

CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL – UNINTER
PRÓ-REITORIA DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* EM DIREITO

RUAN RADDI MIRA HILÁRIO

**DANO MORAL E O ATRASO DE ENTREGA DA OBRA: UMA ANÁLISE
EMPÍRICA QUALITATIVA DAS DECISÕES DO STJ**

CURITIBA

2022

RUAN RADDI MIRA HILÁRIO

**DANO MORAL E O ATRASO DE ENTREGA DA OBRA: UMA ANÁLISE
EMPÍRICA QUALITATIVA DAS DECISÕES DO STJ**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito – Mestrado Acadêmico do Centro Universitário Internacional UNINTER, como requisito parcial para obtenção do título de **Mestre em Direito**, Linha de Pesquisa: Jurisdição e Processo na Contemporaneidade.

Orientador: Prof. Dr. Martinho Martins Botelho
Coorientadora: Prof^a. Dr^a. Andreza Cristina Baggio

CURITIBA

2022

H641d Hilário, Ruan Raddi Mira
Dano moral e o atraso de entrega da obra: uma
análise empírica qualitativa das decisões do STJ / Ruan
Raddi Mira Hilário. – Curitiba, 2022.
122 f.

Orientador: Prof. Dr. Martinho Martins Botelho
Coorientadora: Profa. Dra. Andreza Cristina Baggio
Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro
Universitário Internacional UNINTER.

1. Brasil – Superior Tribunal de Justiça. 2. Defesa do
consumidor – Legislação – Brasil. 3. Danos morais.
4. Análise de conteúdo. 5. Responsabilidade (Direito). I.
Título.

CDD 340

Catálogo na fonte: Vanda Fattori Dias - CRB-9/547

“Uma questão de julgamento comporta alguma incerteza quanto à resposta e admite a possibilidade de que pessoas racionais e competentes venham a discordar. Mas há um limite para quanta discordância é admissível”.

(Daniel Kahneman, Oliver Sibony e Cass R. Sunstein)
Ruído: uma falha no julgamento humano

À Deus, cujo dom da vida permite o desenvolvimento e aprimoramento das capacidades humanas.

À Leticya, esposa, companheira, conselheira e dona de um coração que transborda de amor e bondade. Sou grato por realizar em conjunto nossos planos de vida.

À Sandra, minha mãe, e à Bárbara, minha avó materna, pelo amor e apoio incondicional.

À Nazareno, meu pai, que desde cedo me ensinou o valor e a dignidade do trabalho.

À avó Zeferina e ao avô Ozório, que de outro plano, nunca deixaram de me abençoar.

AGRADECIMENTOS

Não chegamos onde chegamos sozinhos, a despeito da escrita da dissertação representar um período de isolamento e de trabalho individualizado. Fato é que este momento é fruto de uma coletivização de relações e de uma rede de apoio sem a qual concluir este período de jornada acadêmica não seria possível.

Primeiramente, sou grato à Deus pelos dons percebidos e pela vida.

Não posso deixar de agradecer imensamente à minha esposa Leticya, incentivadora, estimuladora e crente no poder da educação na vida de qualquer pessoa. Nos últimos dois anos esteve cem por cento presente e me apoiando, tornando possível a realização deste projeto pessoal e acadêmico.

Não posso deixar de agradecer à minha mãe Sandra e à minha avó Bárbara que sempre apontaram a educação como fonte de transformação e que nunca deixaram faltar nada do que fosse necessário e essencial.

No âmbito acadêmico, sempre serei grato ao Professor Dr. Marcelo Losso e à Professora Dra. Silvana Carbonera que no já longínquo 2009 me encantaram e me incentivam a cursar Direito, tão logo concluisse o Tecnólogo em Negócios Imobiliários. São diversos os mestres que, mesmo que aqui não citados, participaram ativamente da minha jornada.

Agradeço igualmente a todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional, por demonstrarem tamanho amor e paixão pela docência, pela pesquisa, pela educação e pela formação.

Agradeço igualmente à coordenação do programa em nome do Professor Dr. Daniel Ferreira, pessoa muito humana e preocupada com os anseios individuais de cada aluno. Meus agradecimentos à Elenice pela sempre prontidão no suporte. À Anna Cavalheiro pela amizade de longa data e pelo incentivo em me inscrever para o processo seletivo do programa.

Ao meu orientador Professor Dr. Martinho Martins Botelho, sou grato inicialmente por me aceitar como seu orientando e mais grato ainda por compartilhar tamanho brilhantismo, tamanha inteligência genuína. Jamais havia ouvido falar em Análise Econômica do Direito. Hoje, pouca coisa consigo observar sem estas novas lentes que por ele me foram dadas.

À minha coorientadora Professora Dra. Andreza Cristina Baggio, sou grato em primeiro lugar por ter me apresentado o Direito do Consumidor, ainda nos bancos da

graduação em Direito no Centro Universitário de Curitiba (lá se vão uns bons anos). Em segundo lugar, por ter me aceito em seu grupo de estudos em Tutela dos Direitos do Consumidor. E em terceiro lugar, por aceitar o convite à coorientação e me conduzir nesta jornada com tantas luzes *jus* consumeristas e teorias contemporâneas compartilhadas em várias sextas-feiras que se prolongavam noite adentro.

Não poderia deixar de agradecer igualmente aos colegas que juntos ingressaram nesta jornada e compartilharam momentos de fala, leituras de textos, opiniões, divergências, pontos de melhorias, sempre com muita educação e cordialidade: Alan Teixeira, Alexandre Haering, Arthur Garcia, Edson Facchi, Erika Saquetti, Fabille Pillati, Gabriela Carmona, Hélio Mussoi, Jéssica Marçal, Louise Gonzaga, Natanael da Silva, Roberta Sandoval, Vinicius Baruffi, Vinicius Pallu e Ygor Salmen.

Corro o risco aqui de não nominar diversas pessoas igualmente importantes e que de uma forma ou de outra contribuíram para que eu chegasse até este momento. Sintam-se todos agraciados, em que pese não nominados.

Somos a soma das pessoas que tocam o nosso caminho. Sou a soma de todos vocês que pelo meu caminho passaram, seguiram, permaneceram e que ainda estão por vir.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 TEORIAS CONTEMPORÂNEAS SOBRE O RECONHECIMENTO DO DANO MORAL	13
1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOB O DANO MORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	16
1.2.1 O dano moral no direito do consumidor e a responsabilidade civil pelo atraso de entrega de imóvel na planta.....	21
1.2 O TEMPO DESPERDIÇADO DO CONSUMIDOR	28
1.3 O MENOSPREZO PLANEJADO NOS MERCADOS	31
1.4 (IN)ADMISSIBILIDADE DOS DANOS PUNITIVOS NO DIREITO BRASILEIRO	37
1.5 A QUEBRA DA CONFIANÇA DO ADQUIRENTE COMO FATO ENSEJADOR DO DEVER DE INDENIZAR	41
2 DIÁLOGOS ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A LEI DE CONDOMÍNIOS EM EDIFICAÇÃO E INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA	46
2.1 DIÁLOGO DAS FONTES E INTERAÇÕES ENTRE O CDC E A LEI DE INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS	49
2.2 O RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO JURÍDICA CONSUMERISTA NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA	56
2.2.1 O Produto Objeto dos Contratos de Incorporação Imobiliária.....	59
2.2.2 O Reconhecimento do Incorporador Imobiliário Enquanto Fornecedor	62
2.2.3 O Consumidor Adquirente de Imóvel na Planta.....	66
2.3 VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR ADQUIRENTE DE IMÓVEL NA PLANTA	70
2.4 AS CONSEQUÊNCIAS LEGAIS PELO ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL NA PLANTA: “LEI DO DISTRATO” (LEI Nº 13.786/2018)	78
3 ANÁLISE DOS JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	89
3.1 A ANÁLISE DE CONTEÚDO DE LAURENCE BARDIN COMO MÉTODO DE ANÁLISE QUALITATIVA DAS DECISÕES JUDICIAIS	91
3.2 COMPREENDENDO OS ARGUMENTOS EXARADOS PELOS MAGISTRADOS: ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DAS DECISÕES JUDICIAIS	97
CONSIDERAÇÕES FINAIS	102
REFERÊNCIAS	104
APÊNDICE I – TABELA DE ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	112

LISTA DE SIGLAS

CVCO	– Certificado de Vistoria e Conclusão de Obra
EPI	– Equipamento de Proteção Individual
LRP	– Lei de Registros Públicos
PROCON	– Programa de Proteção e Defesa do Consumidor
STJ	– Superior Tribunal de Justiça

RESUMO

O presente trabalho foi desenvolvido como requisito à obtenção do título de Mestre junto ao Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* em Direito do Centro Universitário Internacional (UNINTER) e está vinculado à linha 2: Jurisdição e Processo na Contemporaneidade. Este se subdivide em duas fases: primeiramente, é realizada uma análise da responsabilidade civil sob o âmbito do código consumerista e diante de uma análise de teorias contemporâneas do dano moral: a tutela do tempo do consumidor, o menosprezo planejado nos mercados, o (des)cabimento dos danos punitivos no direito brasileiro e a quebra da confiança como fato ensejador do dever de indenizar. No capítulo 2 é realizada uma abordagem dogmática cujo objetivo é analisar o *status* jurídico atual no tocante à incorporação imobiliária e a relação de proteção em face dos adquirentes de imóvel na planta. Em um segundo momento neste mesmo capítulo, é realizada a abordagem sobre o diálogo das fontes entre a norma federal especial (Lei de Incorporação Imobiliária) e a lei que tutela as relações de consumo (Código de Defesa do Consumidor), bem como, a análise das alterações trazidas pela Lei nº 13.786/2018, nominada de Lei do Distrato. A segunda fase do trabalho é desenvolvida no capítulo 3, onde há utilização da análise empírica, adotando-se o protocolo de análise de conteúdo proposto por Laurence Bardin, para depurar as decisões dos últimos 10 anos proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça que tenham analisado a ocorrência de danos morais por atraso de entrega de imóveis na planta. A conclusão é pelo reconhecimento do dano moral em caráter de exceção, seja em razão da existência de algum fato que venha a ferir alguns dos direitos psíquicos do adquirente, seja em razão de um prazo exagerado, que pelas análises empreendidas, correspondente a algo próximo ou superior a 2 anos. Contudo, casos especiais podem ter reconhecido tal direito se no caso concreto restar provado nas esferas ordinárias (1º grau/Tribunais de Justiça e Federal) algum elemento ensejador de sua condenação.

Palavras-chave: Dano moral pelo atraso; Análise empírica; Análise de conteúdo; Decisões do Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

The present work was developed as a requirement for obtaining a Master's degree from the Postgraduate Program *strictu sensu* in Law of the Centro Universitário Internacional (UNINTER) and is linked to line 2: Jurisdiction and Process in Contemporaneity. This is subdivided into two phases: first, an analysis of civil liability is carried out under the scope of the consumerist code and before an analysis of contemporary theories of moral damage: the protection of the consumer's time, the planned contempt in the markets, the (no)application of punitive damages in Brazilian law and the breach of trust as a fact that gives rise to the duty to indemnify. In chapter 2, a dogmatic approach is carried out whose objective is to analyze the current legal status regarding real estate incorporation and the protection relationship in the face of property purchasers in the plant. In a second moment in this same chapter, an approach is carried out on the dialogue of the sources between the special federal rule (Real Estate Incorporation Law) and the law that protects consumer relations (Consumer Defense Code), as well as the analysis of the changes brought by Law No. 13,786/2018, called the Cancellation Law. The second phase of the work is developed in chapter 3, where empirical analysis is used, adopting the content analysis protocol proposed by Laurence Bardin, to debug the decisions of the last 10 years handed down by the Superior Court of Justice that have analyzed the occurrence of moral damages due to delay in delivery of properties in the plant. The conclusion is for the recognition of moral damages as an exception, either due to the existence of some fact that may harm some of the psychic rights of the acquirer, or due to an exaggerated period, which by the analyzes undertaken, corresponding to something close or over 2 years. However, special cases may have recognized such right if, in the specific case, there is evidence in the ordinary spheres (1st degree/Courts of Justice and Federal) some element giving rise to their conviction.

Keywords: Moral damage by delay; Empirical analysis; Content analysis; Superior Court of Justice decisions.

INTRODUÇÃO

Mesmo o leitor alheio ao universo jurídico certamente já teve contato com comentários a respeito de *casos loteria* julgados pela justiça brasileira: são situações em que o mesmo caso concreto por vezes recebe tratamento diferenciado, a depender de seu julgador.

Casos assim representam anomalias no sistema jurídico e situações de injustiça na medida em que casos iguais possuem respostas e consequências jurídicas diferentes. Imagine que em um caso hipotético um ladrão de joias realiza um assalto a uma loja e logra êxito no roubo do equivalente a cinquenta mil reais. Ao ser julgado pelo juízo da 1ª Vara Criminal de Curitiba/PR, a pena fixada é de dez anos. Contudo, acaso este mesmo indivíduo houvesse sido julgado pelo Juízo da 8ª Vara Criminal de São Paulo/SP, teria recebido uma pena de apenas seis anos.

Este é um dos objetos de análise do livro citado em epígrafe, *Ruído: uma falha no julgamento humano*, de autoria de Daniel Kahneman, Oliver Siborny e Cass R. Sustein os quais buscam catalogar os critérios e possíveis soluções para divergências discrepantes na tomada de decisão humana.

A presente pesquisa científica que foi desenvolvida como requisito à obtenção do título de Mestre junto ao Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* em Direito do Centro Universitário Internacional (UNINTER) e está vinculado à linha 2: Jurisdição e Processo na Contemporaneidade, busca verificar a tomada de decisão dos magistrados do Superior Tribunal de Justiça ao analisar casos de atraso de entrega de imóveis na planta e especificamente, se nestas hipóteses há ou não a ocorrência de dano moral, bem como, se este é presumido, ou se condicionado à ocorrência e prova de situações graves no caso concreto.

A importância da presente pesquisa se mostra relevante para apontar a existência de ruído e de julgamentos dispares para mesmos casos concretos e ainda para mostrar aos jurisdicionados como pensam os magistrados no caso concreto.

Este ponto possui alta relevância e o poder de desjudicializar e até desestimular a proposição de demandas que ao final do seu trilhar processual não apresentarão o resultado pretendido ou ainda, mostrarão um valor de indenização mais adequado ao caso concreto, desde que claro, haja pacificidade na corte superior.

O caminho percorrido para alcançar o objetivo principal do presente trabalho, podendo-se então afirmar ou infirmar a hipótese, perpassa primeiramente pela análise

do dano moral e de teorias contemporâneas que pretendem fundamentá-los, tal como o desvio produtivo do consumidor, o menosprezo planejado aos mercados, a possibilidade de admissão no sistema jurídico brasileiro dos danos punitivos e a frustração da confiança como fato ensejador de responsabilização civil.

No segundo capítulo, é abordada a definição dos contratos de compra e venda de imóveis na planta, regulamentados pela Lei de condomínios e incorporações imobiliárias. Em ato contínuo, é abordado o diálogo existente entre esta norma, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor e pela análise da vulnerabilidade e hipossuficiência dos adquirentes de imóveis na planta. Ainda neste segundo capítulo, há uma breve análise a respeito das alterações trazidas em 2018 pela Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018 a qual inseriu alterações à regulamentação da incorporação imobiliária.

O terceiro capítulo se ocupa de detalhar a análise empírica utilizada com base no livro *Análise de Conteúdo* de Laurance Bardin e da depuração dos dados coletados e dos resultados obtidos a partir da análise das decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça nos últimos dez anos.

A presente pesquisa científica em que pese formada em sua grande parte por fundamentos dogmáticos da Ciência do Direito, possui uma grande preocupação com o universo jurídico em sua prática, observando-se o produto entregue pelo exercício da judicatura, pois considera, conforme se narrará em momento oportuno, a aproximação entre a cultura tradicional da *civil law* com a adoção de precedentes e da interpretação mais favorável atribuída pelos magistrados no caso concreto, típica da cultura da *commom law*.

A adoção de tal sistemática representa uma superação da discussão estática de conceitos jurídicos, em que pese a relevante importância de trabalhos exclusivamente dogmáticos, para observar o mundo como ele realmente é e como se coloca em atividade, conforme se verificará ao longo da presente pesquisa.

1 TEORIAS CONTEMPORÂNEAS SOBRE O RECONHECIMENTO DO DANO MORAL¹²³

Neste primeiro capítulo serão abordadas as teorias contemporâneas do dano moral e do dever de indenizar no contexto da sociedade atual.

¹ Orientador Professor Doutor Martinho Martins Botelho: Doutor pela Universidade de São Paulo (USP) na área de concentração Integração da América Latina. Doutor em Teoria Econômica pela Universidade Estadual de Maringá (UEM, linha de pesquisa Economia Aplicada). Mestre em Direito Econômico e Social (linha de pesquisa em Direito Internacional) pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC PR). Mestre em Geografia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Ciência Política pela UFPR/PPGCP. Especialista em Sociologia Política pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Ensino e Pesquisa na Ciência Geográfica (Unicentro). Especialista em Transportes Regionais Integrados pela *Università degli Studi di Roma I, La Sapienza* - Instituto Mercosul de Formação (IMF). Graduado em Direito pela PUC PR, em Ciências Econômicas pela UFPR, em Geografia pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Professor permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional Uninter, linha de pesquisa "Jurisdição e processo na contemporaneidade". Tem experiência nas áreas de Direito e de Economia, principalmente em Direito Econômico e Análise Econômica do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Análise Econômica da Jurisdição, Direito Econômico brasileiro e internacional, Economia Política e Direito; Direito Empresarial; Direito Tributário; Análise Empírica do Direito; Jurimetria.

² Coorientadora: Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2010), Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2006), Especialista em Gestão de Direito Empresarial pela FAE (2003), Especialista em Direito Processual Civil pelo IBEJ (1999), Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1998). Professora de Direito Processual Civil, Direito Contratual e de Direito do Consumidor no Curso de Direito, no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, professora de Direito das Relações de Consumo na especialização em Direito Médico do UNICURITIBA. Também é professora no Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional - UNINTER, área de concentração "Poder, Estado e Jurisdição, Linha de Pesquisa "Jurisdição e Processo na Contemporaneidade", líder do grupo de pesquisa "Processo e Efetividade da Tutela Jurisdicional", professora de Direito Processual Civil no curso de Direito e membro do Conselho de Pesquisa do Centro Universitário Internacional - UNINTER, em Curitiba. Professora da Magistratura do Estado do Paraná. Professora no Curso de Especialização em Direito Processual Civil em EAD UNINTER IBPEX. Professora do Curso de Especialização em Direito do Consumidor da PUCPR. Associada ao Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON. Membro da ABDpro - Associação Brasileira de Direito Processual. Advogada. Áreas principais de pesquisa: Direitos fundamentais, Sociedade de Consumo e sustentabilidade, Direitos dos Consumidores, acesso à justiça, processo e jurisdição na sociedade massificada, novo Código de Processo Civil.

³ Orientando Ruan Raddi Mira Hilário: Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) na linha Jurisdição e Processo na Contemporaneidade, especialista em Direito Imobiliário pela Universidade Positivo (2019), bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba - UNICURITIBA (2017) e tecnólogo em Negócios Imobiliários pela Universidade Federal do Paraná (2011). Pesquisador voluntário do Grupo de Pesquisa "Análise Econômica da Regulação", sob coordenação do Professor Dr. Martinho Martins Botelho, e do Grupo de Pesquisa "Inteligência Artificial e Autonomia Privada no Direito", sob coordenação da Professora Dra. Andreza Cristina Baggio, vinculados ao Programa de Iniciação Científica e Programa de Pesquisa Docente do Centro Universitário Internacional (UNINTER). Professor convidado da Escola Democrata (PR) e do Instituto do Corretor (SC) para lecionar o curso livre Documentação Imobiliária. Professor convidado em especializações em Direito Imobiliário e Direito Civil. Advogado com inscrição na OAB/PR.

O dano moral permeia o imaginário da população brasileira, sendo comum expressões como *eu vou lhe processar e pedir danos morais*, para os mais diversos casos, mesmo quando este se mostra inverossímil.

Aqueles que não estão habituados com o judiciário brasileiro e talvez por influência de produções *hollywoodianas*, certamente acabam por formar uma impressão que definitivamente não condiz com o cenário nacional e com o reconhecimento de indenizações fixadas pelos juízes e tribunais espalhados pelo país, as quais se mostram muitas vezes, irrisórias.

Clayton Reis destacada em sua obra alguns exemplos praticados em países da *commom law*, tal como a ação proposta por consumidor de cigarros em face da fabricante Philip Morris em razão de ter sido diagnosticado com câncer. A ação proposta em 2001, se findou em 2011, sendo a empresa condenada pela Suprema Corte americana em 13,8 milhões de dólares.⁴

Em outro caso semelhante, este julgado pelo Tribunal do Estado Alabama (EUA), a montadora de veículos de luxo BMW foi condenada inicialmente a pagar 2 milhões de dólares, valor este reduzido dos 4 milhões de dólares inicialmente fixados em primeiro grau, em situação em que vendeu um veículo novo repintado à consumidora, sem que houvesse esclarecido o relevante fato a esta.⁵

Ainda, citando outro caso do judiciário americano, este emblemático, visto que envolvia o *MCDonald's* e se tornou internacionalmente conhecido, a empresa de *fast food* que opera nos mais diversos locais de todo o mundo, foi condenada à quantia de 2,7 milhões de dólares (valores estes posteriormente reduzidos para 480 mil dólares).

No caso em questão, uma cliente de setenta e nove anos ao adquirir um café e alocá-lo por entre suas pernas para tentar abrir o copo, acabou por derramá-lo e teve sérias queimaduras, o que a manteve internada por vários dias. A decisão levou em conta a falta de adequação da embalagem utilizada e o menosprezo da empresa pela segurança de seus clientes.⁶

Além dos elevados valores que chamam a atenção, os três casos tiveram por objeto a aplicação do nominado *punitive damages* (ou danos punitivos⁷). Esta espécie

⁴ REIS, Clayton. **Dano moral**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 94.

⁵ REIS, Clayton. **Dano moral**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 95.

⁶ REIS, Clayton. **Dano moral**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 94.

⁷ Expressão empregada ao instituto pela doutrina e jurisprudência em âmbito nacional. Nominado também de teoria do valor do desestímulo (DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral**: como chegar até ele. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2004. p. 217).

em questão será tratada em subcapítulo específico, de modo que se discutirá como a doutrina nacional tem compreendido a sua admissibilidade ou inadmissibilidade no direito brasileiro.

Sobre o objeto desta pesquisa, quanto ao atraso de entrega de imóvel na planta e o cabimento ou descabimento de danos morais, Yussef Said Cahali ao retratar o entendimento da jurisprudência no passado, apontava pelo reconhecimento da indenização extrapatrimonial somente em casos excepcionalíssimos, quando houvesse algum elemento realmente grave no caso concreto:

Reconheça-se que a jurisprudência ainda resiste em conceder indenização de dano moral em razão de atraso na entrega de imóvel objeto de compromisso de compra e venda pela incorporadora, considerando que no conceito de dano moral não se enquadra o simples constrangimento decorrente do insucesso do negócio. [...] Nesta linha, somente circunstâncias especialíssimas poderiam justificar a concessão de dano moral, decorrente de fatos comprovados e relevantes.⁸

Resta, portanto, à guisa de introdução, analisar a figura do dano moral do âmbito dos ordenamento jurídico brasileiro⁹ para que em passo seguinte, tópico a tópico, seja possível analisar possíveis proposições contemporâneas à respeito do dano moral ou extrapatrimonial¹⁰, que possam responder a pergunta objeto do presente trabalho, à respeito de possibilidade/impossibilidade de reconhecimento de danos morais quando do atraso da entrega do imóvel no âmbito dos contratos de incorporação imobiliária/imóveis na planta.

⁸ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 511-512.

⁹ Considerando que o presente trabalho não pretende se debruçar exclusivamente sobre conceitos, ontologia e demais discussões detalhadas e dogmáticas sobre o dano moral, sugere-se o aprofundamento da matéria por meio das seguintes obras: CAHALI, Yussef. Said. **Dano moral**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*; REIS, Clayton. **Dano moral**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹⁰ Serão utilizados os termos como sinônimos ao longo do presente trabalho, adotando-se o entendimento de Felipe P. Braga Netto no seguinte sentido: “dano moral é dano extrapatrimonial, isto é, dano que atinge a vítima em seus direitos não-patrimoniais. A reparação, contudo, em se tratando de dano moral, será patrimonial, o que não deixa de ser conceitualmente contraditório” (BRAGA NETTO, Felipe. P. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 215).

1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOB O DANO MORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ao contrário dos danos materiais, os danos morais ou extrapatrimoniais encontraram certa resistência em vingar no ordenamento jurídico nacional. Felipe P. Braga Netto diz que “em passado recente, no Brasil, o dano moral não era indenizável. A jurisprudência refletia essa lamentável visão [...]”.¹¹ Segue referido autor narrando que:

O Supremo Tribunal Federal, até meados dos anos sessenta, dizia, de modo peremptório, que “não é admissível que os sofrimentos morais deem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material” (STF, RE 11.786, Rel. Min. Hahnemann Guimarães, 2ª T., j. 07/11/50, p. DJ 06/10/1952). Ou seja, não se indenizava, no Brasil, os danos morais; apenas os danos materiais seriam indenizáveis.¹²

Um passo seguinte, conforme narra este mesmo autor, foi um avanço para “[...] aceitar sua indenização, desde que acompanhada de um dano material. [...], mas no cálculo da indenização se revelava, claramente, que se estava indenizando prejuízos materiais, e não morais”.¹³

Era o cenário vigente antes da Constituição Federal da República de 1988, vislumbrando os magistrados nacionais o dano moral como uma ocorrência irreparável e não quantificável. Não sem embargos, Yussef Said Cahali destaca que havia um movimento em sentido oposto pela jurisprudência, visando a alteração do pensamento sobre a matéria:

[...] se antes da Constituição de 1988 o tema da reparação do dano moral ainda se prestava a controvérsias, já então juízes de todas as instâncias, em antecipação meritória, sensíveis aos reclamos da sociedade moderna, recusavam a velha e desgastada parêmia da irreparabilidade do dano moral no pressuposto de que a dor não tem preço, proclamando a necessidade de serem revistos os antigos conceitos.¹⁴

¹¹ BRAGA NETTO, Felipe P. **Manual de direito do consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. 12.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 214.

¹² BRAGA NETTO, Felipe P. **Manual de direito do consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. 12.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 214.

¹³ BRAGA NETTO, Felipe P. **Manual de direito do consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. 12.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 214-215.

¹⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 17.

A discussão foi encerrada com a Constituição Federal de 1988 ao prever expressamente a indenização extrapatrimonial: “[...] com a Constituição da República, que previu explicitamente a reparação do dano moral no artigo 5º, inciso V e X, acabaram os espaços para as recusas hesitantes”.¹⁵ O legislador constitucional adotou a seguinte redação:

Art. 5º. [...] 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.¹⁶

Conceituá-lo, de todo modo, é tarefa árdua. “Não existe, no Brasil, conceito legal de dano moral”.¹⁷ Yussef Said Cahali disserta não ser possível apreender o dano moral, prevendo-o objetivamente, enumerando situações, meramente exemplificativas que poderiam ser capazes de configurá-lo:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.¹⁸

Humberto Theodoro Júnior exemplifica que o homem ao longo de sua vida acumula bens patrimoniais e valores. A violação moral seria a infração contra esta segunda modalidade acumulada:

No convívio social, o homem conquista bens e valores que formam o acervo tutelado pela ordem jurídica. Alguns deles se referem ao patrimônio e outros à própria personalidade humana, como atributos essenciais e indisponíveis da pessoa. É direito seu, portanto, manter livre de ataques ou moléstias de

¹⁵ BRAGA NETTO, Felipe. P. **Manual de direito do consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 215.

¹⁶ BRAGA NETTO, Felipe. P. **Manual de direito do consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 215.

¹⁷ BRAGA NETTO, Felipe. P. **Manual de direito do consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 214.

¹⁸ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 20.

outrem os bens que constituem seu patrimônio, assim como preservar a incolumidade de sua personalidade.¹⁹

Na vida prática, o dano moral acaba por admitir a sua formação a partir dos casos concretos, tendo papel de destaque a jurisprudência ao apontar os casos que merecem ou não indenização a título moral:

Definir o que seja o dano moral é tarefa das mais difíceis. É a jurisprudência quem, topicamente, em análises concretas, define as agressões que perfazem danos morais. Esse, aliás, é um daqueles temas para cujo estudo a análise da jurisprudência se faz, talvez, mais importante do que a da doutrina. Aliás, em tema de responsabilidade civil, algumas das evoluções históricas mais importantes – como a vedação do abuso de direito, ou mesmo a responsabilidade civil do Estado – tiveram amparo inicial na jurisprudência, e só mais tarde na doutrina e nas leis.²⁰

É na casuística que o julgador, analisando os elementos do caso concreto, fixará os pressupostos e a *ratio* para definir sua compreensão sobre o ilícito cometido e as consequências subjetivas deste.

Delimitando os pressupostos indenizatórios, o legislador civilista positivou no artigo 927 os requisitos para formação e reconhecimento da responsabilidade civil, sob o seguinte texto: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

A doutrina então, sistematizando as hipóteses de responsabilidade civil, elencou os elementos necessários ao dever de indenizar, sendo: “[...] conduta dolosa, culposa ou prevista em lei como de responsabilidade objetiva, dano e nexo causal entre aquela conduta e este dano”.²¹

Há aqui uma ligação entre o dano causado²² e um liame de conexão, ou nexo de causalidade para com o resultado ocorrido. Além disso, é preciso que exista um dano à vítima. A contrário *sensu*, não é uma simples discussão entre vizinhos em uma assembleia condominial ou a ausência de um sorriso da atendente do supermercado

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*.

²⁰ BRAGA NETTO, Felipe. P. **Manual de direito do consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. 12.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 213.

²¹ ALTHEIM, Roberto. **Direito de danos**: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2008. p. 84.

²² Culposo ou indiferente, em determinados casos, como àqueles albergados por fornecedor pessoa jurídica sob o manto do CDC.

que ensejariam a indenização daquele que se sentiu ofendido ou não tão bem atendido.

Existe um grau de subjetivismo no dano moral que desafia o legislador a se aprofundar no caso concreto, captando a sua essência e verificando se o ocorrido foi capaz de causar, naquela pessoa que o pleiteia, o devido abalo e por consequência o direito à devida indenização. Além disso e conforme advoga Héctor Valverde Santana, deveria a Ciência Jurídica se ocupar de tutelar

[...] outros bens valiosos do indivíduo e da coletividade para a manutenção da paz social. Destacam-se, nesse particular, os bens imateriais caracterizados por serem desprovidos de aferição econômica imediata mas fundamentalmente valiosos, como a vida, a saúde, o nome, o lazer, a tranquilidade, a intimidade, a privacidade, a honra, dentre outros da mesma natureza.

Aqui observa-se uma abertura sistemática para a tutela de diversos direitos, sob o espectro do dano extrapatrimonial, justamente pela dissociabilidade entre o bem jurídico tutelado e a impossibilidade de referibilidade econômica.

Apesar de a indenização moral ensejar sua restituição equivalente, embora essa se trate em verdade de ficção jurídica²³, na medida em que é impossível desenvolver um cálculo aritmético para aferição de um dano extrapatrimonial, seria possível se falar em composição não pecuniária, tal como propõe Leonardo Fajngold em sua obra: “[...] refere-se à hipótese em que a metodologia voltada à reparação de um dano extrapatrimonial não consiste na transferência de dinheiro à vítima com o objetivo de incremento do seu capital”.²⁴

O autor cita inclusive a aprovação na VII Jornada de Direito Civil do enunciado 589, cuja redação é a seguinte: “A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação in natura, na forma de retratação pública ou outro meio”.²⁵

²³ Neste sentido, “A reparação do dano moral não tem a pretensão de recomposição patrimonial ou indenização por perda futura em razão do ato ilícito, mas visa compensar a vítima por experimentar ilicitamente agressão aos seus direitos da personalidade [...]” (SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2019. *E-book*).

²⁴ FAJNGOLD, Leonardo. **Dano moral e reparação não pecuniária: sistemática e parâmetros**. São Paulo: Thonsom Reuters, 2021. *E-book*.

²⁵ BRASIL. **Enunciado 589 da VII Jornada de Direito Civil**. 2015. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2022.

No caso dos contratos de aquisição de imóvel na planta, entendemos possível se sopesar no caso concreto o comportamento do incorporador quando o atraso ocorre, sendo tal comportamento capaz inclusive de diminuir o *quantum* indenizatório se este foi capaz de mitigar os efeitos de seu atraso.

Neste sentido, é de se vislumbrar um casal que opta por adquirir um imóvel na planta visto que planeja se casar em determinada data. Oito meses antes da data final para entrega do imóvel, o incorporador, por meio de seus prepostos, entra em contato com os adquirentes e lhes informa que em razão de contratempos, a entrega do imóvel irá atrasar por noventa dias e que diante de tal fato, está oferecendo a estadia para a lua de mel do casal no destino escolhido (dentro da razoabilidade). Que irá ainda disponibilizar outro imóvel do estoque da incorporadora quando do retorno destes até que o imóvel seja entregue, bem como, que custeará a mudança para o imóvel provisório.

Em outra hipótese, temos o mesmo incorporador que, ao ser acionado um mês antes da data contratual, não presta a informação quanto à data de entrega das chaves, não retorna aos reclamos dos clientes, não responde a reclamação formulada através de plataformas de defesa do consumidor (Consumidor.gov, Reclame Aqui, dentre outras) e frustra o plano de vida do casal, pois atrasa a entrega do imóvel por noventa dias além do prazo final de entrega (considerando-se o prazo de prorrogação).

Parece evidente que no primeiro caso em que se adotou uma compensação não-pecuniária, visto que não houve o acréscimo direto patrimonial dos lesados por ausência de pagamento do incorporador em favor destes, possivelmente se teria um sopesamento quanto ao dano moral. Diferente seria na segunda hipótese, quando se tem o evidentemente menosprezo do incorporador em face do adquirente.

É cabível apontar que o dano moral quando do atraso de entrega do imóvel estará inserido no âmbito contratual, a priori. Logo, a violação da cláusula que dispõe sobre o prazo da entrega físico-material do bem imóvel, neste caso já se considerando a cláusula de prorrogação por mais cento e oitenta dias, ensejará a priori, a incidência da multa moratória prevista, conforme será analisado em subcapítulo específico. Referida multa moratória será equivalente aos alugueres que o adquirente dispendeu ou deixou de aferir com o aluguel do imóvel objeto. Poderia ainda se conceber o consumidor por equiparação, sendo o(a) convivente(a) ou futuro cônjuge que não

figurou no contrato legitimado a tutelar um direito de personalidade com fundamento no artigo 2º, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor²⁶.

A este respeito, tem se posicionado a jurisprudência que a simples violação de cláusula contratual por si só não ensejará a condenação em danos morais, formulação da qual discorda Alex Trevisan Braz:

Quando entre as partes existe um contrato, uma relação jurídica preexistente, presume-se que as consequências do inadimplemento e da mora já estariam reguladas no instrumento contratual. Por isso, encontra-se posicionamento, em especial na jurisprudência, no sentido de que, em regra, o descumprimento contratual não pode embasar pedido de indenização por danos morais. Do mero descumprimento do ajuste não surgiria o dever de indenizar danos imateriais. O presente estudo pretende demonstrar que a formulação de tal regra não é aceitável.²⁷

O autor menciona o caso julgado pelo STJ (Recurso Especial nº 830.572) na qual os adquirentes aguardaram por nove anos a entrega do imóvel adquirido sob o regime de incorporação imobiliária. Na hipótese, assentou o relator não se tratar de mero dissabor, mas de fato que abalaria sobremaneira o espírito dos adquirentes. O caso narrado não parece nada cinzento, na medida em que nove anos é para o homem médio²⁸, muitíssimo tempo. Situações de maior dúvida e dificuldade na tomada de decisão pelos julgadores talvez se revelem quando o atraso se der por alguns meses, não se chegando a um ano, por exemplo.

Esboçados breves considerações sobre os pressupostos de aplicação de dano moral, se passará à análise do dano moral quanto inserido em relação de consumo.

1.2.1 O dano moral no direito do consumidor e a responsabilidade civil pelo atraso de entrega de imóvel na planta

²⁶ Art. 2º (...) Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

²⁷ BRAZ, Alex Trevisan. **Dano moral por inadimplemento contratual**. São Paulo: Almedina, 2016. *E-book*.

²⁸ Aliás, para qualquer pessoa.

O legislador civilista expressamente previu no Código Civil, artigo 927, parágrafo único, a hipótese de situações em que a culpa seria elemento dispensável para a configuração do dever de indenizar.²⁹

O Código de Defesa do Consumidor é exemplo da hipótese de dispensabilidade do elemento culpa, visto a expressa definição legal contida no artigo 14 quando previu que o fornecedor responderia, independente de culpa (com exceção dos profissionais liberais – artigo 14, §4^{o30}), com a seguinte redação:

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

Antonio Carlos Efiging disserta que ao contrário da sistemática civilista, no Sistema de Defesa e Proteção do Consumidor, a responsabilidade do fornecedor “[...] não decorre somente de ato culposos do agente causador da lesão, ou seja, no sistema brasileiro de defesa do consumidor, não é determinante para a responsabilização, a apuração da conduta do agente”.³¹

Esta sistemática seria resultado da adoção pelo sistema protetivo consumerista brasileiro da nominada “[...] responsabilidade civil não absoluta ou também chamada responsabilidade mitigada, já que prevê algumas hipóteses em que o fornecedor não será responsabilizado [...]”.³²

Héctor Valverde Santana em mesmo sentido destaca a dissociação da lógica civilista e consumerista:

Destaque-se a opção do Código de Defesa do Consumidor ao disciplinar a responsabilidade civil do fornecedor. O sistema legal de proteção ao consumidor afasta-se da consagrada classificação civilista assentada na dicotomia representada pela responsabilidade contratual e extracontratual. O sistema consumerista regula o dever de reparar os danos experimentados

²⁹ Art. 927. “[...] Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002).

³⁰ Art. 14. “[...] § 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990).

³¹ EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 154.

³² EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 154

pelo consumidor mediante classificação diversa, ou seja, subdivide a responsabilidade civil do fornecedor pelo fato e pelo vício do produto e do serviço.³³

Este modelo de responsabilidade, baseia-se na teoria do risco, hipótese em que prescindiria “[...] demonstração de culpa [responsabilidade objetiva], bastando para formatar o dever de indenizar a prova de que o agente desenvolveu atividade que implicou risco a direitos de outrem”.³⁴ Isso porque, conforme defende Héctor Valverde Santana, “[...] a sociedade tem expectativa na observância do dever geral de emprego de diligência na prática de atos, isto é, a fim de evitar danos a outrem”.³⁵

Este emprego de diligência pode ser percebido, como disserta Andreza Cristina Baggio, como um dever de proteção da confiança do consumidor.³⁶ É que na sociedade atual na qual os produtos e serviços se mostram cada vez mais complexos, no tocante à profundidade técnica e ao avanço tecnológico empregado em seu processo de produção e no resultado final, muito dispendioso se mostra ao consumidor se aprofundar ou adquirir conhecimento que para consumidor tal produto ou serviço. O fornecedor, por sua vez, detém o domínio do processo produtivo em sua inteireza.

Por exemplo, ao adquirir um carro elétrico, o consumidor tem conhecimento sobre como conduzi-lo, número de passageiros que pode levar, velocidade máxima alcançada. Aos que possuem um conhecimento um pouco mais aprofundado, talvez tenham assistido a programas na televisão ou em canais de *streaming* onde obtiveram algum tipo de conhecimento um pouco mais aprofundado sob o produto.

Contudo, em geral, os consumidores não terão conhecimento sobre cuidados especiais neste tipo de veículo, tempo de duração das baterias, necessidade de manutenção especial em razão da novidade trazida pelos mesmos, modelos de *plugs* de conexão para recarga, dentre outros dados técnicos.

Logo, acredita piamente que o fornecedor empenhou sua melhor técnica produtiva e zelou por seu cuidado, fazendo diversos testes prévios antes de inserir o

³³ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2019. *E-book*.

³⁴ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2019. *E-book*.

³⁵ SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2019. *E-book*.

³⁶ Tem este que será objeto de subcapítulo específico (BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *E-book*).

produto no mercado. Por outro lado, acredita nos órgãos de fiscalização estatais no sentido de que empregaram uma justa análise antes de autorizar a comercialização do veículo.

Neste sentido, Andreza Cristina Baggio destaca que:

Ao privilegiar a transparência, como forma de proteção pré-contratual, o Código de Defesa do Consumidor pretende uma aproximação mais sincera entre as partes, a fim de afastar possíveis danos à vulnerabilidade do consumidor quanto ao conteúdo do contrato, ou dados específicos sobre o produto ou serviço.³⁷

Quanto às espécies de responsabilidade, o legislador consumerista adotou as hipóteses de: a) a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (art. 12³⁸ e 14³⁹); e b) a responsabilidade por vício do produto e do serviço (art. 18⁴⁰).

Sobre a primeira hipótese, o parágrafo primeiro dos artigos 12 e 14 tipificam como fato do produto ou serviço, aquilo que não oferece a segurança dele esperada:

Art. 12. [...] § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: [...] Art. 14. [...] § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: [...].

De acordo com Antonio Carlos Efiging, “[...] o fato do produto está ligado a evento ocasionado por defeito [...] que eterniza suas consequências, proporcionando evento

³⁷ BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *E-book*.

³⁸ Art. 12. “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos” (BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990).

³⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 77.

⁴⁰ 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” (BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990).

danoso ao consumidor”.⁴¹ Bruno Miragem advoga pela existência inclusive de um acobertamento pela indenização moral, quando a ocorrência de vício do produto ou serviço representa um dano à integridade extrapatrimonial, afirmando que:

No âmbito da responsabilidade do fornecedor, a violação do dever de segurança acarreta hipótese do dever de indenizar por fato do produto ou do serviço (artigos 12 a 14). A proteção da segurança visa à preservação da sua integridade física, em que pese os danos indenizáveis não se restrinjam à ofensa física, podendo decorrer do agravo físico ofensa à própria integridade moral, ou mesmo o reconhecimento exclusivo, de modo autônomo, de danos à integridade de moral do consumidor.⁴²

A segunda hipótese de responsabilidade se daria por vício no produto e no serviço, prevista expressamente no artigo 18⁴³ do Código de Defesa do Consumidor. Quanto ao vício de produto, Antonio Carlos Efig explica que a doutrina a qualificou em categorias de vícios, sendo estes de qualidade, quantidade ou disparidade de indicações.⁴⁴

O primeiro se apresentaria quando o bem é inadequado ou existe diminuição de seu valor.⁴⁵ Exemplo prático se verificaria em caso na qual o adquirente de imóvel na planta celebra o contrato onde consta do memorial de incorporação porcelanato com padrão elevado e ao receber seu imóvel, verifica ter sido colocado piso cerâmico de inferior qualidade.

Os vícios de quantidade em sentido similar “[...] também provêm de impropriedade, de inadequação do bem ou da diminuição de seu valor [...]”.⁴⁶ Nesta hipótese o legislador previu a possibilidade de “[...] o consumidor exigir o abatimento

⁴¹ EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 156.

⁴² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 112-213.

⁴³ 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” (BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990).

⁴⁴ EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 158.

⁴⁵ EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 158.

⁴⁶ EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 159.

proporcional do preço, a complementação do peso ou medida, substituição do produto por outro de igual modelo [...] ou ainda a restituição imediata do pagamento”.⁴⁷

O vício do serviço, por seu turno, se verificaria quando:

[...] a atividade desempenhada a um ou mais consumidores cuja finalidade de satisfação não é atingida, seja pelo mau desempenho de quem prestou a atividade, seja pela simples impossibilidade de cumprimento, quando não tiver o consumidor qualquer responsabilidade pela frustração do serviço.⁴⁸

Assim, se um incorporador contrata uma promotora de eventos para o lançamento de seu empreendimento e no dia da prestação do serviço, alguns dos profissionais da empresa pedem demissão e o serviço deixa de ser realizado, evidenciado está o vício do serviço que, não pode ser imputado ao consumidor-contratante⁴⁹ e que muito provavelmente se tornou obrigação impossível de se cumprir, visto o desinteresse pela realização do evento em data futura.

Após estas digressões, compreende-se pela prescindibilidade da tutela especial consumerista para fins de se analisar a ocorrência de danos morais quando do atraso de entrega de imóvel na planta.

Como já analisado em outra oportunidade na presente pesquisa, haverá casos em que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 4.591/1964 se aplicarão de forma dialógica e complementar. Em outros momentos, não se terá o reconhecimento do Código de Defesa do Consumidor por ausência de configuração dos atores essenciais à atração da tutela especial, notadamente quando o adquirente não se tratar de consumidor.

A despeito disto, fato é que o legislador não deixou o adquirente desamparado ao mesmo passo que se verificou que a tutela especial consumerista não afasta o

⁴⁷ EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 159.

⁴⁸ EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 159.

⁴⁹ Sobre o caso hipotético em questão, é possível aplicar o entendimento de Antonio Carlos Efig, o qual compreende que em se tratando de serviço, não há que se questionar a destinação final dos serviços, na medida em que estes são consumíveis, não podem ser revendidos, ainda que se trate de pessoa jurídica/comerciante: “[...] em relação à prestação de serviço, sendo esta, caracterizada como obrigação de fazer, será sempre realizada em favor do destinatário, razão pela qual, como regra geral, o beneficiário dos serviços prestados será o destinatário final destes serviços. Assim, quanto à prestação de serviços, dúvidas não podem existir de que aquele que recebe a prestação de serviços é o destinatário final do serviço, uma vez que, mesmo tendo utilidade profissional do serviço, sempre o prestador de serviços fará a realização do serviço ao destinatário final” (EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 53).

regime geral de tutela da responsabilidade civil. Héctor Santana Valverde destaca a diferença existente entre a responsabilidade civil consumerista e o descumprimento contratual, o qual ensejaria a responsabilidade pela inexecução contratual, não sendo preciso adentrar à esfera consumerista para que o lesado tenha o direito a ser indenizado:

Entende-se como necessária a distinção entre fato do produto e do serviço, vício do produto e do serviço e inexecução contratual, espécies de responsabilidade por danos materiais, da violação aos direitos da personalidade do consumidor, que por sua vez autoriza a reparação dos danos morais. Não há que se falar em dano moral como espécie do fato do produto e do serviço, porquanto este pode verificar-se sem que ocorra violação dos direitos da personalidade.⁵⁰

Complementarmente, vale dizer que os direitos da personalidade continuarão a ser protegidos pela tutela civilista e constitucional, em que pese possa parecer uma obviedade se falar nisso. Além disso:

O sistema aberto (não taxativo) de proteção aos direitos da personalidade adotado no Brasil possibilita a concretização da norma jurídica com ampla discricionariedade, ou seja, o intérprete deve analisar o caso concreto e fundamentar adequadamente se houve ou não violação aos direitos da personalidade do consumidor.⁵¹

A despeito do autor se referir à personalidade do consumidor, tal premissa se aplica à pessoa humana de forma global, estando todos sob a égide constitucional, sendo este o objetivo da norma, a de tutelar relações e interações humanas.

Neste sentido, o processo esquemático que deverá seguir o julgador na tomada de decisão pela ocorrência (ou não) dos danos morais, independerá da tutela consumerista, visto que os primados de proteção da personalidade é que lançarão luzes para a resolução do caso concreto.

Nos próximos subcapítulos analisaremos teorias contemporâneas sobre a tutela da responsabilidade civil. O objetivo é captar o ressoar de tais teorias no judiciário brasileiro, o que se fará no capítulo 3.

⁵⁰ VALVERDE SANTANA, Héctor. **Dano moral no direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2019. *E-book*.

⁵¹ VALVERDE SANTANA, Héctor. **Dano moral no direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2019. *E-book*.

1.2 O TEMPO DESPERDIÇADO DO CONSUMIDOR

É inegável o valor que o tempo na vida contemporânea se revela. Temos a impressão de que falta tempo para dar-se conta de todos os compromissos ao qual os seres humanos se objetivam diariamente. As metas traçadas no início de ano parecem não caber em tão pouco tempo, quando adversidades diárias aparecem, imprevisivelmente, tomando tempo que seria dedicado à outra tarefa. O ser humano é assim dominado pelo tempo, como desenvolve G. J. Whitrow:

Hoje, em um mundo dominado pela ciência ocidental – no qual até mesmo a vida diária é regulada cronometricamente, não para comermos e dormirmos quando sentimos fome ou estamos cansados, mas quando somos avisados pelo relógio –, nosso conceito de tempo é um aspecto dominante de nossa visão de mundo. O avanço da tecnologia em mesmo sentido contribuiu para esta impressão que temos de que temos pouco tempo.⁵²

Mas há aquele tempo em que o ser humano passa ao telefone tentando resolver um problema com o cartão de crédito que foi cancelado sob suspeita de fraude e que não se pôde utilizá-lo no restaurante após a refeição, situação de grande constrangimento.

Aquele tempo perdido se dirigindo até uma loja física para dar entrada em um pedido de garantia de aparelho eletrônico comprado há menos de trinta dias, inexistindo logística reversa.

Aquele tempo dedicado à proposição de reclamação junto ao Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON) e/ou aos juizados especiais cíveis, necessários para fazer cessar cobrança de menos de dez reais não contratada na fatura de serviços de telefonia móvel.

Este tempo desperdiçado ou frustrado, é objeto da tese de Marcos Dessaune e deu origem à obra *Teoria Aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada*.⁵³ Em sua análise, o autor observou quanto tempo o consumidor perdia para resolver problemas que não haviam sido por ele criados, tais como os narrados no parágrafo anterior.

Transcreve-se, neste momento, trecho de sua obra que retrata a observação desta realidade:

⁵² WHITROW, Geraldo James. **O que é o tempo?** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005. *E-book*.

⁵³ DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017.

[...] a *realidade observada no mercado* é a de que, no lugar de oferecer produtos e serviços de qualidade – que satisfaçam as necessidades, desejos e expectativas do consumidor, promovam o seu bem-estar, contribuam para a sua existência digna e liberem os seus recursos produtivos -, inúmeros fornecedores frequentemente atendem mal e criam problemas de consumo potencial ou efetivamente lesivos, não raro ainda se furtando à responsabilidade de resolvê-los espontânea, rápida e efetivamente.⁵⁴

O resultado são horas dispendidas para a resolução dos problemas criados. Certamente o leitor já se viu em alguma situação de relação de consumo em que precisava resolver algum problema com empresa determinada, mas adiou o quanto pôde, pois previamente já possuía uma noção do tempo que dispenderia para tentar resolver o problema.

Na sociedade atual e em razão da massificação e tentativa de eficiência dos recursos humanos, cumulados com a adoção da tecnologia, empresas passam a utilizar robôs que atendem e guiam o usuário até o *destino final*. Contudo, tais implementações não parecem surtir o efeito desejado, mantendo-se o consumidor preso a canais de atendimento com diversas opções, quase que como se labirintos virtuais fossem.

A grande inovação trazida pelo autor e até então ignorada pelo ordenamento jurídico brasileiro é lançar valor a este tempo produtivo desperdiçado⁵⁵ injustamente pelo consumidor, tempo este que poderia ser melhor aproveitado na vida do cidadão, seja dedicando ao seu trabalho, à família, ao tempo de lazer ou simplesmente ao seu ócio, mas foi desviado para a solução de um problema criado pelo fornecedor.

Assim advoga o autor:

[...] o consumidor *despende* então uma parcela do seu tempo, *adia* ou *suprime* alguma de suas atividades planejadas ou desejadas e *desvia* as suas competências dessas atividades para uma das duas novas alternativas de ação que, apesar de indesejadas, mostram-se prioritárias, necessárias ou inevitáveis neste instante. Além disso, o consumidor muitas vezes *assume*

⁵⁴ DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017. p.86.

⁵⁵ “Para qualificar esse tempo do qual se está falando, vejo que os adjetivos ‘vital’ e ‘existencial’, que significam respectivamente ‘relativo à vida’ e ‘relativo ou pertencente à existência’, mostram-se bastante apropriados porque remetem à vida humana, que dura certo tempo e nele se desenvolve. O adjetivo ‘produtivo’, que significa ‘relativo à produção’, também se revela adequado uma vez que se refere ao tempo no qual são produzidas as atividades existenciais que constituem a própria vida” (DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017. p.163).

deveres e custos que a lei atribuiu unicamente ao fornecedor e, para tanto, *renuncia por força das circunstâncias* à sua plena liberdade de escolha de todas as alternativas de ação possíveis no momento. O consumidor age assim ora porque não há solução imediatamente ao alcance para o problema, ora para buscar a solução que no momento se apresenta possível, ora para evitar o prejuízo que poderá advir, ora para conseguir a reparação dos danos que o problema causou, conforme o caso.⁵⁶

A contraposição do autor estaria em refutar o que vem sendo chamado pela jurisprudência de mero dissabor ou aborrecimento, situações na qual o dano vivenciado pelo consumidor representaria frustração da vida comum em sociedade, e que, portanto, não ensejaria qualquer indenização extrapatrimonial:

Por tudo isso está equivocada a jurisprudência que afirma que a *via crucis* percorrida pelo consumidor, ao enfrenta problemas de consumo potencial ou efetivamente danosos criados pelos próprios fornecedores, representa 'mero dissabor ou aborrecimento' e não um dano extrapatrimonial ressarcível.⁵⁷

É necessário destacar em sua obra que o autor não está olhando diretamente para o atraso de entrega do imóvel na planta. Sua concepção guarda íntima relação com as relações diárias de consumo como falhas na prestação de serviços básicos como telefonia, saúde, médico, bancários, dentre outros.

Contudo, a intenção da presente pesquisa ao explorar a citada teoria é demonstrar que o tempo produtivo que o consumidor desvia para resolver um problema de cobrança em sua linha telefônica, por exemplo, também pode ser verificar quando há a frustração do plano de vida do casal que pretende se mudar para o imóvel, mas este não fica pronta e não é entregue na data contratualmente acordada.

Logo, o tempo de atraso na entrega, que pode ser de meses ou de anos (como já citado ao longo do trabalho), ensejariam, *prima facie*, a indenização do referido atraso.

No capítulo 3, quando se fará o confronto teórico com a análise empírica das decisões do Superior Tribunal de Justiça, pretende-se verificar se a citada teoria ressoa na jurisprudência no caso em questão.

⁵⁶ DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017. p.163.

⁵⁷ DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017. p.280.

1.3 O MENOSPREZO PLANEJADO NOS MERCADOS

Michael J. Sandel narra em capítulo dedicado à análise do utilitarismo benthaniano, demanda judicial da década de 1970 proposta nos Estados Unidos em face de montadora Ford Moto *Company*, na qual uma das vítimas processou a empresa por erro de projeto do veículo modelo Ford Pinto.

O que se descobriu é que o erro de projeto do modelo em questão era de conhecimento da empresa que, ao fazer um estudo de custo benefício, “[...] os levara a concluir que os benefícios de consertar as unidades [...] não compensavam os 11 dólares por carro que custaria para equipar cada veículo com um dispositivo que tornasse o tanque de combustível mais seguro”.⁵⁸

No caso em questão, os veículos ao serem atingidos por colisão traseira, levavam à alta probabilidade de explosão do veículo, resultando em elevado índice de vítimas fatais. Para fazer tal cálculo, a companhia assim procedeu, conforme narra o autor:

Para calcular os benefícios obtidos com um tanque de gasolina mais seguro, a Ford estimou que em um ano 180 mortes e 180 queimaduras poderiam acontecer se nenhuma mudança fosse feita. Estipulou, então, um valor monetário para cada vida perdida e cada queimadura sofrida - 200 mil dólares por vida e 67 mil por queimadura. Acrescentou a esses valores a quantidade e o valor dos Pintos que seriam incendiados e calculou que o benefício final da melhoria da segurança seria de 49,5 milhões de dólares. Mas o custo de instalar um dispositivo de 11 dólares em 12,5 milhões de veículos seria de 137,5 milhões de dólares. Assim, a companhia chegou à conclusão de que o custo de consertar o tanque não compensaria o benefício de um carro mais seguro.⁵⁹

A narrativa do caso em questão serve de adentramento à segunda teoria contemporânea que se pretende abordar no presente trabalho de autoria de Laís Bergstein, que a batiza em sua obra de menosprezo planejado ao consumidor.

A proposta da autora é apontar que existem casos que o fornecedor falha deliberadamente em prestar um serviço adequado ao consumidor ou oferece sabidamente um produto com inferior qualidade. Quando o consumidor busca se socorrer para resolver o problema por este não criado, encontra barreiras que foram

⁵⁸ SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021. p. 80.

⁵⁹ SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021. p. 80.

percebidas e mantidas, ou até mesmo criadas pelo fornecedor, gerando um menosprezo pelo seu pleito, não trazendo solução para o caso concreto.⁶⁰

A autora demonstra que o direito à tutela do tempo já foi pleiteado com a proposição do projeto de Lei nº 7.356/2014, onde se pretendia a inclusão da perda de tempo do consumidor como fato ensejador de indenização extrapatrimonial a ser inserida no CDC. Contudo, o projeto foi arquivado.⁶¹

Outra hipótese de tutela do tempo (em que pese não se trate de hipótese indenizatória), se verifica com a recente figura reconhecida positivamente como direito real pelo legislador civilista da multipropriedade (*time-sharing*)⁶²:

O contrato de *time-sharing* é um bom exemplo. Por meio dessa contratação atribui-se ao aderente o direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis, conforme as regras e a disponibilidade ajustadas pelas partes. A contratação do *time-sharing*, que tende a se estender por vários anos, não resulta na transferência de propriedade, importa tão somente na cessão temporária e pontual dos direitos de uso de certos bens, geralmente durante o intervalo das férias – é a consagração “do abstrato e do transitório [...]”.⁶³

Assim, se o tempo se torna fator tão relevante que impõe a criação de novas relações contratuais (e de direitos reais), tão evidente que se torna valor essencial da pessoa humana.

Neste sentido, o menosprezo a que aponta a autora, se verifica em uma “[...] desvalorização do tempo e dos esforços travados pelo consumidor em relação ao fornecedor dentro de uma relação jurídica de consumo, em qualquer de suas fases [...]”.⁶⁴ Destaca a autora os efeitos perversos de tais práticas, havendo “[...] casos de consumidores que simplesmente desistem de reivindicar direitos resultantes de

⁶⁰ BERGSTEIN, Laís. **O tempo do consumidor e o menosprezo planejado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

⁶¹ “Algumas iniciativas do Poder Legislativo buscaram tutelar o tempo do consumidor assegurando expressamente o direito à reparação do dano pelo tempo perdido, mas não lograram êxito. Cita-se, como exemplo, o Projeto de Lei 7.356/2014, de autoria do Deputado Carlos Souza, que buscou acrescentar um parágrafo único ao art. 6º da Lei 8.078/90 para estabelecer que a reparação de danos morais ressarciria também a perda do tempo pelo consumidor, mas foi arquivado em janeiro de 2015” (BERGSTEIN, Laís. **O tempo do consumidor e o menosprezo planejado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*).

⁶² Incluída pela Lei nº 13.777, de 20 de dezembro de 2018.

⁶³ BERGSTEIN, Laís. **O tempo do consumidor e o menosprezo planejado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

⁶⁴ BERGSTEIN, Laís. **O tempo do consumidor e o menosprezo planejado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

contratações malsucedidas em face dos enormes obstáculos para contatar os fornecedores”.⁶⁵

A evolução tecnológica que deveria resolver relações entre fornecedor-consumidor, demonstram uma inversão dessa expectativa, na medida em que robôs⁶⁶ e menus eletrônicos tomam o lugar do ser humano em tele atendimentos e por vezes, não são capazes de compreender a fala do consumidor, direcionando-o para o setor incorreto ou mesmo desligando a chamada, sem que a solução seja apresentada.

Além disso, o micro gerenciamento setorizado das grandes empresas prestadores de serviço demonstram uma ineficiência, para usar o termo da autora, planejado, que por vezes estimula o consumidor que passou muito tempo aguardando em espera a desistir de prosseguir com sua reclamação.

Clayton Reis sobre o assunto afirma:

Nossa sociedade vive o momento da “cultura empresarial da irresponsabilidade”. Muitas empresas preferem expor seus consumidores a diversos riscos, com práticas comerciais abusivas e irresponsáveis, do que investir na melhoria dos seus serviços, com o propósito de evitar danos pessoais, sociais e ambientais. [...] As empresas entendem que é mais fácil e menos custos para elas arcarem com eventuais indenizações, do que investir em atualização e melhoria dos seus sistemas, cursos de aperfeiçoamento dos seus funcionários, ou manutenção de suas estruturas físicas.

O cenário exposto pelo autor representa o nominado menosprezo planejado, tese de doutorado da autora Laís Bergstein. Trata-se de suposto cálculo puramente financeiro para se avaliar se a melhoria, apesar de positiva para o consumidor, se torna economicamente desinteressante, pois capaz de diminuir o lucro do empresário.

Em situação hipotética, imagine que uma empresa possua um setor de cobrança e que, por dia, um funcionário analisa cem novos casos. Sua tarefa é analisar a documentação encaminhada, conferir os dados do cliente devedor e se os dados forem correspondentes ao da pessoa-devedora, encaminhar para fins de protesto e inclusão em cadastro de devedores.

⁶⁵ BERGSTEIN, Laís. **O tempo do consumidor e o menosprezo planejado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

⁶⁶ O termo aqui utilizado se refere aos programas de computador, dotados de inteligência artificial que buscam compreender a fala humana, direcionando para um menu ou atendente em específico e não para o conceito antropomórfico/humanoide de robôs. Sobre o assunto, recomendamos a leitura do artigo: NEGRI, Sergio Marcos Carvalho Avila. Robôs como pessoas: a personalidade eletrônica na robótica e na inteligência artificial. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, v. 25, n. 3, 2020. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10178>> Acesso em: 2 set. 2021.

Ocorre que, de cem casos analisados e em razão do grande volume de trabalho, este funcionário tem cometido erros nos últimos meses, visto que em alguns casos de homônimos⁶⁷, deixou de conferir outros dados como CPF, RG, nome dos genitores, dentre outros. Tal diligência poderia ter sido evitada se a empresa contratasse mais funcionários, dividindo-se a carga de trabalho e aumentando a qualidade na conferência. Imaginemos que a contratação de mais dois funcionários custaria anualmente para a empresa o valor médio hipotético de oitenta e quatro mil reais.

Por outro lado, imagine que em um período de doze meses, quarenta e cinco clientes foram prejudicados com a inclusão indevida e injusta de seu nome em cadastros restritivos de crédito.⁶⁸ Destes, trinta buscaram o PROCON de seu estado, registraram uma reclamação que foi atendida pelo fornecedor e tiveram o nome excluído do cadastro de inadimplentes. Outros dez já eram inscritos em cadastros restritivos de crédito e não deram importância para a nova cobrança. Os outros cinco ingressaram com demandas judiciais perante o Juizado Especial de seu Estado e ao todo, obtiveram condenações nestes cinco processos que somam vinte e dois mil e quinhentos reais.⁶⁹

Do ponto de vista puramente financeiro (análise de custo-benefício), não há racionalidade para o empresário investir em tal melhoria, visto que a pena-econômica será absorvida pelo custo do investimento que teria, em razão do grande desinteresse da população em buscar a tutela de seu direito junto ao Poder Judiciário.⁷⁰ Em outro ponto, indenizações em valores ínfimos para o empresário não são capazes de estimulá-lo a mudar a sua conduta.

É vislumbrando este cenário que a autora propõe um primeiro critério para identificação do dever de reparar o consumidor que estaria ligado à identificação do citado menosprezo:

⁶⁷ Nomes idênticos, tal como: José da Silva dos Santos, João Paulo Silva, etc.

⁶⁸ Como o cadastro mantido pela empresa privada SERASA EXPERIAN, por exemplo.

⁶⁹ Média de quatro mil e quinhentos reais por processo, considerando que alguns juízes fixam valores maiores e outros, valores mais módicos.

⁷⁰ Embora os números sejam hipotéticos, há algumas razões para parte considerável da população não buscar os seus direitos, podendo ser, como propõe Mauro Capelletti e Bryant Garth, por razões econômicas diante da necessidade do pagamento de custas judiciais (questão superável para causas com até 40 salários mínimos, que podem ser propostas perante os Juizados Especiais Cíveis), o desestímulo do jurisdicionado em razão do tempo que os processos costumam demorar, e até mesmo, o desconhecimento da vítima de que tem o efetivo direito (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 15-24).

Em suma, o primeiro critério para a caracterização do dever de reparar o dano pelo tempo perdido pelo consumidor – o *menosprezo* – é caracterizado pela falta de iniciativas do fornecedor para agilizar o atendimento ao contratante vulnerável. A reclamação ou a demanda do consumidor não são apreciadas imediatamente, são delegadas e transferidas inúmeras vezes ou ainda ignoradas por completo até que os instrumentos legais sejam movimentados. O consumidor é menosprezado quando tem que aguardar um período de tempo excessivamente longo ou incompatível com a diligência que deveria ser adotada pelo fornecedor que ocasionou o problema. O tempo do consumidor é menosprezado sempre que há negativa de agendamento para atendimento, quando ocorre um ou sucessivos atrasos na apresentação de respostas às suas demandas ou ainda quando o atendimento é condicionado ao seu comparecimento a localidade distante da sua residência ou do local onde o contrato de consumo foi celebrado. A falta de informações sobre o tempo de espera e o status do atendimento também é um fator relevante para a caracterização do menosprezo ao consumidor.⁷¹

Sobre esta parte final, podemos transportá-la para o caso já abordado anteriormente: o adquirente de imóvel na planta que não tem qualquer informação, até ligar para a incorporadora, quando recebe então a informação de que haverá atraso; e o outro caso, quando o consumidor é contatado pela própria incorporadora que lhe oferece compensações não financeiras (ao menos não diretas) para tentar mitigar os dissabores relevantes que o casal, próximo de sua lua de mel, passaria por não poder se mudar para o imóvel que adquiriram na planta.

O silêncio, a falta de informação clara, honesta e transparente, configurariam então o citado menosprezo, que aliás, representa ofensa ao direito básico à informação, imposto pelo CDC no artigo 6º, inciso III.⁷²

O segundo critério apontado pela autora diz respeito ao planejamento, no sentido da possibilidade de o fornecedor implementar métodos, técnicas, melhorias em seu sistema, na sua gestão ou em tudo aquilo que pode poupar o tempo do consumidor:

O segundo critério para a aferição do dano pelo tempo perdido nas relações de consumo é o do *planejamento*: o tempo do consumidor poderia ter sido poupado pelo fornecedor de produtos ou serviços mediante a implementação de mecanismos para aumentar a segurança das contratações? Há danos que não podem ser evitados. No entanto, a conduta do contratante que é objetivamente responsável por eles deve influir nos limites do dever de

⁷¹ BERGSTEIN, Laís. **O tempo do consumidor e o menosprezo planejado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

⁷² Art. 6º. “São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990).

reparação. O segundo critério para a caracterização do dever de compensar o dano pelo tempo perdido pelo consumidor – o *planejamento* – é caracterizado pela ausência de mecanismos adequados, ágeis, eficazes menosprezados, e eficientes de resolução das demandas do consumidor.⁷³

Para a autora, a violação do tempo do consumidor violaria a segurança das contratações, se tratando de responsabilidade do fornecedor por fato do produto que violaria “[...] o dever de agilidade e segurança das contratações, prestação indireta, lesando direitos da personalidade do consumidor”.⁷⁴

Deste modo, o incorporador que deixa de cumprir o prazo contratual e que, *a priori*, não estaria responsável por indenizar o consumidor lesado na esfera patrimonial, ao não lhe dar satisfação sobre o andamento da obra, previsão de conclusão ou medidas que tomará para mitigar o prejuízo do adquirente, estaria aí, e novamente tornasse a pontuar, a despeito de ser ou não o adquirente consumidor, a menosprezar o contratante-adquirente que, identificando este menosprezo e uma alternativa do incorporador em evitar tal acontecimento, mas assim não o faz, incidiria na violação ensejadora de indenização por frustração do tempo em razão do menosprezo planejado ou programado.

Situação hipotética se vislumbra quando o incorporador, tentando aumentar seus lucros, contrata número insuficiente de serventes, pedreiros, mestres de obras e engenheiros. O resultado é a ineficiência no avanço da edificação que, com número reduzido de funcionários⁷⁵, não por fato inimputável ao incorporador, mas por evidente programação de uma redução de custos, evidencia um atraso muito superior, inclusive, aos cento e oitenta dias da cláusula de prorrogação.

O resultado consequencial é a frustração do plano de vida do adquirente de imóvel na planta que, ante o menosprezo, é obrigado a encontrar alternativas que não

⁷³ BERGSTEIN, Laís. **O tempo do consumidor e o menosprezo planejado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

⁷⁴ BERGSTEIN, Laís. **O tempo do consumidor e o menosprezo planejado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

⁷⁵ Poderia se falar neste exemplo em uma transferência indevida de lucro ao incorporador, resultando em ganhos ilícitos (*disgorgement of profits*) que seriam restituíveis aos adquirentes de imóvel na planta a título indenizatório. Sobre o tema, ver: PAVAN, Vitor Ottoboni. **Responsabilidade civil contemporânea e tutela da pessoa frente aos ganhos ilícitos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais e Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2020. Sobre o tema, Clayton Reis: “[...] há ilícitos que são praticados com forte racionalidade econômica ou com requintes de perversidade, e cujos autores são detentores de elevado padrão social, econômico e até mesmo intelectual. O cálculo de eventual reparação é confrontado com a previsão dos lucros auferidos mediante a conduta ilícita – nessas situações, a responsabilidade civil tradicional, pautada em um caráter puramente compensatório da indenização não traz uma resposta suficiente” (REIS, Clayton. **Dano moral**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 159).

irão adequadamente atender-lhe a sua necessidade, como se mudar para o imóvel pronto atenderia. Um critério agravante aqui se faz presente: a aquisição do imóvel próprio ainda é na sociedade brasileira um momento de muita relevância, realização e alegria, e representa, em muitas das vezes, o maior investimento da família ao longo de sua vida.⁷⁶ Em outros casos, o investimento pode representar a complementação de uma pensão ou aposentadoria que, por si só, não é capaz de satisfazer a todas as necessidades da pessoa humana.

Por estas razões, compreende-se que a teoria ora abordada, em que pese recente, pode apresentar luzes aos julgadores na tomada de decisão, pois calcada em situação diuturnamente vivenciada pelos tribunais e que afeta sobremaneira a vida de uma quantidade relevante de adquirentes de imóveis na planta.

1.4 (IN)ADMISSIBILIDADE DOS DANOS PUNITIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

Também nominada pela doutrina como teoria do valor do desestímulo⁷⁷ ou no brocardo estadunidense *punitive damages*, os danos punitivos despertam divergências no âmbito jurídico doutrinário nacional, debatendo esta sobre a sua possibilidade ou impossibilidade de aplicação no sistema jurídico.

Clayton Reis destaca a origem inglesa e americana do instituto, demonstrando que, naqueles ordenamentos jurídicos de tradição da *commom law*, há uma aplicação excepcional do instituto enquanto punição e medida exemplar:

Na grande maioria das ações de responsabilidade civil no *commom law*, as indenizações são concedidas para o fim de compensar a vítima extensão do dano sofrido, sob a denominação *compensatory damages*. Contudo, admite-se excepcionalmente, que a indenização seja baseada em outros princípios para além do compensatório. Os chamados *exemplar damages* ou *punitive damages* surgem do propósito primário de punir o ofensor por alguma conduta demeritória ou socialmente reprovável e, ao mesmo tempo, criam com isso um “exemplo” para desestimular o ofensor e outros potenciais ofensores de praticarem condutas similares.⁷⁸

Nos Estados Unidos, a adoção do instituto não é uníssona, conforme demonstra Wendel Lopes Barbosa de Souza ao indicar que os estados de

⁷⁶ Senão o único desta vultuosidade.

⁷⁷ DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral**: como chegar até ele. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2004. p. 227.

⁷⁸ REIS, Clayton. **Dano moral**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 91.

Massachussets, Louisiana, Nebraska e Washinton proíbem a sua aplicação em seus tribunais. De forma intermediária, há estados americanos que permitem a sua aplicação, mas limitam o seu *quantum* com base no princípio da vedação do enriquecimento sem causa. São eles: Michigan, Alabama, Nova Jersey, Texas, dentre outros.⁷⁹

Quanto à sua aplicação em âmbito nacional, o autor defende que “[...] a fixação de indenização punitiva é muito bem-vinda, e não há necessidade alguma de se promover qualquer mudança relativa à sua nomenclatura ou posicionamento no sistema de responsabilidade civil”.⁸⁰

De acordo com Felipe P. Braga Netto, “a indenização por dano moral tem função dúplice. De um lado, compensar a vítima. Do outro, punir o agressor. É a chamada função punitiva ou pedagógica do dano moral (*‘exemplary or punitive damages’*)”.⁸¹

Segue enunciando que o Brasil carece de norma positiva que o autorize esta função, contudo a jurisprudência o abraçou, utilizando-a como critério para fixação do dano extrapatrimonial, fato que ensejaria eventual agravamento da reprovabilidade da conduta do ofensor e, por consequência, a majoração da verba indenizatória extrapatrimonial fixada.⁸²

Não sem embargos, Rodrigo Mendes Delgado rechaça veementemente a aplicação dos danos punitivos do sistema brasileiro defendendo a completa impossibilidade de aplicação do instituto no âmbito nacional.⁸³

Justifica o autor:

⁷⁹ SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. **Danos morais no Brasil e Punitive Damages nos Estados Unidos e o Direito de Imprensa**. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6209/1/Wendell%20Lopes%20Barbosa%20de%20Souza.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2020. p. 361.

⁸⁰ SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. **Punitive damages nos Estados Unidos e danos morais no Brasil**. [s.d.]. p. 351-371. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc14.pdf?d=636680468024086265>. Acesso em: 2 jan. 2020. p. 369.

⁸¹ BRAGA NETTO, Felipe. P. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 12.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 228.

⁸² BRAGA NETTO, Felipe. P. **Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ**. 12.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 228.

⁸³ “Se os norte-americanos admitem tal sistema, e seus tribunais o aplicam, evidentemente é o problema deles, não nos cabe querer nos intrometer nos sistemas legislativos de outros povos. Pois somente esses podem aquilatar se o sistema que adotam supre suas necessidades ou não entrementes a questão é que, no Brasil, essa situação jamais poderá ser admitida ou tolerada” (DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral: como chegar até ele**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2004. p. 220).

Punir é função do direito penal, não do direito civil. Ademais, este sistema, se aplicando à nossa sistemática jurídica, feriria de forma flagrante e brutal o princípio da legalidade, insculpido no XXXIX de nossa Magna Lei, reproduzido no art. 1º do Código Penal, que assim reza de forma lúcida e clara: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Uma pena só pode ser aplicada, conforme este princípio se houver lei anterior que a comine.⁸⁴

Neste sentido, ao se tratar de tutela da esfera patrimonial, haveriam estremações ao se colocar lado a lado direito penal e civil, considerando que “[...] a pena tem em vista a culpa do delinquente, enquanto a indenização atende à preocupação de reparar o dano.”⁸⁵

A posição de Nelson Rosenvald a este respeito é oposta, pois segundo o autor:

É bem razoável considerar o direito privado como um *tertium genus* de um *direito punitivo*, que se coloque lateralmente ao direito penal e ao direito administrativo, com eles partilhando a relevante função preventiva de influir sobre o comportamento dos indivíduos para que se abstenham de comportamentos não consentidos pelo ordenamento.⁸⁶

Na esteira desta proposição, seria compreender o direito privado com função complementar ao penal, sendo o critério punitivo sopesado para fixar o *quantum* indenizatório, representando uma conduta não desejada pela sociedade, que deve ser comunicada mediante a fixação de uma pena (civil), *in concreto*.

Aqueles que defendem a aplicação do instituto no âmbito do direito brasileiro, o fazem, principalmente na esfera das relações de consumo, afirmando que a responsabilidade civil clássica não dá conta de mudar comportamentos, insistindo que esta deveria se dar por meio da indenização-pena do dano extrapatrimonial.

Nehemias Domingos de Melo propõe uma nova teoria para a fixação do *quantum* do dano moral (nas relações de consumo), onde defende que a verba indenizatória deveria ser fixada observando-se “[...] três parâmetros: o caráter compensatório para a vítima, o caráter punitivo para o causador do dano, e o caráter exemplar para a sociedade”.⁸⁷

⁸⁴ DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral** – como chegar até ele. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2004. p. 221.

⁸⁵ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

⁸⁶ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 122-123.

⁸⁷ MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral nas relações de consumo: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

Sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito, a responsabilidade civil teria as funções de, primeiramente, reparar a vítima na extensão de seu dano; a de prevenir danos futuros, a de punição de seu causador, e a informativa, no sentido de ditar comportamentos sociais.⁸⁸

Na prática dos tribunais de fato não se verificam verbas a título de danos punitivos (ao menos não desta forma nominados), sendo comum que estas, ao teor da defesa elaborado pelo autor supra, sejam adotadas como critérios para a majoração do *quantum* fixado.

Imagine-se, por exemplo, que o incorporador A lançou um empreendimento em 2013 com previsão de entrega em 2015, tendo atrasado a construção e só entregue em 2017. Em 2018 lança novo empreendimento, com previsão de entrega em 2020. Desta vez, apenas o entrega em 2022. Aos adquirentes que venham a ingressar com demandas indenizatórias extrapatrimoniais, poderiam lhes ser reconhecidos um dano com um agravamento de seu *quantum* (majoração), considerando a reiteração da conduta e uma pena-civil, demonstrando para aquele incorporador (e para outros *players* do mercado) que o judiciário brasileiro não admite este tipo de comportamento.

Resgatando o caso do tópico anterior quanto ao empresário que opta por não contratar mais funcionários e assim, acaba encaminhando diversos clientes para o cadastro restritivo, é possível compreender que a partir do momento em que as indenizações adotassem o seu critério punitivo, e, portanto, passassem a ser fixadas em valores que correspondesse a valor igual ou superior ao custo de investimento do empresário para sanar o problema, a racionalidade financeira demonstraria que muito mais vale a pena alterar o *modus operandi* interno da organização societária, do que contar com a sorte junto ao Poder Judiciário, visto que este segundo, neste cenário hipotético, lhe traria prejuízo econômico, em face da primeira opção que seria implementar as melhorias (contratar mais dois funcionários).

No próximo subcapítulo analisaremos a proposição teórica de Andreza Cristina Baggio e a possibilidade de reconhecimento do dano moral pela quebra da confiança do adquirente de imóvel na planta.

⁸⁸ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*.

1.5 A QUEBRA DA CONFIANÇA DO ADQUIRENTE COMO FATO ENSEJADOR DO DEVER DE INDENIZAR

O ingresso do Código Civil de 2002 no ordenamento jurídico brasileiro inaugura uma nova fase das relações contratuais, atraindo uma sistemática coletivista e solidarista para as relações interprivadas e afastando o individualismo típico de um sistema civilista clássico puramente liberal.⁸⁹

No aspecto do contrato, o princípio tradicional da *pacta sunt servanda* cede espaço para o adentramento ao contrato através da revisão judicial, para o fim de se aferir os objetivos do contrato entabulado e a disparidade de informações entre as partes aderentes, irradiando o princípio da função social do contrato, o qual é sistematizado por Andrea Marighetto da seguinte forma:

A cláusula da função social do contrato age, aqui, no intuito de controlar o âmbito específico da negociação – que abrange o lapso entre a conclusão do contrato e a sua eventual resolução -, em que se concretiza a autonomia das partes e que, por certos aspectos, denota verdadeiro direito de utilizar as disposições e os princípios do ordenamento jurídico no seu todo para regulamentar e/ou disciplinar as próprias relações. Pelo segundo perfil, [...] com a função de inspirar o próprio legislador [...] a criar legislação ou jurisprudência que, partindo da cláusula da função social do contrato, determine um alinhamento do ponto de vista substancial das outras disposições normativas *in fieri* ou ajude na interpretação sistemática das já presentes no ordenamento.⁹⁰

Esta inspiração, conforme denota o próprio autor, foi vista com o Código de Defesa do Consumidor que “[...] inspirou-se nas diretrizes ‘sociais’ da ‘Constituição Cidadã’ de 1988, concretizando-se sob as formas de disposições orientadas à tutela do consumidor hipossuficiente e à realização de uma justiça substancial [...] nas relações de consumo”.⁹¹

Alinhado à função social, o código civilista moderno trouxe outros princípios em sua base, tal como o princípio da boa-fé que funciona como uma lente de interpretação das relações privadas.

⁸⁹ “Não é mais possível entender o contrato de consumo sob os fundamentos liberais, mas é preciso analisá-lo sob o prisma da relativização dos interesses privados em detrimento do bem-estar de toda a coletividade” (BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *E-book*).

⁹⁰ MARIGHETTO, Andrea. **O acesso ao contrato**: sentido e extensão da função social do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 80.

⁹¹ MARIGHETTO, Andrea. **O acesso ao contrato**: sentido e extensão da função social do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 81.

Neste sentido, o que está contido no contrato “não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade [...]”.⁹² Diz-se assim que as partes quando contratam “[...] devem agir com *lealdade e confiança recíprocas*. Numa palavra, devem proceder com *boa-fé*”.⁹³

Orlando Gomes expõe a teoria tripartite das funções do citado princípio, dividindo-a em: 1) função interpretativa; 2) função supletiva; e 3) função corretiva.

A função interpretativa serve de lente para que a *ratio* do contrato seja identificada quando de sua revisão, visto que por vezes os contratos são dotados de “[...] deficiências (lacunas, ambigüidades ou obscuridades) insanáveis [...]”⁹⁴, estando esta função positivada no artigo 113 do Código Civil de 2002.⁹⁵

A função supletiva “[...] atua criando deveres anexos (também chamados laterais, secundários ou instrumentais) [...] dentre estes, destacam-se os deveres de informação, sigilo, custódia, colaboração e proteção à pessoa e ao patrimônio da contraparte”.⁹⁶

E por sua vez, a função corretiva “[...] atua principalmente no controle das cláusulas abusivas e como parâmetro para o exercício das posições jurídicas [...]”⁹⁷ podendo se destacar o adimplemento substancial, o abuso de direito e a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).⁹⁸

Há deste modo, com a inauguração pela Constituição Cidadã de 1988, uma repersonalização das relações civis que, conforme narrado, irradiou para outros subsistemas uma nova lógica solidarista, tal como vista no código consumerista.

É neste âmbito do microssistema de defesa do consumidor que a autora Andreza Cristina Baggio elabora a Teoria da Confiança, exaltando este elemento como essencial nas relações:

⁹² GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. rev., atual e aumentada de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 43.

⁹³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. rev., atual e aumentada de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 43.

⁹⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. rev., atual e aumentada de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 44.

⁹⁵ Art. 113. “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o *Código Civil*. Brasília, DF: Presidência da República, 2002).

⁹⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. rev., atual e aumentada de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 44.

⁹⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. rev., atual e aumentada de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 44.

⁹⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. rev., atual e aumentada de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 44.

A proteção da confiança pode ser tratada como fundamento de proteção ao consumidor e à sua vulnerabilidade, dado que, justamente por ser vulnerável, é que o consumidor precisa confiar. [...] De fato, o respeito à confiança do consumidor realiza a tutela da dignidade da pessoa humana.⁹⁹

Conforme já tratado em outro momento, há um custo, por vezes intransponíveis, para que o consumidor possa suplantar a sua ignorância técnica, informacional, jurídica, tributária, científica, dentre outras, para tomar conhecimento de todos os aspectos existentes sobre produto ou serviço que deseja adquirir.

O comprador que deseja adquirir um imóvel e contrata um corretor de imóveis, desconhece a tramitação de um processo de aquisição deste imóvel, por exemplo. Desconhece o âmbito de atuação do profissional e quais são as suas responsabilidades. Logo, lhe cabe confiar no profissional contratado.

Andreza Cristina Baggio destaca que:

[...] no estudo das relações de consumo, a proteção da confiança merece ser analisada em sua correlação com o princípio da boa-fé objetiva, com a necessidade de adequação do produto ou do serviço prestado às expectativas do consumidor, e com a necessidade de lealdade e cooperação entre as partes, para que possa nascer a segurança jurídica entre os contratantes.¹⁰⁰

O boa-fé se encontra umbilicalmente ligada à relação contratual. A falha na prestação da informação no momento pré-contratual ou mesmo no ato de sua lavratura importam em frustração da boa-fé e uma violação da confiança.

O fato de o consumidor e também de o adquirente de imóvel na planta ter firmado o contrato, por si só, no regime atual, não importa em completa e irrestrita aderência aos termos ali dispostos, seja porque, conforme já tratado, em sua maioria das vezes se está diante de um contrato elaborado unilateralmente pelo fornecedor, seja porque, fatos essenciais ao negócio não foram destacados (no instrumento contratual e até verbalmente) pelo preposto da empresa.

Imagine que no caso da compra de um carro elétrico de cento e oitenta mil reais, o vendedor deixe de lhe avisar nas tratativas preliminares e na assinatura do contrato que as baterias do veículo precisam ser trocadas a cada cinco anos e que o

⁹⁹ BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *E-book*.

¹⁰⁰ BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *E-book*.

custo destas (hipoteticamente falando), representam trinta por cento do valor do veículo.

Este adquirente apenas virá a descobrir tal fato quando a troca se fizer necessária, vindo em momento futuro a identificar a frustração da legítima confiança.

A tutela da confiança visa importante elemento, pois ao colocar a dignidade do consumidor em grau elevado, busca afastar o lucro desmedido, a venda a todo custo, a manipulação do pretense cliente por *marketing* predatório¹⁰¹, dentre outros elementos empregados na captação desmedida no mercado de consumo. Tudo isso para proteger a informação clara que deve pautar o comportamento do fornecedor de produto ou serviço, sob pena de:

Violando as regras de conduta que determinam informação clara, precisa e transparente, o fornecedor responderá pelos danos que causar à parte vulnerável e arcará com as consequências da falha de informação. Pode inclusive o fornecedor ser forçado ao cumprimento da oferta, tudo em prol da tutela da confiança do consumidor.¹⁰²

Sob este ponto de vista no caso específico do atraso de imóveis na planta, nasce para o adquirente o direito de receber o imóvel no prazo acordado, ainda que de forma clara reste prevista o prazo de dilação de até cento e oitenta dias. Uma vez transcorrido tal prazo, além do direito de rescindir o contrato, receber lucros cessantes, seria possível conceber sob a tutela da teoria da confiança, a violação de um dever contratual precípua legítima a se configurar um dano extrapatrimonial.

Em verdade, a ideia de se analisar a tutela da confiança após a abordagem das demais teorias (desvio produtivo do consumidor, menosprezo planejado e danos punitivos) representa um arcabouço teórico capaz de solidificar o que as teorias em suas individualidades se coadunam: a frustração de uma legítima expectativa não apenas do consumidor, mas do adquirente de imóvel na planta que confia que o imóvel será entregue no prazo prometido, com uma consequente punição do descumpridor que busca orientar um comportamento futuro positivo.

¹⁰¹ “Com sua função persuasiva, a publicidade cumpre muitas vezes papel decisivo para o desenvolvimento da economia, daí a necessidade de regulamentar a sua atuação, evitando efeitos danosos ao consumidor” (BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *E-book*).

¹⁰² BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *E-book*.

Parece possível neste caso ainda, verificar a ocorrência do ato contraditório¹⁰³ na medida em que o incorporador ao prometer entregar um imóvel em trinta e seis mês, por exemplo, o faz em sessenta meses, sabidamente ciente da impossibilidade de concretização da oferta inicial.

Não há apenas a violação contratual, mas um comportamento contraditório, a despeito da continuidade na arrecadação de parcelas dos adquirentes de unidades imobiliárias.

O dano propriamente dito encontra amparo na frustração de legítimas expectativas do adquirente e no descumprimento contratual que não sendo um mero descumprimento por si só, representa reflexos no planejamento do consumidor-adquirente, que devem ser demonstrados no caso concreto.

Como já esboçado no presente trabalho, a aquisição da casa própria representa aquisição de vultuosidade, importando em paradigma na vida da família:

A sociedade de consumo é uma realidade. Nela o ato de consumo é elevado ao patamar de ato existencial, o qual se faz muitas vezes em meio à escassez de informações, tornando-se o consumidor vulnerável, induzido a aceitar hábitos e padrões de comportamento que lhe são sugeridos. Também o consumismo se destaca, e as promessas de satisfação das necessidades e da realização de sonhos fomentam a aquisição de bens e serviços [...].¹⁰⁴

Pelo exposto, compreende-se que a citada teoria, em conjunto com as demais proposições trazidas, pode ser uma resposta para a tutela de adquirentes de imóveis na planta que se encontram em situação de vulnerabilidade e que diante do descumprimento contratual que resulta em um amargor, descontentamento e frustração do plano pessoal, que ensejariam recomposição além do material.

No próximo subcapítulo serão analisadas as alterações normativas em razão da nominada “Lei do Distrato”.

¹⁰³ “Por meio da proibição de comportamento contraditório, ou proibição do *venire contra factum proprium*, o legislador buscou proteger as crenças que a liberdade de manifestação dos sujeitos possam fazer nascer, e os comportamentos dela resultantes” (BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *E-book*).

¹⁰⁴ BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *E-book*.

2 DIÁLOGOS ENTRE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A LEI DE CONDOMÍNIOS EM EDIFICAÇÃO E INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

A construção civil é um dos importantes setores do mercado econômico brasileiro, sendo responsável por uma parcela relevante do Produto Interno Bruto¹⁰⁵. Neste cenário, são diversos os empreendedores e investidores que buscam desenvolver o mercado na produção de imóveis residenciais, comerciais e mistos¹⁰⁶, buscando atender às demandas de adquirentes que utilizarão para uso próprio, como forma de investimento fruindo alugueres ou revendendo-os em busca do lucro imobiliário.

Não se ignora que neste setor há outros ramos de atividade como a construção de grandes obras como hidroelétricas, estradas, obras estruturais urbanas, dentre outras. Além disso, há a hipótese de obra por administração ou a preço de custo¹⁰⁷, também prevista na norma que regulamenta os condomínios em edificações e as incorporações imobiliárias (Lei nº 4.591/1964). Todavia, o presente trabalho se ocupará das obras destinadas ao adquirente final, notadamente aquelas com utilidade/destinação residencial/comercial, na qual a responsabilidade por sua edificação é do incorporador ou construtor/empreiteiro por este subcontratado.

Em razão da importância do setor econômico e da assimetria informacional¹⁰⁸ que existe entre aquele que promove o empreendimento e os seus

¹⁰⁵ O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística divulga frequentemente, embora com certo atraso no tocante ao ano de divulgação e análise, a Pesquisa Anual da Indústria da Construção, onde revela os principais números produtivos do setor no país (IBGE. **PAIC 2019**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/54/paic_2019_v29_informativo.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2022).

¹⁰⁶ Empreendimentos mistos são compostos por unidades residenciais e comerciais, podendo ser estas alocadas na mesma torre, em torres diversas, ou ainda, residenciais na torre e comerciais em frente à rua. São denominados no meio também de empreendimentos de uso misto. Há igualmente, a possibilidade de cumulação de imóveis residenciais/comerciais com galerias de lojas ou *shoppings centers*.

¹⁰⁷ Art. 58. “Nas incorporações em que a construção fôr contratada pelo regime de administração, também chamado ‘a preço de custo’, será de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento do custo integral de obra, observadas as seguintes disposições: [...]” (BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Brasília: Presidência da República, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm> Acesso em: 10 jan. 2022).

¹⁰⁸ Trata-se de termo muito utilizado na Ciência Econômica e na abordagem nominada de Análise Econômica do Direito, ocorrendo, quando, nas palavras de Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa: “[...] toda vez que, em razão da especialização de determinada atividade produtiva, uma das partes de um acordo (o consumidor, geralmente) não possui as mesmas informações do produtor (vendedor) a respeito do produto” (GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*).

adquirentes/investidores, é que se revela importante a regulação da atividade através da Lei nº 4.591/1964.

A regulação de condomínios em edificação e incorporações imobiliárias se deu através da Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, promulgada pelo presidente Humberto de Alencar Castelo Branco e nominada popularmente de Lei Caio Mário da Silva Pereira¹⁰⁹, vez que a este renomado autor foi atribuída a incumbência pela elaboração do projeto de lei.

A necessidade de regulação na área se legitimou em um primeiro momento pelo aumento do número de pessoas que passaram a residir nos centros urbanos¹¹⁰, movimento notado em todo o mundo após a revolução industrial. Em um segundo momento, pela adoção do fenômeno de edificações no plano vertical com a sobreposição de residenciais, que se mostrou solução para o uso mais racional e eficiente da terra, oportunizando que em um lote onde apenas uma ou duas famílias residissem, que diversas outras também o fizessem.¹¹¹

Com a instituição da Lei nº 4.591/1964, há então uma mudança no cenário jurídico e econômico¹¹², ante a necessidade de se adequar ao novo regramento, trazendo a norma a atração de responsabilidades e obrigações do incorporador frente aos adquirentes, conforme se verá mais à frente.

¹⁰⁹ “Foi neste cenário de perigosa turbulência política, econômica e social que o governo recorreu à genialidade do Professor Caio Mário, encomendando-lhe um projeto de lei que pudesse disciplinar as incorporações imobiliárias, transmitindo a todos segurança jurídica, e que se converteu na Lei n. 4.591/1964” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*).

¹¹⁰ “Se o índice de urbanização pouco se alterou entre o fim do período colonial até o final do século 19 e cresceu menos de quatro pontos nos trinta anos entre 1980 e 1920 [...] foram necessários apenas vinte anos, entre 1920 e 1940 para que essa taxa triplicasse passando a 31,24%” e complementa: “Entre 1940 e 1980, dá-se verdadeira inversão quanto ao lugar de residência da população brasileira. [...] Nesses quarenta anos, triplica a população total do Brasil, ao passo que a população urbana se multiplica por sete vezes e meia” (SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. São Paulo: Editora de Humanismo, Ciência e Tecnologia HUCITEC, 1993. p. 24).

¹¹¹ “Como é sabido, a atividade de produção de conjuntos de unidades imobiliárias começou a estruturar-se a partir da Revolução Industrial, em razão da concentração da população nos grandes centros urbanos. Por causa dessa concentração, a solução para a demanda habitacional e de instalações profissionais e comerciais passou a ser a construção de unidades imobiliárias em planos horizontais, substituindo-se a construção de uma única unidade imobiliária em um lote de terreno pela superposição de unidades, em edifícios de mais de um pavimento, seja para aproveitamento mais racional da terra, seja para viabilizar a produção em escala, atendendo, enfim, a necessidade de ocupação concentrada dos espaços urbanos” (CHALHUB, Melhim Namen. **Incorporação imobiliária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*).

¹¹² “A atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito acarretou uma série de transformações no direito. Um dos flancos mais atingido foi justamente o do regime dos contratos” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 92).

No decorrer dos anos, a lei passou por alterações, tal como a inclusão do § 1º no artigo 5º, que dispõe sobre o tratamento da propriedade exclusiva das vagas de garagem, inserido através da Lei nº 4.864, de 29 de novembro de 1965, fruto de mudança social não captada inicialmente pela norma, visto que os carros não eram tão populares e acessíveis à população no início do século anterior.

Mais recentemente a norma sofreu alterações pela Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018, nominada pela doutrina de Lei dos Distratos, alteração esta que será objeto de subcapítulo específico.

Desde então grande celeuma tem se formado sobre a referida norma, na medida em que imporia condições desproporcionais ao adquirente de imóvel na planta. Dentre eles, Claudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Rodolfo Pamplona Filho questionam, por exemplo, se “[...] é possível estabelecer a retenção no percentual de 50%, considerando os princípios gerais do Direito?” ou ainda se “[...] será que o novo regramento tem o poder de afastar as normas consumeristas aos contratos imobiliários?”¹¹³

A despeito das possíveis digressões e aprofundamentos que possam ser empreendidos sobre a nominada Lei dos Distratos, serão analisados precisamente os efeitos resultantes do atraso na entrega de unidades imobiliárias, ainda que questionamentos sobre a aplicação harmoniosa e complementar entre Lei nº 4.591/1964 e Código de Defesa do Consumidor figurem como objetos iniciais da presente pesquisa.

Igualmente, não será objeto do presente estudo as alterações trazidas recentemente pela Medida Provisória nº 1.085, de 27 de dezembro de 2021, visto se tratar de incerta e possível de ser expurgada do ordenamento jurídico em breve, bem como, pela possível alteração de seu texto final quando da conversão em lei, e por fim, pela ausência de objeto de interesse da pesquisa em questão.

Estas breves digressões introdutórias e que estão longe de se tratar de uma revisão histórica do instituto, pretenderam situar o leitor sobre o posicionamento legislativo das incorporações imobiliárias e sua importância enquanto fenômeno econômico e jurídico.

¹¹³ VIÉGAS, Francisco de Assis; QUEIROZ, João Quinelato. Notas sobre a extinção unilateral das promessas de compra e venda de unidades imobiliárias por consumidores à luz da lei 13.786/2018. **Revista de Direito Privado**, v. 101, p. 203-231, 2019.

Ao longo do presente capítulo, pretende-se analisar a figura do adquirente de imóvel na planta, notadamente sob as lentes consumeristas e com a adoção de seu arcabouço teórico, sempre visando analisar a figura do contratante de aquisição de imóvel sob o regime de imóveis na planta.

A abordagem se dará a partir do diálogo das fontes e da conciliação entre as normas especiais contidas na Lei nº 4.591/1964, entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, aproveitando-se os institutos e normas que não se conflitem, para reconhecer a tutela de proteção do adquirente de imóveis na planta.

2.1 DIÁLOGO DAS FONTES E INTERAÇÕES ENTRE O CDC E A LEI DE INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS

A ciência jurídica, enquanto ciência social aplicada, está distante da pretensão de certeza e precisão tradicional das ciências exatas como a matemática e a física, embora estas também possuam campos de atuação das incertezas, tal como a probabilidade.

Neste sentido, é possível desenvolver uma analogia compreendendo que a ciência jurídica está longe de se assemelhar a um sistema computacional (este, fruto da análise e desenvolvimento de sistema, ciência pertencente ao grupo das exatas), visto que não há um controle objetivo, direto e automático quando do exercício de aprovação, revogação e aplicação de normas.

Por este motivo, teóricos vêm ao longo dos anos buscando uma estruturação para a ciência jurídica de modo a lhe dar maior cientificidade e objetividade. Hans Kelsen em a Teoria Pura do Direito¹¹⁴ teorizou um sistema normativo autopoietico, completo, que se retroalimenta, composto por uma pretensão de certeza e clareza. Norberto Bobbio, por sua vez, propunha soluções para afastar as antinomias aparecidas do ordenamento, apresentando solução que visava o expurgo jurídico de uma norma em detrimento de outra. Segundo o autor, a existência de uma norma impediria a aplicação de outra, sendo inconcebível a aplicação conjunta, harmoniosa de ambas as regulamentações.¹¹⁵

¹¹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p. 81-93.

Com a pretensão de completude apresentada pelos autores, já se visualizavam um ponto de choque entre completude do sistema e a necessidade premente de sua reinterpretação e reconfiguração.¹¹⁶

“Os ordenamentos modernos contêm uma série de regras ou critérios para a solução de conflitos normativos historicamente corporificados, como os critérios hierárquicos [...], de especialidade [...], cronológicos [...]”.¹¹⁷ A Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro adota o critério cronológico e da especialidade respectivamente em seu artigo 2º, §1º¹¹⁸ e §2º¹¹⁹. Entretanto, teóricos contemporâneos defendem uma visão harmoniosa do sistema jurídico, hipótese em que não sealaria em revogação da norma, mas em uma aplicação conjunta e sistemática, tal como a verificada em muitos casos com o Código de Defesa do Consumidor.¹²⁰

Claudia Lima Marques é a autora responsável por introduzir no ordenamento jurídico brasileiro a teoria criada pelo jurista alemão Erik Jayme, nominada nacionalmente de diálogo das fontes, onde se milita pela coordenação de fontes do direito com vistas a absorver a realidade dos

[...] tempos pós-modernos, onde a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e o *droit à la différence* (direito a ser diferente

¹¹⁶ Enquanto ciência voltada a regular condutas, deve a ciência jurídica estar aberta às mudanças sociais, às quais, na sociedade contemporânea se mostram cada vez mais frequentes. Vide os avanços tecnológicos dos últimos trinta anos e as frequentes mudanças e reinterpretações do rebatizado Direito das Famílias.

¹¹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. *E-book*.

¹¹⁸ Art. 2º. §1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: Presidência da República, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm> Acesso em: 10 jan. 2022).

¹¹⁹ Art. 2º. §2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior (BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: Presidência da República, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm> Acesso em: 10 jan. 2022).

¹²⁰ Neste sentido Bruno Miragem ao afirmar que “O direito do consumidor, como microsistema jurídico, adquire caráter de transversalidade, impresso na sua relação com as diversas outras disciplinas jurídicas em vista da complementação de suas normas e, no sentido inverso, na especialização das normas dos ramos tradicionais da ciência jurídica, em vista do princípio básico da proteção do consumidor vulnerável. Assim a técnica legislativa do CDC remete a normas de natureza distintas – civil, penal, administrativa, processual – razão pela qual a relação do direito do consumidor com estas e outras disciplinas jurídicas é estabelecida para dar sentido e aplicação a tais normas, de modo coerente com o sentido do Código e os preceitos que orientam as disciplinas a que se referem originariamente (MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 77).

e a ser tratado diferentemente, sem necessidade mais de ser 'igual' aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou 'mono-solução'.¹²¹

Há sob esta nova sistemática, a possibilidade de aplicação “[...] simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes”.¹²² Claudia Lima Marques defende a possibilidade de coordenação e aplicação simultânea entre Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, esclarecendo que não houve revogação do primeiro pelo segundo quando de sua inserção no ordenamento jurídico em 2002.

Além disso, que estas normas têm caráter subsidiário e complementar, sendo a primeira de ordem geral, responsável por trazer conceitos e substratos conceituais e de cláusulas gerais, responsáveis por preencher certos elementos expostos pela norma especial do Código de Defesa do Consumidor, incidente sobre contratos e relações onde figure fornecedor e consumidor¹²³, como veremos em tópico específico. “Esta Teoria é uma resposta às dificuldades dos juristas contemporâneos para lidar com a complexidade, pluralidade, multiplicidade e incertezas da condição pós-moderna”.¹²⁴

Em complemento, Laís Bergstein elenca que o valor máximo que deve ser buscado pelo legislador ao aplicar a norma, consiste nos direitos humanos envolvidos no conflito:

Daí nasce o diálogo das fontes, que pressupõe a aplicação simultânea, compatibilizadora das normas em conflito “sob a luz da Constituição”, com efeito útil para todas as leis envolvidas, mas “com eficácias (brilhos) diferenciadas a cada uma das normas em colisão” em busca do efeito social esperado, de modo que “o ‘brilho’ maior será da norma que concretizar os direitos humanos envolvidos no conflito [...]”.¹²⁵

Reconhecendo em mesmo sentido a aplicação da citada teoria, Antonio Carlos Efiging afirma que:

¹²¹ MARQUES, Claudia Lima *et al.* **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 36.

¹²² MARQUES, Claudia Lima *et al.* **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.37.

¹²³ MARQUES, Claudia Lima *et al.* **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 45-48.

¹²⁴ BITTAR, Eduardo C. B. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*.

¹²⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 690-691.

[...] antes mesmo da abordagem relativa a antinomias, propõe-se um diálogo entre os diplomas legislativos, ou seja, a aplicação complementar do CC/2002 e do Código de Defesa do Consumidor (CDC), ou o assim denominado diálogo das fontes. [...] O projeto do novo Código Civil, como já frisado, teve início em 1969, e não pode ‘concorrer’ com o CDC, este que promulgado por determinação constitucional e sob a égide de novos valores sociais traduzidos nos princípios da Carta de 1988.¹²⁶

O Código Civil ao entrar em vigor não derogou o código consumerista, mas a ele trouxe maior brilho na medida em que, ancorado sobre as luzes de relações privadas constitucionalizadas¹²⁷, impôs a superação de um individualismo das partes no contratar através dos princípios da sociabilidade¹²⁸ e da função social do contrato.

A teoria tem sido admitida em âmbito nacional, sendo

[...] que os Tribunais Superiores, os Tribunais Estaduais, os juízes de primeira instância e os JECs consolidaram o uso do método do diálogo das fontes como caminho para – em casos difíceis – assegurar a prevalência do princípio pro homine e desta eficácia horizontal dos direitos fundamentais por aplicação do CDC às relações privadas.¹²⁹

Este mesmo diálogo existente entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil é observado em relação à Lei nº 4.591/1964, na medida em que a

¹²⁶ EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 38-39.

¹²⁷ A respeito da constitucionalização do direito, disserta Luís Roberto Barros: “[...] Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como esse processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas. [...] para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*); em mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira: “Na hermenêutica do novo Código Civil, destacam-se hoje os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impõem às relações interprivadas, aos interesses particulares, de modo a fazer prevalecer uma verdadeira ‘constitucionalização’ do Direito Privado” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direitos reais**. rev. atual. e ampl. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*); e Andreza Cristina Baggio: “O surgimento dos Estados Sociais marca o início da preocupação estatal com a proteção das necessidades básicas do homem, nascendo o fenômeno da constitucionalização do direito privado” (BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *E-book*).

¹²⁸ Andrea Marighetto, lembrando os princípios propostos por Miguel Reale, sobre o objetivo do princípio da sociabilidade: “[...] o princípio da *sociabilidade* – que visa a superar o individualismo jurídico, propondo uma visão tradicional do vínculo contratual mitigada pelo respeito à cláusula da função do social do contrato” (MARIGHETTO, Andrea. **O acesso ao contrato: sentido e extensão da função social do contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 91).

¹²⁹ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 115, p. 21-40, jan./fev. 2018. p. 39.

proteção do vulnerável está no cerne da proteção da legislação especial que regula a construção civil, visando proteger o adquirente de imóveis na planta.

Esta é a ressalva que faz Melhim Namem Chalhub ao destacar: “recorde-se que a regulamentação da incorporação imobiliária foi justificada pela vulnerabilidade da posição dos adquirentes ante o incorporador, nos contratos de aquisição de imóveis em construção, [...]”.¹³⁰

Isso porque há evidente disparidade de armas visto que o incorporador é o *expert* em sua área de atividade comercial/profissional e o adquirente do imóvel detêm pouco ou nenhum conhecimento sobre o negócio, na medida em que pode estar realizando a primeira e única aquisição de produto de alta vultuosidade em sua vida inteira. Em complemento destaca o mesmo autor:

Assim, há, no ordenamento, de um lado, as normas do CDC destinadas à proteção do consumidor nas relações de consumo em geral, derivadas de todo e qualquer tipo contratual, e, de outro lado, as normas especiais da Lei nº 4.591/1964, destinadas à proteção dos adquirentes de imóveis integrantes de incorporação imobiliária, dotadas de efetividade específica em relação às singularidades dessa atividade.^{131,132}

São relevantes os apontamentos do autor na medida em que a relação estabelecida entre adquirente de imóvel na planta, seja ele pessoa física ou jurídica, perquire a aquisição de um produto, para consumo próprio, atraindo, portanto, não

¹³⁰ CHALHUB, Melhim Namen. **Incorporação imobiliária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

¹³¹ CHALHUB, Melhim Namen. **Incorporação imobiliária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

¹³² Em complemento ao referenciado, são os exemplos contidos na obra de Caio Mário da Silva Pereira: “Como lei geral, o CDC pode incidir sobre o contrato de incorporação em relação à publicidade enganosa capaz de causar danos materiais ou morais aos adquirentes (CDC, arts. 37 e 51), à proibição de cláusulas abusivas, como as que exijam do adquirente vantagem manifestamente excessiva, deixem de estipular prazo para cumprimento da obrigação do incorporador, elevem sem justa causa o preço da unidade imobiliária (CDC, arts. 39, V, X, XII), as que inviabilizam a revisão do contrato em razão de excessiva onerosidade para o consumidor (art. 6.º, IV e V); pode incidir, ainda, em relação a cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor (incorporador ou construtor), inviabilizem a inversão do ônus da prova, permitam ao fornecedor (incorporador ou construtor) alterar unilateralmente o preço da unidade, entre outras (CDC, art. 51); além dessas, há a norma segundo a qual é nula a cláusula que estabeleça a perda da totalidade das quantias pagas, nos contratos de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária (CDC, art. 53); ainda como lei geral, o CDC pode ser aplicado também em relação à responsabilidade objetiva do incorporador e do construtor pela segurança e solidez da obra e pela reparação dos danos decorrentes de defeito da edificação (art. 12); na fase pós-contratual, incide a regra geral da responsabilidade solidária dos fornecedores (incorporador e construtor) pelos vícios de qualidade e quantidade que tornem a coisa (unidade imobiliária) imprópria ou inadequada ao fim a que se destina ou que lhes diminua o valor (CDC, arts. 18 e 19)” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*).

apenas as regras gerais de boa-fé¹³³ e da função social do contrato¹³⁴, enquanto cláusulas gerais do Código Civil, mas também, as previsões e regulações contidas no Código de Defesa do Consumidor, quando presentes o binômio acima referido (consumidor/fornecedor), ponto este que será aportado em tópico específico.

Claudia Lima Marques concebe três tipos de diálogos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Primeiramente, concebe que uma das normas serviria de base conceitual para a outra, o que nomina de diálogo sistemático de coerência¹³⁵, em especial por se tratarem de norma geral (Código Civil) e norma especial (Código de Defesa do Consumidor), sendo este segundo responsável por tutelar um grupo social em específico, os consumidores.

Uma segunda concepção dada pela autora é nominada de diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais¹³⁶, e teria lugar para “[...] indicar a aplicação complementar tanto de suas normas quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário, ou subsidiariamente”.¹³⁷

A terceira concepção é nominada pela autora de diálogo de coordenação e adaptação sistemática, havendo neste caso um “[...] diálogo de influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei”.¹³⁸ O exemplo dado pela autora diz respeito à possível reinterpretção das relações empresariais típicas, mas na qual há aquisição de um deles como destinatário final, hipótese em que haveria a irradiação de primados consumeristas para a relação típica civilista entre iguais.

Poderíamos conceber, a partir do exposto por Caio Mário da Silva Pereira e a partir das proposições de Claudia Lima Marques, ser a Lei nº 4.591/1964 norma especial quando colocada lado a lado com o Código de Defesa do Consumidor, se tratando aqui da aplicação do diálogo sistemático de coerência. Isso porque, “[...] a

¹³³ Art. 113. “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002).

¹³⁴ Art. 421. “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002).

¹³⁵ MARQUES, Claudia Lima *et al.* **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 38.

¹³⁶ MARQUES, Claudia Lima *et al.* **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

¹³⁷ MARQUES, Claudia Lima *et al.* **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

¹³⁸ MARQUES, Claudia Lima *et al.* **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.39.

harmonização entre as normas gerais do CDC e as normas especiais da Lei das Incorporações há de resultar de interpretação compatível com a noção de sistema, em razão da qual elas se complementam a partir da concepção da unidade do ordenamento”.¹³⁹

Para exemplificar o ponto, o autor cita o artigo 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor¹⁴⁰, onde resta prevista a responsabilidade objetiva do construtor, destacando a incidência do artigo 43, inciso II da Lei nº 4.591/1964¹⁴¹, a qual teria maior aderência ao caso concreto, visto que a norma foi “[...] formulada com a atenção voltada para as peculiaridades da construção civil”.¹⁴²

Em mesmo sentido faz referência ao dever de informação, presente em ambas as normas, destacando que esta obrigação do fornecedor foi instituída de maneira mais precisa na Lei nº 4.591/1964:

[...] porque leva em consideração as peculiaridades da oferta de imóveis a construir e da fiscalização das obras de construção civil, enquanto o CDC dispõe sobre o dever geral de informação, sem atentar para as características da venda de imóveis em construção.¹⁴³

Em mesmo sentido, é possível se falar em um diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais entre a Lei nº 4.591/1964 e Código Civil, especialmente no tocante à complementariedade principiológica e contratual dada pela norma civilista.

¹³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*.

¹⁴⁰ Art. 12. “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos” (BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990).

¹⁴¹ Art. 43. “Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas: [...] II - responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a êstes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras, cabendo-lhe ação regressiva contra o construtor, se fôr o caso e se a êste couber a culpa” (BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Brasília: Presidência da República, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm> Acesso em: 10 jan. 2022).

¹⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*.

Assim, será adotado ao longo da presente pesquisa a sistemática inicialmente estabelecida, a título analítico, vislumbrando o diálogo possível entre: 1º) Lei nº 4.591/1964; 2º) Código de Defesa do Consumidor; e 3º) Código Civil.

Para que seja possível verticalizar a presente pesquisa, o subcapítulo a seguir analisará o reconhecimento do incorporador imobiliário, segundo a Lei 4.591/1964, e a partir deste ponto, verificará as hipóteses de adequação e reconhecimento do binômio existente na relação contratual (consumidor/fornecedor).

2.2 O RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO JURÍDICA CONSUMERISTA NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Embora não seja competência típica do legislador criar definições e conceitos, sendo esta a incumbência da doutrina, adotou aquele quando da elaboração do projeto da Lei nº 4.591/1964 a definição de incorporador imobiliário no artigo 29 sob o seguinte conceito:

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

O primeiro elemento a ser considerado da norma é a possibilidade de figurar como incorporador pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, definição esta que guarda relação ao conceito de empresário, adotado pelo Código Civil no artigo 966: “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Causa estranheza a expressão comerciante ou não, adotada pelo legislador, na medida em que, conforme defende Caio Mário da Silva Pereira, trata-se evidentemente de exercício de atividade empresarial¹⁴⁴ sobre bens imóveis, negócio este que em última instância, visa o lucro sob o investimento.

¹⁴⁴ Sobre a adoção da Teoria da Empresa adotada pelo CC/2002, vide: RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. *E-book*.

Para o autor, é evidente o reflexo do revogado Código Comercial de 1850 na Lei nº 4.591/1964¹⁴⁵ neste ponto, visto que aquele afastava os negócios sobre bens imóveis dos atos de mercancia:

Entretanto, aqui nos assalta uma pergunta: pode o incorporador ser empresa? A razão da indagação está em que, operando em negócio imobiliário, o incorporador, em última análise, estaria comerciando com imóveis. Não nos parece procedente qualquer dúvida a respeito, porque entendemos não haver razão para afastar o imóvel do negócio jurídico mercantil. [...] o incorporador é uma empresa imobiliária. Ou, segundo o art. 966 do Código Civil, um empresário. Exerce atividade empresária.¹⁴⁶

Este incorporador que poderá ser pessoa natural (física) ou pessoa jurídica (com ou sem segregação/limitação patrimonial) poderá ou não ser o próprio construtor do empreendimento. Isso quer dizer que pode subcontratar tal atividade, assim como pode subcontratar a atividade de comercialização das unidades que serão construídas.

Na prática, é comum que aquele (pessoa natural ou jurídica) tenha a ideia, o vislumbre de determinado empreendimento, venha a contratar um escritório de arquitetura ou engenharia para que desenvolva um projeto preliminar. Após análises de viabilidade econômica financeira e de absorção mercadológica, busca uma ou mais empreiteiras/construtoras para que possam realizar a edificação do empreendimento planejado.

Para a venda das unidades que serão construídas, é comum igualmente que o incorporador contrate uma ou mais imobiliárias para que possam ofertar publicamente as futuras unidades ainda na planta, em fase inicial de construção ou em seu decorrer.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Art. 191, parágrafo único: “É unicamente considerada mercantil a compra e venda de efeitos móveis ou semoventes, para os revender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso; compreendendo-se na classe dos primeiros a moeda metálica e o papel moeda, títulos de fundos públicos, ações de companhias e papéis de crédito comerciais, contanto que nas referidas transações o comprador ou vendedor seja comerciante” (BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial do Império do Brasil. Brasília: Presidência da República, 1850).

¹⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*.

¹⁴⁷ De forma pragmática, Caio Mário da Silva Pereira detalha o caminho perseguido pelo incorporador quando deseja levar à cabo o empreendimento planejado em dadas ocasiões, quando este não é o proprietário do terreno e não possui capital suficiente para concretizar o empreendimento: “Um indivíduo procura o proprietário de um terreno bem situado, e incute-lhe a ideia de realizar ali a edificação de um prédio coletivo, mas nenhum dos dois dispõe do numerário e nenhum deles tem possibilidade de levantar por empréstimo o capital, cada vez mais vultoso, necessário a levar a termo o empreendimento. Obtém, então, opção do proprietário, na qual se estipulam as condições em que este aliena o seu imóvel. Feito isto, vai o incorporador ao arquiteto, que lhe dá o projeto. O construtor

Esta última relação contratual (incorporador-imobiliária) inclusive deu ensejo à fixação do Tema Repetitivo 938¹⁴⁸ pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), discussão na qual se debatia a legalidade da cláusula que transferia para o adquirente do imóvel na planta a obrigação de pagar a comissão de corretagem à imobiliária/corretor de imóveis autônomo contratado pela incorporadora. O tema em questão não será objeto da presente pesquisa, mas o seu conhecimento tem o objetivo de situar o leitor das hipóteses de judicialização da relação negocial (mercado da construção civil).

Para Arnaldo Rizzardo, é condição para configuração do incorporador que este seja proprietário do terreno, podendo ainda não o ser, quando devidamente autorizado pelo proprietário ou por aquele que possua algum vínculo jurídico ou de sua expectativa perante o terreno:

Não basta, para ser incorporador, alguém assumir um empreendimento, e planejar a sua realização. Não é aceita a ideia da função desvinculada da existência de algum direito sobre o imóvel destinado à incorporação. Em princípio, imprescindível a ligação do incorporador ao imóvel, por meio do domínio ou algum direito sobre o mesmo, ou de poderes expressos recebidos. Nesta ordem, é necessário que o incorporador tenha a propriedade do terreno, ou seja, o promitente comprador, ou o cessionário, ou promitente cessionário, ou construtor, ou corretor, se devidamente autorizado pelo proprietário.¹⁴⁹

É esta a esta assertiva que se chega da análise do artigo 31, *caput* e alíneas “a” e “b” da Lei nº 4.591/1964, as quais possuem a seguinte redação:

lhe fornece o orçamento. De posse dos dados que lhe permitem calcular o aspecto econômico do negócio (participação do proprietário, custo da obra, benefício do construtor e lucro), oferece à venda as unidades. Aos candidatos à aquisição não dá um documento seu, definitivo ou provisório, mas deles recebe uma ‘proposta’ de compra, em que vêm especificadas as condições de pagamento e outras minúcias. Somente quando já conta com o número de subscritores suficientes para suportar os encargos da obra é que o incorporador a inicia. Se dá sua execução por empreitada, contrata com o empreiteiro; se por administração, ajusta esta com o responsável técnico e contrata o calculista, os operários, o fornecimento de materiais etc. Vendidas todas as unidades, promove a regularização da transferência de domínio, reunindo em uma escritura única o vendedor e compradores que ele nunca viu, aos quais são transmitidas as respectivas quotas ideais do terreno” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*).

¹⁴⁸ Com o julgamento do Tema Repetitivo 938 do STJ, restou pacificado pela legalidade da cláusula que transfere ao adquirente de imóvel na planta a obrigação de pagar a comissão de corretagem ao corretor intermediador, desde que cumprido o dever de informação, passando a ser ementado da seguinte forma: “[...] (ii) Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem; (vide REsp n. 1.599.511/SP) [...]”.

¹⁴⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edifício e incorporação imobiliária**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*.

Art. 31. A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que somente poderá ser:

- a) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea a do art. 32;
- b) o construtor (Decreto número 23.569, de 11-12-33, e 3.995, de 31 de dezembro de 1941, e Decreto-lei número 8.620, de 10 de janeiro de 1946) ou corretor de imóveis (Lei nº 4.116, de 27-8-62).

O legislador reconheceu uma terceira possibilidade, consistente em situação onde algum dos entes da federação seja imitado na posse do terreno em demanda de desapropriação.¹⁵⁰ Não será aprofundado neste ponto, visto se tratar de caso estranho ao objeto da presente pesquisa.

No próximo subcapítulo será abordada a identificação do produto objeto do contrato de incorporação imobiliária, tendo por finalidade a análise da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a estes contratos.

2.2.1 O Produto Objeto dos Contratos de Incorporação Imobiliária

Em tendo restado definido normativamente no tópico anterior a identificação do incorporador imobiliário, um próximo exercício dogmático e legislativo necessário se mostra com a verificação da atração ou não da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Para tanto, é de se questionar quanto à possibilidade de existência de um contrato de aquisição de imóvel na planta sem a atração da tutela consumerista. Em consequência disto, se existirá um adquirente de imóvel na planta não consumidor. Poderia se questionar ainda a possibilidade de um empresário consumidor ou ainda, um incorporador não fornecedor. No intuito de responder a tais questionamentos, se utilizará do microssistema normativo do Código de Defesa do Consumidor.

A este respeito, Comenta Eduardo C. B. Bittar “[...] que a legislação não lida com a integralidade da pessoa humana, e não tem como alvo o homem-pessoa [...]”.¹⁵¹

¹⁵⁰ Art. 31. “[...] c) o ente da Federação imitado na posse a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação em curso ou o cessionário deste, conforme comprovado mediante registro no registro de imóveis competente” (BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Brasília: Presidência da República, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm> Acesso em: 10 jan. 2022).

¹⁵¹ BITTAR, Eduardo C. B. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*.

De acordo com o autor os destinatários da legislação são o que chama de papeis-sociais-dos-atores-sociais e elenca dentre alguns critérios, o de destinatários específicos, onde estaria inserida a legislação consumerista, ao identifica um ator muito bem definidos: a pessoa-consumidor/a.¹⁵²

De acordo com a sistemática adotada pelo legislador consumerista, haverá a atração da tutela específica da norma mais benéfica quando identificadas as figuras do consumidor e do fornecedor, conforme estipulam respectivamente os artigos 2º, *caput* e parágrafo único e 3º e ainda, “[...] quando o objeto da contratação for um produto ou um serviço, todos definidos pelo Código.”¹⁵³

Andreza Cristina Baggio demonstra que a aplicação do CDC depende da identificação precisa de seus atores:

O Código de Defesa do Consumidor, cujas normas são cogentes e de ordem pública, somente incidirá em uma relação contratual quando ela puder ser qualificada como relação de consumo. Para o Código de Defesa do Consumidor uma relação contratual será de consumo quando em um dos polos estiver um consumidor, e, em outro, um fornecedor, e quando o objeto da contratação for um produto ou um serviço, todos definidos pelo Código.¹⁵⁴

Sob este aspecto, há a necessidade, no caso da incorporação imobiliária, de identificação de três elementos¹⁵⁵, sendo o primeiro deles a existência de um objeto que se caracterize em um produto.

A definição do objeto contratual nestes casos é dado pelo artigo 28, parágrafo único, ao definir que a lei incidirá quando da realização e promoção de construções, para alienação (com intuito de comercialização) de parte ou da integralidade do empreendimento, de uma única edificação, seja um prédio, casa assobradada, dentre outros empreendimentos, ou seja um conjunto de edificações (bastante comuns em condomínios habitacionais populares, onde se realizam diversos blocos/torres), e por fim, a constituição de unidades autônomas, que assim se formarão pela instituição

¹⁵² Grafia utilizada pelo autor.

¹⁵³ BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *E-book*.

¹⁵⁴ BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *E-book*.

¹⁵⁵ O reconhecimento da relação jurídica de consumo demanda o preenchimento de elementos que podem ser classificados, como exemplifica Sergio Cavaliere Filho em: “a) **subjctivos** – relacionados aos sujeitos dessa relação jurídica; b) **objetivos** – relacionados ao objeto das prestações ali surgidas” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. *E-book*).

jurídica (e portanto, fictícia) do condomínio edilício¹⁵⁶, o qual autorizará ao registrador a abertura de matrículas individualizadas para cada unidade¹⁵⁷, quando da conclusão do imóvel.¹⁵⁸ Para melhor visualização, transcrevemos a íntegra do artigo analisado:

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

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

Nos termos da norma resta claro que a lei não se aplicará ao caso de imóveis prontos vistos que nestes casos não há o intuito de se promover ou realizar a construção. Quando se tratar de imóvel onde já conste em sua matrícula a conclusão de obra devidamente autorizada pela municipalidade acompanhada do pagamento dos impostos e por consequência, registrado pelo oficial titular do cartório de registro de imóveis, não há que se falar em atração da Lei nº 4.591/1964.¹⁵⁹

Exemplo da situação narrada é o pequeno construtor que pretende levar a cabo a construção de três sobrados com recursos próprios. Este custeia toda a obra, averba a conclusão dos sobrados, institui o condomínio e na sequência, passa a ofertar publicamente os imóveis de forma direta ou através de imobiliária/corretor contratado para tal incumbência. A tal empreendimento não se falará em incorporação imobiliária,

¹⁵⁶ No didatismo de Luiz Antonio Roberto Scavone Junior, condomínio edilício se constitui da seguinte forma: “O condomínio edilício é definido como o conjunto de propriedades exclusivas em uma edificação considerada unitária, com áreas comuns que se vinculam às unidades autônomas (apartamentos, escritórios, lojas, casas, garagens etc.) [...] para caracterizar o condomínio edilício, imaginemos um edifício residencial. Cada apartamento é considerado um imóvel exclusivo, independente dos demais. Ocorre que o edifício é composto de partes comuns, ou seja, de uso comum, como, por exemplo, as garagens, a piscina, a sala de ginástica, o salão de festas, os corredores, os jardins, o teto etc.” (SCAVONE JUNIOR, Luiz Roberto. **Direito imobiliário**: teoria e prática. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*).

¹⁵⁷ Nos termos da Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos – LRP).

¹⁵⁸ Conforme leciona Frederico Henrique Viegas de Lima, é a instituição do condomínio que permite a existência das unidades autônomas edificadas em um prédio (condomínio edilício): “Indispensável ao surgimento do condomínio a sua instituição tem previsão legal na própria Lei n. 4.591/64, em seu artigo 7º [...]”. Este ato, sem o qual as unidades autônomas não podem ter existência própria, é obrigatório. Pouco importa se a edificação tenha sido realizada sob os moldes de incorporação imobiliária ou não. Necessária, sim a conclusão da obra, para que, com o registro da instituição, apareça a existência jurídica do condomínio. Impende salientar que a instituição só pode ter por objeto os imóveis construídos, não podendo ser utilizada em imóveis a construir ou em construção (LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Temas registrários**. Três esboços: incorporação imobiliária. Concessão real do uso do solo. Registro civil das pessoas naturais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 32).

¹⁵⁹ Ao menos na parte especial de que trata de incorporação imobiliária, visto que a mesma norma regulamentada o condomínio edilício.

o que não quer dizer que no caso concreto não possa se falar em aplicação do código consumerista.

A contrário *sensu*, aquele que pretende vender objeto futuro consistente no imóvel na planta, estará adstrito às disposições da lei, notadamente no dever de incorporar formalmente, como descreve Luiz Roberto Scavone Junior:

A incorporação é imprescindível nos casos de edifícios a construir, vendidos para entrega futura e por oferta pública. Na verdade, incorporar um edifício significa registrar, junto ao oficial de Registro de Imóveis, na matrícula do terreno onde o prédio será construído, uma série de documentos e certidões, permitindo vender as unidades a serem construídas na planta ou em obras, a público indeterminado, mediante oferta pública.¹⁶⁰

Na hipótese de comercialização de imóvel na planta não incorporado (quando inexistente o registro da incorporação imobiliária na matrícula do terreno) há não apenas uma infração à lei civil, mas também a prática de crime contra a econômica popular, conforme tipificado no artigo 66, inciso I da Lei nº 4.591/1964¹⁶¹, o que demonstra uma vez mais a preocupação do legislador com o adquirente vulnerável e com o pouco acesso à informação no tocante ao negócio de aquisição de imóveis na planta.

2.2.2 O Reconhecimento do Incorporador Imobiliário Enquanto Fornecedor

A partir da explanação supra é possível identificar um segundo elemento essencial para o reconhecimento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, consistente na existência de um fornecedor, conforme definição contida no artigo 3º abaixo transcrito:

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

¹⁶⁰ SCAVONE JUNIOR, Luiz Roberto. **Direito imobiliário: teoria e prática**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

¹⁶¹ Art. 66. “São contravenções relativas à economia popular, puníveis na forma do [artigo 10 da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951](#): I - negociar o incorporador frações ideais de terreno, sem previamente satisfazer às exigências constantes desta Lei;” (BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Brasília: Presidência da República, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm> Acesso em: 10 jan. 2022).

Igualmente erigido pela Lei nº 4.591/1964 é a possibilidade de se verificar enquanto fornecedor e também enquanto incorporador, tanto uma pessoa física quanto jurídica.

Pelos verbos escolhidos pelo legislador, é possível identificar a atividade de construção como sendo a típica atividade desenvolvida, lendo-se o artigo supratranscrito em diálogo com o artigo 28 da Lei nº 4.591/1964 já citado.¹⁶² Contudo, é de se questionar se aquele que desenvolveu um único empreendimento pode ser equiparado a fornecedor/incorporador.

Claudia Lima Marques destaca que um dos critérios para o reconhecimento do fornecedor é o critério profissional e a habitualidade, justamente porque a ele são impostas obrigações amplas pelo Código de Defesa do Consumidor.¹⁶³

Os critérios, contudo, não se confundem¹⁶⁴ : “[...] habitualidade é a sucessividade ou constância no exercício de um ato [...] profissionalismo pressupõe o estado ou a condição do profissional em certa arte [...] permanentemente [...]”.¹⁶⁵

Fabrcio Germano Alves e Felipe Lucas Medeiros de Oliveira destacam que:

Para a caracterização do fornecedor, é necessário também que exista habitualidade e profissionalismo – nos termos do que determina o artigo 966 do Código Civil, ao conceituar ‘empresário’ – por parte do sujeito que comercializa o produto ou serviço. Desta forma, v.g., alguém que vende seu carro, após dele usufruir por anos, para comprar um novo, não seria caracterizado como fornecedor, diferentemente do caso de um estudante que também atua vendendo diariamente (habitualidade/profissionalismo) brigadeiros para auferir uma renda extra.¹⁶⁶

¹⁶² Art. 28. “As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente Lei. [...] Parágrafo único. Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas, (VETADO). (BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Brasília: Presidência da República, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm> Acesso em: 10 jan. 2022).

¹⁶³ “Quanto ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador é desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Tais características vão excluir da aplicação das normas do Código todos os contratos firmados entre dois consumidores não profissionais. A exclusão parece-me correta, pois o Código, ao criar direitos para os consumidores, cria deveres, e amplos, para os fornecedores” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 420).

¹⁶⁴ EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 69.

¹⁶⁵ EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 68.

¹⁶⁶ ALVES, Fabrcio Germano; OLIVEIRA, Felipe Lucas Medeiros de. Atuação dos Procons nos casos de descumprimento das ofertas veiculadas nas plataformas de marketplace. **Revista Vianna Sapiens**, v. 11, n. 1, p. 186-206, 2020. Disponível em: <<https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/653/353>>. Acesso em: 28 fev. 2022. p. 192.

Antonio Carlos Efiging esclarece que apesar de o legislador não ter inserido a habitualidade e profissionalismo no texto expresso do artigo 3º, tais requisitos seriam consequência lógica do termo *desenvolver atividade*, algo que seria permanente e constante.¹⁶⁷ Contudo, a falta de um ou outro requisito por si só não afastaria a incidência protetiva da legislação consumerista, oferecendo exemplo prático para o caso em questão:

[...] isto não nos permite entender que habitualidade e profissionalismo correspondem ao mesmo instituto. Alguém pode, eventualmente, ser proprietário de determinada imobiliária, devidamente regularizada, mas, em razão de crise no mercado, realizar somente uma locação ao ano. Verifica-se a existência de profissionalismo, mas não de habitualidade. Nem por isso deixa tal fornecedor de receber a tutela do CDC.¹⁶⁸

Neste aspecto, poderia se cogitar que aquele que busca inaugurar a sua atuação no mercado da construção civil lançando o seu primeiro empreendimento estaria excluído da aplicação da tutela consumerista. Contudo, não parece que este seja o posicionamento da doutrina.

Leonardo Roscoe Bessa, tendo por base a aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes, compreende haver a aplicação do Código de Defesa do Consumidor “[...] aos negócios relativos à compra de imóvel durante a construção”.¹⁶⁹ O autor destaca que o *animus* do legislador é proteger situações de vulnerabilidade no mercado¹⁷⁰ de consumo e que há atividades “[...] que são potencialmente ofensivas a legítimos interesses existenciais e materiais, em que há necessariamente preponderância e poder social de quem exerce a atividade [...]”.¹⁷¹

¹⁶⁷ EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 68-69.

¹⁶⁸ EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 69.

¹⁶⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de consumo e aplicação do código de defesa do consumidor**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 107.

¹⁷⁰ Nos parece relevante trazer neste ponto alguns apontamentos feitos por Eros Roberto Grau no tocante ao que compreende ser o mercado (*lato sensu*) e o papel do Estado frente à economia contemporânea: “O mercado é uma *instituição jurídica*. Dizendo-o de modo mais preciso: *os mercados são instituições jurídicas* [...] Em suma: (i) a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias; (ii) essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do direito positivo, direito posto pelo Estado; (iii) este direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 27-30).

¹⁷¹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de consumo e aplicação do código de defesa do consumidor**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 53.

Pablo Jiménez Serrano aponta que “[...] o incorporador é caracterizado como fornecedor, aquele que, com habitualidade e profissionalismo desenvolve serviços de construção (ou compromisso de construção), venda total ou fracionada de imóveis a consumidores”.¹⁷²

No caso da incorporação imobiliária pode haver disparidade econômica. Aquele que almeja edificar um condomínio vertical com trinta unidades certamente terá que possuir ou ter condições histórico-econômicas de tomar crédito de alto vulto para levar a cabo o empreendimento.

Apesar de não ter adentrado ao mérito em razão da vedação da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça¹⁷³, o Ministro Luis Felipe Salomão teve a oportunidade de analisar caso recente de sua relatoria no Agravo em Recurso Especial nº 1984711/PR, na qual se discutia a aplicação ou afastamento do Código de Defesa do Consumidor em caso na qual os recorrentes haviam construído uma edificação residencial e na sequência realizaram a sua alienação, oportunidade em que houve a proposição da demanda pelos compradores.

Em seu voto o ministro colacionou a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná onde restou conhecido que, uma vez que os Recorrentes haviam sido responsáveis pela edificação da residência, a despeito da inexistência da habitualidade por se tratar de um único imóvel, estariam estes adstritos à lei consumerista, figurando-se a fornecedores, nos termos do artigo 12 da norma especial.¹⁷⁴

No exemplo em questão, a despeito da inexistência da habitualidade e do dito profissionalismo, é evidente que a atividade desenvolvida apresenta um risco econômico que merece tutela e que se insere no mercado de consumo.

Imagine a título exemplificativo que o custo de edificação de um empreendimento com trinta unidades seja orçado inicialmente pelo valor de três

¹⁷² SERRANO, Pablo Jiménez. **O direito do consumidor no mercado imobiliário**: aplicabilidade do código de defesa do consumidor aos contratos imobiliários. Rio de Janeiro: Jurimestre, 2018. *E-book*.

¹⁷³ Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

¹⁷⁴ Art. 12. “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos” (BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990).

milhões de reais e que as unidades sejam comercializadas na planta, mesmo antes da construção, pelo valor de trezentos mil reais cada uma delas.

Imagine ainda que o incorporador (pessoa física ou jurídica) possua cinquenta por cento do capital necessário para dar início às obras e que obterá os outros cinquenta por cento com o fruto da alienação antecipada das unidades.

Neste caso há uma disponibilidade financeira do incorporador de um milhão e meio de reais, em face de trezentos mil que o adquirente pode eventualmente possuir ou que terá que tomar parte mediante empréstimo bancário.

Com este exemplo espera-se demonstrar que, em se tratando de atividade com resultados potencialmente ofensivos à sociedade (do ponto de vista econômico), mesmo nos casos de incorporador ingressante no mercado ou de pequeno empreendimento, haveria ainda assim o reconhecimento da figura de fornecedor na pessoa (física ou jurídica) do incorporador, com consequente aplicação do Código de Defesa do Consumidor, quando vislumbrado em outro polo o consumidor, na medida em que, ainda que ausente o critério da habitualidade, por se tratar de primeiro empreendimento, há o critério do profissionalismo que enseja a organização necessário à consecução de um empreendimento imobiliário.

O próximo subcapítulo se ocupará da análise do reconhecimento da figura de consumidor e as teorias a este critério aplicadas, notadamente com o objetivo de identificar este ator na relação contratual de aquisição de imóveis na planta.

2.2.3 O Consumidor Adquirente de Imóvel na Planta

O legislador consumerista trouxe a definição de consumidor no artigo 2º¹⁷⁵, redação esta que introduziu grande celeuma sobre a aplicação do conceito de consumidor em alguns casos limítrofes, acentuado pela parte final do referido artigo no tocante ao termo destinatário final.

Para tanto, três teorias foram desenvolvidas pela doutrina para tentar adequar o reconhecimento do conceito de consumidor, sendo elas: (1) a Teoria Maximalista; (2) a Teoria Finalista e; (3) a Teoria Finalista Mitigada.

¹⁷⁵ Art. 2º. “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do *consumidor* e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990).

A primeira delas, nominada pela doutrina de corrente Maximalista ou Objetiva, impõe uma interpretação mais aberta e inclusiva ao não exigir uma interpretação da:

[...] expressão destinatário final, pois, deve ser interpretada de forma ampla, bastando à configuração do consumidor que a pessoa, física ou jurídica, se apresente como destinatário fático do bem ou serviço, isto é, que o retire do mercado, encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação do serviço.¹⁷⁶

Para a citada corrente, o Código de Defesa do Consumidor deve abranger “[...] o maior número de relações, pelas quais as normas inseridas nesse diploma devem regular a sociedade de consumo como um todo [...] pouco importando a destinação econômica que lhe deva sofrer o bem”.¹⁷⁷

Sergio Cavalieri Filho se opõe à tal corrente na medida em que a inclusão do maior número possível de agentes sob o manto da lei consumerista desconstituiria o caráter especial e protetivo ao vulnerável que pretendeu a lei atribuir.¹⁷⁸ Em outras palavras, seria afirmar que se todos são especiais, ninguém é especial, razão que traria um esvaziamento da norma protetiva mais benéfica.

Antonio Carlos Efig pontua que “[...] os maximalistas vêm nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional”.¹⁷⁹

Ada Pellegrini Grinover se propõe em mesmo sentido ao assim afirmar:

Dizer-se, como querem os assim denominados pela autora retrocitada “maximalistas”, que se aplica o Código, sem qualquer distinção, às pessoas jurídicas, ainda que fornecedoras de bens e serviços, seria negar-se a própria epistemologia do microsistema jurídica de que se reveste.¹⁸⁰

¹⁷⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. *E-book*.

¹⁷⁷ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de defesa do consumidor**: artigo por artigo. 13. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 29.

¹⁷⁸ “Tal entendimento, entretanto, estava em rota de colisão com a finalidade do CDC, contra a sua própria razão de ser, que, como já vimos, é proteger a parte vulnerável nas relações de consumo. E transformar o direito do consumidor em direitos do consumo importa em retirar dele toda a sua função protetiva” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. *E-book*).

¹⁷⁹ EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 55-56.

¹⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, *e-book*.

A autora propõe duas situações hipotéticas para aclarar seu ponto de vista: a) uma em que uma pessoa jurídica adquiere alimentos ou então máscaras protetoras (Equipamento de Proteção Individual - EPI) para fornecer aos seus operários, hipótese em que se veria a empresa enquanto consumidora face à fornecedora de alimentos ou dos equipamentos de proteção, em caso de algum prejuízo vivenciado por deteriorações ou contaminações; e b) uma empresa que adquiere uma máquina copiadora para alocação em seu escritório para o fim de implementar à sua cadeia produtiva, hipótese em que não haveria que se falar em configuração enquanto consumidora.¹⁸¹

Em outra ponta temos a corrente nominada pela doutrina de finalista¹⁸², a qual defende uma interpretação mais restritiva e exclusivista do termo destinatário final erigido pelo CDC, onde se restringiria a “[...] figura do consumidor àquele que adquiere (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família; consumidor seria o não-profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável”.¹⁸³

Como visto, há muito valor no conceito de destinatário final, sendo o termo direcionado para o “[...] destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física”.¹⁸⁴ Neste sentido, explica a autora, é preciso que o consumidor retire o produto da cadeia produtiva, não podendo revendê-lo. Não pode igualmente adquiri-lo para uso profissional, visto que o item seria colocado novamente na formação do preço de produto ou do serviço que seria então por este oferecido seguinte.

Por conseguinte, temos a nominada Teoria Finalista Mitigada (ou aprofundada), em que o critério da destinação final do produto ganha um abrandamento a depender do caso concreto. Isso porque a jurisprudência vem enfrentando casos em que, a despeito da existência de pessoa jurídica que pleiteia seu direito sob produto instalado

¹⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto - direito material e processo coletivo - volume único. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

¹⁸² A doutrina costuma se referir a esta corrente também como minimalista, como o faz Felipe P. Braga Netto (BRAGA NETTO, Felipe. P. **Manual de direito do consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 135-136).

¹⁸³ MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 116.

¹⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 115.

em seu negócio, este por si só não se destina ao incremento da atividade produtiva final de forma direta.

Claudia Lima Marques saúda este posicionamento contemporâneo da jurisprudência e exemplifica:

Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de *expertise* ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços; provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela destinação final de consumo prevalente. Assim, por exemplo, um automóvel pode servir para prestar os serviços da pequena empresa, comprado ou em *leasing*, mas também é o automóvel privado do consumidor. Ou, de forma semelhante ao caso francês do sistema de alarme, uma empresa de alimentos contrata serviços de informática, que não serão usados em sua linha de 'produção' a não ser indiretamente, e a jurisprudência tende a considerar estes usuários mistos, ou consumidores finais diretos, como consumidores, uma vez que a interpretação da dúvida sobre a destinação final e sobre sua caracterização é resolvida, de acordo com os arts. 4º, I e 47 do próprio CDC, a favor do consumidor. Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratar de de pessoa jurídica que comprova ser vulnerável e atua fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás.¹⁸⁵

Exemplo da aplicação da Teoria Finalista Mitigada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) é exemplificada pelo julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.321.083/PR¹⁸⁶ de Relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva onde se discutia a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em relação negocial na qual uma empresa administradora de imóveis (e que possuía participação societária em outras empresas) havia adquirido como consumidora final uma aeronave. No caso em questão, a aplicação da lei protetiva foi mantida visto que a aquisição da aeronave se deu para fins de transporte/deslocamento de seus sócios e funcionários.

Em recente decisão de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze proferida no Agravo em Recurso Especial nº 1591803/PR este defendeu o posicionamento do tribunal no tocante à atração do Código de Defesa do Consumidor para os casos em que há a figura do destinatário intermediário, quando constata a sua vulnerabilidade.

¹⁸⁵ MARQUES, Claudia Lima *et al.* **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 117.

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.321.083/PR – Paraná. Compra de Aeronave por Empresa Administradora De Imóveis. Aquisição como Destinatária Final. Existência de Relação de Consumo. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. **Lex:** jurisprudência do STJ, 9 set. 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=20120_0876229&dt_publicacao=25/09/2014>. Acesso em: 15 jan. 2021.

No caso em questão uma empresa demandava para ver reconhecida a aplicação do código consumerista de adquirente de caminhão em face de sua vendedora, empresa inclusive constituída sob a forma de sociedade anônima, a despeito da utilização do veículo para finalidade profissional.

Na posição de Sylvio Capanema de Souza, o Código Civil de 2002 fortaleceu a teoria finalista “[...] ao adotar cláusulas gerais que são suficientes para equilibrar as relações entre dois empresários ou profissionais, sem que seja necessário recorrer ao Código de Defesa do Consumidor”¹⁸⁷ na medida em que os princípios da boa-fé objetiva e da dignidade da pessoa humana poderiam ser aplicados a estas relações no intuito de harmonização entre os indivíduos da relação contratual.

Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves destacam que, a despeito da adoção das teorias, em se tratando de pessoa jurídica, o que se deve analisar no caso concreto é que: “[...] a *vulnerabilidade é elemento posto da relação de consumo*. Em outras palavras, é irrelevante ser a pessoa jurídica *forte* ou não economicamente, pois tal constatação acaba confundindo a hipossuficiência com a vulnerabilidade”.¹⁸⁸

Em mesmo sentido Leonardo Roscoe Bessa ao afirmar que:

[...] o que se deve examinar prioritariamente não é se a aquisição do produto ou serviço está fora da atividade principal da empresa, mas se, no caso concreto, a vulnerabilidade (fática, técnica, jurídica, informacional) está presente. Ou seja, a vulnerabilidade, que é a razão de proteção jurídica de determinadas pessoas perante atividades desenvolvidas no mercado, serve, também, para solucionar os casos polêmicos de incidência do CDC sobre determinado suporte fático.¹⁸⁹

A vulnerabilidade toma ponto de alta relevância para análise dos casos difíceis e principalmente quando a relação contratual é composta por pessoas jurídicas. O próximo subcapítulo será dedicado à análise das vulnerabilidades e da hipossuficiência de modo a complementar a discussão do presente subcapítulo.

2.3 VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR ADQUIRENTE DE IMÓVEL NA PLANTA

¹⁸⁷ SOUZA, Sylvio Capanema de. **Direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*.

¹⁸⁸ TARTUCE, Flávio; ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**, volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. *E-book*.

¹⁸⁹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de consumo e aplicação do código de defesa do consumidor**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 57-58.

Reconhecer a vulnerabilidade do consumidor é verificar faticamente que este se encontra em desequilíbrio face ao fornecedor, na medida em que não detêm todo o tipo de conhecimento sobre o produto ou serviço que está adquirindo¹⁹⁰, ao passo que o fornecedor é o *expert* na relação e domina a técnica e o processo produtivo.

Assim, a teor do disposto no artigo 4º, incisos do Código de Defesa do Consumidor, todo consumidor é presumidamente vulnerável, sendo este um dos mais importantes princípios da norma consumerista.¹⁹¹

Importante que se destaque a diferenciação feita entre vulnerabilidade e hipossuficiência, não sendo estes termos sinônimos. O legislador consumerista se utiliza do segundo termo ao prever a facilitação dos direitos de defesa do hipossuficiente quando no âmbito do processo, conforme disposição do artigo 4º, inciso VIII:

Art. 4º. [...] 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.

Felipe P. Braga Netto diferencia os conceitos, deixando assente que a vulnerabilidade é presumida e absoluta, enquanto que a hipossuficiência depende de análise do caso concreto e tem critério voltado à formação da prova, permitindo a sua inversão e imputação ao fornecedor, que possui eventualmente melhores condições de produzi-la:

É importante, desde logo, distinguir vulnerabilidade de hipossuficiência. A hipossuficiência [...] deve ser aferida pelo juiz no caso concreto e, se existente, poderá fundamentar a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). É possível, por exemplo, que em demanda relativa a cobranças indevidas realizadas por operadora de telefonia celular, o juiz determine a inversão do ônus da prova tendo em vista a hipossuficiência do cliente (não é razoável exigir do consumidor a prova de que não fez determinadas

¹⁹⁰ Assim leciona Andreza Cristina Baggio: “Ao afirmar que a vulnerabilidade do consumidor deve ser objeto de proteção, o Código opta por reconhecer a desigualdade que se estabelece entre o consumidor e o fornecedor em uma relação de consumo, desigualdade esta que pode resultar do desequilíbrio econômico ou técnico entre as partes” (BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *E-book*).

¹⁹¹ Art. 4º. “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” (BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990).

ligações. É razoável, por outro lado, exigir da operadora semelhante prova).¹⁹²

O instituto da inversão do ônus da prova é de extrema relevância para o consumidor que precisa acessar o seu direito através do Poder Judiciário, e leva em conta que este terá extrema dificuldade em determinados caso de colacionar ao processo as provas necessárias à constituição de seu direito.¹⁹³

Alcelyr Valle da Costa Neto destaca que:

[...] em uma relação de consumo entre litigantes, a parte vulnerável é o consumidor, que muitas vezes é hipossuficiente, não tem condições de produzir provas. Realidade totalmente diferente comparando com a dos fornecedores de produtos ou serviços que terão à sua disposição todos os meios de provas em direito admitidos, podendo a qualquer momento produzir as provas a seu favor.¹⁹⁴

Esta hipossuficiência poderá ser técnica, quando faltar ao consumidor capacidade-conhecimento para formular a prova, desconhecendo a sua forma ou meio de obtenção, ou econômica, quando lhe faltar disponibilidade financeira para custeá-la, hipótese em que lhe será facultado, a despeito da inversão do ônus da prova, a gratuidade no pagamento de custas que poderá ser parcial ou total, a teor do disposto no artigo 98, *caput* e § 5º do Código de Processo Civil de 2015.¹⁹⁵

Em didático exemplo, Ada Pellegrini Grinover diferencia situação evidente de hipossuficiência econômica, demonstrando a desequiparação entre litigante proprietário de veículo automotor de luxo e outro de poucos recursos, proprietário de veículo automotor popular, conforme transcrevemos abaixo:

¹⁹² BRAGA NETTO, Felipe P. **Manual de direito do consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 59.

¹⁹³ “Ocorre que, em muitos casos, é impossível para o consumidor produzir a prova de seu direito, ante a sua hipossuficiência, seja ela técnica, seja ela financeira. Há casos, ainda, em que a prova está nas mãos do fornecedor, de modo que o consumidor fica impedido de obtê-la” (SOUZA, Sylvio Capanema de. **Direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*).

¹⁹⁴ NETO, Alcelyr Valle da Costa. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor (Lei nº 8.078/90). BOCAYUVA, Marcela Carvalho; MATOS, In: **Código de defesa do consumidor**: CDC 30 anos. Alessandra; RAMIDOFF, Mário Luiz (Org.). Curitiba: Instituto Memória, 2021. p. 42.

¹⁹⁵ Art. 98. “A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. § 5º. A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015).

Isso nos impele a inferir, pela lógica de interpretação, que se o rico proprietário do automóvel de luxo tiver condições econômicas de arcar com os exames periciais, até porque possíveis de serem produzidos, faltar-lhe-á *não o requisito de vulnerabilidade técnica/verossimilhança*, mas sim o da *hipossuficiência econômica*. Já com relação ao modesto proprietário de um veículo popular, conforme sua situação, e ainda que possível a produção de prova técnica, poderá ser beneficiário da justiça gratuita e, conseqüentemente, da *inversão do ônus da prova, porque hipossuficiente, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 1.060/50*, atualmente revogado pelo novo CPC.¹⁹⁶

No tocante à incorporação imobiliária, o adquirente de imóvel popular que, após recebê-lo, nota rachaduras e infiltrações em seu imóvel, comprovará a sua condição de hipossuficiência econômica, seja pela impossibilidade de pagamento pela feitura de laudo pericial (extrajudicial ou judicial), seja pelo desconhecimento técnico de que esta prova precisa ser elaborada para instruir seu pedido.

A vulnerabilidade, por outro lado, costuma ser classificada, conforme exemplificado por Bruno Miragem e Claudia Lima Marques¹⁹⁷ em: técnica; jurídica ou científica; fática ou socioeconômica; e informacional.¹⁹⁸

Por vulnerabilidade técnica entende-se a situação na qual “[...] o consumidor não detém conhecimentos sobre os meios utilizados para produzir produtos ou para conceber serviços, tampouco sobre seus efeitos ‘colaterais’, o que o torna presa fácil no mercado de consumo [...]”.¹⁹⁹

Na hipótese de aquisição de imóvel na planta, resta ainda mais evidente a vulnerabilidade técnica do adquirente, principalmente em se tratando da primeira aquisição nesta modalidade, visto que quando muito, existe apenas uma simulação de um apartamento, nominado de decorado, montado pelas incorporadoras no local

¹⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

¹⁹⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 154-160.

¹⁹⁸ Além destas, Paulo Valério Dal Pai Moraes acrescenta as seguintes espécies: política ou legislativa; neuropsicológica; econômica e social; ambiental; e tributária. No presente trabalho, nos restringiremos às quatro primeiras espécies elencadas, por haver maior pertinência objetiva com o objeto de estudo. De todo modo, é de se apontar que em sua obra o autor se ocupa de um capítulo completo para detalhar as vulnerabilidades por ele elencadas. Por esta razão, recomendamos a leitura da citada obra para aprofundamento da matéria (MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009).

¹⁹⁹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 141.

onde será edificado o empreendimento ou em *shoppings centers* e outros locais de grande fluxo de potenciais consumidores-adquirentes.

Na montagem dos descorados, se verifica cuidadoso e detalhado planejamento arquitetônico e de *design*, para que o imóvel se mostre com as melhores qualidades e características possíveis, chamando a atenção de um público potencial maior. Tal realidade por vezes não é encontrada no produto final.

Igualmente ignora o adquirente do imóvel na planta a incidência de luz solar, o posicionamento de sua face, e tampouco, qual seria a face mais indicada. Ignora igualmente ou não detêm a devida atenção, não lhe sendo alertado por vezes pelo incorporador quanto à proximidade de prédios vizinhos e/ou possíveis incômodos sonoros gerados por determinados tipos de estabelecimentos comerciais nas proximidades, que emitirão sons são absorvidos pelo tipo/qualidade de janelas que serão entregues no imóvel.

A nominada vulnerabilidade jurídica ou científica se denota da presunção que deve partir do fornecedor de que o consumidor desconhece a lei e a partir daí, elaborar termos claros, específicos e inteligíveis, além de fazer bom uso da boa-fé em todas as fases contratuais.²⁰⁰ Paulo Valério Dal Pai Moraes complementa que esta vulnerabilidade “[...] se manifesta, predominantemente, na avaliação das dificuldades que o consumidor possui para defender seus direitos, seja na esfera administrativa, como na judicial”.²⁰¹

Na hipótese de contratação de imóvel na planta, por vezes desconhece o adquirente os direitos que possui quanto à exigência de multa no caso de atraso de entrega de imóvel pela construtora ou do caminho jurídico (extrajudicial e judicial) necessário distratar o contratado celebrado quando o atraso injustificado ocorre. Este tema será objeto de subcapítulo específico.

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica se daria em razão da sobreposição que possui o fornecedor em face do consumidor, sendo o primeiro detentor de um poderio econômico infinitamente superior.²⁰²

²⁰⁰ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 155-156.

²⁰¹ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 145.

²⁰² MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 157-158.

No mercado imobiliário/construção civil verificamos a evidente situação do adquirente que, em não possuindo condições econômicas de adquirir o imóvel à vista, se submete às taxas de juros oferecidas para tomar crédito imobiliário, os quais são ofertados ainda por poucas grandes instituições financeiras. Não lhe resta assim muita opção de escolha, visto a baixa concorrência neste mercado de crédito.

A vulnerabilidade informacional representa um dos cerne da norma protetiva consumerista, tanto que erigida dentre os seus princípios no artigo 4º, inciso IV²⁰³ e como direito básico do consumidor, no artigo 6º, inciso III e XIII.²⁰⁴

Conforme prelecionam Bruno Miragem e Claudia Lima Marques: “o que caracteriza o consumidor é justamente seu *déficit* informacional”.²⁰⁵ Apontam os autores que na sociedade atual a internet possibilitou um amplo acesso a todo tipo de informação, mas que esta apesar de ser abundante, “[...] é manipulada, controlada, e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária”.²⁰⁶

Neste mesmo sentido, João Pedro Leite Barros destaca haver um abuso do fornecedor quando este expõe um excesso de informação²⁰⁷, hipótese na qual por não haver um destacamento entre informação relevante e menos relevante, haveria às avessas a desinformação do consumidor. Para resolver a questão, sugere o destacamento de informações cruciais da relação contratual:

O excesso de informação, por vezes, gera a indiferença informativa, colocando em xeque a credibilidade das informações ali postas, inclusive aquelas ditas cruciais. Ademais, o modo de apresentação das informações difundidas pelo fornecedor tem eficácia incerta, dependendo unicamente da forma com que é transmitida para o consumidor, especialmente por se tratar de meio eletrônico. Assim, para situação designada, a solução seria

²⁰³ Art. 4º. “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; [...] XIII - a informação acerca dos preços dos produtos por unidade de medida, tal como por quilo, por litro, por metro ou por outra unidade, conforme o caso”.

²⁰⁴ Art. 6º. “São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

²⁰⁵ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 158.

²⁰⁶ MARQUES, Claudia Marques; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 158.

²⁰⁷ Neste trabalho em questão o autor está analisando o excesso de informação aos contratos celebrados via internet. Contudo, compreendemos que tal preocupação é verificada igualmente nos contratos de aquisição de imóveis na planta.

disponibilizar ao consumidor um resumo das informações elementares para a contratação (qualificação das partes, objeto, forma de pagamento; execução e possível resolução contratual) e, ao mesmo tempo, possibilitar o acesso instantâneo de informações detalhadas sobre cada elemento contratual.²⁰⁸

O consumidor-adquirente de imóvel na planta que se dirige a um plantão de vendas e lá é atendido por um(a) corretor(a) de imóveis, se encontra à mercê dos esclarecimentos prestados por este(a). As minutas que representam os compromissos irretratáveis²⁰⁹ de compra e venda que serão celebrados, são modelos prontos, elaborados unilateralmente pelo incorporador ou por escritório jurídico²¹⁰ por este contratado. Ao adquirente-consumidor não resta muito alternativa senão aderir às condições preestabelecidas. A estes contratos o legislador consumerista dedicou o artigo 54²¹¹, que o identifica como sendo o contrato pela qual há definição unilateral das condições pelo fornecedor, cabendo ao consumidor apenas aderir a este, não sendo possível a modificação substancial de seu conteúdo.

Conforme explica Leonardo de Medeiros Garcia:

São características dos contratos de adesão: serem previamente elaborados unilateralmente, serem ofertados uniformemente e em caráter geral e terem

²⁰⁸ BARROS, João Pedro Leite. O excesso de informação como abuso do direito (dever). **Revista luso-brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 25, p. 13-60, 2017. p. 25.

²⁰⁹ Para garantir maior proteção ao adquirente de imóvel na planta, o legislador determinou que os compromissos celebrados possuam o caráter de irretratabilidade, vedando ao incorporador que se arrependa do negócio, como em período próximo à entrega da unidade, oportunidade em que o imóvel provavelmente venha a valer mais do que quando foi adquirido em seu lançamento. Situação vivenciada no passado era a do incorporador que, verificando a possibilidade de lucrar com o arrependimento, distratava o negócio junto ao adquirente, pagando-lhe o que recebeu de forma corrigida, acrescido de multa e ainda assim, obtinha lucro na alienação de imóvel praticamente pronto em favor de terceiro. “A eficácia da promessa de venda é dotada de especial relevância quando contratada no contexto da incorporação imobiliária porque nesse caso é irretratável por definição legal (Lei nº 4.591/1964, § 2º do art. 32) [...]” (CHALHUB, Melhim Namen. **Incorporação imobiliária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*).

²¹⁰ Orlando Gomes destaca a existência de dois momentos quando se fala em contrato de adesão: “No primeiro momento, o empresário formula o esquema contratual abstrato, redigindo as cláusulas do conteúdo das relações contratuais que pretende concluir uniformemente com pessoas indeterminadas. No segundo momento, o eventual cliente da empresa adere a esse esquema, travando-se entre os dois uma relação jurídica de caráter negocial, com direitos e obrigações correlatas, sem qualquer conexão jurídica com os outros vínculos que, do mesmo modo e com igual conteúdo, se formam com distintos sujeitos” (GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. rev., atual e aumentada de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 129).

²¹¹ Art. 54. “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo” (BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. *Código de Defesa do Consumidor*. Dispõe sobre a proteção do *consumidor* e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990).

corno modo de aceitação a simples adesão do aderente, vinculando-o à vontade do ofertante.²¹²

Orlando Gomes quando analisa o contrato de adesão²¹³, refere-se a uma aceitação em bloco de todo o conteúdo contratual. No ditado popular, seria o pegar ou largar. Ao aderente, pouca margem de negociação é possível:

No *contrato de adesão* uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica.²¹⁴

O contrato de adesão restou previsto pelo legislador civilista, observando que este pode existir mesmo em relações supostamente paritárias, onde não há aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Por esta razão, previu o legislador no artigo 423 do Código Civil que quando o negócio jurídico vier a ser celebrado mediante a utilização de contrato de adesão, será dada interpretação mais favorável ao aderente. O legislador foi mais a fundo e previu ainda a nulidade das cláusulas que estipulem renúncia a direito objetivo do negócio. Neste sentido, os artigos 423 e 424 do Código Civil dispõe:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.
Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

Dentre estas condições constantes da minuta do compromisso particular de compra e venda de imóvel na planta, deve constar em destacado, conforme se verá em subcapítulo específico, o prazo de entrega do imóvel. Este dado é demasiadamente importante, pois ajudará na tomada de decisão do consumidor-adquirente.

A informação clara e expressa deste dado representa uma projeção do plano de vida do consumidor-adquirente que está buscando a aquisição deste bem da vida

²¹² GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de defesa do consumidor comentado**: artigo por artigo. 13. ed. rev. amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 445.

²¹³ Há referências a este contrato utilizando-se o termo por adesão, o que, na visão de Claudia Lima Marques, no âmbito de aplicação do Direito do Consumidor, não possui qualquer relevância pragmática. Vide MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 75.

²¹⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. rev., atual e aumentada de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 129.

para cumprir algum objetivo pessoal. A aquisição da casa própria, em mesmo sentido, representa elemento de grande necessidade e auxilia enormemente no alcance da dignidade da pessoa humana, na medida em que provê a moradia digna, tutela pela carta constitucional.

A despeito do exposto, destaca-se por fim que o fato de haver ou não a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação contratual de aquisição do imóvel na planta, ainda que de forma complementar, deve se ter como primado que a norma foi erigida reconhecendo-se a importância do setor na economia nacional, bem como, a disparidade existente entre incorporador e adquirente de imóvel na planta (vulnerabilidade presumida).

Por estas razões, é possível compreender que nas poucas hipóteses em que não houver a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no caso concreto, haveria ainda sim o reconhecimento da vulnerabilidade do adquirente de imóvel na planta e, por esta razão, instrumentos capazes de auxiliá-lo na tutela de seus direitos.²¹⁵

O próximo capítulo se ocupará de analisar o dano moral e seu regramento no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, analisar teorias contemporâneas a seu respeito e os possíveis diálogos com o atraso de entrega de imóvel na planta.

2.4 AS CONSEQUÊNCIAS LEGAIS PELO ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL NA PLANTA: “LEI DO DISTRATO” (LEI Nº 13.786/2018)

²¹⁵ A título de exemplo, destaca-se a adoção pelo legislador processualista do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova, hipótese em que o magistrado responsável pela condução do caso poderá, identificando que o Réu possui maiores condições de colacionar a prova aos autos ou custear a perícia técnica (objetivando apontar vícios no imóvel, por exemplo). Assim restou positivado o instituto: Art. 373. “O ônus da prova incumbe: [...] § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015). Sobre o assunto, disserta Bruno Augusto Sampaio Fuga, obra da qual recomendamos a leitura para aprofundamento: “Sobre o tema, há presunções que correspondem mais a um tipo de raciocínio do que propriamente a um meio de prova. Pode o juiz na **dinamização do ônus da prova** atribuir ônus da prova de modo diverso para a parte que tem mais facilidade de obter a prova [...]” (FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A prova no processo civil**: principais inovações e aspectos contraditórios. 3. ed. Londrina: Toth, 2019, p. 130).

Para prosseguir com a análise aqui encampada, é importante vislumbrar de forma panorâmica o cenário existente nos anos anteriores a 2018, os quais certamente foram relevantes para a edição da Lei nº 13.786/2018²¹⁶, que passou a ser nomeada no meio jurídico de Lei do Distrato²¹⁷, bem como, as alterações apresentadas pelo legislador a partir da inserção da norma no sistema jurídico brasileiro.

Antes da edição da Lei dos Distratos, inexistia pena na Lei nº 4.591/1964 para o incorporador que viesse a atrasar a entrega da obra. Deste modo, cabia ao adquirente ingressar com a demanda judicial para requerer o arbitramento da referida penalidade, que seria cumulada com a rescisão do contrato ou com o pedido de cumprimento do contrato. O entendimento sobre a matéria era dos mais diversos.

A título exemplificativo, se analisará uma a uma as súmulas editadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²¹⁸ sobre a matéria, iniciando-se pela análise da Súmula 160:

Súmula 160 - A expedição do habite-se, quando não coincidir com a imediata disponibilização física do imóvel ao promitente comprador, não afasta a mora contratual atribuída à vendedora.²¹⁹

A Súmula 160 se referia²²⁰ à diferença entre a expedição do habite-se²²¹, ato administrativo realizado pela municipalidade que atesta que o imóvel possui condições

²¹⁶ BRASIL. **Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018**. Lei dos Distratos. Brasília: Presidência da República, 2018.

²¹⁷ Parte da doutrina especializada critica o termo adotado, na medida em que distrato, como pontua Orlando Gomes, dependeria de um novo acordo de vontades: “A primeira consequência da *força vinculante* do contrato é sua *irretratabilidade*. Uma vez perfeito e acabado, não pode ser desfeito senão por outro acordo de vontades chamado *distrato*” (GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. rev., atual e aumentada de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 192).

²¹⁸ A adoção da corte em questão se dá pela edição de Súmulas sobre a matéria e em razão do inquestionável número representativo de controvérsias, visto ser um dos estados com os maiores números de estoque de demandas judiciais.

²¹⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Súmula 160**. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

²²⁰ Foi utilizado o tempo verbal no passado como referência às súmulas, pois há a compreensão de que com o ingresso no ordenamento jurídico da Lei do Distrato, houve a revogação de entendimentos contrários anteriormente fixados pela corte paulista. Quando da identidade entre súmula e lei, certamente a segunda absorveu o seu conteúdo, razão que tornaria sem efeito as súmulas.

²²¹ O ato administrativo de expedição do habite-se é nominado como sinônimo de Certificado de Vistoria e Conclusão de Obra (CVCO) e representa o Poder de Polícia do Estado que ao fiscalizar, está a tutelar a sociedade de forma ampla e geral, ao proteger que empreendimentos inadequados à moradia e sem condições de habitabilidade (higidez estrutural, conforto térmico-acústico, dentre outros requisitos), sejam edificados e colocados à venda no mercado de consumo. Segundo Maria Sílvia Zanella Di Pietro, este meio de atuação do Estado se representaria como: “**atos administrativos e operações materiais** de aplicação da lei ao caso concreto, compreendendo **medidas preventivas** (fiscalização,

de habitabilidade e a entrega efetiva da posse ao adquirente. Tal ato, contudo, em grande parte dos casos não coincide com a entrega física do imóvel, visto que o empreendimento ainda não está concluído.²²² De todo modo, o conteúdo da súmula em questão autorizava a aplicação da penalidade prevista em contrato para punir a incorporadora que não cumprisse com o prazo estabelecido de entrega física da unidade imobiliária.

É preciso lembrar que em regra, os contratos de aquisição destas unidades futuras são de adesão, logo, as cláusulas são pactuadas previamente pelo fornecedor que poderia, por vezes, não prever penalidade em seu desfavor, em caso de atraso na entrega.

Sobre esta matéria, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de julgar a questão sob a sistemática de recursos repetitivos, fixando o Tema 970 e 971, originados pelas lides representativas da controvérsia objetos dos Recursos Especiais

vistoria, ordem, notificação, autorização, licença), com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei [...]” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*).

²²² Mesmo após a emissão do habite-se, se observa na prática que as áreas comuns ainda não foram devidamente equipadas. Academias, por exemplo, ainda não possuem os equipamentos de ginástica. Brinquedotecas ainda não possuem os brinquedos, piscina de bolinha e videogames. A portaria e sistema de segurança em mesmo sentido, ainda não possuem todos os equipamentos necessários. O paisagismo de igual modo, ainda não foi totalmente concluído. Estes acabamentos “pós habite-se” acabam atrasando a entrega oficial do empreendimento, momento este normalmente precedido de algum evento social/coquetel para marcar a solenidade.

nº 1.635.428/SC²²³, 1.498.484/DF²²⁴, 1.614.721/DF²²⁵ e 1.631.485/DF²²⁶, logo após a entrada em vigência da Lei de Distrato, os quais restaram ementados da seguinte forma:

Tema 970. A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes.²²⁷

Tema 971. No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações

²²³ A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015, é a seguinte: A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2ª seção). Recurso Especial nº 1.635.428/SC. Recorrente: Silvio Rodrigues Damasceno. Recorrido: Concreto Construtora de Obras LTDA-EPP. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. **Lex:** jurisprudência do STJ, 22 maio 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF>. Acesso em: 22 jan. 2022).

²²⁴ A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015, é a seguinte: A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2ª seção). Recurso Especial nº 1.498.484/DF. Recorrente: Karla Teixeira da Silva. Recorrido: MRV Engenharia e Participações S.A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Lex:** jurisprudência do STJ, julgado em 22 maio 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=97532324&num_registro=201403066349&data=20190625&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 22 jan. 2022).

²²⁵ A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015, é a seguinte: No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2ª seção). Recurso Especial nº 1.614.721/DF. Recorrente: Aline Ramalho Sereno de Medeiros. Recorrido: MRV Prime Top Taguatinga II Incorporações Imobiliárias Ltda. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Lex:** jurisprudência do STJ, 22 maio 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808890&num_registro=201601879526&data=20190625&formato=PDF>. Acesso em: 22 jan. 2022).

²²⁶ A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015, é a seguinte: No contrato de adesão firmado entre o comprador e a construtora/incorporadora, havendo previsão de cláusula penal apenas para o inadimplemento do adquirente, deverá ela ser considerada para a fixação da indenização pelo inadimplemento do vendedor. As obrigações heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2ª seção). Recurso Especial nº 1.6131.485/DF. Recorrente: Eder Nogueira da Mota. Recorrido: BROOKFIELD MB EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SA. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Lex:** jurisprudência do STJ, 22 maio 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=97532140&num_registro=201602669130&data=20190625&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 22 jan. 2022).

²²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 970.** Brasília: STJ, 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1635428>. Acesso em: 22 jan. 2022.

heterogêneas (obrigações de fazer e de dar) serão convertidas em dinheiro, por arbitramento judicial.²²⁸

Em resposta à questão de ordem apresentada no julgamento, restou pacificado pelo afastamento da aplicação da nova legislação (“Lei do Distrato”) ao caso em questão, respeitando-se a irretroatividade da norma. Além disso e conforme consta da primeira tese, não há a possibilidade de cumular cláusula penal moratória²²⁹ com lucros cessantes quanto este tiver por objeto o equivalente aos locatícios que o adquirente dispendeu em outro imóvel ou deixou de aferir com a locação deste. A decisão, contudo, não envolvia o debate quanto ao dano extrapatrimonial.

No tocante ao contrato de adesão (Tema 971), a inversão de cláusula penal se demonstra equitativa na medida em que procura levar ao adquirente (seja este consumidor ou não) a equiparação na paridade de armas contratuais, ao possibilitar ao mesmo que possa se valer do próprio contrato para se ver indenizado na parte em que lhe prejudica, aqui no caso, notadamente quanto ao atraso de entrega do imóvel.

Além disso, há um alerta social²³⁰ indicando que a incorporadora preveja nos contratos futuros uma pena em seu desfavor, sob pena de ver a pena imputada ao adquirente lhe ser direcionada.

Sob esta análise, a Súmula 160 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já se mostrava alinhada e coerente com a jurisprudência do Superior Tribunal de

²²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 971**. Brasília: STJ, 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1614721>. Acesso em: 22 jan. 2022.

²²⁹ A respeito do conceito de cláusula penal moratória, relevante o exemplo didático de Christiano Cassettari: “Exemplifica-se, hipoteticamente, com a pessoa que compra um imóvel por meio de uma promessa de compra e venda, em que se estabelece sua entrega quando da quitação da promessa, bem como, a outorga de escritura definitiva em cinco dias, sob pena de pagar uma cláusula penal de R\$ 1.000,00 (mil reais). Se a chave do imóvel for entregue na data aprazada, dando cumprimento à obrigação principal do contrato, mas a escritura não for outorgada na data estipulada, fará jus o adquirente à multa de R\$ 1.000,00 (mil reais), que não substituirá a obrigação principal, já que a multa será devida e a obrigação de outorgar a escritura deverá ser cumprida, demonstrando que a cláusula penal possui natureza moratória, uma vez que a obrigação ainda pode ser cumprida, pois interessa ao devedor”. O autor ressalta que a natureza jurídica/espécie da cláusula penal, apenas poderá ser aferida na sua execução, se conjugados os demais elementos do contrato e o caso concreto: “Por este motivo é que se entende que a cláusula penal, estipulada para garantir o cumprimento de uma cláusula contratual, não será definitivamente compensatória ou moratória, mas sim, ser ora uma, ora outra, dependendo do caso (CASSETARI, Christiano. **A multa contratual**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 15-16).

²³⁰ Aqui de forma indireta o Poder Judiciário influencia a autonomia privada e na alocação de riscos ao empreendedor.

Justiça, na medida em que previa a incidência de responsabilidade da vendedora pela não entrega do imóvel e a possibilidade de incidência de cláusula penal.

A Súmula 161, por sua vez, tratava de figura jurídica bastante clássica no direito referente à hipótese de caso fortuito ou força maior²³¹, prevendo que as situações de chuvas em excesso, falta de mão de obra, aquecimento do mercado, embargo do empreendimento ou, ainda, entraves administrativos, não ensejariam motivo plausível para afastar a responsabilidade do incorporador, estando insertas no risco da atividade. A referida súmula restou assim ementada:

Súmula 161 - Não constitui hipótese de caso fortuito ou de força maior, a ocorrência de chuvas em excesso, falta de mão de obra, aquecimento do mercado, embargo do empreendimento ou, ainda, entraves administrativos. Essas justificativas encerram “*res inter alios acta*” em relação ao compromissário adquirente.²³²

Vivemos enquanto este trabalho é desenvolvido, uma situação pandêmica²³³ que levou a uma desestabilização dos mercados internacionais globalizados, visto a dificuldade de acesso a diversos insumos ou ainda, o aumento vertiginoso dos preços. No mercado da construção civil foi sentido um aumento considerável no preço de diversos insumos, tal como o ferro, fato que evidentemente causa incômodo financeiro ao executor da obra.

Neste ponto em questão, João Pedro de Oliveira de Biazi desenvolve o conceito de impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor, questão que pode ajudar a aclarar o ponto ora discutido. Em sua obra²³⁴ o autor demonstra

²³¹ Luiz Antonio Scavone Junior assim diferencia os institutos: “Com efeito, o caso fortuito seria a impossibilidade relativa (impossível para o agente) e o motivo de força maior a impossibilidade absoluta (impossível para quem quer que seja)” (SCAVONE JUNIOR, Luiz Roberto. **Direito imobiliário: teoria e prática**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*).

²³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Súmula 161**. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

²³³ A pandemia não representa hipótese de caso fortuito ou força maior, visto que a sua ocorrência não acarreta de forma presumível na impossibilidade de cumprimento da obrigação. Logo, é preciso ser analisado o caso concreto. A título de exemplo, podemos verificar que diversos profissionais que atuavam no setor de eventos nos últimos dois anos, tiveram enorme prejuízo financeiro e não puderam cumprir os seus contratos por impedimentos de ordem administrativa (inclusive criminal) e de crise sanitária, visto a evidente proibição de realização de eventos. Muito pelo contrário, uma empresa que disponibiliza serviços para realização de reuniões virtuais (do ramo de tecnologia), não poderia em um caso de inadimplência do contrato de locação de sua sede alegar insuficiência de faturamento para “forçar” judicialmente um acordo de renegociação dos locatícios.

²³⁴ BIAZI, João Pedro de Oliveira. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

que a impossibilidade superveniente deve ser real e crível e realmente impossível de se alcançar, se tratando de hipótese de descumprimento absoluto: “trata-se, em suma, do emprego de hipótese em que o dever de prestar, possível factual e juridicamente no momento da celebração do negócio, torna-se total e peremptoriamente irrealizável”.²³⁵

Retomando a Súmula 161 que, a contrário senso, admite que as situações ali narradas constituam situação prevista pelo incorporador que poderia ao longo da edificação do empreendimento, perturbar o cumprimento de sua obrigação contratual, mas não a impedir.

Logo, no tocante às chuvas, evidente que este é elemento previsível e apurável quando o incorporador está em vias de estudar a viabilidade econômica e projetar o cronograma de cumprimento da obra. Haveria então, uma simples perturbação da obrigação, um incômodo, um ruído, mas não uma hipótese de caso fortuito ou força maior.

Luiz Antonio Roberto Scavone Junior em mesmo sentido entende que as situações narradas fariam parte do fortuito interno e, portanto, não seriam o bastante para elidir a responsabilidade do incorporador desidioso com o prazo:

Posta dessa maneira a questão, chuvas, aquecimento do mercado da construção civil, culminando na escassez de insumos e falta de mão de obra capacitada, são fatos que integram o risco da própria atividade da construtora e, portanto, são exemplos de fortuito interno.²³⁶

Quanto à Súmula 162, verificasse o entendimento do tribunal no sentido de permitir o cabimento de lucros cessantes²³⁷, independente de comprovação. Logo, se o empreendimento como um todo deveria ser entregue em trinta e seis meses, o equivalente a três anos, findo este prazo, nasceria ao adquirente o direito de receber

²³⁵ BIAZI, João Pedro de Oliveira. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. Rio de Janeiro: GZ, 2021. p. 69.

²³⁶ SCAVONE JUNIOR, Luiz Roberto. **Direito imobiliário: teoria e prática**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

²³⁷ A definição de lucros cessantes formulada por Gustavo Tepedino é no seguinte sentido: “[...] os lucros cessantes associam-se à noção mais abstrata. Na redação do art. 402 do Código Civil, representam aquilo que ‘razoavelmente’ se deixou de lucrar. Tradicionalmente, diz-se que, na reparação dos lucros cessantes, tem-se de abstrair de tudo que seria apenas possível, pois é preciso considerar o lucro frustrado tomando-se por base o curso normal das coisas e as circunstâncias especiais, determináveis no caso concreto. Assim, fazendo-se um paralelo com o dano emergente, lucro cessante não é apenas ‘o não aumento do ativo’, mas também ‘a não diminuição do passivo’ [...]” (TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*).

verba a título de lucros cessantes. Não avançou o tribunal, contudo, em especificar a verba, deixando a sua natureza em aberto. É possível compreender que a natureza de tal verba se amoldaria aos locatícios que o adquirente deixou de fruir ou teve que dispendar em outro imóvel. Deste modo restou ementada:

Súmula 162 - Descumprido o prazo para a entrega do imóvel objeto do compromisso de venda e compra, é cabível a condenação da vendedora por lucros cessantes, havendo a presunção de prejuízo do adquirente, independentemente da finalidade do negócio.²³⁸

Nada disse o tribunal sobre a possibilidade de cobrança de indenização moral.

Por fim, o tribunal editou a Súmula 164 e reconheceu como válida cláusula comum aos contratos de incorporação imobiliária que postulavam pela projeção, sem qualquer incidência de penalidades em desfavor do incorporador, de um prazo a mais, além daquele já previsto contratualmente, para que o incorporador pudesse absorver eventual atraso na consecução da obra e entregar a unidade imobiliária dentro do prazo de prorrogação. A súmula restou assim ementada:

Súmula 164 - É válido o prazo de tolerância não superior a cento e oitenta dias, para entrega de imóvel em construção, estabelecido no compromisso de venda e compra, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível.²³⁹

Em ato contínuo, há que analisar a Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018, cuja vigência, de acordo com seu artigo 4º, se deu com a sua publicação. A Lei que pretendeu regulamentar o que o legislador chamou de distrato (como já dito, o termo foi recebido com atecnia pela doutrina), inseriu o artigo 43-A, entendendo como legítimo o que a jurisprudência, nos moldes da Súmula 164 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a legalidade de cláusula inserida do contrato (de adesão ou não), que prevê a possibilidade de prorrogação do prazo de entrega do imóvel na planta por prazo de até cento e oitenta dias àquele inicialmente pactuado. A sua redação é a seguinte:

Art. 43-A. A entrega do imóvel em até 180 (cento e oitenta) dias corridos da data estipulada contratualmente como data prevista para conclusão do

²³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Súmula 162**. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

²³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Súmula 164**. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

empreendimento, desde que expressamente pactuado, de forma clara e destacada, não dará causa à resolução do contrato por parte do adquirente nem ensejará o pagamento de qualquer penalidade pelo incorporador.²⁴⁰

O legislador, identificando a disparidade de armas entre adquirente e incorporador, determinou que conste do contrato a referida cláusula de forma clara e destacada, em prestígio evidente ao dever de boa-fé e informação, visto que a existência ou não da referida cláusula importa em relevante elemento para a tomada de decisão do adquirente.

Imagine a situação hipotética na qual um casal que deseja se casar em janeiro de 2024 está há meses em busca de adquirir um imóvel para constituir seu lar e sua família. Após diversas visitas a imóveis decorados em estandes de vendas, estes estão em dúvida entre dois imóveis, de valores, localizações, andar e padrões construtivos bastante semelhantes. Ambos possuem previsão de entrega para dezembro de 2023, contudo, em um dos contratos, há cláusula de previsão de atraso por cento e oitenta dias, o que vale dizer que, o critério psicológico e o justo receio de atraso pode ser fato determinante na tomada de decisão.

Aqui, o prazo de entrega se mostra como importante elemento comercial/publicitário, visto que, aqueles adquirentes que possuem a necessidade de moradia própria, possivelmente tenderão a preferir o imóvel cuja promessa de entrega se mostre menos tardia e em que não haja previsão contratual de atraso.

O legislador entendeu por bem inserir prévia enunciação de multas contratuais, se referindo tanto à multa compensatória, quanto à multa moratória. A primeira, o fez no parágrafo primeiro quanto permitiu que o adquirente, desde que não tenha dado caso ao atraso, requeira a resolução do negócio, quando ultrapassado o prazo previsto em contrato e permitido de atraso (nunca superior a cento e oitenta dias):

§ 1º. Se a entrega do imóvel ultrapassar o prazo estabelecido no caput deste artigo, desde que o adquirente não tenha dado causa ao atraso, poderá ser promovida por este a resolução do contrato, sem prejuízo da devolução da integralidade de todos os valores pagos e da multa estabelecida, em até 60 (sessenta) dias corridos contados da resolução, corrigidos nos termos do § 8º do art. 67-A desta Lei.

²⁴⁰ A Lei nº 13.786/2018 altera as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano (BRASIL. **Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018**. Lei dos Distratos. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13786.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022).

No caso de ser possível o cumprimento do contrato, quando haverá então interesse do adquirente em aguardar prazo suplementar ao indicado no parágrafo primeiro, poderá este, além de aguardar o cumprimento da obrigação principal, exigir a título de locatícios (multa moratória), o percentual de 1% sobre o valor já adimplido à incorporadora.

Uma crítica ao legislador cabe neste ponto visto que a base de cálculo não corresponde efetivamente à compensação real do adquirente. É possível compreender que melhor seria o legislador ter adotado o valor de mercado atualizado do bem, considerando que eventual aluguel sobre o imóvel respeitaria a este critério:

§ 2º. Na hipótese de a entrega do imóvel estender-se por prazo superior àquele previsto no caput deste artigo, e não se tratar de resolução do contrato, será devida ao adquirente adimplente, por ocasião da entrega da unidade, indenização de 1% (um por cento) do valor efetivamente pago à incorporadora, para cada mês de atraso, *pro rata die*, corrigido monetariamente conforme índice estipulado em contrato.

Por fim e alinhavado ao entendimento posteriormente exarado pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema 970, o legislador deixou clara a impossibilidade de cumulação entre a multa compensatória, devida em razão do desinteresse do adquirente pelo cumprimento do contrato, com a multa moratória, devida no caso de ter interesse pelo cumprimento do objeto do contrato, este adotando o critério de locatícios:

§ 3º. A multa prevista no § 2º deste artigo, referente a mora no cumprimento da obrigação, em hipótese alguma poderá ser cumulada com a multa estabelecida no § 1º deste artigo, que trata da inexecução total da obrigação.

Desta detida análise, compreende-se que a norma em questão, apesar de alterar e inovar no sistema jurídico positivo, em nada modificou entendimentos que dizem respeito ao dano moral pelo atraso na entrega do imóvel.

Conforme vislumbrado no presente capítulo, este possui critério que não se confunde com a compensação material, pois está ligado a critérios que visam proteger a psique do indivíduo, ou outrora e como propõe doutrinadores contemporâneos, o tempo útil desperdiçado da pessoa humana e o respeito à sua dignidade e aos seus aclamos.

Diante das teorias abordadas, será abordado no próximo capítulo a análise empírica das decisões judiciais sobre o atraso de entrega de imóvel na planta (sob o regime de incorporação imobiliária), bem como, a compreensão dos julgadores da corte sobre a ocorrência ou não do dano moral, em um recorte temporal de dez anos, conforme será abordado.

3 ANÁLISE DOS JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aqueles que diariamente têm contato direto ou indireto com o Poder Judiciário brasileiro certamente já se defrontaram com decisões de casos concretos muito semelhantes entre si, mas que recebem respostas diversas quando a sentença ou acórdão é prolatado.

Na obra nominada de Ruído (*Noise*, no original inglês), publicada no Brasil recentemente, os economistas Daniel Kahneman, Oliver Sibony e Cass R. Sunstein, os autores inauguram um de seus capítulos com a seguinte declaração: “uma questão de julgamento comporta alguma incerteza quanto à resposta e admite a possibilidade de que pessoas racionais e competentes venham a discordar. Mas há um limite para quanta discordância é admissível”.²⁴¹ Em outras palavras, decisões diversas sob o mesmo caso concreto representam um grau de injustiça, pois distribuem o direito de forma desigualitária.

O legislador processualista atento à injustiça que a disparidade de julgamento, (ou o ruído, como nominam os autores citados) pode provocar ao jurisdicionado, fez inserir em diversos artigos do Código de Processo Civil de 2015 o dever de fundamentação, tal como no artigo 11²⁴², artigo 12, §2º, inciso IX²⁴³ e artigo 370, parágrafo único²⁴⁴. O livre convencimento motivado do magistrado, que não se extingue, mas sofre limitações (o de fundamentar), se pretende evitar que casos iguais sejam julgados de forma muito diversa.

A respeito do dever de motivação/fundamentação, se pronunciam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini:

Essa garantia tem assento no art. 93, IX e X, da CF e dispõe que é imprescindível que toda e qualquer decisão judicial seja fundamentada, isso é, seja justificada e explicada, pela autoridade judiciária que a proferiu, a fim

²⁴¹ Recomendamos a leitura da obra para fins de análise interdisciplinar entre Direito e Econômica Comportamental, com enfoque à análise científica da tomada de decisão (KAHNEMANN, Daniel *et al.* **Ruído**: uma falha no julgamento humano. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. p. 47).

²⁴² Art. 11. “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015).

²⁴³ Art. 12. “[...] § 2º. Estão excluídos da regra do *caput*: [...] IX - a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015).

²⁴⁴ Art. 370. “[...] Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015).

de que sejam compreensíveis as suas razões de decidir e se dê transparência à atividade judiciária, possibilitando-se seu controle pelas partes e pela sociedade como um todo. É por essa razão que decisões "implícitas" não são admitidas em nosso ordenamento processual, pois é necessário que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas suficientemente, ainda que de modo conciso, demonstrando o enfrentamento de todas as questões aduzidas.²⁴⁵

Apesar de haver dissonância entre magistrados de igual competência, uma enorme disparidade nos julgamentos representa injustiça ou um ruído no sistema judicial. Em outra ponta, embora não seja o enfoque da presente pesquisa, temos o reconhecimento cada vez mais perene de um sistema brasileiro típico de origem romano-germânica, que absorve o sistema de precedentes e a obrigatoriedade de uniformização da jurisprudência, figura típica nos sistemas de origem anglo-saxão.

Sobre este movimento na cultura jurídica brasileira, Ruy Alves Henrique Filho afirma que “[...] não há que se falar mais apenas em tradição da *common law* ou *civil law*, posto que se encontram em franca simbiose, em estado híbrido, na medida em que a tradição da *civil law* também se transformou em razão da aproximação revelada”.²⁴⁶

Na visão do autor e diante deste cenário, há uma obrigação do juiz criativo, o *judge-made-law*, enquanto este acima de adequar o fato à norma, busca adequar a norma ao fato diante da tentativa de preservação de primados constitucionais.²⁴⁷

Contudo, esse papel criativo encontra problemas de injustiça verificados atualmente na medida em que há um malferimento da segurança jurídica:

[...] quando os Tribunais inferiores decidem diversamente dos Tribunais Superiores, quando turmas ou câmaras de um mesmo Tribunal decidem de modo divergente entre si. Do mesmo modo, é violado o princípio da segurança jurídica quando o Tribunal Superior desrespeita sua própria prática e seus próprios precedentes.²⁴⁸

²⁴⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**, vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

²⁴⁶ HENRIQUE FILHO, Ruy Alves. **Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades em sua aplicação e revisão**. Londrina: Toth, 2021. *E-book*.

²⁴⁷ HENRIQUE FILHO, Ruy Alves. **Identificação dos precedentes judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades em sua aplicação e revisão**. Londrina: Toth, 2021. *E-book*.

²⁴⁸ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* na sociedade contemporânea**. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. p. 204.

Este trabalho não pretende analisar a teoria dos precedentes ou ramificações dela possíveis, havendo obras profundas sobre o tema em âmbito nacional, como as supra referenciadas. Entretanto, este movimento de tentativa de padronização de julgamentos, principalmente diante da ordem emanada pelo legislador processualista de 2015, onde restou positivada a obrigação dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência²⁴⁹, demonstra ponto de interesse da presente pesquisa no sentido de se buscar uma maioria ou a possível formação de precedente junto à Corte Cidadã, no tocante ao reconhecimento do dano moral pelo atraso de obra, bem como, em identificar os critérios para o seu reconhecimento, conforme veremos nos próximos tópicos.

3.1 A ANÁLISE DE CONTEÚDO DE LAURENCE BARDIN COMO MÉTODO DE ANÁLISE QUALITATIVA DAS DECISÕES JUDICIAIS

A pesquisa empírica apesar da sua relevante contribuição para o direito, não é estimulada aos acadêmicos da pós-graduação e tampouco aos alunos de graduação, conforme narra Alexandre Veronese:

A pesquisa empírica é de suma importância para o mundo jurídico, quando se tem em vista sua integração com as demais ciências sociais. Entretanto, a formação tradicional é quase nula em termos de qualificar o bacharel para o diálogo com outras áreas, como economia e sociologia. A causa deste problema é a ausência de reflexão epistemológica visando integrar a teorização do direito com as práticas de pesquisa empírica. [...] Os discentes de pós-graduação (mestrado e doutorado) não tomarão contato com esta temática nas disciplinas e, conseqüentemente, não utilizarão as técnicas nos seus trabalhos ao longo de sua formação (artigos, dissertações e teses).²⁵⁰

A abordagem em si perquire na observação de dados do mundo dos fatos que possam ser captados pelo pesquisador, desde que tenham relevância jurídica. Luciana Yeung observa que a prática dos tribunais vem incorporando o exame de

²⁴⁹ Art. 926. “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015).

²⁵⁰ VERONESE, Alexandre. Considerações sobre o problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área de direito: a tentativa de uma perspectiva brasileira a partir da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio de Janeiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul**, v. 14, p. 197-237, 2013. p. 198-199.

jurisprudência, mas tal realidade não teria “[...] alcançado dimensão suficientemente grande para ser considerada a principal atividade dos estudiosos do direito no Brasil”.²⁵¹

Mauro Cappelletti e Bryant Garth já há muito apontavam na introdução ao seu clássico *Acesso à Justiça*, uma certa invasão saudável das ciências jurídicas por “[...] sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos, entre outros”²⁵² e sugeriam que “não devemos, no entanto, resistir a nossos invasores; ao contrário, devemos respeitar seus enfoques e reagir a eles de forma criativa”.²⁵³

É com base nesta reação criativa que se pretende adotar a metodologia de análise empírica, utilizando-nos do protocolo proposto pela autora Laurence Bardin em sua obra *Análise de Conteúdo*²⁵⁴, para observar e catalogar as decisões judiciais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça da forma mais precisa possível.

É de se esclarecer desde logo que a abordagem a ser adotada não é jurimétrica²⁵⁵, mas de análise de conteúdo, logo, uma análise empírica qualitativa²⁵⁶, com um número reduzido de amostras, na qual pretende-se muito mais valorar o conteúdo da amostra do que o número de amostras proferidas.²⁵⁷

²⁵¹ PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (Org.). *Direito, economia e empirismo*. In: _____. **Direito e economia em dois mundos**: doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro, 2014. *E-book*.

²⁵² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 7-8.

²⁵³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

²⁵⁴ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

²⁵⁵ Segundo Marcelo Guedes Nunes, “[...] o objeto da Jurimetria não é uma norma jurídica isoladamente considerada, mas sim a norma jurídica articulada, de um lado, como resultado (efeito) do comportamento dos reguladores e, de outro, como estímulo (causa) no comportamento de seus destinatários” (NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria**: como a estatística pode reinventar o direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 115).

²⁵⁶ Sobre a diferenciação entre pesquisa quantitativa e qualitativa: “A abordagem quantitativa funda-se na *frequência* de aparição de determinados elementos da mensagem. A abordagem não quantitativa recorre a indicadores não frequenciais suscetíveis de permitir inferências; por exemplo, a *presença* (ou a *ausência*) pode constituir um índice tanto (ou mais) frutífero que a frequência de aparição” (BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 144). E complementa-se: “A análise qualitativa apresenta certas características particulares. É válida, sobretudo, na elaboração das deduções específicas sobre um acontecimento ou uma variável de inferência precisa, e não em inferências gerais. Pode funcionar sobre *corpus* reduzidos e estabelecer categorias mais discriminantes, por não estar ligada, enquanto análise quantitativa, a categorias que deem lugar a frequências suficientemente elevadas para que os cálculos se tornem possíveis. Levanta problemas ao nível da pertinência dos índices retidos, visto que seleciona esses índices *sem* tratar exaustivamente todo o conteúdo, existindo o perigo de elementos importantes serem deixados de lado, ou de serem tidos em conta elementos não significativos” (BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 145).

²⁵⁷ Merece menção o trabalho que ao adotar pesquisa Jurimétrica, utiliza de abordagem interdisciplinar (AED, Economia) para observar o direito: BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência judicial da justiça comum estadual no Brasil: uma análise jurimétrica pelo método DEA. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 92-110, jan./jun. 2016.

Em sua proposta, Laurance Bardin separa a organização da análise em três polos cronológicos que nomina de: 1) pré-análise; 2) a exploração do material; e 3) o tratamento dos resultados, a inferência e a interpretação.²⁵⁸

A primeira fase proposta consiste na “[...] *escolha dos documentos* a serem submetidos à análise, a formulação das *hipóteses* e dos *objetivos* e a elaboração de indicadores que fundamentam a interpretação final”.²⁵⁹

Na presente pesquisa, optou-se por adotar como documentos os acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgados específicos de Recursos Especiais, Agravo Interno/Regimental em Recurso Especial e Agravo Interno nos Embargos Declaratórios. Outros recursos como proferidos em decisões monocráticas, por exemplo, foram excluídos do escopo de análise por não representar base de fundamentação colegiada.

A coleta das decisões foi realizada através da ferramenta Pesquisa de Jurisprudência disponível no sítio virtual do Superior Tribunal de Justiça.²⁶⁰ Para se precisar o período de pesquisa, foi utilizada a ferramenta *pesquisa avançada*, onde foram inseridos os termos entre parênteses e utilizando o conectivo *e*, na seguinte forma: “dano moral” e “incorporação”.

O período de coleta dos documentos foi de dez anos, considerando-se como data inicial 04/12/2011 e como data final 04/12/2021, resultando inicialmente em 30 acórdãos.

Para catalogar as decisões, foi utilizado o programa de planilhas Microsoft Excel, não sendo utilizado nenhum programa de processamento de dados para a análise de conteúdo.

A planilha²⁶¹ foi organizada em dezoito colunas com as seguintes informações:

1) Há pertinência do julgado com o objeto de pesquisa? Para preenchimento desta coluna, foram utilizados os termos *sim* ou *não*. Os casos que receberam resposta *não* foram excluídos do escopo.²⁶²

2) Em caso negativo, justificar. Para preenchimento desta coluna, foram adotadas as seguintes possibilidades: a) Não se aplica, para os casos em que a resposta para a primeira pergunta é *sim*; ou b) Objeto da demanda é diverso ao da

²⁵⁸ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 125.

²⁵⁹ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 125.

²⁶⁰ Acesso em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>.

²⁶¹ Consta do Anexo I do presente trabalho.

²⁶² Ou *corpus*, como designado por Laurence Bardin.

análise em questão; ou ainda c) Inexistente o pedido de indenização por dano moral em razão de atraso de obra.

3.1) Recurso Especial; 3.2) Agravo Interno/Regimental em Recurso Especial; 3.3) Agravo Interno nos Embargos Declaratórios. Nestas 3 colunas optamos por separar o recurso, a depender de seu tipo, classificando-os para melhor compreensão e para facilitar a busca de futuros pesquisadores que queiram dar continuidade à presente pesquisa. A resposta às colunas corresponde ao número do recurso adotado pelo STJ.

4) Estado. Para melhor visualização e busca dos recursos quando da elaboração das fases de análise, optou-se por separar o Estado de origem do recurso de seu número (padrão STJ).

5) Relator(a). Nesta coluna, foi indicado o nome completo do(a) relator(a) responsável pela relatoria do recurso.

6) Link do acórdão. Neste campo foi indicado o *link* direto da disponibilização da íntegra do relatório e voto dos recursos em questão.

7) Data do julgamento. Neste campo foi indicada a data em que o julgamento do recurso foi realizado. Este dado foi o responsável pela organização da planilha, estando organizada pela data mais antiga (16/02/2012) até o último recurso objeto de análise (22/11/2021).

8) Órgão Julgador. Nesta coluna foi indicado o órgão julgador para o qual o caso em questão foi distribuído e julgado.

9) Principais razões fundamentadas no voto. Nesta coluna objetivou-se a sistematizar os fundamentos trazidos pelo relator²⁶³ em seu voto, mesmo nos casos em que houve negativa ao provimento do recurso, mas o objeto de pesquisa recebeu algum tipo de consideração. Outra possibilidade se refere à negativa ao provimento do recurso e à completa omissão/fundamentação quanto ao objeto de estudo. Neste caso, foi utilizada a seguinte frase: *Negado provimento e não fundamentado precisamente quanto ao dano moral pelo atraso de entrega da obra*. Nestes casos, restou prejudicada a resposta de outros itens da planilha.

10) Houve voto divergente? Nesta coluna seria informado a existência de voto divergente, o que, contudo, não se verificou em nenhum dos casos analisados.

²⁶³ Nenhum dos recursos analisados apresentou voto divergente. Logo, houve aderência dos demais julgadores ao voto apresentados por seu relator.

11) Principais razões fundamentadas no voto de divergência. A resposta à esta coluna restou *prejudicada* em todos os casos, na medida em que não se identificou divergência nos casos analisados.

12) Dano moral reconhecido pelo STJ? Nesta coluna, três foram as hipóteses: a) *Sim*; b) *Não* ou c) *Prejudicado*, este último presente nas hipóteses de negativa ao provimento do recurso.

13) Valor fixado de dano moral. Nesta coluna foi indicado o valor em moeda corrente quando houve o reconhecimento ou a indicação de *prejudicado*, quando do não provimento do recurso.

14) Espécie de indenização. Pretendeu-se aqui verificar se nos fundamentos exarados nos votos houve a discussão sobre a espécie de dano moral, sendo duas as afirmativas: a) *omisso* ou b) *prejudicado*, para os casos em que não houve provimento do recurso. Não foi verificada a indicação da espécie, se referindo os magistrados genericamente ao termo “dano moral”.

15) Houve o reconhecimento do CDC na relação processual? Nesta coluna as respostas possíveis seriam: a) *sim*; b) *não*; c) *omisso* ou d) *prejudicado*, para os casos em que foi negado provimento ao recurso.

16) Demandante adquirente PF ou PJ? Nesta coluna teríamos a resposta: a) PF (para pessoa física) ou c) PJ (para pessoa jurídica).

Após a leitura da íntegra dos 30 votos (fase que a autora nomina de leitura flutuante²⁶⁴), os casos que não possuíam relação com o objeto de estudo, foram excluídos da base. Estes casos foram indicados na coluna 1) com *não*, justificando-se sua exclusão na coluna 2), conforme indicado anteriormente.

Os casos sem relação com o objeto da pesquisa foram 10, sendo os seguintes: Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.818.399/RJ, Recurso Especial nº 1.551.968/SP, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 838.300/SP, Agravo Interno no Recurso Especial nº 995.064/RJ, Recurso Especial nº 1.651.532/CE, Recurso Especial nº 1.385.681/SC, Recurso Especial nº 1.799.881/RJ, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.342.610/PR, Recurso Especial nº 1.823.341/SP e Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.771.912/DF.

²⁶⁴ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 126.

Com a exclusão dos casos acima, definiu-se o que a autora nomina de *corpus*²⁶⁵ da pesquisa, resultando-se em um total de 20 decisões/votos²⁶⁶, os quais serão qualitativamente apreciadas.

A regra da homogeneidade²⁶⁷ é alcançada na presente pesquisa, visto que todas as decisões são proferidas pela mesma corte e representam a tomada de decisão de seus julgadores sob a mesma regra do jogo, munidos igualmente do dever constitucional de fundamentação, mostrando-se pertinentes²⁶⁸ à finalidade da presente pesquisa.

O próximo passo proposta por Laurance Bardin é a formulação de uma hipótese e dos objetivos, ressaltando esta que a hipótese é provisória, visto que há um objetivo de confirmar ou infirmá-la.²⁶⁹ O objetivo na presente pesquisa, conforme traçado inicialmente, é verificar se o Superior Tribunal de Justiça reconhece ou não o dano moral quando do atraso de entrega de imóvel adquirido em contratos sob o regime da Lei nº 4.591/1964.

A hipótese é: o Superior Tribunal de Justiça reconhece o dano moral em caráter de exceção em contratos de incorporação imobiliária, sendo que o mero descumprimento contratual por si só não enseja a indenização extrapatrimonial.

O objetivo principal com a análise das decisões é: a) demonstrar se esta hipótese se mostra verdadeira ou falsa; b) e qual é ou quais são os elementos de fundamentação que guiam o entendimento da maioria dos julgadores da Corte Cidadã.

A fase seguinte proposta por Laurence Bardin consiste na exploração do material, conforme detalha:

²⁶⁵ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 126.

²⁶⁶ Uma das regras a ser adotada após definido o *corpus* de pesquisa, segunda a autora, é a exaustividade, não podendo se “[...] deixar de fora qualquer um dos elementos por esta ou aquela razão (dificuldade de acesso, impressão de não interesse), que não possa ser justificável no plano do rigor” (BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 127). Deste modo, calha esclarecer que a exclusão das decisões se deu em razão da inexistência efetiva de identidade entre o objeto da decisão e o objeto da pesquisa, ou por não se tratar de caso em incorporação imobiliária ou por inexistir pedido de danos morais no caso concreto.

²⁶⁷ “Os documentos retidos devem ser homogêneos, isto é, devem obedecer a critérios precisos de escolha e não apresentar demasiada singularidade fora desses critérios” (BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 128).

²⁶⁸ “*Regra de pertinência*: os documentos retidos devem ser adequados, enquanto fonte de informação, de modo a corresponder ao objetivo que suscita a análise” (BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 128).

²⁶⁹ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 128.

Se as diferentes operações da pré-análise forem convenientemente concluídas, a fase de análise propriamente dita não é mais do que a aplicação sistemática das decisões tomadas. Quer se trate de procedimentos aplicados manualmente ou de operações efetuadas por computador, o decorrer do programa completa-se mecanicamente. Esta fase, longa e fastidiosa, consiste essencialmente em operações de codificação, decomposição ou enumeração, em função de regras previamente formuladas [...].²⁷⁰

Neste ponto, a abordagem se deu com a leitura na íntegra das decisões judiciais.

Passo importante na análise de conteúdo é a codificação que pode se dar com a adoção de palavras ou de tema. Na presente pesquisa, foi adotado o segundo, que corresponde, segundo a autora, à “[...] unidade de significação que se liberta naturalmente de um texto analisado segundo certos critérios relativos à teoria que serve de guia à leitura”.²⁷¹

Com a análise que foi realizada e se detalhará no próximo subcapítulo, se tornará mais evidente esta ideia de codificação, a qual representará os principais fundamentos utilizados para se reconhecer (ou não) o dano moral por atraso na entrega de imóvel na planta.

Como destaca Laurence Bardin, “fazer uma análise temática consiste em descobrir os ‘núcleos de sentido’ que compõem a comunicação e cuja presença, ou frequência de aparição, podem significar alguma coisa para o objetivo analítico escolhido”.²⁷²

A próxima fase proposta pela autora é a inferência, momento em que a partir dos dados coletados e da codificação da análise textual, poderá se afirmar ou infirmar a hipótese formulada.²⁷³ Esta fase será objeto do subcapítulo 3.2, cuja função é trazer o resultado da presente pesquisa, respondendo-se então à hipótese formulada.

3.2 COMPREENDENDO OS ARGUMENTOS EXARADOS PELOS MAGISTRADOS: ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DAS DECISÕES JUDICIAIS

²⁷⁰ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 131.

²⁷¹ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 135.

²⁷² BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 135.

²⁷³ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011. p. 169.

Conforme dito anteriormente, a primeira decisão emanada dentro do período dos últimos 10 anos²⁷⁴ data de 16/02/2012 e a última analisada data de 22/11/2021.

Diante das 20 decisões objeto de análise, foi procedido com a análise de distribuição dos recursos entre os ministros Luis Felipe Salomão, Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas Bôas Cueva, Paulo de Tarso Sanseverino, Moura Ribeiro, Marco Buzzi, Nancy Andrichi e Raul Araujo, sendo que dos 8 ministros que receberam distribuição de recursos sobre a matéria para sua relatoria, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino foi o que mais se pronunciou sobre a matéria, tendo relatado um total de 10 recursos, conforme consta da tabela abaixo:

Tabela 1 – Recursos analisados

Ministro relator	Recursos relatados
Luis Felipe Salomão	2
Maria Isabel Gallotti	1
Ricardo Villas Bôas Cueva	2
Paulo de Tarso Sanseverino	10
Moura Ribeiro	1
Marco Buzzi	1
Nancy Andrichi	2
Raul Araújo	1

Fonte: O autor (2022).

Dos 20 casos analisados, apenas 1 deles entendeu que o dano moral é presumível, (*in re ipsa*), sendo o Recurso Especial nº 1.881.806/SP²⁷⁵, tendo sido mantida a verba indenizatória extrapatrimonial fixada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no importe global de R\$30.000,00 (considerando se tratar de dois adquirentes). O caso em questão foi relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva e julgado em 04/05/2021.

No caso em questão, a incorporadora após três meses de atraso, convocou os adquirentes e informou que não teria condições de concluir obra, hipótese em que os adquirentes optaram por sua destituição, formando associação de adquirentes para continuidade da obra.

²⁷⁴ Data inicial: 04/12/2011; data final: 04/12/2021.

²⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.881.806/SP. Recorrente: Rogerio Auad Palermo. Recorrido: LSK Engenharia Ltda. **Lex:** jurisprudência do STJ, 4 maio 2021. Disponível em: <https://scon.stjus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001581809&dt_publicacao=07/05/2021>. Acesso em: 6 fev. 2022.

O Tribunal do Estado de São Paulo entendeu que o atraso em questão era motivo suficiente para condenar a incorporadora a indenizar moralmente os adquirentes. O Superior Tribunal de Justiça por sua vez, sem adentrar à análise de provas, compreendeu que a situação por si só ensejaria a condenação em danos morais.

Essa, contudo e diante dos 20 julgados analisados, denota não ser o entendimento majoritário da corte. O mesmo ministro ao relatar o Recurso Especial nº 1.536.354/DF cujo julgamento ocorreu em 07/06/2016, assentou que:

[...] a jurisprudência desta Corte há muito firmou-se no sentido de que o simples inadimplemento contratual não é capaz, por si só, de gerar dano moral indenizável, devendo haver, no caso concreto, consequências fáticas que repercutam na esfera de dignidade da vítima. [...] Na hipótese em apreço, as instâncias de cognição plena, examinando o contexto fático-probatório dos autos, não visualizaram nenhuma excepcionalidade que justificasse a condenação por danos morais.²⁷⁶

Comparando-se os fundamentos emanados em ambos os votos, é possível supor que o magistrado em questão compreende que a hipótese de abandono da obra pela incorporadora seria motivo presumível de indenização extrapatrimonial, ainda que nenhuma prova de repercussão da dignidade da vítima seja demonstrada. O mesmo não ocorre quando a despeito do atraso, o incorporador entrega a obra e o atraso por si não enseja nenhuma ofensa à dignidade dos adquirentes.

Em geral, os fundamentos para não conhecer o dano moral se fundamentam na tese de que o mero descumprimento contratual por si só não é suficiente a ensejar a condenação em danos morais, se tratando de mero dissabor, como visto, a título de exemplo no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.161.069/RJ de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão julgado em 16 de fevereiro de 2012, que deixou assente que o dano precisa ser aferido no caso concreto:

Não se desconhece que a jurisprudência desta Corte, por vezes, afirme que o inadimplemento contratual acarreta mero dissabor, mas é bem de ver que os precedentes não se posicionam de modo intransigente no que tange à matéria, admitindo que, a depender da peculiaridade do caso concreto, possa ser constatado abalo moral a exigir compensação pecuniária.²⁷⁷

²⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.536.354/DF. Recorrente: Mauro Schenekenberg Guedes e Fabiola de Britto Mendonça Guedes. Recorrida: JFE 2 Empreendimentos Imobiliários Ltda. **Lex:** jurisprudência do STJ, 7 mar. 2016, p. 19-20. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501330403&dt_publicacao=20/06/2016>. Acesso em: 6 fev. 2022.

²⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.161.069/RJ. Recorrente: Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções. Recorrido: Jayme Rodrigo

Fazendo-se a inferência das decisões, estas indicam uma possível orientação admitida pela Corte, as quais foram proferidas pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Em alguns dos recursos o ministro exarou em seu voto exatamente o período de atraso, conforme tabela abaixo:

Tabela 2 – Análise de decisões

Recurso Especial	Agravo Interno/Regimental em Recurso Especial	Atraso	Reconhecido o dano moral?
1796760	731714	8 meses	Não
		1 ano e 4 meses	Não
	1830991	aproximadamente 2 anos	Sim
	1741452	5 meses	Não
	1772025	2 anos e 6 meses	Sim
	1844123	2 anos e 6 meses	Sim
	1891315	6 anos	Sim
	1870773	2 anos e 6 meses	Sim

Fonte: O autor (2022).

Nos casos com prazo até 1 ano e 4 meses o magistrado em questão reconheceu inexistir direito do litigante ao dano moral. Porém, casos próximos de 2 anos de atraso ou mais tiveram o reconhecimento da indenização extrapatrimonial. Em que pese não exista expressa declaração do magistrado, é possível se denotar de sua fundamentação que o período superior a 2 anos aguardando pela entrega do imóvel presumidamente feriria o ânimo e geraria angústia ao adquirente, visto que obrigado a esperar longo período para receber o imóvel.

Na hipótese do Recurso Especial nº 1.796.760/RJ não é possível extrair das razões do ministro se o afastamento do dano moral em razão do atraso (16 meses) foi denegada em razão de entender ser o prazo exíguo, ou em razão de a parte ter alegado que o imóvel se destinava a investimento, hipótese em que o magistrado repisou que tal indenização se daria pela via exclusiva dos lucros cessantes.

A codificação das decisões indica a recorrência da utilização do termo “o atraso na entrega do imóvel não gera, por si só, abalo moral indenizável” e que o “mero

do Vale Cuntin Perez e outro(s). **Lex**: jurisprudência do STJ, 24 fev. 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900375904&dt_publicacao=24/02/2012>. Acesso em: 6 fev. 2022.

inadimplemento contratual, ato ilícito sem aptidão para causar danos morais” dentre variações das expressões.

A tentativa de se analisar o valor do dano moral ou a sua espécie se mostrou prejudicada, na medida em que o tribunal alega a impossibilidade de análise do contexto fático probatório, diante da vedação contida na Súmula 7. O termo dano moral ou extrapatrimonial, tido por sinônimo, não é dissecado pelos votos, inexistindo qualquer menção às teorias mencionadas no capítulo 1 da presente pesquisa.

Quanto ao reconhecimento do CDC aos casos concretos, há expressa manifestação nos Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.161.069/RJ, no Recurso Especial nº 1865765/RJ e no Recurso Especial nº 1.881.806/SP. Contudo, a discussão diz respeito à responsabilidade objetiva e não guarda relação com o reconhecimento ou não do dano moral em razão da parte demandante ser pessoa física ou jurídica.

Neste ponto, todos os casos demonstram a existência de pessoa física enquanto adquirentes, restando prejudicada possíveis análises quanto ao tratamento dado às pessoas jurídicas quando perquirem danos morais pelo atraso de entrega da obra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de considerações finais, pode-se compreender inicialmente pela perfeita adequação entre a Lei 4.591/1964 e o Código de Defesa do Consumidor, havendo prevalência do primeiro em face do segundo, naquilo em que há maior especificidade. A Lei nº 4.591/1964 que foi editada e vem sendo frequentemente atualizada visa proteger o adquirente e dar maior clareza às regras do jogo que compõe a complexa relação das incorporações imobiliárias. Há aí um equilibrado diálogo de fontes.

Desta primeira proposição, é possível compreender que a atração da tutela consumerista ou não, traz pouca diferença prática para o adquirente de imóvel na planta, visto que encontra na Lei nº 4.591/1964, na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e no Código de Processo Civil de 2015 tutela necessária ao seu direito no tocante ao pedido de indenização pelo atraso de entrega do imóvel, visto que o que se pretende demonstrar é a dignidade de seus direitos na qualidade de pessoa humana.

No tocante às teorias contemporâneas apresentadas, bnotadamente a indenização pelo desvio produtivo do consumidor, o menosprezo planejado do consumidor, a incidência de danos punitivos e a quebra da confiança do adquirente não irradiaram suas discussões para o âmbito da indenização extrapatrimonial pelo atraso de entrega de imóvel na planta no Superior Tribunal de Justiça.

Compreende-se que há uma adequação entre a desídia do incorporador que atrasa deliberadamente a consecução do empreendimento e as teorias apresentadas, em que pese questionamentos diversos já apresentados, tais como a possível inadequação dos danos punitivos no direito brasileiro em razão da tese de enriquecimento sem causa ou ainda da tese de inadequação do direito civil de punir, característica que seria privativa do direito penal.

De todo modo e para que eventualmente a presente pesquisa possa se apresentar apenas como um caminho possível que encontrará em outras pesquisas e em tempo futuro uma realidade do judiciário diferente, é possível formular duas suposições: 1) as teorias do desvio produtivo do consumidor e do menosprezo planejado são demasiadamente recentes e considerando o moroso caminhar processual no Brasil e a dificuldade de se obter acesso às vias extraordinárias, ainda se levará tempo até que tais questões possam ser debatidas no âmbito do Superior

Tribunal de Justiça e especificamente nos casos em que há atraso de entrega de imóveis na planta; ou 2) operadores do direito talvez não tenha tido a mesma compreensão que o elaborado na presente pesquisa quanto à possibilidade de se reconhecer o período em que o adquirente deixa de gozar da nova moradia como um desvio produtivo do seu tempo e além disso, do de seu plano de vida. Por outro lado, que tal atraso possa sim representar um menosprezo planejado

Quanto ao reconhecimento do dano moral pelo atraso de entrega na planta pelo Superior Tribunal de Justiça, as 20 decisões analisadas sugerem ser esta exceção a qual deverá ser analisada pelas cortes *a quo* no caso concreto, ensejando a prova de violação de algum direito da personalidade do(s) adquirente(s). Contudo, em alguns casos a demora excessiva na entrega do imóvel poderá ensejar a indenização presumida, tendo se identificado casos em que isso ocorreu com atraso próximos ou superiores a 2 anos.

O reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça quando o direito não tiver sido reconhecido pelas cortes ordinárias será de relevante dificuldade na medida em que a corte tem demonstrado que tais casos demandam a reanálise do contexto fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7. Parece, contudo, que a simples demonstração de largo período de atraso (superior a 2 anos) superaria a vedação da súmula e poderia ser interpretado como caso de dano moral presumido (*in re ipsa*). Isso não quer dizer que casos que ofendam a *psique* do adquirente de imóveis não planta não seja passível de indenização.

REFERÊNCIAS

ALTHEIM, Roberto. **Direito de danos**: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2008.

ALVES, Fabrício Germando; OLIVEIRA, Felipe Lucas Medeiros de. Atuação dos Procons nos casos de descumprimento das ofertas veiculadas nas plataformas de marketplace. **Revista Vianna Sapiens**, v. 11, n. 1, p. 186-206, 2020. Disponível em: <<https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/653/353>>. Acesso em: 28 fev. 2022.

BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. *E-book*.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* na sociedade contemporânea. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

BARROS, João Pedro Leite. O excesso de informação como abuso do direito (dever). **Revista luso-brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 25, p. 13-60, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 115, p. 21-40, jan./fev. 2018.

BERGSTEIN, Laís. **O tempo do consumidor e o menosprezo planejado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. *E-book*.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Relação de consumo e aplicação do código de defesa do consumidor**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BIAZI, João Pedro de Oliveira. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

BITTAR, Eduardo C. B. **Introdução ao estudo do direito**: humanismo, democracia e justiça. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

NETO, Alcelyr Valle da Costa. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor (Lei nº 8.078/90). BOCAJUVA, Marcela Carvalho; MATOS, In: **Código de defesa do consumidor**: CDC 30 anos. Alessandra; RAMIDOFF, Mário Luiz (Org.). Curitiba: Instituto Memória, 2021.

BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência judicial da justiça comum estadual no Brasil: uma análise jurimétrica pelo método DEA. **Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 92-110, jan./jun. 2016.

BRAGA NETTO, Felipe P. **Manual de direito do consumidor**: à luz da jurisprudência do STJ. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: Presidência da República, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm> Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Enunciado 589 da VII Jornada de Direito Civil**. 2015. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2022.

_____. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial do Império do Brasil. Brasília: Presidência da República, 1850.

_____. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Brasília: Presidência da República, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm> Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

_____. **Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018**. Lei dos Distratos. Brasília: Presidência da República, 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.321.083/PR – Paraná. Compra de Aeronave por Empresa Administradora De Imóveis. Aquisição como Destinatária Final. Existência de Relação de Consumo. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. **Lex**: jurisprudência do STJ, 9 set. 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200876229&dt_publicacao=25/09/2014>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2ª seção). Recurso Especial nº 1.498.484/DF. Recorrente: Karla Teixeira da Silva. Recorrido: MRV Engenharia e Participações S.A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Lex:** jurisprudência do STJ, julgado em 22 maio 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=97532324&num_registro=201403066349&data=20190625&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 22 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. (2ª seção). Recurso Especial nº 1.614.721/DF. Recorrente: Aline Ramalho Sereno de Medeiros. Recorrido: MRV Prime Top Taguatinga II Incorporações Imobiliárias Ltda. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Lex:** jurisprudência do STJ, 22 maio 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808890&num_registro=201601879526&data=20190625&formato=PDF>. Acesso em: 22 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. (2ª seção). Recurso Especial nº 1.635.428/SC. Recorrente: Silvio Rodrigues Damasceno. Recorrido: Concreto Construtora de Obras LTDA-EPP. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. **Lex:** jurisprudência do STJ, 22 maio 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1808891&num_registro=201602850005&data=20190625&formato=PDF>. Acesso em: 22 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. (2ª seção). Recurso Especial nº 1.613.485/DF. Recorrente: Eder Nogueira da Mota. Recorrido: BROOKFIELD MB EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS SA. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Lex:** jurisprudência do STJ, 22 maio 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=97532140&num_registro=201602669130&data=20190625&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 22 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.161.069/RJ. Recorrente: Carvalho Hosken S/A Engenharia e Construções. Recorrido: Jayme Rodrigo do Vale Cuntin Perez e outro(s). **Lex:** jurisprudência do STJ, 24 fev. 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200900375904&dt_publicacao=24/02/2012>. Acesso em: 6 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.536.354/DF. Recorrente: Mauro Schenekenberg Guedes e Fabiola de Britto Mendonça Guedes. Recorrida: JFE 2 Empreendimentos Imobiliários Ltda. **Lex:** jurisprudência do STJ, 7 mar. 2016, p. 19-20. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201501330403&dt_publicacao=20/06/2016>. Acesso em: 6 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). Recurso Especial nº 1.881.806/SP. Recorrente: Rogerio Auad Palermo. Recorrido: LSK Engenharia Ltda. **Lex:** jurisprudência do STJ, 4 maio 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001581809&dt_publicacao=07/05/2021>. Acesso em: 6 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 970**. Brasília: STJ, 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1635428>. Acesso em: 22 jan. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 971**. Brasília: STJ, 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1614721>. Acesso em: 22 jan. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Súmula 160**. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Súmula 161**. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Súmula 162**. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Súmula 164**. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2022.

BRAZ, Alex Trevisan. **Dano moral por inadimplemento contratual**. São Paulo: Almedina, 2016. *E-book*.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASSETARI, Christiano. **A multa contratual**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. *E-book*.

CHALHUB, Melhim Namen. **Incorporação imobiliária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral: como chegar até ele**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2004.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2. ed. rev. e ampl. Vitória: Edição Especial do Autor, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

EFING, Antonio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

FAJNGOLD, Leonardo. **Dano moral e reparação não pecuniária**: sistemática e parâmetros. São Paulo: Thonsom Reuters, 2021. *E-book*.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. *E-book*.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A prova no processo civil**: principais inovações e aspectos contraditórios. 3. ed. Londrina: Toth, 2019.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de defesa do consumidor**: artigo por artigo. 13. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. rev., atual e aumentada de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto - direito material e processo coletivo - volume único. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

HENRIQUE FILHO, Ruy Alves. **Identificação dos precedentes judiciais**: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades em sua aplicação e revisão. Londrina: Toth, 2021. *E-book*.

IBGE. **PAIC 2019**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/54/paic_2019_v29_informativo.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2022.

KAHNEMANN, Daniel *et al.* **Ruído**: uma falha no julgamento humano. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. **Temas registrários**. Três esboços: incorporação imobiliária. Concessão real do uso do solo. Registro civil das pessoas naturais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

MARIGHETTO, Andrea. **O acesso ao contrato**: sentido e extensão da função social do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima *et al.* **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral nas relações de consumo: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

NEGRI, Sergio Marcos Carvalho Avila. Robôs como pessoas: a personalidade eletrônica na robótica e na inteligência artificial. **Pensar - Revista de Ciências Jurídicas**, v. 25, n. 3, 2020. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10178>> Acesso em: 2 set. 2021.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PAVAN, Vitor Ottoboni. **Responsabilidade civil contemporânea e tutela da pessoa frente aos ganhos ilícitos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais e Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direitos reais**. rev. atual. e ampl. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

_____. **Condomínio e incorporações**. 14. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de análise econômica do direito**. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*.

PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (Org.). Direito, economia e empirismo. In: _____. **Direito e economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica**. Rio de Janeiro, 2014. *E-book*.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. *E-book*.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2019. *E-book*.

SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. São Paulo: Editora de Humanismo, Ciência e Tecnologia HUCITEC, 1993.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Roberto. **Direito imobiliário**: teoria e prática. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*.

SERRANO, Pablo Jiménez. **O direito do consumidor no mercado imobiliário**: aplicabilidade do código de defesa do consumidor aos contratos imobiliários. Rio de Janeiro: Jurimestre, 2018. *E-book*.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **Direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *E-book*.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. **Danos morais no Brasil e Punitive Damages nos Estados Unidos e o Direito de Imprensa**. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6209/1/Wendell%20Lopes%20Barbosa%20de%20Souza.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2020.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. **Punitive damages nos Estados Unidos e danos morais no Brasil**. [s.d.]. p. 351-371. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc14.pdf?d=636680468024086265>>. Acesso em: 2 jan. 2020.

TARTUCE, Flávio; ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual, volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. *E-book*.

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil**: responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. *E-book*.

VERONESE, Alexandre. Considerações sobre o problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área de direito: a tentativa de uma perspectiva brasileira a partir da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio de Janeiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul**, v. 14, p. 197-237, 2013.

VIÉGAS, Francisco de Assis; QUEIROZ, João Quinelato. Notas sobre a extinção unilateral das promessas de compra e venda de unidades imobiliárias por consumidores à luz da lei 13.786/2018. **Revista de Direito Privado**, v. 101, p. 203-231, 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo, vol. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

WHITROW, Geraldo James. **O que é o tempo?** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005. *E-book*.

4	Não	Inexistente o pedido de indenização por dano moral em razão de atraso de obra	1551968	-	-	SP	Paulo de Tarso Sanseverino	https://sc.on.sti.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=201502161783&data_publicacao=06/09/2016	24/08/2016	Segunda Seção	-	-	-	-	-	-	-	
5	Não	Objeto da demanda é diverso ao da análise em questão	-	838300	-	SP	Assusete Magalhães	https://sc.on.sti.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=201503284190&data_publicacao=22/11/2016	10/11/2016	Segunda Turma	-	-	-	-	-	-	-	
6	Sim	Não se aplica	-	784151	-	RJ	Moura Ribeiro	https://sc.on.sti.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=201502326070&data_publicacao=15/12/2016	01/12/2016	Terceira Turma	Negado provimento e não fundamentado precisamente quanto ao dano moral pelo atraso de entrega da obra	Não	Prejudicado	Prejudicado	Prejudicado	Prejudicado	Prejudicado	PF
7	Não	Inexistente o pedido de indenização por dano moral em razão de atraso de obra	-	995064	-	RJ	Raul Araújo	https://sc.on.sti.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=200702397263&data_publicacao=01/06/2017	18/05/2017	Quarta Turma	-	-	-	-	-	-	-	

8	Não	Objeto da demanda é diverso ao da análise em questão	1651532	-	-	CE	Herman Benjamin	https://sc.on.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=201700218245&data_publicacao=20/06/2017	18/05/2017	Segunda Turma	-	-	-	-	-	-	-	
9	Não	Objeto da demanda é diverso ao da análise em questão	1385681	-	-	SC	Nancy Andrighi	https://sc.on.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=201301481165&data_publicacao=12/06/2017	06/06/2017	Terceira Turma	-	-	-	-	-	-	-	
10	Sim	Não se aplica	-	731714	-	RJ	Paulo de Tarso Sanseverino	https://sc.on.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=201501453293&data_publicacao=02/02/2018	12/12/2017	Terceira Turma	Integral provimento ao recurso: 1) (...) vislumbra-se que a pretensão quanto à inviabilidade da condenação ao pagamento de indenização por danos morais merece guarida, haja vista o atual entendimento desta Corte Superior, o qual preconiza que o atraso na entrega do imóvel não gera, por si só, abalo moral indenizável. 2) No caso vertente, embora o v. acórdão tenha concluído que "há peculiaridades no caso concreto, notadamente a desídia do réu que limita-se a refutar qualquer direito de reparação ao consumidor, que permitem a indenização por dano extrapatrimonial" (e-STJ fls. 766-779), importa repisar que este fundamento é incapaz de sustentar eventual indenização por danos extrapatrimoniais, pois mostra-se genérico. 3) Convém reiterar, ainda, que atraso na entrega de unidade imobiliária, na presente demanda, não foi significativo, uma vez que houve um atraso de menos de 1 ano (julho de 2010 a março de 2011), atraso este que não é capaz de ensejar danos morais, sendo bastante para recompor os danos a indenização por danos materiais (correspondente ao valor dos aluguéis). 4) Assim, resta cristalino que a pretensão dos recorrentes não merece prosperar, haja vista que o mero descumprimento contratual consubstanciado no atraso na entrega do bem não gera abalo moral indenizável.	Não	Não se aplica	Não	R\$ 0,00	Prejudicado	Omisso	PF

18	Sim	Não se aplica	-	1741452	-	SE	Paulo de Tarso Sanseverino	https://sc.on.sti.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=201801145904&data_publicacao=21/05/2020	18/05/2020	Terceira Turma	Negado provimento ao recurso, mas fundamentado no tocante ao dano moral pelo atraso de entrega do imóvel: 1) Uma leitura mais atenta permitiria à recorrente concluir pela aplicação de entendimento no sentido de que o mero inadimplemento contratual não causa, por si só, abalo moral indenizável, havendo julgados específicos a reconhecer a necessidade de um contexto fático diferenciado além daquele proveniente do atraso na entrega de imóvel em construção; 2) Não se disse que houve presunção do dano moral, se disse que o atraso de 5 meses para a entrega do imóvel não caracteriza dano moral indenizável, máxime a ausência de elementos outros a corroborar a excepcional condenação! 3) O agravo limita-se a afirmar, de forma vazia, que o dano moral fora concretamente fundamentado, o que merece para impugnar devidamente os fundamentos da decisão recorrida, razão por que não conheço do recurso no que concerne.	Não	Prejudicado	Prejudicado	Prejudicado	Prejudicado	Omisso	PF
19	Sim	Não se aplica	-	1772025	-	SE	Paulo de Tarso Sanseverino	https://sc.on.sti.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=201802616035&data_publicacao=21/05/2020	18/05/2020	Terceira Turma	Negado provimento ao recurso, mas fundamentado no tocante ao dano moral pelo atraso de entrega do imóvel: 1) Deixei claro em sede monocrática, ter sido a ré condenada ao pagamento de indenização por danos morais fixada em R\$ 5.000,00 tendo em vista o atraso de quase 2 anos e 6 meses para a entrega do imóvel, contado da data de entrega prevista no contrato, e de quase 2 anos (faltando apenas 3 dias) a partir do término do prazo de tolerância (fl. 248 e-STJ); 2) O argumento sustentando de que o atraso na entrega do imóvel não resulta a possibilidade de a parte postular indenização por danos morais, pois mero descumprimento contratual, não se sustenta quando o excesso de prazo ocorrido no caso concreto é suficiente para que direitos da personalidade do adquirente do imóvel sejam violados como no caso dos autos; 3) Sequer a revisão do valor da indenização, na hipótese dos autos, seria cabível, pois fixada em R\$ 5.000,00, incidindo na espécie o enunciado 7/STJ.	Não	Prejudicado	Prejudicado	Prejudicado	Prejudicado	Omisso	PF

20	Sim	Não se aplica	-	1844123	-	SE	Paulo de Tarso Sanseverino	https://con.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=201903149064&data_publicacao=05/06/2020	01/06/2020	Terceira Turma	Negado provimento ao recurso, mas fundamentado no tocante ao dano moral pelo atraso de entrega do imóvel: 1) Deixei claro em sede monocrática, que a ré fora condenada ao pagamento de indenização por danos morais fixada em R\$ 8.000,00 e multa contratual pelo atraso na entrega da obra que, na espécie, fora de 19 meses além do período de tolerância - 26/08/2012 a 04/04/2014 (fls. 412 e 480 e-STJ); 2) Foram quase 2 anos e meio de atraso na entrega da obra contado da data de entrega original (19 meses contado do fim do prazo de tolerância), excesso de prazo que é suficiente para que o mero descumprimento do contrato passe a configurar violação a direitos da personalidade do adquirente do imóvel; 3) O argumento sustentando de que o atraso na entrega do imóvel não resulta a possibilidade de a parte postular indenização por danos morais, pois mero descumprimento contratual, não se sustenta quando o excesso de prazo ocorrido no caso concreto é suficiente para que direitos da personalidade do adquirente do imóvel sejam violados como no caso dos autos.	Não	Não se aplica	Prejudicado	Prejudicado	Prejudicado	Omisso	PF
21	Sim	Não se aplica	-	1865765	-	RJ	Nancy Andrighi	https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/elettronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=115574712&registro_numero=20200572586&peticao_numero=20200351109&publicacao_data=20200924	21/09/2020	Terceira Turma	Negado provimento ao recurso, mas fundamentado no tocante ao dano moral pelo atraso de entrega do imóvel: 1) O TJ/RJ decidiu que inexistiu relação de consumo entre os litigantes, sendo inaplicável o CDC. Entretanto, de fato, a conclusão do Tribunal de origem está dissonante do entendimento do STJ no sentido de que o adquirente de unidade imobiliária, mesmo não sendo o destinatário final do bem, poderá encontrar abrigo na legislação consumerista com base na teoria finalista mitigada se tiver agido de boa-fé e não detiver conhecimentos de mercado imobiliário nem expertise em incorporação, construção e venda de imóveis, sendo evidente sua vulnerabilidade; 2) Considerando que o Tribunal de origem não consignou de forma expressa e clara acerca da vulnerabilidade dos agravados para caracterização como consumidores, necessária a devolução dos autos para nova análise.	Não	Não se aplica	Prejudicado	Prejudicado	Prejudicado	Sim	PF

22	Sim	Não se aplica	-	-	1865765	RJ	Nancy Andrighi	https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/elettronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=115574496&registro_numero=202000572586&peticao_numero=202000454546&publicacao_data=20200924	21/09/2020	Terceira Turma	Negado provimento e não fundamentado precisamente quanto ao dano moral pelo atraso de entrega da obra	Prejudicado	Prejudicado	Prejudicado	Prejudicado	Prejudicado	Prejudicado	PF
23	Sim	Não se aplica	-	1891315	-	RJ	Paulo de Tarso Sanseverino	https://scn.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=202002157956&dt_publicacao=18/03/2021	15/03/2021	Terceira Turma	Negado provimento ao recurso, mas fundamentado no tocante ao dano moral pelo atraso de entrega do imóvel: 1) Em sendo demasiado o atraso na entrega da obra, possível o reconhecimento da ocorrência de danos morais. 2) O mesmo se aplica aos danos morais, pois ressaltado o excesso da demora na entrega, tendo o bem sido adquirido em 2013 e a obra fora prometida, após paralisações, para 2019.	Não	Prejudicado	Prejudicado	Prejudicado	Omissa	Omissa	PF
24	Sim	Não se aplica	-	1870773	-	SP	Paulo de Tarso Sanseverino	https://scn.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=202000875162&dt_publicacao=26/03/2021	22/03/2021	Terceira Turma	Negado provimento ao recurso, mas fundamentado no tocante ao dano moral pelo atraso de entrega do imóvel: 1) O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que o mero inadimplemento contratual não causa, por si só, abalo moral indenizável, mas em sendo excessivo o atraso, é possível a configuração do dano moral e, assim, a condenação ao pagamento de indenização. 2) O acórdão recorrido assentou que a entrega do imóvel estava prevista para 2015, tendo sido as chaves entregues aos adquirentes em 2017. 3) Assim, tenho que se mostra possível o reconhecimento do direito à indenização por danos morais, na hipótese, revelando-se, no mais, insindivável a sua efetiva ocorrência no caso dos autos e, ainda, o seu valor, pois não se mostram irrazoáveis os R\$ 5.000,00 para cada um dos autores.	Não	Não se aplica	Prejudicado	Prejudicado	Prejudicado	Prejudicado	PF

29	Não	Inexistente o pedido de indenização por dano moral em razão de atraso de obra	-	1818399	-	RJ	Antonio Carlos Ferreira	https://con.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=201901592942&data_publicacao=14/06/2021	07/06/2021	Quarta Turma	-	-	-	-	-	-	-	
30	Sim	Não se aplica	-	1948413	-	RN	Luis Felipe Salomão	https://con.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?numero_registro=202102144050&data_publicacao=25/11/2021	22/11/2021	Quarta Turma	Negado provimento ao recurso, mas fundamentado no tocante ao dano moral pelo atraso de entrega do imóvel :1) (...) que a condenação pelo dano moral decorrente do atraso na entrega do imóvel está condicionada a circunstância excepcional. Desse modo, a conclusão pela inexistência de abalo excepcional afasta qualquer necessidade de examinar especificamente o montante do atraso (...) 2) Na hipótese, ainda que o imóvel tenha sido entregue após o prazo de tolerância de 180 dias, não foi comprovado que teria afetado, de maneira excepcional, o direito da personalidade dos recorridos, não havendo falar-se, pois, em abalo moral indenizável. 3) Nesse caso, a condenação pelo dano moral pressupõe circunstância excepcional além do mero atraso na entrega da obra; o que, porém, não ocorreu na espécie.	Não	Não se aplica	Prejudicado	Prejudicado	Prejudicado	Prejudicado	PF