

FACUDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

KATARINA CÂNDIDO DE SOUZA

**DANO MORAL NA RELAÇÃO DE CONSUMO: CONSIDERAÇÃO SOBRE O
ATRASO DE OBRA PELAS CONSTRUTORAS**

Aracaju

2015

KATARINA CÂNDIDO DE SOUZA

**DANO MORAL NA RELAÇÃO DE CONSUMO: CONSIDERAÇÃO SOBRE O
ATRASO DE OBRA PELAS CONSTRUTORAS**

Monografia apresentada a Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe, como um dos
pré requisitos para obtenção de grau de bacharel em
Direito

**Orientador: Prof.^a Fernanda Gurgel
Raposos**

Aracaju
2015

KATARINA CÂNDIDO DE SOUZA
DANO MORAL NA RELAÇÃO DE CONSUMO: CONSIDERAÇÃO SOBRE O
ATRASO DE OBRA PELAS CONSTRUTORAS

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel na área de Direito à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovada em __/__/____

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Fernanda Gurgel Raposo

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Afonso Carvalho de Oliva

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Luiz Eduardo Alves de Oliva

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Dedico à minha mãe, minha heroína. A sua história sempre será motivo de orgulho e inspiração para mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meu pai, Wilson Wynne de Oliva Mota por ser o meu maior mestre, por me ensinar não só sobre a lei e o Direito, mas também sobre a vida e o quanto é importante viver plenamente.

A toda a minha família pelo carinho diário e o amor incondicional, agradeço especialmente à família de Wellington Paixão por me adotarem sem qualquer distinção como membro da família, saibam que eu me sinto muito especial e amada por isso.

A minha linda irmã Helena Wynne, a menina mais doce e amada, que enche a minha vida de alegria e que me mostrou que o amor pode ser infinito, inquebrável e eterno, eu te amo acima de tudo.

Aos meus grandes mestres na Academia, que de forma brilhante me fizeram amar o Direito e sempre buscar a pesquisa e o aperfeiçoamento, em especial a Mestre Clara Angélica Gonçalves que apresentou a matéria de Responsabilidade Civil de maneira brilhante e me encantou pela disciplina, bem como pelo seu apoio e atenção.

Ao Professor Afonso Carvalho de Oliva, pela ajuda com o material de apoio e pela atenção, obrigada por compartilhar o seu vasto conhecimento em Direito do Consumidor. Agradeço também a minha orientadora, Professora Fernanda Gurgel Raposo, pelo carinho e dedicação com o meu trabalho, uma profissional brilhante e talentosa que me ajudou muito na busca pela explicação correta do tema.

Por fim, agradeço a Vinicius Albert pelo inestimável apoio e por me dar forças para seguir sempre em frente, pois eu sei que ele estará sempre ao meu lado, seja para comemorar vitórias ou para me fazer levantar perante uma derrota. Obrigada por tudo, meu parceiro na vida.

“O consumidor é o elo mais fraco
economia: E nenhuma corrente pode
mais forte do que seu elo mais fraco.”

(Henry Ford)

RESUMO

O seguinte trabalho aborda a relação de consumo entre construtoras e adquirentes de imóveis, versa da inadimplência contratual praticada pelas citadas fornecedoras, por meio de atraso na entrega bem, e a possibilidade de o consumidor lesado pleitear judicialmente reparação por dano moral. Para o satisfatório entendimento do tema exposto, a presente monografia traz perspectiva histórica da reparação em lesão à honra em sociedades que contribuíram para o direito pátrio, o avanço do instituto do dano moral nas relações de comércio em diferentes civilizações históricas e no direito brasileiro. Ainda com o propósito da correta compreensão, analisa-se a atual relação de consumo no ordenamento jurídico nacional, sua fundamentação jurídica e as demais especificações, que pretendem garantir o desenvolvimento justo do mercado de consumo no Brasil. Como objetivos do presente trabalho estão a pesquisa da evolução histórica do direito do consumidor na humanidade; reconhecer a real relação entre o adquirente do bem imóvel e fornecedor e investigar as correntes jurisprudenciais sobre a possibilidade do dano moral diante da inadimplência contratual. Alguns dos doutrinadores utilizados como base teórica deste estudo são Luiz Rizatto Nunes; Carlos Roberto Gonçalves, Maria Helena Diniz e Silvo Salvo Venosa.

Palavras chave: dano moral; consumidor; responsabilização; inadimplemento contratual.

ABSTRACT

The following paper runs over the consume relationship between construction companies and buyers, versa the contractual default by the same companies mentioned, due to the delay on the property delivery, and the possibility of the injured party plead judicially compensation for moral damage. For a satisfactory understanding of the foregoing subject, the present monograph brings historical perspective of repair in injury to the honor in societies that contributed to the parental right, the advantage of the moral damage institute in trade relations in different historical civilizations and in Brazilian law. Still with the purpose of the correct understanding, it is analysed the current trade relation on the national law, its legal basis and other specifications, that intend to assure the fair development of the Brazilian consume market. As objects of this work are the research of the historical evolution of the law in humanity; recognize the real relation between the property buyer and supplier and investigate the current case law on the possibility of moral damage facing the contractual lack of payment. Some of the theoreticians used as theoretical basis of this study are Luiz Rizatto Nunes; Carlos Roberto Gonçalves, Maria Helena Diniz and Silvo Salvo Venosa.

Key words: moral damage; buyer; responsibility; contractual lack of payment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. ASPECTOS HISTÓRICOS	13
1.1 A evolução e a configuração do dano moral na relação de consumo na Roma Antiga.....	13
1.4 A evolução e a configuração do dano moral na relação de consumo no Brasil.....	16
2. A RELAÇÃO DE CONSUMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	22
2.1. Aspectos Legais	23
2.2. Aspectos Conceituais	26
2.3. Distinção de vício e defeito à luz do Código de Defesa do Consumidor.....	29
2.4. Responsabilidade Civil aplicado ao Direito do Consumidor	30
a. Responsabilidade Subjetiva ou Contratual	31
b. Responsabilidade Objetiva ou Aquiliana	31
2.3. Ônus da prova.....	33
3. A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIAS E O COMPRADOR	36
3.1. Contrato de adesão na relação de consumo.....	39
3.2. Inadimplemento Contratual pelas construtoras e imobiliárias. 42	
3.3. Dano moral pelo atraso na entrega do imóvel	46
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

O presente estudo traz considerações acerca da obrigação de indenizar por danos morais imposta às construtoras diante do inadimplemento contratual, especificamente o descumprimento da data aprazada para a entrega do imóvel.

Trata, portanto, da responsabilidade civil aplicada no direito do consumidor, em específico a possibilidade de reparação moral por lesão de consumo.

As garantias ao consumidor e a conseqüente possibilidade de indenização por dano moral tomou força com o Código de Defesa do Consumidor. A partir deste, foi aplicado especificamente às relações de consumo o direito de indenização, já consolidado na Constituição Federal de 1988, prova da harmonia entre os dois institutos legais.

O Código Civil Brasileiro 1916, norma antes utilizada nas relações de consumo, se mostrou inadequado para as resoluções de conflitos na prática judicial, uma vez que não distinguia apropriadamente as partes que figuram na relação de consumo, colocando fornecedores e consumidores como iguais, ignorando a hipossuficiência e vulnerabilidade destes.

Por conseqüência, o Código de Defesa do Consumidor é promulgado e afasta a aplicação do Código Civil, por ser de autônomo e norma de ordem pública, coube a este instituto normativo versar sobre as relações consumeristas e não mais o mencionado diploma civil.

Constata-se na sociedade brasileira atual o aumento do consumo, por mudanças na economia mundial e nacional, que, muitas vezes, concede ao fornecedor posição hierarquicamente superior ao consumidor seja pelo maior poder econômico, seja por maior conhecimento técnico do bem adquirido.

Desta maneira, é perceptível a problemática quando, os fornecedores, por determinarem as bases da relação de consumo descumprem direitos do consumidor elencados na lei de consumo de 1990.

O problema abordado resta no conseqüente aumento de ações judiciais contra estes fornecedores no Poder Judiciário brasileiro. Muitos destes casos há o pleito de indenização por dano moral.

Através da pesquisa na doutrina e na jurisprudência pretende-se desenvolver as questões norteadoras pela investigação das conseqüências sofridas pelo

fornecedor diante da lesão ao direito do adquirente, quando atingido o seu Ânimo, o seu íntimo, bem como a relação entre construtoras e imobiliárias e adquirentes de imóveis como uma convenção de consumo por meio de contrato de adesão.

Os objetivos da presente monografia são o estudo das medidas legais determinadas pelo legislador de 1990 a fim de reparar as possíveis lesões extrapatrimoniais sofridas pelo consumidor e o atraso na entrega da obra pelas construtoras em violação ao contrato pactuado e às normas legais.

A escolha do tema foi consequência de um trabalho em estágio em escritório de advocacia onde pude presenciar o inadimplemento contratual praticado pelas construtoras e o conseqüente pleito de diversos consumidores por reparação, não apenas material, mas também moral.

A subjetividade do dano moral, marca deste instituto jurídico, uma vez que seus critérios são fundamentados na petição e o seu arbítrio depende da discricionariedade do juiz, despertaram o meu interesse para o estudo deste ramo da responsabilidade civil.

Cabe destacar a importância da discussão sobre a aplicabilidade do dano moral nas relações de consumo tanto para os operadores da lei e para a Justiça, quanto para a sociedade que está sujeita ao mercado de consumo e ao poder exacerbado daqueles definidos como fornecedores.

A matéria abordada foi fundamentada em investigação da disciplina especializada sobre dano moral na relação de consumo, na utilização do método qualitativo por meio de pesquisas jurisprudenciais nos tribunais superiores, além de livros escritos por doutrinadores conceituados e artigos que abordam a atualidade do tema.

Buscando uma melhor compreensão do tema abordado, este trabalho foi dividido em três capítulos, sendo que o primeiro traz uma abordagem histórica sobre os indícios da proteção ao direito do consumidor por reparação à sua honra na civilização romana e a evolução no direito pátrio da prerrogativa de reparação.

A análise histórica é de fundamental importância para a conclusão da presente monografia, por trazer a evolução do instituto do dano moral e a sua aplicação no direito do consumo.

Importante ressaltar que o capítulo inaugural traz importante estudo da evolução do direito do consumidor no Brasil, interessante para entendermos o momento jurídico em que vivemos como conquista das sociedades que nos

precederam.

Já no segundo capítulo é trazido um estudo sobre as relações de consumo no direito pátrio, neste capítulo há considerações sobre os diplomas nacionais que regulam a relação além de conceituação dos protagonistas da mesma.

No capítulo em comento, também há aspectos importantes da proteção ao consumidor como a distinção entre vício e defeito, a responsabilidade civil aplicada na relação do consumo e análise da inversão do ônus da prova, direito básico do consumidor.

Por fim, no terceiro capítulo há aprofundamento na relação contratual entre construtora/imobiliária e consumidor, há definição deste contrato de compra e venda sob a ótica do contrato consumerista e os relatos da consequência para o fornecedor pelo inadimplemento.

São trazidas neste momento jurisprudências de tribunais superiores nacionais sobre o tema, nestes há a explicação dos doutos julgadores pela incidência ou não de reparação moral em lides por atraso na entrega da obra.

1. Aspectos Históricos

A possibilidade de reparação à honra é detectada como matéria de debate há vários séculos. Em diversos momentos históricos observa-se que os povos se preocupavam em conceituar como ofensa à honra, o comportamento humano que levasse outrem ao constrangimento e, assim, à configuração do dano moral.

A partir de estudo das sociedades que mais influenciaram o Direito no mundo ocidental, constata-se que o instituto da indenização pelo dano moral alcançam as mais antigas civilizações humanas, transparecendo a preocupação social em definir qual ato lesivo à moral ensejaria a obrigação da indenização à vítima.

A positivação da relação de consumo é recente, porém há indícios de proteção encontrados em legislações mais remotas que, embora não conceituassem consumidor e fornecedor, determinavam, de certa forma, que o agente vendedor de produto ou prestador de serviço fosse obrigado a indenizar ao adquirente pelos danos sofridos por este.

É importante ressaltar que os diplomas jurídicos atuais sofrem direta relação com a evolução histórica do Direito, com o direito do consumidor não é diferente, é necessário o estudo da evolução desta proteção para a completa compreensão do modelo adotado hoje no nosso ordenamento jurídico.

Na sociedade romana, fonte histórica mais presente no direito ocidental, analisa-se as regras de indenização, o foco, portanto, se dá na legislação brasileira, na evolução do sistema da reparação no direito pátrio.

1.1. A evolução e a configuração do dano moral na relação de consumo na civilização romana.

Com influência das leis gregas, o Direito romano serviu de inspiração e base jurídica para o Direito no Brasil, assim é indispensável o estudo desta civilização que reconhecia a existência do dano moral, não apenas nas relações conjugais, como também, nas demais relações sociais, sempre que o estado anímico de alguém fosse depreciado.

Yussef Said Cahali (2011) destaca que alguns doutrinadores de renome como

Ihering acreditam que na civilização romana antiga nasce a ideia de reparação moral, um destaque da importância desta civilização para o direito ocidental.

A Lei da XII Tábuas, que data do século V a. C., inicia a perspectiva romana de reparação ao dano, ainda presente a “Lei de Talião”, como ressalta Maria Helena Diniz (2014, p. 28), que cita a lei 11ª da tábua VII: “[...] ‘*si membrum rupsit, ni 14álio14 pacit, álio esto*’ (se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo).”.

A mesma doutrinadora ensina que o Estado romano evolui e entende que a vingança privada não traria a devida reparação do dano sofrido, mas sim a ocorrência de outro dano, desta vez ao lesador, desta forma, caberia ao Poder Público determinar penas pecuniárias.

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 44), em complemento à importante autora, ensina: “O Estado assumiu, ele só, a função de punir. Quando a ação repressiva passou para o Estado, surgiu a ação de indenização. A responsabilidade civil tomou lugar ao lado da responsabilidade penal.”.

Neste sentido, surge a Lei Aquiliana, também chamada de *Lex Aquilia*, Silvo de Salvo Venosa (2013, p.19) destaca esta legislação como um “[...] divisor de águas para o direito da responsabilidade civil.”, uma vez que este diploma traz a origem da responsabilidade extracontratual fundada na culpa, sendo hoje denominada responsabilidade aquiliana (será tratada no item 2.4, item “b” deste estudo).

Em atenção à Lei Aquiliana os cidadãos livres de Roma que sofressem injúria poderiam impetrar ação, designada como *injuriarum aestimatoria*, nesta peça a vítima pede a indenização pelo dano sofrido, punição esta que terá caráter pecuniário (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

O cidadão livre romano, como descreve Dantas (2003) não poderia ser valorado, desta forma, em uma lide o valor da indenização seria sugerido por aquele que foi lesado, fruto do seu entendimento da devida reparação pelo dano que sofreu, mesmo assim, este valor seria analisado pelo juiz, que arbitraria o justo valor da indenização.

Em completa concordância com o autor citado, Abreu (2015, não paginado) explica:

O valor da reparação pelo dano sofrido era sempre uma prestação pecuniária prudentemente arbitrada pelo juízo colegiado, muito

embora houvesse a necessidade de uma anterior estimativa do dano, feita pela própria vítima.

Fica nítida a influência da civilização romana para a ordem jurídica ocidental, sob a influência das leis romanas passa-se a estudar a possibilidade jurídica de reparar a vítima do dano moral. Iniciou-se assim, as tentativas de configurar a lesão a honra.

Como exemplo, temos a *Lex Cornelia de Iniuris*, que facultava à vítima de crime a opção entre uma indenização pecuniária ou a persecução criminal. Esta lei foi reformada e permitiu ao lesado a ação civil e penal simultaneamente, sem que a existência de uma impedisse a existência da outra.

Desta forma, apesar da discussão sobre o surgimento ou não do instituto do dano moral em Roma, com diversos doutrinadores de renome com posições variadas, é indiscutível que esta civilização forneceu as bases históricas para o surgimento do dispositivo normativo no direito.

Uma vez que, restam claros os diversos avanços feitos por esta sociedade no campo do direito, reafirmando a existência da reparação civil, diversa da penal, trazendo a ideia de reparação pecuniária sem “tabelas”, mas sim pelo entendimento do julgador, entre outros avanços.

Assim como a reparação civil, o campo do direito do consumidor, mesmo surgindo muitos séculos depois, já era tratado pela sociedade romana, as transações econômicas deveriam ser justas e havia a proteção do adquirente de bens e serviços.

O campo da indenização por danos morais na relação de consumo ainda era pouco tratado, observando-se apenas a ideia de indenização por erro médico, fruto do aprendizado e inspiração das leis gregas.

Sobre o sistema visionário na proteção do consumidor, relatam Flávio Quinaud Pedron e Viviane Machado Caffarate (2000, não paginado):

[...] o Período Justiniano, a responsabilidade era atribuída ao vendedor, mesmo que desconhecesse do defeito. As ações redibitórias e *quantum minoris* eram instrumentos, que amparadas à Boa-Fé do consumidor, ressarciam este em casos de vícios ocultos na coisa vendida. Se o vendedor tivesse ciência do vício, deveria, então, devolver o que recebeu em dobro. .

1.2. A evolução e a configuração do dano moral na relação de consumo no Brasil.

No Brasil, há divergência doutrinária quanto ao momento do surgimento da reparação civil por lesão extrapatrimonial, em especial aplicada ao direito do consumidor, a maior parte dos estudos aponta o início deste instituto no Código Civil Brasileiro de 1916.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2012), não existia qualquer positivação expressa da reparação do dano à honra no período colonial, desta forma o doutrinador reconhece que o surgimento da indenização com o Código Civil Brasileiro de 1916.

O Código Civil de 1916 traz em seus artigos 76, e parágrafo único e 159 a possibilidade de indenização por danos morais, estes dois artigos embasam diversas controvérsias na doutrina nacional.

Para a completa compreensão das divergências levantadas com o advento da Código comentado, é necessária a apresentação destes dois dispositivos (BRASIL, 1916):

Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

No entendimento de Cahali (2011), o motivo da discussão entre doutrinadores era que muitos destes, apesar de reconhecer a possibilidade de reparação à moral, não reconheciam no Código de 1916 o dispositivo normativo como princípio geral, mas sim como punição aplicada a casos especificados na norma.

Estes casos específicos, mencionados por Cahali, trazidos pela Lei 3.071 de 1916 são citados por Gonçalves (2012, p. 491):

[...] quando a lesão corporal acarreta aleijão ou deformidade, ou quando atinge mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar (art. 1.538); quando ocorre ofensa à honra da mulher por defloramento, sedução, promessa de casamento ou rapto (art. 1.548).

Estes artigos traziam expressamente a reparação por dano moral, em muitos

destes casos a indenização civil era prefixada e baseada na multa determinada pela conduta criminosa.

Gonçalves (2012) relembra que os casos não determinados na legislação seriam indenizados por arbítrio do juiz, citando o teor do art. 1.553 do Código Civil Brasileiro de 1916.

O advento dos artigos 1.537 a 1.553 da Lei 3.071/16 aumentavam ainda mais as discussões doutrinárias, isto porque, parcela dos doutrinadores pátrios acreditavam que os casos de reparação moral estavam restritos aos citados no Código, de forma taxativa.

Gagliano e Pamplona Filho (2012) afirmam que o artigo 76 se mostra como mera condição para a ação, pressuposto para o ingresso na lide e o artigo 159 não traz expressamente a possibilidade de reparação ao dano moral, restringindo-se a utilizar o termo “dano”, proporcionou com que parte da doutrina não reconhecesse a aplicação geral da indenização por dano moral.

Os dois autores, portanto, após a narrativa dos motivos da discórdia doutrinária, reconhecem que, em primeiro momento no entendimento do antigo código civil, prevaleceu o entendimento da proibição da indenização por danos morais além daquelas previstas expressamente nesta norma.

Gonçalves (2012) com apoio doutrinário em Caio Mário da Silva Pereira, expõe o seu entendimento, de que o artigo 159 da Lei 3.071 de 1916 ao tempo que não define “dano”, abrangendo desta forma tanto o dano patrimonial como o extrapatrimonial.

O doutrinador Sergio Cavaliere Filho (2012) explica que o antigo Código Civil Brasileiro amparava o dano moral, insiste que o artigo 159 deste Código quando menciona “violar direito”, abrange a interpretação para direitos da pessoa, como a honra, imagem e bom nome, que quando lesionados são reparados por indenização por danos morais.

O mesmo autor defende (2012, p. 91) ainda que, o artigo 76 e o seu parágrafo único do Código Civil de 1916: “ [...] dispunham que para propor ou contestar uma ação era suficiente o interesse moral, resultando daí a indenizabilidade de tal interesse. ”.

Venosa (2013, p. 47), em acordo com o entendimento dos doutrinadores citados, dispõe sucintamente: “O fato é que com nosso ordenamento de 1916, o art. 159, astro-rei de nossa responsabilidade civil, nunca restringiu a indenização aos

danos exclusivamente materiais. ”.

Desta forma, apesar da confusão criada pelo legislador de 1916 ao não concretizar expressamente o dano moral com instituto possível para o direito nacional, fora dos casos elencados em lei, não havia qualquer restrição legal no texto à reparação por danos extrapatrimoniais, não houve de fato uma especificação.

Abreu (2015, não paginado) explica que diversas leis extravagantes asseguraram a reparação ao dano moral, de fato, fruto das discussões doutrinária que cercavam o antigo Código Civil, cita entre elas: “Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62), Código Eleitoral (Lei 4.737/65), Lei da Imprensa (Lei 5.250/67), Lei dos Direitos Autorais (Lei 5.988/73) ”.

Cavaliere Filho (2012) destaca que em um segundo momento da interpretação da Lei 3.071/16 era clara a possibilidade de indenização por dano moral, ou seja, a maioria da doutrina passou a enxergar que os artigos 76, e parágrafo único, e 159 aliados a outros dispositivos dispersos na referida norma reconheciam a possibilidade do dano moral.

Porém, apesar de uma suposta pacificação, surgem dúvidas na jurisprudência e na doutrina quanto à possibilidade de cumulação entre os danos patrimoniais e extrapatrimoniais a um mesmo fato danoso.

No estudo de Cavaliere Filho (2012), o doutrinador se mostra a favor da cumulação, uma vez que a vítima, ao ser reparada por dano material não abrange a reparação por dano extrapatrimonial, isto se dá, segundo o autor, pelo fato de que enquanto que o dano material afeta o patrimônio do lesionado, o dano moral afeta os seus direitos personalíssimos.

Gonçalves (2012, p. 495) se vale do ensinamento de Antonio Lindbergh C. Montenegro, que descreve brilhantemente:

Se o ato ilícito, a um só tempo, afeta a esfera moral e patrimonial de alguém, fará este jus a uma indenização acumulada, segundo a boa doutrina. Afigura-se de todo ilógico e injurídico afirmar que o dano moral só é indenizável quando repercute no patrimônio. Com efeito, desde o momento em que o fato gerador do dano moral passa a repercutir na vida econômica do ofendido, faz nascer de par com aquele o dano material ou patrimonial. Ocorre, no entanto, que por uma questão de técnica legislativa, em muitos casos a lei repele a cumulação de indenizações referentes às duas ofensas, se há elementos positivos para apurar o dano patrimonial. Em consequência desse fenômeno, o dano moral perde de relevância

para o efeito de sua reparabilidade. Injurídico seria, porém, sustentar que o dano moral tenha sido, então, absorvido pelo material

O Supremo Tribunal de Justiça, em brilhante interpretação da lei e com o objetivo de proteger a vítima e coibir demais atos danosos edita Súmula 37, *in litteris*: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (GONÇALVES, 2012, p. 494).

A citada súmula consolidou o entendimento dos tribunais nacionais dispersos em diversos precedentes, sendo bem recebida pela doutrina, de fato concretizou uma proteção à vítima lesada por determinado fato de forma material e imaterial.

No dia 5 (cinco) de outubro de 1988 é promulgada a Constituição Federal da República, na vigente Carta Magna a reparação ao dano moral é aberta e expressamente prevista, dizimando quaisquer dúvidas sobre a possibilidade da indenização por danos morais no ordenamento jurídico nacional.

É o texto da lei federal (BRASIL, 1988):

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

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Abreu (2015, não paginado) ressalta a importância deste enfoque constitucional conquistado em 1988: “Alçou esse direito à categoria de garantia fundamental (CF/88, art. 5º, V e X), considerada como cláusula pétrea e, portanto, imutável, nos estritos termos do art. 60, § 4º, da Carta Magna.”

Venosa (2013) também destaca em sua obra a importância da Constituição Federal de 1988 para o instituto do dano moral, segundo o doutrinador o dispositivo constitucional elimina imprecisões pelos operadores da Justiça da reparação extrapatrimonial.

Caio Mário da Silva Pereira (1998), afirma que a Carta Magna de 1988 finda definitivamente com as resistências, de parte doutrinária, à indenização por dano moral.

Pereira (1998, p. 40), desta feita, conclui: “Destarte, o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E assim, a reparação do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito positivo. ”.

Como destacado, a Constituição da República trouxe textualmente o direito à indenização pelo dano exclusivamente moral no título que versava sobre os direitos e garantias fundamentais. Assim, institucionalizou-se o dano moral no Brasil.

Em menos de dois anos após a promulgação da Constituição, nasceu o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 11/09/1990, que definiu os direitos do consumidor, além de prever a indenização pelo dano moral experimentado em decorrência da relação de consumo.

Este foi um dos grandes avanços para a legislação brasileira direcionado ao consumidor, pode-se afirmar que o Código de Consumo afastou a aplicação do Código Civil das relações consumeristas, este diploma não reconhecia a hipossuficiência do adquirente, tratando como iguais as partes dessas relações.

O Código em comento traz em seu artigo 6º, inciso VI a efetiva possibilidade de reparação por danos materiais e imateriais (BRASIL, 1990): “[...] a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”, sendo elencados como direitos básicos do consumidor.

Gonçalves (2012) aplaude a destacada norma jurídica, pois permite a cumulação do dano patrimonial e extrapatrimonial no texto de lei, sepultando qualquer dúvida quanto a esta possibilidade nas relações de consumo.

Em 2002, entrou em vigor o novo Código Civil Brasileiro definindo o ato ilícito, caracterizador do direito à indenização que, em obediência com à ordem constitucional, em seu artigo 186, prevê como autor de ato ilícito quem causa o dano moral e, em seu artigo 927, obriga a quem cometeu tal ato, a repará-lo.

Percebe-se que o a nova lei civil tem a intenção de eliminar as dúvidas que surgiram ao lançamento da legislação civilista anterior, uma vez que, de forma expressa e em atenção à Constituição, expõe a possibilidade de indenização por danos morais.

Nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 123):

O novo Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), adequando, de forma expressa, a legislação civil ao novo perfil constitucional, reconhece expressamente, em seu art. 186, o instituto do dano moral e, conseqüentemente, por força do art. 927, a sua reparabilidade.

O Código Civil Brasileiro define o ato ilícito, ensejador do dano moral, mas com a aplicabilidade, em regra, à responsabilidade civil subjetiva e, como exceção, a responsabilidade objetiva, exatamente ao contrário do Código de Defesa do Consumidor (este aspecto será melhor informado no item 2.4 desta monografia).

2. A relação de consumo no ordenamento jurídico brasileiro

A constante evolução da sociedade ocidental, com novas possibilidades tecnológicas, ampliação da interação social internacional, tanto econômica, quanto cultural geraram o que Maria Stella Gregori (2010, p. 247) denomina o “*boom* da sociedade de consumo”, caracterizado pelo vertiginoso aumento no consumo.

A rápida transformação dos centros urbanos em fulminantes polos de comércio é descrita por João Batista Almeida (2003, p. 2), que conclui: “A produção e o consumo em massa geraram a sociedade de massa, sofisticada e complexa.”.

Este fenômeno determinou a importância da discussão sobre os eventos que cercam a relação consumerista, principalmente em civilizações fundamentalmente capitalistas e em crescimento.

Era preciso definir esta crescente e moderna relação, reconhecer os sujeitos que a tornavam possível, fundamental também descobrir quais eram os limites desta e os limites da intervenção estatal.

Afinal, as dimensões tomadas pela sociedade do consumo extrapolaram a mera interação entre os figurantes da relação comercial para abranger o interesse da coletividade, cabendo ao Estado regular esta situação a fim de evitar conflitos sociais.

Com este propósito e a fim de reconhecer a vulnerabilidade do consumidor há a necessidade de positivação de regras a serem seguidas por aqueles que se submetessem ao mercado de consumo e protegidas pelo Estado.

No dizer de Almeida (2003, p. 2):

Afirma-se, em conclusão, que as profundas modificações das relações de consumo, a identificação dos interesses difusos e coletivos e a nova postura em relação à legitimação ativa e o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor conduziram, no conjunto, ao surgimento da tutela respectiva.

Sob a perspectiva da necessidade de tutela estatal e conseqüente positivação das regras que rodeiam a relação consumerista, passa-se a tratar dos aspectos legais adotados no ordenamento jurídico nacional.

2.1. Aspectos Legais

A Constituição Federal Brasileira de 1988 adotou em seu texto a proteção ao consumidor, reconhecendo a sua vulnerabilidade e a necessidade de tutela constitucional aos seus direitos.

É possível verificar esta tutela em seu artigo 5º, inciso XXXII, inserido no capítulo de direitos e garantias fundamentais, bem como em seu artigo 170, inciso V, que trata sobre os princípios da ordem econômica e no art. 48 da Disposições Constitucionais Transitórias.

Dispõe o art. 5º, inciso XXXII, da Carta Magna (BRASIL, 1988):

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

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Este dispositivo é dotado de gigantesca relevância para o direito do consumidor, uma vez que confere a esta proteção importância de direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste diapasão, ressalta com maestria o Rizzato Nunes (2012, p. 114): “Não se pode olvidar que é também cláusula pétrea como dever absoluto para o Estado a defesa do consumidor (CF, art. 5º, XXXII) ”.

Portanto é possível destacar a importância jurídica que a Constituição Federal Brasileira dá à matéria consumerista, uma vez que fixou na lei nacional a defesa ao consumidor como cláusula pétrea: indiscutível pelo legislador ordinário, ou até mesmo por emenda à Constituição.

A proteção ao consumidor como garantia fundamental também é aclamada por Leonardo Medeiros Garcia (2010, p. 3):

A inclusão da defesa do consumidor como direito fundamental na CF vincula o Estado e todos os demais operadores a aplicar e efetivar a defesa deste ente vulnerável, considerado mais fraco na sociedade. É o que chamamos de "força normativa da Constituição", na expressão de Konrad Hesse, em que a Constituição, ou os direitos nela assegurados, em especial os direitos fundamentais, não são meros programas ou discursos a serem seguidos, mas apresentam

força de norma (norma jurídica), passível de ser executada e exigível.

Como fica claro na explicação do doutrinador, a defesa do consumidor consagrada como garantia constitucional fundamental é dotada de executabilidade, ou seja, não resta apenas no campo teórico do Direito.

Sendo assim, neste dispositivo constitucional o legislador originário cumpre sua função ao legitimar medidas de intervenção estatal de cunho indispensável para a defesa do consumidor (PINHEIRO, 2014).

A Constituição da República em seu art. 170, inciso V trata (BRASIL, 1988):

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

V – defesa do consumidor;

A defesa do consumidor é trazida como princípio a ser seguido pela Ordem Econômica nacional, inequivocamente uma intervenção estatal na Economia e no setor privado em defesa do consumidor, admitindo a vulnerabilidade deste.

Como descreve Garcia (2010, p. 7), citado novamente:

A Constituição Federal, também de forma inovadora, introduziu a figura do consumidor como agente econômico e social, estabelecendo de forma expressa como princípio da ordem econômica a "defesa do consumidor" (art. 170, V) possibilitando a intervenção do Estado nas relações privadas, de modo a garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.

Em harmonia com os princípios e garantias constitucionais descritos o legislador constitucional determina a criação do Código de Defesa do Consumidor no artigo 48 das Disposições Transitórias e Finais da Constituição Federal de 1988.

Em obediência a esta regra surge a Lei 8078 de 1990, o Código de Defesa do Consumidor. Esta legislação concretiza os anseios da Constituição da República de proteger o consumidor (NETTO, 2013).

Neste mesmo sentido descreve Nunes (2012, p. 114):

Com efeito, o que a lei consumerista faz é tornar explícitos, para as relações de consumo, os comandos constitucionais. Dentre estes destacam-se os Princípios Fundamentais da República, que norteiam todo o regime constitucional e os direitos e garantias fundamentais.

O Código de Defesa do Consumidor de 1990 em seu artigo 1º institui (BRASIL, 1990):

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

Nesta norma percebe-se a expressão “ordem pública e interesse social”. Norma de ordem pública é aquela dotada de imperatividade e força coercitiva, como bem destaca Lúcio Delfino (2004, não paginado): “[...] são, portanto, criadas com o intuito de se preservarem pilares essenciais da sociedade, motivo pelo qual aplicam-se obrigatoriamente às relações por ela reguladas”.

Desta análise conclui-se que, por serem dotadas de obrigatoriedade, são normas irrenunciáveis e indisponíveis por aqueles que integram o mercado de consumo, neste caso Felipe Peixoto Braga Netto (2013, p. 36) destaca entendimento do STJ:

O STJ recentemente frisou: “As normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de ‘ordem pública e interesse social’. São, portanto, indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social, daí a impossibilidade de o consumidor delas abrir mão ‘ex ante’ e no atacado (STJ, REsp 586.316, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., DJ 19/03/09).

Outra característica do Código de Consumidor Brasileiro é a sua natureza principiológica, aclamada pela maioria dos doutrinadores brasileiros como a configuração precípua do conjunto legal.

Em acordo com esta característica Daniel Assumpção e Flávio Tartuce (2014, p. 27) postulam que: “[...] o Código de Defesa do Consumidor é tido pela doutrina como uma norma principiológica, diante da proteção constitucional dos consumidores [...]”.

As normas do Código em comento possuem característica de princípio e trazem para a norma infraconstitucional as bases teóricas da Carta Magna, concretizando estas, como exemplos é possível citar o respeito à dignidade, saúde e segurança garantidos no art. 4º na norma consumerista (NUNES, 2012, p. 115).

Art. 4º A Política Nacional da Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a

transparência e a harmonia das relações de consumo (...)

Quanto a descrição de princípios, Sergio Cavalieri Filho (2008, p. 24) o faz com propriedade:

Princípios são valores éticos e morais abrigados no ordenamento jurídico, compartilhados por toda a comunidade em dado momento e em dado lugar, como a liberdade, a igualdade, a solidariedade, a dignidade da pessoa humana, a boa-fé e outros tantos.

Com as breves explicações da positivação da relação de consumo no nosso ordenamento jurídico, se faz necessário conceituar os figurantes desta citada relação.

2.2. Aspectos Conceituais

É inegável a importância da conceituação dos agentes atuantes na relação de consumo, afinal para esta relação cabe o Código de Defesa do Consumidor, situações adversas ao consumo serão tratadas por outros códigos.

A norma de consumo brasileira e doutrina adotaram a divisão dos agentes em consumidor e fornecedor, sendo o primeiro o mais vulnerável da relação e há a necessidade de proteção legal de seus direitos.

O Código do Consumidor é descrito como norma protetiva aos consumidores, em princípio mais fracos na intermediação comercial, a definição legal destes está em seu artigo 2º (BRASIL, 1990): “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. ”

Apesar da definição legal é inegável a discussão doutrinária acerca do conceito de consumidor, muitos estudiosos e os próprios Tribunais Superiores tentam concretizar o conceito da Lei 8.078 de 1990.

A dificuldade na definição se dá em grande parte pela presença do termo “destinatário final”, definido pelo Adalberto Pasquelotto (2010, p. 8) como: “(...) conceito jurídico indeterminado” restando aos operadores do direito interpretar esta expressão.

A subjetividade da expressão gerou conflito entre os renomados doutrinadores nacionais culminando com o surgimento de duas teorias: a maximalista e a finalista.

Para Almeida (2003) esta divisão doutrinária e a dificuldade em conceituar o consumidor se dá pela tendência da limitada concepção econômica do consumidor, sem que sejam analisados outros aspectos como psicológico, sociológico, entre outros.

Para a corrente maximalista o Código do Consumidor deve ser interpretado de forma mais abrangente possível, socorrendo a um maior número de relações, uma vez que considera como consumidor todo aquele que é destinatário fático do bem ou serviço, não interrogando a finalidade destes.

Não importa, para os seguidores desta teoria, se aquele que adquire o produto ou contrata o serviço os utilizará para suprir necessidade pessoal ou com finalidade econômica.

Giancoli e Araújo Júnior (2012, p. 33) destacam com propriedade: “É necessário analisar, portanto, a simples retirada do bem do mercado de consumo, ou seja, o ato objetivo, sem se importar com o sujeito que adquiriu o bem, podendo ser profissional ou não.”.

Enquanto para os maximalistas não interessava a destinação do bem adquirido, bastando apenas que fosse removido do mercado econômico, a teoria finalista exige que o consumidor não dê destinação econômica que uso se restrinja à satisfazer as suas necessidades pessoais, sem cunho profissional ou econômico.

Esta teoria foi sintetizada de forma concisa e pertinente por Pasqualotto (2010, p. 8): “Por sua vez, a teoria finalista restringia a concepção de destinatário final a quem empregasse o produto adquirido ou contratasse serviço sem finalidade econômica.”.

Sendo assim, para os finalistas, o Código de Defesa do Consumidor considera consumidor aquele que utiliza o produto adquirido para satisfazer necessidades pessoais ou de sua família, nunca reinserindo este na cadeia produtiva (GRINOVER, et al., 2005).

A divergência entre as duas teorias é sensível principalmente quando se discute a figuração da pessoa jurídica como consumidor, uma vez que o artigo 2º da Lei 8.078/90 trouxe esta possibilidade.

A teoria maximalista entende que a pessoa jurídica deve ser considerada como consumidora sempre que adquirir bem ou serviço como destinatário final, ou seja, quando não há a intenção de reinserir o produto no mercado, seja por revenda, ou por transformação deste.

Enquanto para a teoria finalista a pessoa jurídica é considerada consumidora quando adquire o produto ou serviço sem qualquer destinação econômica para este, seja direta ou indiretamente.

Com total propriedade da matéria, Cavalieri Filho (2008, p.58) traz solução para o empasse:

Em conclusão, para que uma pessoa jurídica seja considerada consumidora faz-se necessário, em primeiro lugar, que ostente a mesma característica que marca o consumidor pessoa física, qual seja, a vulnerabilidade. Em segundo lugar, é preciso que os bens por ela adquiridos sejam bens de consumo e que na pessoa jurídica esgotem a sua destinação econômica. Não se confere à pessoa jurídica a condição de consumidora quando adquire produtos ou contrata a prestação de serviços como intermediário do ciclo de produção. Finalmente, tem-se repudiado a ideia de consumidora quando a pessoa jurídica adquire bens de capital ou tipicamente de produção.

O Supremo Tribunal de Justiça não ficou isento deste embate teórico, figuram em seus julgados diversos debates sobre a real interpretação do “destinatário final”.

A posição inicial do egrégio tribunal era pela teoria maximalista, existindo diversos julgados em que esta é adotada, enquanto os julgados mais recentes apontavam para uma mudança no posicionamento do Supremo Tribunal de Justiça.

Em decorrência dos embates jurisprudenciais surge uma teoria contemporânea para definir o consumidor, definida como finalismo aprofundado, ou híbrida.

Giancoli e Araújo (2012, p. 34) explicam este novo modelo:

(...) entende que a relação de consumo não se caracteriza pela simples presença de um fornecedor e um consumidor destinatário final de um bem de consumo, mas pela presença de um sujeito que, além de destinatário, deve ser, necessariamente, vulnerável.

Portanto, a análise precípua deste movimento é pela vulnerabilidade do consumidor, seja ele pessoa jurídica ou física, perante o fornecedor. Uma vez que o Código do Consumidor tem caráter fundamentalmente protetivo.

Esta teoria, entendida como um aprimoramento das teorias antes vigentes é utilizada pelo Supremo Tribunal Federal desde 2008 e é entendida por muitos como uma evolução na interpretação do direito do consumidor.

Debatido o conceito de consumidor, figura tutelada pelo Código em comento, deve-se tratar do conceito de fornecedor, responsável por inserir produtos e oferecer

serviços para o consumo.

O Código do Consumidor de 1990 apresenta em seu artigo 3º a descrição de fornecedor (BRASIL, 1990):

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

Tauã Lima Rangel (2012, não paginado) esclarece o disposto no citado artigo: “Pela dicção apresentada, é denotável que não importa a tarefa assumida pelo fornecedor no universo das relações consumeristas, sendo irrelevante o papel que ele desempenha, quando se trata da afirmação dos direitos do consumidor. ”

A leitura do artigo 3º da Lei 8.078/90 transparece a dimensão de pessoas elencadas como fornecedores (NUNES, 2012), reforçando a intenção da referida norma em abranger o conceito e o rol de fornecedores.

Importante destacar a presença da pessoa física como figurante da relação de fornecedor, desde que cumpra os requisitos, quais sejam, desempenhar atividade civil ou comercial com caráter de habitualidade, com a oferta de produtos ou serviço no mercado de consumo (RAGAZZI; HONESKO, 2010).

2.3. Distinção de vício e defeito à luz do Código de Defesa do Consumidor.

O Código do Consumidor definiu pilares próprios para a lide com os defeitos e vícios decorrentes da relação de consumo, seja no bem ou no serviço, o que José Guilherme Werner (2006, p. 98) definiu como “déficit de qualidade do bem adquirido”.

Importante destacar que o regulamento era basicamente previsto pelo Código Civil de 1916 de forma restrita aos vícios redibitórios e aos danos advindos das relações contratuais.

Desta forma, para a completa compreensão da responsabilidade proposta na Lei 8.078/90 é indispensável a distinção entre vício e defeito, para tanto dá-se destaque à doutrina nacional.

Na definição de vício, Roberta Densa (2011) entende que este torna o produto ruim para o consumo, o desvaloriza e frustra a expectativa inicial do consumidor, mas esses danos não colocam o adquirente ou terceiros em risco.

Quando o produto não funciona de forma adequada ou quando há redução no seu valor de mercado há vício neste produto. Assim, os vícios nos produtos ou serviços são caracterizados pelo seu funcionamento insuficiente ou inadequado.

Por outro lado, o defeito causa perigo à integridade do consumidor ou de terceiros, como bem define Clarissa Costa de Lima (2015, p. 1185): “Os defeitos são falhas do produto ou do serviço que afetam a segurança legitimamente esperada pelo consumidor, causando-lhe danos pessoais ou patrimoniais, ensejando a responsabilidade por acidentes de consumo prevista nos arts. 12 e 14 do CDC.”

Portanto, nota-se que enquanto o vício restringe-se ao bem ou serviço, prejudicando a funcionalidade deste ou reduzindo-lhe o valor, o defeito extrapola o âmbito do bem e gera dano ao consumidor, seja patrimonial ou extrapatrimonial.

A fim de eliminar dúvidas quanto a semelhança entre os termos vício e defeito os doutrinadores Assumpção e Tartuce (2014, p. 118) sintetizam: “De outra forma, pode-se dizer que, quando o dano permanece nos limites do produto ou serviço, está presente o vício. Se o problema extrapola os seus limites, há fato ou defeito, presente, no último caso, o acidente de consumo propriamente dito.”

No capítulo 3 deste estudo será discutido o inadimplemento contratual e seu efeito na relação de consumo, tratando desta forma da obrigação de indenizar imposta ao fornecedor diante do citado defeito.

2.4. Responsabilidade Civil aplicado ao Direito do Consumidor

O direito civil impõe a determinados agentes obrigação jurídica definida como responsabilidade civil, quando por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência causam prejuízo a outrem, quer seja por fato próprio, quer seja por fato de terceiro.

Para Venosa (2013, p. 1): “Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar”, desta forma surge a disciplina em comento, as questões que envolvem o dano e o dever de reparação pelo agente que deu causa a este.

Responsabilidade civil é o gênero da qual a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva são espécies, passa-se agora a definir estas duas formas de abordagem da responsabilidade.

a. Responsabilidade Subjetiva ou Contratual

A responsabilidade é considerada como subjetiva, quando é imprescindível a verificação da culpa. Para Gonçalves (2012), neste ponto de vista não há o que se falar em responsabilidade do agente se não restar provada conduta culposa ou dolosa deste.

A conduta culposa mencionada pode ser praticada por imperícia, imprudência, ou negligência, quanto ao dolo, é estudado a partir da intenção do agente em praticar a conduta danosa.

O comportamento do agressor é que vai determinar ou não a obrigação de indenizar, a reparação à vítima pelo dano sofrido reside no exame da conduta do agente que contribuiu para o ato ilícito.

A teoria da responsabilidade subjetiva não foi adotada como regra pelo Código de Defesa do Consumidor. Nunes (2012) informa que a norma de proteção ao consumidor utiliza a responsabilidade objetiva (exposta no item 'b' deste trabalho), ou seja, a responsabilização do agente causador do dano, independentemente da verificação da culpa.

Deve-se observar que a responsabilidade subjetiva é adotada de forma excepcional pelo Código do Consumidor de 1990, há verificação da culpa apenas nos casos em que o causador do dano é um profissional liberal.

No caso dos citados profissionais o dever de indenizar será apurado, não importando se o serviço for prestado com característica *intuito personae*, e independente também da atividade profissional.

b. Responsabilidade Objetiva ou Aquiliana

Ainda no campo da Responsabilidade civil, passa-se a tratar da responsabilidade objetiva, sua configuração independe da investigação da culpa do agente.

A objetividade desta modalidade é consequência da natureza das atividades

que o agente desenvolve, tornando necessária a reparação da vítima mesmo sem que este concorra para o dano.

Segundo Aragão (2007), a responsabilidade objetiva nasce após a Revolução Industrial, com o aumento da produção e da circulação das riquezas aumenta também o número de acidentes de trabalho nas fábricas.

O levantamento histórico feito pelo autor demonstra a necessidade à época de responsabilizar os empregadores, sem necessidade de auferir a culpa destes, sendo esta presumida pela característica relação de vulnerabilidade entre empregado e empregador.

Neste cenário histórico se desenvolve a responsabilidade civil objetiva como fundamento principal para a necessidade de reparação ao dano.

O agente causador do dano, explicam Gagliano e Pamplona Filho (2012), deve indenizar a vítima ainda que seja descaracterizada a sua culpa, o dolo ou a culpa se tornam irrelevantes no cenário jurídico da reparação.

A responsabilidade civil objetiva também é chamada de “Teoria do Risco”, uma vez que ao praticar atividades denominadas “de risco” o agente será onerado por este tipo de responsabilidade, não cabendo à vítima provar a culpa no dano.

Maria Helena Diniz (2014, p. 69) discorre sobre a citada teoria:

A responsabilidade fundada no risco, consiste, portanto, na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre o comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta do seu causador.

É importante destacar que o Código Civil Brasileiro traz como regra a responsabilidade subjetiva e como exceção a responsabilidade objetiva, é o que se deduz pela análise de seu artigo 927.

O Código de Defesa do Consumidor, diferentemente do Código Civil de 2002, adotou como regra a responsabilidade objetiva, como já comentado, a responsabilidade subjetiva ficou limitada aos danos causados por profissionais liberais (art. 14, §4º, CDC).

Gonçalves (2012) explica que o Código do Consumidor ao determinar o adquirente como vulnerável tenta equilibrar a relação consumo, por conta desta característica, o diploma adotou a responsabilidade objetiva, sendo prescindível o elemento culpa na obrigação de indenizar atribuída ao fornecedor.

Neste sentido, o consumidor, por sua vulnerabilidade no mercado econômico, é quem menos detém o conhecimento técnico do produto e apenas sabe o que ele pode proporcionar sem lhe causar qualquer prejuízo ou à sua saúde, ao passo que o fornecedor, do contrário, conhece todas as fases da fabricação do produto.

Desta forma a responsabilidade subjetiva se mostra insuficiente, uma vez que a falta de conhecimento do consumidor o leva à impossibilidade de aferir se o defeito do produto foi proveniente de dolo ou de culpa. Em decorrência disto, o diploma consumerista assegura ainda a inversão do ônus da prova em favor do vulnerável.

Almeida (2003) em consonância com o autor supracitado, afirma que as relações de consumo dos últimos cinquenta anos tornaram-se mais complexas com o advento das sociedades de massa e em razão disso, passou-se a produzir em série. Como consequência, os tradicionais contratos de compra e venda não se ajustam mais às especificidades encontradas nas relações de consumo.

Ao defender a responsabilidade objetiva adotada pela Lei 8.078/90, argumenta o autor que, de fato, esta teoria é a mais aplicável a relações consumeristas, tendo em vista que, ainda com o cuidado na produção, os produtos ou serviços podem vir eivados de defeito, culminando na lesão à saúde, à segurança e ao patrimônio do consumidor e usuários.

Reforça que não há para o consumidor a possibilidade de provar a culpa, quer seja pela dificuldade de acesso aos elementos da prova ou até, ainda, de se demonstrar o verdadeiro culpado, em razão da interminável cadeia de regresso.

2.5. Ônus da prova

O Código de Processo Civil estabelece que o encargo de provar fato constitutivo do direito deve ser do autor, provando a verdade dos fatos alegados (art. 333, I, CPC), restando para este o ônus da prova, ou seja, o encargo de provar.

Em análise do processo civil, Daniel Assumpção (2011, p. 416) define o ônus da prova: “O ônus da prova é, portanto, regra de julgamento, aplicando-se para as situações em que, ao final da demanda, persistem fatos controvertidos não devidamente comprovados durante a instrução probatória.”.

O Código de Defesa do Consumidor elenca como direito básico do consumidor em seu artigo 6º, inciso VIII a possibilidade de inversão do ônus da

prova em favor deste como meio de facilitação de sua defesa. É o texto legal (BRASIL, 1990):

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...]

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Garcia (2010) explica que o autor da ação consumerista deverá provar o fato constitutivo do seu direito, assim como preconiza o Código Processual, porém, ao cumprir os requisitos legais, terá o direito de ter invertido o ônus da prova, restando ao fornecedor esta tarefa.

Segundo o comentado doutrinador, a prova nas relações de consumo se torna muitas vezes onerosa demais ou impossível de ser produzida pelo consumidor, devido à sua hipossuficiência, razão pela qual o direito lhe reserva a possibilidade da inversão do ônus da prova.

Entende-se que a intenção ao se inverter o ônus probatório nas demandas em que o consumidor for parte e, conseqüentemente, reguladas à luz do Código de Defesa do Consumidor, é de facilitar a sua defesa.

Busca o Código de Proteção ao Consumidor ressaltar a condição de vulnerabilidade do consumidor que é protegida por este diploma que procura, através deste dispositivo, trazer às partes a condição de igualdade.

Giancoli e Araújo Júnior (2012) ressaltam que o reconhecimento da inversão do ônus da prova não é feito de forma automática, cabe à autoridade julgadora analisar se no caso concreto estão presentes os requisitos estabelecidos pela norma consumerista.

Como o direito à inversão do ônus da prova não é absoluto, ou seja, certo e determinado em todos os processos em que o consumidor figure como parte, passa-se a tratar sobre os requisitos exigidos em lei.

Importante ressaltar que os requisitos são exigidos de forma alternativa, ou seja, basta que haja apenas um dos dois requisitos trazidos pela lei de consumo para que a inversão da obrigação de provar se opere.

Cavaliere Filho (2008, p. 292) coaduna desta afirmação, afirmando em sua obra: “Muito já se discutiu se esses pressupostos são cumulativos ou alternativos,

mas hoje a questão está pacificada no sentido da alternatividade. A própria conjunção alternativa 'ou' empregada pelo legislador no texto está a apontar nesse sentido”.

O primeiro requisito a ser analisado é o da verossimilhança, no estudo de Nunes (2012) entende-se que a narrativa dos fatos deve demonstrar a verossimilhança do fato, este ato deve estar eivado de consistente persuasão à autoridade judiciária.

Completa o renomado autor de direito do consumidor que o juiz deverá analisar, utilizando o seu discernimento, os elementos trazidos sob a ótica do que é usualmente aceito e entendido como verossímil.

Densa (2011, p. 39) de forma didática conceitua o requisito da verossimilhança: “Entendemos por verossimilhança a plausibilidade, a provável procedência das alegações do consumidor, ou seja, a alegação exposta pelo consumidor aparenta ser a expressão real da verdade [...]”.

Sobre a hipossuficiência, Grinover (2005) ensina que é um dos requisitos para o convencimento do juiz pela inversão do ônus da prova e se caracteriza pelo desconhecimento técnico ou pela impossibilidade de obter dados periciais em razão da sua vulnerabilidade econômica perante o fornecedor.

Em complemento ao entendimento da doutrinadora supracitada André Gustavo Andrade (2003) explica que a hipossuficiência deve ser auferida no caso concreto quando presente desequilíbrio em prejuízo ao consumidor.

Ainda no entendimento do autor o mencionado desequilíbrio tornaria impossível para o consumidor a prova da veracidade do alegado como fato constitutivo do seu direito.

3. A Relação Jurídica entre Construtora e Imobiliárias e o Comprador.

Inicialmente no Brasil o contrato de construção era determinado inteiramente pelo Código Civil de 1916, esta normatização era vista pela doutrina e pela jurisprudência como incompleta.

É necessário o estudo do antigo Código Civil e das leis esparsas que disciplinavam a relação entre construtora e imobiliária e comprador do imóvel antes do advento do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012), o Código Civil Brasileiro de 1916 surge em uma época em que a construção no Brasil ainda não tinha se desenvolvido, fazendo com que o antigo legislador regulasse apenas o contrato de empreitada.

Diante da citada lacuna na antiga lei civil, não há neste referido diploma a regulamentação das incorporações imobiliárias, modelo de contrato em ascensão que não encontrava normatização no diploma civil.

Neste diapasão, surge a Lei 4.591 de 1964, a Lei de Condomínios e Incorporações, para suprir uma necessidade não comentada no Código Civil anterior com surgimento desta demanda no mercado nacional.

Oton Fernandes Mesquita Júnior (2014) destaca que era impossível negar a existência de fato das incorporações imobiliárias, com repercussão no mercado econômico brasileiro, contudo, foram necessários 30 (trinta) anos para a edição da Lei nº 4.591/64, com a regulação desta atividade.

As incorporações são citadas por Silvo de Salvo Venosa (2013, p. 533) com apoio no artigo 28 da referida Lei:

[...] incorporação imobiliária é negócio jurídico que tem por finalidade promover, administrar e realizar a construção, para alienação total ou parcial de unidades autônomas, as quais podem ser constituídas de apartamentos, escritórios, garagens, shopping centers etc.

Para Ivens Henrique Hübert (2012), a incorporação imobiliária pode ser vista como a promoção e a realização de uma construção, com o objetivo de alienar, seja total ou parcialmente, determinadas edificações constituídas por unidades autônomas.

Mesquita Júnior (2014, não paginado) explica a incorporação imobiliária como uma “atividade complexa”, uma vez que para a sua realização há uma colaboração de diversas pessoas, dentre engenheiros, arquitetos, corretores, construtora, com fim de alienar, construir e entregar os imóveis de maneira individualizada.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 440) conceituam a incorporação imobiliária: “Neste negócio jurídico, o incorporador obriga-se a construir unidades imobiliárias, que serão repassadas aos adquirentes, na medida em que estes pagam o valor correspondente convencionado. ”.

No entendimento de Hübert (2012, p. 119), é fundamental entender a figura do incorporador, pois este seria “ [...] o personagem central das incorporações imobiliárias. ”.

O próprio autor conceitua de forma clara: “Essa figura corresponde àquele que, como negócio habitual ou eventual, constrói edifícios e forma condomínios, visando auferir lucros sobre a venda de unidades autônomas. ”.

Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 390), em sua obra sobre responsabilidade civil se vale da Lei de Condomínios e Incorporações para determinar o incorporador:

Incorporador, de acordo com o art. 29 da mesma lei, "é a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terrenos, objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção, sob o regime condominial, ou que meramente aceite proposta para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas".

Desta forma, a Lei 4.591 de 1964 define o incorporador, destacando no mercado econômico, já existente, aqueles que seriam assim definidos e lhes concedendo responsabilidade, trazendo, de certo, mais segurança para os adquirentes dos imóveis.

Por muitos anos a referida Lei de Condomínios e Incorporações foi utilizada de forma única no ordenamento jurídico nacional, imperando nos tribunais as resoluções do dispositivo normativo.

Apesar da normatização e proteção já expostas na lei em comento, surge em 11 (onze) de setembro de 1990 a Lei 8.078, o Código de Defesa do Consumidor, com o intuito, entre outros, de regulamentar as relações entre construtoras e

incorporadoras e os adquirentes de imóveis.

Neste intuito, Mesquita Júnior (2014, não paginado) cita entendimento do Superior Tribunal de Justiça no REsp. 80.036/SP:

O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/64), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva.

Não se pode olvidar, porém, os requisitos para a configuração da relação de consumo, a incorporação imobiliária só será vista como uma relação de consumo se, os sujeitos desta forem designados como “fornecedor” e “consumidor”.

Desta forma, é imprescindível a narrativa de Gonçalves (2012, p. 381-382):

O art. 3º do Código de Defesa do Consumidor define fornecedor como pessoa física ou jurídica que desenvolva determinados tipos de atividade. Entre as atividades enumeradas, encontra-se expressamente consignada a construção. Da mesma forma, o art. 12, que já trata especificamente da “responsabilidade pelo fato do produto e do serviço”, menciona expressamente o construtor como responsável, nas condições fixadas.

É possível perceber que o legislador de 1990 teve o cuidado de, expressamente, declarar a construção como forma de fornecer serviços, trazendo para o Código do Consumidor o serviço de construção, mesmo sabendo da lei específica.

Deve-se também atentar para a parte adquirente da relação, saber se esta pessoa é consumidora, cabendo aqui a análise no caso concreto dos requisitos da vulnerabilidade e da destinação do bem (como anteriormente explicado no item 2.1. deste estudo).

Cavaliere Filho (2012) lembra que relação de consumo estará concretizada, se ao lado das incorporadoras e construtoras, vistas como fornecedores, estiver o consumidor, aquele que adquire o imóvel como destinatário final, para o seu usufruto, para ele, pessoa posicionada no “último ciclo do elo produtivo”.

Gagliano e Pamplona Filho (2012) ressaltam que, o advento do Código de Consumo nas relações entre construtoras e incorporadoras e adquirente, foi positivo, uma vez que a lei consumerista é revestida de proteções, tais quais a inversão do ônus da prova e a responsabilidade objetiva do agente econômico.

Hübner (2012) relembra que a Lei 4.591/64 já trazia proteções ao comprador

perante o incorporador, mas que o Código de Defesa do Consumidor vem agregar, somar proteções, sempre com o objetivo de proteger a parte mais fraca da relação.

No mesmo sentido, o autor conclui que, a aplicação da Lei do Consumidor deve ser analisada no caso concreto, se estiverem presentes os requisitos necessários deverá ser aplicada esta proteção, se não existirem, deve ser aplicada a Lei de Condomínios e Incorporações.

É importante que se frise que na presente monografia serão estudadas as relações entre construtoras e incorporadoras perante o consumidor, o destinatário final, tendo como norte o Código de Defesa do Consumidor.

3.1. Contrato de adesão na relação de consumo

Em busca da compreensão do tema, relata-se agora a forma de contratação das construtoras e imobiliárias com os adquirentes de imóveis, denominada no ordenamento jurídico como contrato de adesão.

Leonardo de Medeiros Garcia (2010, p. 353) afirma que o contrato de adesão é utilizado na incorporação imobiliária, na compra do imóvel, por meio de entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

Contrato de compra e venda de apartamento. Contrato de adesão. Contrato de adesão é aquele cujo conteúdo não pode ser substancialmente modificado pelo consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 54, caput), em cujo rol se inclui o contrato de compra e venda de apartamento [...] (STJ, REsp. 59870/SP DfU07/02/2000, p. 149, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 16/11/1999, 3ª T.).

O contrato de adesão é forma de contratação, admitida no direito do consumidor, em que o fornecedor estabelece unilateralmente as normativas do contrato, ou seja, sem consulta ao consumidor, elabora as condições do contrato, bastando ao adquirente, livremente, aderir àquelas condições.

Os mais conceituados doutrinadores do direito do consumo disciplinam sobre esta forma de contratação, conceituando esta relação e reafirmando que esta modalidade confirma a posição privilegiada do fornecedor no mercado de consumo, cabendo à lei pátria a proteção do vulnerável, o consumidor.

Rizzatto Nunes (2012) entende que a sociedade de consumo contemporânea está sujeita a padronizações dos contratos consumeristas, isto se deve a um

aumento no consumo causado pelo crescimento do processo industrial.

O renomado doutrinador explica que o termo “adesão” não pode se confundir com manifestação de vontade ou concordância, sendo assim, o modelo de contratação por adesão se distancia do princípio do *pacta sunt servanda*.

O nomeado princípio traduz-se como a liberdade e autonomia em contratar, o que, segundo Francisco Farias Cardoso (2002) é limitado com o advento do Código de Defesa do Consumidor e a normatização dos contratos de adesão, o autor concorda com Rizzatto Nunes, uma vez que diz que esta modalidade contratual não demonstra a real autonomia de contratar entre as partes.

Nunes (2012, p. 685) conclui sobre os contratos de adesão:

[...] a constatação de que na sociedade capitalista em que vivemos o fornecedor decide, sem a participação do consumidor, tudo o que pretende fazer: escolhe ou cria os produtos que quer fabricar ou o serviço que pretende oferecer, faz sua distribuição e comercialização, opera seu setor de marketing e publicidade para apresentar e oferecer o produto ou o serviço, e elabora o contrato que será firmado pelo consumidor que vier a adquirir o produto ou o serviço.

Para João Batista Almeida (2003) o contrato de adesão representa uma desigualdade entre os contratantes, uma vez que o adquirente consente apenas por meio da adesão daquilo que já estava pronto e preestabelecido.

Bruno Pandiori Giancoli e Marco Antônio Araújo Júnior (2012) lecionam que os contratos de adesão são preestabelecidos pelos fornecedores e unificados para todos os consumidores, desta forma o contrato é o mesmo para todos os adquirentes, mudando apenas os dados pessoais do consumidor.

O Código do Consumidor aceita e normatiza estas espécies de contrato, dispondo no seu artigo 54 (cinquenta e quatro) as normas que cercam este dispositivo contratual.

O *caput* do artigo 54 da Lei 8.078/90 é citado por Cavalieri Filho (2008, p. 128) em sua obra de direito do consumidor:

O Código do Consumidor, no seu art. 54, conceitua o contrato de adesão da seguinte forma: “ Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo. ”.

Almeida (2003) demonstra que não concorda com esta forma de contratação,

porém, pondera que com o aumento e modernização das relações de consumo esta forma de pacto já existia, porém sem qualquer regulamentação, cabendo ao Código do Consumidor positivar a prática e procurar proteger o consumidor vulnerável.

Desta forma, quando uma construtora/imobiliária contratam com um adquirente de imóvel, o instrumento será o contrato de adesão, repleto de condições e termos estabelecidos previamente por estes fornecedores.

Neste contrato de adesão, os fornecedores citados definirão todas as cláusulas pertinentes ao objeto do contrato, qual seja, a unidade imobiliária, cedendo ao consumidor o arbítrio apenas de aderir ou não.

Dentre as cláusulas preestabelecidas pelos fornecedores estão as formas de pagamento, as multas contratuais por descumprimento do tratado, e, sobre o tema deste estudo, a data da entrega do imóvel.

No ato de contratação, os consumidores não discutem ou alteram substancialmente as cláusulas oferecidas, resta a estes apenas aderir ou não ao contrato, sem liberdade de definir condições que lhe são mais favoráveis.

De fato, os consumidores, denominados no ato da contratação de promitentes compradores, são apresentados a um contrato de adesão, modelo único e apresentado a todos os adquirentes, em que apenas os seus dados pessoais são alterados.

É importante relembrar que nesta relação consumerista não há o *pacta sunt servanda*, ou seja, não a liberdade igualitária entre as duas partes no contrato, cabendo ao fornecedor estabelecer os seus parâmetros contratuais e ao consumidor aderir a estes.

Sendo assim, as construtoras e incorporadoras determinaram unilateralmente a data de entrega da unidade imobiliária, chegando a esta data, em tese, por um estudo aprofundado das condições da construção e das possibilidades de atraso.

Sendo este um estudo fundamentalmente técnico, que levará à determinação da data da entrega do imóvel, não conta, em nada, com a participação do consumidor, é um trabalho unicamente do fornecedor.

Após estas considerações técnicas, realizadas por peritos, as construtoras e incorporadoras desenvolvem o contrato de compra e venda do imóvel e dispõe para os consumidores, deixando obrigatoriamente claras as condições da compra.

Fica, desta forma, visível a condição da adesão do contrato de compra e venda das unidades imobiliárias vendidas ainda na planta, uma vez que a data da

entrega do imóvel não é determinada ou negociada pelos adquirentes, basta a estes concordarem com a data aprazada.

Neste diapasão, quando o consumidor aceita o contrato gera uma relação contratual entre estes sujeitos, ambas as partes deverão cumprir com o tratado, inclusive os fornecedores quanto a data da entrega firmada, sujeito, pelo descumprimento, à responsabilidade contratual.

É importante lembrar que a responsabilidades dos fornecedores será definida pelo Código de Defesa do Consumidor, uma vez que existe uma relação de consumo, ocupando as construtoras e incorporadoras o papel de fornecedores e os adquirentes de imóvel o papel de consumidores, como já explicado.

3.2. Inadimplemento Contratual pelas construtoras e imobiliárias.

Quando as partes firmam um contrato, gerando para si uma obrigação, a consequência esperada é o adimplemento, ou seja, que sejam cumpridas todas as condições prometidas.

Desta forma o cumprimento é o fim esperado da relação contratual entre as partes, razão pela qual estas contrataram, porém, em diversos casos há a inexecução do pactuado, gerando a inexecução contratual, ou inadimplemento contratual.

Neste diapasão, César Augusto Carvalho de Figueiredo (2012) afirma que o inadimplemento contratual é almejado pelas partes, e é a consequência lógica da relação obrigacional, restando ao inadimplemento ser considerado como uma doença, como uma anomalia à obrigação.

Nas palavras de Lúcio Flávio Siqueira de Paiva (2009, não paginado), o inadimplemento da obrigação pactuada: “[...] representa verdadeira *‘patologia do negócio jurídico’*, a provocar severa reação do ordenamento jurídico, que rechaça veementemente tal comportamento, ante a ruptura da harmonia social que o descumprimento das obrigações assumidas provoca. “.

Quando uma construtora e imobiliária se comprometem contratualmente em cumprir determinada data de entrega do imóvel, é esperado o cumprimento do pactuado, o consumidor almeja o adimplemento da obrigação.

Com o atraso na entrega do imóvel, o inadimplemento contratual fica visível

pelo descumprimento da data aprazada no instrumento contratual, os fornecedores causadores desta inexecução deverão ser punidos, sofrendo a responsabilidade civil.

O atraso na entrega da obra pode ser determinado como inadimplemento relativo, ou mora, quando o devedor não cumpre o pactuado na data firmada, mas, mesmo assim, a prestação da obrigação continua conveniente para o credor.

Venosa (2011, p. 378), em sua obra de obrigações, relata a que a mora é uma espécie de inadimplência, e constitui o “ [...] cumprimento imperfeito da obrigação. ”, ressaltando que uma das faces da inadimplência é o atraso na entrega do pactuado.

Em vista da mora pelas construtoras e imobiliárias na entrega da unidade imobiliária, os consumidores recorrem ao Poder Judiciário, de forma a obrigar a estas que cumpram o pactuado e que sejam sujeitadas à responsabilidade civil.

Giancoli e Araújo Júnior (2012, p. 214) reafirmam: “A ação de responsabilidade civil do fornecedor tem por objetivo impedir a ocorrência de dano e ressarcir civilmente o consumidor, no âmbito individual. ”.

É necessário que se destaque que existem dois fornecedores, a construtora, responsável pela construção da obra e a incorporadora, ou imobiliária, responsável pela venda do imóvel e que tem o contato direto com o consumidor. Muitas vezes a construtora e incorporadora formam um único grupo econômico.

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 18 alerta que nas relações de consumo a responsabilidade dos fornecedores será solidária, é a lei (BRASIL, 1990):

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

A responsabilidade solidária, para Gonçalves (2012, p. 61) pode ser definida como: “[...] o concurso de agentes na prática de um ato ilícito. Tal concurso se dá quando duas ou mais pessoas praticam o ato ilícito. ”.

A vítima do ato lesivo causado por estes agentes poderá arguir, contra

qualquer um deles, a reparação do dano sofrido, sendo a responsabilidade solidária um benefício à vítima, que poderá escolher que figurará no polo passivo de uma demanda judicial.

Por ser uma norma protetiva ao vulnerável, a Lei de Proteção ao Consumidor elenca a responsabilidade solidária como regra em seu ordenamento jurídico, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor, afinal este poderá elencar qual fornecedor figurará no polo passivo.

Desta forma, na relação de consumo entre incorporadoras e construtoras e adquirentes, se estes fornecedores constituírem pessoas jurídicas diversas, deverão responder solidariamente perante o consumidor, com a proteção do citado artigo 18 da Lei de Consumo.

Neste sentido, leciona Cavalieri Filho (2012) que ao tempo que a construtora causa diretamente o dano em um atraso na entrega da obra, respondendo civilmente pelo dano causado ao adquirente, a incorporadora contrata com o consumidor, não podendo se escusar da responsabilidade. Respondem, desta forma, os dois fornecedores de forma solidária.

Também a jurisprudência majoritária nos Tribunais pelo país reconhece a solidariedade entre os fornecedores, como destacam Thomas de Carvalho e Silva e Nayana Alcântara Cavalcante (2014, não paginado):

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2.0000.00.488347-2/000 - 17.11.2005 BELO HORIZONTE RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS -- COMPRA E VENDA - BEM IMÓVEL - VÍCIO DE QUALIDADE - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. - A venda de imóveis configura uma relação de consumo, haja vista a empresa vendedora figurar como fornecedora, por se inferir perfeitamente nos ditames do art. 3º, § 1º do Código de Defesa do Consumidor. - O art. 18 do CDC estabelece a responsabilidade solidária dos fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo ou lhes diminua o valor, *restando configurada a responsabilidade da vendedora, ainda que não seja a construtora do imóvel, pelos defeitos construtivos, em razão da solidariedade.*
(TJMG - Apelação Cível Nº 2.0000.00.488347-2/000 - 13ª Câmara Cível - Rel. Desembargadora Hilda Teixeira da Costa - j.17.11.2005).
(Sem grifos no original).

Também o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu por reconhecer a solidariedade entre a incorporadora e a construtora na indenização do consumidor

lesado (JUSBRASIL, 2011):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS DE NATUREZA MATERIAL E MORAL. CONTRATO DE EXECUÇÃO DE OBRAS PELO REGIME DE EMPREITADA GLOBAL. ALIENAÇÃO DA UNIDADE HABITACIONAL PELA CONSTRUTORA A TERCEIRO DE BOA-FÉ. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA INCORPORADORA. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. ARTIGO 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Pelo princípio da solidariedade, previstos nos artigos 7º, parágrafo único, 25 e parágrafos, e 34 do Código Consumerista, todos que de alguma forma participaram na formação do serviço são responsáveis pelos danos causados ao consumidor. Há relação de mandato entre o incorporador e o construtor no contrato de execução de obras pelo regime de empreitada por eles firmado, *razão por que são solidariamente responsáveis pelos prejuízos advindos dessa parceria comercial.*

(TJ-SC - AC: 823210 SC 2010.082321-0, Relator: Fernando Carioni, Data de Julgamento: 04/05/2011, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n., de Joinville) (Sem grifos no original).

Com o entendimento da responsabilidade solidária é necessário também que se consolide que os fornecedores responderão de forma objetiva, como já antes explicado, o Código de Consumo adotou este modelo de responsabilidade.

Gonçalves (2012) ensina que o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo, cabe à Lei de Consumo tentar igualar as partes desta relação, atribuindo ao fornecedor a responsabilidade objetiva, desta forma este será obrigado a indenizar o ato lesivo praticado, sem que seja necessário provar uma conduta culposa.

Garcia (2010, p. 140) destaca que o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor que elenca o fornecedor de serviços como responsável perante o consumidor “ [...] independentemente da investigação de culpa”, não sendo necessária a constatação de imperícia, imprudência ou negligência nos atos do contratado.

A jurisprudência também reconhece a aplicação da responsabilidade objetiva aos fornecedores, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entende (JUSBRASIL, 2014):

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - REJEIÇÃO - COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DE INDENIZAR - ART. 14 DO CDC - ENTREGA DAS CHAVES COM ATRASO DE POUCOS MESES - DANOS MORAIS - NÃO CONFIGURAÇÃO - MERO ABORRECIMENTO POR DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL NÃO EXCESSIVO - INDENIZAÇÃO MATERIAL DE TAXA DE EVOLUÇÃO DA OBRA - NÃO CABIMENTO - PEDIDOS INICIAIS JULGADOS IMPROCEDENTES - REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DO PROCESSO - CABIMENTO - RECURSO PROVIDO. -Se não há interesse da instituição financeira na eventual condenação da construtora nas despesas e danos morais decorrentes do atraso na entrega do imóvel, deve ser rejeitada a preliminar de litisconsórcio passivo necessário dela. - A teor do art. 14, do CPC, o *fornecedor de produto ou serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços.* (TJ-MG - AC: 10024111218178001 MG, Relator: Márcia De Paoli Balbino, Data de Julgamento: 27/03/2014, Câmaras Cíveis / 17ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/04/2014) (Sem grifos no original).

A Desembargadora relatora ao reconhecer a responsabilidade objetiva, expressa no artigo 14 da Lei 8.078/90, reconhece a proteção ao consumidor, uma vez que este não necessita provar a culpa dos fornecedores.

É preciso que se ressalte que a prova da culpa da construtora e da imobiliária, diante do atraso de obra restaria de difícil execução para o consumidor, uma vez que necessitaria de conhecimento técnico sobre as condições da obra, ou a contratação de perícia.

3.3. Dano moral pelo atraso na entrega do imóvel

A palavra dano deriva do latim *damnus*, que significa ofensa ou lesão que uma pessoa causa a outra, resultando uma deterioração ou destruição. Equivale à perda, algo que causa um estrago, um prejuízo a outrem. Já a palavra moral vem do latim *moralis*, e está relacionada aos costumes, ou seja, algo subjetivo e fora do âmbito patrimonial.

Assim, o dano moral é um prejuízo sofrido pela vítima em sua intimidade e em sua honra, decorrente de um ato condenável por parte do seu ofensor. Por ser imaterial e pessoal, existe dificuldade em se aferir de forma objetiva o mal sofrido, e

calcular a extensão do seu dano.

É necessário que se ressalte que não há no direito nacional normas legais que tracem definições para a indenização extrapatrimonial, talvez por ser instituto que se solidificou no ordenamento jurídico pátrio há poucas décadas, mas na doutrina e na jurisprudência são encontrados diversos debates sobre o assunto.

Neste aspecto, vale destacar a lição de Venosa (2013, p. 47), hábil e renomado doutrinador:

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí porque aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor mezinho da vida que pode acarretar a indenização.

O que se pode destacar do ensinamento de Venosa é a dificuldade na configuração e da reparação do dano moral na prática jurídica, uma vez que dispõe sobre uma lesão imaterial, impalpável, cabendo à autoridade julgadora discernir, no caso concreto, se houve dano moral e a sua quantificação.

Outro conceito relevante de reparação moral é o de Denise Nicoll Simões de Sousa (2003), segundo esta, a expressão “dano moral” nunca deve estar desassociada uma ofensa a qualquer dos direitos da personalidade da vítima, seja integridade psíquica, intimidade, honra, entre outros.

Para a autora, esta lesão ao direito da vítima lhe causa sofrimento, vexame, dor, abalando o seu íntimo, reafirmando esta, que não há como a lei não poderá negar o direito à reparação moral, pois desta forma estaria virando as costas para o próprio direito de personalidade do lesionado.

Como já indicado no capítulo “Aspectos Históricos” desta monografia, a Constituição da República de 1988 trouxe a indenização por danos morais como princípio fundamental, fazendo com que o Diploma do Consumo de 1990 seguisse este princípio e regulasse o dano moral como direito básico do consumidor.

Ao assegurar ao consumidor o direito a ser indenizado quando fosse lesionado de forma imaterial, ou seja, em seus direitos de personalidade, o Código de Defesa do Consumidor se mostrou fiel à Carta Magna e protetor do consumidor, tido como vulnerável na relação consumerista.

Roberto Senise Lisboa (2012) assegura que a Lei 8.078/90 dá notória importância aos direitos de personalidade, quando os eleva à categoria de direito básico do consumidor.

Neste diapasão, fica evidente a possibilidade de indenização por danos morais na relação de consumo, resta saber se é possível esta indenização ao adquirente de imóvel na planta que é lesado pelo fornecedor com o atraso na entrega do imóvel.

Vale lembrar que a construtora e a imobiliária serão responsabilizadas objetivamente, ou seja, haverá presunção de culpa, cabendo apenas ao consumidor provar o dano e o nexo causal, não sendo necessário provar que os fornecedores agiram com culpa.

O dano a que se refere está elencado no artigo 186 do Código Civil Brasileiro como uma das condições para a indenização, como destaca Gonçalves (2012, p. 62): “Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. ”, ressaltando a importância do requisito.

No caso do atraso na entrega da obra pelas construtoras e incorporadoras, o consumidor deverá provar que houve o atraso, ora, se os fornecedores estiverem dentro do prazo estipulado falta causa de pedir para esta reparação, afinal, o consumidor não poderá ser indenizado pela mora que não existe.

Desta forma, sendo indispensável a comprovação do dano para a reparação, como também destaca Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 87): “ [...] em se tratando de responsabilidade contratual, o comportamento da parte inadimplente que deixa de cumprir a obrigação convencionalizada carrega em si a presunção de dano. ”, o consumidor deverá demonstrar o inadimplemento contratual.

Com estudo de Venosa (2013), percebe-se que este doutrinador define a relação de causalidade, ou nexo causal, como outro requisito essencial para a responsabilidade civil do indivíduo.

O doutrinador (2013, p. 52) define a relação de causalidade como o “liame de que une a conduta do agente ao dano”, sendo assim, é um elemento imprescindível que determinará que a conduta punível do agente que causou dano à vítima, e que esta deve ser ressarcida.

Na seara da mora da entrega do imóvel pelas construtoras e incorporadoras podem causar diversos danos, danos patrimoniais como lucros cessantes, ou reparação por aluguéis pagos, mas o objeto deste estudo é o dano moral causado

pela atitude dos citados fornecedores.

Neste caso, o consumidor lesado deverá demonstrar que o atraso de obra, praticado pelos fornecedores, teve ligação com o dano moral pleiteado judicialmente, que esta conduta reprovável causou danos ao seu íntimo, Venosa (2013) afirma que esta constatação não é sempre fácil, porém é indispensável.

Na sociedade de consumo brasileira percebe-se a presença, em grande parte dos consumidores, do sonho da casa própria, é uma cultura do nosso país as pessoas almejam o lar próprio e condenam a moradia de aluguel.

Com a finalidade de realizar o sonho de suas vidas, muitas pessoas, por vezes de classes sociais menos favorecidas, optam pela compra do imóvel “na planta”, ou seja, a venda do projeto do empreendimento imobiliário, ainda não construído, isto acontece pois, geralmente, estes imóveis são vendidos a menor custo.

Após aceitos os termos pelo adquirente, este assina um contrato de compra e venda, um contrato na modalidade de adesão, como já antes explicado, em que os fornecedores determinam uma data de entrega.

A data de entrega fixada gera uma expectativa no consumidor, afinal é um sonho que está prestes a ser realizado, causa também uma programação, afinal o adquirente irá se preparar para o recebimento do seu imóvel, com a compra de móveis, planejamentos financeiros e projetos de decoração.

O imóvel próprio, na maioria das vezes, é visto pelos adquirentes e suas famílias como um bem da vida, tido como uma realização da família, ao mesmo tempo que representa estabilidade para os consumidores.

Infelizmente, a realidade da prática jurídica é de que muitas construtoras, juntamente com as incorporadoras, não entregam o imóvel na data estabelecida no pacto contratual, atrasam, por muitas vezes por anos, na entrega do bem imóvel gerando indiscutível desprazer aos adquirentes.

Dados divulgados por Silva e Cavalcante (2014) do Instituto Brasileiro de Estudo e Defesa das Relações de Consumo (IBEDEC) do ano de 2014, mostram que 95% (noventa e cinco por cento) das obras no Brasil são entregues com atraso.

Apesar deste alarmante número, e dos inúmeros relatos na Justiça nacional de atraso de obra, não há súmula consolidada pelos Tribunais Superiores, ou mesmo legislação sobre a possibilidade de dano moral diante desta lesão, restando aos julgadores determinar, segundo o seu entendimento, o cabimento da reparação

por dano moral ou não.

Pelo elevado número de atrasos na obra por construtoras por todo o país, existem diversos entendimentos sobre o tema em diferentes tribunais, pode-se destacar que não há um entendimento sólido, cabendo ao julgador analisar o caso concreto e definir a aplicação ou não da indenização imaterial.

Silva e Cavalcante (2014, não paginado) entendem:

[...] inegável que o atraso na entrega do imóvel causa frustração, angústia e sofrimento ao consumidor, e, portanto, danos morais, devendo a construtora indenizar o consumidor que foi lesionado, consoante o disposto no art. 5º, V, X da CF/88.

Felizmente, parte da jurisprudência tem entendimento similar aos autores, como é destacado por estes ao citar em seu texto ao citar decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

(TJRS-0117253) APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO CONTRATUAL. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL. DANO MORAL. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA. CONTESTAÇÃO TEMPESTIVA, NA MEDIDA EM QUE OBSERVADO O PRAZO LEGAL. A previsão contratual da tolerância de 120 dias na entrega da obra não se afigura abusiva. Na verdade é uma cláusula padrão nos contratos como o da espécie, que 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 injustificado na entrega de obra de 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. AFASTARAM A PRELIMINAR. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO DA RÉ E DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO AUTOR. UNÂNIME. (Apelação Cível nº 70054364260, 20ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Walda Maria Melo Pierro. j. 10.07.2013, DJ 31.07.2013). (Sem destaques no original).

A Desembargadora Relatora, sabiamente, entende que o atraso na entrega do imóvel gera frustração na expectativa do consumidor, tendo direito este a ser ressarcido por danos morais, com entendimento positivo também se mostra o Tribunal de Justiça de Sergipe (TJSE, 2013):

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL - CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA DE 180 DIAS - INABUSIVIDADE - DANOS MATERIAIS - PEDIDO

PARA PAGAMENTO DE ALUGUÉIS, EM RAZÃO DO ATRASO - POSSIBILIDADE - REFORMA DA DECISÃO SINGULAR NESSE PONTO - *PATENTE O DANO MORAL DIANTE DO DISSABOR E DESGASTE OCACIONADOS PELO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL, CONSIDERANDO QUE SE TRATA DE AQUISIÇÃO DA CASA PRÓPRIA, NA QUAL AS PESSOAS DEPOSITAM SEUS SONHOS E REALIZAÇÕES, COM SACRIFÍCIOS, PORTANTO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM MERO ABORRECIMENTO* - PRECEDENTES DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL - VALOR FIXADO (R\$ 6.220,00) PELO MAGISTRADO SINGULAR QUE ATENDE OS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - PLEITO DE SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA DE INCC COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO - DEVE PERMANECER O REAJUSTE DO SALDO DEVEDOR PELO INCC DURANTE O PERÍODO DE CONSTRUÇÃO DO IMÓVEL ATÉ O ESCOAMENTO DO PRAZO DE TOLERÂNCIA, PORÉM APÓS ESSE PRAZO DEVE SER APLICADO O ÍNDICE MAIS BENÉFICO AO CONSUMIDOR, QUE NO CASO EM COMENTO CORRESPONDE AO INPC - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - PLEITO DE MAJORAÇÃO - NÃO ACOLHIMENTO - PERCENTUAL DE 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO FIXADO EM OBSERVÂNCIA AO §3º DO ART. 20, DO CPC - MATÉRIA PREQUESTIONADA - RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDO PARCIALMENTE PARA A AUTORA E IMPROVIDO PARA EMPRESA - DECISÃO UNÂNIME. (Apelação Cível nº 2031/2013, Des. Rel. Cesário Siqueira Neto) (Sem grifos no original).

O Relator disserta acertadamente sobre a lesão extrapatrimonial sofrida pelo consumidor com o atraso na entrega do imóvel, importante observar a importância que o douto julgador dá à compra do imóvel próprio e a expectativa que a aquisição traz para o adquirente e sua família.

Pelos estudos das decisões do Tribunal de Justiça Sergipano, percebe-se que a maioria das decisões são favoráveis à reparação por danos morais diante do atraso de obra, uma atitude que deve ser aplaudida, pois protege o consumidor, como designado pelo nosso ordenamento jurídico, e pune o fornecedor inadimplente.

Por outro lado, podem ser colacionadas a este estudo entendimento jurisprudencial em que se nega a indenização extrapatrimonial pelo atraso na entrega do imóvel, com o fundamento de que configuram mero aborrecimento, suportável pelo adquirente e impassível de indenização.

Neste diapasão, pode-se citar a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (JUSBRASIL, 2014):

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - REJEIÇÃO - COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DE INDENIZAR - ART. 14 DO CDC - ENTREGA DAS CHAVES COM ATRASO DE POUCOS MESES - DANOS MORAIS - NÃO CONFIGURAÇÃO - MERO ABORRECIMENTO POR DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL NÃO EXCESSIVO - INDENIZAÇÃO MATERIAL DE TAXA DE EVOLUÇÃO DA OBRA - NÃO CABIMENTO - PEDIDOS INICIAIS JULGADOS IMPROCEDENTES - REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DO PROCESSO - CABIMENTO - RECURSO PROVIDO. -Se não há interesse da instituição financeira na eventual condenação da construtora nas despesas e danos morais decorrentes do atraso na entrega do imóvel, deve ser rejeitada a preliminar de litisconsórcio passivo necessário dela. - A teor do art. 14, do CPC, o fornecedor de produto ou serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. - *O atraso não excessivo e de poucos meses na entrega das chaves enseja aborrecimento por mero descumprimento contratual, que não implica danos morais. [...]* Vvp. APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. TAXA EVOLUÇÃO OBRA. - Deve ser reconhecida a responsabilidade da contratada pelo adimplemento da taxa de evolução de obra se houve atraso na entrega do imóvel. SÚMULA: DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO

(TJ-MG - AC: 10024111218178001 MG , Relator: Márcia De Paoli Balbino, Data de Julgamento: 27/03/2014, Câmaras Cíveis / 17ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/04/2014) (Sem grifos no original).

Percebe-se pela leitura do julgado que o magistrado entende o atraso na entrega da obra como mero dissabor, mero aborrecimento, este se configura pelo desconforto aceitável pelo homem por conta do convívio cotidiano, fruto da normalidade do dia a dia, desta feita, aceitável.

O mero desconforto cotidiano não é reparado, uma vez que causa danos mínimo, e de qualquer sorte normais e aceitáveis na sociedade em que vivemos, não atingindo os direitos de personalidade do lesionado.

É notável, portanto, a diferença do instituto do mero aborrecimento do dano moral, norma esta protegida pela Constituição Federal do Brasil, uma vez que a lesão moral provoca danos diretos aos direitos personalíssimos da vítima.

Em resumo, o mero dissabor é comum e irrelevante para a responsabilidade civil, enquanto que o dano moral representa uma grave lesão aos direitos da vítima

do dano e deve ser reconhecido e reparado pelo Judiciário.

Por este breve exposto, percebe-se que a jurisprudência que nega o dano moral no atraso na entrega do imóvel se distancia da realidade consumerista, configurada pelo poder dominante do fornecedor no mercado de consumo e a expectativa gerada pelo consumidor ao adquirir o seu imóvel próprio.

Não é possível que se olvide, como comentado pelo Desembargador Cesário Siqueira Neto (2013), que a compra do imóvel próprio é cercada pela expectativa do adquirente e de sua família na concretização de um sonho, em uma realização familiar.

Desta forma, urge que a doutrina e a jurisprudência entendam pela reparação imaterial nos casos de atraso de obra, desta forma o consumidor, vulnerável nesta relação consumerista, poderá ser ressarcido pelas angústias e tristezas sofridas.

A concretização da reparação moral também causará um efeito preventivo, inibindo as construtoras e imobiliárias a fixar prazos de entrega que não podem cumprir e serem fiéis ao pactuado.

CONCLUSÃO

O dano moral é um instituto da responsabilidade civil a muito estudado pelo Direito, no Brasil a sua normatização ganha força com a Constituição da República de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor inova ao dar ao dispositivo importância de direito básico do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor, que há pouco mais de duas décadas foi inserido no ordenamento jurídico pátrio, trouxe para os consumidores, agentes vulneráveis da relação de consumo, normativos legais que tentam diminuir o poder dos fornecedores e igualar esta relação no embate do direito.

Percebe-se com este trabalho que um dos dispositivos adotados pela Lei de Consumo com o intuito de proteção é a responsabilidade objetiva, isentando o consumidor de provar a culpa no dano lesivo do fornecedor, que se mostra muitas vezes tarefa de difícil execução, por contar com informações técnicas que são melhor entendidas pelo fornecedor.

Esta proteção demonstra que o Código de Consumo afastou a aplicação do Código Civil das relações de consumo, vez que, o diploma civilista adotou como regra a responsabilidade subjetiva, na qual o dever de indenizar configura-se pela aferição da culpa.

Foi possível com este estudo visualizar as relações de consumo e entender as particularidades que cercam esta relação jurídica no ordenamento jurídico pátrio, possível também entender que a relação entre imobiliárias/construtoras diante os adquirentes de imóvel é uma relação de consumo, por estarem presentes todos os requisitos para tal.

Outro aspecto protetivo adotado pela Lei 8.078/90 foi a responsabilidade solidária, certificando que quando houver mais de um fornecedor o consumidor poderá escolher contra quem irá litigar em uma disputa judicial para reparar o os danos sofridos.

Como visto, o dano moral é aceito expressamente pela proteção ao consumidor, nesta reparação incidirão as benesses da responsabilidade objetiva, restando para o consumidor provar apenas que houve o dano e que este dano lhe causou um prejuízo, um mal, e o benefício da responsabilidade solidária.

Desta forma, os fornecedores que atentarem contra os direitos do

consumidor, causando, com isto, um dano ao seu íntimo, ao seu direito da personalidade deverá ser penalizado pela Justiça com o pagamento de indenização por danos morais.

Tratou-se neste estudo da figura da incorporação imobiliária, antes regulada pela Lei 4.591/64, mas com o advento do Código do Consumidor a relação entre incorporadora/construtora e consumidora foi reconhecida como relação consumerista, aplicando-se o referido Código.

Foi explicado também que é prática recorrente destes fornecedores a contração por adesão, método permitido pela legislação de consumo em que o fornecedor define as cláusulas contratuais unilateralmente.

Por este modelo contratual, as construtoras e imobiliárias quando vendem imóveis na planta definem a data da entrega, por estudos próprios e sem qualquer consulta aos consumidores.

Foi concluído neste trabalho que muitas vezes os fornecedores são inadimplentes e não cumprem a data apazada, frustrando as expectativas dos adquirentes e de suas famílias, restando para estes pleitear danos morais em ação judicial.

Ainda não foi definido no ordenamento jurídico nacional uma posição consolidada sobre a possibilidade de reparação imaterial no atraso de obra, restando aos julgadores definir, com o estudo do caso prático, a sua possibilidade.

Neste embate jurisprudencial é preciso que seja lembrado o fundamento precípua da defesa do consumidor, que é a sua proteção, sua condição de vulnerável. É necessário que isto seja analisado diante de uma lesão consumerista.

Desta forma, entende-se que a frustração da data apazada pelo fornecedor não pode ser entendida como um mero dissabor da vida cotidiana, e sim uma lesão aos direitos de personalidade do consumidor, devendo ser reparada por indenização por danos morais.

REFERÊNCIAS

ABREU, Felipe Castelo Branco de. Danos morais na responsabilidade civil do Estado. **Revista Jus Navigandi, Teresina**, 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/35320/danos-morais-na-responsabilidade-civil-do-estado/4>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRADE, André Gustavo C. de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor: o momento em que se opera a inversão e outras questões. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 48, n. 834, p.89-107, out. 2003.

ARAGÃO, Valdenir Cardoso. Aspectos da responsabilidade civil objetiva. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 47, nov 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2352>. Acesso em abr 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Jurisprudência nº 0117253. Relator: Desembargadora Walda Maria Melo Pierro. **Diário Oficial do Estado**. Rio Grande do Sul. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 26 abr. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Sergipe. Jurisprudência nº 2031. Relator: Desembargador Cesário Siqueira Neto. **Diário Oficial do Estado**. Sergipe, Disponível em: <www.tjse.jus.br>. Acesso em: 2 abr. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Jurisprudência nº 10024111218178001. Relator: Desembargadora Márcia De Paoli Balbino, **Diário Oficial do Estado**. Minas Gerais, Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 26 abr. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Jurisprudência nº 823210.

Relator: Desembargador Fernando Carioni. **Diário Oficial da União**. Santa Catarina, Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 26 abr. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Jurisprudência nº 10024111218178001. Relator: Desembargadora Márcia De Paoli Balbino. **Diário Oficial da União**. Minas Gerais, Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 26 abr. 2015.

_____, Código de Defesa do Consumidor (1990). Código de Defesa do Consumidor. Brasília, Senado Federal, 1990.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Lex*: Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 26 de abril de 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Do Dano Moral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 615 p.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

CARDOSO, Francisco Kléristom Farias. As cláusulas abusivas e o CDC. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, III, n. 10, ago 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4473>. Acesso em abr 2015.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. Aspectos históricos da responsabilidade civil médica. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 107, 18 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4288>>. Acesso em: 29

abr. 2015.

DELFINO, Lúcio. Reflexões acerca do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 230, 23 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4832>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

DENSA, Roberta. **Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 230 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FIGUEIREDO, César Augusto Carvalho de. Inadimplemento contratual absoluto e relativo, total e parcial. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3551, 22 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24019>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 544 p.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código comentado**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010. 546 p.

GIANCOLI, Brunno Pandori; ARAÏJO JÚNIOR, Marco Antônio. **Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 224 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 786 p.

GREGORI, Maria Stella. O novo paradigma para um capitalismo de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 75, p. 247, jul. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Método, 2005.

HÜBERT, Ivens Henrique. **Condomínios em geral e incorporações imobiliárias**. Curitiba: Iesde Brasil, 2012. 2012 p.

LIMA, Clarissa Costa de. Dos Vícios do produto no novo Código civil e no código de defesa do consumidor e suas repercussões no âmbito da responsabilidade civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 51, p.112-125, 897 jul. 2004.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de consumo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 222 p.

MESQUITA JUNIOR, Oton Fernandes. Incorporação imobiliária e Direito do Consumidor. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3997, 11 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28219>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

NUNES, Luiz Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 927 p

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual de Direito do Consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. 1484 p.

PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. O inadimplemento absoluto, a mora e a violação positiva do contrato. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2206, 16 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13162>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o "Consumidor Intermediário". **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 74, n. 7, p.901-921, abr. 2010.

PEDRON, Flávio Quinaud; CAFFARATE, Viviane Machado. Evolução histórica do

Direito do Consumidor. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/687>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PINHEIRO, Camila. Proteção ao consumidor como garantia constitucional fundamental. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/687>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

RAGAZZI, José Luiz; HONESKO, Raquel. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2010. 143 p.

RANGEL, Tauã Lima Verdán. Consumidor e fornecedor, produto e serviço: conceitos. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3579, 19 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24229>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

SILVA, Thomas de Carvalho; CAVALCANTE, Nayana Alcântara de Oliveira. Atraso na entrega do imóvel: consequências jurídicas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4129, 21 out. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32069>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

SOUSA, Denise Nicoll Simões de. **O dano moral nas relações de consumo à luz do direito brasileiro e português**. 2003. 41 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2003.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**: Direito material e processual. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 351 p.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Contratos em espécie. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 690 p.

WERNER, José Guilherme Vasi. Vícios e Defeitos no Produto e no serviço. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 58, n. 58, p.98-115, jun. 2006.