

DA ABUSIVIDADE DAS CLÁUSULAS DE TOLERÂNCIA NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA

THE UNFAIRNESS OF TOLERANCE TERMS IN THE REAL ESTATE CONTRACTS OF PURCHASE AND SALE AGREEMENT

GEORGE BARBOSA JALES DE CARVALHO*

RESUMO

A abusividade das cláusulas de tolerância constantes nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis é tema corrente nos julgados dos diversos tribunais do Brasil. A referida cláusula de tolerância possibilita que as construtoras estipulem um prazo de 90 a 180 dias para entregarem o imóvel após o prazo pactuado com o consumidor. O grande problema enfrentado no presente artigo, diz respeito à possibilidade do juiz declarar a nulidade da citada cláusula, por expressa violação dos princípios da proporcionalidade, da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual. Nessa perspectiva será analisada, além da anulabilidade da referida cláusula, a possibilidade da empresa ser responsável objetivamente pelo descumprimento do prazo firmado em contrato. No intuito de tentar esclarecer esta questão, foram observados os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema. Ao final, apresentam-se linhas conclusivas no sentido de que, a luz do nosso ordenamento jurídico, parte da jurisprudência entende que tais cláusulas são nulas de pleno direito,

ABSTRACT

The unconscionability of clauses of tolerance contained in contracts of promise of purchase and sale of properties is a recurring theme in the judged in various courts of Brazil. This clause of tolerance enables that the builders stipulate a period of 90-180 days to deliver the property after the deadline agreed with the consumer. The major problem faced in this article concerns the possibility of the judge to declare the nullity of the aforesaid clause, by expressing the violation of the principles of proportionality, the objective good faith and contractual balance. In this perspective will be analyzed, beside to the annulment of the clause, the possibility of the company being objectively responsible for the breach of the term signed in the contract. In order to clarify this issue, the doctrinal and jurisprudential positions on the subject were observed. At the end, it is presented conclusive lines in the sense that, the light of our legal system, part of jurisprudence understand that such clauses are null of law, therefore, shall the building company being civilly liable for delay in delivery of the property beyond the time

* Mestrando em Direito – PUC/RS (Linha de Pesquisa: Jurisdição, Efetividade e Instrumentalidade do Processo). Especialista em Processo Civil – UNICAM.
E-mail: george.carvalho@agu.gov.br.

devendo, portanto, as construtoras serem civilmente responsabilizadas pelo atraso na entrega dos imóveis além do prazo previsto contratualmente.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula. Tolerância. Abusividade. Equilíbrio contratual.

allowed by contract.

KEYWORDS: *Tolerance Clause. Abuse. Contractual balance.*

INTRODUÇÃO

Recentemente, em face do incentivo governamental, da estabilidade econômica e do fácil acesso ao crédito, o mercado imobiliário encontra-se bastante aquecido com lançamentos, por parte das construtoras, de diversos empreendimentos imobiliários que visam atender ao enorme déficit habitacional existente no Brasil.

Em face dessa enorme demanda, as construtoras tem se deparado com um sério problema: atraso na entrega dos empreendimentos, o que vêm ocasionando diversos prejuízos aos adquirentes.

Comumente, as construtoras especializadas na venda de imóveis ainda na planta, firmam com seus clientes contratos de promessa de compra e venda em que se comprometem, mediante a amortização de parte da dívida, a vender um imóvel, geralmente destinado à habitação.

Tais contratos de promessa de compra e venda são vistos por parte considerável da doutrina e da jurisprudência como sendo um contrato de consumo, firmado entre a construtora (promitente vendedora) e os interessados em adquirir o imóvel (promitente comprador).

Ocorre que em total abuso ao direito dos consumidores, as construtoras, para se protegerem das consequências do inadimplemento, vem introduzindo cláusulas abusivas (em especial a que prevê um prazo de tolerância) nos referidos contratos, em total desrespeito às normas de proteção do consumidor.

A cláusula de tolerância, que geralmente varia de 90 a 180 dias, beneficia tão somente a construtora, ora vendedora, tendo em vista que o comprador não pode se valer da referida cláusula como uma forma de estender o prazo para adimplir as suas obrigações contratuais, eximindo-se, assim, das consequências de uma eventual mora.

Inicialmente, para uma melhor elucidação do tema, torna-se necessária uma abordagem acerca desta modalidade de contrato e da famigerada cláusula de tolerância, para logo após analisar a sua abusividade frente aos princípios norteadores do direito consumerista.

Em um segundo momento, será abordada as questões relativas à responsabilidade civil, dando-se uma ênfase mais aprofundada na aplicação da teoria do risco da atividade econômica nas relações de consumo.

Ao final, no presente artigo será analisada a possibilidade de se declarar a nulidade da cláusula de tolerância e, por conseguinte à aplicação da responsabilidade civil da construtora em decorrência do descumprimento do prazo estipulado no contrato de promessa de compra e venda.

1 DO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA COMO UM CONTRATO DE CONSUMO

O contrato de promessa de compra e venda disciplinado no art. 1.417 do Código Civil Brasileiro/2002, esta condicionado a venda de um determinado bem, móvel ou imóvel, estipulado em contrato, no qual figuram o promitente-vendedor e o promissário-comprador.

Nesse sentido Gusmão¹, dispõe sobre o contrato de promessa de compra e venda que nada mais é do que um “contrato onde o promitente-vendedor obriga-se a vender um imóvel pelo valor, condições e modos pactuados, comprometendo-se a outorgar a escritura de compra e venda, ou “escritura definitiva” quando do adimplemento da obrigação”. Uma vez satisfeita à obrigação, o promissário-comprador terá direito real sobre o imóvel objeto do contrato.

1 GUSMÃO, Diogo Ribeiro de. Da promessa (ou compromisso) de compra e venda como instrumento garantidor da aquisição de imóvel. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1019, 16abr. 2006 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8255>>. Acesso em: 20 jun. 2014

A partir de tal definição, tem-se que o contrato de promessa de compra e venda firmado entre uma construtora ou imobiliária e outra pessoa com fins habitacionais, enquadra-se na categoria de contrato de relação de consumo.

Os artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor – CDC dispõem respectivamente sobre o conceito de consumidor e fornecedor, no qual o consumidor é toda pessoa física e jurídica que adquire um produto como destinatário final, enquanto que o fornecedor, como o próprio nome já diz, é toda pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que fornece o produto, seja através da produção, importação, exportação, dentre outros meios de comercialização.

No caso da modalidade de contrato de promessa de compra e venda de bens imóveis para fins habitacionais, o objeto contratual enquadra-se na definição de produto, já que o produto é um bem imóvel. O promitente comprador afigura-se como consumidor, pois se tratado destinatário final (pessoa física) do produto (imóvel) e o promitente vendedor pode ser definido como fornecedor, tendo em vista que é pessoa jurídica que desenvolve atividade de construção e comercialização de produto (imóvel).

O Superior Tribunal de Justiça – STJ² já firmou entendimento sobre o tema, considerando que se regem pelo CDC os contratos de promessa de compra e venda celebrados entre a companhia imobiliária e o promissário comprador.

Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência³ já pacificou o entendimento de que o referido contrato gera efeitos, independentemente de está ou não registrado junto ao Cartório de registro de imóveis.

2 (STJ – 4ª T., REsp nº 299.445/PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 20.08.2001, p. 477

3 STJ - REsp: 57225 RJ 1994/0036059-2, Relator: Ministro NILSON NAVES, Data de Julgamento: 09/04/1996, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/05/1996 p. 17865

2 DA CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA

A cláusula de tolerância é aquela que estabelece um prazo mais extenso para que a construtora (promitente vendedora) entregue o imóvel. Inicialmente estipulavam um prazo de 90 (noventa) dias a contar da data prevista para a entrega. Entretanto, nos dias atuais já fixam em sua grande maioria um prazo de 180 (cento e oitenta) dias para a entrega do imóvel.

A grande maioria dos consumidores sequer toma conhecimento desta cláusula, já que não possuem o hábito de lerem atentamente os contratos, por serem, via de regra, demasiadamente longos e complexos para serem entendidos por que não possui conhecimentos técnicos suficientes. Ademais, tais cláusulas impostas ao consumidor já vêm estipuladas em um contrato de adesão, o que acaba por determinar que o consumidor seja obrigado a concordar, uma vez que o mesmo não possui a liberdade de interferir no que esta disposto no contrato.

Percebe-se que esses ajustes contratuais ferem o Código de Defesa do Consumidor - CDC, por violarem os princípios da proporcionalidade, da boa fé objetiva e do equilíbrio contratual.

Superada esta fase, cabe esclarecer se as cláusulas de tolerância inclusas nos contratos de adesão de promessa de compra e venda são abusivas ou não, a luz do direito do consumidor.

2.1 DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL

Conforme disposto no art. 51⁴ do Código de Defesa do Consumidor - CDC, é nula de pleno direito a cláusula que fira o equilíbrio contratual, colocando o consumidor em desvantagem exagerada.

4 Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

Denota-se assim, que nos contratos de relação de consumo, deve imperar, além de outros, os princípios da boa-fé objetiva, da equivalência material das partes e da proporcionalidade de forma a preservar o equilíbrio contratual entre as partes.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ⁵ trilha no mesmo sentido, ao entender que deve ser imposto em todo contrato de relação de consumo o paradigma da boa-fé objetiva, da equidade contratual e da proibição da vantagem excessiva.

No que diz respeito à boa fé objetiva dos contratos, Benjamim⁶ preleciona que “A boa fé objetiva molda a nova teoria contratual, exigindo das partes a construção de ambiente de solidariedade, lealdade, transparência e cooperação”.

Tem-se que a boa fé não deve ser observada só por uma das partes contratantes, mas por ambas, de modo a preservar a lealdade e a cooperação que deve existir de ambos para a execução do objeto do contrato.

Já o princípio do equilíbrio contratual, como bem explicitado por Cláudia Lima Marques⁷ diz respeito à equidade contratual, na qual possibilita um equilíbrio de direitos e deveres entre as partes. Nesse sentido o Código de Defesa do Consumidor proíbe cláusulas abusivas que estejam beneficiando apenas uma das partes, de modo a preservar o equilíbrio das cláusulas contratuais.

Tem-se ainda, a teor do disposto no art. 47 do CDC⁸, que quando da interpretação das normas contratuais, deve prevalecer à aplicação dos princípios da boa fé e do equilíbrio contratual. Essa inclusive é a posição do STJ⁹, ao admitir que deva existir uma

5 STJ, REsp.437.607, rel. Min. Hélio Quágliá Barbosa, 4ª T., j. 15/05/07, DJ 04/06/07

6 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do Consumidor. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008p. 283

7 MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005p. 873

8 Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

9 (STJ – Resp 436853/DF, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/05/2006, T3 - TERCEIRA TURMA).

preponderância da boa-fé objetiva capaz de materializar o equilíbrio ou a justiça contratual. Recurso especial conhecido e provido.

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal - TJDF¹⁰ se manifestou no sentido que no contrato de promessa de compra e venda é imprescindível à presença do princípio da boa-fé objetiva, bem como do princípio da equidade contratual e, por conseguinte deve prevalecer uma interpretação mais favorável ao consumidor.

No caso sob apreço, tem-se que na cláusula de tolerância há uma vantagem exagerada para o promitente vendedor (fornecedor) em detrimento do promitente comprador (consumidor), já que esse “prazo” a mais para o cumprimento da sua obrigação é exclusivo do fornecedor, não dispondo o consumidor de igual “prazo” de tolerância para cumprir a sua parte no contrato.

É cristalina a abusividade da cláusula de tolerância, pois autoriza injustificadamente a prorrogação do prazo da construtora (ou imobiliária) para o cumprimento da obrigação de entregar o imóvel (art. 51, IV e XV do CDC).

É óbvio que em todo contrato de promessa de compra e venda haja uma previsão para a entrega do bem pactuado. Todavia, estabelecer um prazo para além do estipulado, é de flagrante abusividade, já que beneficia apenas as construtoras, em detrimento dos consumidores.

Farta jurisprudência inclina-se no sentido de declarar a nulidade das cláusulas de tolerância estipuladas nos contratos de promessa de compra e venda. No Distrito Federal, o Tribunal de Justiça¹¹ entende ser abusiva e nula a cláusula que faculta a construtora o adiamento da entrega da obra por doze meses após o prazo previsto, sem qualquer justificativa para tanto.

No Rio Grande do Sul, recentemente a Turma Recursal do Juizado Especial¹²entendeu ser abusiva a cláusula contratual

10 JDFT - Proc. 20120111830917 - (816047) - Rel. Des. Esdras Neves - DJe 09.09.2014 - p. 261

11 TJ/DF – 5ª T. Cív.,Ap.Cív. nº48245/1998, Rel. Des. Adelith de Carvalho Lopes, julg.08.03.1999

12 (Recurso Cível Nº 71004231593, Terceira Turma Recursal Cível/RS, Turmas Recursais, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 25/07/2013

que previa o prazo de 180 dias de tolerância, por infringir vários dispositivos do Código do Consumidor, devendo ser aplicada multa à construtora como forma de reparar o consumidor lesado, no percentual constante no referido contrato.

Observa-se que em ambos os julgados as cláusulas de tolerância foram consideradas abusivas, pois infringem os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor - CDC, tendo em vista que apenas uma das partes se beneficiaria, enquanto que a outra parte, caso fosse inadimplente, estaria sujeita a arcar com as consequências da mora, ferindo assim o equilíbrio contratual.

Entretanto, como bem observado no julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹³, o prazo de tolerância pode ser previsto no contrato, mas, somente nos casos em que o atraso da obra ser der exclusivamente nos casos fortuito ou força maior.

Nesse sentido, a prorrogação do prazo só é cabível quando se tratar de caso fortuito ou força maior, não podendo a cláusula de tolerância ser estendida para outras situações que não estas. Ressalta-se ainda, que não exclui a responsabilidade civil objetiva da construtora a mera alegação da ocorrência do caso fortuito ou força maior. Deverá a mesma, no decorrer do processo comprovar que tais eventos efetivamente ocorreram.

Diversas são as causas de caso fortuito ou força maior apresentado pelas construtoras (ou imobiliárias) para justificar a demora na entrega dos imóveis. A jurisprudência inclina-se no sentido de não restar configurada situações de caso fortuito ou força maior, como a ocorrência de chuvas¹⁴, crise econômica no setor imobiliário¹⁵, greve¹⁶, atraso do poder público em realizar as obras

13 TJ-SP - APL: 775360420118260002 SP 0077536-04.2011.8.26.0002, Relator: James Siano, Data de Julgamento: 05/09/2012, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/09/2012

14 TJ/SP – 8ª C. Dir. Priv., Ap. nº 994.07.023766-7, Rel. Des. Caetano Lagrasta, julg. 09.06.2010.

15 TJ/PR – 16ª C. Cív., Ap. Cív. nº 341.530-5, Rel. Des. Sérgio Roberto Nóbrega Rolanski, julg. 05.09.2007.

16 TJ/SP – 6ª C. Dir. Priv., Ap. Cív. nº 085.330-4/2, Rel. Des. Mohamed Amaro, julg. 05.08.1999.

de infra-estrutura no local do empreendimento¹⁷, implantação de novo plano econômico pelo governo federal¹⁸, escassez de mão de obra¹⁹, embargo judicial²⁰ ou atrasos burocráticos para a liberação do habite-se²¹.

2.2 DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

As cláusulas de tolerância também violam o Princípio da Proporcionalidade. Com sede na Constituição Federal de 1988 e no inciso V do art. 6º do CDC, estabelece referido princípio que deve haver um equilíbrio nas relações de consumo entre as obrigações e direitos das partes envolvidas. Deve, portanto, haver uma proporcionalidade entre os deveres estabelecidos contratualmente, com vistas a preservar a equidade do contrato.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ²² também já posicionou no sentido de que não pode haver estipulação no contrato que ofenda o Princípio da Proporcionalidade, devendo tal cláusula ser considerada nula, por ser desproporcionalmente exagerada em favor de uma das partes.

Nessa perspectiva, caso o contrato de promessa de compra e venda contenha uma cláusula de tolerância em favor somente da construtora, tem-se a violação do princípio da proporcionalidade, tendo em vista que o consumidor além de não ser beneficiado, ainda

17 TJDF - APC 20070110811208 - 3ª T.Cív. - Relª Leila Arlanch - DJU 20.08.2008.

18 TJ/SC – 3ª C. Cív., Ap. Cív. nº 96.006549-0, Rel. Des. Silveira Lenzi, julg. 23.09.1997.

19 TJ/RS – 17ª C. Cív., Ap. Cív. nº 70054244405, Re. Des. Elaine Harzheim Macedo, julg. 04/07/2013.

20 TJ/RS – 20ª C. Cív., Ap. Cív. nº 70054244405, Re. Des. Carlos Cini Marchionatti, julg. 14/08/2013.

21 Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, 1ª Turma ACJ 0095378-38.2005.8.07.0001, Rel. ESDRAS NEVES, Publicado no DJU SECAO 3 : 20/06/2006 . Pág.: 136.

22 STJ, RESP 158,728, REL. MIN. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, 3ª T., J. 16/03/99, P.DJ 17/05/99

terá que arcar com o pagamento dos encargos da mora (juros, multa, etc.) caso venha a atrasar o pagamento das prestações devidas.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA CONSTRUTORA PELO ATRASO DA OBRA

3.1 DEFINIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Antes de se verificar o conceito de responsabilidade civil, faz-se necessário analisar o significado de responsabilidade, o que de certa forma acaba contribuindo para o referido conceito. O termo responsabilidade refere-se à obrigação de se responder por determinado ato praticado, ou seja, uma imposição decorrente de algum ato.

Segundo Venosa ²³ o termo responsabilidade deve ser utilizado nas situações em que determinada pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso. Tem-se, assim que toda e qualquer atividade humana pode acarretar o dever de indenizar.

Dessa forma, verifica-se que o termo responsabilidade não se resume apenas na obrigação de quem causou o dano de repará-lo, mas também em garantir uma relação jurídica equilibrada e ética. Deve-se ressaltar que a responsabilidade existe em vários ramos do Direito, como penal, administrativo, trabalhista, etc.

Com isso denota-se que a responsabilidade civil esta relacionada à idéia de não prejudicar o outro, devendo assim 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.

Maria Helena Diniz²⁴ esclarece que a responsabilidade civil objetiva a aplicação de medidas que obriguem o infrator a reparar

23 VENOSA, Sílvio de Sávio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol. 4. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1

24 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. Vol.7. 21 ed. rev. e atual. De acordo com a reforma do CPC – São Paulo: Saraiva, 2007, p.34

dano moral ou patrimonial causado ao lesado em face de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

Não se pode esquecer, que para que haja a responsabilização tem que existir a comprovação da culpa, já que esta é um dos elementos da responsabilidade civil.

3.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os pressupostos da responsabilidade civil podem ser observados no art. 186 do CC “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligencia ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Conforme exposto acima se verifica que são quatro os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano sofrido pela vítima, os quais veremos a seguir.

A ação ou omissão refere-se a qualquer pessoa que por determinado ato venha a causar dano a outrem, seja este através de uma ação ou omissão. Sendo que a responsabilidade pode derivar de ato próprio, ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e por fim danos causados por coisas ou animais que lhe pertençam.

Na culpa ou dolo, ambos estão relacionados à vontade do agente, entretanto no dolo existe a intenção de violar o direito, é uma vontade deliberada e consciente. Enquanto que na culpa, a vontade é retratada através da negligencia, e não se tem intenção de cometer determinado ato. Neste caso para que haja a reparação é necessário se comprovar o dolo ou culpa.

Cahali²⁵ enfatiza que o ônus da prova é do autor em comprovar que o réu deve indenizá-lo, devendo demonstrar a ocorrência do dano e do nexos causal constituidor da obrigação ressarcitória.

25 CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3. Ed. Ver., ampl. e atual. Conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.810

Ressalte-se, que nas relações de consumo, por força do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor- CDC é possível à inversão do ônus da prova sendo, podendo, portanto, o juiz determinar que a fornecedor comprove que o dano e o nexo causal não ocorreram.

A relação de causalidade esta ligada a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. É preciso que o dano tenha ocorrido em decorrência do comportamento do agente, pois em que pese ter o dano, mas se não tiver esta ligação, deixa de existir a obrigação de indenizar.

Quanto ao dano, o mesmo precisa ser provado, pois sem prova ninguém pode ser responsabilizado. Podendo ser o dano material ou simplesmente moral, ou seja, que não tenha repercutido na situação financeira do ofendido.

3.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

As espécies de responsabilidade civil podem ser apresentadas quanto ao seu fato gerador, quanto ao fundamento e quanto ao agente.

Quanto ao seu fato gerador é dividida em responsabilidade contratual e extracontratual ou aquiliana. A responsabilidade contratual incide quando ocorre o descumprimento total ou parcial de uma relação contratual. Cabendo ao devedor o ônus de provar que não houve culpa da sua parte ou qualquer excludente do dever de indenizar. Na responsabilidade extracontratual ou aquiliana quando uma pessoa causa dano a outra por meio de um ato ilícito, conforme disposto no art. 927 do CC.

Quanto ao fundamento é dividida em responsabilidade subjetiva e objetiva. Na responsabilidade subjetiva é indispensável a comprovação da culpa do agente do ato ilícito, caso contrario, não se pode caracterizar o dever de indenizar. Já a responsabilidade objetiva encontra respaldo na teoria do risco, ou seja, quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano, for capaz de causar danos a outrem. Ressalta-se que neste caso não há necessidade de se comprovar culpa, basta a ocorrência do ato ilícito.

3.4 TEORIA DO RISCO

Pela Teoria do Risco, o construtor, como empresário deve suportar o ônus do atraso, não podendo ser repassado, mesmo que por contrato, ao consumidor. O risco da atividade empresarial gera a responsabilidade objetiva do empresário, que engloba, na acepção jurídica, a possibilidade de perda (prejuízo).

Portanto, no caso de prejuízo imputado ao construtor, mesmo que ele não tenha dado causa, deve suportá-lo, já que é inerente a sua própria atividade. Trata-se da modalidade denominada de risco-proveito, ou seja, da possibilidade do lucro nasce o encargo.

Guimarães Neto²⁶ esclarece que o risco da atividade econômica é do empresário, assim como o lucro, com base no princípio capitalista insculpido na Constituição Federal de 1988. Segundo ainda o referido doutrinador, em face da Teoria do Risco, “aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes”. Ou seja, as construtoras devem suportar o bônus e o ônus, não podendo transferir o ônus para o consumidor, pois violaria a boa-fé objetiva, em nítido descompasso com as noções modernas de empresarialidade responsável ou cidadã, que exige que todas as suas ações sejam pautadas pela ética, sem exceção.

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor - CDC acolheu de forma sistemática a teoria do risco do empreendimento, que estabelece que o fornecedor deverá responsabilizado toda vez que ficar configurado o nexo causal entre o defeito do produto ou serviço e o acidente de consumo. Analogicamente, tal teoria pode ser estendida para reparar o consumidor pela demora no atraso do produto, quando a culpa exclusiva da construtora.

Tal questão é objeto corrente nos tribunais, onde os consumidores exigem, além da nulidade da cláusula de tolerância, a reparação civil (indenização por danos emergentes e/ou lucros cessantes), a qual geralmente não é suficiente para recompor os prejuízos sofridos pelo atraso na entrega do imóvel.

26 GUIMARAES NETO, Henrique Borges. Cláusula de 180 dias das construtoras é ilegal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3018, 6 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20154>>. Acesso em: 28 jun. 2014

Alguns tribunais sinalizam no sentido de que é cabível a reparação, como, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal²⁷ que condenou a construtora a reparar o consumidor em lucros cessantes pelo atraso injustificado do imóvel.

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Amazonas²⁸ entendeu que por conta da teoria do risco do negócio ou atividade, o fornecedor deveria ser responsabilizado, de modo a proteger a parte mais frágil da relação jurídica, o consumidor. No caso, foi ainda afastada a alegação da ocorrência de caso fortuito ou motivo de força maior, já que os riscos do próprio empreendimento empresarial devem ser suportados pela construtora, não podendo a mesma se eximir.

Dessa forma, em se tratando de eventos atinentes à atividade empresarial, não há que se falar em caso fortuito ou força maior, devendo arcar com todos os ônus decorrentes do empreendimento.

Tem-se, então, que pela teoria do risco da atividade econômica, a construtora deve suportar eventual prejuízo pelo atraso injustificado da obra, não podendo ser beneficiada com cláusula abusiva que conceda tratamento diferenciado a mesma em face do consumidor hipossuficiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O risco da atividade econômica desenvolvida pelas construtoras implica, segundo a Teoria do Risco, que as mesmas respondam pelos prejuízos provenientes da sua atividade empresarial. Não é justo e razoável, as mesmas transferirem esse ônus para o consumidor, mediante a imposição, via de regra por meio de contratos de adesão, de cláusulas abusivas, especialmente as cláusulas que estipulam um prazo maior para o cumprimento de suas obrigações (cláusula de tolerância).

27 TJ-DF - APC: 20120510061634 DF 0006002-82.2012.8.07.0005, Relator: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 08/01/2014, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 14/01/2014 . Pág.: 143

28 TJ-AM - APL: 02159968320118040001 AM 0215996-83.2011.8.04.0001, Relator: Aristóteles Lima Thury, Data de Julgamento: 25/11/2013, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 26/11/2013

Essa regra de tolerância, não é estabelecida para o caso de o consumidor deixar de pagar ou atrasar suas prestações, violando, portanto o equilíbrio contratual estabelecido entre o consumidor e fornecedor (construtora).

Ressalte-se, que é perfeitamente cabível a estipulação da cláusula de tolerância, nos casos de ocorrência de força maior ou fortuito, desde que a construtora comprove a ocorrência do evento.

Tem-se assim, que a previsão de prazo de tolerância incondicional em contratos imobiliários configura, na forma dos arts. 39, V e XII e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, cláusula contratual nula de pleno direito. E isso porque, há expressa violação aos princípios da boa fé objetiva, do equilíbrio contratual e da proporcionalidade, pelo fato de tal tolerância ser exclusiva do promitente vendedor (fornecedor), não sendo estendida ao promitente comprador (consumidor), já que caso ocorra o inadimplemento do consumidor no pagamento das parcelas do imóvel, o mesmo terá que arcar com alguma penalidade (multa, juros, etc.) previsto nas demais cláusulas do contrato celebrado.

Demonstrou-se, que a jurisprudência em alguns casos aceita a fixação da cláusula de tolerância somente para as situações de caso fortuito ou força maior, só gerando o dever de indenizar após o término do prazo de tolerância estipulado. Em outros casos, mesmo com a ocorrência de tais excludentes a cláusula de tolerância deve ser afastada em face da aplicação da teoria do risco da atividade econômica, devendo a construtora indenizar a partir do término do prazo acordado inicialmente pelas partes.

Observou-se que a linha interpretativa que mais se aproxima do Código de Defesa do Consumidor é a que adota a teoria do risco da atividade econômica, já que a atividade exercida pela construtora é empresarial e de risco, devendo a mesma suportar o ônus de eventual atraso na entrega do imóvel.

Por fim, denota-se que a estipulação de uma cláusula com prazo de tolerância é nula de pleno direito, ensejando a responsabilidade civil da construtora pelo atraso na entrega do imóvel. Tal condenação além de reparar o consumidor pelo dano sofrido deve possuir um caráter pedagógico, no sentido de alertar as construtoras que o descumprimento dos prazos fixados no contrato, ensejaria a sua responsabilização pelos prejuízos causados ao consumidor lesado.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Tribunal de Justiça. TJ/AM. 3ª Câmara Cível. **Ap 0215996-83.2011.8.04.0001**, Relator: Aristóteles Lima Thury, Data de Julgamento: 25/11/2013, Data de Publicação: 26/11/2013.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do Consumidor**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20.08.2013.

_____. **Lei n.º 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 20.08.2013.

_____. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20.08.2013.

_____. **Projeto de Lei n.º 178**, de 02 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491233>>. Acesso em: 20.08.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **REsp: 57225/RJ** 1994/0036059-2, Relator: Ministro NILSON NAVES, Data de Julgamento: 09/04/1996, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 27/05/1996 p. 17865.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **REsp.437.607**, rel. Min. Hélio Quáglia Barbosa, 4ª T., j. 15/05/07, DJ 04/06/07.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ – 4ª T., **REsp nº 299.445/PR**, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 20.08.2001, p. 477.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ – **REsp 436853/DF**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/05/2006, T3 - TERCEIRA TURMA.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ, **Resp. 158.728**, REL. MIN. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, 3ª T., J. 16/03/99, P.DJ 17/05/99.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. Ed. Ver., ampl. e atual. Conforme

o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 21 ed. rev. e atual. De acordo com a reforma do CPC – São Paulo: Saraiva, 2007.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. TJ/DF – 5ª T. Cív., **Ap. Cív. nº48245/1998**, Rel. Des. Adelith de Carvalho Lopes, julg.08.03.1999.

_____. Tribunal de Justiça. TJDFT - **APC 20070110811208** - 3ª T.Cív. - Relª Leila Arlanch - DJU 20.08.2008.

_____. Tribunal de Justiça. TJDFT - **APC: 20120510061634 DF 0006002-82.2012.8.07.0005**, Relator: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 08/01/2014, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 14/01/2014 . Pág.: 143.

_____. Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. 1ª Turma **ACJ 0095378-38.2005.8.07.0001**, Rel. ESDRAS NEVES, Publicado no DJU SECAO 3: 20/06/2006 . Pág.: 136.

GUIMARAES NETO, Henrique Borges. **Cláusula de 180 dias das construtoras é ilegal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3018, 6 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20154>>. Acesso em: 28 jun. 2014.

GUSMÃO, Diogo Ribeiro de. **Da promessa (ou compromisso) de compra e venda como instrumento garantidor da aquisição de imóvel**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1019, 16abr. 2006 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8255>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Planos privados de assistência à saúde. Desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema. Opção a depender da conveniência do consumidor. Abusividade de cláusula contratual que permite a resolução do contrato coletivo por escolha do fornecedor: parecer**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. __, n.31, p. 134, jul./set. 1999.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. TJ/MJ – 7ª C. Cív., **Ap. Cív. Nº361743-8**, Rel. Des. José Afonso da Costa Côrtes, julg. 06.06.2002.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. TJ/PR – 16ª C. Cív., **Ap. Cív. nº 341.530-5**, Rel. Des. Sérgio Roberto Nóbrega Rolanski, julg. 05.09.2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. TJ/RS – 17ª C. Cív., **Ap. Cív. nº 70054244405**, Re. Des. Elaine Harzheim Macedo, julg. 04/07/2013.

_____. Tribunal de Justiça. TJ/RS – 20ª C. Cív., **Ap. Cív. nº 70054244405**, Re. Des. Carlos CiniMarchionatti, julg. 14/08/2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Recurso Cível Nº 71003826450**, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 23/05/2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Recurso Cível Nº 71004231593**, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 25/07/2013.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. TJ/SC – 3ª C. Cív., **Ap. Cív. nº 96.006549-0**, Rel. Des. Silveira Lenzi, julg. 23.09.1997.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. TJ-SP - **APL: 775360420118260002 SP 0077536-04.2011.8.26.0002**, Relator: James Siano, Data de Julgamento: 05/09/2012, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/09/2012.

_____. Tribunal de Justiça. TJ/SP – 8ª C. Dir. Priv., **Ap. nº 994.07.023766-7**, Rel. Des. Caetano Lagrasta, julg. 09.06.2010.

_____. Tribunal de Justiça. TJ/SP – 6ª C. Dir. Priv., **Ap. Cív. nº 085.330-4/2**, Rel. Des. Mohamed Amaro, julg. 05.08.1999.

VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol. 4. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Recebido em 01/07/2014.

Aprovado em 08/10/2014.