para existir responsabilidade extracontratual é necessário que haja dano, culpa do agente e o nexos casual, sendo que para se configurar a responsabilidade a vítima tem que comprovar a culpa e o dano que lhe causou. E para melhor compreensão o tópico seguinte tratará do dano moral.

## 4 ESPÉCIE DE DANO

Antes de conceituar dano se faz necessário, falar das espécies de danos, pois, os danos podem ser morais, ou patrimonial e sua efetiva reparação pelo agente causador está amparada pela Constituição Federal, bem como, por outras leis ordinárias, como o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, entre outras, além de leis específicas.

### 4.1 Espécies de Dano

#### 4.1.1 Dano patrimonial

Partindo da ideia de José de Aguiar Dias e Maria Helena Diniz o dano patrimonial converge para o conceito de patrimônio e sendo essencial a conceituação deste para entendimento daquele, temos as seguintes definições:

Para Berenice Dias, (2007, p. 70) “o patrimônio é a universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa, sendo, portanto, um dos atributos da personalidade e como tal intangível.”

Ainda de acordo com Maria Dias patrimônio é “a totalidade dos bens economicamente úteis que se encontram dentro do poder de disposição de uma pessoa.” (2007, p. 717). E continua mencionando que “o dano patrimonial pressupõe sempre ofensa ou diminuição de certos valores econômicos.”

Após estes breves comentários mister se faz conceituar dano patrimonial através das palavras de Orlando Soares (2008, p. 72) que aduz: “é aquele que resulta da perda ou do prejuízo, concernente a um *bem patrimonial*, quer diminuindo o valor dele, restringindo a sua utilidade, ou mesmo a anulando.”

Frise-se que a definição do termo patrimônio elucida a conceituação trazida por Soares sobre dano patrimonial. Por isso alguns doutrinadores trazem a baila o conceito de patrimônio para depois entrar no âmbito do dano material efetivamente.

Assim sendo, o modo para se chegar ao dano patrimonial parte do quantum patrimonial do ofendido em detrimento ao que realmente teria na época do fato, pois com a lesão houve um decréscimo, um prejuízo em seu patrimônio que deve ser reparado.

No que concerne ao dano patrimonial Alcino Carvalho (2008, p.70), preceitua que “o patrimônio é a universalidade jurídica constituída pelo conjunto de bens de uma pessoa, sendo, portanto, um dos atributos da personalidade e como tal intangível”.

Ainda segundo Silvio Rodrigues (2009, p. 99) dano patrimonial (ou dano material) é aquele que "atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro".

De acordo com o prescrito na ementa vejamos:

O atraso na entrega de imóvel gera responsabilidade civil para a construtora que deverá indenizar por todos os danos materiais comprovados, bem como por danos morais. O atraso das obras confessado pela construtora Ré ao firmar um Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul para minimizar o prejuízo dos compradores, que se beneficiariam com um desconto inferior ao normal, e contrário ao equilíbrio contratual, no saldo devedor, não retira o direito do comprador a ser indenizado por danos materiais comprovados, tais como despesas com o pagamento de aluguéis no período de atraso, multa mensal pelo descumprimento contratual aferido e danos morais pelo atraso injustificado na conclusão das obras. Ainda há que se ressaltar que não cabe alegação de caso fortuito/força maior consubstanciada em chuvas torrenciais, falta de mão de obra e matéria prima, se não são devidamente comprovados, pois as construtoras dominam a técnica da construção civil e são capazes de prever o cronograma de obras com incidência de todos os fatores para firmar um prazo de conclusão compatível com a realidade, o que deve ser cumprido, sob pena de responsabilização civil.

Apelação Cível nº 70053480794 - Comarca de Porto Alegre - Relatora: Des. Walda Maria Melo Pierro - Apelante: Rossi Residencial S.A. - Apelado: Thiago Borges da Silva - Data do Julgamento:10/07/2013

Ementa: Apelação Cível. Promessa de compra e venda. Rescisão contratual. Indenização. Dano material. Dano moral. Atraso na entrega da obra. Abusividade da cláusula. O Termo de compromisso firmado pela construtora com o Ministério Público não retira o direito da parte autora de discutir o atraso na conclusão da obra, pois o compromisso assumido perante o Ministério Público não altera o contrato e representa apenas o reconhecimento do atraso e uma forma de tentar minorar os prejuízos dos consumidores, de um modo ou outro prejudicados pelo atraso verificado. A previsão contratual da tolerância de 180 dias na entrega da obra não se afigura abusiva. Na verdade é uma cláusula padrão nos contratos como o da espécie, em que se trata de empreendimento complexo e sujeito a situações involuntárias das mais variadas, ditas de força maior, que podem levar ao atraso na entrega de unidades edilícias. O atraso na entrega de obra do empreendimento gera dano moral passível de indenização, uma vez que a expectativa dos adquirentes foi frustrada. Da mesma maneira, o não cumprimento do prazo de conclusão autoriza o ressarcimento de valores despendidos com aluguel. Negaram provimento à apelação e deram provimento ao recurso adesivo. Unânime.

No caso em tela ficou configurado a demora na entrega do imóvel ensejando assim inúmeros problemas para o adquirente do imóvel.

#### 4.1.2 Dano emergente

Também conhecido como dano positivo. Através do dano emergente, na visão de Stolze e Pamplona Filho (2010.p123) é “possível estabelecer, com precisão, o desfalque do nosso patrimônio, sem que as indagações se perturbem por penetrar no terreno hipotético.”

Primeiramente convém esclarecer que o dano emergente, como compreendido pacificamente na doutrina, implica numa efetiva e imediata redução do patrimônio da vítima, naquilo que ela efetivamente perdeu o que hoje está escrito no artigo 402 do Código Civil alvo 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..

Maria Helena Diniz (2009, p. 77) no que concerne ao dano emergente aborda que:

Consiste num *déficit* real e efetivo no patrimônio do lesado, isto é, numa concreta diminuição em sua fortuna, seja porque se depreciou o ativo, seja porque aumentou um passivo, sendo, pois, imprescindível que a vítima tenha, efetivamente, experimentado um real prejuízo, visto que não são passíveis de indenização danos eventuais ou potenciais, a não ser que sejam consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação.

Portanto, dano emergente corresponde “ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima, ou seja, ‘o que ela perdeu’.” (STOLZE, PAMPLONA FILHO, 2010).

Os prejuízos trazidos pelo dano positivo preceitua Helena Diniz (2009, p. 432) que “traduzem num empobrecimento do patrimônio atual do lesado pela destruição, deterioração, privação do uso e gozo etc. de seus bens existentes no momento do evento danoso e pelos gastos que, em razão da lesão, teve de realizar.”

Por fim, é importante ressaltar seu caráter robusto, firme, cristalino do fato que ocasionou o dano para reverter este prejuízo em dano emergente.

#### 4.1.3 Lucros cessantes

Denominado também de dano negativo ou lucro frustrado, significa a privação do lugar, que deveria ocorrer ao patrimônio de alguém, pela atividade ou negócio

lícito a que habitualmente se entrega, sendo privado disso em virtude de fato ou ato, praticado por outrem.

Com bastante propriedade pode-se dizer que o lucro cessante é “alusivo à privação de um ganho pelo lesado, ou seja, ao lucro que ele deixou de auferir, em razão do prejuízo que lhe foi causado”. (DIAS, 2007).

Na sua definição legal, os lucros cessantes são considerados aquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar; é a perda do lucro esperável. Contudo nota-se que é algo quase certo, apenas precisa ser quantificado.

Em concordância com o considerado, serve como exemplo o caso costumeiro do motorista de táxi que tem o seu veículo colidido de maneira injusta por outrem. Em virtude do evento, esse motorista tem uma perda imediata, consistente nos danos ocasionados ao seu veículo: dano emergente.

De início ele sofreu o dano emergente, e, por conseguinte outro prejuízo, denominado de lucro cessante, o qual consistente na perda de ganhos com as corridas durante o tempo em que o veículo ficar inativo para conserto.

Deste modo, essa perda será avaliada justapondo uma média diária dos seus ganhos, que serão confirmados nos autos.

Portanto o problema na quantificação do lucro cessante existe, mas ainda é bem menor do que na situação de perda de uma chance, diante da dúvida de obtenção do resultado esperado.

Com enfoque no artigo 402 do Código Civil Pátrio, quando elucida: “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.” Basicamente o lucro cessante dispõe sobre o que o ofendido não ganhou em virtude do dano trazendo um prejuízo financeiro.

O artigo 402 do Código Civil de 2002 corresponde ao artigo 1.059 do Código Civil de 1916, então a partir disto pode-se citar Stolze e Pamplona Filho (2010, p. 433):

[...] finalmente, e com o escopo de assinalar, com a possível precisão, o significado do termo razoavelmente, empregado no art. 1.059 do Código, diremos que ele não significa que se pagará aquilo que for razoável (ideia quantitativa) e sim que se pagará se puder, razoavelmente, admitir que houve lucro cessante (ideia que se prende à existência mesma de prejuízo). Ele contém uma restrição, que serve para nortear o juiz acerca da prova do prejuízo em sua existência, e não em sua quantidade. Mesmo porque,

admitida a existência do prejuízo (lucro cessante), a indenização não se pautará pelo razoável, e sim pelo provado.

Diante do exposto, fica claro que para configuração do lucro cessante é preciso de prova, a mera possibilidade do prejuízo não enseja o lucro cessante, entretanto, a certeza absoluta não é necessária. Pois, caso o entendimento do artigo 402 do Código Civil de 2002 fossem no sentido da mera razoabilidade, teríamos a chamada “indústria de indenização”, que faria da justiça uma forma de angariar dinheiro e não uma maneira de se buscar aquilo que lhe pertence de direito.

#### 4.1.4 Conceito de dano moral

*A priori*, cabe conceituar o verbete dano seguindo a instrução do exímio Aurélio Buarque (2000, p. 543) no Dicionário da língua portuguesa:

DANO.[Do lat., damnu.]S.m. 1. Mal ou ofensa pessoal; prejuízo moral: Grande dano lhe fizeram as calúnias. 2. Prejuízo material causado a alguém pela deterioração ou inutilização de bens seus. 3. Estrago, deterioração, danificação: como o fogo, o prédio sofreu enormes danos. Dano emergente. Jur. Prejuízo efetivo, concreto, provado. [Cf. Lucro cessante] Dano infecto. Jur. Prejuízo possível, eventual, iminente.

A palavra dano é classificado como prejuízo, perda. No vernáculo, “dano” representa estrago, deterioração, danificação. Contudo, o significado de dano que interessa para o estudo do direito ambiental e da responsabilidade civil é o dano indenizável (ANTUNES, 2002)

Nesse sentido, urge destacar a definição de dano ensinado por Bessa Antunes (2002, p. 76), senão vejamos:

O dano é o prejuízo causado a alguém por um terceiro que se vê obrigado ao ressarcimento. É juridicamente irrelevante o prejuízo que tenha por origem um ato ou uma omissão imputável ao próprio prejudicado. A ação ou omissão de um terceiro é essencial. Decorre daí que dano implica em alteração de uma situação jurídica, material ou moral, cuja titularidade não possa ser atribuída àquele que, voluntária ou involuntariamente, tenha dado origem à mencionada alteração. Desnecessário dizer que, no conceito, somente se incluem as alterações negativas, pois não há dano se as condições foram alteradas para. É a variação, moral ou material, negativa que deverá ser, na medida do possível, mensurada de forma que se possa efetivar o ressarcimento.

Nesse contexto, observa-se que o dano é prejuízo causado a alguém em decorrência de um ato.

Desta forma, quando falamos em prejuízo devemos ter em mente um ato que diminuiu ou destruiu o bem de outrem e que deverá ser reparado, salvo nos casos expressos em Lei.

Posto assim, é da noção de prejuízo que podemos tomar como referência para a definição de dano, seja moral ou patrimonial.

Bittar *apud* Diniz define dano expondo que “é prejuízo ressarcível experimentado pelo lesado, traduzindo-se, se patrimonial, pela diminuição patrimonial sofrida por alguém em razão de ação deflagrada pelo agente, mas pode atingir elementos de cunho pecuniário e moral”. (2006, p. 67)

Nestes termos, para existir a responsabilidade civil é imprescindível que o dano esteja evidente e, assim, com o prejuízo configurado a indenização poderá ser efetuada.

Na concepção Bessa Antunes (2002, p. 87) quando da ocorrência do dano, “tem-se de avaliar o patrimônio do agravado no momento (momento em que aconteceu a ofensa) mais o que seria se o ato (ou fato) não tivesse acontecido e o que é no momento da indenização”.

E no mesmo sentido José de Aguiar Dias (2007, p. 35) versa:

A ideia do interesse (*id quod interest*) atende, no sistema da indenização, à noção de patrimônio, como unidade de valor. O dano se constitui mediante o confronto entre o patrimônio verdadeiramente existente após e o que provavelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido. O dano é expresso pela alteração negativa descoberta nessa operação.

Complementa Dias *apud* Stolze e Pamplona Filho (2010 p. 36) estabelece, “a concepção normalmente aceita a respeito do dano envolve uma diminuição do patrimônio de alguém, em decorrência da ação lesiva de terceiros. A conceituação, nesse particular, é genérica. Não se refere, como é notório, a qual o patrimônio é suscetível de redução”.

Interessante abordar que tanto Pontes de Miranda quanto Clayton Reis aduz a respeito de dano levando em consideração, no primeiro momento, apenas o dano relativo ao patrimônio.

Bittar citando por Ricardo Silva (2008, p. 654) ensina sobre a relação entre direito e dano, definindo:

O direito adéqua, na defesa dos valores máximas da sociedade e da pessoa, os efeitos decorrentes de fatos humanos elaboradores de lesões a certos preceitos alheios resguardados e, com isso, avaliza a fluência natural e pacífica dos intercâmbios sociais. O agente de fatos lesivos que lhe possam ser arrogáveis, subjetiva ou objetivamente, arca com o ônus correspondente, tanto em seu patrimônio como em sua pessoa, ou em ambos, e admite a obrigação de compensar danos importunados, *contra ius*, a pessoas, ou a bens e a direitos alheios. Dano é, nesse contexto, qualquer lesão injusta a artifício do complexo de valores resguardados pelo Direito, incluído, pois, o de caráter moral.

Rodolfo Pamplona Filho, (2010 p. 123) conceitua dano moral como sendo "a lesão ou prejuízo que sofre uma pessoa, em seus bens vitais naturais não patrimoniais ou em seu patrimônio valorado de maneira econômica"

Nas palavras Augusto Zenum (2009, p. 55) o dano é considerado como a lesão causada a um bem jurídico, tendo duas vertentes clássicas, a patrimonial e a moral.

O dano patrimonial ocorre quando uma pessoa é ofendida em seus atributos econômico-financeiros, podendo, o dano, ser diretamente sofrido pela vítima (dano emergente) ou corresponder àquilo que o lesado deixou de auferir razoavelmente *rectius*: certamente durante determinado período (lucro cessante)

Contudo o dano moral é considerado como tudo aquilo que não é patrimonial, ou mesmo aquilo que atingisse a psique o prejuízo que afeta ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima.

Destaca ainda Augusto Zenum (2009, p. 60) que:

Por dano moral entende-se que é todo sofrimento ou dor que se padece, independentemente de qualquer repercussão de ordem patrimonial, ou seja, o dano moral é uma lesão à dignidade da pessoa humana, tendo como característica a violação à igualdade, liberdade, solidariedade e integridade psicofísica.

Por ser entendido como o resultado da lesão, legitima-se a aplicação do instituto do dano moral no caso de "dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuído à palavra dor o mais largo significado" (DIAS, 2007). Isso porque, conforme lições de Aguiar, dano moral deve ser compreendido em relação ao seu conteúdo,

que não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, e sim o sofrimento experimentado.

Nesse sentido a jurisprudência pátria vem entendendo como dano moral, a ofensa aos direitos personalíssimos senão vejamos alguns posicionamentos:

*TJRJ-158368) APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. CONSTRUTORA QUE NÃO CUMPRE O PRAZO ESTABELECIDO NO CONTRATO PARA ENTREGA DO IMÓVEL. DANO MORAL CARACTERIZADO. LUCROS CESSANTES NO VALOR PREFIXADO NO CONTRATO COMO ALUGUEL DO IMÓVEL. COBRANÇA DE JUROS COMPENSATÓRIOS POR VALOR ADIANTADO NO CURSO DA CONSTRUÇÃO. COTAS CONDOMINIAIS ATÉ A ENTREGA DAS CHAVES. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INDENIZATÓRIO. 1 - Não configura mero aborrecimento o atraso por mais de 2 anos da entrega do imóvel, devendo ser reconhecido o direito à indenização por danos morais. 2 - Deve ser reconhecido o direito a lucros cessantes, cujo quantum corresponde ao montante prefixado em contrato a título de "aluguel pela utilização ilegal". 3 - Nulidade da cláusula de juros compensatórios no curso da construção da obra. Precedentes do STJ. 4 - Valores referentes às cotas condominiais vencidas antes da entrega do imóvel devem ser suportados pela alienante (art. 502 do NCCB). 5 - Rejeição do agravo retido. Apelação da autora que se dá parcial provimento e parcial provimento do recurso da ré para reduzir o valor da verba honorária para 10% sobre o valor da condenação. (Apelação nº 0336153-73.2008.8.19.0001, 6ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Teresa Castro Neves. j. 09.05.2012).*

*TJRN-0030375) CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL C/C DEVOLUÇÃO DE VALORES PAGOS C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. Alegação de que a demora se deu em razão da crise econômica mundial e ocorrência de fortes chuvas na área do empreendimento. Previsão contratual de prorrogação de prazo para conclusão da obra alegação de ocorrência de caso fortuito ou força maior descabimento. Efeitos já superados pelo tempo. Ausência de mero dissabor experimentado pelo demandante. Danos morais configurados. Precedentes do STJ e desta Corte. Conhecimento e desprovimento do recurso. (Apelação Cível nº 2012.016287-1, 3ª Câmara Cível do TJRN, Rel. Convocado Eduardo Pinheiro. unânime, DJe 07.03.2013).*

Em razão do exposto, é possível concluir que, malgrado estejamos vivenciando um período em que o atraso na entrega dos imóveis dentro do prazo é recorrente, ainda assim, o Poder Judiciário acata na maioria dos processos judiciais a tese de que o atraso por si só não é fato autorizador para o pleito indenizatório.

Na concepção de Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 121) assevera quando da ocorrência do dano, "tem-se de considerar o patrimônio do ofendido no momento (momento em que ocorreu a ofensa) mais o que seria se o ato (ou fato) não houvesse ocorrido e o que é no momento da indenização".

E no mesmo sentido Gonçalves (2009, p. 221) versa:

A ideia do interesse (*id quod interest*) atende, no sistema da indenização, à noção de patrimônio, como unidade de valor. O dano se estabelece mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido. O dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação.

Complementa Stolze e Pamplona Filho (2010, p. 308) estabelece, “a concepção normalmente aceita a respeito do dano envolve uma diminuição do patrimônio de alguém, em decorrência da ação lesiva de terceiros. A conceituação, nesse particular, é genérica. Não se refere, como é notório, a qual o patrimônio é suscetível de redução”.

Corroborando com entendimento aduz Agostinho Alvim (2007, p. 123) diz que o termo "dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável"

Resta claro, que o dano moral é a dor gerada no íntimo da pessoa, na sua personalidade, no seu caráter, nos seus valores, e que toca na consciência do ser humano, comprometendo o seu psíquico, fazendo-o sentir-se ferido.(CASTRO, 2008, p. 126).

Ademais, parte-se do pressuposto do indivíduo que originar dano a outrem terá de compensar de forma que o prejuízo seja compensado. A dificuldade acontece quando se trata de dano moral cuja reparação tem caráter satisfatório.

Interessante abordar que tanto Pontes de Miranda quanto Clayton Reis aduz a respeito de dano levando em consideração, no primeiro momento, apenas o dano relativo ao patrimônio.

Ademais, parte-se do pressuposto do indivíduo que causar dano a outrem terá de ressarcir de forma que o prejuízo seja compensado. A dificuldade ocorre quando se trata de dano moral cuja reparação possui caráter satisfatório.

Assim, são inúmeros os conceitos de dano moral apresentados pela doutrina e pela jurisprudência, alguns genéricos, outros mais específicos, que enumeram situações em que o dano moral se caracteriza.

Ousa-se, portanto, afirmar que o conceito de dano moral estará sempre em constante evolução.

Deste modo, vê-se que este tipo de dano ainda é um conceito em evolução no ordenamento jurídico que provoca profundas reflexões e divergências, pois, como veremos adiante, seu conceito e mensuração evolui e modifica-se conforme os anseios e transformações ocorridas na sociedade.

Vê-se que o dano moral não é patologia, é sofrimento por causa de lesões à pessoa ou os seus familiares.

Ademais, o Direito deve proteger o indivíduo com visão humanística, com seus predicados, atributos, atentando a um convívio futuro.

Assim, observa-se que o Estado Democrático de Direito garante ao cidadão uma vida em harmonia em sociedade, e que seus direitos sejam respeitados, pois caso não sejam é possível de indenização, senão vejamos posicionamentos doutrinários:

**Ementa:** RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. **DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL.** O descumprimento de ordem judicial acarreta **dano moral indenizável.** As adversidades sofridas pela autora, a aflição, o desequilíbrio em seu bem-estar, fugiram à normalidade, e se constituíram em agressão à sua dignidade. Fixação do montante indenizatório, considerando o grave equívoco das rés, o aborrecimento e o transtorno sofridos pela demandante e o caráter punitivo-compensatório da reparação. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70056388747, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 04/02/2014)

**TJ-RS - Apelação Cível AC 70058347337 RS (TJ-RS) Ementa:** RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. **DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL.** O descumprimento de decisão judicial transitada em julgado acarreta dano moral indenizável. As adversidades sofridas pela autora, a aflição, o desequilíbrio em seu bem-estar, fugiram à normalidade, e se constituíram em agressão à sua dignidade. Fixação do montante indenizatório, considerando o grave equívoco do réu, o aborrecimento e o transtorno sofridos pelo demandante e o caráter punitivo-compensatório da reparação. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70058347337, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 14/03/2014)

No que se refere à configuração do dever de indenizar o dano moral, não basta à comprovação da dor sofrida, é necessário à presença dos seguintes elementos: dano, ilicitude e nexos causal. E ainda, a ilicitude da conduta do agente e a gravidade da lesão suportada pela vítima. Para reparar o dano moral significa indenizar o prejuízo. O ideal de justiça é que a reparação de dano seja feita de molde que a situação anterior seja reconstruída.

Portanto o dano moral para ser configurado é necessário que seja comprovado antes que existiu o nexo casual e a ilicitude.

Não fugindo ao tema proposto o qual o estudo se propõe a tratar o dano na esfera civil, se faz necessário também partilhar de uma nova modalidade de dano que está em voga o dano existencial que vem sendo tratado na esfera trabalhista, mas que se faz pertinente abordarmos.

## 5. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO CONSTRUTOR PELO ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL

No transcorrer do estudo foi ressaltado que a construtora ao editar o contrato deixa claro que existe a tolerância de 180 dias, quanto à eventual atraso na entrega, a contar da data recomendada para o término da obra, sem que se possa aplicar qualquer penalidade, o que, por si só, já é muito discutível, contando, porém, com a complacência do Poder Judiciário.

Contudo o problema surge quando ao final do prazo estipulado o imóvel não é entregue. Surge, assim, o dever da construtora reparar os danos patrimoniais sofridos pelo adquirente, portanto o que se observa é que as demandas judiciais recentes relacionados ao atraso na entrega do imóvel, possivelmente terão como uma das teses de defesa da parte contrária que o atraso na entrega da obra não é situação autorizadora para justificar o pleito indenizatório, pois tal fato deve ser tratado sob a ótica do descumprimento contratual, podendo existir outras formas de reparo para tal situação.

Nota-se portanto no dia a dia que nem todos os caso obtém êxito na hora de quantificação do dano moral, a um passo que explica-se que não é que ele deixou de existir mas portanto que deve ser bem fundamentado para ser aceito na hora da valoração, cabendo assim ao adquirente produzir provas de que tal situação extrapola o simples dissabor. E, lembrando-se que dissabor é algo subjetivo para cada interprete.

Deste modo, considerando que tal raciocínio está sendo adotado na maioria dos casos, quando o adquirente almejar ingressar com requerimento de danos morais, necessitará ter em mente que o aceite do pedido não será simples ao ponto de considerar que o êxito será uma “exceção” e decorrente das provas específicas produzidas no caso concreto.

Assim para uma melhor compreensão vejamos algumas jurisprudências:

**Ementa:** RECURSO INOMINADO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. **ENTREGA** DE COISA. DESCABIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL INCOMPROVADO. DANO MORAL PELO **ATRASO NA ENTREGA DE OBRA CONFIGURADO**. PRECEDENTES DA TURMA. PENA PECUNIÁRIA EM VALOR IRRISÓRIO. ALTERAÇÃO. PARCIAL PROVIMENTO. O dano emergente não é presumido, mostrando-se necessário que o promitente comprador efetivamente comprove seus gastos com o pagamento de

aluguéis enquanto aguarda a **entrega** do imóvel. Via de regra, descabe indenização por dano moral no descumprimento contratual. Contudo, quando a incorporadora desconsidera a pessoa do consumidor, ultrapassando em muito o prazo já prorrogado por força de cláusula contratual estipulada exclusivamente em seu favor, surge o dever de indenizar. Astreinte fixada para o descumprimento da obrigação de **entrega** em valor irrisório. (Recurso Cível Nº 71004322988, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Cleber Augusto Tonial, Julgado em 12/07/2013)

A menta acima demonstra que o dano moral não foi comprovado em decorrência da demora da entrega da obra. Assim resta claro que cada juiz qualifica o dano dentro dos requisitos estabelecidos em lei assim é necessário que o dano seja de fato comprovado,.

Nesse sentido vejamos outro entendimento:

**Ementa: ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. INDENIZAÇÃO. DATAS DISTINTAS FIXADAS EM CONTRATO PARA ENTREGA DA OBRA. DESCABIMENTO. ATRASO CONFIGURADO. LUCROS CESSANTES. CABIMENTO.RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR. COMISSÃO DE CORRETAGEM E SATI. "VENDA CASADA". SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA.** Parcialmente provido o recurso da ré e provido o recurso adesivo da autora. Contratos preveem duas datas para **entrega** do imóvel. Divergência entre os prazos. Inválida a parte da cláusula que prevê prazo de 14 meses para **entrega** do bem, após a subscrição do contrato de financiamento. Incabível a fixação de prazos distintos para **entrega** de apartamentos, se o empreendimento é único. Cláusula abusiva e potestativa, colocando o consumidor em desvantagem exagerada. Cláusula que prevê a prorrogação da data da **entrega** do imóvel por 180 dias é válida. Mora incontroversa. Aplicação da multa moratória à ré, devido ao **atraso** no cumprimento das suas obrigações, em obediência aos princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual. Previsão expressa na cláusula 7ª do contrato. Correções das parcelas. Contrato particular firmado em 05.11.2009 e contrato de financiamento em 30.09.2010. Inexistência de correção monetária mensal nos contratos com período de vigência inferior a um ano (artigo 28, da Lei 9.069/95 e artigo 2º da Lei 10.192/2001). Contrato é de prazo inferior a 36 meses. Inaplicabilidade do art. 46, da Lei 10.931/2004. Restituição do valor pago em excesso, de rigor. Devolução deverá se dar de forma simples, e não em dobro, dada a inexistência de demonstração de má-fé por parte da ré, requisito essencial para aplicação da repetição de indébito, nos termos do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor e da Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal. Restituição da taxa de corretagem cabível. Impossibilidade de impor ao consumidor os custos de um serviço não contratado e pelo qual não se beneficiou. Manutenção da restituição dos valores pagos a título de assessoria técnico-imobiliária (SATI). Inexistência de prova nos autos da contratação, tampouco da prestação do serviço. Ré sucumbente em parte mínima do pedido. Apuração da sucumbência é feita por critérios lógicos e não matemáticos. Honorários advocatícios devem ser fixados em 10% sobre o valor da condenação. Parcial provimento ao recurso da ré e provido o recurso adesivo da autora....

Cumpra ressaltar que no caso em tela resta comprovado o dano em decorrência do atraso na entrega da obra.

Nesse sentido, vale destacar o posicionamento adotado pela turma recursal do Estado de Sergipe, em relação ao atraso da obra, vejamos:

Desa. Marilza Maynard Salgado de Carvalho (Relatora): - Cuidam os autos a respeito de Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais c/c Declaração de Inexigibilidade de Pagamento, ajuizada por Clenaldo dos Santos Silva e Karine Daniela dos Santos Menezes em face de Norcon Sociedade Nordestina de Construções S/A, sob o argumento de que os requerentes adquiriram da construtora requerida, através de contrato particular de promessa de compra e venda, unidade imobiliária no empreendimento denominado Condomínio Reserva das Flores, edifício Azaleia, apto. 902. Aduzem os autores que o prazo contratual de entrega era em 31.03.2011, entretanto, até o momento de ajuizamento da ação, tal fato não ocorreu. Assim, pugnam pela indenização por danos morais, decorrentes do demora do empreendimento; danos materiais, pois pretendiam alugar o imóvel; inexigibilidade do pagamento da atualização monetária durante o período de mora contratual; e majoração da cláusula penal pelo atraso da obra, pois estipulada unilateralmente pela construtora em valor ínfimo. Para isso, sustentam a nulidade da cláusula de prorrogação de prazo de 180 (cento e oitenta) dias em favor a demandada. Em sentença avistável às fls. 195/198v, o magistrado a quo julgou parcialmente procedente a pretensão autoral, condenando a parte ré ao pagamento em favor dos demandantes da quantia de R\$ 6.220,00 (seis mil duzentos e vinte reais) a título de ressarcimento por danos morais, valor a ser atualizado pelo INPC desde a data daquela decisão, com juros de mora de 1% ao mês, não cumulativos, contados da ocorrência do ilícito (31.03.2011). Condenou, ainda, a parte demandada ao pagamento da diferença do valor do financiamento a partir do dia 31.03.2011 por conta da atualização monetária decorrente da valorização do imóvel e pagamento da multa prevista na cláusula trigésima terceira, em seu parágrafo segundo, no percentual de 0,01% por dia de inadimplemento a contar da data inicialmente prevista para entrega do bem (31.03.2011). Por fim, havendo sucumbência recíproca, condenou as partes litigantes em custas no percentual de 50% de seu valor para cada uma e em honorários fixados em 10% sobre o valor da condenação depois de atualizado, ficando suspensa a exigibilidade de tais verbas com relação aos autores, nos termos do art. 12

No campo da responsabilidade civil no atraso da obra deve se analisar os requisitos encenadores do dano moral assim poder qualifica-lo. A um passo que quando se fala em responsabilidade do construtor é imperioso esclarecer que aquela tanto pode ser contratual quanto extracontratual.

Todos esses requisitos precisam ser analisados pois a responsabilidade extracontratual ela engloba questões de ordem pública estando relacionada com a responsabilidade pela perfeição, solidez e segurança da obra, bem como pelos

eventuais danos ocasionados a vizinhos e terceiros. Todavia, para o debate proposto mais interessa a responsabilidade contratual.

Na questão em tela trata-se portanto da responsabilidade contratual advém da inexecução culposa das obrigações estabelecidas no contrato.

*Violando o contrato ao não executar a obra ou ao executá-la defeituosamente, inobservando as normas nele estabelecidas, o construtor responderá civilmente, como contratante inadimplente, pelas perdas e danos, com base nos arts. 389 e 402 do Código Civil. (GONÇALVES, 2005, P.422)*

No mesmo sentido Paulo Nader pondera que “a responsabilidade civil contratual deriva da inexecução das obrigações, que abrange tanto o inadimplemento absoluto quanto a mora”. (NADER, 2009, p.372).

Assim, fica claro que existindo estipulação prévia no contrato da data de entrega do bem, é prontamente gerada no adquirente uma expectativa que determina toda uma programação de vida que pode incluir a entrega de um imóvel ocupado por locação, a marcação de data de casamento, a preparação de uma mudança, e até mesmo há que se planejar financeiramente não só para todos estes eventos mas também para ocasional financiamento de parte do imóvel junto a instituição financeira.

Contudo observa-se que em alguns casos os custos relacionados ao financiamento são deixados ao cargo do adquirente que à luz do direito devem ser reparados.

Nesse sentido, nota-se que em relação ao incorporador de imóveis sua responsabilização civil pelo atraso encontra amparo no art. 43, II, da Lei 4.591/64, abaixo transcrito:

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

*(...)*

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

Os fatores capazes de exonerar o construtor inadimplente da responsabilidade contratual são aqueles previstos no art. 393 do Código Civil, quais sejam: caso fortuito ou força maior.

Nessa esteira se faz necessário destacar que se tratando de profissionais liberais a responsabilidade civil será subjetiva por força do disposto no art. 14 §4º do CDC. Entretanto, sendo a construtora empresa que tenha por finalidade a exploração do ramo da construção civil incabível a identificação como profissional liberal, transmudando-se a responsabilidade a ela aplicada para objetiva.

*A responsabilidade objetiva é fundada na teoria do risco, para a qual “aquele que tira proveito das vantagens de uma atividade, geradora de risco para o trabalhador, deve suportar os ônus dela decorrentes isentando-se a vítima de provar a culpa do titular da empresa” (NADER, 2009, p.30).*

Não obstante da contestação pontual no tocante a presunção da culpa em favor do ofendido, tanto a responsabilidade objetiva quanto a subjetiva tem como consequente comum a ocorrência de um dano gerado à vítima pela conduta do agente ofensor e o nexo de causalidade entre esta conduta e o dano verificado, sendo imprescindível em um processo de indenização ou reparação por perdas e danos demonstrar-se o dano determinado pela mora do construtor.

Assim, fica claro que esse dano além de moral ele pode ser material como já explanado no transcórre do estudo.

Nessa esteira, inclusive, caminha a jurisprudência pátria, seja no Superior Tribunal de Justiça, seja nos Tribunais de Justiça, não divergindo desse entendimento, a título de exemplo, as Egrégias Turmas Recursais dos Juizados Especiais do Distrito Federal, conforme bem ilustra a ementa do Acórdão abaixo transcrito:

JUIZADOS ESPECIAIS. CONSUMIDOR. COMPRA DE IMÓVEL DA PLANTA. ATRASO NA ENTREGA DO BEM. RISCO DA ATIVIDADE. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE VALOR DOS ALUGUEIS DEVIDOS BASEADO NA MÉDIA DE MERCADO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. O INADIMPLEMENTO CONTRATUAL PERPETRADO PELA RECORRENTE É HÁBIL A ENSEJAR A REPARAÇÃO DAS PERDAS E DANOS SOFRIDOS PELO CONSUMIDOR, SOB A MODALIDADE DE LUCROS CESSANTES, MORMENTE QUANDO O RECORRENTE NÃO DEMONSTROU NENHUMA CLÁUSULA EXCLUDENTE DE SUA RESPONSABILIDADE QUANTO AO ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL ADQUIRIDO.

- 2. NESSE SENTIDO É O ENTENDIMENTO DO EG. 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."** (AGRG NO RESP 1.202.506/RJ, REL. MINISTRO SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA).
3. OS LUCROS CESSANTES, NO CASO, PODEM SER COMPREENDIDOS TANTO COMO O VALOR DO ALUGUEL QUE O COMPRADOR TEVE DE DESEMBOLSAR PARA SUA PRÓPRIA MORADIA ENQUANTO AGUARDAVA A ENTREGA DO IMÓVEL ADQUIRIDO, QUANTO OS VALORES QUE ELE PODERIA AUFERIR SE FIZESSE DO IMÓVEL SUA FONTE DE RENDA, POSTO QUE NÃO SE PODE OLVIDAR QUE O DIREITO DE PERCEBER OS FRUTOS DO IMÓVEL, POR MEIO DE ALUGUEIS, TAMBÉM É UM DOS DIREITOS DA PROPRIEDADE SOBRE O BEM.
4. MANTIDA A SENTENÇA QUANTO AOS VALORES FIXADOS A TÍTULO DE LUCROS CESSANTES, PORQUANTO SUA FIXAÇÃO FOI PAUTADA PELA RAZOABILIDADE, NÃO MERECENDO REPAROS NESSE SENTIDO, OBSERVANDO-SE O VALOR DE MERCADO PARA UM IMÓVEL COM AS MESMAS CARACTERÍSTICAS.
5. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS, SERVINDO-SE A SÚMULA DE JULGAMENTO COMO ACÓRDÃO, CONFORME DISPOSTO NO ART. 46, DA LEI Nº 9.099/95. CONDENAÇÃO DO RECORRENTE VENCIDO NAS CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, FIXADOS EM R\$ 300,00 (TREZENTOS REAIS). (2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal - ACJ – Acórdão nº 616035 - Relator : JOSÉ GUILHERME DE SOUZA - Relator Designado: JOÃO FISCHER - Data de Julgamento: 07/08/2012 - Disponibilização no DJ-e: 06/09/2012 Pág. : 332) – grifei.

Resta claro como demonstrado no transcorrer do estudo que existem vários posicionamento referente aos lucros cessantes bem como dano moral em decorrência do atraso da obra a um passo que a construtora deve pagar os lucros cessantes suportados pelo consumidor (comprador), desde a data em que deveria ter entregado o imóvel em tela, considerado o prazo de tolerância de 180 até a data da efetiva entrega.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo monográfico objetivou analisar a responsabilidade civil da construtora pelo atraso na obra dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Foi realizada uma pesquisa com as referências históricas do instituto da responsabilidade civil, desde as suas origens, onde vigia sob a figura da *represália* privada, até evoluir para a composição do seu conceito e pressupostos.

Ficou evidenciado que a responsabilidade civil é, indiscutivelmente, um dos temas que mais acarreta alterações na atualidade jurídica, ante sua surpreendente expansão no direito moderno e seus reflexos nas atividades humanas, instituindo e identificando que a todo o momento nasce um problema relacionado à responsabilidade, já que a cada atentado sofrido pelo homem, relacionado à sua pessoa ou ao seu patrimônio, constitui um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial, tornando indispensável à criação de soluções que sanem o dano causado.

Contudo, como especificado no decorrer do estudo, atos ilícitos, podem ensejar o dever de indenizar. Assim a concepção moderna de ilicitude, que demonstra uma violação para além do dever jurídico reconhecido convencionalmente, sob a ótica de valores éticos. Substitui-se a noção de ato ilícito para o de dano injusto. Nessa esfera, abre-se espaço dentro do ordenamento jurídico para novas espécies de responsabilidade civil.

Assim, observa-se que o prejuízo sofrido pelo consumidor de ordem moral ou financeira deve, nos termos legais, ser reparado pelo agente responsável, no caso a construtora, uma vez que recai sobre esta a responsabilidade civil pelo inadimplemento contratual.

Como demonstrado no transcorrer do estudo a responsabilidade civil nada mais é que a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra, lembrando que é o patrimônio do devedor que responde por suas obrigações.

Portanto observa-se que a relação jurídica estabelecida pela construtora responsável pela venda do imóvel e aquele que compra é uma relação regida pelas disposições estabelecidas e regidos pelo Código do Consumidor e pelo Código Civil.

Quando a construtora resiste em compor um acordo extrajudicial para recompor os danos patrimoniais ocasionados ao contratante lesado pelo atraso, a

procura da solução parte para o judiciário, através da propositura de uma ação na busca pela reparação do dano.

Resta claro que a parte que vai entrar com a lide precisa comprovar que de fato a construtora atrasou a entrega do imóvel e em decorrência desse fato, ensejou custos e aborrecimentos ao comprovar gastos com aluguel fora os aborrecimentos de ordem pessoal.

Portanto observou-se na análise dos posicionamentos jurisprudenciais que se ficar comprovado o dano, a lesão ao direito consumados pela mora do construtor, gera a possibilidade de uma indenização moral por situação advindas do atraso.

Notório que nesta esteira da contenda judicial os dissabores, a tensão e o desgaste emocional são inevitáveis. Respeitável então é estar atento no momento da contratação: examinar a idoneidade daquele com quem será feito o contrato, ler e analisar cautelosamente as cláusulas e, se indispensável, procurar ajuda de profissionais para entendê-lo em todos os seus meandros. Atitudes como estas certamente minimizarão as probabilidades de dissabores.

Assim diante do exposto ao longo do estudo, espera-se, enfim, ter conseguido colaborar, de algum forma, para a compreensão do tema que, cada vez mais, vem sendo contemplado pelos tribunais que já adotaram posicionamento favorável ao acolhimento da responsabilidade civil da construtora por demora na entrega do imóvel, na esteira da existência, em nosso ordenamento jurídico, de uma cláusula geral de responsabilização civil, do princípio da plena reparação dos danos e, em sede constitucional, da obrigatoriedade de indenização da vítima de um dano injusto. Por fim cumpre destacar que o estudo, não teve qualquer pretensão de esgotar o tema, mas sim, lembrar, em linhas gerais, algumas questões que nos pareceram acentuadas para a compreensão do assunto.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 6. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BATISTA, Eduardo U. R. **Guia de orientação para trabalhos de conclusão de curso**: relatórios, artigos e monografias. Aracaju: FANESE, 2013.

CASTRO, Guilherme Couto de. **Responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato: teoria geral**. 4 Edição. São Paulo. Edit. Saraiva, 2007.

DIAS, Berenice, Maria, **Manual de direito das famílias** 5. Ed.- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2009

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 7 volume. 22. ed. rev. Atual. E ampl. De acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Código Civil (2002). **Código civil**. Vade Mecum Saraiva. Organizado por Antonio de Luis de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2007.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 15. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte, 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direito do consumidor**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 13 ed. São Paulo: Saraiva 2011

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos: teoria geral** . 5. ed. São Paulo: Saraiva Siciliano S/A, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolza; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral 12 ed. São Paulo Saraiva 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume IV**: responsabilidade civil. 4. ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comercio electronico**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **CDC: O princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais**. 6. ed. Porto Alegre. Síntese, 2010.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Antonio Carlos Soares. *O atraso da construtora na entrega de imóvel e os direitos do consumidor*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 28 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44133&seo=1>>. Acesso em: 05 nov. 2014

MARQUES, Claudia Lima Martins. **Confiança no mercado eletrônico e a proteção do consumidor**. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: volume 7 : responsabilidade civil. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA Caio Mário da Silva **Responsabilidade civil** atualizador: Gustavo Tepedino. -- Imprensa: Rio de Janeiro, GZ, 2012

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. v. 4. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **A construção do direito do consumidor**: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004

SALOMO, Jorge Lages. **Contratos de prestação de serviço**: manual teórico e prático. 3 Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**, V. 3, **Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**.,3 Ed., São Paulo: Método, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. v. 4. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008

ZENUM, Augusto. **Dano moral e sua Reparação**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009