

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO INCORPORADOR
PELOS DANOS MORAIS CAUSADOS AOS
ADQUIRENTES REFLEXÕES SOBRE PUNITIVE
DAMAGE E SEU CABIMENTO NO ÂMBITO DAS
RELAÇÕES DE CONSUMO E IMOBILIÁRIAS**

**CIVIL LIABILITY OF THE MERGER COMPANY
FOR THE MORAL DAMAGES CAUSED TO
ACQUIRES: REFLECTIONS ON PUNITIVE
DAMAGES AND THEIR APPROPRIATENESS IN
THE CONTEXT OF CONSUMER AND REALTY
RELATIONSHIP**

Chelsea Almeida Silveira¹ – [https://orcid.org/signin: 0000-0002-3176-9512](https://orcid.org/signin:0000-0002-3176-9512)

Felipe Probst Werner² – [https://orcid.org/signin: 0000-0001-9033-6023](https://orcid.org/signin:0000-0001-9033-6023)

Resumo

O presente trabalho analisa a incorporação imobiliária numa ótica social, com objetivo de fomentar o debate sobre a importância da atividade empresarial exercida pelo incorporador na universalização do direito de moradia, especialmente entre as famílias de média e alta renda, não atendidas por programas estatais. A pesquisa demonstra que a relação jurídica entre o incorporador e os adquirentes de unidades autônomas em construção é duplamente protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois atrai

¹ Pós-graduada em Direito Imobiliário, Notarial e Registral pela Faculdade Avantis. *E-mail*: chelsilveira@hotmail.com.

² Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí. Pós-graduado em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de graduação dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade Avantis. Professor da escola de direito da Universidade do Vale do Itajaí. Advogado. *E-mail*: felipe@pwa.adv.br.

a incidência da Lei de Incorporações e do Código de Defesa do Consumidor, normas que se preocupam com o aspecto ético das relações negociais em massa. Com fundamento em doutrinas clássicas e contemporâneas, este trabalho defende uma alternativa capaz de reduzir, senão eliminar, os abusos e ilegalidades praticados pelos incorporadores em detrimento dos adquirentes ao aplicar o instituto originado da *Common Law* denominado *punitive damages*. A análise econômica da incorporação imobiliária mostra que, nos casos de responsabilidade civil por danos morais, o arbitramento de uma indenização pífia pelo Poder Judiciário pode revelar-se uma medida inócua na proteção daquela coletividade que, sozinha, enfrenta o mercado imobiliário para ter acesso a uma moradia. Ao final dos estudos, o artigo estimula a superação do positivismo jurídico extremo, como timidamente vêm fazendo alguns tribunais, e reflete sobre a necessidade de atingir os incorporadores que agem ao alvedrio da lei naquilo que lhes é mais sensível: o lucro.

Palavras-chave: Incorporação imobiliária; Relação de consumo; *Punitive damages*.

Abstract

The present study analyzes the real estate incorporation into a social perspective, with the aim of promoting the debate of the business activity importance exercised by the incorporator in the globalization of the housing right, especially among the families of middle and high income. The research show that the legal relationship between the incorporator and purchasers of autonomous unit under the construction is doubly protected by the Brazilian legal system, attracting the incidence of the Act of Incorporations and the Consumer Code, standards that are concerned about the ethical aspect of the massive trade relations. Base don classic and contemporary doctrines, this paper argues that an alternative to reduce or eliminate abuses and illegalities by the entraining in the real estate market, is to apply the idea of punitive damages. Beside that, the economic analysis of real estate development show that, in cases of civil liability for damages, the compensation adjustments dwindling by the judiciary can be a harmless measure on protection of that collective that, alone, facing the housing market to have Access to a dwelling. At the end od the studies, the article encourages the overcoming of extreme legal positivism, as tentatively have been doing some courts, and reflects on the need to achieve the developers that the law will act on what they are more sensitive: the profit.

Keywords: Real estate incorporation; Consumption relationship; Punitive damages.

Sumário: 1 Introdução. 2 Procedimentos metodológicos. 3 Noções gerais sobre a incorporação imobiliária. 4 Apontamentos da dupla proteção jurídica do adquirente. 5 A responsabilidade civil do incorporador pelos danos morais causados aos adquirentes. 6 Considerações finais.

Recebido/Received 24.04.2019 – Aprovado/Approved 10.06.2019

1 INTRODUÇÃO

A revolução industrial é, inegavelmente, o marco inicial para muitos fenômenos sociais e jurídicos. Com a substituição dos homens pelas máquinas, uma parte significativa da sociedade abandonou a zona rural e passou a se concentrar nos grandes centros urbanos, iniciando-se a formação de uma nova sociedade: a sociedade de consumo.

O novo modelo de sociedade agitou diversos setores da economia. A procura por imóveis situados nos centros urbanos se intensificou bastante, exigindo que os produtores verticalizassem as cidades para atender a demanda que houvera aumentado. Além do mercado imobiliário, outros setores aproveitaram o momento para explorar economicamente este novo modelo de sociedade, produzindo bens, serviços e contratos de forma standartizada.

Ocorre que o sistema jurídico não estava preparado para receber e tutelar esta coletividade de consumidores, naturalmente mais fraca. No Brasil, vigoravam normas individualistas e patrimonialistas, influenciadas pelo liberalismo. Somente após uma longa trajetória reconheceu-se a necessidade de proteger o consumidor, que vinha sendo derrotado dia após dia no mercado de consumo especialmente em razão do disparate técnico, financeiro e informacional em relação aos fornecedores.

Ao mesmo tempo em que estas mudanças aconteciam, a incorporação imobiliária foi reconhecida e regulamentada pela Lei Nacional 4.591/1964, um diploma normativo que se preocupou com as relações éticas da coletividade, assim como fez posteriormente o Código de Defesa do Consumidor.

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro confere ao adquirente de imóvel em construção dupla proteção normativa. É curioso, contudo, que apesar da qualidade internacionalmente reconhecida, a legislação pátria não consegue impedir que os incorporadores reincidam na violação aos direitos dos consumidores, muitas vezes impedindo o acesso destes a uma moradia.

Neste contexto, identificou-se um problema que se busca responder com este estudo: De que modo o Estado pode proteger os indivíduos que se utilizam da incorporação imobiliária para ter acesso à moradia digna? Como seria possível coibir alguns dos abusos frequentemente praticados no mercado imobiliário, notadamente o retardamento injustificado na entrega do imóvel, a paralisação das obras e a venda fraudulenta de unidades autônomas para mais de uma pessoa?

O objetivo da pesquisa, portanto, é demonstrar de que modo o Estado pode proteger os indivíduos que se utilizam da incorporação imobiliária para ter acesso à moradia digna, e como seria possível coibir alguns dos abusos frequentemente praticados no mercado imobiliário, notadamente o retardamento injustificado na entrega do imóvel, a paralisação das obras e a venda fraudulenta de unidades autônomas para mais de uma pessoa.

2 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A presente pesquisa caracteriza-se como exploratória e bibliográfica, haja vista a necessidade de explorar o assunto posto e analisar o ordenamento jurídico brasileiro, a literatura jurídica e os trabalhos científicos que porventura tenham sido escritos.

Adotou-se o método de abordagem indutivo, pois, realizada pesquisa sobre a incorporação imobiliária e sobre os *punitive damages*, identificou-se partes de um fenômeno e, ao final, colecionou-se estas partes de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.

Sendo assim, a análise de conteúdo mostrou-se adequada à pesquisa qualitativa e seus objetivos e finalidades se enquadram à proposta deste artigo científico.

3 NOÇÕES GERAIS SOBRE A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Incorporar significa reunir, integrar, englobar. “*No campo dos negócios imobiliários, a expressão incorporação imobiliária tem o significado de mobilizar fatores de produção para construir e vender, durante a construção, unidades imobiliárias em edificações coletivas*” (CHALHUB, 2012, p. 10), dinâmica que envolve desde a formulação da ideia de incorporação até a conclusão das obras, com a individualização das unidades e a regularização final do registro imobiliário.

O conceito legal pode ser extraído do art. 28, parágrafo único, da Lei Nacional n. 4.591/64, onde consta que se considera incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações compostas de unidades autônomas.

Trata-se, portanto, de uma atividade empresarial, com relevante importância para a concretização do direito de moradia, através da qual uma pessoa, física ou jurídica, promove um empreendimento imobiliário, identificando um terreno apto a receber a construção de um prédio e comercializando as unidades autônomas que, conjuntamente, formarão um condomínio.

Enquadra-se na definição de negócio jurídico complexo, subordinado a regime previsto em legislação específica, pois pode engendrar vários negócios ou contratos entre o incorporador, o construtor, o adquirente e outras pessoas que eventualmente tenham de intervir, como o proprietário do terreno, a empresa de projeto, a administradora de vendas, dentre outros. (THEODORO JÚNIOR, 2011).

Orlando Gomes (2008), em sua obra clássica acerca dos contratos, ensina que a incorporação imobiliária pode envolver uma pluralidade de contratos e sujeitos, sendo composta necessariamente por três fases: a alienação, ainda que em potencial, da fração ideal de terreno; a construção do edifício; e a instituição do condomínio.

Como se vê, entre o surgimento da ideia de incorporação e a entrega efetiva dos imóveis, já individualizados no registro imobiliário, muitos contratos são celebrados, coisa que faz surgir uma multiplicidade de objetos e sujeitos, destacando-se o incorporador (que pode ou não ser o construtor) e o(s) adquirente(s) de fração ideal de terreno que, após a construção, corresponderá a uma unidade habitacional.

O incorporador é o formulador da ideia da edificação coletiva, o planejador do negócio, “*que mobiliza e coordena meios de produção capazes de viabilizar a construção de edifícios formados por unidades imobiliárias autônomas e, bem assim, a constituição da propriedade condominial especial, que o Código Civil denomina ‘condomínio edilício’*” (CHALHUB, 2012, p. 17). Ele é o protagonista da incorporação imobiliária, responsável por planejar a dinâmica do negócio do começo ao final, além de ser o responsável pela análise da viabilidade econômica do empreendimento a ser erigido.

A característica marcante do negócio jurídico sob análise é a venda antecipada das unidades autônomas que estão em construção, desde que, claro, respeitadas as exigências mínimas previstas pela Lei 4.591/1964, como, por exemplo, a prévia regularização perante o Registro de Imóveis competente.

Incorporar não é atividade empresarial para aventureiros e amadores. Para vender antecipadamente um apartamento de edifício em construção ou cuja construção sequer foi iniciada, o incorporador precisa planejar os custos do empreendimento e fazer meios para que tenha receita suficiente para entregar a obra no prazo, sem

que dependa, exclusivamente, da integralidade das vendas e conseqüente perfeito adimplemento dos promitentes adquirentes, já que a falta de recursos financeiros não justificará o inadimplemento contratual e faz parte do risco da atividade.

Embora a finalidade precípua do incorporador seja vender as frações ideais de terreno que futuramente corresponderão a uma unidade habitacional e apropriar-se do correspondente resultado econômico, sua atividade empresarial não pode estar voltada somente à obtenção de lucro, porque desempenha papel relevante na universalização do direito de moradia.

O direito de moradia foi reconhecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) através da Emenda Constitucional (EC) n. 26/2000, que ampliou o rol de direitos sociais. Trata-se de direito que possui função de defesa (face negativa) e de prestação (face positiva). Conforme Silva (2016, p. 319), a função de defesa significa que o cidadão não pode ser privado ou impedido de conseguir uma moradia e a função prestacional consiste no direito de obter uma moradia digna e adequada, legitimando a pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado.

O Estado não é obrigado a dar casa própria aos indivíduos. Salienta-se que se esta fosse a interpretação do dispositivo constitucional ele jamais atingiria concretude. No Brasil, o preço da unidade habitacional, a escassez de recursos públicos, a priorização pelos investimentos no âmbito da saúde, da educação e da segurança, e por que não citar os escândalos de desvio da verba pública, inviabilizariam a efetivação deste direito. Se quer, apenas, uma garantia a todos de um teto onde se possa abrigar a família de modo permanente (SILVA, 2016, p. 318), com condições dignas de habitabilidade.

A incorporação imobiliária surge, nesta ambiência, como um instrumento para concretização do direito à moradia, voltado principalmente às famílias com renda mensal superior à estipulada pelo Decreto 7.499/11, que trata do Programa Minha Casa Minha Vida, ou seja, famílias de classe média e alta, que adquirem sua própria moradia sem depender exclusivamente de programas habitacionais governamentais, contudo, não deixam de ser guarnecidas de proteção legislativa que visa igualar as forças e informações entre incorporador e promitente adquirente.

Deste modo, a incorporação imobiliária precisa ser encarada como um negócio coletivo, no qual incorporador e adquirentes somam esforços para perseguir objetivos diversos: os adquirentes pagam antecipadamente pela unidade habitacional visando ter uma moradia e o incorporador utiliza o capital dos adquirentes para construir esta unidade habitacional e obter um retorno econômico em razão da atividade empresarial desenvolvida.

É muito comum, especialmente entre os incorporadores despreparados, que os adquirentes de um determinado empreendimento sofram com o atraso no cronograma de obras, enquanto novos empreendimentos são lançados pelo mesmo incorporador. É exemplo clássico de falta de planejamento ou de ação ardilosa, em que o incorporador inicia uma busca incessante pelo lucro e relega para um segundo plano a função social dos contratos que celebrou.

A título de exemplo, suponhamos que um incorporador, proprietário de um terreno, decide construir o Edifício X pelo regime da incorporação imobiliária, com dez apartamentos e vinte vagas de garagem, além das áreas comuns. De posse das autorizações e licenças e com a devida regularização perante o Registro Imobiliário, inicia a oferta das unidades habitacionais, cada uma no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), vindo

a celebrar contrato preliminar com dez adquirentes, que pagam R\$ 100.000,00 (cem mil reais) de entrada e se comprometem a pagar o restante, outros R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em dez prestações de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

O incorporador delega a construção a uma empreiteira e inicia as obras do Edifício X com metade do valor recebido a título de entrada (meio milhão de reais). Poucos meses depois, utilizando a outra metade já percebida daqueles primeiros adquirentes (meio milhão de reais), inicia as obras do Edifício Y, seu novo empreendimento imobiliário, maior do que o anterior. Após a satisfação dos requisitos legais, passa a vender as unidades habitacionais do Edifício Y e a situação se repete repetidas vezes, com o lançamento de novos empreendimentos, um pagando a conta do próximo. É possível que o andamento do Edifício X esteja mais adiantado, enquanto os lançados posteriormente estejam com seus cronogramas pouco ou muito atrasados.

Neste cenário, caótico no ponto de vista empresarial, se um grupo de adquirentes deixar de honrar sua obrigação mensal (o que é muito comum) ou se a venda antecipada das unidades habitacionais tornar-se dificultosa (fato igualmente comum), o impacto sobre a saúde financeira do incorporador pode ser irreversível e os adquirentes sofrerão de forma reflexa porque o empreendimento adquirido não será finalizado por falta de recursos, coisa que no último ano culminou com a edição da Lei 13.786/18, a chamada “Lei do Distrato”, que visa, entre outras coisas, diminuir a volatilidade dos recursos empresados pelos promitentes adquirentes em relação ao incorporador.

Em outras palavras, situação comum é que aqueles que pretendiam morar no Edifício X acabam por financiar não apenas a construção deste, mas também dos demais, coisa que pode culminar no descumprimento do cronograma de obras do Edifício X. Esta falta de planejamento por parte do incorporador ocasiona danos de natureza gravíssima à coletividade de adquirentes, quer pelo atraso na entrega das obras, quer pela abandono das mesmas, exurgindo a necessidade de proteção ou intervenção estatal, seja por meio de normas, seja por meio do Poder Judiciário.

4 APONTAMENTOS DA DUPLA PROTEÇÃO JURÍDICA DO ADQUIRENTE

O sujeito hoje denominado consumidor, cuja vulnerabilidade é expressamente reconhecida pela lei, nem sempre recebeu denominação própria, tampouco proteção jurídica especial.

A doutrina sobre o assunto não é unânime ao determinar o momento histórico em que a figura do consumidor passou a ser especialmente tutelada, mas sabe-se que o Código de Hammurabi já continha normas protetivas. Segundo Filomeno (2008), no caso de desabamento da construção, com vítimas fatais, aplicavam-se penas terríveis ao empreiteiro, inclusive de morte.

Na França, em 1841, o rei Luís XI estabeleceu a pena de banho escaldante para aquele que vendesse manteiga com pedra no seu interior para aumentar o peso, ou leite com água para inchar o volume (ROLLEMBERG, 1987, apud FILOMENO, 2008, p. 6).

Observa-se que as normas da época já estabeleciam diretrizes de transparência e boa-fé entre os contratantes e consideravam espécie de propaganda enganosa os defeitos e vícios de qualidade e quantidade significativos.

Algumas décadas depois, com a substituição dos homens pelas máquinas, a sociedade passou a se concentrar nos centros urbanos e a consumir grande quantidade de bens e serviços. Os fabricantes, produtores e comerciantes começaram a se preocupar com o atendimento da demanda que houvera aumentado em seu aspecto quantitativo, ainda que isso significasse algum tipo de perda na qualidade.

Nesta dinâmica, verifica-se que a função do adquirente de produtos e serviços passou a ser aceitar ou não aquilo que lhe era colocado à disposição. Não havia um efetivo poder de escolha: o fabricante produzia em série, para milhares ou milhões de pessoas, e, assim, não se importava com as preferências do adquirente. Cabia a este dizer sim ou não para o fornecedor, assinando o contrato de adesão, também produzido de forma standartizada (NUNES, 2013).

Ainda que se admita uma maior atenção à produção que à qualidade, não se pode deixar de mencionar que o exponencial crescimento populacional ocasionou uma crescente demanda no mercado de consumo, às vezes apenas suprida com a massificação da produção.

De toda sorte, a conjunção entre Revolução Industrial, produção de produtos e prestação de serviços em larga escala, e o conseqüente surgimento dos contratos de adesão, foram fatores fundamentais para o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e da necessidade de uma lei que regulamentasse estas relações jurídicas especiais e equalizasse o ponto de partida no que tange ao conhecimento técnico, informacional e situação econômica entre fornecedores e consumidores.

Os princípios norteadores do liberalismo, como a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos estavam arraigados na sociedade e na legislação. Eles eram aplicados indistintamente, inclusive nos contratos de consumo, derrotando, dia após dia, uma infinidade de pessoas. No Brasil, vigorava o Código Civil de 1916 (CC/1916), que era extremamente individualista e patrimonialista, e era ele que regia as relações de consumo.

É curioso notar que foi neste contexto jurídico que surgiu a Lei Nacional n. 4.591/1964 (Lei de Incorporações), um diploma normativo com nítido espírito protetivo e que já dava sinais da sensibilidade estatal para com uma coletividade de sujeitos vulneráveis.

Neste sentido, pode-se destacar o fato de que “*o regime especial da Lei 4.591/1964 fundamenta-se na necessidade de compensação da vulnerabilidade do adquirente*” (CHALHUB, 2017, p. 310). Para Agharian (2010), a principal justificativa para a elaboração da lei de incorporações foi a necessidade de disciplinar esta atividade empresarial, estabelecer a personalização da pessoa a quem se incumbirá a qualificação de incorporador e definir seu limite de responsabilidades perante os aderentes dos empreendimentos sob sua coordenação e iniciativa. Ela veio para dar ordem ao caos da especulação reinante neste setor do investimento imobiliário, restabelecer a confiança e estimular a construção e a aquisição de unidades residenciais ou comerciais (PEREIRA, 1998).

Com a instauração do Estado Social do século XX, a noção clássica do contrato passou por profunda revisão, seguindo um processo de contínua adaptação às constantes transformações da ordem social e econômica (THEODORO JÚNIOR,

2011). Já não era mais tolerável, no contexto social do país, uma legislação patrimonialista e individualista.

A promulgação da Carta Magna, em 1988, reformulou o sistema jurídico brasileiro e muitos dos dispositivos do CC/1916 tornaram-se com ela incompatíveis. Theodoro Júnior (2011), com razão, define a CRFB/88 como um centro irradiador e o marco de reconstrução de um direito privado brasileiro, mais solidário e preocupado com as pessoas vulneráveis.

O Brasil de 1988 clamava por valores e direitos que não se encontravam no Código Civil então vigente, como, por exemplo, a proteção dos consumidores.

No estado social de direito, a proteção ao consumidor não é dado isolado que se justifique apenas pela necessidade de se tutelar o contratante débil. Insere-se, outrossim, na preocupação institucional de ordenar um sistema econômico e social e de vinculá-lo ao processo de desenvolvimento econômico da sociedade (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 285).

O legislador constituinte, atento ao fato de que as normas civilistas eram incompatíveis com as relações de consumo, ao disciplinar os direitos e garantias fundamentais, dispôs, no art. 5º, inciso (inc.) XXXII, que o Estado promoveria, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Sucede, então, a criação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), norma principiológica de ordem pública e interesse social, voltada à proteção do consumidor, cuja vulnerabilidade é expressamente reconhecida.

Alguns anos depois, entrou em vigor o CC/2002, legislação que sofreu profundas mudanças, especialmente em sua tábua axiológica, atualmente orientada pelos paradigmas da eticidade, operabilidade e socialidade.

É importante salientar que o surgimento do contrato de consumo não se afastou das linhas clássicas que delineiam sua função social de proporcionar, com segurança, a circulação de riquezas, atendendo harmonicamente aos interesses tanto dos produtores quanto dos consumidores (THEODORO JÚNIOR, 2011).

Esta lógica é extensível às incorporações imobiliárias, já que nesta modalidade de negócio coletivo, o incorporador e os adquirentes somam esforços para perseguir objetivos diversos, como o lucro, a moradia, e, também, retorno por investimentos.

Hoje, pode-se dizer que os adquirentes são protegidos pela Lei Nacional n. 4.591/64 e pela Lei Nacional n. 8.078/90. Elas se preocuparam com “o aspecto ético nas relações negociais em massa” (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 263) e inovaram na ordem jurídica para proteger a parte naturalmente mais fraca. Há entre esses dois diplomas uma mesma base de sustentação, que confere ao adquirente de unidade habitacional em construção uma dupla proteção jurídica.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INCORPORADOR PELOS DANOS MORAIS CAUSADOS AO ADQUIRENTE

A Lei de Incorporações impõe diversas obrigações ao incorporador, condicionando a oferta das unidades autônomas ao arquivamento, perante o Registro de

Imóveis, de uma infinidade de documentos, que deverão ser atualizados enquanto a incorporação estiver em andamento. Prestam-se tais normas para conferir maior segurança ao negócio jurídico e dar efetividade aos princípios da informação e da transparência, previstos no CDC.

Também com intuito de dar a mais ampla efetividade a estes princípios, a Lei de Incorporações dispõe, no seu art. 43, que se o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preço certos, determinados ou determináveis, deverá informar aos adquirentes, no mínimo de seis em seis meses, o estado em que se encontra a obra, além de responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários, dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras.

Para proteger a coletividade de adquirentes da falência ou da insolvência civil do incorporador quando não se possa prosseguir na construção das edificações, o art. 43 atribui qualidade privilegiada aos adquirentes pelas quantias que houverem pago, além de atribuir responsabilidade pessoal subsidiária ao incorporador.

O mesmo art. 43 ainda veda a alteração do projeto, especialmente no que se refere à unidade do adquirente e às partes comuns, e o descumprimento do plano da construção, salvo autorização unânime dos interessados ou exigência legal. A modificação das condições de pagamento e o reajuste do preço das unidades só poderá ser realizada se houver previsão contratual neste sentido, com condições claras, inteligíveis e objetivas, sendo inadmitidos critérios de reajuste demasiadamente onerosos ao adquirente.

Registra-se que, embora tenha estabelecido alguns mecanismos de proteção ao adquirente, como os já mencionados, depois de vigorar por quarenta anos a Lei de Incorporações foi alterada pela Lei Nacional n. 10.931/04, que inovou ao ampliar estes mecanismos de proteção, destacando-se o patrimônio de afetação. “*O curso do tempo revelou que não eram mais suficientes os mecanismos da lei para evitar falcatruas e descumprimento do contrato*” (RIZZARDO, 2015, p. 365), permanecendo os adquirentes sem alternativas nos casos de frustração do empreendimento, desvio de valores ou de má gestão dos fundos.

O patrimônio de afetação nada mais é do que o patrimônio do próprio empreendimento, um patrimônio que se diferencia e distancia daquele pertencente ao incorporador, pessoa física ou jurídica, e que fica vinculado àquela específica incorporação imobiliária. “*Por não se comunicar com os demais bens, obrigações e direitos do incorporador, protege o negócio contra eventuais tropeços deste em outros empreendimentos*” (RIZZARDO, 2015, p. 368).

A formação do patrimônio de afetação é facultativa e sua principal finalidade é evitar que os recursos destinados a um empreendimento sejam injetados em outro, exatamente conforme a situação hipotética trazida no primeiro item desta pesquisa. Como benefício ao incorporador, o patrimônio de afetação traz significativa economia tributária, coisa que faz convergir interesses e incentiva a utilização deste instituto.

Além destas normas, diversas outras proteções são conferidas pelo CDC. A vulnerabilidade do adquirente, nos contratos de consumo, é expressamente reconhecida por lei, sendo presumida sua hipossuficiência técnica e financeira.

Impõe-se ao incorporador o dever de entregar ao adquirente um imóvel em plenas condições de habitabilidade e que não exponha seus moradores e visitantes a qualquer risco de vida, saúde e segurança. Ademais, fica o incorporador obrigado a agir com transparência perante os adquirentes, prestando-lhes, com clareza, todas as

informações sobre o empreendimento, sendo vedadas as formas de publicidade enganosas e abusivas.

O CDC, no mais, proíbe a inclusão de cláusulas abusivas nos contratos de consumo, assegurando a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Finalmente, se nenhum dos mecanismos de proteção contidos na Lei de Incorporações e no CDC se mostrarem eficazes para impedir a prática de atos ilegais por parte do incorporador, garante-se ao consumidor o acesso aos órgãos judiciais e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e não patrimoniais pela via da responsabilização objetiva, isto é, sem depender da comprovação ou demonstração de culpa do incorporador.

É possível que o incorporador, pelas mais variadas razões, deixe de cumprir o contrato celebrado com os adquirentes e se recuse a entregar as unidades imobiliárias prometidas à venda ou, simplesmente, promova a entrega meses ou anos após a data combinada.

Nesta hipótese, se o ato ilícito praticado pelo incorporador tiver causado danos ao adquirente, cabe ao Estado, desde que provocado, intervir na relação jurídica para determinar a reparação deste dano, o que se faz por meio de indenização por danos materiais ou morais.

A reparação por dano material, no âmbito das incorporações imobiliárias, não é objeto de grandes discussões teóricas. Tratando-se de responsabilidade civil objetiva, deve o incorporador indenizar os adquirentes por aquilo que perderam (danos emergentes) e por aquilo que deixaram de ganhar (lucros cessantes), em razão do ilícito praticado.

Indaga-se, entretanto, de que forma o Estado vai punir o incorporador que atua no mercado de consumo como se estivesse no século passado, pensando apenas no bem-estar individual e colocando a vantagem econômica acima de qualquer outro valor social?

Indenizar o dano não patrimonial suportado por estes adquirentes com uma quantia irrelevante deixou de ser uma alternativa viável no direito contemporâneo. Da mesma forma, a Lei 13.786/2018, chamada Lei do Distrato, além de estar sendo severamente criticada acerca de sua constitucionalidade, silencia acerca deste específico tema indenizatório porque limita-se a fixar multas pelo descumprimento das obrigações contratuais. A indenização, a nosso ver, precisa vestir uma nova roupagem, algo que enalteça sua função punitiva e que seja capaz de atingir o incorporador naquilo que ele mais valoriza: o lucro.

Para violações normativas de natureza grave, como os casos em que o incorporador retarda injustificadamente a entrega do imóvel por longo período, abandona as obras, vende a mesma unidade para duas ou mais pessoas, defende-se a fixação de indenização por danos morais – desde que, é claro, comprovados os requisitos da responsabilidade objetiva (ato ilícito, dano enexo causal) – em valor suficiente para compensar a vítima e a simultânea fixação de *punitive damages* em valor que sirva para punir e desestimular o ofensor.

Em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça a Ministra Maria Isabel Galotti, no Recurso Especial 1.341.138/SP entendeu que o atraso na entrega da obra gera presunção de lucros cessantes ao adquirente da unidade imobiliária, no entanto, apesar de tratar-se de entendimento moderno e que facilita o reparo dos danos sofridos

dos pelo adquirente, fato é que não se trata de situação inovadora o bastante que contribua para diminuir os ilícitos praticados reiteradamente pelo incorporadores.

O objetivo não é incentivar a indústria dos danos não patrimoniais, especialmente aquele moral, afinal, “a natureza sancionatória não pode justificar, a título de supostamente aplicar-se uma ‘punição exemplar’, que o acionante veja a indenização como ‘um prêmio de loteria’ ou ‘poupança compulsória’ obtida à custa do lesante” (GAGLIANO, 2013, p. 437). É, ao contrário disso, compensar o dano experimentado pela vítima e, concomitantemente, compelir o infrator a pagar uma quantia a título de pena privada, por ter dificultado, senão inviabilizado, o acesso de um grupo de pessoas à moradia, direito social constitucionalmente assegurado.

No Brasil, a punição civil do infrator não é tradicionalmente aceita, mas uma parte da doutrina e da jurisprudência já reconhece a necessidade de majorar as indenizações por danos morais para atingir empresas com grande poderio econômico no ponto que realmente lhes é sensível.

Germano (2011) esclarece que nas sociedades primitivas a função da responsabilidade civil não era indenizar a vítima, mas funcionava como uma vingança pelo rompimento da ordem social, a ser perseguida diretamente pela pessoa lesada.

Posteriormente, o Direito Romano substituiu a vingança privada pela sanção por ato ilícito. A tutela sancionatória aplicada aos delitos públicos tinha natureza reparatória e era concretizada pelas penas públicas. Já a tutela sancionatória aplicada aos delitos privados tinha natureza punitiva e era concretizada pelas penas privadas.

Mais tarde a tutela reparatória passou a prevalecer sobre a tutela punitiva, motivo pelo qual nos regimes jurídicos de tradição romanista, que originaram a *Civil Law*, a pena privada foi praticamente esquecida, diferentemente do que aconteceu no sistema *Common Law*, em que não se verifica o declínio da utilização da pena privada.

A pena privada apresenta-se nas formas implícita e explícita:

*A pena privada pecuniária judiciária implícita (doravante denominada “indenização punitiva”) é aquela em que o montante punitivo é imiscuído no montante fixado a título indenizatório nos danos morais, a exemplo do que vem ocorrendo do Brasil. Por outro lado, a pena privada pecuniária judiciária explícita (doravante denominada “punitive damages”) é aquela que se dá quando o valor punitivo é fixado em apartado do valor indenizatório, com o propósito, portanto, de punir explicitamente o ofensor por sua conduta reprovável, demonstrando o repúdio social a tal ato ilícito. Esta é a praxe nos países de **Common Law**, particularmente nos Estados Unidos (GERMANO, 2011, p. 42-43).*

A principal razão alegada por aqueles que não admitem o caráter punitivo da indenização pelo dano moral é o fato de não existir uma regra escrita criando essa espécie de sanção, resultando numa violação ao princípio da legalidade a fixação dos *punitive damages*.

Para esta corrente, o Poder Judiciário não pode aplicar uma pena privada sem que haja uma lei específica criando esta modalidade de sanção e estabelecendo os casos de sua aplicabilidade, pois, assim agindo, estaria exercendo função típica do Poder Legislativo.

Posicionando-se contrariamente ao caráter punitivo da indenização por danos morais, leciona Theodoro Júnior (2001, p. 59):

Desde que o Estado de Direito isolou a responsabilidade penal da responsabilidade civil, para avocá-la inteiramente para si, a vítima perdeu, por completo, o direito de punir aquele que lhe causa prejuízo. A responsabilidade civil, para o ofendido, não é uma “questão de vingança” ou de “punição”, mas apenas de “reparação”. O objeto de sua ação, por isso, só pode ser “perdas e danos”.

Discorda-se do citado autor, porque a fixação da indenização por danos não patrimoniais com vista apenas à função compensatória pode revelar-se uma medida judicial inócua. O caráter compensatório funcionará muito bem para aqueles que possuem poucos recursos financeiros, quando, então, o dinheiro proporcionará algo bom, sobretudo bens materiais até então inacessíveis (uma viagem, a compra de uma televisão, a satisfação de dívidas vencidas, etc). Para aqueles que detêm uma vida financeira estável e sadia, a verba indenizatória não proporcionará nada além do que já possuem, isto é, não haverá compensação. Relativamente a estes, acredita-se que é a punição do ofensor e não o alargamento da conta bancária que trará uma sensação de conforto.

Ademais, diverge-se do posicionamento segundo o qual o arbitramento dos *punitive damages*, assim como a sanção penal, sujeita-se ao princípio da legalidade.

O Direito Penal é um instrumento de controle social, ao lado dos demais ramos do direito, que se preocupa com condutas reprováveis capazes de lesionar bens jurídicos especialmente tutelados, e que, por isso, demandam uma reprimenda mais severa por parte do Estado. Conforme Germano (2011) a sanção penal imprime à vítima um caráter infamante que marcará para sempre sua reputação no meio social.

O Direito Civil e o Direito Penal, portanto, tratam de valores e bens jurídicos diferentes, não havendo porque exigir para a sanção de gravidade mínima as mesmas garantias necessárias para a sanção de gravidade máxima (GERMANO, 2011), devendo ser sublinhada a tendência de, cada vez mais, retirar do âmbito do Direito Penal as situações que possam ser resolvidas em outras esferas do direito. A essa teoria, pensada por Winfried Hassemer, dá-se o nome de Direito de Intervenção (CUNHA, 2016, p. 38).

Desta forma, partindo da premissa de que a fixação dos *punitive damages* não tem por fim manchar o nome do incorporador no meio social, mas simplesmente puni-lo por praticar um ato ilícito contra a coletividade de adquirentes e por dificultar o acesso destes a uma moradia, demonstrando que “o Direito não tolerará o ilícito” (GERMANO, 2011, p. 60), defende-se a desnecessidade de lei específica para aplicação da pena pecuniária judiciária e a flexibilização da aplicação do princípio da legalidade no âmbito das relações jurídicas regidas pela Lei de Incorporações e pelo CDC.

Por mais atraentes que sejam as discussões teóricas, é bem verdade que a ausência de lei escrita criando no sistema jurídico brasileiro os chamados *punitive damages* não impede a aplicação desta sanção às avessas. A pena pecuniária judiciária poderá ser implicitamente inserida no valor da indenização por danos não patrimoniais (indenização punitiva), já que o arbitramento desta pelo magistrado pressupõe a análise de certos requisitos, como a capacidade econômica das partes, a gravi-

dade da conduta e o proveito econômico obtido pelo ofensor, o que já é pacífico na doutrina e na jurisprudência.

Não fosse o suficiente, é relevante observar que o inadimplemento do incorporador pode gerar dano não patrimonial, além daquele moral já veementemente utilizado, como, por exemplo, dano ao seu projeto de vida, pois iria estabelecer naquele local sua moradia e talvez “sair” do aluguel.

Não se pode olvidar, ainda, que uma das características da responsabilidade civil no direito brasileiro é seu aspecto desmotivacional, isto é, não apenas compensar a vítima, mas desmotivar aquela prática por parte do infrator. Desta forma, aliando-se a possibilidade de análise de outros danos não patrimoniais que não apenas aqueles morais e o caráter desestimulador de atos ilícitos da responsabilidade civil, tem-se que plenamente justificável a aplicação dos chamados *punitive damages*.

Neste sentido, recentemente o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, ao julgar um Recurso de Apelação, em que se discutia o valor de uma verba indenizatória, discorreu sobre o tema e aplicou uma pena privada implicitamente, conferindo caráter nitidamente punitivo à indenização.

(...) Uma análise histórica sobre as lides cujo objeto inclui pedido de danos morais pode demonstrar que o alegado efeito pedagógico, até o momento, tão só possui caráter retórico. Em realidade, não está ocorrendo uma diminuição de ações. Ou seja, em outras palavras, as pessoas jurídicas contumazes em desrespeitar a honra e a moral alheia não estão aprendendo com as condenações que são constantemente apenadas. E não aprendem por um motivo muito óbvio: é lucrativo manter a atitude ilícita, mesmo diante das condenações. Muitas dessas empresas, em especial do setor financeiro, para agirem com extremo profissionalismo e evitarem a prática de atos ilícitos contra os consumidores, teriam que contratar funcionários especializados e treinados na fiscalização dos próprios atos da empresa. Um banco, por ilustração, não levaria para protesto títulos ilegais, ou não receberia para negócios títulos sem causa, se tivesse um corpo de funcionários aptos à análise de todos estes processos internos. Mas contratar funcionário gera custo. E a política econômica atual é minimizar os custos e maximizar os lucros. Há uma decisão financeira em muitas empresas neste sentido, qual seja, não gastar com funcionário, mesmo sabendo-se que isto levará a prática de muitos atos ilícitos contra consumidores. O que se economiza com a contratação de funcionários e gastos em análise da própria atuação empresarial gera um valor superior ao que se paga como indenização por danos morais. Diante disso, vale a pena continuar, sob o ponto de vista financeiro, a manter a prática de atuar em massa, sem cautelas, na cobrança de possíveis dívidas, mesmo pagando danos morais. Remeter milhares de títulos ao protesto, por exemplo, sem uma análise pormenorizada de cada um, acaba gerando poucas ações de danos morais. As condenações, em regra, soem ser baixas, pois os magistrados aceitam argumentos do tipo enriquecimento ilícito e indústria do dano moral. Ao final das contas, agir ilicitamente é lucrativo. E é exatamente por isso que o efeito pedagógico não funciona. Só funcionará quando, nas planilhas financeiri-

ras das empresas, o resultado final gerar prejuízo. Aí sim o efeito pedagógico será forte. A linguagem do dinheiro fala mais alto. Por esses motivos, faz-se necessário, como política judiciária, aumentar os valores das condenações em danos morais. (...) Há uma verdadeira indústria lucrativa de práticas ilícitas, até o momento incentivada pelo Poder Judiciário, tímido nas condenações por danos morais (SANTA CATARINA, 2014).

Registra-se que a referida indenização não atendeu apenas ao caráter punitivo, já que serviu para compensar o abalo moral da vítima. É evidente, contudo, que, não fosse o caráter desestimulador, a indenização não teria sido arbitrada naquele patamar, mas em valor bastante inferior.

Alguns juristas criticam esta prática, cada vez mais comum no Poder Judiciário, ao fundamento de que o consumidor não pode enriquecer às custas do fornecedor. Entende-se, porém, que o enriquecimento do consumidor não será “sem causa” se decorrer do ilícito praticado pelo próprio fornecedor, embora não deva ser estimulado.

Sob este ponto de vista é interessante a opinião de Matilde Zavala de Gonzales e Rodolfo Martin Zavala. Referidos autores afirmam que, de fato, a regra é a de que a vítima não poderia lucrar pelo fato lesivo. Todavia, se no caso concreto o juiz se deparar com uma situação na qual tenha que decidir entre a “culpa lucrativa” do ofensor (enriquecimento ilícito) e os “danos lucrativos” da vítima (enriquecimento sem causa), o magistrado deveria decidir em prol da vítima, permitindo que esta acabe por receber uma indenização maior do que o dano que de fato sofreu. Isto porque para os autores em tela, seria muito mais “irritante” o lucro ilícito do ofensor do que o enriquecimento “sem causa” da vítima, pois o primeiro permanece em uma situação em que nada o impede de reiterar a atividade nociva (ZAVALA DE GONZALES, 1997, apud GERMANO, 2011, p. 91).

A pena pecuniária judiciária implícita (indenização punitiva), neste ponto crucial, diferencia-se da pena pecuniária judiciária explícita (*punitive damages*). Enquanto a primeira é destinada à vítima, havendo certo estímulo ao dano lucrativo, que se quer evitar, a segunda pode ser total ou parcialmente destinada a um fundo público, como acontece em outros ordenamentos jurídicos.

Embora exista reticência quanto ao uso deste instituto inerente à responsabilidade civil, deve-se destacar que estão os *punitive damages* abarcados inclusive já na antiga lógica de justiça mencionada por Epicuro consistente do *neminem laedere*, em tradução livre, não causar dano a outrem.

No caso das relações entre incorporador e adquirente, objeto deste trabalho, acredita-se que seria muito eficaz, inclusive sob o ponto de vista econômico, seguir a linha de raciocínio do parágrafo anterior.

Suponha-se que, no exemplo citado na primeira parte desta pesquisa, o incorporador tenha entregue o Edifício X com cinco anos de atraso. Se os dez adquirentes decidirem acionar o Poder Judiciário, pleiteando a condenação do incorporador ao pagamento de indenização por danos morais, é possível que tenham sua pretensão

acolhida, desde que comprovem não ser o caso de mero aborrecimento ou mero inadimplemento contratual.

Imagine-se, agora, que o magistrado, atento apenas ao caráter compensatório da reparação civil e pensando num valor que não ocasione o enriquecimento “sem causa”, arbitre, para cada um dos adquirentes, uma indenização de 5.000,00 (cinco mil reais).

Nesta situação hipotética, o atraso de cinco anos terá ocasionado ao incorporador um “prejuízo” de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Relembra-se que o incorporador é o organizador do negócio. Ao planejar e lançar o empreendimento ele calculou suas vantagens e seus riscos, pensou nas receitas e nas despesas e, muito provavelmente, inseriu no valor da venda uma quantia suficiente para cobrir eventual condenação judicial.

Faz parte do negócio. Os consumidores pagam a sua própria indenização e, assim, o lucro líquido do incorporador permanece intocável. Se nenhum ou apenas alguns dos adquirentes acionarem a justiça, o valor embutido no valor do imóvel para uma eventual condenação judicial, reverte-se em lucro para o incorporador. Como diz Farias (2016), citando provérbio brasileiro, “prejuízo pouco é lucro”.

Tal reprodução cancerígena é prova contundente de que as pífias indenizações impostas pelo Judiciário a título de dano moral não vêm sendo efetivadas para barrar abusos do fornecedor nas relações de consumo. As grandes empresas, evidentemente, têm ciência do quantum gasto a título de indenizações, bem como das causas de pedir que as originam. Não são amadoras. Diante disso, tendo em vista a não mudança de postura diante da condenação em milhares de ações envolvendo práticas abusivas há muito tempo conhecidas, é imperiosa a conclusão de que tais empresas estão tomando decisões com base no pragmatismo cru de uma equação custo-benefício econômica, cujo resultado é o de que sai mais barato enfrentar o Poder Judiciário do que proteger o consumidor (GERMANO, 2011, p. 66-67).

A partir do caso exemplificado, entende-se que se o magistrado tivesse fixado *punitive damages* no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada adquirente que requeresse a prestação da tutela jurisdicional, destinando R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) ao próprio consumidor e o restante a um fundo público, atingiria o incorporador em seu ponto mais sensível.

É bem possível que pagar R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) no lugar de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) faça o incorporador refletir sobre sua missão no mercado imobiliário e repensar sua forma de atuação perante a massa de consumidores.

Farias (2016, p. 386), centralizando a discussão nas incorporações imobiliárias, afirma que o sistema jurídico não pode se manter alheio às condutas lesivas dos incorporadores, afinal há o interesse da sociedade em conter comportamentos reprováveis sobretudo quando evidenciado o descaso do ofensor perante a sorte daqueles a quem atraiu.

Confirma esse posicionamento a realização análise econômica do direito por meio da teoria dos jogos, que estuda as situações de que quem toma uma decisão está ciente de que possui um adversário inteligente e racional. Por essa teoria, pode-se constatar que em razão de determinada situação, haverá um comportamento pa-

drão, uma tendência social, que geralmente tende a um comportamento egoísta de exploração da situação de outro.

Se os componentes de uma sociedade percebem que estão diante de outros igualmente inteligentes e racionais, constatar-se-á uma tendência de que o comportamento individual seja aquele que mais pode trazer proveito para um sujeito até o limite suportado pelo outro ou delimitado pelo julgador.

Os *punitive damages*, neste contexto, apresentam-se como o excelente mecanismo de proteção aos adquirentes, devendo ser utilizado pelo Poder Judiciário, ainda que não exista lei criadora. Com efeito, para aplicação da pena privada, compreende-se que basta a provocação do Poder Judiciário e a formulação de pedido específico neste sentido.

Ao discorrer sobre o papel do magistrado na aplicação dos *punitive damages*, Germano (2011) afirma que a jurisprudência não pode curvar-se ao comodismo do positivismo jurídico exacerbado, mas antes deve valer-se de um positivismo jurídico crítico.

José Osório de Azevedo Júnior (1996, *apud* Germano, 2011, p. 95) reflete:

A jurisprudência é engraçada; às vezes ela vai além da doutrina, outras vezes ela fica pra trás. Numa outra matéria que eu tenho estudado bastante, que é o Compromisso de Compra e Venda, por exemplo, a Jurisprudência construiu praticamente tudo, em grande parte à revelia dos doutos. Aqui neste campo do dano moral deu-se o contrário: a Doutrina recomendava mas o juízo não concedia. O primeiro, creio, é fruto de um positivismo jurídico exacerbado. Foram gerações de juízes formados numa linha muito positivista, só de enxergar o texto expresso da lei.

A desconsideração da personalidade jurídica é outro exemplo de teoria que sofria resistência entre os juristas pela ausência de lei autorizativa. Apenas na década de 70, a jurisprudência, influenciada pela doutrina, especialmente de Rubens Requião, reconheceu o referido instituto, que, posteriormente, foi previsto no CDC e no CC/2002 (GERMANO, 2011).

Portanto, por tudo que foi estudado, tem-se que a aplicação dos *punives damages* é uma forma legal de coibir alguns dos abusos frequentemente praticados no mercado imobiliário pelos incorporadores, cabendo ao Estado-juiz desapegar do positivismo jurídico extremo e atuar incisivamente na proteção daquelas famílias de média e alta renda que, sem qualquer assistencialismo financeiro do Estado, enfrentam o mercado imobiliário na busca por uma moradia e deparam-se com empresários que agem ao alvedrio da lei porque ainda é lucrativo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se com a presente pesquisa demonstrar de que modo o Estado pode proteger os indivíduos que se utilizam da incorporação imobiliária para ter acesso à moradia digna, e como seria possível coibir alguns dos abusos frequentemente praticados no mercado imobiliário, notadamente o retardamento injustificado na entrega do imóvel, a paralisação das obras e a venda fraudulenta de unidades autônomas para mais de uma pessoa.

Na primeira parte deste artigo estabeleceu-se um elo entre o direito de moradia e a incorporação imobiliária. Demonstrou-se que o incorporador, ao exercer sua atividade empresarial, não pode perseguir o lucro a todo custo, agindo ao alvedrio da lei para lesionar os adquirentes, ao revés, deve ter em mente que a incorporação imobiliária é um negócio coletivo, em que somam-se esforços para alcançar objetivos diversos: os adquirentes pagam antecipadamente pela unidade habitacional visando ter uma moradia e o incorporador utiliza o dinheiro dos adquirentes para construir esta unidade habitacional e obter um retorno econômico.

A segunda parte cuidou da dupla proteção conferida ao adquirente de imóvel em construção pelo regime da incorporação imobiliária. Analisou-se a longa trajetória percorrida pela sociedade, desde as antigas até a contemporânea, para chegar ao estágio atual, em que a legislação tutela a parte mais fraca das relações jurídicas de consumo. O estudo realizado foi muito importante para compreender a vulnerabilidade que envolve a coletividade de adquirentes e a importância do Estado no reequilíbrio das relações jurídicas com o incorporador, por meio de normas ou sanções.

A terceira parte abordou a responsabilidade civil do incorporador numa ótica social. Averiguou-se que a Lei de Incorporações e o Código de Defesa do Consumidor, apesar de conterem mecanismos de proteção aos adquirentes, podem não ser eficazes o tempo todo. Viu-se que agir ilícitamente é, muitas vezes, lucrativo para o incorporador. Ele não é um amador. Ao planejar o negócio, calcula o custo e o benefício de lesionar o adquirente, inserindo, muitas vezes, no preço do próprio imóvel valor destinado a cobrir eventual condenação judicial.

Os consumidores pagam a sua própria indenização e, assim, o lucro líquido do incorporador permanece intocável. Se nenhum ou apenas alguns dos adquirentes acionarem a justiça, o valor embutido no valor do imóvel para uma eventual condenação judicial, reverte-se em lucro para o incorporador. Aplica-se o provérbio brasileiro, segundo o qual prejuízo pouco é lucro.

Como forma de proteger os indivíduos que utilizam a incorporação imobiliária para dar concretude ao direito de moradia, constitucionalmente assegurado, defendeu-se a aplicação, pelo Estado-juiz dos *punitive damages*, que, embora não estejam expressamente previstos na legislação, têm seu cabimento implicitamente reconhecido pelo ordenamento jurídico e expressamente reconhecido por doutrina de excelente qualidade.

Considera-se que indenizar o dano não patrimonial suportado pelos adquirentes, em decorrência de ofensas graves, com uma quantia pífia deixou de ser uma alternativa viável no direito contemporâneo, notadamente na seara da proteção coletiva. A indenização precisa vestir uma nova roupagem, algo que enalteça sua função punitiva e que seja capaz de atingir o incorporador naquilo que ele mais valoriza: o lucro.

Estimula-se, com este estudo, uma superação ao positivismo jurídico extremo, como timidamente vêm fazendo alguns tribunais, e a tomada de decisões firmes na proteção dos consumidores. Pensa-se que o Estado, através do Poder Judiciário, deve tomar decisões incisivas para reprimir a indústria do lucro ilícito, ainda que venha sofrer certa represália setorial, não podendo atuar como mero expectador das ilegalidades que assolam o mercado imobiliário brasileiro e privam muitas pessoas de realizar o sonho da casa própria.

Para aqueles que não admitem, sob qualquer ângulo, o arbitramento dos *punitive damages*, pela ausência de lei escrita autorizadora, apresenta-se a alternativa da

indenização punitiva, plenamente legal, já que o arbitramento da indenização presuppõe a análise de certos requisitos, como a capacidade econômica das partes, a gravidade da conduta e o proveito econômico obtido pelo ofensor, o que já é pacífico. Entende-se que, no confronto entre o lucro ilícito e o enriquecimento “sem causa”, este último se mostra muito menos reprovável pela sociedade.

REFERÊNCIAS

AGHIARIAN, Hércules. *Curso de direito imobiliário*. 9. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

BRASIL. *Lei 4.591, de 16.12.1964*. Dispõe sobre os condomínios em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. *Lei 8.078, de 11.09.1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.341.138/SP*. Relatora: Min. Maria Isabel Galotti. j. em 09.05.2018. www.stj.jus.br Acesso em 01 abr. 2019.

CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária* – 3.ed. revista e atualizada / Melhim Namem Chalhub.. – Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação imobiliária* / Melhim Namem Chalhub. – 4.ed., rev, atual. e ampl. – São Paulo, Forense, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal, parte geral (arts. 1º ao 120)* / Rogério Sanches Cunha. 4.ed. rev., ampl., e atual. – Salvador, JusPODIVM, 2016.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual*. No novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo, Saraiva, 2004.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Bona fides*, do direito material para o processual. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4597/3015>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

EPICURO. *Máximas principais*, São Paulo, Loyola, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil, responsabilidade civil* / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Felipe Peixoto Braga Netto – 3.ed. rev. e atual. – Salvador, Ed. Juspodivm, 2016.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito, técnica, decisão, dominação*. 8. ed., São Paulo, Atlas, 2015

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, volume 3, responsabilidade civil/Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 11.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo, Saraiva, 2013.

GERMANO, Geandrei Stefanelli. *Punitive damages nas relações de consumo*. São Paulo. 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-03102012-084841/pt-br.php>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

GOMES, Orlando. *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 2008.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed., São Paulo, Atlas, 2015.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor* / Rizzatto Nunes. 10.ed. rev. e atual. – São Paulo, Saraiva, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*; edição atualizada segundo a legislação vigente, Rio de Janeiro, Forense, 1998.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, São Paulo, Martins Fontes, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária* / Arnaldo Rizzardo. – 4.ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro, Forense, 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Apelação Cível n. 2014.012744-0*, da Capital. Rel. Desembargador Lédio Rosa de Andrade, j. em 02.09.2014. Disponível em: <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 20 abr. 2018.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français, civil, administrative, professionnel, procedural*. 12. ed. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen Romischen Rechts*. Berlin, Scietia Verlag Aalen, 1981.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do direito na Europa*, da Idade Média à Idade Contemporânea, São Paulo, Martins Fontes, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* / José Afonso da Silva. – 39. ed., rev. e atual. / até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.9.2015. – São Paulo, Malheiros, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, 1938 – *Dano moral* / Humberto Theodoro Júnior. 4ª ed. atual. e ampl. – São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, 1938 – *Direitos do consumidor, a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil* / Humberto Theodoro Júnior. – Rio de Janeiro, Forense, 2011.