

SERGIO CAVALIERI FILHO

*PROGRAMA DE
RESPONSABILIDADE CIVIL*

*6ª edição
revista, aumentada e atualizada,
3ª tiragem*



**MALHEIROS
EDITORES**

PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL

© SERGIO CAVALIERI FILHO

1ª edição, 1ª tiragem: 08.1996; 2ª tiragem, 05.1997;
2ª edição, 1ª tiragem: 03.1998; 2ª tiragem: 03.1999;
3ª tiragem: 02.2000; 4ª tiragem: 08.2001; 3ª edição, 01.2002;
4ª edição, 05.2003; 5ª edição, 1ª tiragem: 09.2003;
2ª tiragem: 03.2004; 6ª edição, 1ª tiragem: 03.2005;
2ª tiragem: 02.2006.

ISBN 85-7420-652-0

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 — São Paulo — SP
Tel.: (0xx11) 3078-7205 Fax: (0xx11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição
PC Editorial Ltda.

Capa
Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
06.2006

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	15
PREFÁCIO À 4ª EDIÇÃO	17
OBJETIVO DO TRABALHO	21
Capítulo I – RESPONSABILIDADE	
1. Conceito	23
1.1 Dever jurídico originário e sucessivo	23
1.2 Distinção entre obrigação e responsabilidade	24
1.2.1 Da obrigação de indenizar	25
2. Posicionamento da responsabilidade na teoria geral do Direito	28
2.1 Fato jurídico	28
2.2 Ato jurídico e negócio jurídico	29
2.3 Ato ilícito	29
2.4 Duplo aspecto da ilicitude	31
2.5 Ato ilícito em sentido estrito e amplo	32
3. Função da responsabilidade civil	36
4. Espécies de responsabilidade	36
4.1 Responsabilidade civil e penal	36
4.2 Responsabilidade contratual e extracontratual	38
4.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva	39
4.4 Responsabilidade nas relações de consumo	40
5. Pressupostos da responsabilidade subjetiva	41
5.1 Exclusão de ilicitude	41
5.2 Quadro sinótico da responsabilidade civil	43
Jurisprudência	44
Capítulo II – RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL SUBJETIVA. PRESSUPOSTOS: CONDUTA CULPOSA	
6. A conduta	47
6.1 Conceito	48
6.2 Ação	48
6.3 Relevância jurídica da omissão	48
6.4 Fato próprio, de outrem e da coisa	49
7. A imputabilidade	49
7.1 Conceito	50
7.2 Elementos	50
7.3 Menoridade	50
7.4 Insanidade	51
7.5 Responsabilidade dos incapazes	51

Capítulo XII

RESPONSABILIDADE DO CONSTRUTOR E DO INCORPORADOR

101. Natureza da responsabilidade. 102. Responsabilidade contratual do construtor. 103. Obrigação de resultado. 104. Vícios ou defeitos ocultos. 105. O alcance do artigo 1.245 do Código Civil de 1916: 105.1 Interpretação evolutiva - 105.2 A lição de Hely Lopes Meirelles - 105.3 Modificação da legislação francesa - 105.4 O artigo 618 do Código Civil. 106. Natureza do prazo previsto no artigo 1.245 do Código de 1916: 106.1 Prazo de ordem pública - 106.2 Prazo de garantia e não de caducidade, nem prescricional - 106.3 O parágrafo único do artigo 618 do Código Civil. 107. Conceito de solidez e segurança da obra. 108. Responsabilidade extracontratual do construtor: 108.1 Responsabilidade solidária do dono da obra. 109. Responsabilidade do incorporador: 109.1 Conceito de incorporação - 109.2 Obrigação do incorporador - 109.3 Solidariedade entre o incorporador e o construtor - 109.4 Incidência do Código do Consumidor: 109.4.1 Incidência do Código do Consumidor na fase pré-contratual da incorporação - 109.4.2 Incidência do Código do Consumidor na fase contratual da incorporação - 109.4.3 Incidência do Código do Consumidor quanto à segurança da obra - 109.4.4 Incidência do Código do Consumidor quanto à qualidade da obra. Jurisprudência.

101. Natureza da responsabilidade

O caso *Palace-II*, nacionalmente conhecido, bem evidencia as trágicas conseqüências sociais da atividade de um construtor irresponsável e a importância do tema em exame. No dia 22 de fevereiro de 1977 um prédio de 22 andares, completamente habitado, desmoronou em plena madrugada em um dos bairros residenciais mais nobres do Rio de Janeiro. Além de uma dezena de vítimas fatais, que ficaram soterradas por vários dias até que o restante do prédio fosse demolido, o acidente deixou dezenas de famílias ao relento. Antes, famílias bem alojadas e de situação econômica estável; depois, por terem perdido tudo, não tinham onde alojar seus filhos e nem o que vestir.

Lamentavelmente, o caso do *Palace-II* não foi um episódio único e isolado. Depois dele muitos outros ocorreram e continuam ocorrendo nas principais Capitais do país, revelando uma séria crise na indústria da construção civil brasileira.

Outro grave aspecto dessa crise foi revelado pela insolvência de algumas grandes empresas construtoras. Uma delas, de porte nacional, para-

lisou centenas de construções em todo o país. Algumas nem foram iniciadas, embora já vendidas todas as unidades; em outras os prédios ficaram inacabados, só no esqueleto; noutras, ainda, não obstante terminadas, os edifícios e terrenos continuam hipotecados aos agentes financeiros, apesar de já terem os compradores quitado o preço dos respectivos apartamentos. Dessa forma, quarenta e duas mil famílias tiveram frustrado o sonho da casa própria e suas economias literalmente surrupiadas.

Que responsabilidade tem o construtor? Contratual, extracontratual, subjetiva, objetiva? Qual a sua base legal? O Código Civil, a rigor, não cuidou especificamente da responsabilidade do construtor; limitou-se a disciplinar a responsabilidade do empreiteiro. Mas nem sempre, sabemos todos, a empreitada é de construção, assim como a construção não é por empreitada. O construtor pode construir por conta própria para depois vender o imóvel. Sendo assim, vamos examinar os caminhos trilhados pela doutrina e a jurisprudência na construção de uma disciplina para a responsabilidade do construtor até a chegada do Código do Consumidor.

102. Responsabilidade contratual do construtor

A responsabilidade contratual do construtor decorre do contrato de empreitada, que, não obstante seus pontos de similitude com o contrato de prestação de serviços (contrato de trabalho), com ele não se confunde. Na prestação de serviços (*locatio*) tem-se em mira o serviço em si; na empreitada (*locatio operis*) busca-se o resultado dela. Caio Mário estabelece com precisão esta diferença, ao dizer que a empreitada se caracteriza pela circunstância de considerar o resultado final, e não a atividade, como objeto da relação contratual (ob. cit., p. 200).

Daí resultam, também, diferenças quanto à direção e aos riscos: no contrato de prestação de serviços, quem fiscaliza as diversas etapas do trabalho é o locatário, o dono da obra, razão pela qual os riscos correm por sua conta; na empreitada, cabe ao empreiteiro a fiscalização da obra e suportar os riscos dela decorrentes.

Registre-se, ainda, que o empreiteiro pode obrigar-se a fornecer os materiais e o trabalho, ou somente este. Daí a clássica distinção entre *empreiteiro de materiais e execução* e *empreiteiro de labor*.

103. Obrigação de resultado

A principal obrigação do empreiteiro é executar a obra, tal como lhe foi encomendada. Dependendo da natureza da prestação, terá que executar

o trabalho pessoalmente ou por seus prepostos, mas sempre sob sua direção. Assim, por exemplo, tratando-se de uma pintura ou escultura, a execução da obra terá que ser pessoal. Cuidando-se de construção, mormente se de grande porte, a execução será feita pelos prepostos do empreiteiro, mas sob sua direção e responsabilidade. Aqui, a toda evidência, só nos interessa a empreitada de construção.

Indiscutível, portanto, que o construtor tem uma *obrigação de resultado*, entendendo-se como tal aquela em que o devedor assume a obrigação de conseguir um resultado certo e determinado, sem o quê haverá inadimplemento. Difere da *obrigação de meio* porque, nesta, o devedor apenas se obriga a colocar sua habilidade, técnica, prudência e diligência no sentido de atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Enquanto o conteúdo da obrigação de resultado é o resultado em si mesmo, o conteúdo da obrigação de meio é a atividade do devedor. Na primeira, a culpa contratual é presumida (relativa ou absolutamente), chegando, às vezes, à responsabilidade objetiva, como no caso do transportador, de sorte que, inadimplida a obrigação, não obtido o resultado, o devedor fica obrigado a reparar o dano. Na segunda (obrigação de meio), só haverá inadimplemento, e o conseqüente dever de indenizar, se o credor provar que o resultado colimado não foi atingido porque o obrigado não empregou a diligência a que se encontrava obrigado.

A responsabilidade do construtor é de resultado, como já assinalado, porque se obriga pela boa execução da obra, de modo a garantir sua solidez e capacidade para atender ao objetivo para o qual foi encomendada. Defeitos na obra, aparentes ou ocultos, que importem sua ruína total ou parcial configuram violação do *dever de segurança* do construtor, verdadeira *obrigação de garantia* (ele é o garante da obra), ensejando-lhe o dever de indenizar independentemente de culpa. Essa responsabilidade só poderá ser afastada se o construtor provar que os danos resultaram de uma causa estranha — força maior, fato exclusivo da vítima ou de terceiro, não tendo, aqui, relevância o fortuito interno (item 93.1).

Nesse sentido a precisa lição de Mário Moacyr Porto: “A obrigação que o construtor assume, em face da lei e do contrato, é de fim ou de resultado, e não, apenas, uma obrigação de meio ou de prudência e diligência. O seu compromisso não é de apenas executar os trabalhos da construção, mas executá-los de modo satisfatório, de maneira que a obra contratada e entregue seja sólida, segura e funcional, nos termos do ajuste. Conseqüentemente, se o dono da obra argüi defeito dentro do prazo de garantia, cabe ao construtor o ônus de provar a improcedência da reclamação. Assumindo uma obrigação de garantia, presume-se responsável pelos defeitos, até que prove que os mesmos ocorreram por força de uma causa estranha, não

havendo, em conseqüência, uma relação de causalidade entre o defeito ou defeitos constatados e a execução dos trabalhos de construção” (“Da responsabilidade civil do construtor”, *RF* 303/19).

104. *Vícios ou defeitos ocultos*

O principal foco de litígio entre o empreiteiro de construção e o dono da obra são os vícios ou defeitos ocultos. No momento da entrega, a obra está aparentemente perfeita; tempos depois, entretanto, começam a aparecer infiltrações, vazamentos, rachaduras, defeitos nas instalações hidráulicas, elétricas etc. Tendo em vista que esses vícios ocultos, por sua natureza, não podem ser percebidos à primeira vista e, normalmente, só vão surgindo ao longo de meses e anos depois de recebida a obra, tem-se entendido que esse recebimento não envolve aceitação plena, apenas provisória, para verificação. Demonstrado que o defeito ou vício da coisa, diz Caio Mário, é efetivamente oculto, não pode prevalecer a presunção de que a obra foi aceita, em decorrência do recebimento (ob. cit., p. 202). De igual sentir Mário Moacyr Porto: “O recebimento da obra extingue a responsabilidade do construtor quanto aos vícios aparentes, mas não quanto aos vícios ocultos, que poderão ser argüidos e reclamados durante todo o prazo quinquenal da garantia” (artigo cit., *RF* 303/19).

105. *O alcance do artigo 1.245 do Código Civil de 1916*

Durante toda a vigência do Código Civil de 1916 a base legal da responsabilidade do empreiteiro de construção foi o art. seu 1.245, cujo conteúdo deu margem a inúmeras divergências na doutrina e na jurisprudência. Discutiu-se sobre o alcance do dispositivo, a natureza jurídica do prazo quinquenal nele previsto, a conceituação de “segurança e solidez do imóvel”.

Interpretado restritivamente, posto que para alguns tratava-se de norma excepcional, esse dispositivo só seria aplicável ao contrato de empreitada de construção de obras de vulto, com fornecimento de materiais, sendo, ainda, preciso, para ensejar sua incidência, que o defeito ou falha de construção compromettesse a solidez e segurança da obra. Levavam a essa inteligência não só a colocação topográfica da norma, por isso que situada na seção que disciplina o contrato de empreitada, como, também, o elemento gramatical.

105.1 *Interpretação evolutiva*

De todos é sabido, entretanto, que, das várias formas de interpretação, a gramatical é a mais pobre, não permitindo, muitas vezes, atingir-se a

finalidade da norma. Empregam-se, então, outros métodos de interpretação, principalmente o teleológico e o histórico-evolutivo, em busca da *voluntas legis*, tendo em vista que a lei, uma vez editada, adquire vida e vontade próprias, visceralmente ligadas ao seu fim social e às exigências do bem comum que ela visa a satisfazer. Sem violar o texto da lei, nem assentar baterias contra ela, pode o intérprete, dentro de certos limites, colaborar com o legislador, melhorando, lapidando e valorizando a norma. Escreveu o douto Mário Guimarães: "Por mais sábio que seja o legislador, por mais previdente ou por mais casuísta, não poderá nunca prever toda a variedade de relações sobre as quais vai recair a lei. Surgirá, possivelmente, um novo matiz, uma circunstância tal que permitirá, na extensão do preceito ao fato, a interferência do intérprete para a evocação aos fins sociais. Sobretudo se com a aplicação rígida da lei, em sua interpretação gramatical ou lógica, chegar a resultado evidentemente absurdo. A lei tem por si a presunção de bom senso. Mas, ainda assim, não substituirá o intérprete a sua opinião à que conste do texto. Procurará apenas a concordância entre as palavras e o fim da lei, dando prevalência a este" (*O Juiz e a função jurisdicional*, p. 332).

Ora, editado há mais de 80 anos, ao tempo em que a indústria da construção civil era incipiente, o art. 1.245 do Código Civil de 1916, se interpretado gramatical e restritivamente, não mais se ajustaria aos complexos problemas emergentes do extraordinário surto de construções das últimas décadas. Foi necessário dar ao referido dispositivo legal uma correta inteligência, que nos possibilite dele extrair um sentido atual.

Pondera o insigne Carlos Maximiliano que "a doutrina que admite o escopo alterável com o tempo, e se preocupa, de preferência, com o objetivo atual das disposições, é hoje aceita por quase todas as correntes doutrinárias. (...). O Direito progride sem se alterarem os textos (...). Os mestres da hermenêutica fornecem espírito novo à lei velha e atribuem às expressões antigas um sentido compatível com as idéias contemporâneas" (*Hermenêutica e aplicação do Direito*, n. 164).

Prossegue o tantas vezes citado Agostinho Alvim:

"E como não é recomendável, nem sensato, manter uma lei em desacordo com os fatos e com a evolução do Direito, empresta-se às leis velhas essa mesma evolução do Direito, a fim de as adaptar ao meio ambiente.

"Isso, dentro de certos limites: contanto que a atualização da lei não importe sua revogação (...).

"Interpretando as leis de acordo com o sistema atual da legislação, e com o meio ambiente, o que se faz é interpretá-las segundo a vontade presumida do legislador que as conserva. É a adoção do método evolutivo-histórico, ou, simplesmente, evolutivo.

"Poder-se-á explicar isto mesmo, chegar a este mesmo resultado, dizendo que tal interpretação coincide também com a vontade do legislador que elaborou a lei, visto como, querendo ele o bem comum, não há como reputar estranha à sua vontade a atualização da lei, pelo seu aplicador" (ob. cit., pp. 316-317).

Estas e outras razões nos têm levado a sustentar que o art. 1.245 do Código Civil de 1916 não disciplinava apenas a responsabilidade do empreiteiro de materiais e mão-de-obra; disciplinava também, e principalmente, a responsabilidade do construtor de obra considerável, qualquer que fosse a modalidade contratual adotada para a execução dos serviços, tendo em vista as peculiaridades técnicas dessa atividade e os altos riscos que ela representa para a sociedade.

Atente-se ainda para este fato: o Código Civil de 1916 disciplinava o contrato de empreitada de modo geral nos seus arts. 1.237-1.244. Ao chegar ao art. 1.245, entretanto, tratava especificamente da empreitada de edifícios e outras construções, o que evidencia que a finalidade desse dispositivo não era o contrato de empreitada, mas, sim, *definir a responsabilidade do construtor*.

Não foi, destarte, a responsabilidade desse art. 1.245 estatuída apenas em razão de qualquer contrato de empreitada, nem estabelecida somente em favor de quem encomendasse uma obra qualquer. *Tratava-se de responsabilidade legal imposta ao construtor*, não só quando construía por empreitada, caso em que a sua responsabilidade era também contratual, como ainda quando, em razão da obra, causasse danos a terceiros.

A segurança e a solidez das obras são matéria de ordem pública, que interessa a todos os cidadãos e ao próprio Estado, e não apenas ao empreiteiro e ao dono da obra. O construtor, que deve ser um técnico, conhecedor das regras que disciplinam a sua arte, tem responsabilidade para com a sociedade, além de perante o dono da obra.

Em nosso entender, portanto, o construtor, qualquer que seja a modalidade de construção (por empreitada, por administração ou por atividade própria), responde, durante o prazo de cinco anos previsto no art. 1.245 do Código Civil de 1916, sem necessidade de se questionar sobre a sua culpa, pela solidez e segurança da obra.

105.2 A lição de Hely Lopes Meirelles

Nesse terreno, infestado de controvérsias, é sempre oportuno invocar a posição abalizada do saudoso Hely Lopes Meirelles, autor da melhor obra sobre o direito de construir:

“O art. 1.245, em exame, alude expressamente ao ‘empreiteiro de materiais e execução’ como responsável, por cinco anos, pela solidez e segurança da obra. Diante do texto legal pode parecer que o empreiteiro de labor e demais construtores que não concorram com o material ficarão isentos pela solidez e segurança da construção. Mas, na realidade, não é assim. O que a lei quer dizer é que, tratando-se de empreiteiro de materiais e execução, responde sempre e necessariamente pelos defeitos do material que aplica e pela imperfeição dos serviços que executa. Se a obra assim realizada apresentar vícios de solidez e segurança, já se entende que outro não pode ser o responsável por esses defeitos senão o construtor. Contra ele milita uma *presunção legal e absoluta de culpa* por todo e qualquer defeito de estabilidade da obra que venha a se apresentar dentro de cinco anos de sua entrega ao proprietário. Até mesmo pelos erros do projeto responde o construtor enquanto não demonstrar a sua origem.

“O mesmo já não se pode dizer do empreiteiro que só concorre com o serviço, recebendo do proprietário o material a ser empregado na obra. Em tal caso, responderá de maneira absoluta pelo seu trabalho e de modo relativo pelo material utilizado. Isto porque, como técnico da construção, incumbe-lhe rejeitar tudo quanto for visivelmente impróprio ou insuficiente para a obra, a fim de não comprometer a sua solidez e segurança, mas não responde pelos defeitos imperceptíveis do material que lhe é fornecido.

“Diante da norma civil e das disposições reguladoras do exercício da Engenharia e da Arquitetura, a *responsabilidade pela solidez e segurança da obra é extensiva a todo construtor, qualquer que seja a modalidade contratual da construção*. Em princípio, a responsabilidade pela *perfeição da obra* e pela sua *solidez e segurança* é integral e única do construtor, mas pode ser transferida ao autor do projeto ou partilhada com os que nele interfirmam, conforme a *culpa* de cada um” (*Direito de construir*, 8ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, com a colaboração de Paulo Grandiski e Sonia Maria Morandi M. de Souza, Malheiros Editores, 2000, pp. 258-259).

105.3 Modificação da legislação francesa

Diga-se, para encerrar este tópico, que o art. 1.792 do Código Civil Francês, no qual se inspirou o art. 1.245 do nosso Código de 1916, teve a sua redação modificada pela Lei n. 78-12, de 11 de janeiro de 1978, a fim de ajustar-se à nova realidade a que nos referimos. A sua redação atual é a que segue: “*Todo construtor de uma obra é responsável de pleno direito em relação ao proprietário ou adquirente da construção, pelos danos ocorridos, mesmo que estes resultem de defeito do solo, dos seus elementos*

constitutivos ou dos equipamentos, que tornem a obra imprópria à sua destinação. Tal responsabilidade não ocorre se o construtor demonstrar que os danos resultaram de uma causa estranha”.

105.4 O artigo 618 do Código Civil

Fez-se necessária toda essa reflexão em torno do art. 1.245 do Código Civil de 1916 porque o Código de 2002 praticamente o reproduziu em seu art. 618, que dispõe: “Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o *empreiteiro* de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do dolo”.

Como se vê, o Código de 2002 em nada inovou a disciplina do Código revogado. Referiu-se apenas ao *empreiteiro*, omitindo-se quanto à responsabilidade do construtor, sem dúvida por estar o legislador de acordo com tudo aquilo que a doutrina e a jurisprudência haviam construído sobre o tema, e que, por via de consequência, continuará aplicável ao construtor.

106. Natureza do prazo previsto no artigo 1.245 do Código de 1916

Muito se discutiu também em torno da natureza do prazo de cinco anos previsto no art. 1.245 do Código de 1916. As principais teses existentes podem ser assim resumidas:

- a) o prazo não era imperativo, podendo ser reduzido através de cláusula do contrato de empreitada;
- b) o direito do proprietário de reclamar por vícios ocultos prescrevia em seis meses, a contar do recebimento da obra, consoante o art. 178, § 5º, IV, do Código Civil de 1916;
- c) o prazo de cinco anos previsto no art. 1.245 do Código Civil de 1916 era de decadência, após o qual cessava a responsabilidade do construtor, contra o qual não mais poderia ser ajuizada nenhuma ação.

106.1 Prazo de ordem pública

Todas essas teses foram superadas pela doutrina e dominante jurisprudência, porque, na realidade, incompatíveis com a finalidade do dispositivo em revisão. Generalizou-se a convicção de que esse prazo não foi estabelecido para atender exclusivamente aos interesses do proprietário, mas também, e principalmente, ao interesse de toda a coletividade. Trata-se, destarte, de prazo imperativo, de ordem pública, não sendo possível ao

construtor dele se eximir, nem reduzir a sua amplitude através de cláusula contratual. Resulta da lei, independentemente de cláusula que o consigne, e não admite modificação pela vontade das partes (Hely Lopes Meirelles, *Direito de construir*, p. 259).

Esse entendimento está hoje positivado no texto do art. 618 do Código, que, como vimos, fala em *prazo irredutível de cinco anos*.

106.2 *Prazo de garantia e não de caducidade, nem prescricional*

A começar por Clóvis (*Código Civil comentado*, 2ª ed., v. 1º/424), passando por Carvalho Santos (*Código Civil Interpretado*, v. 17/348), Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, v. 4/405), até chegar em Washington de Barros Monteiro, Aguiar Dias e Hely Lopes Meirelles, a quase-totalidade dos autores entende que o prazo fixado no art. 1.245 do Código Civil de 1916 era de *garantia* ou *prova*, e não de caducidade, nem de prescrição. Com efeito, o prazo de prescrição é o lapso de tempo que a lei fixa discricionariamente, tendo em vista a estabilidade das relações jurídicas, sem a qual não haverá certeza, paz e harmonia. O prazo de caducidade, por sua vez, tem um caráter de punição pela omissão e incúria do titular de um direito em não fazer qualquer coisa no tempo e pelo modo determinado.

Ora, o prazo em exame (art. 1.245) não deriva da necessidade de certeza nas relações jurídicas, nem do propósito de impor penalidade ou punição ao titular de um direito que se mostra negligente na defesa dele. A sua causa real está na deliberação de tornar efetiva a responsabilidade do construtor pela obra que tenha executado. Trata-se, portanto, de uma *garantia legal e de ordem pública*, não somente ao proprietário, mas também, e principalmente, à sociedade em geral. Durante cinco anos o construtor fica adstrito a assegurar a solidez e a segurança da construção, respondendo pelos vícios e defeitos que se manifestarem nesse prazo, bem como por qualquer dano que a obra causar a terceiros. Não obriga, entretanto, a lei que o dono da obra, ou o eventual terceiro prejudicado, intente nesse mesmo prazo a ação de ressarcimento, o que poderá ser feito enquanto não se escoar o prazo prescricional de 20 anos.

Merece destaque, por sua clareza e objetividade, a lição do insigne Washington de Barros Monteiro: “O prazo prescricional para arguir vício redibitório não corre a favor do empreiteiro de obra e material, *em virtude do dispositivo excepcional do artigo 1.245 (...)*; durante o quinquênio o construtor fica adstrito a assegurar a solidez e segurança da construção; entretanto, *embora excedido o prazo, poderá o proprietário demandar o construtor pelos prejuízos que lhe advierem da imperfeição da obra. Só*

ao cabo de 20 anos prescreve a ação do primeiro contra o segundo para a reposição da obra em perfeito estado. A teoria da unidade de prazo para a ação e para a garantia não tem apoio sério em nosso sistema legal” (*Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações*, v. II/209).

A lição do mestre Aguiar Dias é ainda mais enfática: “prazo de cinco anos não diz respeito à ação de que dispõe o dono da obra prejudicado, com o quê estaria o dispositivo estabelecendo um prazo de decadência de direito. Esse prazo se refere à garantia e não ao exercício da ação que essa garantia porventura fundamente. De forma que a prescrição da ação é a comum de 20 anos” (*Da responsabilidade civil*, v. I/353).

Por derradeiro, a lição de Hely Lopes Meirelles:

“O prazo quinquenal dessa responsabilidade é de *garantia*, e não de *prescrição*, como erroneamente têm entendido alguns julgados. Desde que a falta de solidez ou de segurança da obra apresente-se *dentro de cinco anos* de seu recebimento, a ação contra o construtor e demais participantes do empreendimento subsiste pelo prazo prescricional comum de 20 anos, a contar do dia em que surgiu o defeito.

“Por outro lado, tratando-se de *prazo de garantia*, não admite interrupção ou suspensão, mas poderá ser ampliado contratualmente, se assim o desejarem as partes. O que não pode é ser suprimido ou reduzido, pois a lei civil fixa um *mínimo de ordem pública*” (*Direito de construir*, pp. 259-260).

O Superior Tribunal de Justiça consolidou esse entendimento na Súmula n. 194, que diz: “Prescreve em 20 anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra”.

106.3 *O parágrafo único do artigo 618 do Código Civil*

Neste ponto o Código de 2002 inovou profundamente no parágrafo único do seu art. 618, que agora dispõe: “*Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos 180 dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito*”. Temos agora, inquestionavelmente, um prazo decadencial.

Três conclusões podem ser extraídas desse dispositivo:

1) O prazo de cinco anos estabelecido no *caput* nada tem a ver com este prazo decadencial. É, como visto, prazo de garantia, de ordem pública, irredutível.

2) O prazo de decadência estabelecido neste parágrafo único, como não poderia deixar de ser, é apenas para o exercício do direito de ação em relação aos vícios e defeitos que a obra apresentar no período de cinco

anos. Se nesse prazo a obra apresentar defeitos em diferentes momentos, para cada novo defeito haverá o prazo de 180 dias para a propositura da respectiva ação, sempre a contar do aparecimento do vício ou defeito, mesmo em relação àqueles defeitos que, por ironia, só se manifestarem no último dia dos cinco anos.

3) Esse prazo decadencial só se aplica ao *dono da obra* em relação ao empreiteiro/construtor, conforme expresso no texto legal, não afetando a ação de terceiros contra o construtor, sujeitos apenas à prescrição, no prazo estabelecido no Código Civil.

107. Conceito de solidez e segurança da obra

O art. 618 do Código Civil, tal como o art. 1.245 do Código revogado, fala em "solidez e segurança do trabalho". Numa interpretação textual, alguns julgados sustentam que a garantia desse dispositivo não cobre qualquer defeito; somente aqueles que põem em risco a solidez e segurança da obra, isto é, que, por sua gravidade, podem acarretar a ruína do prédio.

Neste ponto, também, a norma em exame não comporta interpretação puramente gramatical. Quando a lei fala em solidez e segurança, está a se referir não apenas à solidez e segurança globais, mas, também, parciais. Esses vocábulos devem ser interpretados com certa elasticidade, abrangendo danos causados por infiltrações, vazamentos, quedas de blocos do revestimento etc.

Comentando o art. 1.245 do Código de 1916, Mário Moacyr Porto diz que inclui-se na garantia quinquenal todo defeito que compromete a destinação do imóvel, pois *segurança* também significa garantia de que a construção serve, a contento, ao fim para que foi construída ou destinada. O mesmo se estende ao solo. Pouco importa que o proprietário, informado sobre a sua inadequação, mesmo assim autorize a construção sobre solo impróprio. O empreiteiro não se exime ao dever de indenizar praticando atos ou anuindo a determinações arbitrárias ou ambiciosas do proprietário, pois sabe, por ser um técnico, que estaria a erguer uma obra sem os requisitos indispensáveis à sua solidez e segurança (Mário Moacyr Porto, artigo cit., RF 303/19).

Esse entendimento, seguramente mais correto, tem sido acolhido pelos Tribunais, como se vê do seguinte aresto do 2º Grupo de Câmaras Cíveis do egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

"Incorporação imobiliária – Responsabilidade do construtor pelos defeitos da obra – A garantia do Código Civil, art. 1.245 – Falta de solidez parcial – Responsabilidade contratual.

"Quando a lei fala em solidez e segurança está a alargar a aplicação da norma jurídica tanto aos casos em que a falta de solidez de uma peça ou parte ameace a segurança global da edificação, como aos em que a falta de solidez parcial repercute apenas na segurança daquela parte, como, por exemplo, a falta de solidez da caixa d'água ou das placas componentes da fachada do edifício, embora não ameaçando arruinar o edifício inteiro, esteja a ameaçar de ruína a caixa d'água inteira ou a fachada inteira.

"O legislador de 1916/1917, embora não sonhasse com as construções do vulto das grandes edificações hodiernas, empregou palavras que permitem uma constante atualização das normas com que construiu o Código Civil nacional, assegurando-lhe uma longa existência, que já se estende por quase três quartos de século.

"Essa responsabilidade quanto à solidez e segurança, quer se a considere objetiva, quer se a considere lastreada na culpa presumida, ancorada em qualquer dessas hipóteses no Código Civil, art. 1.245, não exclui a responsabilidade contratual, fundada na culpa *in concreto*, decorrente da inexecução do contrato, abrangente tanto daquela gama de defeitos (*falta de solidez ou segurança*), quanto das demais faltas contratuais, *responsabilidade prescritível em 20 anos*" (2º Gr. Cs. Cíveis, Elnfrs na Ap. cível 39.780, rel. Des. Paulo Roberto Freitas, reg. 31 de agosto de 1987, j. 25 de fevereiro de 1987, m.v.).

Esse entendimento não só foi mantido pelo Código Civil de 2002, mas até reforçado, uma vez que o seu art. 618 fala em solidez e segurança do trabalho, tanto em razão dos *materiais* como do *solo*, sem reproduzir a ressalva da parte final do art. 1.245 do Código revogado: "exceto quanto a este, [*solo*] se, não o achando firme, preveniu em tempo o dono da obra".

108. Responsabilidade extracontratual do construtor

Assentado que a garantia do art. 618 do Código Civil (tal como a do art. 1.245 do Código revogado) é de ordem pública, estabelecida em defesa da incolumidade e segurança coletivas, impõe-se concluir que o construtor tem responsabilidade não só perante o dono da obra mas, também, em relação a terceiros (vizinhos ou não) que eventualmente venham a sofrer algum dano pelo fato da obra. É comum, durante a construção, aparecerem rachaduras e abalos estruturais nos prédios vizinhos em razão de escavações no terreno ao lado e vibrações do estaqueamento; quedas de materiais e outros objetos atingem transeuntes; desabamento de marquise e até do próprio prédio fere e mata pessoas etc.

Inexistindo relação jurídica precedente entre o construtor e os terceiros eventualmente prejudicados pelo fato da construção, a sua responsabilidade é extracontratual em todos esses eventos comuns nas edificações. Essa responsabilidade pode ser também enquadrada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil (além do art. 618), pois a atividade profissionalmente desempenhada pelo construtor é de risco, e, como tal, objetiva, bastando para a sua caracterização a relação de causalidade entre o dano e a construção. Somente o fortuito externo, a causa inteiramente estranha à construção, poderá excluí-la.

108.1 Responsabilidade solidária do dono da obra

Atente-se, todavia, a que a responsabilidade do construtor não afasta a responsabilidade do dono da obra, que aufere os proveitos da construção. A responsabilidade do proprietário em relação aos vizinhos tem por base o art. 1.299 do Código Civil (art. 572 do Código revogado), que, ao garantir-lhe o direito (faculdade) de construir no seu terreno, assegura aos vizinhos a incolumidade física e patrimonial. Em relação a terceiros (não vizinhos) serve de fundamento o art. 937 do Código Civil (art. 1.528 do Código revogado), que cria uma presunção de responsabilidade para o proprietário do prédio em construção.

Resulta do exposto que há solidariedade passiva entre o construtor e o dono da obra no que respeita aos danos que o fato da construção causar a terceiros, vizinhos ou não. O prejudicado poderá mover a ação de ressarcimento contra qualquer deles ou contra ambos, sem ter que demonstrar quem foi o responsável pelo defeito de construção do prédio.

Há quem sustente que “o responsável pelos danos que a construção causar a terceiros (não vizinhos) é o construtor”; “o proprietário só se solidarizará na responsabilidade se houver confiado a obra a pessoa inabilitada para os trabalhos de Engenharia e Arquitetura”. Estando a “execução do projeto cometida a profissional diplomado ou a sociedade legalmente autorizada a construir, fica afastada a presunção de culpa do proprietário, ainda que o dano decorra de ato culposo do construtor” (Hely Lopes Meilletes, *Direito de construir*, p. 265).

Data venia, não aderimos a esse entendimento, não só pelo que já ficou exposto mas, também, por ser ato indiferente para o terceiro prejudicado o ajuste celebrado entre o proprietário e o construtor. O contrato de construção, qualquer que seja a sua modalidade, é *res inter alios* para a vítima. Repetimos que não lhe compete averiguar, nem demonstrar que o dano sofrido pelo fato da construção resultou de imperícia do construtor

ou de falta de cautela do proprietário ao escolhê-lo. Ambos exercem atividade que põe em risco a coletividade em geral. O que solidariza e vincula o proprietário e o construtor pela reparação do dano sofrido por terceiro é, objetivamente, a lesão decorrente do fato da construção, fato, este, proveitoso tanto para o dono da obra como para quem a executa com fim lucrativo. E, sendo princípio de Direito que quem aufere os cômodos suporta os ônus, ambos devem responder pelos danos que o fato da construção causar a terceiros; o construtor com base no art. 618 c/c o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, e o proprietário com fundamento no art. 937 do mesmo Código.

O que o dono da obra poderá fazer – aí, sim, baseado no contrato – é promover ação regressiva contra o construtor para se ressarcir daquilo que tiver indenizado ao terceiro.

A jurisprudência dos nossos Tribunais, inicialmente vacilante – porquanto o Supremo Tribunal Federal chegou a decidir que a responsabilidade do proprietário do imóvel pelos danos causados pela construção fica afastada desde que a construção tenha sido entregue a elementos idôneos que se tenham responsabilizado pelas obras (*RF* 115/106) –, firmou-se, depois, no sentido de reconhecer a responsabilidade solidária do construtor e do proprietário e de dispensar a prova de culpa pelo evento danoso a terceiro (*RT* 270/208, 271/219, 272/166, 281/211 e 350, 284/251, 286/355 e 885, 287/201, 290/179, 294/247).

109. Responsabilidade do incorporador

Com frequência são levadas aos Tribunais ações em que se discute a responsabilidade do incorporador frente ao condomínio e condôminos por defeitos de construção constatados nas partes comuns do prédio e nas unidades autônomas. Quem pode reclamar a reparação desses defeitos, e contra quem?

O incorporador, via de regra, alega ser parte passiva ilegítima *ad causam* pelo fato de não ter construído o prédio; empreitou as obras a um construtor, a quem, no seu entender, caberia a responsabilidade pela construção. O construtor, por seu turno, nega também a sua legitimidade passiva por não ter celebrado nenhum contrato com o condomínio e nem com os adquirentes das unidades autônomas. Sustenta que a avença só o vincula ao incorporador, sendo estranha aos condôminos.

Essas objeções, aparentemente corretas, fundam-se em premissas falsas, facilmente repelidas quando se examinam os preceitos legais que estabelecem a responsabilidade do incorporador.

109.1 Conceito de incorporação

Define a incorporação imobiliária o parágrafo único do art. 28 da Lei n. 4.591/1964, nos seguintes termos: “atividade exercida com intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”.

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

109.2 Obrigação do incorporador

O incorporador tem, por força de lei, a obrigação de entregar o prédio de acordo com o projeto de construção e o memorial descritivo. Isso resulta, primeiramente, do art. 32, “d” e “g”, da Lei n. 4.591/1964, a saber: “Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos: (...) d) projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes; (...) g) memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modelo a que se refere o inciso IV do art. 53 desta lei”.

O motivo dessas e outras exigências fica evidenciado no art. 43, II e IV, *verbis*: “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 (o incorporador) pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustamente a conclusão das obras (...); “IV – é vedado ao incorporador alterar o projeto, especialmente no que se refere à unidade do adquirente e às partes comuns, modificar as especificações, ou desviar-se do plano da construção, salvo autorização unânime dos interessados ou exigência legal; (...)”.

Como se vê, a responsabilidade do incorporador, sem se falar no contrato, decorre da própria lei, que, por sua clareza, dispensaria maiores considerações. Ele assume a obrigação de fazer, cujo último ato é a entrega de

uma ou várias unidades construídas e correspondentes a frações ideais do terreno em que se erguem e assentam.

Quem contrata uma incorporação, observa o insigne professor Caio Mário, tem de guardar fidelidade ao prometido, e não pode, unilateralmente, fugir dos termos avençados. *O incorporador não se pode plantar na escusativa de que é mero intermediário*. Dentro da filosofia da Lei de Incorporações, é a chave do empreendimento, ao qual se vincula em caráter permanente (*Condomínio e incorporações*, 4^a ed., Forense, pp. 283-284).

O incorporador é o responsável por qualquer espécie de dano que possa resultar da inexecução ou da má execução do contrato de incorporação. Trate-se de entrega retardada, de construção defeituosa, de inadimplemento total, pondera Aguiar Dias, responde o incorporador, pois é ele quem figura no pólo da relação contratual oposto àquele em que se coloca o adquirente da unidade ou das unidades autônomas (*Responsabilidade civil em debate*, 1^a ed., Forense, p. 54).

109.3 Solidariedade entre o incorporador e o construtor

Em nada altera esta conclusão o fato de ter sido a construção cometida ao construtor. O incorporador continua responsável porque é o contratante. Responde também o construtor, porque é o causador direto do dano, e tem responsabilidade legal, de ordem pública, de garantir a solidez e segurança da obra em benefício do seu dono e da incolumidade coletiva, conforme já demonstrado.

Pondere-se, ainda, que o fim do contrato de incorporação é a edificação, e esta pertence, real e efetivamente, aos adquirentes de unidades autônomas e ao condomínio. Tanto é assim que, se a obra não é executada a contento, ou completamente, quem sofre os prejuízos, direta e imediatamente, são os adquirentes das unidades autônomas, e não o incorporador.

Desta forma, quando o incorporador celebra contrato com o construtor, nada mais faz que estender-lhe a sua obrigação, passando ambos a ser responsáveis pela construção. O incorporador, na realidade, está apenas se fazendo substituir pelo construtor.

E quem se faz substituir na execução de uma tarefa, pondera Aguiar Dias, é responsável, juntamente com o substituto, pelos danos que este vier a causar, quer decorram de falta contratual, quer de falta delitual, desde que relacionados com o exercício da substituição. O mecanismo da substituição, prossegue o Mestre, estabelece verdadeira identificação entre o cérebro ou direção, que orienta, e o braço que executa. O ato do dirigido é o ato do dirigente; o ato do substituto é o ato do substituído.

A figura chamada no Direito Francês de *terceiro cúmplice na inexecução do contrato*, que Aguiar Dias prefere chamar de *terceiro participante na execução*, confunde-se, por força da substituição, quando esta ocorre, com a figura do substituído, gerando a solidariedade, consagrada no art. 1.518, parágrafo único, do Código Civil de 1916 (art. 942 do Código de 2002), aplicável, no entender do Mestre, em matéria de reparação do dano, também ao caso de responsabilidade contratual, dada a unidade da culpa.

A responsabilidade do incorporador, conclui o festejado Jurista, não se funde na responsabilidade do construtor. Esta é que se funde naquela, que a absorve (*Responsabilidade civil em debate*, pp. 54-55 e 59).

Em conclusão: nas incorporações de imóveis, respondem solidariamente pelos defeitos da construção o incorporador e o construtor. O primeiro por ser o contratante; o segundo, não só em razão da garantia legal imposta por questão de ordem pública, mas, também, por ser o substituto do incorporador na execução do contrato de construção. Têm legitimidade para reclamar o ressarcimento os condôminos, em relação aos defeitos que se apresentarem em suas respectivas unidades, e o condomínio, no que respeita aos defeitos verificados nas partes comuns.

109.4 Incidência do Código do Consumidor

A responsabilidade do construtor e do incorporador estava neste estágio quando entrou em vigor o Código do Consumidor, ensejando, desde logo, divergências doutrinárias quanto à sua incidência nesta área de atividade industrial, mormente quando voltada para construção de imóveis residenciais e comerciais para o público em geral. Respeitando as opiniões em contrário, não vejo como negar que o incorporador/construtor é um fornecedor de produtos ou serviços, à luz dos conceitos claros e objetivos constantes do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. Quando ele vende e constrói unidades imobiliárias, assume uma *obrigação de dar* coisa certa, e isso é da essência do conceito de produto; quando contrata a construção dessa unidade, quer por empreitada, quer por administração, assume uma *obrigação de fazer*, o que se ajusta ao conceito de serviço. E sendo essa obrigação assumida com alguém que se posiciona no último elo do ciclo produtivo, alguém que adquire essa unidade imobiliária como destinatário final, para fazer dela a sua moradia e da sua família, está formada a relação de consumo que torna impositiva a aplicação do Código do Consumidor, porque as suas normas são de ordem pública. Havendo circulação de produtos ou serviços entre fornecedor e consumidor teremos relação de consumo, necessariamente regulada pelo Código do Consumidor.

Se não bastasse, o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor refere-se expressamente ao *construtor*, e o art. 53, ao vedar a cláusula de decaimento – perda total das prestações –, menciona os contratos de compra e venda de imóveis, tudo a revelar o claro propósito do legislador de submeter a incorporação/construção à disciplina do Código do Consumidor, por se tratar de um dos segmentos mais estratégicos e nevrálgicos do mercado de consumo. O egrégio Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do eminente Min. Ruy Rosado, sem dúvida o maior escudeiro do Código do Consumidor naquela Alta Corte, já se pronunciou sobre o tema, firmando o seguinte entendimento: “Incorporação imobiliária – Contrato – Cláusula abusiva. O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei n. 4.591/1964), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva (...) (4ª T., REsp 80.036).

E na verdade assim é. O Código do Consumidor, como observa a doutra professora Cláudia Lima Marques, embora não discipline contrato algum especificamente, aplica-se a todos os tipos de contratos que geram relações de consumo. Tenho sustentado que o Código do Consumidor criou uma *sobreestrutura jurídica multidisciplinar, normas de sobredireito* aplicáveis em todos os ramos do Direito – público ou privado, material ou processual – onde ocorrerem relações de consumo. Usando de uma figura, costume dizer que o Código fez um corte horizontal em toda a extensão da ordem jurídica existente, levantou o seu tampão e espargiu a sua disciplina por todas as áreas do Direito, colorindo-as com as suas tintas. Dessa forma, os institutos e contratos continuam regidos pelas normas e princípios que lhes são próprios, mas sempre que gerarem relações de consumo ficam também sujeitos à disciplina do Código do Consumidor. E é isso que ocorre também com a incorporação/construção.

109.4.1 Incidência do Código do Consumidor na fase pré-contratual da incorporação

Sabemos todos que o Código do Consumidor não se limitou a disciplinar as relações contratuais de consumo. A proteção do consumidor tem início na fase pré-contratual, quando ainda existe apenas uma expectativa de consumo, e se estende até a fase posterior à execução do contrato. Sendo assim, o Código do Consumidor incide na fase pré-contratual da incorporação, disciplinando a oferta e a publicidade feita pelo incorporador ou o seu promotor de vendas. Exige que a oferta ou a apresentação de seus produtos e serviços assegurem informações claras, corretas e precisas so-

bre suas características, qualidade e preço (arts. 30 e 31); veda expressamente a publicidade enganosa ou abusiva por força dos princípios da transparência e da boa-fé, pontos cardeais do Código do Consumidor. Anúncios de apartamentos à venda de frente para a praia, quando não se consegue enxergá-la nem de binóculo, ou, então, a cinco minutos do mar, quando esses cinco minutos são de helicóptero, configuram publicidade enganosa, pois frustram a legítima expectativa criada no consumidor pela oferta do incorporador, mas que não corresponde à realidade. A Justiça, corretamente, tem reputado a publicidade enganosa como causa de rescisão do pré-contrato imobiliário, com a condenação do vendedor em perdas e danos, principalmente por danos morais pela frustração, engano e humilhação impostos ao consumidor, como se vê deste aresto da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na Ap. cível 2.328/97, da qual foi relator o eminente Des. Nilson de Castro Dião: "Código do Consumidor – Compra e venda de imóveis mediante financiamento – Propaganda enganosa do agente promotor. Se o agente promotor da venda de empreendimento imobiliário faz propaganda na qual menciona que as prestações serão módicas, e não esclarece que haverá reajustamento, pratica propaganda enganosa. E se na proposta assinada pela interessada no negócio consta que a renda familiar é de uma determinada quantia, o que é reiterado no termo de compromisso, e nada fica dito sobre a possibilidade de que, no ato da escritura de financiamento, poderia ser exigida quantia superior, reitera-se a prática enganosa, mormente quando o empreendimento é destinado a pessoas humildes, com poucos recursos. Assim, se a interessada não conseguiu assinar o contrato de financiamento, porque não tinha condições de comprovar possuir renda mínima muito maior do que, inicialmente, lhe fora exigido, é de se rescindir o contrato preliminar, com a devolução das quantias pagas, e com a condenação por danos morais, pelo vexame sofrido".

109.4.2 Incidência do Código do Consumidor na fase contratual da incorporação

Na fase contratual aplica-se o Código do Consumidor à atividade do incorporador/construtor na parte em que veda práticas e cláusulas abusivas (arts. 39, V, X, XI e XII, 51 e 53). Com efeito, rompendo com a clássica noção de contrato, o Código do Consumidor consagrou a concepção social do contrato, na qual o elemento nuclear não é mais a autonomia da vontade, mas sim o interesse social. A eficácia jurídica do contrato não depende apenas da manifestação de vontade, mas também, e principalmente, dos seus efeitos sociais e das condições econômicas e sociais das partes que

dele participam. O Estado passa a intervir na formação dos contratos de consumo, não só controlando preços, mas também vedando certas cláusulas, impondo o conteúdo de outras e até obrigando a contratar em determinados casos. A autonomia da vontade só existe nas condições permitidas pela lei, que, na concepção social do contrato, não tem mais mero papel interpretativo ou supletivo, mas cogente; protege determinados interesses sociais e serve de instrumento limitador da autonomia da vontade.

Em face dessa nova concepção contratual, são reputadas abusivas, entre outras, cláusulas que estabelecem reajustes aleatórios nos contratos de compra e venda de imóveis, ou com base em índices a serem escolhidos pelo incorporador; prazo impreciso para a entrega da obra ou a sua prorrogação injustificável; a perda total das prestações pagas em favor do credor que, em razão do inadimplemento do consumidor, pleitear a rescisão do contrato e a retomada do imóvel (Código de Defesa do Consumidor, art. 53). Quanto a esta última, conhecida como *cláusula de decaimento*, não é demais lembrar que a sua aplicação exigirá sempre uma boa dose de bom senso do julgador. Se é verdade que o incorporador deve devolver as parcelas já pagas pelo consumidor inadimplente para que não se configure o enriquecimento sem causa do primeiro, é também verdade que a compra e venda de imóveis acarreta inevitáveis despesas para o vendedor, que devem ser compensadas no caso de rescisão do contrato, aí incluídos os gastos com corretagem, publicidade, a justa remuneração pelo tempo que o comprador ocupou o imóvel e a quantia necessária para a sua eventual reforma. Nesse sentido vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, como se vê do seguinte aresto: "Compromisso de compra e venda de imóvel – Perda de parte das prestações pagas – Código de Defesa do Consumidor. A regra contida no art. 53 do Código de Defesa do Consumidor impede a aplicação de cláusula contida em contrato de promessa de compra e venda de imóvel que prevê a perda total das prestações já pagas, *mas não desautoriza a retenção* de um certo percentual, que, pelas peculiaridades da espécie, fica estipulado em 10%" (REsp 85.182, RSTJ 99/273).

109.4.3 Incidência do Código do Consumidor quanto à segurança da obra

Impõe-se agora ressaltar que a responsabilidade do incorporador/construtor não termina com a execução do contrato e a entrega da obra; pelo contrário, é aí que se inicia a parte mais relevante e grave da sua responsabilidade. É o que poderíamos chamar de *responsabilidade pela segurança e qualidade da obra*, à qual se aplica também, e principalmente, a disciplina do Código do Consumidor, que é muito mais avançada, abrangente e eficiente para o consumidor. Com efeito, tal como no art. 618 do

Código Civil, é também objetiva a responsabilidade estabelecida no Código do Consumidor para todo e qualquer acidente de consumo, quer se trate de fato do produto, quer do serviço. Só que essa responsabilidade tem agora por fundamento, tem por fato gerador, não mais a conduta culposa, nem a relação jurídica contratual, mas sim o *defeito* do produto ou serviço, conforme texto expresso dos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

A lei, vale ressaltar, criou para o fornecedor um dever de segurança – o *dever* de não lançar no mercado produto com defeito –, de sorte que se o lançar, e ocorrer o acidente de consumo, por ele responderá independentemente de culpa. Trata-se, em última instância, de uma *garantia de idoneidade*, um dever especial de segurança do produto, legitimamente esperada.

Os defeitos da construção, via de regra, serão de concepção – projeto, cálculos – ou de construção – fundações, concretagem etc. –, defeitos que comprometem a estrutura da obra. Será irrelevante, entretanto, se o construtor tinha ou não conhecimento desse defeito, nem se o defeito era previsível ou evitável, porque o Código diz que, ocorrendo o acidente de consumo, o defeito será presumido. O fornecedor só excluirá a sua responsabilidade *se provar* – ônus seu – que o defeito não existiu (art. 12, § 3º, II). Ora, se o fornecedor é que tem que provar a inexistência do defeito, logo, ele é presumido até prova em contrário.

Vê-se, assim, que enquanto pelo Código Civil (art. 618) a vítima é que tem que provar o defeito da obra e suas conseqüências, pelo Código do Consumidor o defeito é presumido, o que em muito favorece a posição do consumidor. Ocorrendo o acidente, o consumidor terá apenas que provar o dano e onexo causal. Convém ressaltar que mesmo em relação ao nexo causal não se exige da vítima uma prova robusta e definitiva, eis que essa prova é praticamente impossível em certos casos. Bastará, por isso, a chamada *prova de primeira aparência*, prova de verossimilhança, decorrente das regras da experiência comum, que permita um mero juízo de probabilidade. O prédio desabou? Então é porque a obra tinha defeito, até prova em contrário.

Tem ainda o Código do Consumidor a vantagem de permitir ao juiz desconsiderar a pessoa jurídica em favor do consumidor para responsabilizar também os dirigentes da empresa incorporadora, consoante o art. 28. Em tempos de crise de moralidade, que atravessamos, é comum encontrarmos empresas pobres e empresários riquíssimos. Entendo ser possível levantar o véu da pessoa jurídica sempre que ficar constatado que o patrimônio da empresa não é compatível com o vulto do empreendimento realizado, mormente quando envolve captação de poupança do consumidor.

Poderíamos ainda cogitar de outros benefícios do Código do Consumidor, como a ação coletiva em favor de todas as vítimas, antecipação par-

cial de tutela para cobrir despesas com habitação durante a ação, inversão do ônus da prova, solidariedade de todos os responsáveis (arts. 7º, parágrafo único, e 25, § 1º) etc. Na vigência do Código de 1916 apresentava-se como desvantagem para o consumidor o fato de ser menor – de apenas 5 anos (art. 27) – o prazo prescricional previsto no Código do Consumidor, enquanto que pelo Código Civil esse prazo era de 20 anos. A desvantagem era apenas aparente, porque existiam razões que a compensavam plenamente. Hoje essa questão deixou de ter relevância, porque, pelo Código Civil de 2002, a prescrição da reparação civil passou a ser de apenas três anos (art. 206, § 3º, V) – prazo inferior, portanto, ao estabelecido no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor. Logo, o que podia ser uma desvantagem passou a ser mais uma vantagem. Ademais, o prazo prescricional do Código do Consumidor só começa a fluir a partir da ocorrência do acidente de consumo, nada importando que esse acidente tenha ocorrido durante ou depois dos cinco anos previstos no Código Civil. Em outras palavras, o prazo de garantia ou de segurança pelo Código do Consumidor não é mais de apenas cinco anos, mas sim por todo o *período de durabilidade* razoável da obra. A qualquer tempo em que o acidente ocorrer responde o incorporador/construtor, só afastando a sua responsabilidade se provar que a obra não tinha defeito, ou seja, que o acidente decorreu do tempo e do desgaste natural da obra por falta de conservação. O defeito do produto deverá ser examinado tendo em vista o tempo decorrido entre o momento em que foi colocado no mercado e a ocorrência do dano.

109.4.4 Incidência do Código do Consumidor quanto à qualidade da obra

Felizmente, não é sempre que o prédio desaba. O principal foco de litígio entre o construtor e o consumidor são os *vícios de qualidade* decorrentes da baixa qualidade dos materiais empregados e a má técnica utilizada, conforme já ressaltado. No momento da entrega a obra está aparentemente perfeita; tempos depois começam a aparecer infiltrações, vazamentos, rachaduras, defeitos nas instalações hidráulicas e elétricas.

O fato gerador da responsabilidade do construtor é agora o *vício* do produto ou do serviço, em conformidade com os arts. 18 e 20 do Código de Defesa do Consumidor. *Vício* é um defeito menos grave que, embora não comprometa a segurança da obra, afeta a sua utilidade e reduz o seu valor. A responsabilidade pelo vício do produto ou serviço decorre da falta de *conformidade* ou qualidade da coisa ou serviço com a sua perspectiva de durabilidade e utilidade. Enquanto na responsabilidade pelo *defeito* da obra, por sua gravidade, visa-se a proteger a integridade pessoal do consumidor e dos seus bens, na responsabilidade pelo vício protege-se a equivalência entre a prestação e a contraprestação.

Diferentemente do Código Civil, o Código do Consumidor não estabeleceu prazos fixos dentro dos quais os vícios de construção devem se apresentar. Determina que a durabilidade, a qualidade e a utilidade do produto ou serviço devem corresponder às expectativas do consumidor criadas pelo fornecedor; devem corresponder ao *prazo normal e razoável de durabilidade* do produto ou serviço. Se o defeito se manifestar dentro desse período, e não for decorrente do seu mau uso ou desgaste normal do tempo, o fornecedor deve por ele responder. Em suma, a regra é que o produto ou serviço deve guardar compatibilidade com a sua expectativa de durabilidade. Assim, por exemplo, a expectativa de durabilidade de um veículo importado não é de apenas um ou dois anos, como costuma ser a garantia conferida pelas concessionárias, mas pelo menos de cinco anos, tempo normal de durabilidade de um veículo. Se dentro desse período o veículo apresentar algum defeito, que não decorra do seu mau uso, o fornecedor será obrigado a repará-lo, ainda que já vencido o prazo de garantia por ele dado (Código de Defesa do Consumidor, arts. 24 e 50).

Ora, se a expectativa de durabilidade de um veículo é por volta de cinco anos, a de um prédio há de ser muito superior. Parece-me, assim, que a responsabilidade do incorporador/construtor perante o consumidor não mais se limita aos vícios que a obra apresentar nos cinco primeiros anos de existência, estendendo-se agora, à luz do Código do Consumidor, por todo o período de *razoável durabilidade* do prédio. Acrescente-se que também aqui a responsabilidade do construtor é objetiva, por ser irrelevante que ele tenha ou não conhecimento desse vício. Nesse sentido o texto expresso do art. 23 do Código de Defesa do Consumidor: "A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade".

Quanto à inconveniência da exigüidade dos prazos para se reclamar desses vícios – prazos de decadência previstos no art. 26 do Código de Defesa do Consumidor (90 dias a contar do momento em que ficar evidenciado o defeito, § 3º) –, foi ela atenuada pela suspensão desse prazo (decadencial) durante o tempo em que o construtor, uma vez notificado, omitir-se em dar uma solução para o caso. Lembre-se que também aqui nada impede o consumidor de optar pelo prazo prescricional do Código Civil sempre que este lhe for mais favorável (Código de Defesa do Consumidor, art. 7º).

Jurisprudência

STJ. REsp 80.036-SP (4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar)

Incorporação – Resolução do contrato – Restituição – Lei n. 4.591/1964 – Código de Defesa do Consumidor.

1. O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei n. 4.591/1964), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva.

2. A abusividade da cláusula de decaimento, com previsão de perda das parcelas pagas em favor do vendedor, pode ser reconhecida tanto na ação proposta pelo vendedor (art. 53 do Código de Defesa do Consumidor) como na de iniciativa do comprador, porque a restituição é inerente à resolução do contrato e meio de evitar o enriquecimento injustificado.

3. Porém, não viola a lei o acórdão que examina fatos e contratos à luz do Código de Defesa do Consumidor e nega a extinção do contrato de incorporação, afastando a aplicação da teoria da imprevisão e a alegação de culpa da empresa vendedora. Mantido o contrato, não há cuidar da devolução das prestações pagas.

STJ, REsp 489.281-SP (4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)

Direito Civil – Contrato – Permuta – Descumprimento de cláusula contratual – Obra não concluída – Venda das unidades a terceiros de boa-fé – Rescisão do contrato – Reintegração na posse – Deferimento – Art. 40, § 2º, da Lei n. 4.591/1964 – Exegese – Comunicação aos terceiros interessados – Recurso dos autores parcialmente provido – Recurso dos réus não conhecido.

I – Em contrato de permuta, no qual uma das partes entra com o imóvel e outra com a construção, não tendo os proprietários do terreno exercido atos de incorporação – uma vez que não tomaram a iniciativa nem assumiram a responsabilidade da incorporação, não havendo contratado a construção do edifício –, não cumprida pela construtora sua parte, deve ser deferida aos proprietários do imóvel a reintegração na posse.

II – O deferimento, no entanto, fica condicionado às exigências do § 2º do art. 40 da Lei das Incorporações, Lei n. 4.591/1964, para inclusive resguardar os interesses de eventuais terceiros interessados.

III – Os terceiros deverão ser comunicados do decidido, podendo essa comunicação ser feita extrajudicialmente, em cartório.

TJRJ, Ap. cível 21.725/2001 (2ª C., rel. Des. Sergio Cavalieri Filho)

Responsabilidade do incorporador/construtor – Defeitos da obra – Solidariedade passiva entre o incorporador e o construtor – Incidência do Código do Consumidor – Desconsideração da personalidade jurídica. Incorporador, consoante definição legal, é não somente o que compromissa ou efetiva a venda de frações ideais de terrenos objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, como também, e principalmente, o construtor e o proprietário do terreno destinado ao empreendimento. Essa vinculação legal entre todos os que participam da incorporação decorre do fato de ser a edificação o seu objeto final, de sorte que quando o incorporador celebra, posteriormente, contrato de empreitada com o construtor está, na realidade, se fazendo substituir por este. E quem se faz substituir é responsável, solidariamente com o substituído, pelos danos que este vier a causar. Em face do conceito claro e objetivo constante do art. 3º, § 1º, do Código do Consumidor, o incorporador é um fornecedor de produtos, pois quando vende e constrói unidades imobiliárias assume uma obrigação de dar coisa certa, e isso é a própria essência do conceito de produtos. E quando essa obrigação é assumida com alguém que se coloca no último elo do ciclo produtivo, alguém que adquire essa unidade para dela fazer a sua residência e da sua família, está fechada a relação de consumo, tornando-se impositiva a disciplina do Código de Defesa do Consumidor, cujas normas são de ordem pública. Sendo assim, nenhuma das partes – quer o incorporador, quer o comprador – pode invocar em seu favor cláusulas contratuais que, à luz

do Código do Consumidor, são abusivas e nulas de pleno direito. A desconsideração da personalidade jurídica, à luz do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, pode ter lugar não apenas no caso de falência ou estado de insolvência da sociedade, mas também, e principalmente, quando esta estiver sendo utilizada abusivamente, em detrimento do consumidor, para infração da lei ou prática de ato ilícito. Configurados esses pressupostos, pode e deve o juiz desconsiderar a pessoa jurídica em qualquer fase do processo, em garantia da efetividade do provimento jurisdicional. Destarte, sendo público e notório que as empresas responsáveis pela tragédia imobiliária do Palace II integram um mesmo grupo, a propiciar a atuação do sócio principal no ramo da construção civil, que as utilizava para encobrir e mascarar os seus abusos, impõe-se a desconsideração da personalidade jurídica para buscar o verdadeiro e principal responsável pelos danos, como se a pessoa jurídica não existisse.

TJRJ, Ap. cível 23.711/2000 (2ª C., rel. Des. Sergio Cavalieri Filho)

Responsabilidade civil do incorporador – Falência da construtora – Paralisação da obra – Rescisão do contrato – Restituição das importâncias pagas – Solidariedade entre o incorporador e o construtor – Descabimento da denunciação da lide à construtora falida.

Dentro da filosofia da Lei de Incorporações, o incorporador é a chave do empreendimento, ao qual se vincula em caráter permanente. Incorporador, consoante definição legal, é não somente o que compromissa ou efetiva a venda de frações ideais de terrenos objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, como também e, principalmente, o construtor e o proprietário do terreno destinado ao empreendimento. Ocorrendo o malogro de empreendimento imobiliário, todos respondem solidariamente pela inexecução, por força do § 3º do art. 31 da Lei n. 4.591/1964, do art. 1.518 do Código Civil, como também do § 1º do art. 25 do Código do Consumidor. Inaplicável a regra do art. 70, III, do Código de Processo Civil no caso de solidariedade. Ademais, o art. 88 do Código de Defesa do Consumidor veda expressamente a denunciação da lide nas ações que têm por suporte fático-jurídico as relações de consumo.

Evidenciado que a construtora não cumprirá o contrato, mormente por se encontrar em notório estado de insolvência, o promissário comprador, além de paralisar os pagamentos, pode pedir a extinção da avença e a devolução das importâncias que pagou, com juros e correção monetária.

TJRJ, Ap. cível 876/94 (2ª C., rel. Des. Sergio Cavalieri Filho)

Responsabilidade do incorporador – Malogro do empreendimento – Obrigação solidária de indenizar do incorporador e do construtor.

Incorporador, consoante definição legal, é não somente o que compromissa ou efetiva a venda de frações ideais de terrenos objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, como também, e principalmente, o construtor e o proprietário do terreno destinado ao empreendimento. Essa vinculação legal entre todos os que participam da incorporação decorre do fato de ser a edificação o seu objeto final, de sorte que quando o incorporador celebra, posteriormente, contrato de empreitada com o construtor, está, na realidade, se fazendo substituir por este. E quem se faz substituir é responsável, juntamente com o substituído, pelos danos que este vier a causar.

Dentro da filosofia da Lei de Incorporações, o incorporador é a chave do empreendimento, ao qual se vincula em caráter permanente. Destarte, se houver mais de um incorporador, todos respondem solidariamente pelo eventual malogro do empreendimento. Não pode alegar imprevisibilidade, nem inevitabilidade, quem lança empreendimento aoadadamente, sem observância das formalidades legais, e efetua vendas sem base econômico-financeira necessária à conclusão da obra, mormente quando de grande vulto.

A reparação, conforme reiteradas decisões deste Tribunal, consiste na devolução do que foi pago, acrescido de juros e correção monetária, e mais a multa legal de 50% sobre a quantia restituída.

TJRJ, Ap. cível 820/92 (6ª C., rel. Des. Laerson Mauro)

Direito Imobiliário – Incorporação – Responsabilidade solidária do construtor e de quantos hajam atuado para a inexecução da edificação.

Além do incorporador, devem responder aos adquirentes, pela inexecução da edificação, o construtor e quem mais atuou para o malogro do empreendimento imobiliário, existindo entre eles solidariedade passiva, não apenas quando presente a hipótese do § 3º do art. 31 da Lei n. 4.591/64, como, notadamente, em razão da regra do art. 1.518 do Código Civil, aplicável seja na responsabilidade aquiliana como na contratual, em virtude da teoria da culpa unitária, perfilhada pelo Direito pátrio. Todavia, existindo perdas e danos, a par da indenização pelo inadimplemento da incorporação, por eles não de arcar apenas aqueles que forem diretamente culpados pelo dano, *ex vi* do art. 908 do Código Civil.

STJ, REsp 45.925-RS (3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito)

Responsabilidade civil – Construção de imóvel – Responsabilidade do agente financeiro pela solidez e segurança da obra.

1. Precedente da Turma já assentou que “a obra iniciada mediante financiamento do Sistema Financeiro da Habitação acarreta a solidariedade do agente financeiro pela respectiva solidez e segurança”.

2. Recurso especial não conhecido.

TJRJ, Elnfrs 435/2003 na Ap. cível 24.341/2002 (2ª C., rel. Des. Sergio Cavalieri Filho)

Responsabilidade do agente financeiro – Empreendimento imobiliário – Defeitos da obra financiada – Inexistência de responsabilidade solidária com o incorporador/construtor.

Se não encontrarmos na lei, nem no contrato, e nem ainda na ordem jurídica, um dever jurídico preexistente impondo ao agente financeiro a obrigação de responder pela solidez e segurança da obra financiada, não pode ser ele considerado solidariamente responsável com o incorporador/construtor. Não há responsabilidade sem violação de dever jurídico preexistente, razão pela qual o nosso Código Civil dispõe que a solidariedade não se presume, resultando sempre da lei, do contrato ou do ato ilícito.