

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

CARLOS ALBERTO FERRIANI

RESPONSABILIDADE CIVIL NA EMPREITADA

SÃO PAULO

2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

CARLOS ALBERTO FERRIANI

RESPONSABILIDADE CIVIL NA EMPREITADA

SÃO PAULO

2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA

CARLOS ALBERTO FERRIANI

RESPONSABILIDADE CIVIL NA EMPREITADA

**Monografia apresentada ao curso de
Mestrado em Direito, Pós Graduação
Stricto Sensu, da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo,
como requisito parcial para a
obtenção do título de mestre.**

**Orientadora: Professora Doutora
Maria Helena Diniz**

São Paulo

2015

CARLOS ALBERTO FERRIANI

RESPONSABILIDADE CIVIL NA EMPREITADA

Membros da banca examinadora:

São Paulo, _____ de _____ de 2015.

**Muitos são os que
aguardaram o meu tempo. A
todos sou imensamente
agradecido pelo carinho que
nunca faltou e pela
esperança que não se esvaiu**

RESUMO

O trabalho que está sendo apresentado como conclusão do curso de mestrado em direito civil comparado versa sobre a responsabilidade civil decorrente do contrato de empreitada. Logo, não trata apenas da responsabilidade civil do empreiteiro, mas também da dele.

Está constituído de três partes: uma dedicada à análise das características principais do contrato de empreitada, com alusão às principais obrigações provenientes da convenção entre as partes; outra alusiva ao tema da responsabilidade civil em geral, tanto contratual quanto extracontratual, com vistas a localizar, neste contexto generalista, os aspectos que se relacionam com os contratantes do negócio jurídico em causa, bem como os efeitos que podem eventualmente alcançar terceiros; e a última, em que se procurou dar destaque especial para a responsabilidade civil do empreiteiro de obras de construção civil de proporções consideráveis, que é a que mais freqüentemente tem lugar no mundo dos fatos.

Ao examinar a empreitada, visou-se a demonstrar que não obstante as poucas alterações literais que ocorreram com a edição do Código de 2002, qualquer contrato deve, na atualidade, ser concluído e executado em conformidade com os princípios da eticidade, da socialidade e da praticidade. No lugar da concepção individualista, instalou-se decididamente a colaboracionista, isto é, em vez do antagonismo dos interesses, impõe-se o espírito altruísta de cooperação, para que se alcance o resultado que mais plenamente satisfaça aos propósitos das partes envolvidas.

Se com os contratos ocorreram mudanças, também com relação à responsabilidade civil, foram apontados avanços que os tempos atuais exigiram, bastando lembrar a inserção da regra de cunho geral do artigo 927, parágrafo único do Código Civil.

O contrato de empreita não ficou alheio a esta influência inovadora. Ao contrário, como qualquer negócio jurídico, há de ser celebrado, apreciado e executado à luz destas regras gerais e dos princípios que servem de norte para esse processo que persegue, de modo obstinado --- não é exagero afirmar ---, o bem comum e o *neminem laedere*.

Analísaram-se alguns textos de diplomas estrangeiros, correspondentes ao artigo 618 do Código Civil brasileiro. Destacaram-se também as duas espécies de responsabilidade do empreiteiro de obras consideráveis, uma com relação àquele que a encomenda, outra em relação a terceiros. Também constituiu preocupação a análise do fundamento de cada uma dessas espécies de responsabilidade. Enfim, procurou-se mostrar os reflexos desse negócio jurídico não só entre as partes contratantes, mas entre elas e estranhos, sob o foco das mudanças que estão acontecendo.

ABSTRACT

The paper was carried out as a Master Civil Law Degree conclusion and was compared with the civil liability from a contract job result.

Therefore, it is not just a question of civil responsibility to the contractors, but also his.

It is composed of 3 parts: the first one regarding the main features of a contract job, with reference to obligations originated from an agreement between the parties; the second regarding civil liability as a whole, either contractual or extracontractual, aiming at spotting, on the whole, aspects which might be related to any transaction of a contracting part at issue, as well as any casual aftermath that may reach third parties; the last one, aimed at highlighting the public works contractor civil liability who represents considerable proportions and what oftentimes happen;

As an analysis, it was aimed at demonstrating that despite the fact that there are only few literal amendments occurred along with 2012 code edition, any contract must, nowadays, be finished and implemented in accordance with ethics, sociability and practicality principles. Instead of individualistic conceptions, the collaborationist one was applied, that means, instead of personal interest antagonism, this argues in favors of altruist spirit of cooperation, in order to obtain satisfactory results to the involved parties.

Whether any change happened with the contracts, also related to civil liability, nowadays, some advances were seen and required, it is also important to mention the article 927 broad questions insertion, civil code sole paragraph.

The contract job is not unfamiliar to this innovative influence. On the contrary, as any transaction, it must be celebrated, appreciated and implemented in the light of law general rules and principles which face north to pursue this process – it is not an exaggeration to claim – the common good and the *neminem laedere*.

Some foreign degree texts were analyzed, pursuant to article 618 of the Brazilian Civil Code. It is also highlighted two ways of a contractor liability for a

considerable work, one regarding the one who requests, and the other regarding third parties. Another concern is the analysis of each one's liability basics. At last, it was sought to show some reflexes in transactions not only between the contracting parts, but also among themselves and strangers, under changes focus have been taking place.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I – DO CONTRATO DE EMPREITADA

1. Do contrato de empreitada no ordenamento jurídico brasileiro.....	17
2. Do contrato de empreitada na legislação estrangeira.....	19
3. Do objeto do contrato de empreitada.....	20
4. Conceito de empreitada.....	21
5. Da natureza jurídica da empreitada.....	24
5.1. Da existência da empreitada.....	26
5.2. Da validade da empreitada.....	27
5.3. Da eficácia da empreitada.....	30
6. Das características do contrato de empreitada.....	34
7. Das espécies de empreitada.....	41
7.1. Da empreitada quanto ao modo de fixação do preço.....	42
7.2. Da empreitada quanto à execução do trabalho do empreiteiro.....	44
7.2.1 Da empreitada de labor.....	45
7.2.2. Da empreitada mista.....	46
8. Da afinidade da empreitada com outros contratos.....	47
8.1. Da empreitada e da venda.....	47
8.2. Da empreitada e da prestação de serviços.....	47
8.3. Da empreitada e do mandato.....	48
8.4. Da empreitada e da construção.....	48
8.5. Da empreitada e da incorporação.....	49
8.6. Da empreitada e do <i>engineering</i>	49
9. Da empreitada e o Código de Defesa do Consumidor.....	50
10. Da empreitada e da proteção do direito autoral ao projeto de construção.....	52
11. Da empreitada e da competência judicial para julgar conflitos decorrentes da empreitada.....	53

CAPÍTULO II – DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1. Noções.....	54
2. Dos fundamentos da responsabilidade civil.....	56
3. Da responsabilidade civil contratual e extracontratual.....	60
4. Da responsabilidade civil no Código Civil.....	62
4.1. Da responsabilidade civil extracontratual.....	64
4.1.1. Da responsabilidade civil extracontratual com fundamento na culpa.....	64
4.1.2. Da responsabilidade civil extracontratual com fundamento no risco.....	73
4.1.2.1. Da responsabilidade civil com fundamento no risco e prevista em lei.....	73
4.1.2.2. Da responsabilidade civil decorrente de atividade que implica risco.....	74
4.2 Da responsabilidade civil contratual.....	76
4.2.1. Da inexecução da obrigação.....	79
4.2.1.1. Do inadimplemento absoluto.....	80
4.2.1.2. Do inadimplemento mora.....	83
4.2.1.3. Da violação positiva do contrato.....	89
4.2.2. Do dano.....	90
4.2.3. Do nexo de causalidade.....	99

CAPÍTULO III – DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREITEIRO

1.Introdução.....	102
2. Da responsabilidade civil contratual.....	102
2.1. Da obrigação principal do empreiteiro, de fazer e de dar.....	104
2.2. Da obrigação de observar as instruções do proprietário da obra..	111
2.3. Da obrigação de pagar os materiais inutilizados.....	113
2.4. Da obrigação de manter o projeto inicial.....	113
2.5. Da obrigação de aceitar a redução do preço.....	114
2.6. Da obrigação de aceitar a suspensão da obra.....	115
3. Das obrigações do proprietário da obra.....	116
4. Das excludentes da responsabilidade.....	122
5. Da Empreitada na indústria da construção civil.....	124

5.1. Introdução.....	124
5.2. Da responsabilidade civil do empreiteiro por defeitos aparentes e ocultos.....	124
5.3. Da responsabilidade civil do empreiteiro por defeitos que afetam a solidez e a segurança da obra.....	131
5.3.1. Da construção civil e dos diplomas legais pertinentes.....	135
5.3.2. Da empreitada e da construção.....	135
5.3.3. Do contrato de construção civil.....	137
5.3.4. Das construções consideráveis.....	138
5.3.5. Da solidez e segurança da obra.....	139
5.3.6. Da confrontação entre o artigo 618 do Código Civil vigente e o artigo 1245 do Código revogado.....	142
5.3.6.1. Da adequação do solo.....	143
5.3.6.2. Da irredutibilidade do prazo de cinco anos.....	144
5.3.6.3. Do prazo de cento e oitenta dias para a propositura da ação.....	144
5.3.7. Do prazo de cinco anos do artigo 618, <i>caput</i> do Código Civil.....	145
5.3.8. Do prazo de cento e oitenta dias do parágrafo único do artigo 618 do Código Civil.....	148
5.3.8.1. Breves observações acerca da prescrição e decadência.....	149
5.3.8.2. Do termo inicial do prazo de cento e oitenta dias.....	151
5.3.8.3. Da finalidade do prazo de cento e oitenta dias...	152
5.3.8.4. Do prazo de prescrição da pretensão do dono da obra de reclamar a reparação do dano decorrente do defeito de solidez e segurança.....	156
5.4. Da responsabilidade civil de empreiteiros encarregados de atividades diversas.....	163
5.5. Da responsabilidade civil na empreitada em face de terceiros.....	164
5.6. Da cláusula de não indenizar.....	175
5.7. Da responsabilidade civil na subempreitada.....	179

5.8.Da responsabilidade civil do empreiteiro em relação aos seus empregados.....	185
5.9. Da responsabilidade civil do empreiteiro em face do Código De Defesa do Consumidor.....	186

CONCLUSÕES

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

O tema da responsabilidade civil é dos mais vastos. E inesgotável.

Compreende enormes dificuldades, quer para conhecer o fundamento próximo de uma determinada situação, quer para justificar o fundamento remoto, aquele que inspira o legislador para regular de um modo ou de outro.

É uma constante na vida de qualquer pessoa. Sempre que algum desarranjo se verifique, por mais insignificante que ele seja, do qual se possa lobrigar uma lesão, desponta inexorável a indagação: quem é o responsável? E para que esta situação se apresente, não importa, necessariamente, cogitar-se de alguma espécie de convenção. Ela pode resultar de um contrato, mas pode também ocorrer independentemente dele.

Um jurista francês¹ chegou a afirmar que a responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social.

De maneira simples e breve diz-se que a responsabilidade civil é o dever de reparar um dano.

Inculcar a afirmação como falta de conteúdo pode até admitir-se. Mas imputar-lhe vício substancial é exagero. O âmbito do direito civil é fundamentalmente o reparatório.

Francisco Amaral² anota o seguinte: O instituto da responsabilidade civil se estabelece em torno da relação decorrente do ato ilícito, contratual ou extracontratual. Seu objetivo é puramente reparatório, não alcançando, por isso, os benefícios eventualmente obtidos pelo autor do dano”.

Muitas são as definições de responsabilidade civil. Confira-se parte da resenha oferecida por um dos mais prestigiados autores brasileiros que se dedicou ao tema, José de Aguiar Dias³.

Em outra obra, denominada Cláusula de Não-Indenizar, esse mesmo autor deixou consignado o seguinte: “Responsabilidade, rigorosamente definida, em atenção à etimologia da palavra, é expressão iniludivelmente ligada às idéias de imputabilidade e de culpa. Responsável só pode ser, nesse

¹ G.Marton, *Les fondements de la responsabilité civile*, Paris,1938, nº 97, p. 304.

² Francisco Amaral, *Direito civil – introdução*, Rio de Janeiro, Renovar, 5ª edição, 2003, p. 568.

³ José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2012, 12ª edição, 2ª tiragem, p.15/16.

estrito ponto de vista, quem falta a dever preexistente, sabendo que o deve observar e podendo observá-lo. Não é isso o que conhecemos sob a designação de responsabilidade civil. Até para os que resistem, ainda, às doutrinas objetivas, colocados no terreno da culpa, torna-se claro que *responsabilidade civil* tem conteúdo maior do que o revelado pela simples expressão terminológica, significando, como decorrência do rompimento do equilíbrio econômico entre dois patrimônios, a obrigação de restabelecê-lo, natural ou subsidiariamente”⁴.

Para Fernando Noronha⁵, a responsabilidade civil está inserida dentro de um estudo que ele nomina “Tripartição Fundamental do Direito das Obrigações”.

Observa ele que as obrigações devem ser classificadas de conformidade com a *diversidade de funções* que elas desempenham na vida real, porque é tal diversidade que implica especificidades no regime jurídico.

A intenção do presente trabalho não é, evidentemente, escandir as dificuldades que o assunto encerra. Mas o essencial, ainda que em termos gerais, tem de ser examinado. É o que será feito no Capítulo II.

⁴ José de Aguiar Dias, *Cláusula de não-indenizar*, Rio de Janeiro, Forense, 4ª edição, 1980, p. 14.

⁵ Fernando Noronha, *Direito das obrigações*, São Paulo, Saraiva, 4ª edição, p. 274.

Divide as obrigações em dois grandes grupos. No primeiro, estão as obrigações não autônomas, ou seja, as obrigações que derivam, por exemplo, de relações de vizinhança, de condomínio, de servidões, as obrigações de natureza familiar, de natureza sucessória. São obrigações que resultam de relações jurídicas preexistentes à relação obrigacional.

No segundo grupo figuram: i) as obrigações imediatamente criadas entre credor e devedor, quando auto-regulam os seus interesses, nos limites da autonomia privada e; ii) as obrigações que nascem da violação dos deveres genéricos constituídos espontaneamente. As primeiras são chamadas *obrigações negociais*, alcançando as derivadas dos negócios bilaterais e unilaterais. As segundas são obrigações não negociais, algumas resultantes da violação do dever geral de respeito por pessoas e bens alheios, de que resulta para outrem um *dano*, isto é, um prejuízo, econômico ou não econômico, decorrente de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, e outras resultantes da violação do dever geral de não intromissão na esfera jurídica alheia quando dele tenha resultado, para quem se imiscuiu, um *acréscimo patrimonial*. Para o mencionado autor, na categoria das obrigações não negociais, em que ocorrem danos a reparar, tem-se a responsabilidade civil em sentido estrito. Na segunda, em que ocorrem, não danos, mas acréscimos patrimoniais resultantes da violação do dever geral de não intromissão na esfera alheia, fala-se em enriquecimento sem causa, ou obrigação de restituir o enriquecimento sem causa.

Uma primeira preocupação estará voltada para as obrigações negociais, ou seja, as que supõem a existência de uma situação jurídica criada voluntariamente, da qual tenha havido violação de deveres específicos e de deveres gerais. Portanto, uma responsabilidade concernente às partes envolvidas na convenção. Mas o exame do tema requer maior extensão, fazendo com que desborde para relações não negociais, ou seja, para além dos lindes do contrato, alcançando efeitos a ele estranhos. Cumpre referir, de um lado, deveres que as partes contratantes na empreitada assumem reciprocamente e, por outro, deveres delas em relação a terceiros que não integram a relação negocial.

Em divisão clássica, responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual, embora haja opinião pela “*derrubada dos muros que separam a responsabilidade civil contratual e extracontratual*”⁶.

Quando se projeta empreender algum propósito, o primeiro óbice que se antepõe é o de delimitar precisamente o objeto do empreendimento. Isso porque qualquer estudo que se faça comporta uma apreciação mais generalizada ou menos generalizada. Não pode ser nem tão específica, dado o risco de se produzir um trabalho que não venha a despertar senão o interesse daqueles que apreciam a análise vertical de algum tema, nem tão genérica, para evitar a superficialidade que qualquer ciência repudia. Parece que o melhor é o meio termo. Por isso, procurar-se-á nesse estudo atender a ambos os aspectos.

O objeto do trabalho, como já ficou dito, consiste no exame da responsabilidade civil em decorrência do contrato de empreitada. Supõe, portanto, uma situação jurídica bem determinada, resultante do exercício da autonomia privada. Repercute essencialmente no domínio dos interesses das partes envolvidas, isto é, dos contratantes, o empreiteiro, de um lado, e de outro, o que contrata a empreitada. Mas não apenas entre as partes, pois o contrato de empreitada pode projetar seus efeitos para além de seus precisos lindes, atingindo interesses estranhos à relação contratual.

Para falar da responsabilidade civil na empreitada, é imprescindível, antes, analisar, ainda que apenas nos seus aspectos mais relevantes, a

⁶ Rodrigo Xavier Leonardo, *Responsabilidade civil contratual e extracontratual; primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro*, Revista de Direito Privado, 19 – julho-setembro – 2004, p. 263.

estrutura do negócio jurídico em causa, o que será visto no Capítulo I. Examinado em linhas gerais, o contrato de empreitada, e, também de forma sucinta a responsabilidade civil, aí sim, parecem preparadas as bases para o enfrentamento do tema sobre o qual se pretende discorrer.

Por esta razão, o trabalho está dividido em três partes. Na primeira, serão apresentados os lineamentos gerais acerca do negócio jurídico denominado empreitada, seus elementos constitutivos, suas principais características, os princípios a que estão sujeitos, sua afinidade com outros institutos do direito obrigacional. Na segunda parte, tratar-se-á da responsabilidade civil como dever de reparar o dano, no seu papel primordial, estabelecendo-se a ligação da doutrina clássica com as concepções que estão constantemente surgindo nesta seara. Na última, escandir-se-ão as dificuldades que o tema da responsabilidade civil no contrato de empreitada encerra.

Quando justificável, estabelecer-se-á comparação de regras do direito pátrio com as que regulam o mesmo assunto em outros países.

CAPÍTULO I - DO CONTRATO DE EMPREITADA

1. Do contrato de empreitada no ordenamento jurídico brasileiro.

O contrato de empreitada está disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro no Código Civil, Parte Especial, Livro I, Título VI, Capítulo VIII, artigos 610 a 626. Esses dispositivos guardam correspondência com os artigos 1.237 a 1.247 do Código Civil de 1.916. A estrutura atual do instituto é a mesma da que fora concebida anteriormente. Há, porém, entre os referidos preceitos ligeiras diferenças que serão apontadas e examinadas no curso das reflexões objeto do presente estudo.

Cumprе observar inicialmente que a localização do instituto não é a mesma num e noutro diploma legal. No atual Código, o contrato de empreitada figura com plena autonomia, constituindo objeto de um capítulo próprio, a exemplo dos demais contratos, como a compra e venda, a doação, o mandato, o depósito, a locação, e tantos outros. No Código Civil de 1916 a empreitada estava regulada em uma das seções do contrato de locação. Era uma espécie de locação. O Capítulo IV, do Título V, do Livro III, da Parte Especial, daquele diploma legal continha três seções: na Seção I, estava disciplinada a Locação de Coisas, na Seção II, a Locação de Serviços, e na Seção III, a Empreitada. O instituto estava, pois, atrelado ao gênero *locação*. Os romanos designavam aquelas espécies como, respectivamente, *locatio rei*, *locatio operarum* e *locatio operis*.

No atual Código Civil, cada uma daquelas espécies foi tratada separadamente, com autonomia, tendo sido destinado um capítulo para a locação, um para a prestação de serviços, e outro para a empreitada.

Há, sem dúvida, estreita proximidade entre elas, mas é mais técnica a orientação adotada pelo Código de 2002, pois cada um desses negócios tem objeto próprio e não se confundem uns com outros, como será visto.

Outros diplomas legais importantes devem ser referidos neste capítulo de abertura. É o caso da Lei 4.591, de 16.12.1964, que dispõe sobre dois assuntos diferentes: um, de que se ocupa a primeira parte, compreendendo os artigos 1º a 27, disciplina o condomínio em edificações (que foi integrado ao Código Civil, sob a epígrafe Do Condomínio Edilício, artigos 1.331 a 1.338); e o outro, correspondente à segunda parte, cuida das incorporações imobiliárias.

Esta lei, em sua segunda parte, à qual foram acrescentados novos preceitos pela Lei 10.931, de 2.8.2004, trata das incorporações imobiliárias. Ou seja, ela não cuida propriamente da empreitada. Mas sua menção faz sentido porque contempla a possibilidade de a construção de imóveis ser contratada sob o regime de empreitada ou de administração.

Empreitada, construção e incorporação são negócios jurídicos distintos. Têm propósitos específicos. Seu objeto é bem determinado. O Código Civil, tanto o atual, quanto o anterior, não disciplinaram os negócios jurídicos da construção ou da incorporação, o que mereceu severa censura de Hely Lopes Meirelles⁷. E porque não foram tratados como contratos autônomos, há como que uma certa promiscuidade entre eles no capítulo da empreitada. Algumas das disposições que ali se encontram estão dirigidas precipuamente ao contrato de construção, como é o caso do polêmico artigo 618, correspondente ao artigo 1245 do Código anterior. Outras nada têm a ver com a construção ou com a incorporação. Procede, pois, a crítica do citado autor.

Há outros diplomas legais em nosso ordenamento jurídico cuja referência interessa, de algum modo, ao tema objeto desse estudo. É o caso da Lei 9.610, de 19.2.1998, que dispõe sobre os direitos autorais, uma vez que estão sob a proteção dessa lei as criações do espírito, na área científica, artística e literária, sendo que essas concepções podem ser objeto de empreitada. A Lei 8.078, de 11.9.1990, que cuida da proteção do consumidor, pode aplicar-se à empreitada, pois em geral ela é contratada sob o regime daquele diploma legal. A Lei 8.666, de 21.6.1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública não pode deixar de ser lembrada, já que são muitos os contratos de empreitada celebrados pelos entes públicos. Também ao Estatuto da Cidade, como é auto nominada a Lei 10.257, de 10.7.2001 (artigo 1º, parágrafo único), deve ser feita alguma referência, na medida em que a implementação da política urbana compreende necessariamente a idéia de construções e, conseqüentemente, de empreitada. Acresçam-se a Lei 4.380, de 21.8.1.964, que dispõe sobre o Sistema Financeiro de Habitação, a Lei 4.864, de 29.11.1.965, que trata de incentivo à

⁷ Hely Lopes Meirelles, *Direito de Construir*, São Paulo, Malheiros, 11ª edição, 2013, p. 291: “O atual Código Civil simplesmente ignorou o contrato de construção como figura autônoma, dele cuidando apenas como uma espécie de empreitada. Em matéria de responsabilidade pelos danos decorrentes da construção, não resolveu as dúvidas existentes e provocou outras”.

construção civil, a Lei 8.987, de 13.2.1.995, sobre concessões de serviços públicos.

Essa legislação está sendo objeto de menção porque tem, direta ou indiretamente, envolvimento com o tema objeto do trabalho. Mas a estrutura jurídica do instituto da empreitada tem sede no Código Civil e são os seus preceitos que precipuamente importam no mister.

Nesta parte inicial do trabalho é oportuno destacar que a empreitada, contrato que é, participa por todas as razões e a toda evidência, dos novos ventos que sopram em sua direção, dando-lhe feições e conotações que não mais se compatibilizam com o espírito antagônico que antes se instalava entre as partes contratantes. Ao contrário. O que hoje baliza a relações contratuais, de maneira preponderante, é a idéia de colaboração, de solidariedade.

Por isso, muito a propósito são as observações de João Batista Villela⁸, para quem “a concepção individualista do direito privado está toda ela assentada na idéia de concorrência. O contrato era mesmo apresentado como equilíbrio momentâneo de forças antagônicas, mas hoje o direito privado se esforça por se organizar em novas bases. As prerrogativas individuais se mesclam de objetivos da comunidade, a pessoa substitui o indivíduo e a colaboração se desenvolve onde antes florescia, desembaraçada e forte a concorrência”.

Outra voz sonante nesse novo cenário é a de Luiz Edson Fachin⁹, que afirma que “os contratos assumem função no meio social em que estão inseridos, não podendo, v.g., trazer onerosidade excessiva ou situações de injustiça às partes contratantes, de forma a garantir que a igualdade entre elas seja preservada, sendo valorizada a equidade e a razoabilidade”.

2. Do contrato de empreitada na legislação estrangeira

No que toca à legislação estrangeira, far-se-á alusão a disposições de alguns diplomas para efeito de comparações. Citar-se-ão, com vistas à confrontação com as normas do direito pátrio, preceitos do Código Civil alemão, em que a disciplina do negócio jurídico da empreitada encontra-se nos parágrafos 631 a 651; do Código Civil italiano, nos artigos 1.655 a 1.677; do

⁸ João Batista Villela, *Por uma nova teoria dos contratos*. Rio de Janeiro, Revista Forense, v. 261, p. 32.

⁹ Luiz Edson Fachin, *Direito civil – sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro, Renovar, 2015, p. 73.

Código Civil português, nos artigos 1.207^a a 1.230^a; e do recentíssimo Código Civil argentino que vem de ser publicado para entrar em vigor em 01.01.2016, nos artigos 1.251 a 1.279.

A transcrição dos referidos preceitos será realizada na medida em que forem sendo invocados, a título de comparação com os do direito pátrio.

A intenção não é analisar o contrato de empreitada no direito estrangeiro, mas indicar, especialmente no que diz respeito à empreitada de obras da construção civil, a orientação que aqueles importantes diplomas estabeleceram quanto à responsabilidade do empreiteiro, o seu fundamento, o prazo para agir e outras questões, em comparação com as normas do Código Civil brasileiro.

3. Do objeto do contrato de empreitada

A idéia que o contrato sugere, numa apreciação simplista quando feita pelo leigo, é que só há verdadeira empreitada quando se fala de construção, de edificação de obras da engenharia civil. Essa é, na realidade, a imagem primeira que desponta, mas não a única.

A abrangência do contrato de empreitada é bem maior. Seu objeto pode compreender idéias várias, como de criações, modificações e extinções de coisas materiais e imateriais. Pode-se contratar por empreitada a promoção de eventos, a animação de festividades, a organização de empresas, a concepção de programas destinados à informática, o projeto de produtos a serem desenvolvidos pela indústria, a fabricação de móveis ou qualquer utensílio, o paisagismo de uma determinada área, a sementeira, o plantio e a colheita de produtos agrícolas, a elaboração de um prato inédito da alta culinária.

Enfim, quase tudo pode ser objeto de empreitada, sejam concepções mais acanhadas, sejam vultosas, porque é muito grande e variado o campo das atividades humanas. Tudo, evidentemente, que se contenha no campo da licitude, em face da lei, da moral e dos bons costumes.

Se isso tem que ser observado logo no início, é também importante dizer que o maior interesse prático, contudo, localiza-se na indústria da construção civil, especialmente quando se cogita da responsabilização civil ou criminal, ante fatos lesivos de interesses de terceiros. A propósito, um dos artigos mais polêmicos que há no Código Civil brasileiro, que será adiante objeto de maiores

cuidados, é o artigo 618¹⁰, sendo que esta polêmica vem do passado, pois a lei anterior continha disposição quase igual àquele preceito, conforme se pode verificar da leitura do artigo 1.245 do Código Civil anterior¹¹.

Em suma. O objeto da empreitada é vasto. Mas assume relevância a empreitada de obras da indústria da construção civil, públicas e privadas.

O instituto está enfeixado nos dezessete artigos do Código Civil, mas não se circunscreve a eles tão somente.

4. Conceito de empreitada.

Não há dispositivo legal que define a empreitada. Mesmo porque *definir* não é atribuição da lei, embora diversos contratos tenham sido definidos pelo Código Civil.¹²

O que se tem na abertura do capítulo, no artigo 610, é a alusão tão somente a duas espécies de empreitada: a de labor e a mista.

O significado etimológico do termo empreitada é *aquilo que se faz*. Uma atividade humana, portanto. Assim, pelo contrato de empreitada, alguém se compromissa perante outrem a fazer alguma coisa e a entregar-lhe, ou a terceiro, o que foi feito, mediante retribuição, determinada, ou não. A parte contratante que se obriga a fazer e dar o que resultou do trabalho chama-se empreiteiro, enquanto que a outra, que encomenda a obra, denomina-se comitente, ou dono da obra, ou ainda empreitador, termo que os dicionários em geral não registram. Preferível o termo *comitente*, aquele que comete, embora essa terminologia possa sugerir uma identidade com o contrato de comissão, que com ele a empreitada não se confunde, como se verá adiante. O Código Civil valeu-se das locuções *dono da obra*, *proprietário da obra*, aquele que *encomendou a obra*. Por isso, esses serão os termos utilizados.

¹⁰ Código Civil atual: Art. 618 – Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

¹¹ Código Civil anterior: Art. 1245 – Nos contratos de empreitadas de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, exceto quanto a este, se não o achando firme, preveniu, em tempo, o dono da obra.

¹² Na relação dos contratos nominados no Código Civil, encontram-se definições da doação (artigo 538), do comodato (artigo 579), do mútuo (artigo 586), do depósito (artigo 627), do mandato (artigo 653), da comissão (artigo 693), da agência e distribuição (artigo 710), dentre outros.

Nas definições de empreitada que a doutrina apresenta, algumas mais extensas que outras, dois elementos estão sempre presentes: uma *obligatio faciendi*; e uma remuneração correspondente.

Confirmam-se algumas definições¹³, umas mais antigas, outras mais modernas. Em todas elas o que é colocado em destaque, como verdadeiro conteúdo da empreitada, é a obrigação de fazer¹⁴ de que se encarrega o empreiteiro. Algumas põem em evidência o aspecto *locação de serviços*, agora substituído pela locução *prestação de serviços*. Outras fazem alusão à *ausência de subordinação* entre as partes contratantes. Não faltam ainda as que dão importância à qualificação profissional do empreiteiro e outras que se referem ao fornecimento, ou não, dos materiais utilizados.

Esses aspectos, sem dúvida, não desservem, antes, complementam as feições do negócio jurídico de que se cuida.

¹³ - Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, *Contratos no direito civil brasileiro – tomo II*, Rio de Janeiro, Revista Forense, 4ª edição, 1957, p.103: “Chama-se contrato de empreitada ou encomenda de obra – *conductio operis, marché à forfait* dos franceses, *appalto* dos italianos – a locação de um trabalho total e em grosso que o locador executa por si ou por terceiro, por um preço determinado e com o fornecimento de materiais. Os materiais, porém, podem ser fornecidos pelo dono da obra, ou pelo próprio locador ou empreiteiro”.

- Roberto De Ruggiero, *Instituições de direito civil – volume III* – Tradução da 6ª edição italiana por Ary dos Santos, São Paulo, 1973, p. 294: “Empreitada é assim, no seu mais lato conceito, qualquer produção mais ou menos complexa da atividade de uma pessoa, destinada a uma utilidade econômica e consistente na transformação ou fornecimento de uma coisa, ou ainda numa obra determinada”.

- Clóvis Bevilacqua, *Comentários ao código civil, IV*, São Paulo, Livraria Francisco Alves, 1955, p. 345. “É a locação de serviço em que o locador se obriga a fazer ou mandar fazer certa obra mediante retribuição determinada ou proporcional ao trabalho executado”.

- Costa Sena, *Da empreitada no direito civil*, Rio de Janeiro, Editora Forense, p. 326. “O contrato no qual uma das partes se encarrega de fazer certa obra, mediante retribuição determinada, ou proporcional ao trabalho executado”.

- Alfredo de Almeida Paiva, *Aspectos do contrato de empreitada*, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1955, p. 16. “Tendo em vista os princípios doutrinários e o que a respeito do assunto dispõe o Cód. Civil, podemos formular o conceito da empreitada como sendo o contrato pelo qual alguém se obriga a fazer certa e determinada obra a outrem, mediante retribuição previamente determinada ou proporcional ao trabalho executado”.

- Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro, Vol. 3. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 296. “Contrato pelo qual um dos contratantes (empreiteiro) se obriga, sem subordinação ou dependência, a realizar, pessoalmente ou por meio de terceiro, certa obra para o outro (dono da obra ou comitente), com material próprio ou por este fornecido, mediante remuneração determinada ou proporcional ao trabalho executado”.

- Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de direito civil, vol. III*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 315 “É o contrato em que uma das partes (empreiteiro) se obriga, sem subordinação ou dependência, a realizar certo trabalho para outra (dono da obra), com material próprio ou por este fornecido, mediante remuneração global ou proporcional ao trabalho executado”.

¹⁴ Confrontando-se os diplomas atual e anterior, observa-se que a exigibilidade da obrigação de fazer tornou-se mais eficiente, na medida que, excepcionalmente, há dispensa da interferência judicial, pois o artigo 249 do Código Civil estatui, em seu parágrafo único, o seguinte: “Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido”.

Mas a essência, remarque-se, resume-se: a) no resultado objetivo que constitui a pretensão do proprietário da obra, e b) na contraprestação devida.

É também como destaca a definição apresentada pelo Código Civil italiano, no artigo 1655¹⁵, que diz tratar-se de um contrato por meio do qual uma parte assume, mediante o fornecimento dos meios necessários e com administração a risco próprio, a obrigação de um determinado trabalho ou de um serviço em troca de uma contrapartida em dinheiro.

Ou de modo ainda mais simplista e breve, a definição do Código Civil português, em cujo artigo 1207º se lê: “Empreitada é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço”.

Ante essas observações, é indubitoso que o conteúdo jurídico do contrato de empreitada consiste numa obrigação de fazer, quer se trate de empreitada em que o empreiteiro se obriga apenas pelo seu trabalho, como no em que se compromete, além do trabalho, a fornecer os materiais. Também nesse caso de empreitada mista, a feição típica do contrato é a de fazer algo, e não a de entregar os materiais utilizados, pois não são eles *per se* o objeto do contrato, mas a matéria lavrada, trabalhada e transformada pelo trabalho. Portanto, não se pode dizer que a obrigação do empreiteiro se cumpre com a entrega dos materiais. Ele deve entregar o produto do seu trabalho, como consectário lógico da obrigação de fazer. A rigor, a entrega não está vinculada a uma obrigação de dar, senão à de fazer, como um meio para o seu cumprimento.

É por isso que se costuma dizer que a obrigação do empreiteiro é uma típica obrigação de resultado. Não um resultado em sentido subjetivo, ou seja, a atividade, a indústria, a energia que se emprega para formar um determinado produto, mas o trabalho em sentido objetivo, o útil resultado da indústria utilizada. O que releva notar, insista-se, é o resultado ou a utilidade concreta do trabalho. Não é importante, para a caracterização da empreitada, que a obrigação seja do tipo infungível ou fungível.

¹⁵ Código Civil italiano: “Art. 1.655 . L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro.

Assim, pode-se afirmar que a empreitada é o contrato pelo qual uma das partes, pessoa física ou jurídica, com qualificação profissional algumas vezes exigida, e sem ela outras vezes, mas sem subordinação num caso e noutro, obriga-se a entregar a outra parte, pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público, o resultado do seu trabalho, material ou imaterial, para cuja consecução tenha contribuído ou não com os insumos necessários, mediante certa retribuição, que pode ser em dinheiro ou em outro bem.

5. Da natureza jurídica da empreitada

Todo contrato é negócio jurídico. Decorre da autonomia da vontade, como assinala Francisco Amaral¹⁶, ao afirmar que “a esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia de vontade é, assim, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos”.

Nesse contexto inserem-se os contratos em geral, típicos ou atípicos.

A empreitada, contrato tipificado, integra essa categoria jurídica de negócio jurídico e insere-se, segundo a função econômica, na categoria de negócio de troca em que se realiza, segundo Francesco Messineo¹⁷, um *do ut facias*, ou seja, “l’assunzione d’un obbligazione di fare (servizio), da parte del debitore, contro la prestazione che consiste in un *dare*”.

Como negócio jurídico, não se submete apenas às especificidades e peculiaridades que lhe são próprias. Antes, sujeita-se ao regime geral dos negócios, devendo ser apreciada nos planos da existência, da validade e da eficácia, assunto sobre o qual se debruçou, dentre outros, Antônio Junqueira de Azevedo¹⁸, que ao desenvolver suas reflexões sobre o tema advertiu que não se tratava de assunto novo, pois “Pontes de Miranda, por exemplo, em toda a sua imensa obra, continuamente fala nos ‘três momentos’ por que passa o negócio”. Sua intenção foi estudar a questão do *lado positivo*: existência, validade e eficácia, antes que inexistência, invalidade e ineficácia.

¹⁶ Francisco Amaral, *Direito civil....* cit.p. 347.

¹⁷ Francesco Messineo, *Il contratto in genere, tomo primo*. Milano, 1973, Giuffrè Editore, p. 795. Em tradução livre: “a assunção de uma obrigação de fazer (serviço), de parte do devedor, contra a prestação consistente num dar”

¹⁸ Antonio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*. São Paulo, Editora Saraiva, 4ª edição, 7ª tiragem, 2010.

Assim, como negócio jurídico, deve, para ingressar no plano do direito, necessariamente conter os elementos de sua constituição. Presentes os elementos essenciais, isto é, os elementos que corporificam qualquer negócio, diz-se que ela *existe* no plano jurídico, que ela ultrapassou os lindes de meras conjecturas ou reflexões.

Uma vez *existente*, cogita-se, em seguida, de verificar se ela é válida ou inválida, quer dizer, se foram, ou não, satisfeitos os requisitos que a conformam com as prescrições legais e morais. Ou seja, se sua formação é hígida.

E finalmente, noutro plano, se a empreitada está apta, ou não, a produzir os seus regulares efeitos.

Esse exercício mental equivale a examinar o contrato de empreitada em seus diferentes planos: o da existência, o da validade e o da eficácia.

Um outro autor, Marcos Bernardes de Mello¹⁹ afirma que “existir, valer e ser eficaz são situações distintas em que se podem encontrar os fatos jurídicos, havendo impossibilidade lógica de serem confundidas as três situações, precisamente porque se passam em planos diferentes”.

Karl Larenz²⁰, examinando as espécies de ineficácia de um negócio jurídico, também se refere à distinção dos planos em que ele pode ser apreciado, observando que “o negócio existe como *ato realizado*, isto é, como evento, ainda que se lhe neguem os efeitos jurídicos a que se dirige”.

Com esse mesmo propósito, é oportuno lembrar as lições de Luigi Cariota Ferrara²¹, para quem é importante distinguir no negócio jurídico, os elementos essenciais, os naturais e os acidentais. Diz ele que “os elementos essenciais são aqueles necessariamente decorrentes da lei, para cada negócio singular, ou por esta ou aquela classe de negócios”.

No mesmo sentido é a opinião de Giuseppe Stolfi²², que afirma que o “conteúdo do negócio jurídico, especialmente dos que têm natureza patrimonial, se decompõe em diversas partes reunidas em três categorias de elementos essenciais, acidentais e naturais”.

¹⁹ Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico – plano da validade*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 43.

²⁰ Karl Larenz, *Derecho civil – parte general*, Munique, Edersa, 1978, p. 624.

²¹ Luigi Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli, Morano Editore, p. 114.

²² Giuseppe Stolfi, *Teoria del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 15

Em termos de direito positivo, o negócio jurídico, entre nós, está disciplinado a partir do artigo 104 do Código Civil que se refere aos requisitos de sua validade. O legislador de 2002 preferiu não reproduzir o preceito do artigo 81 do Código Civil de 1916²³, que definia o negócio jurídico, antes denominado ato jurídico. Andou bem, porque é da doutrina, não da lei, o mister de *definir*, como antes observado.

O negócio jurídico é ato de vontade. De vontade destinada a produzir determinados efeitos, permitidos em lei e desejados pelo agente. O mencionado artigo 81 do código revogado não deixou escapar a essência do ato (agora negócio): aludia ao *fim imediato*. Ou seja, a uma vontade direcionada com deliberação para uma determinada finalidade almejada pelo agente. Caracteriza-se, pois, pela autonomia da vontade exercida pelo agente da declaração. Costuma-se qualificá-lo como *poder de auto-regramento*, a força primária da definição dos seus efeitos. Trata-se, pois de uma exteriorização de vontade direcionada à provocação de determinados efeitos jurídicos perseguidos pela mesma vontade.

5.1. Da existência da empreitada

Examinada nos três planos distintos, a empreitada somente passa a existir juridicamente a partir do momento em que a vontade das partes envolvidas é externada. Se o negócio jurídico é ato de vontade, no exercício da autonomia privada, é imperioso antes de tudo que haja vontade. Mas que a vontade tenha sido exteriorizada. Que tenha transposto a linha que separa o plano interno do externo. Processo que se denomina forma.

A forma é, pois, elemento de existência do negócio jurídico. Não esta ou aquela espécie de forma. Mas a forma como exteriorização da vontade. A empreitada passa a existir quando as partes, empreiteiro e dono da obra encomendada, externam suas vontades direcionadas com o propósito querido de obter os efeitos próprios daquele negócio.

Outro elemento de existência do negócio é o objeto. O negócio supõe necessariamente um fim que o agente deseja e persegue. Não é possível falar de um negócio jurídico que careça de um objeto possível e determinado ou determinável.

²³ Código Civil de 1916, artigo 81: “Todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”.

Qualquer contrato deve reunir, para sua existência, esses dois pressupostos elementares.

Na empreitada, a exteriorização da vontade das partes contratantes (forma) tem um fim possível e determinado que elas buscam (objeto), consistente em prestações a que cada qual se incumbe no exercício da autonomia privada.

5.2. Da validade da empreitada

Existente o negócio, passa-se para o segundo plano. O plano de sua validade. Nele procura-se verificar se foram satisfeitos os requisitos de sua validade. Será válido, ou inválido, o negócio que tenha, ou não, satisfeito os requisitos determinados em lei.

A invalidade, por sua vez, comporta graduação: o negócio será considerado nulo, ou anulável, conforme seja maior ou menor o interesse jurídico tutelado. Se a violação ferir interesse da coletividade, nulo será o negócio. E apenas anulável se o interesse for particular.

O Código Civil contempla um sistema geral de invalidade do negócio jurídico, inserindo nos artigos 166 e 167 os casos de nulidade, e no artigo 171, os de anulabilidade²⁴.

Em torno desse sistema geral de invalidade dos negócios jurídicos, gravitam sistemas próprios, atinentes aos negócios particularmente considerados. Numa ou noutra espécie de contrato, encontram-se coibições, às vezes expressas por vocábulos como: *é proibido*, *não é permitido*, *não pode*, *é nulo*, *é anulável*.

Os regimes de invalidade são apenas dois: ou o negócio padece de vício de maior gravidade, caso em que é considerado nulo, ou o vício é menos grave, quando poderá ser anulado. É importante distinguir, uma vez que os regimes do nulo e do anulável são distintos.

²⁴ Código Civil: Art. 166 – É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV – não revestir a forma prescrita em lei; V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática sem cominar sanção.

Art. 167 – É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância ou na forma.

Art. 171 – Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I – por incapacidade relativa do agente; II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

A empreitada, como negócio jurídico que é, sujeita-se ao sistema geral de invalidade previsto nos artigos 166, 167 e 171 do Código Civil.

São requisitos gerais de sua validade aqueles indicados no artigo 104, ou seja, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Não existem no capítulo destinado à sua disciplina normas particulares de invalidade, com exceção do disposto no artigo 621 do Código Civil que coíbe a introdução de modificações pelo proprietário no projeto previamente por ele aprovado. Referido preceito estabelece que sem anuência de seu autor, não pode o proprietário da obra introduzir modificações no projeto por ele aprovado, ainda que a execução seja confiada a terceiros, a não ser que, por motivos supervenientes ou razões de ordem técnica, fique comprovada a inconveniência ou a excessiva onerosidade de execução do projeto em sua forma originária.

A infringência do citado dispositivo acarreta a nulidade do ato, por força do inciso VII do artigo 166 do Código Civil.

A empreitada, porque se sujeita ao sistema geral de invalidade dos negócios jurídicos, deve observar, como anotado acima, os requisitos referidos no artigo 104 do Código Civil²⁵, os de natureza subjetiva, objetiva e formal.

No que toca à capacidade, não há restrições específicas, senão quando se tem em conta determinado tipo de empreitada, como a de construção de obras civis, em que se exige qualificação profissional, além de registros de inscrição do empreiteiro. No que tange ao objeto, é preciso observar que ele deverá revestir-se de licitude, quer em face da lei, da moral e dos costumes. O objeto, como fim perseguido pelos agentes, é elemento essencial. Como requisito de validade, é a sua liceidade e o seu fim social. Relativamente ao terceiro requisito, a empreitada é negócio para cuja validade não se requer, nem se proíbe, determinada forma. Ela é livre para a empreitada em geral, exceto quando se tratar de construções contratadas por entidades públicas, em que devem ser observados procedimentos específicos indicados em legislação especial.

²⁵ Código Civil, artigo 104 – A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.

Ao lado dos requisitos subjetivo, objetivo e formal indicados no artigo 104 do Código Civil, deve-se incluir outro cuja inobservância interfere na higidez do negócio.

Trata-se da boa-fé. Da boa fé objetiva.

Em inúmeros dispositivos do Código Civil, quer do atual (arts. 161, 286, 309, 1214 1216, 1242, dentre outros), quer do anterior (arts. 109, 1065, 935, 510, 513, 551, dentre outros), há referências sobre a boa-fé. O sentido com que, nesses casos, ela está empregada, é o da ignorância de que há lesão de direito alheio. Ou seja, comporta-se de boa-fé aquele que, em ação ou omissão, desconhece violar interesse de outrem. Ao contrário, revela estar de má-fé quando sabe que fere direitos. Esta é a chamada boa-fé subjetiva.

Com a edição do atual Código Civil, um dos princípios que norteou os trabalhos da comissão revisora foi o princípio da eticidade, como anunciou enfaticamente o seu coordenador, Miguel Reale²⁶, que dedicou três textos à boa-fé: os artigos 113, 187 e 422.

Neste último, que consubstancia uma espécie de cláusula geral endereçada a qualquer tipo de contrato, está afirmado de modo lapidar que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Noutras palavras, devem conduzir-se com retidão, com lisura, com lealdade, de modo que no lugar de um antagonismo entre eles instale-se o espírito de solidariedade, de colaboração. Observe-se que não se trata de mera recomendação, mas de

²⁶ Miguel Reale, *O projeto do novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2ª edição, 1999, p. 4-5: "Procurou-se superar o apego do Código atual ao *formalismo jurídico*, fruto, a um só tempo, da influência recebida a cavaleiro dos séculos XIX e XX, do direito tradicional português e da escola germânica dos pandectistas – aquele decorrente do trabalho empírico dos glosadores; esta dominada pelo tecnicismo institucional haurido na admirável experiência do Direito Romano. Não obstante os méritos desses valores técnicos, não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos *valores éticos* no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da *técnica jurídica*, que com aqueles deve compatibilizar. Daí a opção, muitas vezes, por *normas genéricas* ou *cláusulas gerais*, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais. Nesse sentido, temos, em primeiro lugar, o art. 113, na Parte Geral: Art. 113. *Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*. E mais este: Art. 187. *Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*. Lembro como outro exemplo o art. 422, que dispõe quase como um prolegômeno a toda a teoria dos contratos, a saber: Art. 422. *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé*. Frequente é no Projeto a referência à probidade e à boa-fé, assim como à correção (*correttezza*), ao contrário do que ocorre no Código vigente, demasiado parcimonioso nessa matéria, como se tudo pudesse ser regido por determinações de caráter estritamente jurídicas".

verdadeira obrigação que deve estar presente não apenas por ocasião da formação do vínculo contratual e na sua execução, mas também na fase precedente e na subsequente.

Quer dizer: responsabilidade contratual, pré-contratual e pós-contratual, como encarece o Enunciado nº 25, da 1ª Jornada do Conselho de Justiça Federal, realizada nos dias 12 e 13 de setembro de 2002, segundo o qual “O artigo 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual”.

A boa-fé objetiva, como requisito de qualquer negócio jurídico, não surgiu com o advento do atual Código Civil. Ninguém ousaria dizer que antes dele os agentes dos negócios estavam autorizados a proceder de maneira escusa, desleal e desonesta. O mérito do atual diploma, neste particular, foi o de ter positivado no artigo 422 a necessidade de observância da ética nos negócios.

Chamou a atenção de todos os que ensinam, aplicam e operam o direito. Atualmente, a interpretação que a doutrina vem fazendo acerca de inúmeros institutos jurídicos, e das dificuldades que eles suscitam, fundamenta-se na boa-fé objetiva. Assim também várias e variadas são as decisões proferidas pelos tribunais ordinários e extraordinários que encontram na boa-fé a base para atribuir a cada um o direito de que é titular.

A inobservância da boa-fé objetiva na celebração do contrato de empreitada vulnera-lhe a higidez. Ou seja, se uma das partes envolvidas desprezou esse requisito, faltando com a correção devida, ao negócio pode ser inculcado vício que lhe subtrai a validade, cabendo à outra alegar a sua anulabilidade.

Também no interpretar as cláusulas de regência de um contrato de empreitada, perquirindo a verdadeira intenção das partes, nele consubstanciada, dever-se-á observar o mesmo princípio, segundo o disposto no artigo 113 do Código Civil²⁷.

5.3. Eficácia da empreitada

²⁷ Código Civil, art. 113: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Uma vez existente o negócio jurídico e válido, cuida-se de examiná-lo num outro plano, o da sua eficácia. Quer dizer, saber se ele produz ou não os efeitos que lhe são próprios.

Os negócios jurídicos em geral produzem efeitos naturalmente.

Na venda, por exemplo, o efeito natural do negócio consiste na entrega do preço ajustado pelo comprador ao vendedor, e na entrega da coisa vendida deste àquele. No empréstimo, o efeito natural do negócio é a disponibilização da coisa mutuada ou dada em comodato, para que o mutuário ou o comodatário possam fruir as suas utilidades. O mesmo ocorre com a locação e demais negócios.

Cada negócio é dotado de efeitos próprios, que lhe são peculiares. São os chamados elementos naturais do negócio jurídico, segundo doutrina clássica.

A empreitada produz seus efeitos próprios, dentre os quais podem ser destacados: para o empreiteiro, o negócio produzirá efeito na medida em que ele inicia a execução da obra encomendada, culminando com a sua entrega que deverá corresponder à expectativa, objetivamente considerada, de parte de quem a encomendou, o proprietário; para o proprietário, o principal efeito consiste na remuneração do trabalho executado, que deverá ocorrer com o desempenho da prestação correlata.

Os efeitos naturais do contrato, no entanto, poderão ser modificados consoante os ajustes estabelecidos entre os interessados envolvidos, como por exemplo, a execução da obra por partes segmentadas, a vinculação do cumprimento dessa obrigação a contento do seu credor, enquanto que o proprietário poderá atrelar o pagamento do preço a certo evento, ou pactuá-lo de forma diferida. São em número enorme as cláusulas que podem atuar no sentido de modificar os efeitos naturais do negócio.

Os acidentes do negócio jurídico que mereceram da lei tratamento pontual são a condição, o termo e o encargo. Podem figurar nos negócios em geral e, contemplados, modificam os naturais efeitos do negócio.

A empreitada não é refratária à aposição de acidentes. Quer dizer, pode ser contratada sob condição, a termo ou outra cláusula interferente.

Outra referência que o item parece comportar, pois não deixa de estar relacionado com a natureza do negócio em causa, é o que concerne aos princípios contratuais.

Orlando Gomes²⁸, em obra que se tornou referência em matéria contratual, dizia que o direito dos contratos repousa em quatro princípios: o da autonomia da vontade, o do consensualismo, o da força obrigatória e o da boa-fé. Nenhum deles é absoluto. Todos sofrem, segundo expressão por ele utilizada, *derrogações e mutilações*.

O fato de ter ele apontado apenas esses quatro princípios não lhe subtrai o mérito de ser considerado jurista de visão avançada e inovadora, pois no exame de cada um deles, não deixou de considerar as limitações e os processos técnicos de coibir abusos, o que a nova codificação incorporou de modo ostensivo, notadamente no que se refere ao princípio da função social do contrato, tão encarecido na revisão do Código Civil. Ou seja, o princípio da socialidade, por meio do qual o novo Código objetiva a superação manifesta do caráter individualista da lei anterior, exercendo, como corolário, enorme e importante influência no exame das situações jurídicas decorrentes dos contratos em geral e da empreitada em particular.

Alexandre Guerra²⁹ pondera que o “sentido social foi uma das características mais marcantes do projeto do Código Civil de 2002, em contraponto com o sentido individualista do Código Bevilacqua”. Invocando palavras de Miguel Reale, acrescenta que não houve a vitória do *socialismo*, mas da *socialidade*, fazendo com que prevalecessem os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana.

O artigo 421 do Código Civil estabelece que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Ou seja, não revoga o princípio da autonomia da vontade, ou da autonomia privada. As partes, ao celebrarem qualquer negócio jurídico, auto-regram a sua vontade. Dispõem como lhes apraz. Como é da conveniência delas. Esse poder, porém, não é absoluto. Encontra barreiras diversas. E uma delas, de caráter bastante amplo e, por isso, abrangente, é a função social do contrato, que para

²⁸ Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1999, 18ª edição, p. 22.

²⁹ Alexandre Guerra, *Responsabilidade civil por abuso de direito*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 141.

Humberto Theodoro Júnior³⁰, “consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes)”.

Feitas, embora de maneira superficial, as digressões a respeito dos planos em que a empreitada, como qualquer negócio jurídico, pode ser apreciada, bem assim, os princípios norteadores dos contratos, invoca-se a lição de Marco Fratini³¹, para situar no campo contratual o instituto sob exame. Com o propósito de conjugar dois pontos aparentemente inconciliáveis, isto é, a completude e a síntese, aquele autor italiano agrupou os contratos em algumas categorias. Assim, contemplou os contratos de consumo, os contratos translativos, os contratos de gozo, os contratos de gestão, os contratos reais, os contratos bancários, os contratos aleatórios, os contratos de resolução de litígios, os contratos atípicos e os contratos de prestações de serviços. Deste último grupo fazem parte os contratos de empreitada, os contratos de trabalho autônomo e os contratos de transporte.

Essas observações conceituais justificam-se em face da responsabilidade civil no contrato de empreitada, tema nuclear das presentes reflexões.

Conquanto seja claro o objeto do contrato de empreitada, isto é, a encomenda de uma obra mediante certa retribuição, outros aspectos devem ser a ele agregados para a completa caracterização dessa espécie de negócio jurídico, de modo a justificar as semelhanças e dessemelhanças com outros negócios.

Destacam-se do texto proposto: a obrigação de apresentar o resultado de uma atividade determinada, possível e lícita, de um lado e, de outro, a obrigação correspondente de uma compensação, que necessariamente não requer seja feita em dinheiro, como no contrato de venda.

Daí decorre que não é a atividade em si que interessa, mas o produto dela, pouco importando se há também a obrigação de fornecer os materiais utilizados nela.

³⁰ Humberto Theodoro Júnior, *O contrato e sua função social*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, p. 3

³¹ Marco Fratini, *Manuale di civile – I manuali compatti di Roberto Garofoli*, Roma, Nel diritto Editore, 2011, p. 735.

Luis Diez-Picazo³² ensina, a propósito, que as obrigações em geral podem assumir o caráter de obrigação de resultado, ou obrigação que ele denomina de atividade, de diligência, de meio. Observando que esta apreciação não constitui exclusividade das obrigações de fazer, elucida mencionado autor que “a obrigação de fazer consiste sempre em um determinado comportamento ou em um determinado desempenho de energia levado a cabo pelo devedor. O interesse do credor, sem embargo, não se assenta tanto no como o devedor desempenha essa energia, mas no quanto pode lograr com ela uma determinada finalidade ou resultado”.

Esta apreciação não é exclusiva das obrigações de fazer, embora seja nesta modalidade em que mais se aplica tal característica, pois ela encerra sempre a idéia de uma determinada energia levada a cabo pelo devedor, enquanto que o interesse do credor se assenta, ora no emprego mesmo desta energia, ora no obter certo fim ou resultado. Na prestação de atividade, o devedor compromete-se unicamente no esforço e por conseguinte cumpre a obrigação quando este esforço foi desenvolvido. Quando a obrigação é de resultado, o devedor compromissa-se também a uma atividade, mas em especial ao resultado que se obtém com ela. Por isso, se há atividade, mas não há o resultado, não terá havido cumprimento da obrigação, ou cumprimento perfeito. Em suma, trata-se de prestação de resultado a que é derivada de um contrato de execução de uma obra determinada.

6. Das características do contrato de empreitada

O contrato de empreitada, dadas as noções decorrentes do conceito apresentado, bem como da sua natureza jurídica, apresenta as seguintes características:

a) trata-se de contrato bilateral perfeito, ou sinalagmático, uma vez que há obrigações para ambas as partes contratantes desde a sua conclusão. O empreiteiro compromissa-se a entregar o produto de sua atividade no tempo, na forma e no lugar devidos, além de ter de cumprir outras obrigações inerentes, que se vêm denominando deveres anexos. O comitente, a seu turno,

³² Luis Diez-Picazo, *Fundamentos Del derecho civil patrimonial*, Valência, Editorial Tecnos, 1979, 1ª edición, 2ª reimp., p. 442.

obriga-se a compensar de alguma maneira a prestação que lhe é devida, sem prejuízo também de outros misteres.

Se se trata de contrato sinalagmático, tem lugar a alegação de exceção de contrato não cumprido, se for o caso. Pela mesma razão caberia falar em responsabilidade pelos riscos da evicção e pelos vícios redibitórios, uma vez que todo contrato bilateral é também contrato oneroso.

No entanto, com relação à principal obrigação que o empreiteiro assume, qual seja, a de fazer, o risco da evicção não pode, em tese, ser suscitado, eis que aquela espécie de vício tem lugar nas prestações de dar;

b) é contrato oneroso porque acarreta vantagens recíprocas para as partes envolvidas. Uma delas, o comitente, recebe o trabalho encomendado. A outra, a compensação pactuada. Ambas tiram proveito do que foi ajustado. Contrariamente do que acontece com os contratos benéficos, em que uma parte experimenta um benefício e a outra, diversamente, uma diminuição patrimonial.

Há nos contratos onerosos, uma correspondência entre a obrigação de uma e a vantagem da outra, admitindo a observação de que direitos e obrigações são correlatos;

c) pode revestir a característica de contrato comutativo ou de contrato aleatório, uma vez que de uma e outra espécie podem apresentar-se os contratos onerosos.

São comutativos os contratos onerosos em que há um equilíbrio das vantagens, uma correspondência entre as prestações. Aleatórios, ao contrário, a vantagem de uma das partes pode ser menor do que a da outra, ou até mesmo nenhuma.

Para ser considerado comutativo o contrato, não há necessidade de que haja rigorosa correspondência das vantagens. A absoluta correspondência pode até falhar, quer na conclusão do contrato, quer na sua execução, mas não pode exceder os limites da razoabilidade, pois se isso ocorrer ficará caracterizado o vício da lesão ou configurada a onerosidade excessiva, a ponto de, no primeiro caso, acarretar a invalidade relativa do negócio e, no segundo, a possibilidade de revisão contratual ou até a sua extinção.

A empreitada é tipicamente um contrato comutativo, isto é, o empreiteiro e o comitente ajustam livremente a extensão das obrigações do primeiro e a retribuição correspondente assumida pelo segundo, de modo que fique evidenciada uma equivalência das obrigações de ambos. Por isso mesmo é que tem lugar, como se verá no decorrer do trabalho, a preocupação com o regramento dos vícios que a obra pode apresentar, lembrando que os vícios, ocultos ou aparentes, ganham relevância no âmbito dos contratos comutativos.

Sobre poder ser a empreitada um contrato aleatório, a admissibilidade merece reflexão mais cuidadosa.

Há os que a consideram, acessoriamente, como um contrato aleatório, o que é contestado por outros, consoante pondera Serpa Lopes³³. O argumento daqueles está no fato de haver sempre algo de incerto nas relações do empreiteiro, no sentido de um possível lucro na conclusão do contrato. Ou seja, a álea seria a possibilidade de lucro ou de prejuízo para o empreiteiro, tudo dependendo de circunstâncias possivelmente surgidas no curso do contrato, como sejam, a alta de preço, a elevação dos salários e outros fatores determinantes de uma elevação do custo dos materiais ou da mão-de-obra.

Em contraposição, os que entendem que o contrato de empreitada não pode ser rotulado como aleatório, fundam-se na tese de que a álea não pode ser considerada sob o ponto de vista econômico, mas unicamente jurídico. E nesse sentido, o contrato aleatório se caracteriza pelo fato de vir a ser devida ou não a prestação de uma das partes contratantes, tendo-se em vista a natureza ou quantidade da prestação, e não o seu valor econômico.

Nancy Andrigli, Sidnei Beneti e Vera Andrigui³⁴, após alusão feita à controvérsia que se expôs acima entendem que ela não mais se justifica, em face do disposto nos artigos 619, 620 e 625, II do atual Código Civil. Observam que “havendo diminuição no preço do material ou da mão-de-obra superior a um décimo do preço global convencionado, poderá este ser revisto, a pedido do dono da obra, para que se lhe assegure a diferença apurada. Da mesma forma, se houver aumento desmesurado e imprevisto nos custos do

³³ Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito civil – vol. IV*. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1962, 3ª edição, p. 143.

³⁴ Nancy Andrigli, Sidnei Beneti e Vera Andrigui, *Comentários ao novo código civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 280.

empreiteiro, abre-se a oportunidade para a revisão judicial com fundamento na teoria da imprevisão e para a suspensão da obra”.

Com esse raciocínio, a conclusão a que chegam é que, mesmo do ponto de vista econômico, não há mais espaço para a álea, assegurando-se a comutatividade do contrato de empreitada.

No entanto, a despeito dos argumentos desenvolvidos, parece que o contrato de empreitada pode, sim, assumir a feição de um contrato aleatório. Nada impede, e nem se descaracteriza como tal a empreitada em que o empreiteiro somente faça jus à contraprestação, ou parte dela, se o resultado prometido corresponder exatamente à expectativa do dono da obra. Basta que assim se tenha ajustado e ajuste nesse sentido não fere a índole do contrato de empreitada, tampouco esbarra na censura de qualquer dispositivo de lei cogente.

Se por definição legal, é aleatório o contrato por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de virem a existir um dos contratantes assume,³⁵ nada obsta que o contrato de empreitada seja celebrado de tal modo, isto é, que o empreiteiro, ou o comitente, assumam deliberadamente determinados riscos, caso em que o contrato revestirá a feição de um contrato aleatório. Desde evidentemente que o risco não tenha sofrido a influência, por dolo ou culpa, de uma das partes.

O fato de se poder aplicar a teoria da imprevisão, quando preenchidos os requisitos próprios, de modo a promover-se uma revisão contratual ou até mesmo a extinção do contrato, não afasta, por si só, a possibilidade de as partes ajustarem cláusula de risco. Neste caso, assumem o risco de uma avença que quiseram assim.

Ou seja, parece que na empreitada pode ocorrer o que é admitido na venda. Esta pode ser comutativa ou aleatória. No caso de o comprador ter assumido o risco da existência da coisa e esta não existir deverá ainda assim pagar o preço ajustado. A empreitada também, sem que haja sua descaracterização.

³⁵ Código Civil Brasileiro, artigo 458: “Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assuma, terá o outro direito de receber integralmente o que foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir”.

O fato de a obrigação do empreiteiro ser obrigação de resultado não impede que o ajuste admita cláusulas que lhe acarretem o caráter de aleatoriedade.

Enfim, a empreitada é em regra um contrato comutativo, mas não se desnatura se assumir a feição, por cláusulas expressas, de contrato aleatório;

d) cuida-se de contrato consensual. Ou seja, aperfeiçoa-se com o só consentimento das partes. Concluído, produz seus naturais efeitos desde logo, independente de qualquer providência ulterior.

Ao consensual opõe-se o contrato real para cuja existência requer-se a tradição da coisa objeto do contrato ou a sua colocação à disposição do contratante. A entrega da obra prometida pelo empreiteiro ao comitente não é ato de conclusão, ou de aperfeiçoamento do contrato. É execução do contrato, que poderá fazer-se em partes ou de uma só vez, independente da forma de pagamento que tenha sido pactuada.

A característica de ser consensual a empreitada implica, pois, no aparecimento de obrigações para as partes contratantes tão logo se tenha concluído o contrato, embora se possa cogitar de obrigações pré-contratuais ou até decorrentes da fase conhecida como de *puntuação*;

e) trata-se de contrato para cuja validade não se requer forma determinada. Diz-se que a forma, sinônimo de exteriorização da vontade, pode ser expressa ou tácita. Escrita ou verbal. Não há na lei nenhum preceito que estabeleça que a empreitada deva celebrar-se por uma ou por outra forma. Pode, por isso, ser ajustada até verbalmente, embora não seja nem um pouco recomendável, dada a dificuldade, ou mesmo a impossibilidade, de se fazer prova das obrigações assumidas pelos contratantes.

É, pois, contrato não solene, a menos que se cuide de empreitada contratada por pessoa jurídica de direito público, cuja formalização há de ser sempre escrita e normalmente precedido de licitação, além de atender aos preceitos específicos da administração contratante e às normas de execução peculiares do Direito Público, especialmente as que constam da Lei 8.666, de 21.6.1993, que regula as contratações da Administração Pública;

f) a empreitada é negócio que pode apresentar-se como contrato de execução instantânea, ou de execução continuada, ou ainda de execução diferida. Ou seja, a execução da obra pode exaurir-se em ato único, tão logo o negócio seja concluído, ou dar-se, como é mais comum, em fases, ao longo de algum tempo, ou em termo fixado. O cumprimento da prestação devida pelo comitente ao empreiteiro também pode ser feito de maneira continuada ou num ato só. Essa característica de contrato permite a aplicação da teoria da imprevisão, pois autoriza a revisão ou até mesmo a extinção do contrato, consoante as provisões dos artigos 478 a 480 do Código Civil³⁶;

g) a empreitada de um modo geral não é contrato *intuitu personae*. No entanto, pode revestir a característica de contrato personalíssimo, toda vez que a natureza da obrigação do empreiteiro revelar que ao credor só interessa que a prestação seja desempenhada pelo devedor e não por terceiro, bem como nos casos em que o contrato assim estabelecer.

Obras de natureza não material são em geral contratadas com pessoas cujas características, conceito, talento, interessam ao credor, sejam elas no campo da ciência, da literatura, das artes.

Também se considera contrato *intuitu personae* a empreitada de obra pública, não podendo ser transferida no todo ou em parte sem prévia anuência da Administração Pública.

Nos casos em que a empreitada não é contratada *intuitu personae*, admite-se a subcontratação dela, por meio do que se chama sub-empreitada. Esta característica está intimamente ligada à natureza da prestação devida pelo empreiteiro ao comitente, qual seja, uma obrigação de fazer, que pode ser fungível ou não fungível, neste último caso, obrigação personalíssima.

É importante referir-se a essa característica, porque a obrigação do empreiteiro, se a empreitada é infungível, ou personalíssima, não pode ser

³⁶ Código Civil, art. 478: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

Art. 479: “A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

Art. 480: “Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, afim de evitar a onerosidade excessiva”.

transmitida, nem por atos entre vivos, nem por ato *causa mortis*, consoante provisão do artigo 626 do Código Civil.³⁷

Nesse sentido vem sendo decidido pelos tribunais superiores, a exemplo do aresto citado³⁸, em que está consignado: “Em regra, a obrigação do empreiteiro ou construtor não é personalíssima, porquanto a obra pode ser executada por várias pessoas, como ocorre em geral, a exemplo das obras feitas mediante concorrência pública com a participação de várias construtoras e das pequenas construções feitas mediante a escolha do empreiteiro que oferecer o menor preço”;

h) Também em função de o objeto da obrigação do empreiteiro consistir numa prestação consistente num *fazer*, essa obrigação é, em geral, uma obrigação indivisível. Isto é, a obrigação do empreiteiro somente se considera cumprida quando ele entrega o resultado de sua atividade, material ou imaterial. Ao credor só interessa o resultado final.

O cumprimento parcial da obrigação pode caracterizar mora ou mesmo inadimplemento absoluto, se respectivamente o desempenho assim da obrigação interessar ou não ao credor.

Há, no entanto, opiniões³⁹ no sentido de não ser, esta característica, da essência da obrigação do empreiteiro, mas da sua natureza apenas, uma vez que a empreitada pode ser pactuada para execução em etapas distintas. E o fundamento que se apresenta é o artigo 614, *caput*, do Código Civil⁴⁰, segundo o qual se faz menção à hipótese de a obra constar de partes distintas ou, pela sua natureza, ser empreitada do tipo das que se determinam por medida. Ainda assim, parece possível afirmar que a empreitada conserva o caráter de obrigação indivisível.

³⁷ Código Civil, art. 626: “Não se extingue o contrato de empreitada pela morte de qualquer das partes, salvo se ajustado em consideração às qualidades pessoais do empreiteiro”.

³⁸ STJ – Recurso Especial nº 703.244- SP – Relatora Ministra Nancy Andrighi.

EMENTA: CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE CONSTRUTOR/EMPREITEIRO, NATUREZA DA OBRIGAÇÃO. MORTE DO CONSTRUTOR/EMPREITEIRO. TRANSMISSÃO DA OBRIGAÇÃO AOS HERDEIROS E SUCESSORES. DEPENDÊNCIA DO OBJETO DO CONTRATO.

³⁹ Nancy Andrighi, Sidnei Beneti e Vera Andrighi, *Comentários...cit*, p. 281

- Maria Helena Diniz, *Tratado teórico e prático dos contratos*, 2º volume, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 181.

- Serpa Lopes, *Curso... cit*. p. 144.

⁴⁰ Código Civil, art. 614: “Se a obra constar de partes distintas, ou for de natureza das que se determinam por medida, o empreiteiro terá direito a que também se verifique por medida, ou segundo as partes em que se dividir, podendo exigir o pagamento na proporção da obra executada”.

O fato de a execução ter sido ajustada em partes, como no caso de uma obra intelectual em que se encomendam capítulos a pessoas diversas, ou no caso de uma obra da construção civil em que diversos empreiteiros se incumbem de tarefas autônomas, ainda assim, a empreitada mantém a característica de indivisibilidade, pois cada um dos obrigados, num caso ou noutro, deverá entregar por inteiro o produto de sua atividade.

Por considerar-se que a obrigação do empreiteiro reveste o caráter de obrigação indivisível, sujeita-se às determinações gerais dos artigos 257 a 263 do Código Civil.

7. Das espécies de empreitada

O contrato de empreitada, consoante a encomenda feita pelo destinatário da obra, pode não ensejar apreciação analítica que a de obras da indústria da construção civil admite.

Quando alguém encomenda a promoção de um evento, por exemplo, não há lugar para disquisições acerca da espécie de empreitada, se a preço de custo, se por preço máximo, por valor reajustável. O mesmo se diz noutros tantos casos. Isso porque a execução da obra encomendada costuma efetivar-se num único ato, não se estendendo ao longo do tempo. Isso, porém, não quer dizer que não haja obras estranhas à construção civil que não demandem ações diversas durante algum tempo. É o caso da encomenda de uma obra intelectual que deva ser realizada em partes.

Quando se cogita, porém, de obras de maior envergadura, que devam ser realizadas ao longo do tempo, aí sim, faz sentido a alusão às diversas espécies de empreitada. Normalmente, isso ocorre quando se trata de empreitada de obras da construção civil, envolvendo profissionais de diversas áreas, tais como um edifício, uma ferrovia, barragens e outras tantas que demandam períodos longos de execução.

Nesses casos, costuma-se aludir a diversas espécies de empreitada, tomando-se em consideração dois vetores: um leva em conta a forma de remuneração, ou seja, o preço devido pelo dono da obra ao empreiteiro; outro diz respeito ao modo de execução da obra pelo empreiteiro.

Ser desta ou de outra espécie a empreitada faz diferença. Os efeitos não são os mesmos. Logo, a classificação não tem importância meramente

didática. Ao contrário, pode ser fundamental a sua precisa caracterização, razão porque, no exame que se faz de um determinado contrato de empreitada, deve o intérprete considerar a verdadeira vontade das partes contratantes, observando a regra de interpretação a que se sujeitam os negócios jurídicos em geral, isto é, nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem, segundo a provisão do artigo 112 do Código Civil.

Trata-se de verdadeira regra de interpretação que é complementada por importante preceito consubstanciado no artigo 113 do Código Civil, segundo qual os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Feito o preciso diagnóstico da espécie de empreitada celebrada entre as partes, impõem-se, como consequência, as características de uma ou de outra espécie.

7.1. Da empreitada quanto ao modo de fixação do preço

Sob esse critério, a empreitada pode ser, consoante lições de Maria Helena Diniz⁴¹: a) a preço fixo, também conhecida como *marché à forfait*; b) por medida ou *ad mensuram*, igualmente conhecida com *marché sur dévis*; c) empreitada de valor reajustável; d) empreitada por preço máximo e e) empreitada por preço de custo.

A primeira espécie caracteriza-se pela proteção contra variações de preços. Tanto o empreiteiro fica protegido contra eventual pretensão do comitente consistente na redução do preço ajustado, caso baixem os preços dos materiais ou da mão de obra, quanto o comitente, contra eventual pretensão do empreiteiro no aumento do preço com fundamento no encarecimento dos materiais ou da mão de obra.

Essa modalidade de empreitada, que os franceses chamam de *marché a prix* ou *à forfait*, afasta modificações das bases objetivas do negócio celebrado, mesmo que o preço deva ser pago parceladamente.

No entanto, ainda que se trate de empreitada ajustada sob tal modalidade, não parece que se deva desprezar a onerosidade excessiva que pode sobrevir a uma ou a outra parte contratante, com a correspondente

⁴¹ Maria Helena Diniz, *Curso.....vol. 3.* cit. p. 325/7.

vantagem, em razão de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Fatos como esses autorizam a revisão contratual, para se restabelecer o equilíbrio das prestações, ou até a resolução do contrato, tese que encontra amparo em nossa legislação, consoante as prescrições dos artigos 317 e 478 do Código Civil. Mas, que fique assente: esses provimentos devem ser utilizados *cum grano salis*. Não sendo assim, nenhum sentido faria adotar o modelo de empreitada a preço fixo.

Na empreitada a preço por medida, *ad mensuram*, denominada na França como *marché sur dévis*, a fixação do preço é feita de conformidade com a execução da obra encomendada. Ou seja, o desempenho da prestação devida pelo empreiteiro dá-se de modo fracionado, dividido em partes, de modo que o preço é pactuado por etapas, podendo o seu pagamento verificar-se no início ou no fim de cada uma delas.

Diz-se *ad mensuram* porque o preço é fixado por certa medida, modalidade que se mostra interessante aos dois pólos de interesse, pois o dono da obra reserva a prerrogativa de promover modificações no projeto inicial sem criar embaraços ao empreiteiro que fixará o preço de conformidade com as alterações alvitradas.

Esse tipo de empreitada torna mais difícil, ou até impossibilita a arguição de uma eventual onerosidade excessiva.

A empreitada contratada a preço reajustável opõe-se à contratada a preço fixo. Naquela espécie, as partes *a priori* pactuam o reajustamento do preço estabelecido, devendo, porém, fazê-lo consoante critérios previamente conhecidos e aceitos.

Ser o preço reajustável não significa dizer que haja liberdade para uma ou outra parte alterar livremente o valor da contraprestação devida pelo dono da obra. Os critérios do reajustamento devem fazer parte das bases objetivas do negócio jurídico. A escolha dessa espécie de empreitada não autoriza nenhuma das partes promover alterações no preço de modo a tornar mais gravosa a prestação da outra. Os contratos devem ser concluídos e executados com espírito de solidariedade, de colaboração, não de antagonismo, em homenagem ao princípio da boa fé objetiva, requisito supremo de validade de qualquer negócio jurídico.

O atual Código Civil apenas positivou, no artigo 422, o que sempre constituiu um verdadeiro cânone no direito obrigacional, conforme já foi observado.

A empreitada por preço máximo, como está explícito, supõe um preço determinado para a execução da obra que não deve ultrapassar um limite estabelecido de comum acordo.

O fato de ter sido fixado o limite, não quer dizer que o empreiteiro possa pretendê-lo porque assim foi pactuado. Para tanto, é preciso que justifique com razões fundadas a sua pretensão, pois ele foi estabelecido para atender a circunstâncias adversas, prevendo alterações predeterminadas.

Também com relação a esta espécie, não é porque foi estabelecido um preço máximo que não possa o empreiteiro argüir eventual revisão contratual, com fundamento em fato extraordinário superveniente ou das modificações substanciais das bases do negócio jurídico. Torna-se mais difícil o convencimento, mas não impossível.

A empreitada conhecida por preço de custo tem lugar especialmente nos contratos de construção pelo regime de administração, modalidade pela qual será de responsabilidade do proprietário o custo integral da obra. Esta espécie foi referida pela Lei 4.591, de 1964, que dispõe sobre as incorporações imobiliárias. O preço correspondente à execução da obra será determinado pelo valor dos insumos utilizados mais o da mão de obra empregada, de modo que o risco de ser maior ou menor recai sobre o proprietário que encomendou a obra.

Esse tipo, a preço de custo, pode verificar-se tanto no caso de se tratar de empreitada somente de labor, ou de empreitada mista. Maria Helena Diniz⁴² observa a propósito dessa espécie de empreitada o seguinte: “Parece-nos que esse tipo de empreitada é mais utilizado quando se lhe opõe a empreitada por administração, nos casos de empreitada de obras civis. Por administração, quando o empreiteiro cobra um valor para “tocar” a obra, sem se preocupar com o custo dos materiais; a preço de custo, quando ele fixa previamente a sua retribuição embutida no custo dos materiais utilizados”.

7.2. Da empreitada quanto à execução do trabalho pelo empreiteiro

⁴² Maria Helena Diniz, *Tratado...*, vol 2, cit., p. 185.

Quanto à execução do trabalho pelo empreiteiro, a empreitada ou é de labor ou é mista, consoante prescrição do artigo 610 do Código Civil.

Esse preceito estabelece que o empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais. Ou seja, a prestação devida pelo empreiteiro, no primeiro caso, consiste apenas na execução da obra, qualquer que seja o tipo dela, enquanto que, no segundo, sua prestação é complexa, pois além da obrigação de fornecer os materiais necessários, vincula-se ao trabalho de lavrar, produzindo a obra a ser entregue à quem a encomendou.

Num caso, o empreiteiro está obrigado a fazer e a dar; noutro, a dar, fazer e dar. Esse desdobramento tem grande importância, pois há comandos legais apenas a uma ou a outra espécie de empreitada, como há para qualquer delas. Confirmam-se, a título de mera ilustração, os artigos 611 e 612 relativamente aos riscos dos materiais, e o artigo 613 referentemente à perda da obra executada.

7.2.1. Da empreitada de labor

A empreitada de labor é aquela que, como dito, caracteriza-se pelo fato de o empreiteiro ser obrigado tão somente a executar a obra. Sua prestação é uma típica obrigação de fazer. O objeto do negócio deve ser lícito, possível fisicamente e precisamente determinado ou pelo menos determinável, consoante o preceito do artigo 104 do Código Civil. Normalmente o objeto da empreitada é a realização de uma coisa material, mas não se desvirtua se o objeto for imaterial, como a concepção e realização de uma idéia. A propósito, o Código Civil, no artigo 610, § 2º, faz alusão ao projeto de uma obra e não à obra em si.

Na empreitada de labor é onde normalmente o interesse do comitente está na pessoa do empreiteiro, isto é, a obrigação de fazer assume o caráter de uma obrigação infungível, devendo ser desempenhada tão somente pela pessoa do empreiteiro. Neste caso, em que o contrato ostenta a feição de um contrato *intuitu personae*, a morte do empreiteiro faz extinguir o vínculo, pelo que dispõe o 626, parte final do Código Civil. Obviamente, esse tipo de empreitada inadmite a sub-empreitada.

Isso, porém, não equivale a dizer que qualquer empreitada, sendo somente de labor, assuma necessariamente o caráter de um contrato personalíssimo.

A obrigação do empreiteiro, qualquer que seja a espécie de empreitada, caracteriza-se como obrigação de resultado, não obrigação de meio. Se o resultado almejado foi atingido, nenhuma responsabilidade se impõe ao empreiteiro ainda que sua conduta, na execução da obra, não se tenha pautado pela diligência requerida de qualquer contratante. O comportamento desleal, ou o descumprimento dos chamados deveres anexos, pode até ensejar indenizações, mas se o resultado pretendido foi alcançado, satisfeito está o interesse do credor, ou seja, o interesse do dono da obra.

Se a empreitada de labor encerra uma típica obrigação de fazer, pode o dono da obra, ante a recusa do empreiteiro, receber de terceiro a prestação, não sendo o contrato *intuitu personae*, às expensas do devedor.

Cabe lembrar, nesse passo, a importante prerrogativa que o Código Civil de 2002 abriu ao credor de, em caso de urgência, executar ou mandar executar a obra, independentemente de autorização judicial, sendo depois ressarcido.

A novidade em relação ao direito anterior, consistente na providência sem intervenção do Poder Judiciário, tem fundamento no parágrafo único do artigo 249 do Código Civil. Trata-se de uma espécie de auto-defesa.

7.2.2. Da empreitada mista

A empreitada mista, ou de materiais, é aquela que ocorre quando o empreiteiro se obriga, além da execução da obra, a fornecer os materiais a serem nela utilizados. Sua obrigação é conjuntiva. De dar e de fazer. Somente se libera do vínculo se as duas prestações forem cumpridas exatamente como convencionadas.

Este fato, de o empreiteiro obrigar-se a uma e a outra espécie de prestação, não subtrai a principal característica da empreitada, qual seja, a de apresentar o resultado anunciado. Também nessa espécie, a obrigação do empreiteiro somente se considera cumprida se concluir a obra e entregá-la ao dono de conformidade com o que foi ajustado. Caso o resultado não seja exatamente o previsto, poderá o dono enjeitar a obra ou, a seu juízo exclusivo, aceitá-la mediante abatimento. É o que prescreve o artigo 616 do Código Civil.

Assim, o descumprimento da obrigação do empreiteiro, seja a empreitada de labor, seja a mista, caracteriza inadimplemento absoluto, caso não interesse ao dono receber a obra tal como apresentada, como pode também caracterizar o inadimplemento mora, se ao credor interessar o recebimento com abatimento.

Daí poder ser ajustada uma cláusula penal para o caso de inadimplemento absoluto e outra para o caso de mora, além de uma terceira para o caso de descumprimento dos deveres anexos.

Na empreitada mista, a quantidade e a qualidade dos materiais, por ser óbvio, são de responsabilidade plena e exclusiva do empreiteiro, já que na outra espécie, empreitada de labor, é o empreiteiro que tem a incumbência de alertar o dono da obra acerca da qualidade e quantidade dos materiais por este fornecidos.

Tanto a empreitada mista, quanto a de labor, podem ser a preço fixo, a preço reajustável, por medida, a preço de custo. A de labor se contrapõe apenas à de materiais, e vice-versa.

8. Da afinidade da empreitada com outros contratos

Há na empreitada características que a fazem aproximar-se de diversas espécies de contrato. Os que guardam maior afinidade com ela são: a venda, a prestação de serviços, o mandato, a construção, a incorporação, o *engineering*,

É importante observar, a propósito, que não é o nome, ou o rótulo com que se nomina um contrato, que lhe atribui a natureza jurídica. Esta decorre do que dizem as cláusulas ajustadas entre as partes. Às vezes, dá-se ao contrato o nome de empreitada, mas empreitada não é, dados os preceitos que as partes utilizaram. Daí a necessidade de se apontarem alguns traços diferenciadores entre os contratos que mais diretamente guardam afinidade com a empreitada.

8.1. Da empreitada e da venda

Com a venda não se confunde a empreitada. Cada uma das espécies tem objeto preciso. Na venda, a obrigação a que se sujeitam as partes, vendedora e compradora, é a de dar determinada coisa, enquanto que na empreitada, a obrigação do empreiteiro é a de fazer alguma coisa, embora deva também entregar o que foi feito. Na venda, a contraprestação devida pelo

comprador ao vendedor é sempre um preço em dinheiro. Já na empreitada, a prestação devida pelo proprietário pode ser dinheiro ou cota parte do que foi feito, por exemplo.

Apesar de serem distintos os objetos, há traços comuns entre um e outro, dado o fato de serem ambos contratos bilaterais, onerosos e comutativos. Por isso mesmo, também o contrato de empreitada está sujeito à exceção de contrato não cumprido, aos vícios redibitórios, como traços comuns.

Ainda que se trate de empreitada em que o empreiteiro se obriga a fornecer os materiais, ela não guarda identidade com a venda. O que interessa, nesse caso, ao dono da obra, não são os materiais fornecidos, mas a lavra deles, isto é, o resultado por que o empreiteiro se obriga.

8.2. Da empreitada e da prestação de serviços

No que toca à prestação de serviços também não há confundir as duas espécies de contrato. Embora haja pontos de evidente semelhança⁴³, na prestação de serviços o que se contrata é a atividade do prestador. Na empreitada, é o resultado dela, a obra, embora esta só exista com a atividade. Naquela espécie, a execução do serviço é dirigida e fiscalizada por quem contratou o prestador, enquanto nesta a direção compete ao próprio empreiteiro.

Também há diferenças entre uma e outra espécie de contrato no que diz respeito aos riscos e à remuneração que num caso é devida independentemente do resultado obtido e noutro está a ele vinculada.

8.3 Da empreitada e do mandato

Do mandato difere a empreitada, pois nele o mandatário se obriga a praticar atos em nome do mandante, por conta deste, enquanto nela o empreiteiro não se vincula à vontade do dono da obra no que tange à execução do serviço.

8.4 Da empreitada e da construção

⁴³ O Código civil argentino, recentemente publicado, para vigorar a partir de janeiro de 2016, dispõe sobre a empreitada juntamente com o contrato de prestação de serviços, nos artigos 1251 a 1279, dada a afinidade entre ambos, destacando que em ambas as espécies a atuação do *contratista*, como do *prestador de servicios*, dá-se de maneira independente, consoante o disposto no artigo 1251.

O contrato de construção não é o mesmo que empreitada. Esta é uma modalidade daquela, segundo leciona Hely Lopes Meirelles⁴⁴.

Para Maria Helena Diniz⁴⁵, a construção é gênero, que abrange a empreitada.

Em nosso sentir, a empreitada não é exatamente uma espécie de construção, tampouco uma modalidade dela. O que se dá é que o contrato de construção pode ser feito mediante empreitada. Vale dizer: a execução das obrigações do construtor pode dar-se mediante empreitada.

A construção de obras civis não está regulada pelo Código Civil, mas pelas Leis 5.194/66 e 12.378/11, onde se vê que a construção pode dar-se mediante empreitada ou mediante administração. Trata-se, contudo, de um contrato empresarial, cujas características são praticamente as mesmas que foram apontadas para o contrato de empreitada. Sujeita-se às normas atinentes aos negócios jurídicos e às regras gerais dos contratos. Há, porém, exigências específicas, com relação às partes, à forma e a requisitos próprios para a execução das obrigações do empreiteiro, assunto que concerne ao Direito Administrativo e que tem sua sede legislativa nos diplomas mencionados.

Poder-se-ia, então, afirmar que a construção por empreitada é o ajuste pelo qual o construtor-empreiteiro, pessoa física ou jurídica habilitada a construir, se obriga a executar determinada obra, com autonomia na condução dos trabalhos, assumindo todos os encargos econômicos do empreendimento, e o proprietário ou comitente-empreiteiro se compromete a pagar um preço fixo, ainda que reajustável, unitário ou global, e a receber a obra concluída, nas condições convencionadas.

8.5. Da empreitada e da incorporação

O contrato de incorporação é uma espécie de contrato empresarial, pois uma das partes, o incorporador, é uma empresa⁴⁶ imobiliária.

Há em nosso ordenamento jurídico uma definição legal do incorporador. Definição longa, contida no artigo 29 da Lei 4.591/64. Esta lei, no artigo anterior, em seu parágrafo 2º, preceitua que a incorporação consiste na

⁴⁴ Hely Lopes Meirelles, *Direito* cit., p. 236.

⁴⁵ Maria Helena Diniz, *Tratado*..., vol 2, cit. p. 179.

⁴⁶ Código Civil, artigo 966 – Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

Percebe-se facilmente que a figura do incorporador não se confunde com a do empreiteiro, exatamente porque incorporação não é empreitada. Assim, pode o incorporador empreitar a promoção ou a construção de edificações, ou fazê-lo sem se valer do contrato de empreitada.

8.6. Da empreitada e do engineering

O contrato de engineering é uma espécie de empreitada, em que empresas se propõem a empreender e gerenciar projetos e construções de grande vulto, envolvendo, de ordinário, subcontratações e a posterior administração de um bem.

O mercado apropriado é o de construção de indústrias de alta tecnologia, que seguramente provocam o desenvolvimento tecnológico do país, na medida em que permitem a modernização do parque industrial e econômico. Em verdade, não se trata de um contrato diferente que, como nos demais casos, contém semelhanças e dessemelhanças com a empreitada.

Fábio Ulhoa Coelho⁴⁷ explica que a obra, no engineering, é comumente assumida pelo empreiteiro (subempreitador) que se torna credor do dono da obra pelos valores pagos aos subempreiteiros acrescidos dos juros convencionados sem prejuízo da taxa de administração. Em suma, é uma empreitada de grande porte.

9. Da empreitada e o Código de Defesa do Consumidor

O contrato de empreitada, uma vez caracterizadas as figuras do consumidor e do fornecedor, consoantes os preceitos dos artigos 2º e 3º da Lei 8.078, de 11/9/90⁴⁸, sujeita-se aos mandamentos da legislação protecionista. Aliás, também sob esse aspecto, a empreitada se aproxima da incorporação. A dificuldade, no entanto, está em saber quando restam caracterizadas as figuras

⁴⁷ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito civil, contratos*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 302.

⁴⁸ Código de Defesa do Consumidor – Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.; Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

do consumidor e do fornecedor. Ou seja, quando tem lugar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Quem decididamente se debruçou sobre os estudos da lei consumerista foi Claudia Lima Marques⁴⁹, para quem a definição legal do consumidor não é satisfatória. Por isso, propõe uma definição que, segundo ela, abrange todo o definido, nos seguintes termos: é o não profissional, aquele que retira serviço em posição estruturalmente mais fraca, é o agente vulnerável do mercado de consumo, é o destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade atual, chamada sociedade “de consumo” ou de massa.

Prossegue, afirmando que o direito do consumidor tem origem constitucional, é um direito fundamental do cidadão, direito humano de nova geração.

Quanto ao fornecedor, a definição do artigo 3º da lei protecionista parece pôr em destaque o desenvolvimento da *atividade*. Só se pode considerar fornecedor, de produto ou de serviço, aquele que tem como atividade habitual, como negócio, qualquer das funções enunciadas, inclusive serviços.

Assim, quem encomenda um determinado projeto a uma empresa cuja função, cujo negócio, cuja atividade, é elaborar projetos, é considerado consumidor, enquanto a empresa, fornecedor, estabelecendo-se o dualismo necessário a determinar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor àquela relação constituída.

Se esta situação não se apresentar, a relação não se regerá pela lei especial, mas pela geral, ou seja, o Código Civil.

É importante saber a que regime se submete determinada situação jurídica de empreitada, dados os riscos e a responsabilidade civil do empreiteiro. O regime do Código do Consumidor é diferente, em alguns aspectos do regime estatuído pelo Código Civil.

É verdade que segundo entendimentos que se vêm generalizando essa diferença de tratamento não tem mais tanta importância, dada a extensão do

⁴⁹ Claudia Lima Marques, *Contratos no código de defesa do consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 302.

alcance de normas de lei especial à lei geral, segundo o que se denomina *diálogo normativo* ou *diálogo das fontes*⁵⁰.

A propósito, cumpre lembrar que foi Cláudia Lima Marques⁵¹, em razão dos estudos feitos na Universidade de Heidelberg, com o Professor Erik Jayme, quem difundiu entre nós esta nova preocupação que o conflito de leis no tempo sugere, ao observar que “abordando as características básicas do CDC, em primeiro lugar, como norma jurídica inserida no sistema de direito brasileiro, e os reflexos que estas características podem ter no que se refere a sua aplicação pelo intérprete. Em um segundo momento, gostaríamos de analisar o papel da Constituição Federal na interpretação e na origem do Código, tendo em vista os inúmeros reflexos hierárquicos que a origem constitucional de um mandamento ou lei pode ter no direito atual. Por fim, devemos analisar os critérios clássicos e modernos colocados à disposição do aplicador da lei para solucionar as antinomias, contradições ou conflitos no sistema”.

Além de ter-se dedicado com profundidade ao tema na obra citada, também foi sua a coordenação do livro denominado *Diálogo das Fontes*⁵², onde também escreveu um dos capítulos intitulado “Diálogo das fontes como método de interpretação e aplicação das leis: um tributo à Erik Jayme”.

10. Da empreitada e da proteção do direito autoral a projeto de construção

As obras intelectuais, assim entendidas quaisquer criações do espírito humano, são protegidas, independente do meio de sua expressão. A proteção é constitucional, Constituição Federal, artigo 5º, XXVII, XXVIII e XXIX) e legal, Lei 9.610, de 19.2.1998, artigo 7º. O projeto de construção de uma obra civil está, pois amparada, tanto no aspecto do direito moral do autor, quanto no do direito material.

Ao Código Civil de 2002 não escapou menção a esse bem jurídico. O artigo 615, e em especial o artigo 621, fazem alusão ao direito moral do autor de um projeto de construção, proibindo o dono da obra, ou o empreiteiro, de promover qualquer alteração sem consentimento do autor. A proibição, porém,

⁵⁰ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Curso de direito civil, contratos*, vol. 4, São Paulo, JusPODVIM, 2.013, p. 851, nota 57.

⁵¹ Cláudia Lima Marques, *Contratos no...* cit., p. 615.

⁵² Cláudia Lima Marques, *Diálogo das fontes – Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2ª tiragem, 2012, p. 17/66.

não é absoluta. A proibição encontra barreiras: razões de ordem técnica, inconveniência de adoção do projeto originário por motivos supervenientes e excessiva onerosidade na execução legitimam a alteração do projeto que haverá de ser feita *cum grano salis*, isto é, de modo a acarretar o mínimo possível de modificação, consoante recomendação do parágrafo único do citado artigo 621 do Código Civil.

11. Competência judicial para processar e julgar conflitos decorrentes da empreitada

Essas observações que seguem somente fazem sentido em razão da Emenda Constitucional nº 45 que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, dando nova redação ao artigo 114 da Constituição Federal.

Os eventuais conflitos que surgem da relação contratual de empreitada devem ser dirimidos, regra geral, pela justiça comum. Às vezes, quando envolve interesses da União Federal, ou de entidades públicas estaduais e municipais, o feito deve processar-se, respectivamente, pela Justiça Federal, ou pelas varas da Fazenda Pública.

Quando, porém, a empreitada for contratada por empreiteiro, pessoa física, que se obriga a realizar a obra *pessoalmente*, a competência para dirimir conflitos é da Justiça Especializada trabalhista. Não é o fato de o empreiteiro ser pessoa física ou jurídica, mas o de ficar caracterizada a hipótese de empreiteiro empresário, nos termos do artigo 966 Código Civil. As expressões *operário* e *artífice* empregadas no artigo 652 da Consolidação das Leis Trabalhistas não podem ser tomadas no sentido econômico ou financeiro. Havendo caracterização de *trabalho humano direto e pessoal no contrato de empreitada*, a competência é da justiça especializada, conforme a conciliação entre os artigos 652, III da CLT e o artigo 114 da Constituição Federal.

Nas situações em que não tem lugar a competência da Justiça do Trabalho, nada impede que as partes contratantes, por cláusula contratual, submetam à conciliação e arbitragem o conflito eventualmente surgido.

CAPÍTULO II - DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1. Noções

Consoante clássica doutrina, diz-se que há responsabilidade civil em todos os casos em que uma pessoa é obrigada a reparar o dano sofrido por outra, obrigação que pode provir de diferentes fontes: o contrato, o delito, a lei.

Civilmente responsável é aquele que está constituído na obrigação de indenizar, tornar indene a vítima de um dano.

Consoante lição de Aguiar Dias⁵³, “responsável civil é aquele a quem se carregam as conseqüências da lesão de interesse privado, juridicamente protegido, não importando distinguir, para esse efeito geral, qual a fonte do dever preexistente”.

O caráter proeminente é, pois, ressarcitório, segundo referida concepção, para a qual não há responsabilidade civil se inexistir dano.

Nestes termos, ela cuida somente de restabelecer o equilíbrio desfeito pelo ato lesivo, e por isso não se confunde com o que é perseguido no âmbito da responsabilidade administrativa, ou da responsabilidade criminal. Embora nestas também possa ocorrer obrigação consistente no pagamento de multas, a finalidade da pena não tem necessariamente caráter reparatório, como ocorre na responsabilidade civil.

Um dos mais respeitados juristas que tratou com precisão do tema da responsabilidade civil, embora não tenha empregado a locução como título da obra, foi Agostinho Neves de Arruda Alvim⁵⁴. Afirmou que os requisitos ou pressupostos dessa obrigação são três: “o prejuízo, a culpa e o nexo causal, observando que somente o último requisito é imprescindível, uma vez que o prejuízo e a culpa podem estar ausentes. A culpa, em todos os casos de responsabilidade objetiva; o dano, em casos de responsabilidade contratual,

⁵³ José de Aguiar Dias. *Cláusula de não-indenizar*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 4ª edição, p.34.

⁵⁴ Agostinho Neves de Arruda Alvim, *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, Rio de Janeiro e São Paulo, Editora Jurídica e Universitária, 3ª edição, 1965, trabalho que o consagrou e que foi dedicado ao Cardeal Arcebispo Metropolitano de São Paulo, Grão Chanceler da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Dom Carlos Carmelo de Vasconcellos Motta, e que se ocupou precipuamente do exame da inexecução das obrigações, tendo o autor estudado em seguida as conseqüências dela, qual seja, a obrigação de indenizar.

como a título de exemplos, a cláusula penal e os juros, em que basta demonstrar o inadimplemento da obrigação para que sejam devidos”⁵⁵.

Aquelas reflexões, embora feitas há mais de seis décadas, não se deterioraram com o passar do tempo. Ao contrário. Conservam atualidade. Muitos novos estudos foram realizados, depurando o tema da responsabilidade civil, ora para colocar em destaque um determinado aspecto dela, ora para explorar novas situações jurídicas. Se ao consagrado jurista fosse dado reescrever sua obra prima, ele que de maneira tão simples e clara fez conjecturas de tão profundo alcance, certamente enriqueceria a literatura jurídica desse inesgotável tema, dado o espírito aberto que sempre demonstrou ao analisar o direito.

Estas observações autorizam concluir que ele, apreciando hoje o mesmo assunto estudado nos idos de 1949, certamente não deixaria de considerar as alterações processadas na legislação, não só as que o foram explicitamente, como as decorrentes de princípios constitucionais, bem como os prestigiosos subsídios da jurisprudência.

Dada a evolução dos estudos sobre o tema, pode-se afirmar atualmente que responsável civil é quem está, por alguma razão, obrigado a uma determinada prestação, decorrente da violação de um direito.

O termo *alguma razão* tem conotação ampla. Pode dizer respeito a uma causa próxima ou a uma causa remota, como pode aludir ao próprio efeito. O vocábulo *prestação*, a sua vez, não se restringe a uma soma pecuniária. Dessa maneira, isto é, quando se busca a maior amplitude do conceito, o que parece ainda restar incólume é a relação que desponta, o nexo, que tanto pode ser entre ações como entre fatos.

Não importa o fundamento último que se dê, nem a espécie do resultado provocado. Tampouco a fonte direta ou indireta que a justifica. Nem mesmo o objetivo que se persegue, se de reparar, de prevenir, de castigar. No conceito de responsabilidade civil o que remanesce, uma vez depurado, é o vínculo que se estabelece entre fatos e entre atos.

Assim, pode-se cogitar de responsabilidade civil quando está ou não presente a culpa, quando está ou não demonstrada a ocorrência de alguma

⁵⁵. Estas assertivas encontram-se referidas no preâmbulo do capítulo em que trata dos pressupostos do dano indenizável, nas fls. 177 da terceira edição, publicada em 1965, da citada obra.

espécie de dano, quando a intenção é simplesmente pedagógica de modo a remediar ou prevenir a ocorrência de fatos contrários ao direito, quando o propósito é coibir procedimentos de má-fé. O conceito goza, então, de contornos mais amplos, mais abrangentes, ampliou-se.

2. Dos fundamentos da responsabilidade civil

No que diz respeito aos fundamentos últimos da responsabilidade civil, parece útil uma breve resenha acerca das diversas fases por que ela passou, sendo oportuno lembrar, a propósito, feliz observação de Louis Josserand, mencionada por Agostinho Alvim⁵⁶, no prefácio da citada obra, segundo a qual “a verdade de ontem não é mais a de hoje, que deverá, por sua vez, ceder o lugar à de amanhã”.

Fatores diversos militam nesse verdadeiro processo incessante que busca mais justas fundamentações para explicar a responsabilidade civil.

Têm sido mencionados como tais a revolução industrial, o desenvolvimento científico e tecnológico e a busca da justiça social, na construção de uma sociedade solidária.

Nosso século assistiu a expressivo desenvolvimento da responsabilidade civil porque novas regras foram impostas pelas modificações ocorridas nas condições materiais da vida. A multiplicação dos acidentes corporais seria a causa principal da severidade da lei ou dos juízes em relação aos que os causam. Por isso, pode-se glorificar a nossa época de possuir um sentimento mais elevado de justiça, felicitar os tribunais por estarem interpretando as regras de direito segundo uma realidade mais atual e de exaltarem uma vez mais o progresso do direito.

Com a edição da antiga *Lex Aquiliae*, a responsabilidade civil passou a assentar-se na culpa. Sem a prova da culpa não havia responsabilidade. E culpa consistia na violação de um dever, determinado ou não, que o agente devia conhecer e observar. Era necessário estabelecer uma relação de causa e efeito entre o procedimento culposos do agente e o dano dele resultante. Era imperiosa a demonstração da culpa.

⁵⁶ Agostinho Neves de Arruda Alvim, *Da inexecução...* cit. prefácio.

Com o advento dos fatores antes mencionados, o fundamento da responsabilidade foi se deslocando.

Num primeiro passo, ocorreu a chamada flexibilização da prova da culpa. Passou-se a admitir a culpa *in re ipsa*, aquela que deriva inexoravelmente da gravidade do fato danoso e das circunstâncias em que ele ocorreu. É uma espécie de presunção natural, *hominis* ou *facti*, de culpa.

Outra manifestação dessa flexibilização foi a chamada culpa contra a legalidade, que ocorre quando o dever violado resulta de texto expresso de lei ou regulamento. A mera infração acarreta responsabilidade.

Em seguida, avançou-se para a culpa presumida, em que o fundamento continua sendo a culpa, com inversão do ônus da prova. O fato lesivo é por si considerado um fato culposos, a menos que o agente consiga provar a sua não culpa.

Verificou-se depois o nascimento da responsabilidade contratual, que é mais uma etapa no caminho da responsabilidade subjetiva para a objetiva. Os franceses engendraram a responsabilidade contratual, em que já existe entre as partes um vínculo jurídico preestabelecido e o dever jurídico violado está perfeitamente configurado nessa relação jurídica. No contrato de trabalho, na obrigação de seguridade, no de transporte, na cláusula de incolumidade, notam-se exemplos dessa fase. A responsabilidade contratual desenvolveu-se paralelamente à extracontratual, em terreno definido e limitado.

Veio em seguida a culpa anônima, que se desenvolveu a partir dos danos causados pelo Estado. Este não tem vontade nem ação. Atua por meio de seus prepostos, mas o gigantismo dele, a multiplicidade de seus órgãos, o grande número de agentes, não permitem identificar quem é quem. Em decorrência, da culpa individual adveio a culpa anônima, impessoal. É, na expressão dos franceses, a chamada culpa do serviço, ou falta do serviço. Basta a ausência do serviço devido ou o seu defeituoso funcionamento, inclusive pela demora, para configurar a culpa anônima.

Não é ainda modalidade de responsabilidade objetiva, mas subjetiva, porque baseada na culpa do serviço diluída na sua organização, assumindo feição anônima ou impessoal.

Depois surgiu a responsabilidade objetiva, que dispensava qualquer verificação a respeito do comportamento culposos do agente.

Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas conceberam a teoria do risco.

Várias são as concepções de risco.

Risco proveito: onde está o ganho, aí está o encargo. Ou seja, se alguém experimenta alguma espécie de vantagem no exercício de uma atividade, da qual resulta dano para outrem, deve ser responsabilizado. A dificuldade está no conceituar o proveito. Além disso, a vantagem pode acontecer em benefício de quem age e também de terceiros, da coletividade, devendo-se observar que não é só o aspecto econômico que interessa.

Risco profissional, quando devem ser reparados os danos ocorridos em razão dos acidentes que envolvem os empregados no trabalho e por ocasião deles, independente de culpa do empregador.

Risco excepcional, se a reparação é devida sempre que o dano é consequência de um risco que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranha ao trabalho que normalmente exerça. São os casos dos danos provocados pelas redes elétricas, exploração de energia nuclear, materiais radioativos. Quem explora este tipo de atividade responde, independente de culpa.

Risco criado, que se caracteriza pelo fato de responder aquele que expõe alguém ao risco de sofrer um dano. Não se confunde com o risco proveito, pois não se cogita de o dano ser correlativo a um proveito ou vantagem para o agente. O dever de reparar não se subordina ao pressuposto da vantagem. O que importa é a atividade em si mesma, independentemente do resultado bom ou mau que dela advenha para o agente.

Risco integral, que é uma modalidade extremada da teoria do risco, justificando o dever de indenizar até nos casos de ausência do nexo causal. O dever de indenizar está presente em face apenas do dano, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior. É o caso da responsabilidade por dano nuclear.

Em tese de doutorado defendida junto à *Università degli studi Del Molise*, na Itália, em janeiro de 2006, transformada em livro com o título *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, Anderson Schreiber⁵⁷ demonstra que

⁵⁷ Anderson Schreiber, *Novos paradigmas da responsabilidade civil – Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, São Paulo, Editora Atlas, 5ª edição, 2013, p. 249 a 258.

os tradicionais filtros de reparação de danos, especialmente a prova da culpa e a prova do nexo causal, ruíram no estágio atual da responsabilidade civil. Em suas conclusões, aponta o ocaso da culpa e a flexibilização do nexo causal, para evidenciar a importância do dano como cláusula geral de seleção de interesses tutelados e o método da ponderação. Paralelamente à adoção do método da ponderação, que confia ao Poder Judiciário a seleção de interesses merecedores de tutela em concreto, afirma ele haver outros meios não pecuniários de reparação, capazes de atenuar a imensa contradição da responsabilidade civil contemporânea, que reconhece o caráter extrapatrimonial do dano, mas lhe reserva um remédio exclusivamente monetário. Diz também que, inspirada na solidariedade social, a jurisprudência tem, por toda parte, se recusado a deixar as vítimas dos danos sem reparação, na medida em que “as Cortes flexibilizam a configuração dos pressupostos da responsabilização, no solidário reconhecimento de que, de alguma forma, por vivermos em sociedade, todos somos culpados por todos os danos e todos somos causadores de todos os danos”. É o que chama de responsabilidade social pelos danos causados.

Em outro recente trabalho, denominado *As Funções da Responsabilidade Civil*, de Nelson Rosendal, o autor alude ao redesenho da responsabilidade civil, no sentido de que tanto na Europa quanto nos Estados Unidos criam-se desestímulos a condutas ilícitas por meio de instrumentos preventivos, de caráter eminentemente inibitório, como acontece com as penas civis e as *astreintes*, bem assim com as ações coletivas. “A técnica inibitória é instrumento de dissuasão (*deterrence*) que encontra assento no artigo 5º, XXXV, da CF, ‘A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ bem como dos artigos 12 do CC e 461 do CPC”⁵⁸, leciona referido autor.

Mais adiante, dá especial destaque às *class action*, cujo ponto de partida é que se uma conduta ilícita representa uma situação de vantagem sobre um grande número de pessoas – o “*ilícito serial*” – a tutela destas situações segundo as regras ordinárias poderá ser impossibilitada no plano fático, dada a assimetria das posições entre as partes. Esta solução será

⁵⁸ Nelson Rosendal, *As funções da responsabilidade civil – A reparação e a pena civil*, São Paulo, Editora Atlas, 2ª edição, 2014, p. 120.

preferível à proliferação de lides individuais, pois a pena será definida de uma só vez, em caráter amplo, e, portanto, mediante uma importância significativa. “Ao contrário da reparação de danos – que será definida em lides distintas, em prol da coletividade e individualmente em favor das vítimas – a determinação de uma pena civil em sede coletiva certamente impedirá a sua reprodução em posteriores ações individuais”⁵⁹.

Enfim, o que se quer fazer nessa altura do trabalho, não é exatamente uma análise pontual de cada fase por que vem passando o tema da responsabilidade civil. O que se pretendeu foi somente chamar à atenção para esse movimento que não cessa.

Há muito pouco tempo, Rogério Donnini⁶⁰ apresentou sua tese de Livre-Docência perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, denominada Responsabilidade civil na pós-modernidade – felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. Deixou consignado o seguinte excerto que calha bem a propósito dessa evolução por que passa a responsabilidade civil: “Vivemos um *interregno*, momento de incertezas e de evidente transição, caracterizado pela ruptura de um modelo cultural, social e político idealizado no Ocidente, denominado *modernidade*. Essa nova fase da humanidade, conhecida como *pós-modernidade*, já se iniciou há tempos, mas certamente se intensificou nas duas últimas décadas, em um novo mundo com relações instantâneas, cibernético-informáticas e infomacionais, que inegavelmente trazem inúmeros benefícios sociais, a par de uma série de dúvidas e também malefícios, em especial na prática de lesões em tempo integral, com reflexos na responsabilidade civil”⁶¹.

3. Responsabilidade civil contratual e extracontratual

Passadas em revista no item anterior, de modo bastante breve, as diversas fases em que se manifestou a responsabilidade civil no que diz respeito aos seus fundamentos remotos, sem aprofundar nas razões que as

⁵⁹ Nelson Rosenvald, *As funções*, cit. p. 125.

⁶⁰ Rogério Donnini, *Responsabilidade civil na pós-modernidade – Felicidade, proteção enriquecimento com causa e tempo perdido*, Tese ainda não publicada, mas depositada da Coordenadoria do Curso de Pós-Graduação da PUCSP.

⁶¹ Rogério Donnini, *Responsabilidade* --- cit., p. 129.

informaram, bem assim as tendências que vêm sendo robustecidas de maneira crescente, destacam-se a seguir, também de forma sucinta, as suas espécies.

Consoante clássica e tradicional orientação, a responsabilidade civil decorre ou da violação do contrato, ou da violação de direito alheio. Daí sua subdivisão em responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, antagonismo repudiado por Rodrigo Xavier Leonardo, como referido na Nota nº 6, no início.

Com a observação de que esses termos são insuficientes para albergar todas as situações, tem-se preconizado a sua substituição por responsabilidade civil negocial e responsabilidade civil em sentido estrito.

Negocial e não *contratual*, porque abrangeria tanto a responsabilidade decorrente da violação do contrato, ou seja, negócios jurídicos bilaterais, quanto dos negócios jurídicos unilaterais, como é o caso, por exemplo, da promessa de recompensa. E por outro lado, responsabilidade civil em sentido estrito, para se referir àquela que supõe a violação de direito alheio, sem estabelecer ligação necessária com a espécie de responsabilidade que tem por fundamento a culpa, ou seja, a responsabilidade denominada aquiliana.

A posição tradicional é a de atrelar a responsabilidade extracontratual à responsabilidade aquiliana. No entanto, como é grande e crescente o número de situações em que existe o dever de reparar por violação de direito alheio com fundamento no risco, é melhor não estabelecer sinonímia entre o termo *extracontratual* e *culpabilidade*.

A questão é terminológica. Mas tem utilidade a precisa identificação de cada uma das situações figuradas, para evitar eventuais dificuldades.

A responsabilidade negocial tem lugar no âmbito dos negócios jurídicos em geral, enquanto que a responsabilidade em sentido estrito tem alcance maior, envolvendo situações em que alguém teve violado um direito seu, tanto no aspecto patrimonial, quanto no não-patrimonial.

É também costume referir-se à responsabilidade civil *subjetiva* e *objetiva*, conforme seu fundamento tenha assento na culpa, ou dela prescindir. Não que sejam outras duas espécies de responsabilidade, pois tanto no âmbito da responsabilidade negocial (contratual), quanto no da responsabilidade em sentido estrito (extracontratual), ela pode ser subjetiva ou objetiva. Subjetiva,

quando a culpa é o fundamento, e objetiva quando é o risco em suas diversas modalidades.

Quando se trata de culpa está se cogitando da violação de um dever geral ou determinado que o agente pode conhecer e observar. O comportamento do agente pode revelar intencionalidade ou não. No primeiro caso, tem-se o dolo, no segundo a culpa estrito senso, que pode manifestar-se por ações ou omissões imprudentes, negligentes e imperitas. Pode ainda ser enfocada sob outro aspecto, o de culpa *in comittendo*, culpa *in omittendo*, culpa *in eligendo*, culpa *in vigilando*, culpa *in custodiendo*. Esse é o campo da responsabilidade subjetiva que está presente na negocial, ou na extracontratual.

Quando se trata de risco, qualquer que seja a espécie dele, o comportamento do agente não importa. Esse é o campo da responsabilidade objetiva que também está presente na negocial, ou na extracontratual.

4. Da responsabilidade civil no Código Civil

O Código de 1916 disciplinava a responsabilidade civil basicamente nos Títulos VII e VIII, do Livro III, Parte Especial, sob as epígrafes Das Obrigações por Atos Ilícitos (artigos 1518 a 1532) e Da Liquidação das Obrigações (artigos 1533 a 1553). E, na Parte Geral, Livro III, Título II, Dos Atos Ilícitos (artigos 159 e 160).

O Código vigente destinou o Título IX, rotulado Da Responsabilidade Civil, do Livro I, Parte Especial, constituído dos Capítulos I, Da Obrigação de Indenizar (artigos 927 a 943) e do Capítulo II, Da Indenização (artigos 944 a 954). O título alusivo à responsabilidade civil está estreitamente vinculado ao Título III, do Livro III, Parte Geral, sob a denominação Dos Atos Ilícitos (artigos 186 a 188).

Pelo que se pode observar, parece que a inovação teria sido apenas terminológica. Em vez de *obrigações por atos ilícitos* e *liquidação das obrigações*, passou-se a disciplinar o mesmo assunto sob a denominação *da responsabilidade civil*. Em ambos os diplomas, o tema está ligado ao *ato ilícito*.

A alteração, no entanto, teve maior alcance. Talvez se possa afirmar que um dos maiores avanços do Código de 2002 em relação ao que o precedia

esteja justamente na parte alusiva à responsabilidade civil, com a edição, em especial, dos artigos 187 e 927, parágrafo único.

Antes de examinar, não todos, mas alguns dos preceitos constitutivos daqueles títulos e capítulos apontados é preciso dizer que o tema da responsabilidade civil não se circunscreve somente àquelas partes e aos dispositivos correspondentes. Ao contrário, está em todos os lugares. É um estuário onde deságuam todas as áreas do direito; público e privado, contratual e extracontratual, material e processual. Está na parte geral, no capítulo do ato ilícito, como referido, está na parte geral dos contratos, com a disciplina do inadimplemento das obrigações, das arras, da cláusula penal, está na parte dos contratos em espécie, está no direito de família, das sucessões, como também no direito das coisas. É, enfim, assunto extraordinariamente abrangente.

O que se pretende, neste estudo, não é a análise da responsabilidade civil, tema que requer muitas reflexões. Mas apenas trazer alguns apontamentos de caráter geral, com vistas ao objeto preciso dele, ou seja, a responsabilidade civil no contrato de empreitada, que tanto pode resultar das relações estritamente contratuais, como pode extrapolar os seus próprios limites. Daí a necessidade de um exame à luz do ato ilícito e da inexecução contratual.

Ainda com referência às observações da passagem de um diploma legal para outro, cumpre lembrar que o dano moral recebeu uma anotação, no artigo 186, não tendo sido feita, porém, qualquer menção aos critérios para a quantificação e a legitimidade de sua pretensão. O dano estético não mereceu referência própria. O dano à imagem também não teve tratamento na nova legislação, nada se referindo à indenização pela indevida utilização da imagem. Igualmente o novo Código não enfrentou a questão da causalidade múltipla, especialmente no âmbito da responsabilidade objetiva. Além disso tudo, é preciso observar que a tendência do direito moderno é voltar a sua atenção para a vítima do dano, não mais para o ofensor, ou seja, protege-se mais o consumidor, o usuário do serviço público, o cidadão, anunciando-se um declínio da responsabilidade individual, em favor da responsabilidade social,

como acentua Anderson Schreiber⁶², em sua citada tese de doutorado, em que pretendeu evidenciar “a erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, o ocaso da culpa e a flexibilização do nexo causal”.

Por tudo isso, apesar de o novo diploma ter inovado no capítulo da responsabilidade civil, muitos pontos deixaram de ser tratados.

Com estas anotações, segue uma análise resumida do assunto em face do direito positivado no Código Civil de 2002.

4.1. Da responsabilidade civil extracontratual

A responsabilidade civil extracontratual tem sede nos artigos 927 e 186 do Código Civil. O pressuposto é o cometimento de ato ilícito. Nas provisões dos artigos 928 e seguintes encontram-se algumas situações que implicam na violação de direito alheio, sem que haja qualquer conotação negocial. Por isso, se diz responsabilidade extracontratual.

Este tópico será dividido em duas partes, em que será examinada, primeiramente, a responsabilidade extracontratual cujo fundamento é a culpa, tomada em seu sentido mais abrangente, por isso denominada subjetiva; e depois, a responsabilidade extracontratual cujo fundamento é o risco, por isso objetiva.

4.1.1. Da responsabilidade civil extracontratual com fundamento na culpa

Dispõe o artigo 927, *caput*, do Código Civil que aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

No mencionado preceito está contemplada uma das espécies de responsabilidade civil. A chamada responsabilidade civil extracontratual, ou aquiliana, que tem como pressuposto a prática de ato ilícito. Se do ilícito decorrer dano, impõe-se o dever de repará-lo.

Esse dever reparatório depende da satisfação de três condições: o cometimento de ato ilícito, o dano e a relação entre uma coisa e outra. Havendo o ilícito, sem dano, ou havendo o dano, sem o ilícito, não há falar em responsabilidade civil, mesmo porque não há lugar para se cogitar do nexo. É o que decorre da literalidade do texto.

⁶² Anderson Schreiber, *Novos paradigmas* ,,, cit. p. 249.

Esse mesmo texto autoriza o entendimento de que a verificação do dano não é imprescindível à caracterização do ilícito. Quer dizer: há ilícito sem dano, como há ilícito com dano. Neste caso, não naquele, surge o dever de reparação, surge a responsabilidade civil.

Essa reflexão, entretanto, não é completa quando se cogita de responsabilidade civil, pois ela não afasta a hipótese de existir responsabilidade sem que tenha ocorrido o ilícito, como será examinado adiante.

O ato ilícito está, no atual Código Civil, disciplinado nos artigos 186 a 188. Houve uma ampliação conceitual, se comparado com o diploma anterior. Constitui espécie de fato jurídico, figurando ao lado do ato jurídico e do negócio jurídico.

O artigo 186 corresponde ao artigo 159 do Código Civil de 1916, enquanto o artigo 188 ao artigo 160. A novidade apresentada está no artigo 187 que não tem correspondência com o diploma anterior.

O artigo 186 diz que comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito alheio e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

Examinado o texto com apelo único à sua literalidade, pode-se afirmar que o conceito de ato ilícito depende do concurso de dois requisitos: violação de direito e ocorrência de dano. O artigo 159 do antigo Código dizia: violação de direito *ou* ocorrência de dano. O atual substituiu a alternativa **ou** pela disjuntiva **e**. Pelo anterior, o conceito de ilícito prendia-se à demonstração da violação de direito, ou *alternativamente*, pela ocorrência do dano. Uma coisa ou outra seria, então, suficiente para caracterizar a responsabilidade civil. Pelo atual, o ilícito somente ocorre quando à violação de direito *ajunta-se* a verificação do dano.

O recurso à literalidade, no entanto, não pode dissociar-se de outros métodos de que se deve servir o intérprete. É preciso, ao contrário, considerá-los em conjunto. Por isso, a leitura que se devia fazer do revogado artigo 159, que usava a conjunção alternativa *ou*, como a que se deve considerar do atual artigo 186, que utiliza a conjunção aditiva *e*, deve ter em conta outras provisões, especialmente a do artigo 927, onde se encontra a sede do tema da responsabilidade civil.

Com o devido respeito que merecem as opiniões contrárias, o que parece fundamental para a caracterização do ilícito é simplesmente a violação do direito. Não é a ocorrência do dano. É ato ilícito a só violação de direito alheio, tendo, ou não, daí, decorrido dano. Quer dizer: a ocorrência de dano não é essencial para a caracterização da responsabilidade civil, mas apenas accidental. O ato ilícito, noutras palavras, não se confunde com responsabilidade civil, embora esta possa ter aquele por causa.

O ato ilícito, como foi afirmado, é uma espécie de fato jurídico. Por isso era, e é, disciplinado logo após o tratamento jurídico dado ao negócio jurídico e ao ato jurídico, espécies que pertencem todas ao mesmo gênero. O dano, que é pressuposto do dever reparatório, da responsabilidade civil, portanto, não deve mesmo integrar o conceito de ato ilícito. Ele pode ser seu pressuposto, mas isso não autoriza considerá-lo seu elemento.

Do dano e de sua reparação incumbe-se o artigo 927. Enquanto o artigo 186 cogita de uma espécie do gênero, o artigo 927 diz respeito à obrigação de restauração do equilíbrio desfeito. Assim, o artigo 186 deve ser lido da seguinte maneira: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, comete ato ilícito”.

Ou seja, ato ilícito é a violação culposa de direito alheio. Daí decorre que o fundamento é, pois, a culpa, em seus diversos graus, desde a mais grave, o dolo, isto é, ação ou omissão voluntária, em que o agente quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo, até a mais branda, que se avizinha da não culpa, e que se expressa pelos matizes da negligência (dever de diligência), da imprudência (dever de cuidado) e da imperícia (dever de observar a técnica adequada).

Do exposto, conclui-se que pode ficar caracterizado o ato ilícito sem que se lhe siga, como corolário, a responsabilidade civil, afirmação, porém, que não ilide, como se verá, a possibilidade de estar presente o dever de reparar, a responsabilidade civil, sem a presença do ilícito.

Quando a responsabilidade civil decorre do ilícito, dizia-se que se tratava de responsabilidade subjetiva, porque o fundamento era a conduta culposa. Grafou-se o verbo no pretérito, *dizia-se*, como ainda se pode dizer, embora não mais de modo absoluto, como será analisado mais adiante.

Observe-se que a culpa continua sendo o fundamento da responsabilidade civil, se o pressuposto dela for o ato ilícito. Se o pressuposto dela não for o ato ilícito, mas a violação contratual, também continua sendo a culpa o seu fundamento, como será examinado. Para a comprovação da primeira afirmação, basta citar o artigo 186, combinado com o artigo 927, *caput*. Para a segunda, o artigo 389, complementado pelo 396 do Código Civil (responsabilidade civil em sentido estrito, ou, como é comumente denominada, responsabilidade contratual ou negocial). Nos dois casos, responsabilidade subjetiva.

Essa posição, porém, experimentou alteração acentuada. Tanto no âmbito de uma espécie, quanto de outra. Nessa altura dos comentários, a preocupação está centrada na primeira espécie de responsabilidade, na extracontratual. Da contratual, tratar-se-á adiante, observando que uma e outra interessam de perto ao objeto do presente estudo, pois quando se cogita da responsabilidade civil na empreitada, uma e outra espécie estão presentes.

Com a edição do novo Código, o conceito de ato ilícito ganhou maior amplitude. Não mais se circunscreve apenas aos lindes do artigo 186. Teve seu conceito extraordinariamente ampliado, pelo disposto no artigo 187.

Também é ato ilícito o exercício de direito quando esse exercício excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. É o que preceitua o artigo 187, texto que, de certo modo, amplia o conceito de exercício irregular do direito, referido na parte final do inciso I do artigo 188, que tem seu correspondente no código anterior, artigo 160, I.

Se a lei dizia (artigo 160, I, segunda parte, do Código de 1916), como diz (artigo 188, I, segunda parte, do atual Código) que não é ato ilícito o exercício regular de um direito reconhecido, diz também que o exercício irregular é ato ilícito. Exercício irregular é o mesmo que exercício anormal. É abuso do direito, expressão que parece trazer em si uma contradição, porque se é direito não há lugar para falar em abuso. Mas o que interessa mais no exame que está sendo empreendido não é o disposto no artigo 188, I, segunda parte. É, isso sim, o que está contido no artigo 187, que não deixa também de ser uma espécie de exercício irregular, ou de abuso de direito. Por isso que se disse que o artigo 187 estendeu, ou mais precisamente, explicitou, a caracterização da

irregularidade contemplada no artigo 188, I. Com efeito, não deixa de ser irregular o exercício do direito que excede os limites impostos pelo seu fim econômico, pelo seu fim social, pela boa-fé e pelos bons costumes.

Logo, o artigo 187 do atual Código não constituiu uma verdadeira novidade. Ele enunciou parâmetros do que é irregular. Ou seja, é irregular o exercício do direito que não se contém dentro de sua finalidade econômica, ou social, e que atenta contra a boa-fé objetiva, ou ainda, contra os bons costumes. Mas também é ato ilícito o exercício anormal do direito, ainda que essa anormalidade não se restrinja àqueles quatro conceitos. O artigo 188, I é mais vasto e mais vago que o artigo 187. Este está contido naquele. Pelo artigo 188, qualquer excesso deve ser coibido, porque constitui ilícito. Pelo artigo 187, os excessos estão balizados por aqueles parâmetros: fim econômico, fim social, boa-fé e bons costumes, que são, inegavelmente, parâmetros abrangentes.

Antes de o projeto de código civil transformar-se em lei, Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁶³, antecipara-se nas reflexões em torno do dispositivo em causa, observando que “o artigo 187 pode ser visto como a *cláusula mais rica* do hoje vigente Código Civil sob a perspectiva do direito obrigacional, reunindo em um único dispositivo os quatro princípios éticos que presidem o sistema, quais sejam o abuso do direito, o fim social, a boa-fé e os bons costumes”, afirmando, em seguida que “a culpa social está no comportamento excessivo”.

Francisco Amaral⁶⁴ afirma: “deve-se entender como fim econômico ou social a função instrumental própria de cada direito subjetivo, a qual justifica a sua atribuição ao titular e define o seu exercício. Tal concepção parte da idéia de que os direitos subjetivos são instrumentos jurídicos para a realização de interesses. A boa-fé entende-se do ponto de vista psicológico e do ponto de vista ético. Psicologicamente, a boa-fé é a convicção de que se procede com lealdade, com certeza da existência do próprio direito, donde a convicção da licitude do ato ou da situação jurídica. Eticamente, a boa-fé significa a consideração, pelo agente, dos interesses alheios, ou a imposição de

⁶³ Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Projeto do código civil: as obrigações e os contratos*, Revista dos Tribunais, ano 89, v. 775, maio de 2000, p. 23.

⁶⁴ Francisco Amaral, *Os atos ilícitos. O novo código civil. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*, coordenadores: Domingues Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra da Silva Martins Filho, São Paulo, LTr, 2003, p.163/4.

consideração pelos interesses legítimos da contraparte como dever de comportamento. Bons costumes significam o conjunto das regras morais aceitas pela consciência social, correspondendo à moral objetiva, ao sentido ético imperante na comunidade social”.

Outra ponderação judiciosa, fê-la Renan Lotufo⁶⁵, nos seguintes termos: “Há condicionantes ao exercício dos direitos que implicam em limites genéricos dos direitos em geral e limites particulares de exercício de cada direito. O limites genéricos do exercício dos direitos em geral são a boa-fé e os bons costumes, a que todos se submetem, uma vez que incidem indistintamente sobre todos os direitos. De outro lado, há os limites particulares para o exercício de cada direito: são os fins sociais e econômicos, que dizem respeito a cada direito isoladamente considerado, máxime no plano negocial”.

Nos termos do dispositivo em exame, para que a ilicitude da conduta fique caracterizada, basta que se verifique o excesso comportamental do agente ou as finalidades social e econômica do direito, segundo critérios objetivos, não subjetivos.

A propósito, o Enunciado nº 37 da I Jornada do Conselho de Justiça Federal, realizada em 12 e 13 de setembro de 2002, deixou consignado o seguinte: “Art. 187: A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. Ou seja, a caracterização da ilicitude, nos termos do artigo 187, está inteiramente divorciada da idéia de culpa, contrariamente à provisão do artigo 186.

Mas, para que tal caracterização fique evidenciada, é preciso que o excesso tenha sido manifesto. A lei usa o advérbio *manifestamente*, que os dicionários, aliás, não registram. A intenção dela, é óbvio, é que se trate de um excesso inequívoco, claro, flagrante, que se revele por evidências e que não abra ensanchas a considerações de natureza subjetiva. Nesse sentido, excelente e atual trabalho de Alexandre Guerra⁶⁶, para quem “somente haverá o abuso de direito se o excesso aos limites legais impostos for flagrante, o que revela a justa preocupação do legislador com as interpretações meramente

⁶⁵ Renan Lotufo, *Código Civil comentado; parte geral (arts. 1º a 323)*, vol., 1. São Paulo, 2003, p. 501.

⁶⁶ Alexandre Dartanhan de Mello Guerra, *Responsabilidade civil por abuso do direito*, São Paulo, Saraiva, 2011, p.160.

subjetivas do julgador na apreciação do caso concreto em sua tarefa de subsunção. O adjetivo em foco serve como regra de segurança, com o fim de separar o exercício conforme o direito do exercício que não o observa, restringindo seu campo de incidência. Reside justamente em aludido vocábulo o que separa o exercício lícito do ilícito de certo direito”.

O artigo 187 trata do *exercício* do direito. Ou seja, de colocar em ação, pelo titular do direito, o que está posto virtualmente.

Fernando Pessoa Jorge⁶⁷ diz que há três momentos distintos mas interligados respeitantes à limitação do conteúdo ou do exercício de um direito. O primeiro é o desenho legal do direito pelo legislador, necessariamente geral e abstrato. O segundo é a titulação ou a ligação de um direito a um sujeito com sua aquisição originária ou derivada. O terceiro corresponde àquele em que o titular de um direito já adquirido resolve efetivamente exercê-lo. Assim, *possuir um direito* não significa o mesmo que efetivamente *exercer um direito*. O exercício de um direito envolve necessariamente a prática de um ato por seu titular; “exercer o direito é realizar as possibilidades de ação que constituem o conteúdo dele: significa, portanto, desencadear alterações no mundo sensível (...) numa palavra, assumir comportamentos, mesmo que estes se destinem só a defender o direito”.

O artigo 187 teve como fonte imediata o direito português, não obstante a redação da norma, naquele país, ser diversa da incorporada no direito brasileiro, notadamente o art. 334º do Código de 1966: “Art. 334º - É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

Refere Daniel M. Boulous⁶⁸ que “a regra do art. 187 do Código Civil foi estrategicamente inserida na Parte Geral do Código Civil. Este é o local em que ela deve, efetivamente, figurar. E a razão para tanto foi justamente a de possibilitar que os efeitos dela emanados atingissem, indistintamente, cada uma das relações jurídicas que foram especialmente disciplinadas na Parte Especial do Código. Assim também se deu na Alemanha, onde a doutrina não

⁶⁷ Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 195.

⁶⁸ Daniel M. Boulous. *Abuso do direito no novo Código Civil*, São Paulo. Método. 2006. p. 147.

deixa de elogiar o fato de o § 226 do Código Civil daquele país (que trata do abuso do direito) ter sido incluído na Parte Geral daquele Código. Uma regra de tamanha importância foi feita para que fosse aplicada aos direitos subjetivos em geral e não somente aos direitos de crédito e direitos reais”.

Além do aspecto relacionado com a sua localização, o artigo 187 tem sido visto como uma cláusula geral, e não como uma provisão de alcance tópico. E cláusula geral, segundo lições de Alberto Gosson Jorge Junior⁶⁹, “são normas jurídicas, originadas de um processo constitucionalmente previsto, que as posiciona na categoria formal de leis. São normas jurídicas dotadas de uma função peculiar, diferenciada das demais normas, por carregarem uma *amplitude semântica ou valorativa* maior que a generalidade das disposições normativas”.

Também Pietro Perlingieri⁷⁰ pontifica a respeito, afirmando que “as cláusulas gerais devem ser lidas na lógica proposta, não naquela originária, com base na qual foram inseridas nas leis e no Código. A jurisprudência que precedeu a Constituição fez raríssima aplicação das cláusulas gerais, sem jamais considerá-las relevantes e decisivas para a solução do caso concreto, tendo-se sempre inspirada nas chamadas técnicas regulamentares. Todavia, a ideologia da vida, a ordem econômica e social, portanto política, de uma sociedade incidem não pouco sobre a individuação das cláusulas gerais, tanto é que nas duas Alemanhas (até a unificação em 1990) os relativos contextos exigiam duas diversas interpretações, mesmo sendo idênticas as proposições legislativas. Com efeito, as cláusulas gerais não têm um valor axiológico autônomo e completo, porque são preenchidas por valores que se encontram não apenas na realidade social, mas nos princípios normativos de relevância hierarquicamente superior, sejam esses constitucionais, comunitários ou internacionais”.

Para Nelson Nery e Rosa Maria Nery⁷¹, “as cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado a dessa forma agir por força da formulação legal da própria cláusula geral, que é diretriz ao

⁶⁹ Alberto Gosson Jorge Junior, *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 22.

⁷⁰ Pietro Perlingieri, *O direito civil na legalidade constitucional, Perfis do direito civil*, tradução de Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 2ª edição, 2002, p. 239

⁷¹ Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código civil comentado*, p. 142.

aplicadas da lei. A principal função das cláusulas gerais é dotar o sistema interno do Código Civil de mobilidade, mitigando a rigidez das regras e concretizando o que se vê nos princípios gerais, de direito e nos conceitos jurídicos indeterminados”.

É preciso, pois, que ao exercitar o direito, o titular dele tenha excedido, de modo a não ensejar absolutamente qualquer dúvida, os limites dos fins econômico e social, da boa-fé objetiva e dos bons costumes. A discricionariedade de quem aprecia o excesso é, também, limitada.

Uma vez caracterizado o ato ilícito, seja pela violação culposa de direito alheio (artigo 186), seja pelo excesso manifesto verificado no seu exercício (artigos 187 e 188, I), apreciações respectivamente subjetiva e objetiva, e se em virtude dessa caracterização tiver resultado alguma espécie de dano, presente estará o dever reparatório, isto é, haverá responsabilidade civil.

Nesse sentido dispõe o artigo 927, *caput*: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Neste caso, a responsabilidade desponta em razão do cometimento de ato ilícito, supondo que dele tenha advindo alguma espécie de dano.

Sobre esse pressuposto, o dano a que se refere o artigo 186 que inclui o dano moral, discorrer-se-á mais adiante, sendo, porém, oportuno mencionar desde já que a reparabilidade do dano extrapatrimonial não está sujeita a tabelamento ou a valores fixos, consoante Enunciado nº 550 da VI Jornada do Conselho de Justiça Federal, nos seguintes termos: “A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos”.

Esta espécie de responsabilidade era nominada como subjetiva, extracontratual, ou aquiliana. Extracontratual ou aquiliana em contraposição à contratual, ou mais precisamente, à negocial. Subjetiva, em contraposição à objetiva. Dada a ampliação do conceito de ato ilícito, parece que a qualificação não é a mais adequada, pelo menos a que se refere à *subjetiva* ou *aquiliana*, já que o ato ilícito não mais se circunscreve somente nos limites do subjetivismo, embora a dicção do parágrafo único do mesmo artigo (haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa...*) tenha rotulado o *caput* como o texto que alude à responsabilidade fundada na culpa.

O artigo 927 *caput* do Código Civil não tem, a rigor, preciso correspondente no código de 1916. Ele foi destacado do artigo 159 daquele diploma que dispunha conjuntamente acerca do ato ilícito e do dever de reparar o dano dele resultante. No regime atual, o ato ilícito tem sede nos artigos 186 e 187, como visto acima, enquanto que a responsabilidade civil deles decorrentes tem por fundamento o artigo 927.

Este texto reporta-se às duas espécies de ilícito: o de natureza subjetiva (culpa) e o de natureza objetiva (exercício irregular de direito, que supõe a boa-fé, os bons costumes e as finalidades econômico e social do negócio).

4.1.2. Da responsabilidade civil extracontratual com fundamento no risco

A par da responsabilidade que tem como causa a prática de ato ilícito (art. 927 *caput*), e cujo fundamento é a culpa, mas não só a culpa, como visto, o atual Código enunciou uma regra também de caráter geral que impõe o dever reparatório, se dano tiver ocorrido, sem que se cogite do comportamento da conduta de quem quer que seja.

Esta modalidade de responsabilidade civil ocorre toda vez que a lei assim determinar, casos em que a lei constitui fonte direta do dever de reparar, bem como nos casos em que a atividade de alguém, pela sua própria natureza, implicar risco para os direitos de outrem. O preceito normativo contempla, pois, duas ordens de responsabilidade: uma que está explicitamente indicada em lei, qualquer que seja ela, desde que integre o ordenamento jurídico vigente, e outra que leva em consideração a atividade desempenhada por alguém.

4.1.2.1. Da responsabilidade civil extracontratual com fundamento no risco e prevista em lei

No primeiro caso, é a lei que, diretamente, impõe a responsabilidade, como está previsto na primeira parte do artigo 927 do Código Civil.

Inúmeros são os casos em que isso ocorre. E crescentes. A título de exemplo, mencionem-se, dentre outras, no Código Civil, as hipóteses de destruição ou deterioração de coisa alheia para afastar risco iminente (art. 188, II), de danos causados pelos produtos colocados em circulação por empresários individuais e por empresas (art. 931), de danos causados por terceiros indicados no artigo 932 (art. 933), de danos provenientes de coisas que caírem ou forem lançadas de prédios (art. 938)

Além do Código Civil, inúmeras leis extravagantes contemplam a responsabilidade objetiva, tais como, a Lei 8.078, de 11.9.1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor (art. 12), Lei 6.453, de 17.10.1977, que dispõe sobre responsabilidade civil por danos nucleares, a Lei 8.213, de 24.7.1991 que trata de acidentes do trabalho. Nessas hipóteses e em outras tantas mais, a própria lei estabelece o dever de ressarcir o dano independente de qualquer verificação acerca da conduta do agente.

Outras hipóteses serão certamente incluídas dentre as existentes, conforme as exigências das mudanças que vão se impondo.

4.1.2.2. Da responsabilidade civil extracontratual decorrente de atividade que implica risco

Também há responsabilidade de reparar o dano toda vez que alguém desenvolver, ainda que normalmente, qualquer atividade que, por sua natureza, implique risco.

Talvez seja essa, segundo opinião generalizada, a maior novidade que o atual Código Civil acrescentou em nosso ordenamento jurídico. O parágrafo único do artigo 927, em sua parte final, cuja inspiração veio do artigo 2.050 do Código Civil italiano, contempla uma verdadeira cláusula geral. Não há uma situação previamente determinada, não se reporta a nenhuma hipótese específica. Cuida-se, isso sim, de situações gerais, indeterminadas.

Com relação a essas hipóteses gerais, o de que se cuida não é de exercício normal, ou anormal de direito, que pode respectivamente caracterizar ato lícito ou ilícito.

O fulcro central do comando normativo está, por um lado, no próprio significado de *atividade* e, por outro, no conteúdo do verbo *desenvolver*.

Atividade não é o mesmo que *ato*. *Atividade* supõe continuidade, certa perenidade, e não ação isolada e eventual. Em outras palavras, *atividade* encerra a idéia de um conjunto de atos organizados e coordenados a certos objetivos predeterminados.

O verbo *desenvolver*, por sua vez, parece reforçar a idéia de atividade, na medida em que faz supor um movimento num determinado sentido.

Fernando Noronha⁷² observa que “na atividade, o todo é qualitativamente diverso dos atos que a integram e, devido a isso, estes podem produzir conseqüências jurídicas que não aconteceriam, se não fosse estarem integrados no conjunto”.

Também Claudio Luiz Bueno de Godoy⁷³ ensina que “a continuidade coordenada dos atos seqüenciais, a rigor, ostenta-se ínsita ao próprio conceito de atividade”.

A *atividade* que se desenvolve deve trazer a conotação de risco, de perigo. Quanto maior o perigo, mais fácil será a verificação da responsabilidade. Pouco importa se o agente se conduz com maior ou menor cautela. O que interessa é saber se a *atividade* em si contém risco. Por isso que, mesmo praticada *normalmente*, isto é, regularmente, não afasta a responsabilidade de quem a realiza.

Também não é importante que a atividade desenvolvida seja econômica, tenha índole empresarial. Mesmo atividade destituída de intuito lucrativo parece estar ao alcance do preceito sob comento, desde que ela revista a aptidão para gerar um risco especial.

Mas, ao aplicá-la, é preciso conduzir-se com elevada dose de discernimento e razoabilidade, uma vez que toda atividade humana implica certo risco, maior ou menor. Evidentemente, a norma não contém todo esse espectro. Parece, por isso, prudente, não estendê-la a qualquer espécie de risco, devendo-se salientar que a periculosidade da atividade desenvolvida deva ser especial, indutiva de um risco especial, ou nas palavras de Massimo Franzoni⁷⁴, comentando o artigo 2.050 do código civil italiano, a atividade desenvolvida pelo agente deve vir revestida de *spiccata potenzialità offensiva*, isto é, de uma destacada potencialidade ofensiva.

Na I Jornada do Conselho de Justiça Federal, foi editado o Enunciado 38 que teve o escopo de dimensionar o alcance do risco causado pela atividade, nos termos que seguem: “A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do

⁷² Fernando Noronha, *Direito das Obrigações...* cit .p. 422.

⁷³ Claudio Luiz Bueno Godoy, *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 73.

⁷⁴ Massimo Franzoni, *La responsabilità oggettiva*, apud Cláudio Luiz Bueno de Godoy, cit. p. 112.

dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.

Ou seja, há de se considerar um ônus concreto, não abstrato.

A propósito, também é oportuno colacionar o Enunciado nº 377 do IV Jornada do Conselho de Justiça Federal, segundo o qual “O artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, quando se tratar de atividade de risco”, observando que o texto constitucional mencionado é o que assegura a trabalhadores urbanos e rurais o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Tanto no caso de responsabilidade subjetiva (art. 927, *caput*), quanto no de responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único), a obrigação se impõe, respectivamente, ao agente que houver cometido o ato ilícito ou àquele que no desenvolver uma atividade que expõe a risco os direitos de terceiros, se daí resultar dano.

Se, apesar de uma coisa ou outra tiver ocorrido, inexistindo dano, não há lugar para a responsabilização. O dano é o efeito. Sem ele, ainda que tenha havido a causa, não há responsabilidade. Por isso, diz-se que para haver responsabilidade civil, devem estar presentes uma causa e uma consequência, além da relação necessária entre elas.

Observações sobre o dano e a relação de causa e efeito serão feitas mais adiante, após algumas referências sobre a responsabilidade civil contratual, devendo-se, entretanto, lembrar que a referência ao parágrafo único do artigo 927 a respeito dos *direitos de outrem*, mereceu também do Conselho de Justiça Federal, em sua VI Jornada, o Enunciado nº 555, *in verbis*: “Os direitos de outrem mencionados no parágrafo único do art. 927 do Código Civil devem abranger não apenas a vida e a integridade física, mas também outros direitos, de caráter patrimonial ou extrapatrimonial”.

4.2. Da responsabilidade civil negocial

Da responsabilidade civil negocial, ou contratual, segundo a tradição, tratam, como preceitos de cunho geral, os artigos 389 e seguintes do Código Civil.

Cuida-se, nessa parte, de uma teoria geral da responsabilidade civil negocial.

Depois, em cada um dos negócios jurídicos disciplinados, há regras sobre a responsabilidade específica. Assim, a responsabilidade do vendedor, do comprador, do locador, do locatário e de tantos outros contratantes.

A responsabilidade civil do empreiteiro, tema objeto do presente estudo, submete-se aos dois regimes, ou seja, um geral, outro específico.

Nesta parte, cogitar-se-á do regime geral da responsabilidade que tem por pressuposto a conclusão de algum contrato. No Capítulo III, tratar-se-á do regime especial da responsabilidade civil na empreitada.

Depois de regular a parte fisiológica das obrigações, isto é, suas modalidades diversas e os seus efeitos, o Código Civil dispôs sobre a sua patologia. Quer dizer, tratou do inadimplemento.

O normal, o que se espera de qualquer negócio jurídico, é que as partes envolvidas numa relação obrigacional executem as obrigações contraídas. Que sejam elas fielmente cumpridas, tal como foram pactuadas, qualquer que seja a sua modalidade, por qualquer que seja o meio. Logo, a inexecução é a sua anormalidade. E se a inexecução ocorre, frustra-se o interesse da parte contratante que por isso experimenta alguma ordem de prejuízo.

Também no âmbito da responsabilidade negocial os pressupostos são a inexecução da obrigação (causa), o dano (efeito) e a relação entre uma e outro.

Para a comprovação dessa assertiva, basta atentar para o disposto na parte inicial do artigo 389 do Código Civil: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos”. Aí estão os três pressupostos.

Da mesma maneira como ocorre na responsabilidade extracontratual, na negocial está presente a questão relacionada à culpa.

Neste campo a responsabilidade também pode ser subjetiva ou objetiva. Ou seja, somente haverá responsabilidade, no primeiro caso, se a inexecução for culposa, e, no segundo, se o caso estiver inserto numa previsão específica, ou se incidir na regra geral da responsabilidade independente de culpa.

Embora a regra seja a responsabilidade subjetiva, há inúmeros casos de responsabilidade objetiva no campo dos negócios jurídicos. Esse número vem num crescendo, como está ocorrendo no âmbito da responsabilidade

extracontratual, dados os mesmos fatores que justificam esse deslocamento da fundamentação, os quais deságuam na maior necessidade de se amparar a vítima de danos.

Essas reflexões enunciam o entendimento de que o parágrafo único do artigo 927, embora localizado fora da parte que disciplina o inadimplemento das obrigações, abrange também a parte da responsabilidade negocial.

Que a responsabilidade civil negocial tem na culpa o seu fundamento, basta atentar para o disposto no artigo 396 do Código Civil, segundo o qual: “Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”. A *imputabilidade* é a nota reveladora da culpa. E se o devedor não incorre em mora (melhor teria sido dizer inexecução em vez de mora), porque não se lhe pode *imputar* algum fato, não fica caracterizada a causa do eventual prejuízo. Ou seja: pode ter havido dano, mas não ficou caracterizada a causa; logo, não há responsabilidade, pois sequer seria possível cogitar-se do nexo.

Outro dispositivo legal que atesta cabalmente que o fundamento da responsabilidade civil negocial é a culpa, como regra, é o artigo 392 do Código Civil, segundo o qual, nos negócios gratuitos responde por culpa a parte a quem o contrato aproveita e só por dolo a parte a quem ele não favorece, enquanto que nos negócios onerosos, cada uma das partes responde por simples culpa.

Portanto, a responsabilidade, como resta claro, funda-se na culpa. Assim é de modo geral, embora haja inúmeros e crescentes casos de responsabilidade negocial que da culpa prescindem.

Da mesma maneira que ocorre no âmbito da responsabilidade extracontratual, também na responsabilidade negocial, pode existir o dever de reparar o dano embora não esteja presente a imputabilidade, a culpa. Quer dizer: responsabilidade negocial objetiva.

Nesses casos, a culpa não é essencial, mas accidental, se presente. Dê-se como exemplo o caso do contrato de transportes. Uma das partes contratantes, o transportador, responde pelos danos causados à pessoa transportada e suas bagagens, sem que seja preciso demonstrar procedimento culposo, consoante o preceito estabelecido no artigo 734 do Código Civil. A par de existir num ou noutro contrato referência à desnecessidade da culpa, repete-se o que foi observado alhures, isto é, que o parágrafo único do artigo

927, embora não esteja encartado dentre os dispositivos atinentes à inexecução das obrigações, também se aplica no âmbito da responsabilidade negocial, pois no exercício de direitos decorrentes de convenções, nominadas ou inominadas, pode estar presente o *desenvolver atividade de risco*. Logo, aquele preceito vale também como cláusula geral para a responsabilidade negocial.

No Título IV, do Livro II, Parte Especial, o Código Civil disciplina o inadimplemento das obrigações, em cinco capítulos que contemplam, além das disposições gerais, outras pertinentes à mora, às perdas e danos, à cláusula penal e às arras. Os dois primeiros têm a ver com a causa, enquanto os três outros, com a consequência.

Nos desdobramentos desse item, examinar-se-ão os pressupostos da responsabilidade civil contratual.

4.2.1. Da inexecução da obrigação

As obrigações são espontaneamente contraídas para serem cumpridas. O cumprimento deverá corresponder exatamente àquilo que foi contratado. Se assim não acontecer estar-se-á diante da inexecução da obrigação, fato que acarreta efeitos.

Os efeitos, regra geral, são os danos decorrentes da inexecução da obrigação. Para que se cogite da responsabilidade civil, nesta seara, é preciso que fique caracterizada precisamente a inexecução (causa), que dela tenha havido danos (efeito) e que se possa estabelecer uma relação entre uma coisa e outra.

No presente desdobramento, tem-se o propósito de examinar a inexecução da obrigação. A causa que enseja o efeito.

O artigo 389 do Código Civil, abrindo o título próprio, diz em sua parte inicial: “não cumprida a obrigação...”. Quer dizer, *inexecução* equivale a *não cumprimento*, é a impressão primeira que se colhe do texto. Não está errada, mas está incompleta, como se verá.

O termo *inexecução da obrigação* é genérico. Comporta espécies. Costuma-se referir ao inadimplemento absoluto, ao inadimplemento mora e, mais recentemente, à violação positiva do contrato, que se relaciona com os chamados deveres anexos, ou deveres laterais da obrigação.

O assunto merece trato mais cuidadoso.

Inexecução é sinônimo de inadimplemento, de incumprimento. Mas abrange também o próprio cumprimento, porém, imperfeito, ou parcial.

O contraposto à inexecução é a execução. Mas a execução exata, precisa, aquela que se realiza em absoluta conformidade com o que foi objeto do pacto. Qualquer modificação que se verifique, por mais insignificante que seja, é bastante para autorizar a afirmação de que a inexecução está caracterizada. Pode ser até que dada a insignificância não se deva considerá-la no apreciar as conseqüências.

Execução, adimplemento, cumprimento só ocorre quando há perfeita, precisa e exata correspondência com o que constituiu a intenção livre das partes envolvidas na relação obrigacional.

Deve-se observar, nesse passo, que numa relação contratual há, em regra, obrigações para ambas as partes. Logo, uma e outra podem incidir na inexecução cuja verificação importa dada a regra da *exceptio non adimpleti contractus*. Ou seja, se há reciprocidade de obrigações, pode parecer que uma das partes tenha incorrido em inexecução de suas obrigações, quando na realidade milita em seu favor, elidindo a falta, a referida exceção.

Essas observações são feitas com o propósito de lembrar que a caracterização da inexecução obrigacional nem sempre é tarefa simples. Na empreitada, como em qualquer contrato, não se pode afirmar levemente a ocorrência de qualquer espécie de inexecução obrigacional se não for levada em consideração uma série de fatos que têm, ou podem ter, influência importante na precisa caracterização da falta.

Afirmar, portanto, que o empreiteiro é responsável perante o dono da obra encomendada, ou mesmo perante terceiros, porque incorreu em inexecução obrigacional, requer cuidados especiais e pleno domínio das regras gerais da inexecução das obrigações.

4.2.1.1. Do inadimplemento absoluto

A inexecução da obrigação pode consistir primeiramente no que se costuma denominar *inadimplemento absoluto*, locução que, cumpre observar, nenhum texto do Código Civil emprega, embora seja mencionado por grande parte dos doutrinadores. Confira-se, a propósito, o que dizem, a título de

exemplo apenas, Agostinho Alvim⁷⁵, Silvio Rodrigues⁷⁶, Pontes de Miranda⁷⁷, Maria Helena Diniz⁷⁸

O inadimplemento absoluto não equivale a inadimplemento total. O inadimplemento total, que faz supor a existência de inadimplemento parcial, é o que se dá quando a obrigação deixa de ser cumprida por inteiro, completamente. Já o inadimplemento absoluto ocorre sempre que a obrigação não é cumprida nem mais interessa ao credor da prestação o seu recebimento ulterior. Ele se caracteriza em função do interesse do credor, não do devedor. Por isso, não parece correta a afirmação de que há inadimplemento absoluto quando o devedor não cumpre a obrigação nem mais pode cumpri-la. Só há inadimplemento absoluto quando o devedor não cumpre a obrigação e o seu recebimento, não o pagamento, não mais interessa a outra parte.

Nesse sentido é a opinião de Galvão Telles⁷⁹ que, sem utilizar o termo *inadimplemento absoluto*, põe em evidência o interesse do credor ao analisar a regra contida no artigo 792º, n.2, do Código Civil Português, fazendo-o nos seguintes termos: “Tal impossibilidade pode ser, como dissemos, *temporária* ou *definitiva*. Merece um ou outro qualificativo conforme é ou não susceptível de cessar. Essa susceptibilidade ou insusceptibilidade de cessação da impossibilidade de cumprir deve ser vista à luz do *interesse do credor*. Quer isto dizer que o impedimento pode materialmente desaparecer e no entanto a impossibilidade da prestação assumir juridicamente o significado de impossibilidade *definitiva* por a prestação perder para o credor oportunidade”.

A mesma ponderação não se encontra nas lições de Manuel A. Domingues de Andrade⁸⁰ que discorrendo sobre as modalidades de inexecução obrigacional quanto ao estado de fato criado, contempla o inadimplemento propriamente dito ou impossibilidade definitiva, a mora e a violação contratual positiva, registrando quanto à primeira o seguinte: “a. *Inadimplemento propriamente dito ou impossibilidade (definitiva)*. Tem lugar

⁷⁵ Agostinho Neves de Arruda Alvim, *Da inexecução* cit. p. 25.

⁷⁶ Silvio Rodrigues, *Direito civil – parte geral das obrigações*, São Paulo, Editora Saraiva, 2002, 30ª edição, p. 242.

⁷⁷ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, tomo 26, atualizado por Vilson Rodrigues Alves, Campinas, Bookseller, 2003, 1ª edição, p. 35.

⁷⁸ Maria Helena Diniz, *Curso*..... vol. 7, cit.p. 274

⁷⁹ Inocêncio Galvão Telles, *Direito das obrigações*, Coimbra Editora, Lda., 1980, 3ª edição, p. 267.

⁸⁰ Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria geral das obrigações*, Almedina, Coimbra, 3ª edição, 1966, p. 324.

quando a prestação, que deixou de ser executada no devido tempo, já não pode ser cumprida, tendo-se tornado impossível. Por isso se costuma também falar aqui de *impossibilidade da prestação*. Trata-se de um inadimplemento definitivo, como *definitiva* será a correspondente impossibilidade”.

O de que o clássico jurista português cogita não é, a rigor, de inadimplemento absoluto, mas de inadimplemento definitivo, ao dizer “*já não pode ser cumprida*”, conceitos que não se equivalem. A impossibilidade definitiva pode ocorrer, por exemplo, quando a coisa devida, na prestação de dar, perdeu-se. Nem por isso se pode afirmar que o caso é de inadimplemento absoluto, pois ao devedor ainda é possível cumprir a obrigação mediante o sucedâneo.

Para se falar de inadimplemento absoluto é preciso, repita-se, ter em conta o interesse do credor. Na empreitada, por exemplo, se se convencionou, sob essa modalidade contratual, o fornecimento de comida e bebida a convidados de um determinado evento, só interessa a quem encomendou que aquela prestação seja desempenhada no dia do evento. Terá havido inadimplemento absoluto por parte do empreiteiro se deixou de prestar o objeto devido no dia aprazado, embora pudesse fazê-lo em qualquer dia subsequente. Ao credor, porém, não interessa o recebimento ulterior. Logo, inadimplemento absoluto, e não outra espécie de inexecução.

O Código Civil, nem o anterior, nem o atual, parece ter contemplado esta espécie de inexecução obrigacional. Parece, apenas. Porque o parágrafo único do artigo 395, embora faça parte do capítulo alusivo à mora, que é a outra espécie de inexecução, abriga o conceito de inadimplemento absoluto, ao dispor acerca da inutilidade, ao credor, se a prestação não for entregue consoante o que foi ajustado. Diz o texto o seguinte: “se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a reparação das perdas e danos”. Prestação *inútil ao credor*, é o que está afirmado. Insista-se, embora o texto esteja encartado no capítulo referente à mora, outra espécie de inexecução, o que importa é o interesse do credor.

Se para a simples mora, o que se evidencia é o interesse do credor, por muito mais razão assim haverá de ser se o caso não for de mora, mas de inexecução maior.

Lembre-se que a mora admite, em regra, purgação por parte do devedor, o inadimplemento absoluto, não. Lembre-se ainda que se pode fixar um valor a título de cláusula penal para o caso de inadimplemento absoluto e outro para o caso de mora. Assim, é importante distinguir uma espécie da outra.

Haverá inadimplemento absoluto quando não mais remanescer interesse para o credor no recebimento ulterior da prestação devida pelo devedor que incidiu em inexecução.

Contudo, é preciso, por outro lado, ponderar que o *interesse do credor* não pode ser de apreciação livre, mercê de conjecturas meramente subjetivas. Ao contrário, há de se apreciar a alegação ante fatos considerados objetivamente. Por isso mesmo, na III Jornada do Conselho de Justiça Federal, a advertência foi feita mediante a edição do Enunciado nº 162, segundo o qual “a inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor”.

4.2.1.2. Do inadimplemento mora

A outra espécie de inexecução é o inadimplemento mora, ou simplesmente mora, como está na lei.

Para Domingues de Andrade⁸¹, acima citado, a “mora é o simples *retardamento* da prestação, que pode ainda ser executada, embora não já no devido tempo. Trata-se, pois, duma espécie de inadimplemento apenas *temporário*”.

Também Andrea Torrente⁸² ao tratar da mora do devedor, no § 253 de sua obra, vincula o conceito de mora apenas ao retardamento, assim se expressando: “Un aspetto particolare dell’inesatto adempimento è costituito dalla mora del debitore (*mora debendi*), che consiste nel ritardo ingiustificato ad adempiere.”

A definição, porém, não abrange todo o conteúdo dessa espécie de inexecução. Inadimplemento mora é mais que o simples retardamento no

⁸¹ Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria geral*....., cit. p. 325.

⁸² Andrea Torrente, *Manuale di diritto privato*, Milano, Giuffrè Editore, 1968, p. 407.

cumprimento da obrigação, embora seja, é inegável, a ocorrência mais freqüente.

O inadimplemento mora, que tanto pode ser de parte do devedor, quanto do credor, consiste, respectivamente, no não pagamento no tempo, lugar e forma devidos (mora *debitoris*), ou na recusa de recebimento no tempo, lugar e forma devidos (mora *creditoris*). É o que decorre do disposto no artigo 394 do Código Civil.

A observância dos fatores *tempo*, *lugar* e *forma* satisfaz o elemento objetivo da mora. Mas é preciso que com ele concorra o elemento subjetivo, pelo menos para a caracterização da mora *solvendi*. Ou seja, para que haja mora do devedor também é indispensável, de um modo geral, a presença do elemento subjetivo, a imputabilidade, que outra coisa não é senão a culpa em seu sentido amplo, em consonância com o prescrito no artigo 396 do Código Civil.

Diz-se de um modo geral, porque nos casos de responsabilidade objetiva, descabe qualquer investigação acerca da imputabilidade. Preceitua o texto legal: “Art. 396 - Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”.

Observe-se que o dispositivo usa os termos *fato* ou *omissão imputável*. Quer dizer, referiu-se à culpa, portanto, elemento subjetivo, anímico. Observe-se mais: ele alude a *devedor*, não às partes contratantes, tampouco a credor. Logo, somente a mora do devedor requer a concorrência dos dois elementos, pois relativamente à mora do credor não existe nenhuma menção acerca da culpa.

Noutras palavras: para a caracterização da mora *accipiendi* ou *creditoris*, basta que haja a recusa do recebimento no tempo, lugar e forma (elemento objetivo).

Sendo assim, se se quiser apresentar um conceito unitário de mora, abrangendo a *solvendi* e a *accipiendi*, poder-se-ia dizer o seguinte: “Considera-se em mora o devedor que, culposamente, não efetuar o pagamento, e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma devidos”. O elemento objetivo (pagamento ou recebimento no tempo, lugar e forma) é comum a ambas as espécies, enquanto que o elemento subjetivo

(imputabilidade) é próprio da mora do devedor apenas. Nesse sentido, confirmam-se as lições de Agostinho Neves de Arruda Alvim⁸³.

No que se refere ao elemento subjetivo, a imputabilidade, exigível só para a caracterização da mora *debitoris*, cumpre esclarecer que o devedor responde pela inexecução da obrigação, seja o caso de inadimplemento mora, seja o de inadimplemento absoluto, seja ainda o de violação positiva do contrato, se for culpado por ela. Se não for culpado, não responde.

Aliás, provada a sua não culpa, demonstrado está que ele não incidiu em qualquer espécie de inexecução. Podem ser invocados, e.g., como ausência de culpa do devedor os casos fortuitos ou de força maior, que se verificam de fatos necessários, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir, a incidência da mora do credor, a exceção de contrato não cumprido, o fato do príncipe (ato de autoridade).

Se o empreiteiro, por exemplo, está constituído na obrigação de entregar o resultado de sua obra em determinado dia e não puder fazê-lo em razão de força maior, não incorrerá em mora e, conseqüentemente, não haverá responsabilidade. São as chamadas excludentes da responsabilidade que deverão ser examinadas casuísticamente, *cum grano salis*, para que elas não se prestem a pretextos vazios com vistas a justificarem a inexecução.

A verificação do elemento objetivo parece menos difícil do que a do subjetivo.

A prestação, dentre outras exigências, deve ser entregue no lugar convencionado pelas partes contratantes. Sendo omissa a convenção, ou se da natureza dela ou do que prescreva a lei não deva ser feita noutro lugar, o pagamento deve dar-se no domicílio do devedor (no direito brasileiro diz-se que as dívidas são *quérables*), conforme preceitua o artigo 327 do Código Civil⁸⁴.

O contrato de empreitada normalmente tem por objeto prestação cuja execução deve verificar-se no local de interesse de parte de quem encomenda a obra, quer em razão de sua natureza, quer em razão do que o próprio contrato prevê.

⁸³ Agostinho Neves de Arruda Alvim, *Da inexecução*.....,cit. p. 30.

⁸⁴ Código Civil. Art. 327 – Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar dalei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias”

No que tange ao tempo do pagamento, as obrigações podem ser pactuadas por prazo determinado ou por prazo indeterminado, com termo preestabelecido ou sem ele. Pode ser ainda que a sua exigibilidade esteja vinculada a condições. Quando este for o caso, a obrigação somente pode ser exigida com o implemento da condição, competindo ao credor a prova de que o devedor teve dele ciência, consoante a regra estatuída no artigo 332 do Código Civil⁸⁵. Se a obrigação for a prazo, e ela assim se considera quando há termo determinado para o seu cumprimento, torna-se exigível tão logo ocorra o advento do termo estabelecido, independentemente de qualquer providência de parte do credor (*mora ex re*, consoante o disposto no artigo 397, *caput* do Código Civil⁸⁶).

A regra não tem natureza cogente, de modo que a convenção pode dispor em sentido contrário, transformando a *mora ex re* em *mora ex persona*. Se, ao contrário, a obrigação não tem prazo determinado, ela se considera exigível imediatamente, conforme o disposto no artigo 331⁸⁷, impondo-se ao credor a providência correspondente à interpelação prévia (*mora ex persona*), consoante o parágrafo único do artigo 397 do Código Civil.

O rigor do preceito contido no artigo 331 é mitigado pela disposição do artigo 134 do Código Civil, segundo a qual “os negócios jurídicos entre vivos, sem prazo, são exequíveis desde logo (até aí em perfeita consonância com o artigo 331), salvo se a execução tiver de ser feita em lugar diverso ou depender de tempo (depender de tempo remete necessariamente para o exame da natureza da obrigação convencionada)”.

Na empreitada, as obrigações diversas que o empreiteiro e o dono da obra assumem podem ter prazo determinado, como é o que ocorre habitualmente, e nesse caso a exigibilidade da prestação independe de qualquer providência de interpelação. Não há no capítulo correspondente àquele contrato nenhuma disposição legal que estabeleça a necessidade de prévia notificação. Não obstante, podem as partes pactuar nesse sentido. No caso de o contrato ter sido celebrado sem fixação de prazo, é evidente que a

⁸⁵ Código Civil, Art. 332 – As obrigações condicionais cumprem-se na data do implemento da condição, cabendo ao credor a prova de que deste teve ciência o devedor.

⁸⁶ Código Civil, Art. 397 – O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

⁸⁷ Código Civil, Art. 331 – Salvo disposição legal em contrário, não tendo sido ajustada época para o pagamento, pode o credor exigir-lo imediatamente.

natureza e o vulto da obra encomendada exercerão fundada influência quanto à época de sua exigibilidade.

Quanto à forma, terceiro fator objetivo requerido para a caracterização do inadimplemento mora, o de que se cuida não é propriamente do formal extrínseco, da instrumentalização. Mas sim, da maneira, do modo, como as prestações haverão de ser desempenhadas, quer as que dizem respeito a uma, como a outra parte.

Há no capítulo da empreitada disposições que tratam da execução da obra por partes, por fases. Tanto interessa ao empreiteiro, quanto ao dono da obra, cada qual obrigado a uma série de prestações (trata-se de contrato bilateral perfeito, ou sinalagmático), observar rigorosamente o modo como devem desincumbir-se das obrigações assumidas, para evitar a caracterização da mora e, conseqüentemente, isentar-se de responsabilidade.

Demonstrada a mora do devedor, demonstrado está que o credor não incidiu em mora. E vice-versa. A mora de um elide a mora do outro. Não há moras simultâneas, embora Washington de Barros Monteiro⁸⁸ admita a sua possibilidade, oferecendo como exemplo a situação de contratantes que se obrigam, um a pagar e outro a receber, num mesmo local e nenhum dos dois comparece a ele.

Invocando lições de Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, leciona o professor paulista: “Verificando-se a mora de ambos os contratantes, como se, por exemplo, nenhum deles comparece ao lugar ajustado para pagamento, dá-se a sua compensação e, por via de conseqüência, a recíproca exoneração da pena pecuniária pactuada. Nesse caso, as coisas devem ficar no mesmo estado, como se não tivesse havido mora, quer do credor, quer do devedor. Preciso se tornará, no entanto, que simultânea seja a mora bilateral; se sucessiva, só a última acarreta conseqüências”.

Em vez de considerar que ambos incidiram em mora, parece que o mais correto é admitir que nenhum dos dois incorreu nela, isto é, a mora de um elimina a do outro, pela compensação, como leciona Carlos Roberto Gonçalves⁸⁹.

⁸⁸ Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil – direito das obrigações – 1ª parte, atualizado por Carlos Alberto Dabus Maluf*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 325.

⁸⁹ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*, vol. 2, São Paulo, Ed. Saraiva, 2012, p.395.

O fato de não haver moras simultâneas não afasta, contudo, a possibilidade de moras sucessivas, como adverte o mesmo civilista, em seguida, pontificando que “quando as moras são *sucessivas*, permanecem os efeitos pretéritos de cada uma”. Elucida sua observação com o seguinte exemplo: “Se, num primeiro momento, o credor não quer receber o que o devedor se dispõe a pagar, e, mais tarde, este não quiser mais pagar, quando aquele se dispõe a receber, a situação será a seguinte: quando afinal o pagamento for realizado e também forem apurados os prejuízos, cada um responderá pelos ocorridos nos períodos em que a mora foi sua, operando-se a compensação. Os danos que a mora de cada uma das partes haja causado à outra, em determinado período, não se cancelam pela mora superveniente da outra parte, pois cada um conserva os seus direitos”⁹⁰.

O principal efeito da mora do devedor é a sua responsabilização pelos danos dela decorrentes. Outro efeito é a chamada perpetuação da obrigação, temas que serão examinados no item seguinte e que têm sede nos artigos 389 e 399 do Código Civil.

Com relação à mora do credor, contemplada no artigo 400 do Código Civil, os efeitos que ela acarreta são os seguintes.

Em primeiro lugar, ela subtrai o devedor à responsabilidade pela conservação da coisa, desde que ele esteja isento de dolo. Quer dizer, a mora *accipiendi* é bastante, segundo a literalidade da disposição legal, para elidir qualquer responsabilidade de parte do devedor, por perda e deterioração que o objeto da prestação venha a experimentar, mesmo que ele tenha procedido com culpa. A alegação, porém, não lhe aproveita se tiver agido com dolo.

Convém observar que esta interpretação que leva em conta a literalidade do texto parece afrontar o princípio da boa-fé objetiva, razão pela qual se deve entender que a culpa mencionada no artigo 400 do Código Civil seja de grau leve ou levíssimo.

Em segundo lugar, a mora do credor obriga-o a ressarcir ao devedor as despesas que este tenha tido com a conservação da coisa objeto da prestação.

⁹⁰ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito.....cit.*, p. 396.

E, por último, ela impõe ao credor o recebimento do objeto da prestação pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

Ante a mora do credor, o devedor, por conveniência, poderá consignar o objeto do pagamento que, acolhido, vale como *solutio*, rompendo o vínculo obrigacional.

4.2.1.3. Da violação positiva do contrato

A terceira espécie de inadimplemento é a chamada violação contratual positiva, expressão cunhada por Staub, um jurista alemão que usou o termo *positivevertragsverletzung*, em cuja rubrica inserem-se várias hipóteses de ofensa do direito do credor, sendo que a mais flagrante das hipóteses encaradas é a da *prestação defeituosa*, um procedimento do qual, sem dúvida, podem resultar danos que não teriam lugar nos casos de omissão ou retardamento da prestação, danos que não correspondem à mera insatisfação do credor no cumprimento pontual.

Referindo-se a esse *tertius genus*, Manuel A. Domingues de Andrade, censura a autonomia atribuída à espécie de inexecução, sob o pálio de que o dano infligido ao credor provém dum fato positivo, enquanto que nas demais (inadimplemento absoluto e inadimplemento mora) a infração cometida pelo devedor resulta de simples abstenções. Lembra o civilista português que “nas obrigações de prestação negativa o direito do credor é ofendido mediante factos positivos, que todavia se reconduzem estritamente à impossibilidade total ou parcial da prestação, e, portanto, ao inadimplemento. Por outro lado aquela designação também se mostra incorrecta porque este gênero de ofensas ao direito do credor pode ter lugar ainda nas obrigações não contratuais. Mas não vale a pena arredá-la, uma vez que está consagrada pelo uso; nem é fácil achar outra que seja inteiramente apropriada”⁹¹.

Esta espécie de inexecução obrigacional pode ter particular aplicação em contratos de empreitada, pois nas obras de construção civil principalmente, muitas vezes, não é que o empreiteiro deixe de executar a prestação que lhe incumbe, mas desempenha-a de modo imperfeito, hipótese que tem de ser

⁹¹ Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria geral* cit., p. 327.

resolvida, no âmbito do direito brasileiro, com as prescrições legais relativas ao inadimplemento mora.

Distinguir cada uma das espécies pode ser importante, na medida em que as partes têm a faculdade de estabelecer diferentes espécies de cláusula penal.

Outra observação de que não se deve deslembrar é a que alude à possibilidade de emenda, ou de purgação, o que é possível no caso de inadimplemento mora e de violação positiva do contrato, mas impossível no caso de inadimplemento absoluto, aspecto que também merece cuidados no caso de responsabilidade do empreiteiro.

A lei brasileira disciplina a purgação da mora no artigo 401 do Código Civil, referindo-se tanto à mora do devedor, quanto à do credor.

A purgação da mora não elide a responsabilidade civil pelos danos causados. Pode reduzi-los, mas não afastá-los.

4.2.2. Do dano

A consequência principal do inadimplemento obrigacional, em qualquer de suas espécies, está na reparação dos danos dele decorrentes.

Não cumprida a obrigação, ou cumprida de modo imperfeito, responde o devedor por perdas e danos. Di-lo o artigo 389 do Código Civil.

Dano, em sentido amplo, é a lesão a qualquer bem jurídico. Ora se põem em destaque os danos patrimoniais e danos não patrimoniais. Ora os danos materiais em oposição aos danos morais, danos físicos, danos estéticos, danos punitivos, danos sociais.

Nossa jurisprudência já consagrou a diversidade de danos, tanto que existem duas súmulas do Superior Tribunal de Justiça dando conta das espécies diversas de danos e admitindo a pretensão de sua cumulação. Com efeito. Determina a Súmula 37 do STJ: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. No mesmo sentido está a Súmula 387 do STJ: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

O Enunciado nº 159 da III Jornada de Direito Civil, do Conselho de Justiça Federal, põe limites à apreciação do dano moral, estabelecendo que “O dano moral, assim compreendido todo dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material”.

Bem jurídico parece compreender todas as espécies. Responsável civil é quem tem a obrigação de tornar indene aquele que experimentou qualquer espécie de lesão a um bem seu, qualquer que seja a espécie de bem.

O dano, efeito resultante da violação de um direito alheio (genérico, portanto), ou alusivo a um determinado negócio (específico), ganhou, com o passar do tempo, maior importância.

Como já foi observado antes, a evolução dos estudos em torno da responsabilidade civil mostrou e vem mostrando um acentuado deslocamento das preocupações em torno da pessoa do ofensor para a pessoa do ofendido. O foco atual do regramento está na preservação da vítima do dano. Já mencionado anteriormente, Anderson Schreiber⁹², em cuidadoso trabalho que mereceu de Maria Celina Bodin de Moraes, no prefácio, elogiosos comentários, põe esse aspecto em evidência, concluindo pela necessidade de socialização do risco.

O atual Código Civil, tal como havia no Código anterior, dedicou um texto sede acerca dos danos. Trata-se do artigo 402 que determina o seguinte: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

O dispositivo alude a *perdas* e a *danos*, na parte inicial e, na final, ao que o ofendido *efetivamente perdeu* e àquilo que ele *razoavelmente deixou de lucrar*, dando a enganosa impressão de que *perda* é uma espécie de prejuízo, atrelada à idéia do que *efetivamente se perdeu*, enquanto que *dano*, a seu turno, seria a outra espécie, ligada à situação referente ao que *razoavelmente se deixou de lucrar*.

Esta reflexão, como se disse, não expressa a verdade. *Perda* e *dano* são termos sinônimos. Trata-se de uma mesma realidade. Talvez tivesse sido mais apropriado usar os termos *perdas* e *interesses*, para indicar as duas idéias que o dispositivo procurou destacar, quais sejam, os danos emergentes, isto é, o que o ofendido efetivamente perdeu, e os lucros cessantes, o que ele razoavelmente deixou de lucrar. Dano emergente, para designar as *perdas*, e

⁹² Anderson Schreiber, *Novos paradigmas....* cit. p.255.

lucro cessante, os *interesses*. No entanto, o uso consagrado é o de perdas e danos para abranger as duas espécies de prejuízo.

As duas espécies devem decorrer *necessariamente* do fato lesivo, isto é, devem ser consequência da mesma causa. A lei, para expressar essa idéia, utilizou os termos *direta* e *imediatamente*, que, considerados isoladamente não revelam de modo adequado o que se pretendeu dizer, mas, reunidos, demonstram a relação de causa e efeito que deve existir.

O *dano emergente* é o prejuízo que resulta claro e evidente do fato lesivo, enquanto que o *lucro cessante*, ao contrário, é uma decorrência oblíqua dele. Ambos devem ser consequência necessária do fato lesivo, necessariamente que a lei expressou nos termos direta e imediata (artigo 403 do Código Civil). Logo, não é correto dizer que dano emergente resulta direta e imediatamente da ofensa, enquanto que lucro cessante é o que decorre indireta e mediatamente do fato que os ocasiona. Uma e outra espécie advêm, insista-se, do fato *direta* e *imediatamente* ligado à causa ofensiva, seja a violação do direito alheio (arts. 186 e 187 – responsabilidade extracontratual), seja a violação da obrigação negocial (art. 389 – responsabilidade contratual).

Aduza-se que o termo *lucro cessante* tem alcance maior do que a literalidade sugere. A rigor, o que cessa é o que estanca, que se interrompe, o que faz supor uma situação em curso. No entanto, não é lucro cessante apenas o que se vinha ganhando e que se deixou de ganhar em virtude do fato lesivo. É isso, sim. Mas também é o que se poderia ter ganho embora não viesse sendo percebido.

Além disso, é preciso salientar que a lei, ao cuidar do lucro cessante balizou-o pelo advérbio *razoavelmente*. Quis dizer: indeniza-se, não o tanto que for razoável, mas se for razoável a admissibilidade do prejuízo. O *razoavelmente* não está, pois, ligado à idéia quantitativa. A razoabilidade do prejuízo é que cumpre examinar.

Cabe aduzir que o lucro cessante, também conhecido como dano negativo, compreende não só um eventual benefício perdido, como também da *perda da chance*, isto é, da frustração de uma oportunidade em que seria obtido um benefício, caso não houvesse o corte abrupto em decorrência de um ilícito.

Maria Helena Diniz⁹³ diz que “a perda da chance é um dano real indenizável se se puder calcular o grau de probabilidade de sua concretização ou da cessação do prejuízo”. Por isso, prossegue, “ele deve ser apreciado, em juízo, segundo o maior ou menor grau de probabilidade de converter-se em certeza. A chance, ou oportunidade, seria indenizável por implicar perda de uma expectativa ou probabilidade”.

O dano pela perda de chance abrange dois tipos de dano: o da perda da oportunidade, que é certo, pois a chance foi definitivamente perdida, e o dano incerto, correspondente a todo prejuízo oriundo da não realização da chance.

Fernando Noronha⁹⁴, depois de caracterizar a perda de chance, diz que ela pode assumir a modalidade consistente na perda da chance de obter uma vantagem futura (perda de chance clássica) e na perda da chance de evitar um prejuízo que aconteceu.

Pelo Enunciado 443 da V Jornada de Direito Civil: “ A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos”.

O artigo 402, ao conceituar as duas espécies de danos, referiu-se ao que é devido ao *credor*. A compreensão, no entanto, é maior. Não se restringe às relações de débito e crédito resultante de uma relação obrigacional. Abrange também o campo da responsabilidade decorrente do ato ilícito.

Aliás, não é despropositada a advertência de que os capítulos do inadimplemento das obrigações, artigos 389 e seguintes, e o da responsabilidade civil, artigos 927 e seguintes, estão estreitamente entrelaçados, porque em ambos o de que se cuida é do dever de indenizar, seja por violação de uma relação pontual fruto do exercício da autonomia privada, seja por violação mais ampla, de um direito alheio. Trata-se de uma única realidade, com fontes diversas.

Na fixação do dano indenizável, o grau de culpa não importa. Assim é, em princípio. Proceda o ofensor com dolo, ou com culpa levíssima, o que ele

⁹³ Maria Helena Diniz, *Curso.... vol. 7*, cit. p. 86.

⁹⁴ Fernando Noronha, *Responsabilidade por perda de chances*, Revista de Direito Privado, 23, julho-setembro, 2005, Editora Revista dos Tribunais, p.28.

deve indenizar é o prejuízo que causou. É o que decorre do prescrito no artigo 403⁹⁵, parte inicial, do Código Civil.

Aí está o fundamento para a afirmação generalizada de que a responsabilidade civil não se mede pelo grau de culpa, mas pela extensão do dano, afirmação que se transformou em texto legal, com a edição do novo Código Civil de 2002. É o que está no artigo 944, *caput*, do atual diploma, que assim dispõe: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Se o agente conduziu-se com deliberada intenção e causou prejuízo ínfimo, não se sujeitará a pena que não se circunscreva ao dano produzido. Pela mesma razão, se foi meramente culposa a sua conduta, gerando enorme dano, reparará o dano que gerou. A regra, no entanto, foi mitigada. O parágrafo único do mesmo dispositivo legal preceitua o seguinte: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Assim, a atual referência legal autorizou o juiz apenas a reduzir a indenização se o grau de culpa for pequeno, o que lhe é vedado na hipótese contrária, ou seja, aumentar a pena se o grau de culpa for grande.

A despeito dessa conclusão que se impõe do exame literal do texto, vem se acentuando o entendimento de que a indenização, senão em todos os casos, mas em muitos deles, deve ser constituída de uma parte equivalente à punição do agente, como medida preventiva e educativa.

Veja-se, a propósito o Enunciado nº 379 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: “O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

É preciso lembrar que esse dispositivo já havia ensejado, na I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, a edição do Enunciado nº 46, assim expresso: “A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às

⁹⁵ Código Civil, Art. 403 – Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

hipóteses de responsabilidade objetiva”. Este Enunciado foi modificado quando da realização da IV Jornada, com a emissão do Enunciado nº 380 que suprimiu a parte final *não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva*.

Além do grau de culpa com que age o ofensor, a indenização a que se sujeita sofre influência em razão do comportamento do ofendido. Influência que poderá reduzir, ou até mesmo, afastar a responsabilidade civil. Esta situação pode ocorrer quando à vítima do dano seja imputada culpa. Se só dela, não há lugar para a indenização. Se de parte dela, servirá para reduzir a pena. É o que deflui do artigo 945 do atual Código Civil, dispositivo que, a exemplo do anterior, não figurava no diploma revogado, e que, de certa forma, interferiu na explicação da própria relação entre causa e efeito, a ponto de ter ensejado, na I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, o Enunciado nº 47, assim redigido: “O art. 945 do novo Código Civil, que não encontra correspondente no Código Civil de 1916, não exclui a aplicação da teoria da causalidade adequada” (as teorias que explicam a relação de causa e efeito serão examinadas adiante).

O preceito em referência, conquanto localizado na parte que trata da responsabilidade civil decorrente do ato ilícito, também se aplica obviamente à responsabilidade negocial, reflexão que se robustece cada vez mais em face do princípio da boa-fé objetiva, do espírito de solidariedade que deve presidir as relações contratuais. Quer-se dizer: se o credor de uma determinada obrigação não age de modo a colaborar com o adimplemento dela por parte do devedor, poderá ver reduzida a indenização decorrente da inexecução contratual.

Outro aspecto que cumpre salientar a respeito do dano como pressuposto da responsabilidade civil decorrente da prática do ato ilícito ou da violação de obrigação negocial diz respeito às várias circunstâncias que podem influir na sua reparação. Não propriamente na sua extensão, mas na atribuição mesma da responsabilidade ao seu autor.

Destacam-se, dentre elas, em primeiro lugar, a natureza da convenção. O artigo 392 do Código Civil diz que o grau de culpa tem influência na reparação do dano, conforme o tipo de convenção. Se se tratar de negócio gratuito, responde por simples culpa o contratante a quem o contrato aproveite, e só por dolo aquele a quem favoreça. No entanto, se o negócio for oneroso,

cada uma das partes responde por simples culpa, e conseqüentemente, também por dolo. É certo que a provisão alcança apenas os casos de responsabilidade negocial, não se aplicando à responsabilidade por violação de direito alheio. Fazem exceção os casos de responsabilidade em que se prescinde da culpa.

Outra circunstância que pode influir na reparação do dano é a gravidade da falta, que agora está mencionada no novo Código Civil, como visto acima. A base legal encontra-se no artigo 944, parágrafo único, que permite ao juiz a redução da pena se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Uma terceira circunstância importa considerar. É a que se refere à natureza do dano, não em função de serem compensatórios ou moratórios, mas se emergente ou cessante, em face da sua previsibilidade. No que toca a serem compensatórios ou moratórios, não há dúvida que o inadimplemento absoluto reclama uma reparação maior do que o inadimplemento mora, pois no primeiro caso o que se tem é o incumprimento de uma obrigação negocial, enquanto que no segundo, um cumprimento imperfeito. A previsibilidade, nesse caso, não influi. No entanto, se se tratar de dano emergente, ou de lucro cessante, cumpre fazer uma reflexão, pois o Código Civil revogado continha provisão a respeito, o que não há no atual diploma.

Determinava o artigo 1.059 do Código de 1916: “Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. O Código de 2002 reproduz o texto em seu artigo 402, nos mesmos termos, apenas substituindo a locução “previstas neste Código” pela “previstas em lei”. Omitiu, porém, a provisão contida no parágrafo único daquele citado dispositivo, que assim se expressava: “O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação”.

Cabe então indagar: o direito brasileiro admite ainda a exceção de imprevisibilidade?

A previsibilidade do dano deve ser apreciada em abstrato, não em concreto. Quer dizer, previsível é o dano que alguém de previsão normal pode prever.

Seja em face do direito anterior (art. 1059, *caput*), seja do atual (art. 402), o agente causador do dano por ele responde ilimitadamente, consoante a regra do artigo 1056 do Código anterior que, no atual, guarda correspondência com os artigos 389 e 395.

Suposto que o dano seja direto e imediato, o causador dele responde sempre, seja previsível ou não. Essa assertiva vale para a responsabilidade que decorre da violação de obrigação negocial bem assim do cometimento de ato ilícito. E esta é a regra. No entanto, o diploma revogado, dispondo sobre a responsabilidade decorrente da inexecução de obrigação fazia uma distinção: se se tratasse de inadimplemento mora, a responsabilidade fazia-se presente, quanto aos lucros cessantes, somente se tivessem sido, ou pudessem ter sido previstos. Noutras palavras: fosse o caso de inadimplemento absoluto, afastada estaria a exceção de imprevisibilidade, pois o devedor responderia, tivesse ou não tivesse podido prever. Igualmente, fosse o caso de dano emergente, a responsabilidade se imporia, fosse a hipótese de inadimplemento absoluto, fosse de inadimplemento mora. Mas, se o caso fosse de mora, e não de inadimplemento absoluto; e o prejuízo consistisse em lucro cessante, e não em dano emergente; então, dada a combinação destas duas circunstâncias, o devedor poderia opor, utilmente, a exceção de imprevisibilidade. A esta conclusão chegou Agostinho Neves de Arruda Alvim em sua obra sobre a Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências.⁹⁶

Estas reflexões serão retomadas no exame da responsabilidade civil do empreiteiro.

Aludiu-se acima a diversas modalidades de dano. E dentre elas a do chamado dano punitivo, assunto que vem ocupando espaço cada vez mais acentuado nos trabalhos atinentes à responsabilidade civil em geral.

A questão que se põe, antes, é a de saber se o direito brasileiro acolhe a doutrina do dano punitivo. Referiu-se antes à edição de enunciado do Conselho de Justiça Federal que explicita o alcance do artigo 944 do Código Civil.

Em tese de doutorado apresentada no final do ano de 2012 junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Raquel Grellet Pereira Bernardi responde afirmativamente. Depois de se referir, em suas conclusões, acerca

⁹⁶ Agostinho Neves de Arruda Alvim, *Da inexecução....* cit. p. 205.

das cinco gerações de direitos fundamentais, e ponderando que um sistema composto por princípios e regras se apresenta mais justo do que o sistema composto apenas de regras, deixa assentado que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência brasileiras, apontam diversas funções dos danos morais, entre as quais a compensação ou a satisfação da vítima e a punição do autor do dano, além das funções didático/pedagógica e intimidatória em relação a todos os membros da sociedade. Aduz que “a aplicação no Brasil da doutrina norteamericana dos danos punitivos é possível por meio do ativismo judicial, mediante a aplicação de princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade e que os valores decorrentes das condenações e pagamentos dos danos punitivos seriam revertidos a um fundo, criado especificamente para a captação e gestão desses recursos, à semelhança do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, previsto no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85)”⁹⁷.

Giulio Ponzanelli⁹⁸, em percuciente análise que fez sobre essa modalidade de dano, observou que “não é difícil apontar na literatura jurídica italiana uma crescente atenção em direção à forma de tutela diversa da técnica ressarcitória típica do ordenamento, fenômeno particularmente evidente em matéria de direitos da personalidade e, mais geralmente, em todo o setor da responsabilidade civil”.

Na mesma linha é a opinião de Maria Celina Bodin de Moraes⁹⁹, para quem a punição, em alguns casos, é desejada, como nos casos de lesões a um grande número de pessoas. Sugere a autora que o instituto não seja, porém, aplicado tal como propõe a doutrina tradicional, ou seja, que a indenização seja destinada para a vítima, mas sim a fundos especificados, como preconiza a Lei 7.347/85.

Uma observação final, que é mais de técnica legislativa, se impõe a respeito do dano, como pressuposto da responsabilidade civil.

Afirmou-se antes que a responsabilidade civil negocial foi disciplinada, no atual diploma, no título denominado Do Inadimplemento das Obrigações,

⁹⁷ Raquel Grellet Pereira Bernardi, *Danos punitivos – Eficácia isonômica do direito fundamental de reparação integral dos danos*. Trabalho não publicado. Acervo da biblioteca da PUCSP. 2012, p. 214.

⁹⁸ Giulio Ponzanelli, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, Rivista di Diritto Civile, ano XXIX.n. 4, luglio-agosto, 1983, p. 483.

⁹⁹ Maria Celina Bodin de Moraes, *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p.263.

que está constituído de seis capítulos, quais sejam: disposições gerais, da mora, das perdas e danos, dos juros legais, da cláusula penal e das arras. Observou-se ali que os dois primeiros tratam da causa da obrigação de reparar, enquanto que os demais cuidam da sua conseqüência.

Parece que melhor seria que o legislador tivesse incluído no capítulo denominado Das Perdas e Danos, o dos Juros Legais, o da Cláusula Penal e o Das Arras. Porque os juros, a cláusula penal e as arras são perdas e danos preestabelecidos pelas partes contratantes. Por isso, deveriam ser, a rigor, seções do capítulo das perdas e danos, sendo que os juros podem integrar a indenização tanto no âmbito da responsabilidade decorrente do ato ilícito, quanto da violação do contrato, enquanto que a cláusula penal e as arras referem-se apenas à responsabilidade negocial.

4.2.3. Do nexo de causalidade

O terceiro pressuposto da responsabilidade civil é o nexo de causalidade, a relação entre uma causa (o ato ilícito ou a inexecução de obrigação negocial) e o efeito (dano), cuja demonstração se impõe, apesar de opiniões mais recentes já estarem considerando que o dano a ele se sobrepõe, dada a preocupação justificável com o interesse da pessoa vítima do dano¹⁰⁰.

Merece acolhida o entendimento que vem sendo difundido de que o tema da responsabilidade civil está em constante evolução e que esta evolução vem salientando a preocupação de cada vez mais atender o interesse do ofendido, no sentido de reparar o dano sofrido. Basta atentar para o movimento que se verificou acerca da fundamentação da responsabilidade, da culpa ao risco.

Esse entendimento não altera a necessidade de demonstrar a relação de causa e efeito. Mesmo que se alvitrem alternativas para acudir sempre quem experimenta um prejuízo, a atribuição da responsabilidade civil depende do nexo de causalidade.

Cabe lembrar, por oportuno, o que Alberto Montel¹⁰¹ observou sobre o nexo causal: “Anche la responsabilità aquiliana è condizionata alla esistenza di

¹⁰⁰ Anderson Schreiber, *Novos paradigmas...* cit. 255.

¹⁰¹ Alberto Montel, *Problemi della responsabilità civile e Del danno*, Padova, Edizioni CEDAM, seconda edizione, 1971, p. 390.

un nesso di causalità tra il fatto e il danno: per cui, in tanto taluno può esser chiamato a risarcire um danno, in quanto sai il comportamento di esso la causa immediata e diretta del danno stesso; dal che discende che, se fra Il comportamento di quella tal persona e l'evento dannoso, si intromette il fatto di un terzo, da solo idoneo a procurare l'evento dannoso, non può piu chedersi il risarcimento allá prima persona, per essersi rotto il nesso di causalità fra il di lui comportamento e l'evento dannoso”.

Diversas teorias foram concebidas para explicar essa relação, sendo as mais difundidas a da causalidade adequada, a da equivalência das condições e a do dano direto e imediato.

Pela primeira delas, só são indenizáveis os danos se a causa que os produziu era a adequada para tanto, isto é, o fato que originou o dano era capaz de lhe dar causa.

Pela teoria da equivalência das condições, aceita-se qualquer das causas como eficiente, de modo que suprimida uma delas, o dano não se verificaria, formando-se uma cadeia de causas e efeitos, de modo que se pode dizer que toda causa é causa em relação ao efeito que produz e efeito em relação à causa que o produziu.

A terceira teoria impõe que haja entre o dano e o ato ilícito, ou a violação da obrigação negocial, uma relação de causa e efeito, direta e imediata. É a chamada teoria do dano direto e imediato, que foi a acolhida pelo direito brasileiro, a despeito do que já se afirmou acima, quando se invocou o Enunciado nº 47 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal¹⁰², segundo o qual não está afastada a aplicação da teoria da causalidade adequada, dado do disposto no artigo 945 do Código Civil¹⁰³.

Em conformidade com o que decorre do disposto no artigo 403 do Código Civil, que assim se expressa: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”, tem-se ineludivelmente que a teoria adotada foi a do dano direto e

¹⁰² Enunciado nº 47 (I Jornada de Direito Civil do CJP): “O art. 945 do novo Código Civil, que não encontra correspondente no Código Civil de 1916, não exclui a aplicação da teoria da causalidade adequada”.

¹⁰³ Código Civil, Art. 945: Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

imediatos. Quer dizer: indenizam-se os danos diretos e imediatamente resultantes do fato lesivo (inexecução contratual ou ato ilícito); não são indenizáveis os danos indiretos e mediatos, pelo menos em regra.

Rigorosamente, *direto* quer dizer em linha reta e *imediatos* significa sem intervalo. Isoladamente, os termos parecem não expressar a intenção da lei. No entanto, se forem reunidos, equivalem a *necessário*. Ou seja, a expressão *direto e imediatos* significa o nexo causal *necessário*. Logo, não é verdade que os danos *indiretos* ou *remotos* se excluem, só por isso. Em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Inexistindo concausas, são indenizáveis, embora indiretos ou remotos.

Essa questão das concausas não foi enfrentada no novo Código, sendo este um dos alvos das críticas lançadas por aqueles que se manifestaram contrários à sua edição, do modo como foi concebido nos idos de 1968.

Como remate deste item, deve-se fazer menção aos motivos que fazem desaparecer o nexo causa, quais sejam, a exclusiva culpa da vítima, a culpa concorrente, a culpa de terceiro e os fatos necessários de força maior e caso fortuito.

CAPÍTULO III. DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CONTRATO DE EMPREITADA

1. Introdução

Em linhas bem gerais, foram expostas nos capítulos precedentes as observações consideradas mínimas acerca do contrato de empreitada, primeiramente, e da responsabilidade civil, em seguida. O intuito consistiu numa introdução ao estudo do tema propriamente dito, uma vez que, examinados os principais pontos da empreitada e da responsabilidade civil, mais simples se torna o mister que se pretende empreender no presente capítulo, além de avançar em vários aspectos que interessam nessa análise.

Dividir-se-á em duas partes o estudo tema.

A primeira será dedicada à responsabilidade civil no âmbito contratual, ou seja, a do empreiteiro em face da contraparte que encomenda a obra e a deste em relação àquele. Responsabilidade, pois, contratual.

Na segunda, serão analisados os reflexos que a atividade da empreitada pode causar a terceiros, estranhos ao contrato. Logo, responsabilidade extracontratual, ou seja, responsabilidade decorrente do ato ilícito, que tanto pode envolver o empreiteiro, como também o dono da obra, em face de terceiros estranhos às relações entre eles.

O capítulo do Código Civil, constituído pelos artigos 610 a 626, que dispõe sobre o contrato de empreitada cuida das relações contratuais. Isto é, das obrigações que envolvem as partes contratantes: de um lado o empreiteiro, de outro, o proprietário da obra encomendada. Obrigações recíprocas, portanto.

Conquanto a preocupação imediata do estudo consista no exame da responsabilidade civil do empreiteiro, e assim mesmo em empreitadas de obras da construção civil, onde mais freqüentemente surgem as dificuldades, não há como delas falar, sem levar em conta também as obrigações que incumbem a outra parte contratante, dado o entendimento esposado de que o inadimplemento de uma delas elide o da outra.

Daí o título utilizado: responsabilidade civil na empreitada.

2. Da responsabilidade civil contratual

Por responsabilidade civil contratual, ou negocial como preferem alguns, entende-se o dever de reparar os danos causados em razão do inadimplemento das obrigações resultantes do negócio jurídico de empreitada.

Ambos os contratantes assumem obrigações, dado que se trata de contrato bilateral perfeito ou sinalagmático. Um e outro podem, então, incorrer no dever de reparar danos, uma vez que a inexecução contratual pode ser de um ou de outro. Assumem, porém, maior importância as obrigações do empreiteiro perante o dono da obra. Mas não se pode deixar de lado as obrigações que este assume perante àquele, pois esse fato pode, além de ensejar eventual reparação em favor do empreiteiro, consistir numa excludente de sua responsabilidade.

São várias as obrigações que as partes ajustam, no exercício da autonomia privada.

As normas que disciplinam o direito das obrigações são, em geral, de caráter supletivo. Outras há que têm natureza cogente, inarredáveis, pois, pela vontade das partes.

O que se pretende neste item é analisar as obrigações estabelecidas em lei, o que permite, no exame de um caso concreto, determinar a ilegalidade de alguma cláusula contratual, ou então, conhecer o direito que se incorpora àquele contrato, por terem as partes se omitido.

No âmbito do direito obrigacional costuma-se afirmar que direitos e obrigações são correlatos. Ao direito de uma das partes corresponde a obrigação da outra. E vice-versa. Por ser bilateral o contrato de empreitada, tanto o empreiteiro, quanto o proprietário da obra, assumem obrigações e têm direitos.

A análise das provisões contidas nos artigos 610 a 626 do Código Civil será feita em três partes. Na primeira, serão examinadas as obrigações do empreiteiro, o que equivale dizer, os direitos do dono da obra. Na segunda, os direitos do empreiteiro, que equivalem às obrigações do dono da obra. E na terceira parte, a questão que mais atenção desperta, qual seja a empreitada de obras de construção civil.

Nas duas primeiras partes, as reflexões dizem respeito à empreitada como tal conceituada no início, com a abrangência que o seu objeto comporta. Portanto, tudo que será afirmado refere-se ao instituto da empreitada

disciplinado pela lei brasileira, como modelo contratual. E parte do que será dito não alcança a empreitada de obras de construção civil, cujas peculiaridades ficam a cargo da terceira parte do exame, que, a sua vez, se desdobrará em obrigações entre as partes, contratuais, portanto, e obrigações em relação a terceiros estranhos ao negócio.

Esse é o plano do capítulo.

2.1. Da obrigação principal do empreiteiro, de fazer e de dar

A obrigação do empreiteiro que desponta como caracterizadora propriamente do contrato de empreitada é a obrigação de executar uma obra determinada, qualquer que seja ela, e de entregá-la ao credor, depois de executada. O objeto é, pois, amplo, devendo apenas revestir-se da liceidade requerida em qualquer negócio jurídico.

Trata-se de uma obrigação de *fazer* e de *dar* o que foi feito. É o que se afirmou na parte conceitual do instituto.

Esta obrigação tem assento nos primeiros dispositivos do capítulo da empreitada: os artigos 610 a 613.

O artigo inaugural, conquanto não tenha sido expressado com o propósito específico de apontar uma dentre outras obrigações que o empreiteiro assume perante o comitente, deixa evidente tratar-se da principal obrigação do contrato. A de executar a obra encomendada, conforme o que foi pretendido por quem a encomendou.

O artigo 610 do Código Civil, juntamente com o seu parágrafo primeiro, dizem que o empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais, sendo que a obrigação de fornecer os materiais não se presume.

Contemplou as duas espécies de empreitada: de labor e mista.

A impressão primeira que se pode extrair do texto é que ali não está prevista nenhuma obrigação, dados os termos em que foi vazado: *pode contribuir*. O verbo *poder* significa faculdade, não obrigação. E o verbo *contribuir* encerra a idéia de colaborar, concorrer, cooperar. Isso evidentemente não anuncia claramente uma verdadeira obrigação. Se alguém *pode contribuir*, não o fazendo não deveria sofrer qualquer espécie de sanção. Então não estaria, a rigor, adstrito a uma obrigação perfeita, ou civil.

Mas assim não é. O empreiteiro, quando contrata a empreitada, o que se dá com o só consentimento, dado ser consensual o contrato, assume uma verdadeira obrigação, uma obrigação civil, cujo descumprimento acarreta conseqüências. Obriga-se a uma atividade determinada, material ou imaterial, com o propósito de obter dela um resultado. Uma obrigação de fazer que se sujeita aos ditames dos artigos 247 a 249 do Código Civil. A inexecução dela impõe o dever de indenizar as perdas e danos.

O uso do verbo *contribuir*, e não *obrigar*, explica-se. O que a lei pretendeu colocar em destaque nesse dispositivo foi o fato de o empreiteiro obrigar-se apenas com seu trabalho, ou então, com ele e os materiais utilizados. Ou seja, compromissar-se tão somente com o *fazer*, ou com o *fazer* e o *dar*. *Dar* os materiais a serem usados no *fazer*.

Uma obrigação simples, ou uma obrigação complexa.

Se desta última espécie, a obrigação considerar-se-á cumprida somente se as duas prestações forem satisfeitas. O cumprimento somente de uma implica cumprimento imperfeito, portanto inadimplemento mora, ou violação positiva do contrato, segundo a concepção de Staub, na Alemanha.

Num caso ou noutro, quer dizer, seja na empreitada apenas de fazer, ou na de fazer com fornecimento de materiais, o empreiteiro está constituído também na obrigação de *dar* o que foi feito, como que encerrando o processo de execução de sua obrigação.

A obrigação, porém, que se destaca é a de fazer, é a de desempenhar uma atividade, não a de dar. O *dar*, insista-se, constitui um consectário do *fazer*. O artigo 610 não alude a esses dois momentos. Cuida disso, sim, da prestação a que se sujeita o empreiteiro. Ou só executar uma obra (empreitada de labor), ou executá-la fornecendo os materiais necessários à sua execução (empreitada mista).

O Código Civil anterior também se valeu da mesma forma, usando o termo *contribuir*. No Código Civil italiano, o termo empregado foi *assumir* e não *contribuir* (artigo 1655). No alemão (§ 631) o verbo utilizado foi *obrigar*, o mesmo adotado pelo português (artigo 1207º) e argentino (artigo 1251).

Assim, está claro que a obrigação primeira, que é a que propriamente caracteriza o contrato de empreitada, é a obrigação de fazer. Executar a obra encomendada. O fornecimento dos materiais pode, ou não estar agregado

àquela. Não se presume. Tem de resultar inequívoca dos termos contratuais ou da lei. Se essa circunstância inexistir, quer porque não prevista, quer porque prevista de modo a suscitar dúvidas, não há lugar para se falar em inadimplemento ou adimplemento imperfeito de parte de empreiteiro. Logo, não se lhe pode imputar responsabilidade.

Esta obrigação do empreiteiro, que constitui mesmo o objeto do contrato, tem de ser cumprida no tempo, lugar e forma devidos para que não se fale de seu inadimplemento.

No que toca ao tempo, vale lembrar a regra de que no direito brasileiro vigora o princípio da mora *ex re*, ou seja, não há necessidade de prévia interpelação, consoante o prescrito no artigo 397 do Código Civil.

O *fazer* pode demandar tempo razoável, maior ou menor, conforme seja o seu objeto. Havendo prazo estipulado, a prestação tem de ser cumprida ao longo do tempo ajustado, devendo ser finalizada no seu termo final segundo a regra vigente. Não havendo, a prestação depende de tempo, daí a necessidade de, além de observá-lo, promover a prévia interpelação.

No que diz respeito ao lugar, cumpre observar que as dívidas são *quérables*, como regra, de modo que é o dono da obra encomendada (credor) que tem de buscar a prestação e não o empreiteiro (devedor) levá-la, a menos que a sua natureza revista caráter que implique a necessidade de o devedor ter de desempenhar a prestação em lugar determinado. É o que decorre da provisão contida no artigo 327 do Código Civil.

Quanto à forma, é preciso considerar um aspecto de particular interesse, uma vez que a obrigação do empreiteiro é, por sua índole, uma obrigação de resultado. Quando se diz que a obrigação deve ser cumprida na forma devida, quer-se afirmar que ela deve ser desempenhada de determinada maneira, de certo modo. O empreiteiro somente se desincumbe de sua obrigação se lograr oferecer ao dono da obra o resultado esperado. Difere, pois, do contrato de prestação de serviços, em que a obrigação é de meio.

Na empreitada, o empreiteiro deve entregar ao credor exatamente aquilo que ele legitimamente espera receber. Isso, porém, não pode abrir ensanchas a que o credor exija um resultado excepcional, estranho àquilo que constitui o objeto mesmo do ajuste. O que se quer dizer é que o credor da prestação não

pode deixar de proceder *cum grano salis*, pois ele tem de colaborar para que a obrigação seja cumprida pelo devedor, do melhor modo possível.

Nisto consiste o princípio da socialidade, devendo as partes se cooperarem para que o desempenho da obrigação se aproxime quanto possível da justa expectativa que ele cria para os contratantes.

Esses comentários são colacionados porque somente o cumprimento imperfeito, ou o não cumprimento da obrigação, acarretam a responsabilidade do empreiteiro. E como se trata de uma obrigação de resultado, é preciso ter cautela na apreciação da casuística, uma vez que o dono da obra, a pretexto de que o resultado não foi atingido, pode querer caracterizar a mora do empreiteiro.

A esse intento, é preciso arrostar um aspecto importante do contrato de empreitada.

O fato de a obrigação do empreiteiro caracterizar-se como obrigação de resultado significa dizer que a sua responsabilidade contratual é objetiva? Parece que não, a despeito da opinião contrária de Giuseppe Trabuchi¹⁰⁴, em artigo publicado que analisou a obrigação do “*spedizionario*”, que envolve diversas figuras dos operadores de transporte.

Embora não seja incomum encontrar aqui ou ali opinião nesse sentido, de que por ser de resultado a obrigação, a responsabilidade é objetiva, como acontece, por exemplo, no caso dos transportes¹⁰⁵.

No contrato de empreitada não é isso que se dá. Se não ocorrer fato ou omissão imputável ao empreiteiro, pela inexecução da sua obrigação, ou pela execução imperfeita, não incorre ele em mora. Logo, não há responsabilidade. Noutras palavras, a sua responsabilidade não parece ser objetiva, a despeito de a principal obrigação a que se sujeita ser uma obrigação, não de meio, mas de resultado. Pelo menos em princípio, considerando a empreitada em seu sentido mais amplo.

Arnaldo Rizzardo¹⁰⁶, a propósito, parece compartilhar desse entendimento, quando, caracterizando também como de resultado a obrigação do empreiteiro, faz consignar o seguinte: “Cuidando-se de obrigação de

¹⁰⁴ Giuseppe Trabuchi, *Le prestazioni dello spedizionario e l'obbligazione di risultato*, Rivista di Diritto Civile, ano XXVIII, maggio-giugno, n. 3, 1982, p. 315.

¹⁰⁵ Nelson Nery Junior, e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código civil....cit.*, p. 657, Nota 5.

¹⁰⁶ Arnaldo Rizzardo, *Responsabilidade civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 528.

resultado, uma série de exigências se exige, como a obediência aos projetos, a eficiente execução, a solidez estrutural, de modo a entregar a obra sem defeitos e imperfeições. Daí se concluir que está pressuposta também a obrigação de meio. Realmente, não se alcança o resultado objetivado se não procedida a obra com a técnica, com a prudência e diligência recomendadas pela ciência da engenharia”.

Isso, contudo não significa admitir que em determinados casos não haja um deslocamento no fundamento da responsabilidade. Basta atentar para as relações que são regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, cujo exame será feito adiante, especialmente na interpretação do artigo 618 do Código Civil.

Afastado, então, o exame dessas situações pontuais, ratifica-se o entendimento de que a principal obrigação a que se sujeita o empreiteiro guia-se pela regra geral, qual seja, a de que o empreiteiro tem sua responsabilidade contratual guiada pela culpa.

Aliás, o Código Civil atual, que é a lei que dá a estrutura do instituto, tal como fazia o anterior, deixa claro o fundamento da responsabilidade consistente no desempenho da prestação de fazer e entregar o que foi feito. Observem-se as disposições dos artigos 612 e 613 que aludem expressamente à culpa. O artigo 612 estabelece a regra segundo a qual o empreiteiro que só fornece mão-de-obra não responde pelos riscos em que não tiver *culpa*. Ou seja, somente responde se agir culposamente. A culpa é o fundamento da sua responsabilidade. O artigo 613, a seu turno, diz que sendo a empreitada unicamente de labor, se a coisa perecer antes de entregue, sem mora do dono nem *culpa* do empreiteiro, esse perderá a retribuição se não provar que a perda resultou de defeito dos materiais e que em tempo reclamara contra a sua quantidade ou qualidade.

Quer dizer, a responsabilidade do empreiteiro decorrente desta obrigação, que é a obrigação que caracteriza a empreitada, tem na culpa o seu fundamento.

Os dois dispositivos têm como pressuposto ser a empreitada unicamente de labor. Na realidade, eles confirmam a regra adotada na parte geral das obrigações de fazer e de dar.

O devedor da prestação, uma vez culpado, responde pelas perdas e danos, se a obrigação não for cumprida ou cumprida de modo imperfeito. Não existindo culpa do devedor, suporta o ônus o credor.

No caso, devedor e credor da prestação de um contrato de empreitada só de labor, cujo objeto é uma obra qualquer e cujo desempenho corresponde a um resultado esperado.

Se esses dois dispositivos legais invocam a culpa como fundamento da responsabilidade, e se eles estão direcionados para uma das espécies de empreitada, qual seja, a de labor, poder-se-ia afirmar, usando o argumento contrário, que sendo a empreitada do tipo mista, a responsabilidade do empreiteiro prescindiria da culpa? Isto é, seria ela objetiva?

Parece que a resposta deve ser negativa. Num caso ou noutro o fundamento da responsabilidade do empreiteiro é subjetiva, a despeito de se tratar de uma obrigação de resultado.

Mas os termos do artigo 611, que cogita da empreitada mista, não poderiam constituir óbice à esta conclusão? O preceito indica que, no caso, os riscos de entrega da obra correm por conta do empreiteiro, a menos que prove ter o credor incidido em mora. Mas esta é também a regra geral. Enquanto o devedor não entrega o objeto da prestação ao credor, sua é a propriedade. Seu, portanto, deve ser o risco de perda ou de deterioração do objeto da prestação.

Os artigos 611, 612 e 613 estão todos em harmonia com os princípios estabelecidos na parte geral das obrigações. Quer dizer, até o momento da entrega da prestação pelo devedor, é seu o risco de perda e de deterioração do objeto. Após a entrega, transfere-se para o credor.

Aplicação do princípio de que *res perit domino*. Se, no entanto, houver a presença da culpa, responderá o culpado.

Sobre o artigo 611 observa Nelson Rosenvald¹⁰⁷, que o empreiteiro, na empreitada mista, assume os riscos até o momento da entrega da obra, pelo fato de temporariamente ser o proprietário dos materiais. No entanto, a literalidade do texto, bem assim o comentário do conceituado autor, podem induzir ao entendimento de que a responsabilidade do empreiteiro, nesta

¹⁰⁷ Nelson Rosenvald, *Código civil comentado*, coord. Antonio Cezar Peluzo, São Paulo, Manole, 2004, p. 636.

espécie de empreitada, está temporalmente limitada à data da entrega da obra, até que não se caracterize a mora do credor em recebê-la. Sendo assim, se o credor não incidiu em mora no recebimento da obra, mas experimentou dano decorrente de defeito do material empregado, fornecido pelo empreiteiro, este não ficará isento de responsabilidade. O empreiteiro é responsável pelo dano originado pelo defeito do material empregado, ainda que não tenha tido culpa na execução da obra. Havendo culpa, ou não, na escolha do material fornecido, a sua responsabilidade se impõe perante o credor. O procedimento consistente no fornecer o material contamina a execução da obra, de modo que nesse caso, de nada lhe valerá a demonstração de que o trabalho empreendido revestiu de toda a técnica, de todos os cuidados que o caso reclamava. Assim, parece que nesse caso a responsabilidade é do empreiteiro, por ter-se obrigado a fornecer o material empregado na execução da obra.

Este entendimento encontra também amparo na parte final do artigo 613, ao dispor da necessidade de o empreiteiro alertar acerca da qualidade e da quantidade do material, quando ao dono da obra couber fornecê-lo.

Quando o artigo 611 do Código Civil diz que os riscos correm por conta do empreiteiro até o momento da entrega da obra, quis referir-se a uma situação que não diz respeito propriamente à responsabilidade civil por danos decorrentes da obra.

Estabeleceu, isso sim, uma relação que é semelhante a do contrato de venda. É do vendedor a responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa objeto da venda até o momento da tradição, consoante a regra geral contida no artigo 237 do Código Civil, pois o domínio só se transfere com a tradição da coisa.

O ato de entregar a obra ao que a encomendou transfere a propriedade dela e aí o *accipiens* passa a ser o dono dela, correndo por sua conta o risco de perda ou de deterioração. Foi para isso que o texto atentou. Não para dispor sobre a responsabilidade civil propriamente. Tanto que havendo mora do credor, o que se caracteriza com a recusa do recebimento, fica o devedor, desde que isento de dolo, desobrigado pela conservação da coisa, consoante o disposto no artigo 400 do Código Civil.

Em suma.

Parece que o artigo 611 ratificou a disposição do artigo 400. Preocupou-se com caracterizar a mora, se do devedor ou do credor, e sua consequência. Não interfere propriamente na questão da responsabilidade civil, embora dele se possa colher a impressão de que o fato de o empreiteiro fornecer o material altera os fundamentos da sua responsabilidade civil perante quem encomendou a obra.

2.2. Da obrigação do empreiteiro de observar as instruções do proprietário da obra

Outra obrigação que incumbe ao empreiteiro consiste na observância das instruções, dos planos e da técnica adequada na execução da obra encomendada. É o que está previsto no artigo 615 do Código Civil, nos seguintes termos: “Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Poderá, porém, rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalho de tal natureza”.

O dispositivo não faz distinção da espécie de empreitada, como os anteriores. Aplica-se tanto à empreitada unicamente de labor, quanto à mista.

Diz ele que o dono da obra é obrigado a recebê-la, uma vez concluída. No entanto, é preciso ponderar que o dono é o credor e credor não tem propriamente a obrigação de receber. Tem, isso sim, o direito de receber.

É certo que o não exercício do direito acarreta consequências (artigo 400 do Código Civil), já que fica caracterizada a mora do credor. E a mora do credor elide a mora do devedor. O que a lei, porém, quis destacar foi o direito que o credor tem de receber a obra na exata e precisa conformidade com as instruções, com os planos e com a observância da técnica adequada. Se o devedor não se conduziu dessa maneira, sua é a mora, e por isso o credor não estará obrigado a receber a prestação. Poderá rejeitá-la, o que o exime da contraprestação devida.

O empreiteiro, em primeiro lugar, deve observar exatamente o que foi objeto do contrato. Torna-se servo do que livremente pactuou. Se aceitou as instruções recebidas para a execução da obra, deverá observá-las fielmente, ainda que esse procedimento lhe acarrete ônus de que poderia subtrair-se

caso o resultado oferecido fosse o mesmo do esperado. É a aplicação do *pacta sunt servanda*.

No entanto, é preciso ter em conta que no atual direito obrigacional a relação entre as partes contratantes é muito mais de colaboração do que de sujeição, razão por que o efeito do princípio acima pode e deve ser mitigado em decorrência de outro que diz respeito a função social do contrato, contemplado pelo atual Código no artigo 421.

Nenhuma das partes contratantes está obrigada a suportar maior ônus do que o razoável para o desempenho da obrigação a que está adstrita. A casuística, portanto, orientará a justa aplicação da regra.

Note-se que o texto alude também ao costume do lugar, o que denuncia o caráter flexível da convenção, conforme as circunstâncias.

No que toca a técnica a ser observada conforme a natureza do trabalho, é de toda a evidência que tal atribuição compete ao empreiteiro da obra e não a quem a encomendou. Havendo, porém, mais de um meio técnico que possa alcançar o resultado pretendido, poderá o dono da obra, mediante expressa convenção, optar por uma das alternativas, o que acarretará para o empreiteiro o dever de observar a escolhida.

Concluída a obra, o empreiteiro tem de entregá-la a quem a encomendou, uma vez obtido o resultado pelo qual se obrigara, fazendo jus à retribuição pactuada, na forma como o foi.

Não o fazendo, incidirá em mora sujeitando-se aos efeitos dela (artigo 399).

Se o credor se recusar ao recebimento, sua será a mora, devendo suportar os seus efeitos (artigo 400), sem se libertar da obrigação de pagar o preço ajustado na empreitada. Ao devedor, nesse caso, fica ainda facultada a consignação da prestação devida.

Se a obra, porém, foi concluída, mas seu cumprimento foi imperfeito, o que caracteriza a mora *solvendi*, além de o devedor responder pelos efeitos da execução parcial ou imperfeita, abre-se ao credor a faculdade de receber, mediante abatimento no preço, consoante a provisão do artigo 616. Mas, observe-se, trata-se de uma prerrogativa que tem o credor. O devedor não pode impor o recebimento mediante abatimento, nem se opor à pretensão dele.

Essas considerações todas têm como pano de fundo o comportamento culposo do empreiteiro. O fundamento também é culpa. Se ele não teve culpa no dever de observar as instruções, os planos e a técnica, o vínculo obrigacional desaparece, retornando as partes à situação anterior em que se achavam antes da contratação.

2.3. Da obrigação de pagar os materiais inutilizados

Na sequência da análise que está sendo feita acerca das obrigações a que se sujeita o empreiteiro, outra vez se faz presente o fundamento da culpa. Trata-se do dever de pagar ao dono da obra o preço correspondente aos materiais que foram inutilizados. Desde que a inutilização tenha decorrido de procedimento culposo. É o que está prescrito no artigo 617 do Código Civil, nos termos a seguir transcritos: o empreiteiro é obrigado a pagar os materiais que recebeu, se por imperícia ou negligência os inutilizar.

A hipótese é de empreitada unicamente de labor. O dono da obra obriga-se a fornecer os materiais a serem empregados na sua execução. Se sobram materiais, porque mal quantificados, ou se eles se perdem ou se deterioram porque manipulados inadequadamente, responde o empreiteiro pelos prejuízos causados, desde que se lhe possa imputar culpa, expressa em suas modalidades de imperícia e negligência. Se o caso for de imprudência, o que se verifica quando o empreiteiro não realiza a obra de modo adequado, igualmente responde.

É ao dono da obra que incumbe a prova da culpa do empreiteiro. Se o dono da obra não lograr êxito na produção da prova, o empreiteiro estará isento de responsabilidade, o mesmo ocorrendo nas hipóteses de incidência das excludentes de responsabilidade, como o fortuito e a força maior, cuja alegação e prova lhe competem. No direito português não há texto correspondente.

2.4. Da obrigação de manter o projeto inicial

Outra hipótese que não é incomum ocorrer nos contratos de empreitada, dado o fato de tratar-se de contrato de execução continuada, é a modificação superveniente do projeto e dos planos de execução.

O Código Civil, no artigo 619 e parágrafo único, dispõe a respeito, sendo que o pressuposto é tratar-se de empreitada contratada por preço certo, o que impede, portanto, eventual pretensão de reajuste. Uma vez aceito o projeto de execução e o respectivo plano, bem como pactuada a retribuição do empreiteiro, não podem nem um nem outro promover alterações, senão mediante aditivo. As obrigações devem ser cumpridas tal como convencionadas. O empreiteiro tem a obrigação de oferecer ao dono o resultado esperado, pelo preço combinado. É certo, porém, que no que diz respeito ao preço, o contrato de empreitada está sujeito à aplicação do artigo 479.

Dada ainda à natureza do contrato, pode o dono da obra requerer modificações, devendo, se for o caso, suportar os acréscimos no preço daí decorrentes, ajustado em razão das modificações que devem ser expressas e apresentadas por escrito.

Se essas alterações forem realizadas pelo empreiteiro, sem prejuízo do resultado pelo qual se obrigou, não terá direito a acréscimo algum. No entanto, se os acréscimos foram realizados por iniciativa do empreiteiro com o consentimento tácito do dono da obra, terá direito a reajuste que deverá ser objeto de arbitramento.

Considera-se tácito o consentimento quando o dono da obra, em continuadas visitas, não apresentou oposição alguma à sua realização. O que está contemplado no parágrafo único do artigo 619 outra coisa não é senão a aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

2.5 Da obrigação de aceitar a redução do preço

Pela mesma razão de ser o contrato de empreitada um contrato de execução continuada, cujo desempenho se verifica ao longo do tempo, poderá o dono da obra pleitear redução do preço, se ocorrer diminuição no preço do material ou da mão de obra, em homenagem ao princípio do enriquecimento sem causa. Para que a pretensão se torne legítima é necessário que a redução seja superior à décima parte do preço total ajustado. Presente a situação, o empreiteiro é obrigado a aceitar a redução do preço pactuado, o que autoriza a consignação dele, pois é do empreiteiro a mora que se caracteriza pela recusa no recebimento do preço reduzido.

A provisão que autoriza essa pretensão está positivada no artigo 620 do Código Civil, dispositivo que não encontra correspondente no diploma anterior.

Se a lei previu a possibilidade de redução do preço, ante a demonstração da diminuição do valor dos materiais e da mão de obra, pela mesma razão, parece-nos possível ao empreiteiro pretender a sua majoração, se se tratar de hipótese contrária. Aliás, são os contratos de trato sucessivo, como é o caso da empreitada, que estão sujeitos à onerosidade excessiva, como meio extintivo, ou de revisão, segundo as prescrições dos artigos 478 a 480 do Código Civil.

2.6. Da obrigação de aceitar a suspensão da obra.

Outra obrigação a que se sujeita o empreiteiro, consoante determinação do artigo 623 do Código Civil, é a de aceitar a suspensão da execução da obra encomendada.

Estabelece o citado dispositivo que mesmo após iniciada a construção, pode o dono da obra suspendê-la, desde que pague ao empreiteiro as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, mais indenização razoável, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra.

O contrato de empreitada, no caso, tem por objeto a construção civil de uma obra. A lei confere a quem a encomendou a prerrogativa de suspender o processo de execução. Se o dono da obra tem esse direito, o empreiteiro, como corolário, tem a obrigação de acatar a deliberação, não podendo opor-se a ela, mesmo que não tenha havido justificativa para tal.

Uma vez suspensa a execução da obra, por iniciativa do dono, deverá este pagar ao empreiteiro o equivalente ao proveito experimentado até então, mais as despesas realizadas, quer com os materiais fornecidos, quer com a mão de obra utilizada. Além disso, sujeitar-se-á a uma indenização correspondente aos lucros cessantes, que é fixada dentro de critérios de razoabilidade levando em conta o que teria ganho, se concluída a obra.

Nada impede que as partes, com vistas a afastar a dificuldade de demonstrar essa espécie de prejuízo, fixem, como cláusula penal, um valor determinado, que será devido pelo só fato de haver a suspensão da obra. Uma indenização *a forfait*, como é conhecida.

Se a suspensão da obra se verificou em virtude de fortuito ou força maior, parece que o empreiteiro não se legitima à pretensão senão da parte correspondente aos materiais utilizados e mão de obra empregada, acrescida do proveito que o dono obteve.

Neste caso, somente a indenização dos lucros cessantes fica afastada. A não ser assim, abrem-se ensanchas ao enriquecimento sem causa, que é vedado pelo artigo 884 do Código Civil.

Pode também acontecer de o empreiteiro suspender a execução da obra e até deixá-la inconclusa. Esta hipótese, que não estava prevista no Código revogado, tem no atual o tratamento que lhe dispensaram os artigos 624 e 625.

Enquanto o primeiro confirma a regra geral do direito das obrigações, ou seja, a que impõe o dever de satisfazer a obrigação tal como foi convencionada, suportando os efeitos ante o inadimplemento em qualquer de suas modalidades, tendo usado a locução *sem justa causa*, em lugar da culpa, o outro apresenta as excludentes específicas de sua responsabilidade.

Se a execução da empreitada foi suspensa pelo empreiteiro, deve responder pelas perdas e danos causados ao dono da obra. Em toda a sua extensão, compreendendo tudo o que efetivamente perdeu, como o que deixou de ganhar. Danos emergentes e lucros cessantes. Se obteve algum proveito, apesar da suspensão, esse proveito deverá compensar-se com a indenização dos prejuízos que pode reclamar.

O termo adequado para expressar a responsabilidade do empreiteiro é *culpa* e não *justa causa*. Em razão da semelhança que há entre os contratos de empreitada e de prestação de serviços, este precursor das normas do direito trabalhista, onde importa conhecer a causa de dispensa, se justa ou injusta, é que foi utilizada a locução *sem justa causa* em vez de *culposamente*.

O empreiteiro que tem uma justa causa para suspender a execução da obra não tem culpa. Ao contrário, se não tem justa causa, age culposamente. Note-se que outra vez se faz expressa alusão à culpa, como fundamento da responsabilidade por inexecução contratual.

3. Das obrigações do proprietário da obra

Dado o sinalagma de que se impregna o contrato de empreitada, as obrigações são recíprocas. Não é só o empreiteiro que assume obrigações.

Também quem encomenda a obra incumbe-se de deveres que variam conforme a maior ou menor complexidade dela.

No capítulo dedicado a esta espécie de negócio jurídico, não foram listadas de forma sistematizada, como fez o Código Civil em relação a outros institutos, as obrigações das partes envolvidas. Elas se encontram referidas de modo mais ou menos aleatório, como se pode notar com as obrigações do empreiteiro.

A principal obrigação a que está vinculado o dono da obra é a retribuição correspondente.

Em alguns casos (compra e venda, por exemplo), a contraprestação tem de ser necessariamente em pecúnia; noutros (locação, por exemplo), pode ser em dinheiro ou em outro bem.

No caso da empreitada não há dispositivo algum dentre os que constituem o capítulo próprio que faça expressa referência à contraprestação devida pelo dono da obra, embora, num ou noutro, se cogite de abatimento ou de aumento do preço.

No entanto, no Capítulo I deste trabalho, colocou-se em evidência, nas definições de empreitada examinadas, que esse tipo de negócio tem como uma de suas características, a onerosidade, sendo que a principal vantagem do empreiteiro está no preço devido pelo dono da obra.

A retribuição devida pela execução da obra é o móvel, o objeto mesmo para o empreiteiro, constituindo, pois, um elemento do negócio jurídico. Noutras palavras, não se pode presumir a gratuidade do contrato de empreitada.

A propósito, tal assertiva decorre de dispositivo legal que está, de maneira indireta, vinculado à empreitada. Trata-se do artigo 594, segundo o qual toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição. O texto refere-se ao contrato de prestação de serviços, não à empreitada. Mas pela mesma razão, a retribuição é também devida ao empreiteiro como corolário natural, eis que na empreitada há execução de serviços. Daí o termo *empreitada de labor*.

Em obra monográfica editada nos idos de 1955, Alfredo de Almeida Paiva diz que “o empreiteiro, ao contratar a feitura de uma obra, assume o

ônus de sua execução, enquanto o dono ou proprietário se obriga a pagar por ela o preço convencionado”¹⁰⁸.

Nos diplomas estrangeiros que estão sendo invocados para fins de algumas comparações, a contraprestação devida pelo dono da obra ao empreiteiro vem expressamente referida.

No Código Civil italiano, o artigo 1655 usa a locução “*um corrispettivo in danaro*”; no alemão, o parágrafo 631, (1) fala em *remuneração pactuada*; o português, no artigo 1270º, diz *mediante um preço*; e o argentino alude, no artigo 1251, a *una retribución*. O único que, a rigor, fala em pecúnia, como remuneração, é o italiano. Os outros cogitam de uma remuneração.

O artigo 615 do Código Civil vigente determina o seguinte: “concluída a obra de acordo com ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la”. Mais apropriado teria sido dizer: “é obrigado a pagá-la”. Desde, é evidente, que ela tenha sido executada de conformidade com o que foi objeto da convenção, ou os costumes, na ausência de ajuste, para que possa receber.

O dono da obra não tem, propriamente, a *obrigação* de recebê-la, pois o credor tem *direitos*, não *deveres*. O que se deve entender do texto é que o proprietário, recebendo ou não recebendo a obra encomendada, desde que ela tenha sido executada conforme o ajuste ou o costume do lugar tem a obrigação de pagar ao empreiteiro a retribuição devida, quer haja sido expressamente pactuada, quer não.

Uma vez ajustado o preço, o credor da obra somente ficará forro se pagar exatamente o que for devido. Se o preço não foi convencionado pelas partes, ele terá de ser objeto de arbitramento, requerendo, se for o caso, perícia para subsidiar sua fixação. Tudo em homenagem ao princípio da boa-fé objetiva em geral e, em particular, ao enriquecimento sem causa.

Se o dono da obra deixar de pagar a retribuição devida, incidirá em mora e sujeitar-se-á aos efeitos dela (*mora solvendi*), consoante as prescrições dos artigos 389 e 395 do Código Civil. Se ele deixar de receber a obra ficará caracterizada outra espécie de mora (*mora accipiendi*), submetendo-se, em

¹⁰⁸ Alfredo de Almeida Paiva, *Aspectos do contrato de empreitada*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1955, p. 20.

consequência, aos efeitos dela, segundo o disposto no artigo 400 do Código Civil.

Assim, poderá estar sujeito aos efeitos das duas espécies de mora, o pagamento da retribuição devida e o recebimento do trabalho executado. Não lhe serve de escusa, para subtrair-se aos efeitos da mora *debitoris*, o simples fato de recusa do recebimento da prestação. A menos que a recusa tenha fundamento, alegação que poderá ter lugar no bojo de ação de consignação promovida pelo empreiteiro, ou mesmo em procedimento preparatório.

Se procederem suas alegações, não terá incidido nem numa espécie de mora, nem noutra. Não se pode deslembrar, porém, que embora a obrigação do empreiteiro seja obrigação de resultado, não basta o dono da obra alegar insatisfação pura e simples para justificar a recusa, pois como se deixou assentado alhures, essa apreciação não pode ficar por conta do subjetivismo puro, ao contrário, deverão ser considerados os aspectos objetivos, conforme o tipo de obra.

A retribuição, enfim, é a principal obrigação que o dono da obra assume perante o empreiteiro. Ela pode ser ajustada conforme as conveniências das partes. Pode ser paga em etapas, ou de uma só vez, no início ou no final, quando da entrega da obra. Pode ser em dinheiro ou em outra coisa, como é até comum nas construções de obras civis, em que o dono da obra paga o empreiteiro com unidades construídas. Nem por isso o contrato de empreitada se desnatura.

Pode até ser o caso de a retribuição somente ser devida se a obra executada for a contento de quem a encomendou, cláusula que está expressamente contemplada no contrato de compra e venda (artigo 509 do Código Civil)¹⁰⁹.

Acrescente-se, por fim, que a retribuição é devida ainda que o dono da obra suspenda a sua execução. Neste caso, deverá, consoante o preceito do artigo 623 do Código Civil, pagar ao empreiteiro as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, mais indenização razoável, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra.

¹⁰⁹ Código Civil, Art. 509. A venda feita a contento do comprador entende-se realizada sob condição suspensiva, ainda que a coisa lhe tenha sido entregue; e não se reputará perfeita, enquanto o adquirente não manifestar seu agrado.

Trata-se de indenização dos danos causados ao empreiteiro, compreendendo os danos emergentes e os lucros cessantes, cabendo observar que com relação a estes últimos, a indenização não será fixada em verba considerada razoável, mas em verba que corresponda ao prejuízo, se for razoável a sua ocorrência. Ou seja, indeniza se for razoável que ele tenha existido, não o quanto ele seja razoável.

A lei contempla ainda algumas obrigações que podem competir ao dono da obra, além de tantas outras que a convenção venha a estabelecer segundo a conveniência das partes.

Assim a obrigação de fornecer os materiais. Trata-se de obrigação que incumbe ao proprietário, a menos que o empreiteiro assuma o mister, o qual deverá constar do pacto, pois segundo o parágrafo 1º do artigo 610 do Código Civil, a obrigação de fornecer os materiais não se presume.

Se a obrigação pelos materiais incumbe ao dono da obra, deverá ele apresentar aqueles que sejam apropriados para a perfeita execução do trabalho. Cabe ao empreiteiro apontar a inadequação do material ofertado, não lhe aproveitando a escusa de que o eventual defeito da obra deveu-se à falta de qualidade do material apresentado, pois ele é quem deve reunir os predicados pessoais e técnicos para avaliá-lo e utilizá-lo. Reputando-o impróprio, impõe-se-lhe o dever de repudiá-lo.

O Código Civil, no artigo 612, serve de fundamento para essas observações, embora cogite dos riscos do material, estatuinto que “se o empreiteiro só forneceu mão de obra, todos os riscos em que não tiver culpa correrão por conta do dono”.

Outra obrigação a que está sujeito o dono da obra vem prescrita no artigo 614 do Código Civil, segundo o qual “se a obra constar de partes distintas, ou for de natureza das que se determinam por medida, o empreiteiro terá direito a que também se verifique por medida, ou segundo as partes em que se dividir, podendo exigir o pagamento na proporção da obra executada”. Se a lei diz que o empreiteiro tem o *direito de*, está afirmando que o dono está *obrigado a*. Assim, se se tratar de obra que se executa em partes autônomas e distintas, como ocorre com frequência nas construções civis (fundações, estruturação, revestimentos, acabamento, v.g.), ou então, se a natureza dela se determina por medida (*ad mensuram*), constitui obrigação do dono da obra

recebê-la em partes e pagar a retribuição ajustada pelas partes executadas e entregues, militando em favor do empreiteiro a presunção *juris tantum* de que tudo que foi medido e pago foi conferido e verificado, decaindo do direito de reclamar por vício ou defeitos que não tenham sido denunciados no prazo decadencial de trinta dias (artigo 614, § 2º).

Também pode ser referida como obrigação do dono da obra a de pagar eventual acréscimo no preço pactuado se forem introduzidas modificações no projeto inicial.

Em empreitadas de construção civil, sejam as grandes, sejam as pequenas, não é incomum que haja acréscimos ou alterações durante a sua execução. Às vezes, por expressa autorização ou mesmo solicitação do proprietário, outras vezes não. O empreiteiro, promovendo-as, tem direito à remuneração suplementar, não podendo o proprietário furtar-se a esta obrigação, quer tenha anuído expressamente, quer tacitamente, hipótese esta que ocorre quando ele, presente à obra, em continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou.

É o que está estatuído no artigo 619 e em seu parágrafo único do Código Civil, cuja parte final constitui mais um inequívoco atestado de que as relações negociais devem ser sempre presididas pelo princípio da boa-fé objetiva.

Essas eventuais modificações pretendidas pelo proprietário têm de contar com a prévia aprovação do autor do projeto. Quer dizer, o dono da obra está obrigado a respeitar o projeto anteriormente por ele aprovado, salvo se existirem razões de ordem técnica que recomendem a alteração, se ficar comprovada a inconveniência ou a excessiva onerosidade de execução do projeto em sua forma originária. É como emenda a disposição do artigo 620 do Código Civil.

Estas são as obrigações contratuais que o empreiteiro assume perante o dono da obra, e as que este contrai perante aquele, por força das provisões que estão contidas no Código Civil e que têm conotação supletiva.

Nada impede, o que aliás é bastante comum, que o contrato celebrado entre as partes contemple uma série de outras obrigações, dado o princípio da autonomia privada, qual seja, o de ajustar o que não for proibido pela lei, pela moral e pelos bons costumes.

Algumas referem-se à empreitada apenas de labor, outras à empreitada mista. Umas concernem à empreitada de obras da construção civil, outras à empreitada de outras espécies de obra.

Relativamente às obrigações criadas no exercício da autonomia privada, fruto de mais extensa regulamentação pelas partes, o descumprimento delas acarreta, da mesma forma, o dever de indenizar, submetendo-se ao mesmo regime estatuído nos artigos 389 e seguintes do Código Civil. Quer dizer, o descumprimento ou o cumprimento parcial fundam-se na culpa. Logo, não apenas as obrigações contempladas no capítulo constante do Código Civil, mas tantas quantas as partes conceberem para reger as suas relações, de conformidade com as suas conveniências.

A inexecução de qualquer dessas obrigações previstas em lei, bem como as que foram objeto de ajuste contratual, acarreta a mora do proprietário da obra, o que afasta a possibilidade de mora do empreiteiro, como se viu no capítulo I deste trabalho.

4. Das excludentes da responsabilidade

O artigo 625 indica as excludentes da responsabilidade do empreiteiro.

Refere-se em primeiro lugar à culpa do dono e a motivo de força maior.

A culpa do dono da obra não equivale à situação de mora, mesmo porque a mora do credor, para ser caracterizada, independe de culpa. Embora a mora do credor afaste a mora do devedor, e conseqüentemente a sua responsabilidade, o de que se trata no texto em causa não é da isenção de responsabilidade por efeito da mora *accipiendi*, mas da subtração de qualquer obrigação ainda quando a execução da obra é suspensa pelo empreiteiro. Mas suspensa por fato imputável ao dono da obra.

No mesmo dispositivo há referência à força maior, que equivale a um fato necessário que não se pode evitar nem prever. Apesar de a lei ter aludido apenas a força maior, não há razão para excluir o fortuito.

Costuma-se dizer que o fortuito é fato interno, enquanto que força maior é fato externo. Considerando que nos casos de responsabilidade subjetiva tanto a força maior constitui excludente da responsabilidade, como o caso fortuito, a interpretação que deve ser feita em relação ao inciso I do artigo 625 é ampliativa, uma vez que o legislador disse menos do que pretendeu dizer.

Logo, assim os fatos externos, como os internos, atuam no sentido de isentar o empreiteiro de responsabilidade pela suspensão da execução da obra.

O inciso II do preceito em exame elide a responsabilidade do empreiteiro que suspendeu a execução da obra quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado.

Para que milite em favor do empreiteiro essa excludente, basta que surjam *dificuldades* imprevisíveis. Não há necessidade de que sejam obstáculos. São suficientes apenas dificuldades. Mas dificuldades que não foram previstas, porque imprevisíveis, e que estejam relacionadas com fenômenos geológicos, hídricos, e outros do mesmo jaez.

E, ainda, que tornem a empreitada excessivamente onerosa, não se dispondo o dono da obra ao reajuste proporcional do preço.

Essa referência, que não encontra correspondente na legislação anterior, constitui uma aplicação da regra geral contemplada nos artigos 478 a 480 do Código Civil, mas alusiva a determinadas causas próprias da atividade voltada à construção civil. Se a causa for dessa natureza, o fundamento legal para o exercício da pretensão consistente na suspensão da obra é o do artigo 625, II. Se se tratar de outra espécie de causa, que não foi prevista porque imprevisível, igualmente será isento de responsabilidade o empreiteiro, porém com fundamento na regra geral do artigo 478. Atente-se para o caráter subsidiário da *actio de in rem verso*.

Outra ordem de excludente foi apontada no inciso III do mesmo artigo 625. Diz respeito a modificações exigidas pelo dono da obra. Mesmo que este se proponha a suportar acréscimo no preço, o empreiteiro se desobriga de qualquer responsabilidade, suspendendo a obra, se as modificações pretendidas, por seu vulto e natureza, forem desproporcionais ao projeto inicialmente aprovado. A informação da excludente está na natureza da obrigação a que está sujeito o empreiteiro, que é, como já apontado, uma obrigação de resultado. Ou seja, ele não está obrigado a aceitar alteração no resultado, se outro foi o objeto do ajuste. Milita em seu favor mais esta excludente.

5. Da empreitada na indústria da construção civil

5.1. Introdução

A análise que se empreende a seguir diz respeito a obras relacionadas com a indústria da construção civil. Obras simples, como a substituição de piso, ou o reparo da rede hidráulica, ou mesmo a pintura de uma parede, Mas também obras complexas, como a edificação de um dique para contenção de água, a construção de uma ponte ou um túnel, bem como de um edifício. Obras várias que só podem ser realizadas por quem tem habilidade para isso e muitas vezes por quem tem habilitação técnica. Ou seja, uma atividade específica para a qual se requer qualificação profissional. Pode ser exercida por pessoa física ou por pessoa jurídica, devendo, neste caso, haver profissionais responsáveis com a qualificação necessária.

Nestes casos, a empreitada praticamente identifica-se com a construção. E empreiteiro torna-se sinônimo de construtor. A rigor, como já foi anotado, a atividade é a de construção, que pode realizar-se mediante empreitada. Diz-se, então, construção por empreitada.

Considerando que o objetivo precípua da relação contratual que se estabelece é um determinado resultado, este resultado não pode apresentar defeitos. Se isso ocorrer, a obrigação de parte de quem se incumbiu de oferecer o resultado não foi cumprida perfeitamente. O defeito pode ser aparente, ou oculto, grave ou insignificante. As circunstâncias do caso determinarão a espécie de defeito, fator importante na responsabilização.

No capítulo da empreitada, o Código Civil refere-se a vícios e defeitos no artigo 614, parágrafo 2º, e a defeitos consistentes na solidez e segurança da obra no artigo 618. O Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 18 a 26, também alude a vícios, referindo-se a vícios de qualidade e de quantidade, aparentes ou ocultos, aplicando-se, porém, às relações de consumo.

5.2. Da responsabilidade civil do empreiteiro por defeitos aparentes e ocultos

Obra que tenha sido executada com defeito, embora recebida por quem a encomendou, não implica cumprimento da obrigação. Ao contrário, equivale a cumprimento imperfeito, a que se dá o nome de violação positiva do contrato,

que não deixa de ser um aspecto do inadimplemento mora. Logo, a responsabilidade civil se impõe.

O artigo 614 do Código Civil já foi examinado a outro intento, quando a preocupação era o direito do empreiteiro de receber por partes o preço ajustado se por partes a obra haveria de ser executada.

Agora a análise concerne ao efeito que o vício do trabalho pode acarretar.

Para tanto, é preciso que ele seja denunciado pelo dono da obra, a quem se abre a alternativa de enjeitá-la ou recebê-la com abatimento.

Os termos *vícios* e *defeitos* encontram-se no parágrafo 2º do artigo 614 do Código Civil, enquanto que a opção de *enjeitar* a obra, ou obter um *abatimento* no preço dela, está indicada no artigo 616. O primeiro dispositivo estabelece: “O que se mediu presume-se verificado se, em trinta dias, a contar da medição, não forem denunciados os vícios ou defeitos pelo dono da obra ou por quem estiver incumbido da sua fiscalização”. O outro diz: “No caso da segunda parte do artigo antecedente, pode quem encomendou a obra, em vez de enjeitá-la, recebê-la com abatimento no preço”.

Nem sempre a lei é uma obra didática. Embora haja uma relação entre os assuntos tratados, os textos legais envolvidos, o artigo 614 e seus parágrafos, o artigo 616 e o artigo 615, tratam de diversos temas, a saber: obra que se constitui de partes distintas, ou que se contratam por medida; direito do empreiteiro a que seja recebida e verificada fracionariamente; obra que tenha sido executada com inobservância das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas pertinentes; e vícios ou defeitos.

Não obstante tudo isso possa caracterizar cumprimento imperfeito da obrigação e, conseqüentemente, responsabilidade civil contratual, o que importa agora é o incumprimento decorrente de defeitos e vícios da obra executada.

Esses defeitos podem ser visíveis, ou aparentes, isto é, constatáveis facilmente no exame que se deve proceder quando se recebe uma coisa, ou então, ocultos, imperceptíveis.

Se se tratar de defeito aparente, o dono da obra, ao recebê-la, deve apontá-lo incontinentemente, seja obra que se entrega em partes distintas, ou por medida, seja obra que se entrega num ato só. A existência do defeito justifica a

recusa do recebimento do credor e o autoriza a reter o pagamento do preço ajustado, por força da cláusula de exceção de contrato não cumprido, ínsita nos contratos bilaterais, conforme disposto no artigo 476 do Código Civil.

Ou, em vez de recusar o recebimento, poderá receber a prestação mediante abatimento proporcional ao defeito.

A prerrogativa é do credor, não do devedor.

Em princípio, não pode o empreiteiro forçar o dono da obra à aceitação mediante o desconto pertinente. No entanto, dados os princípios norteadores que presidem a execução dos contratos em geral, especialmente o da boa-fé objetiva, o da função social e o da razoabilidade, defeitos diminutos e insignificantes não podem servir de pretexto para a recusa, pois isso poderá caracterizar um arrependimento de uma das partes contratantes em prejuízo da outra.

Caso o dono da obra encomendada receba-a e efetue o pagamento, presumir-se-á que se conformou com o defeito aparente ostentado, se deixar escoar o prazo decadencial de trinta dias contados do recebimento, segundo o disposto no parágrafo 2º do citado artigo 614.

Esta orientação deve ser observada mesmo que não se trate de obra executável em partes distintas, apesar de o preceito ter sido enunciado em parágrafo de artigo que estabelece aquele pressuposto.

Assim, os defeitos mais simples, de menor importância, que não importam segurança e solidez da obra, sendo aparentes, autorizam a sua recusa e expõem o empreiteiro a danos que venham a ser experimentados pelo dono dela.

Diferenciar defeitos desse jaez é questão de fato, que há de ser apreciado conforme as circunstâncias, devendo-se lembrar que um defeito assim caracterizado pode, indiretamente, acarretar males maiores, vulnerando, às vezes, a própria solidez e segurança.

A propósito, vem-se observando na jurisprudência pátria uma tendência no sentido de dar maior elasticidade ao conceito de *solidez e segurança* referido no artigo 618 do Código Civil.

Confira-se, por exemplo, ementa do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 46.568-SP, de relatoria de Carlos Alberto Menezes Direito, nos seguintes termos: “A expressão ‘solidez e

segurança' utilizada no art. 1245 do Código Civil não deve ser interpretada restritivamente; os defeitos que impedem a boa habitabilidade do prédio, tais como infiltrações de água e vazamentos, também estão por ela abrangidos". Na mesma senda: "a solidez e a segurança a que se refere o art. 1.245 do Código Civil não retratam simplesmente o perigo de desmoronamento do prédio, respondendo, também, a construtora, por defeitos que possam comprometer, futuramente, o empreendimento, tais como rachaduras e infiltrações. Precedentes" (STJ, AgRg no REsp. 399.701 – PR, Min. Humberto Gomes de Barros, j. 12.4.2005). No item seguinte conferir-se-á maior destaque a essa questão.

Se ao invés de defeito aparente, tratar-se de defeito oculto, o regime é o estabelecido para os vícios redibitórios, disciplinados nos artigos 441 a 446 do Código Civil.

Vício redibitório é o vício oculto que torna a coisa imprópria ao uso a que se destina ou que lhe diminui o valor. Tem lugar apenas no âmbito dos negócios onerosos, como é o caso da empreitada.

Oculto é o defeito que se não pode perceber numa análise que o homem médio faz acerca de uma coisa que recebe por força do cumprimento de uma obrigação de dar. Aquele que encomenda a construção de uma obra, simples ou complexa, não precisa ser um *expert* no ramo da construção civil para poder alegar como sendo vício redibitório o vício que ele não pode perceber, a despeito de seus predicados especiais. Se puder ser considerado oculto para um homem médio, para ele também será. E se for oculto para ele, dotado do conhecimento específico, por maior razão será para quem não goza daquelas qualidades.

Ou seja, o que deve ser levado em conta é a apreciação objetiva, não subjetiva do defeito. Ser oculto ou ser aparente o defeito --- o que faz diferença ---, remete à análise do vício *de per se*.

Caracterizado como oculto o defeito, passo seguinte é saber se ele acarreta diminuição do valor da coisa ou se a torna imprópria ao uso a que é destinada. Em princípio, pode-se dizer que qualquer defeito induz a uma *minus valia*. Por isso que se considera defeito. Defeito é imperfeição, é falta, é deformidade. Para o defeito ser, no entanto, considerado um vício redibitório, capaz de produzir os efeitos que a lei estabelece, é preciso que esses efeitos

efetivamente ocorram. Isso porque há imperfeições que podem não acarretar, nestes termos, uma desvalia. Tampouco causar uma impropriedade de uso. Foi por isso que a lei remarcou: *defeito que diminui o valor ou que torne a coisa imprópria*. Essa impropriedade, a sua vez, deve ser analisada em função do uso a que a coisa objetivamente é destinada. Não ao uso que o dono dela lhe queira atribuir.

Tudo isso, evidentemente, deve ser decidido com senso de razoabilidade, não se deslembrando que a lealdade entre as partes deve estar sempre presente.

No caso de o defeito ser oculto, também constitui prerrogativa do credor (dono da obra) a aceitação da obra ou o abatimento proporcional do preço.

Tal como ocorre no caso de o defeito ser aparente.

É o que decorre do estatuído no artigo 442 do Código Civil, *in verbis*: “Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço”.

Redibir quer dizer desconstituir. Assim, o dono da obra a quem se pretende entregar obra civil com defeito oculto, poderá descoberto o vício, desfazer o contrato, voltando as partes à situação anterior, reparando-se eventuais danos daí decorrentes imputáveis a quem lhes deu causa.

No lugar, porém, de precipitar essa solução, poderá aceitar a coisa com abatimento. Aliás, essa é a opção mais consentânea com os princípios do direito atual. Sempre que possível, deve-se preferir a solução que menos prejuízos acarreta às partes envolvidas, porque toda vez que alguém sofre danos, toda a sociedade, indiretamente, padece daquele efeito, embora pulverizado. Assim, parece que numa apreciação menos refletida, a lei confere ao credor a prerrogativa da escolha: rejeição ou abatimento. Mas situações há que, admitir cegamente essa orientação, sem maiores e mais aprofundadas reflexões, é dar azo a eventual enriquecimento sem causa. As circunstâncias haverão de nortear a mais justa solução.

Embora não haja no Código Civil, no Capítulo destinado ao vício redibitório, a possibilidade de correção do defeito, parece que nem por isso se deve desconsiderá-la.

Mesmo porque se trata de uma espécie de emenda da mora, que tem previsão no artigo 401, inciso I do Código Civil: “Purga-se a mora: I – por parte

do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta”.

Consertar, ou *reparar* o defeito, como se costuma dizer, é purgar a mora do empreiteiro. Aliás, na construção de obras civis os defeitos apresentados são facilmente corrigíveis. Logo, o mais razoável é que, apontado um defeito aparente, ou descoberto um defeito oculto, abra-se ao empreiteiro a oportunidade de correção. Se esse processo demandar tempo ou providências ao proprietário da obra que lhe acarretem danos, responsável por eles será o empreiteiro.

Portanto, antes de se cogitar de eventual devolução ou abatimento do preço, mais razoável será o reparo dos vícios, orientação que também é observada pela lei consumerista, quando a relação contratual a ela estiver sujeita.

Para que o dono da obra possa exercer os direitos decorrentes do aparecimento de um defeito oculto, impõe-se-lhe ainda a satisfação de pressupostos atinentes a prazos. Para denunciar o defeito e para propor a medida cabível.

Já se viu que se o vício for aparente, deverá o *accipiens* recusar o recebimento da obra e reter o pagamento. Não há prazo a ser observado. O defeito deverá ser apontado no ato mesmo da entrega o que justifica a retenção do pagamento do preço.

Caso este já tenha sido efetuado, no todo ou em parte, poderá o proprietário exigir a sua devolução, se o defeito não for prontamente reparado. O prazo para reclamar a devolução é o do artigo 206 do Código Civil.

Se o vício for oculto, é certo que ele não pode ser percebido pelo proprietário no ato de entrega e recebimento. Por isso mesmo é que é oculto. Quando se revelar, aí sim, deverá ser apontado. Ou seja, o proprietário da obra tem de denunciar a existência do vício ao empreiteiro, devendo fazê-lo no prazo de trinta dias seguintes ao seu descobrimento.

Trata-se de medida preliminar com vistas a justificar o ajuizamento da ação. Esta providência está anunciada no artigo 446 do Código Civil, nos seguintes termos: “Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao

alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência”.

O preceito antecedente, artigo 445, *caput* alude ao prazo para a propositura das ações redibitórias, a de redibição ou a estimatória. Diz o texto: “Art. 445, *caput* – O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade”.

O prazo, que é de natureza decadencial, e que tem como termo *a quo* a data da entrega efetiva da obra, é de um ano. Ou seja, o dono da obra, após recebê-la efetivamente, descobrindo o vício, tem trinta dias para denunciá-lo. Denunciada a existência do vício, abre-se ao empreiteiro a possibilidade de reparar o defeito (providência que deve sempre ser encarecida, para evitar soluções de maiores repercussões). Não o fazendo, o proprietário estará legitimado para a propositura de qualquer das duas ações, redibitória ou estimatória, o que deverá ocorrer no prazo de um ano, sob pena de decadência. Esse prazo, porém, somente terá início depois de esgotado o prazo de garantia eventualmente pactuado, consoante o mencionado artigo 446.

De conformidade com o que foi estatuído, cabe a indagação: a denúncia da existência do vício é de rigor para o fim de propor a ação redibitória ou estimatória? Parece que a resposta melhor seria a seguinte: sim, no caso de existência de cláusula de garantia, e não, na hipótese contrária. Quer dizer, o dono da obra deve denunciar para que a solução seja a menos onerosa possível a ambas as partes. Se deixar de tomar aquela providência, nem por isso será considerado carecedor das ações redibitórias, em cujo bojo poderá ser formulada a pretensão do reparo. A menos que ele queira valer-se do prazo de garantia ajustado, conforme a literalidade do texto legal.

O que se conclui, portanto, é que descoberto o defeito, o mais sensato é que o dono da obra acuse a sua existência para fins de correção. Restando infrutífera a providência, o caminho a seguir será o da ação judicial.

Essas observações todas são feitas tendo como pressuposto o fato de a situação concreta não estar sujeita à hipótese prevista no artigo 618 do Código Civil, tampouco às normas que regem as relações de consumo. Ou seja,

defeito que não implique risco de solidez e segurança da obra e relação que não seja de natureza consumerista.

5.3. Da responsabilidade civil do empreiteiro por defeitos que afetam a solidez e segurança da obra

O assunto objeto do presente item do estudo tem sede no artigo 618 e parágrafo único do Código Civil.

Antes de arrostar as dificuldades que esses preceitos suscitem, relativamente a natureza, a prazo, a finalidade e a início de sua contagem, cumpre analisar a questão voltada à espécie de responsabilidade civil a que está sujeito o empreiteiro por defeitos de solidez e segurança de obras de construção civil.

Já se afirmou mais de uma vez que a responsabilidade do empreiteiro perante o dono da obra é de natureza contratual. A propósito, não é demais lembrar a opinião de Aguiar Dias,¹¹⁰ para quem a responsabilidade do empreiteiro, em construções que envolvem a solidez e a segurança da obra, é indubitavelmente de natureza contratual, embora se trate de matéria de ordem pública. Em nota de rodapé nº 622, cita, em abono do que afirmou, a manifestação de alguns juristas franceses.

Decorre, portanto, de ilícito contratual, consistente na entrega de obra com defeitos que afetam a sua solidez e segurança.

A questão que se põe agora é a de saber se essa responsabilidade é objetiva ou subjetiva. Isto é, se tem na culpa o seu fundamento, ou se dela prescinde, porque o fato de ser contratual não induz à conclusão de que é desta ou daquela espécie.

Já se disse que a responsabilidade civil contratual pode ser subjetiva como pode também ser objetiva.

Nancy Andrichi, Sidnei Beneti e Vera Andrichi¹¹¹ afirmam, a respeito, que “como ocorre em qualquer relação contratual em que o devedor assume obrigação de resultado, a responsabilidade do empreiteiro, ao menos no sistema do CC/2002, fundamenta-se na *teoria da culpa presumida*, isto é, salvo

¹¹⁰ José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade...*cit., p. 385.

¹¹¹ Nancy Andrichi, Sidnei Beneti e Vera Andrichi, *Comentários...*, cit. p. 322.

prova em contrário, presume-se a sua culpa a partir da simples evidência do inadimplemento contratual”.

Nesse sentido vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, conforme se demonstra, a título de exemplo, com dois, dentre outros, julgados que aludem à responsabilidade presumida do empreiteiro em obras consideráveis¹¹².

Esta conclusão, porém, sem que se esteja emprestando a ela incondicional adesão, não se extrai do disposto no artigo 618 do Código Civil vigente. Tampouco do artigo 1.245 do diploma anterior, cuja redação não difere em sua substância da atual.

Não se pode deixar de lado que a regra geral, no âmbito das relações contratuais, é que não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora, consoante o preceito do artigo 396 do Código Civil. Assim, a responsabilidade contratual, quer na hipótese de inadimplemento absoluto, quer no caso de inadimplemento mora, quer no caso de violação dos chamados deveres anexos, pressupõe a culpa. Os casos de responsabilidade contratual objetiva estão expressamente previstos, como no contrato de transporte, nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, e noutros diplomas legais. Estas previsões, anote-se, têm sido feitas de modo a não ensejar dúvidas, porque enunciadas de modo claro e inequívoco.

No caso da empreitada não há dispositivo algum no capítulo dedicado àquela espécie de contrato que contemple a responsabilidade objetiva. Não há referência no sentido de que o empreiteiro, independentemente de culpa, responde pelos defeitos resultantes da solidez e da segurança da obra. Sendo assim, poder-se-ia afirmar que a responsabilidade é subjetiva, dado que inexistente referência dispondo de modo diverso. O fundamento, então, é a culpa admitida de forma presumida.

O mesmo se dá no direito português e italiano¹¹³. Em nenhum desses diplomas consta referência expressa prevendo a responsabilidade independente de culpa.

¹¹² STJ – Recurso Especial nº 1.290.383 – SE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; Recurso Especial nº 903.771 – SE, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

¹¹³ - Código Civil português – Art. 1255º - Sem prejuízo do disposto nos artigos 1219º e seguintes, se a empreitada tiver por objeto a construção, modificação ou reparação de edifícios ou outros imóveis destinados por sua natureza a longa duração e, no decurso de cinco anos a contar da entrega, ou no

Já o Código Civil argentino, cuja entrada em vigor está diferida para janeiro de 2.016, tem redação que parece conduzir ao entendimento de que a responsabilidade civil do empreiteiro em obras de grande duração é objetiva., Ao afirmar que ele somente se libera do dever de reparar o dano decorrente de ruína da obra ou de sua impropriedade ao uso a que se destina, se provar a incidência de uma causa alheia, não se considerando tal o vício do solo e dos materiais empregados¹¹⁴, parece ter acolhido, como fundamento, o risco e não a culpa.

Ou seja, no país vizinho, a responsabilidade do empreiteiro decorre da lei, exonerando-se dela apenas na hipótese de ocorrência de causa estranha à relação contratual, cabendo a ele a prova pertinente.

Na doutrina, há os que silenciam a respeito da natureza da responsabilidade civil do empreiteiro, como é o caso de Carlos Roberto Gonçalves¹¹⁵, Orlando Gomes¹¹⁶, Fabio Ulhoa Coelho¹¹⁷, Sílvio de Salvo Venosa¹¹⁸; há os que afirmam tratar-se de responsabilidade que se fundamenta na teoria da culpa presumida, como fazem Nancy de Fátima Andrighi, Sidnei Beneti e Vera Andrighi¹¹⁹, Sergio Cavalieri Filho¹²⁰; há os que afirmam que a responsabilidade independe de culpa, como está em Caio Mário da Silva Pereira¹²¹, Maria Helena Diniz¹²².

decurso do prazo de garantia convencionado, a obra, por vício do solo ou da construção, modificação ou reparação, ou por erros na execução dos trabalhos, ruir total ou parcialmente, ou apresentar defeitos, o empreiteiro é responsável pelo prejuízo causado ao dono da obra ou a terceiro adquirente;

- Código Civil italiano – Art. 1669 – Quando se trata de edifício ou de outras coisas imóveis destinadas por sua natureza a longa duração, se, no curso de dez da entrega, a obra, por vício do solo ou por defeito da construção, ruir no todo ou em parte, ou apresentar graves defeitos, o empreiteiro é responsável junto ao comitente pela sua causa, desde que seja feita a denúncia em um ano do descobrimento. O direito do comitente prescreve em um ano da denúncia.

¹¹⁴ Código Civil argentino, artigo 1273. Obra em ruína o impropia para su destino. El constructor de una obra realizada en inmueble destinada por su naturaleza a tener larga duración responde al comitente y al adquirente de La obra por los daño que comprometen su solidez y por los que La hacen impropia para su destino. El constructor solo se libera si prueba La incidencia de una causa ajena. No es causa ajena el vicio Del suelo, aunque el terreno pertenezca al comitente o a um tercero, ni el vicio de los materiales, aunque no Sean provistos por el contratista.

¹¹⁵ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil...* cit, vol. 3, p. 374 e seguintes

¹¹⁶ Orlando Gomes, *Contratos...*, cit., p. 368.

¹¹⁷ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito civil - contratos*, São Paulo, Saraiva, 2.010, p. 301.

¹¹⁸ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil contratos em espécie*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 227.

¹¹⁹ Nancy Andrighi, Sidnei Beneti e Vera Andrighi, *Comentários* ..., cit., p.322.

¹²⁰ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, São Paulo, Atlas, 2007, p. 336.

¹²¹ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições* ..., cit. p. 323.

¹²² Maria Helena Diniz, *Curso...* vol. 7..... cit., p. 361.

Dessas breves referências, percebe-se que não há unanimidade de entendimento acerca da natureza da responsabilidade civil do empreiteiro, por danos decorrentes de defeitos de solidez e segurança em obras consideráveis.

Essa diversidade de opiniões não decorre dos termos empregados pelo artigo 618 do Código vigente. Antes do atual Código, o artigo 1.245 do diploma anterior também ensejava o mesmo tipo de dificuldade.

Miguel Maria de Serpa Lopes¹²³, examinando a responsabilidade no contrato de empreitada, quando vigia o Código de 1916, deixou assentado que “grande é o dissídio, tanto doutrinário como jurisprudencial, em torno da natureza jurídica da responsabilidade civil do empreiteiro”. Referiu-se a alguns doutrinadores que diziam tratar-se de uma responsabilidade comum a do empreiteiro, a outros para os quais a responsabilidade era objetiva, ou de uma presunção absoluta de culpa e a outros de uma culpa *in re ipsa*. Alude à opinião de Aguiar Dias, um dos profundos pesquisadores do tema da responsabilidade civil, observando que, para ele, a responsabilidade civil do empreiteiro, decorrente dos termos do artigo 1245, era de culpa presumida, que perdurava durante o lapso de cinco anos, opinião que era por ele partilhada, consoante os seguintes termos: “Também estamos de acordo em que o art. 1.245 estabelece uma presunção de culpa, devolvendo ao empreiteiro o ônus da prova em contrário, isto é, pode ele provar, como já se disse, que o evento danoso decorreu de caso fortuito ou de fato de terceiro, excludentes de sua responsabilidade, pois não se cogita de um risco objetivo, risco criado”.

Esse é o ponto de vista que parece o mais acertado. O fato de a obrigação do empreiteiro ser obrigação de resultado, por si só, não quer dizer que a responsabilidade seja objetiva. Também não é o caso de invocar a teoria do risco, seja o risco proveito, seja o risco criado.

Em relação a terceiros, sim, como se verá adiante, a responsabilidade é objetiva, mas o fundamento não é o artigo 618, e sim o artigo 927, § único.

Na relação empreiteiro e proprietário da obra a responsabilidade é subjetiva, com culpa presumida, podendo ser elidida mediante prova de ocorrência de alguma das excludentes.

¹²³ Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso cit.* p. 176.

5.3.1 Da construção civil e dos diplomas legais pertinentes.

O contrato de empreitada de construção civil, com certeza o tipo de empreitada que mais interessa, porque as questões que surgem ordinariamente ocorrem nessa área, rege-se pelo disposto no artigo 618 do Código Civil. Mas não só.

Além das referências feitas no início (Capítulo I, Item1), não pode ser deslembrada, para apreciação dessa espécie de empreitada, a Lei Federal nº 6.496, de 7.12.1977, que institui a “Anotação de Responsabilidade Técnica – ART”, na prestação de serviços de engenharia, de arquitetura e agronomia, dentre outras disposições.

O propósito do presente estudo não é o de escandir as dificuldades que o exercício dessas atividades sugere, mas apenas o de contribuir para as reflexões que a norma básica, ou seja, os textos encartados no Código Civil, suscitam. O recurso à legislação extravagante, útil sem dúvida na apreciação de casos pontuais, servirá de eventual subsídio para a fundamentação das conclusões sobre a natureza jurídica da responsabilidade civil do empreiteiro em obras de construção civil.

Dentre as disposições legais que estão enfeixadas no capítulo referente à empreitada, o artigo 618 é, com certeza, o que mais interesse desperta. Ele corresponde ao artigo 1.245 do Código anterior.

Tal como o seu antecessor, sugere reflexões que conduzem a resultados diversos.

Observe-se, de início, que na confrontação entre os dois dispositivos, o atual e o anterior, podem notar-se três pontos importantes, sobre os quais serão feitas, mais adiante, as devidas observações: o primeiro refere-se à omissão de uma excludente da responsabilidade, alusiva à prevenção do solo inadequado; o segundo ponto é o que diz respeito à irredutibilidade do prazo de cinco anos mencionado; e o terceiro é o que toca ao acrescentamento de regra respeitante ao tempo em que a pretensão deve ser formulada.

Afora esses três aspectos, o que há é uma perfeita correspondência entre os dois mencionados dispositivos legais.

5.3.2. Da empreitada e da construção

Antes de examinar essas diferenças, parece importante destacar a natureza jurídica do negócio em exame.

O negócio disciplinado é o de empreitada e o texto em exame estabelece a responsabilidade civil do empreiteiro pela obra encomendada, mais precisamente pela sua solidez e pela sua segurança.

Tem o texto a seguinte redação: “Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo”.

Ele é complementado pelo seu parágrafo único, que estatui: “Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito”.

O negócio jurídico, insista-se, é o de empreitada, porque é de empreitada que o Capítulo do Código Civil trata. Porém, não de qualquer espécie de empreitada. Mas de uma empreitada de construção civil de obra. Formula-se, então, a indagação: empreitada difere de construção? empreitada abrange construção, ou é construção que compreende empreitada?

O contrato de construção não foi tipificado pelo Código. Não está referido dentre os contratos em espécie.

No entanto, ninguém pode ser impedido de concebê-lo de conformidade com o exercício da autonomia privada, e segundo as conveniências próprias. O que, aliás, está expressamente autorizado pelo artigo 425 do Código Civil, segundo o qual, é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

O contrato de construção, repita-se, não foi tipificado no Código Civil ao lado dos outros tantos ali estruturados, embora se trate de contrato freqüente, de intenso uso na prática, esteio de um dos segmentos mais importantes da economia.

À míngua de disposições legais próprias e específicas, a construção tem sido apreciada pela doutrina em dupla modalidade, empreitada e administração. Por isso, o contrato de construção rege-se pelo Código Civil, além de outras normas específicas, notadamente as previstas na Lei 4.591, de 16.12.1964, que disciplina o condomínio em edificações e as incorporações

imobiliárias e na Lei 6.496, de 7.12.77, que instituiu a Anotação de Responsabilidade Técnica na prestação de serviços de engenharia, de arquitetura e agronomia. .

Segundo essa apreciação, o contrato de empreitada é uma espécie do contrato de construção. Constrói-se por empreitada, como é comum dizer.

O intuito do trabalho não é o estudo do contrato de construção, mas o de empreitada. No entanto, o artigo 618 do Código Civil dispõe sobre a empreitada de construção de *edifícios ou outras construções consideráveis*. Portanto, construção civil.

Logo, fazem sentido algumas conjecturas sobre tal modalidade, com vistas ao preciso alcance do preceito em análise.

5.3.3. Do contrato de construção civil

Hely Lopes Meirelles¹²⁴ deixa assentado o conceito de construção, observando que se trata de “todo ajuste para execução de obra certa e determinada, sob direção e responsabilidade do construtor, pessoa física ou jurídica legalmente habilitada a construir, que se incumbe, com autonomia, dos trabalhos especificados no projeto, mediante as condições avençadas com o proprietário ou comitente”.

Dos termos da definição, percebe-se com facilidade o objeto do contrato: tal como se costuma definir a empreitada, o objeto da construção consiste também numa obrigação de fazer. No caso, *o fazer* consiste numa obra civil. As características da construção são, em geral, as mesmas da empreitada, com o destaque para a pessoa do construtor que necessariamente deve ser uma empresa, sociedade empresária ou empresário individual, legalmente habilitada e autorizada a construir, devendo observar-se que há diversas normas administrativas que impõem requisitos formais aos contratos de construção, que figuram no Código Sanitário, Código de Obras, legislação urbanística, e outras normas. O construtor, segundo dispõem as leis reguladoras da profissão do engenheiro, do arquiteto e do agrônomo, Leis 5.194/1966 e 12.378/2011, só poderá ser um destes profissionais, habilitado e

¹²⁴ Hely Lopes Meirelles, *Direito de...*cit. p.216.

registrado como firma individual ou sociedade construtora regularmente inscrita no CREA.

Contrato de construção firmado com pessoa física não habilitada a construir ou com pessoa jurídica não registrada no CREA é nulo de pleno direito, exceto casos de obras de pequena expressão, diminutas ou isoladas, a juízo dos CREA.

Como se afirmou antes, a construção pode ser por empreitada e por administração. São as duas modalidades de construção. A primeira espécie caracteriza-se pela autonomia do construtor na condução dos trabalhos. Na construção por administração, o construtor fica na dependência das deliberações do dono da obra, que custeia e suporta os encargos financeiros da construção.

O artigo 618 do Código Civil cogita a construção por empreitada, na modalidade mista, em que o empreiteiro se obriga também pelo fornecimento dos materiais.

O texto refere-se a empreitada de *edifícios e construções consideráveis*. Faz supor obras da indústria da construção civil, mas obras de vulto.

O conceito não é preciso, mas o senso de razoabilidade indica os casos que se sujeitam àqueles efeitos. Costuma-se até exemplificar com construção de viadutos, pontes, estradas, túneis. No entanto, seu alcance é bem maior.

5.3.4. Das Construções consideráveis

A lei brasileira valeu-se dos termos *edifícios e outras construções*. Considerou, pois, que um edifício é uma construção, mas não a única. Um edifício, que na linguagem comum identifica-se como um prédio, pode ser grande ou não. A rigor, porém, um edifício não precisa ser um prédio. Uma casa é um edifício, porque resultado da ação de *edificar*. É uma espécie de construção.

Os dicionaristas indicam diversos significados do vocábulo *edifício*: obra arquitetônica de certa importância, destinada a abrigar vários tipos de atividades, casa, prédio, imóvel, qualquer obra executada com arte. E *construção* tem o significado de um conjunto de atividades necessárias para se construir algo. Os dois substantivos são qualificados pelo adjetivo *consideráveis* e dão a idéia de que não basta tratar-se de obra da indústria da

construção civil. É preciso que ela tenha o porte suficiente para justificar as referências feitas adiante, de *solidez e segurança*.

Na legislação estrangeira, o termo que em algumas aparece é *imóveis destinados a longa duração* (Código Civil Português, artigo 1225º), *inmueble destinada por su naturaleza a tener larga duración* (Código Civil Argentino, artigo 1273), *lunga durata* (Código Civil Italiano, artigo 1669), o que traduz também a mesma idéia que o legislador brasileiro procurou externar.

Imóvel de longa duração é coisa de existência perene, não de coisa feita com o propósito de desaparecer uma vez cumprida certa e determinada função. É coisa permanente, que não se confunde com coisa perpétua, mas que se contrapõe a coisa provisória.

Feitas essas observações acerca da natureza do contrato de construção civil em relação ao contrato de empreitada, e o seu objeto, que alude a construções consideráveis, retomam-se as considerações sobre o primeiro ponto referido, o de solidez e segurança da obra.

5.3.5. Da solidez e segurança da obra

Como foi expresso no artigo 618, não é qualquer defeito em qualquer obra que enseja a responsabilidade civil do empreiteiro nos termos ali indicados. É preciso que se trate de obra tal que justifique a preocupação com a sua solidez e a sua segurança, atributos esses que têm abrangência maior do que a sua intelecção sugere, albergando outros como a salubridade, as condições de habitabilidade e quaisquer outras que tornem a coisa imprestável à sua utilização segura. Em outras palavras: os termos *solidez e segurança* dão a impressão estreita de que a preocupação única foi com a eventual ruína da obra.

Silvio Rodrigues¹²⁵, invocando as lições de Clóvis Bevilacqua, bem como o disposto no artigo 1.792 do Código Civil francês, é de opinião que o artigo 618 do Código Civil destina-se exclusivamente a casos de ruína, de desabamento da obra. Robustece seu ponto de vista citando acórdão proferido

¹²⁵ Silvio Rodrigues, *Direito civil, volume 3*. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 252.

Observação – Houve um equívoco do autor ao mencionar os dispositivos legais. No Código italiano, o texto a que ele quis fazer alusão é o artigo 1669 e não 1639, enquanto que no Código português, é o artigo 1225 e não 122, § 5º.

pelo Supremo Tribunal Federal, publicado na RTJ, 99/222¹²⁶, afirmando ainda que as alterações levadas a efeito pelo direito italiano (artigo 1639) e português (art. 122, § 5º) não foram acolhidas pelo direito brasileiro, pois o artigo 618 do atual Código mantém a redação do artigo 1.245 do anterior.

Essa orientação, no entanto, não vem sendo perfilhada nos estudos e julgados mais recentes. O que se tem afirmado é que a dicção da lei brasileira permite o entendimento de que os termos empregados, *solidez e segurança*, não estejam exclusivamente vinculados a ruína ou desabamento da obra, como está em outras legislações.

Autores como Carlos Roberto Gonçalves¹²⁷, Fátima Nancy Andrigui, Sidnei Beneti e Vera Andrigui¹²⁸, dentre outros, põem em destaque a maior abrangência da locução solidez e segurança.

Na jurisprudência, igualmente, vem-se apontando orientação que não se restringe à literalidade da lei, como se pode comprovar com julgado antes mesmo da vigência da atual lei, proferido no ano de 1999, no Recurso Especial nº 46.568, de que foi relator Carlos Alberto Menezes Direito, onde se lê: “A expressão ‘solidez e segurança’ utilizada no art. 1245 do Código Civil não deve ser interpretada restritivamente; os defeitos que impedem a boa habitabilidade do prédio, tais como infiltrações de água e vazamentos, também estão por ela abrangidos. Recurso especial não conhecido”. Na mesma senda: “a solidez e a segurança a que se refere o art. 1245 do Código Civil não retratam simplesmente o perigo de desmoronamento do prédio, respondendo, também, a construtora por defeitos que possam comprometer, futuramente, o empreendimento, tais como rachaduras e infiltrações. Precedentes” (STJ, AgRg no Resp. 399.701 – PR, Min. Humberto Gomes de Barros, j. 12 de abril de 2005).

Se na vigência do Código revogado a interpretação doutrinária e jurisprudencial já era essa, por maiores razões é essa a interpretação que se

¹²⁶ RTJ, 99/222 – “*Construção civil. Empreitada. Defeitos da obra. Observância do projeto. Art. 1245 do CC. Imperfeições da obra que não sejam pertinentes à solidez e segurança da obra não estão sob a disciplina do art. 1245 do CC, que é excepcional. Os demais defeitos se regem pelos princípios da responsabilidade, não se devendo carregar ao empreiteiro os que se devem a especificações do projeto a cargo de outrem, de escolha do dono da obra*”

¹²⁷ Carlos Roberto Gonçalves, *Contratos*, vol. 3cit., p. 378.

¹²⁸ Nancy Andrigui, Sidnei Beneti e Vera Andrigui, *Comentários*..... cit. p. 314.

impõe sob a égide do atual Código Civil, especialmente em função dos princípios constitucionais de que se acha impregnado.

No direito pátrio, o critério é o de o edifício ou a construção serem consideráveis. Logo, se não forem consideráveis, torna-se inaplicável a regra do artigo 618.

No exame do caso concreto, é preciso, pois, definir o que é e o que não é *considerável*, mister que reclama o senso da razoabilidade.

No direito estrangeiro, o que deve constituir pressuposto da responsabilidade do empreiteiro é ser a obra, ou não ser, de longa duração. Se não for de longa duração, não há responsabilidade.

O critério também não é perfeito, pois às vezes há determinadas obras provisórias, embora vultosas, que devem ser feitas com o propósito de prepararem outra, de caráter definitivo. Apesar de a primeira ter sido feita para depois ser desfeita, parece que a responsabilidade do executor está presente numa e noutra.

A responsabilidade civil do empreiteiro, nesses casos, abrange os danos resultantes em razão dos materiais empregados e do solo a que a obra acede. Quer dizer, não constitui escusa para o empreiteiro a alegação de que o prejuízo decorreu do material empregado, e não da obra que ele entregou. Tampouco o isenta a demonstração de que o dano adveio das condições geológicas do solo em que foi implantada a obra. Ele responde num caso e noutro.

Como se disse, a hipótese mencionada foi a de empreitada mista. Mas outra não pode ser a solução mesmo que se trate de empreitada só de labor. Quer-se afirmar: mesmo que os materiais sejam fornecidos por quem encomendou a obra, se o dano sobrevier por causa da má qualidade dos materiais, ainda assim a responsabilidade é do empreiteiro.

Esse entendimento parece afrontar a literalidade do dispositivo, pois que alude a uma das espécies de empreitada, a empreitada mista. No entanto, assim deve ser, é o que parece mais razoável, em função de princípios que presidem as regras ordinárias, notadamente o da boa-fé objetiva. Se o empreiteiro executa a obra com materiais fornecidos pelo comitente, sabendo como deve saber, já que a atividade requer capacitação para isso, e é ele e só ele que deve ter o preciso discernimento de utilizá-los. Caracterizar-se-á

conduta de má fé se empregar materiais inadequados, além de faltar ao dever de colaboração.

A abrangência da responsabilidade é maior do que a que resulta da literalidade da disposição regente.

Seja mista seja simplesmente de labor a empreitada, os danos atinentes à segurança e à solidez da obra devem ser suportados pelo empreiteiro.

Seja mais uma vez afirmado que o defeito pelo qual responde o empreiteiro, nos termos do artigo 618, é o que afeta a solidez e a segurança da obra. Não qualquer defeito. Defeito que não afeta solidez e a segurança, aparente ou oculto, está contemplado por outras provisões legais, como visto acima, não pelo artigo 618 do Código Civil.

O significado com que o termo *solidez* foi empregado no artigo 618 corresponde à característica do que é firme, resistente, durável. A firmeza, resistência e durabilidade ordinárias, porém.

Desarrazoada é a pretensão de querer responsabilizar o empreiteiro de obra que não resistiu a um fenômeno natural incomum, como um abalo sísmico, um terremoto, ou qualquer outra convulsão de grandes proporções da crosta terrestre. No entanto, ligeiros movimentos, acomodações do solo que são freqüentes não podem abalar a estrutura da obra ou causar nela trincas, rachaduras e outros danos. O empreiteiro deve considerar a qualidade do solo, bem como todas as condições que são recomendadas pela engenharia civil, conforme o volume da obra, sua localização e demais fatores que podem interferir com a sua resistência e firmeza.

O termo *segurança*, por sua vez, quer dizer qualidade ou condição de uma coisa que está livre de perigos, de incertezas, de riscos eventuais.

A rigor, o artigo 618 do Código Civil, ao usar reunidos os termos *solidez* e *segurança* não quis se reportar a dois requisitos diversos. Foram empregados como reforço um do outro. O que é sólido é seguro. Ao contrário, o que não é sólido não é seguro. A obra executada e entregue pelo empreiteiro a quem a encomendou deve revestir a solidez necessária para lhe garantir a segurança devida, em face dos acontecimentos normais e ordinários da vida.

5.3.6. Da confrontação entre o artigo 618 do Código vigente e o artigo 1245 do Código revogado.

Estabelecendo-se uma confrontação entre o artigo 618 do atual Código e o 1245 do anterior, observam-se, como afirmado antes, três diferenças importantes. Diferenças que não são apenas de forma, mas de conteúdo.

5.3.6.1. Da adequação do solo

A primeira delas diz respeito à adequação do solo sobre o qual é edificada a construção.

No revogado artigo 1245, havia uma ressalva que não foi reproduzida no atual. Dizia aquele dispositivo que o empreiteiro poderia isentar-se de responsabilidade caso tivesse alertado o dono da obra acerca da sua inadequação para a obra encomendada. O atual diploma omite a excludente. Assim, impõe-se a inferência de que o empreiteiro será responsável tenha ou não feito a advertência, dado o fato de ser ele, e não o dono da obra, o técnico e especialista na arte de construir.

Correto, pois, e saudável, o banimento da ressalva.

Pela mesma razão exposta no parágrafo anterior, determina o princípio da boa-fé objetiva que o empreiteiro se abstenha de executar a obra em solo inadequado. Não basta alertar o proprietário. Considerando que hoje em dia existe tecnologia avançada o suficiente para superar quaisquer obstáculos que se antepõem, o procedimento que o empreiteiro deve adotar é o de expor a necessidade de providências preparatórias e indispensáveis para atender aos requisitos de solidez e segurança. Se não o fizer, será responsável pelos danos, sejam os que têm causa na inadequação do solo, sejam os causados pela falta de qualidade do material utilizado, responsabilidade que ocorre tanto na empreitada mista, quanto na simplesmente de labor.

É importante observar, por oportuno, que essa responsabilidade decorre do próprio artigo 618, embora ela se enquadre no campo da responsabilidade contratual.

Em razão do binômio *solidez e segurança*, “a jurisprudência tem interpretado como caso de verdadeira responsabilidade objetiva do empreiteiro em empreitada mista, porém, notas importantes apontam a possibilidade dessa imposição ser flexibilizada quando coexistirem, na mesma edificação, participações técnicas distintas”.¹²⁹

¹²⁹ STJ -Recurso Especial nº 650.603 – MG (2004/0031305-7), Rel. Ministra Nancy Andrigui.

Há quem use o termo *responsabilidade presumida* para justificar.¹³⁰ Ou seja, o fato de o defeito afetar a solidez e a segurança é bastante para justificar que o empreiteiro responde independentemente de culpa.

5.3.6.2. Da irredutibilidade do prazo de cinco anos

A segunda diferença está na irredutibilidade do prazo de cinco anos durante o qual subsiste a responsabilidade do empreiteiro.

No diploma anterior, conquanto o prazo fosse o mesmo, não havia referência alguma acerca de sua irredutibilidade. No atual artigo 618, ela está determinada. Quer dizer, mesmo que as partes hajam ajustado prazo menor, a responsabilidade perdura pelo quinquênio, pois o texto é de ordem pública, é cogente. Visa precipuamente a resguardar o credor da relação contratual no que se refere à prestação consistente na entrega da obra executada. No caso, o credor é quem encomendou a obra, o proprietário. Em seu benefício é o prazo. Daí a irredutibilidade prescrita.

Isso, porém, não impede que as partes dilarguem-no, estabelecendo prazo maior, caso em que o prazo convencional prevalece sobre o prazo legal.

No direito português, o prazo é igualmente de cinco anos, com a diferença de que naquele estatuto não foi prescrita a irredutibilidade. É o que decorre do artigo 1225º. No direito italiano, o prazo é de um ano apenas, contado da data da descoberta do defeito, consoante artigo 1669, e no direito alemão há menção a prazos diversos, conforme a pretensão formulada pelo comitente (§ 634). O recente Código Civil argentino estabelece prazo de dez anos, também irredutível, consoante o disposto nos artigos 1275 e 1276.

5.3.6.3. Do prazo de cento e oitenta dias para a propositura da ação

A terceira diferença entre o texto atual e o antigo está no acrescentamento que a lei vigente fez do parágrafo único do artigo 618.

Foi prescrito um prazo de cento e oitenta dias durante o qual o dono da obra deve propor a ação para assegurar-se do direito conferido no *caput* do artigo 618.

Esta disposição, inexistente no diploma anterior, tem causado dificuldades para a percepção de seu verdadeiro significado e alcance, dificuldades que serão analisadas mais adiante.

¹³⁰ STJ- Recurso Especial nº 1.290.383 – SE (2011/0261336-3), Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

5.3.7. Do prazo de cinco anos do artigo 618, *caput* do Código Civil

Antes de empreender uma tentativa de convencimento, convém nesse passo assinalar que a preposição *durante* utilizada no *caput* do artigo 618 resulta de processo de conversão de adjetivo, como ensina Evanildo Bechara¹³¹, para quem, “tudo na língua é semântico, isto é, tudo tem um significado, que varia conforme o papel léxico ou puramente gramatical que as unidades lingüísticas desempenham nos grupos nominais unitários e nas orações”.

Durante, diz ele, exprime duração ou permanência de algo num tempo determinado. Assim, a responsabilidade do empreiteiro permanece pelo tempo de cinco anos. Somente após o decurso daquele tempo fica ele forro da responsabilidade que lhe cabe.

Essa era a provisão existente no direito anterior, com a diferença, como apontada, que agora está prescrita a irredutibilidade do prazo.

Essa irredutibilidade anunciada no texto vigente foi introduzida para afastar qualquer discussão que no passado existia.

Clóvis Bevilacqua¹³², em comentários ao artigo 1.245 do Código de 1916, na Nota 4, dizia que “os contratantes podem aumentar ou diminuir esse prazo, que não é de ordem pública”, citando em abono da tese, opiniões de Baudry, Aubry et Rau e Guillourard, além de acórdãos unânimes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

No mesmo sentido o parecer de Alfredo Bernardes da Silva¹³³, que recorrendo a doutrinadores franceses, que, em grande maioria, admitem a redução ou ampliação do prazo, concluiu: “Quer no direito anterior, quer no domínio do Cód. Civil, é perfeitamente lícita e obrigatória a cláusula em um contrato de empreitada em que se tiver fixado o prazo de um ano para a permanência da responsabilidade do construtor ou empreiteiro pela segurança e solidez do edifício construído e entregue ao seu proprietário”.

Em sentido contrário à possibilidade de redução do prazo de garantia, manifestaram outros monografistas da empreitada.

¹³¹ Evanildo Bechara, *Gramática escolar da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira Participações S/A, 2010, p. 290.

¹³² Clóvis Bevilacqua, *Comentários*cit. p.352.

¹³³ Alfredo Bernardes da Silva, *Parecer*, Revista Forense, vol. 45, p. 499.

Costa Sena¹³⁴, apreciando a norma contida no artigo 1245 do Código de 1916, deixou consignado: “É fácil compreender que a segurança e estabilidade dos edifícios é matéria de interesse geral. Como tal entra também nas normas de direito penal, pois constitui perigo potencial à incolumidade pública. Princípio absoluto, inalterável por arbítrio das partes, nulas são as cláusulas exonerativas de responsabilidade, porventura inseridas no contrato”.

E. V. de Miranda Carvalho¹³⁵, observando haver opiniões ilustres de conceituados juristas no sentido de que as partes podem reduzir ou aumentar o prazo do artigo 1245, escreveu: “preferimos, com a devida vênia, a opinião que somente permite o aumento convencional do prazo de cinco anos, pois admitir também o arbítrio das partes, na dispensa ou na diminuição de tal prazo, importaria numa burla flagrante ao art. 1245, que foi escrito no Código em atenção ao *bem da comunidade*, e, não, para degenerar em letra morta sob o influxo de interesses privados, não raro os mais subalternos”.

O atual Código dissipou qualquer divergência que ainda pudesse remanescer do passado. Declarou peremptoriamente a irredutibilidade do prazo, mas não proibiu a possibilidade de seu alargamento.

Quanto ao termo inicial do prazo, não o revelou a lei.

Nesse passo, é preciso distinguir. Se a obra for entregue depois de concluída, o prazo somente começa a fluir da entrega ou da consignação. Se os contratantes houverem convencionado a entrega por partes ou se, na falta de convenção, o caso for de obra de partes distintas, ou de obra que se determina por medida (artigo 614 do Código Civil), o prazo de cinco anos começa a correr, se o objeto da construção for divisível, da entrega de cada parte, distinta ou verificada por medida; se tal objeto for indivisível, o prazo contar-se-á da entrega da última parte da construção concluída.

Outro aspecto com relação ao termo *a quo* deve ser considerado, em face da legislação especial. É o da efetiva entrega da obra ao proprietário, desde que não esteja atrelado a providências de órgãos públicos encarregados da concessão de atestados de segurança ou de habitabilidade. A relação jurídica, que se firma entre empreiteiro e proprietário da obra, não pode

¹³⁴ Costa Sena, *Da empreitada*.....cit. cit. p. 78/79.

¹³⁵ E. V. de Miranda Carvalho, *Contrato de empreitada*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1953, 1ª edição, p.225.

desprezar essas interferências, pois enquanto não houver autorização para o uso da obra construída, não tem o dono da obra o direito de nela imitir-se e, conseqüentemente, de qualquer constatação de eventuais defeitos. Quer dizer: o prazo de cinco anos começa a fluir a partir da entrega da obra pelo empreiteiro, desde que dela possa o proprietário ter o uso e gozo.

No que diz respeito à natureza do prazo de cinco anos, também muito se discutiu. Especialmente na vigência do Código anterior. Para comprovar o dissenso doutrinário, é bastante invocar novamente E. V. de Miranda Carvalho¹³⁶, que fez exaustiva pesquisa na doutrina pátria e estrangeira, bem como nas decisões judiciais, voltadas à discussão sobre ser de prescrição ou de decadência o prazo de cinco anos previsto no artigo 1245. Citado monografista, alinhando as razões que o levaram à sua conclusão, assinalou: “Não tergiversamos em aderir à prescrição trintenária”.

A discussão parece ter perdido a importância que já despertou anteriormente. Isso porque o entendimento generalizado que se assentou, mesmo na vigência do Código anterior, consolidada no atual diploma, é de que o prazo irredutível de cinco não é nem de prescrição, nem de decadência.

Trata-se de prazo de garantia.

Dentre outros, assim entendem: José de Aguiar Dias, Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves, Arnaldo Rizzardo, Maria Lígia Coelho Mathias e Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, Alexandre Junqueira Gomide¹³⁷.

Maior ou menor, assim tem sido considerado o prazo, também nas legislações estrangeiras, durante o qual subsiste a responsabilidade do empreiteiro. No direito português, tal como no nosso, o prazo é de cinco anos, consoante o prescrito no artigo 1225º. No direito italiano (artigo 1.669 do Codici) e no recente Código Civil argentino (artigo 1275) o prazo é de dez anos.

¹³⁶ E. V. de Miranda Carvalho, *Contrato*..... cit. p. 268 a 273.

¹³⁷ Arnaldo Rizzardo, *Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009, 4ª edição, p. 535; José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade* cit. p. 391; Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil*, vol. 3.... cit. p. 377; Maria Helena Diniz, *Curso*.... vol. 7. cit. p. 362; Maria Ligia Coelho Mathias e Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, *Direito civil, contratos*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 143; Alexandre Junqueira Gomide, *Contrato de empreitada e inexecução: aspectos controvertidos envolvendo prazos de exercício de pretensões e direitos*, Revista do Instituto de Advogados de São Paulo, Editora IASP, ano 17, 34, dezembro/2014, p. 261..

A responsabilidade do empreiteiro capitulada no artigo 618 diz respeito a defeito de solidez e segurança, nos termos expostos. Outros defeitos, porém, podem sobrevir, e, ocorrendo, igualmente será responsabilizado o empreiteiro. Não com fundamento no artigo 618. São defeitos aparentes e defeitos ocultos que podem acarretar, não somente uma desvalia da obra entregue, mas até mesmo a sua inteira impropriedade.

Essa outra ordem de defeitos não está albergada pelo disposto no artigo 618, mas por outros preceitos, como examinado anteriormente, sob a epígrafe da responsabilidade civil do empreiteiro por defeitos que não afetam a segurança e solidez da obra. E, como corolário, não se aplica a essas situações o prazo de garantia de cinco anos.

5.3.8. Do prazo de cento e oitenta dias do parágrafo único do artigo 618 do Código Civil

O artigo 618 do Código Civil, em seu parágrafo único, contempla o prazo de cento e oitenta dias para o proprietário da obra agir. Isto é, para propor a ação contra o empreiteiro de obra com defeito que afeta a sua segurança e solidez.

Esse preceito, como foi observado, constitui sem dúvida a maior diferença do atual Código em relação ao anterior, no que diz respeito à empreitada.

O texto está vazado nos seguintes termos: “Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito”.

Numa análise simplista, e atento apenas à literalidade do texto, a conclusão que se impõe é a de que: a) a ação deverá ser *proposta* no prazo indicado; b) o exíguo prazo concedido é de natureza decadencial; c) o termo inicial de contagem do prazo é o dia do *aparecimento* do defeito; d) tem legitimidade ativa o dono da obra, enquanto que legitimidade passiva, o empreiteiro.

Em exame mais cuidadoso, porém, as proposições que o texto contém levam a conjecturas que não se satisfazem com o que parece ser cristalino e convincente. Ao contrário, geram perplexidade, notadamente no que diz

respeito à finalidade dele, dificuldade a que se reserva um item autônomo, apreciado adiante.

Quanto à natureza do prazo indicado, de cento e oitenta dias, não há dificuldade. Trata-se de prazo de decadência e não prazo de prescrição. Di-lo a não suscitar dúvida o próprio dispositivo legal. *Decai do direito* o dono da obra. Não diz *prescreve* sua pretensão. Noutras palavras, é prazo para o exercício do direito. E de direito potestativo. Logo, não se suspende nem se interrompe.

Embora prescrição e decadência sejam fatos relacionados com os mesmos fenômenos, isto é, efeito deletério do tempo, aliado à inércia do interessado, não se confundem.

Sendo assim, parece pertinente, nesse passo, fazer breves anotações sobre o tema, considerando que o atual Código Civil imprimiu modificações nessa área.

5.3.8.1. Breves observações acerca da prescrição e da decadência

No Código de 1916 não havia texto algum que tratasse do instituto da decadência.

No atual, ela mereceu um capítulo autônomo, compreendendo os artigos 207 a 211, logo depois do capítulo referente à prescrição que está disciplinada nos artigos 189 a 206.

José Carlos Moreira Alves¹³⁸, membro da Comissão Revisora do Código Civil, encarregado da Parte Geral, em sua Exposição de Motivos e Emendas Sugeridas à Parte Geral do Anteprojeto de Código Civil, deixou consignado, relativamente aos institutos da prescrição e da decadência, que a Parte Geral do Código Civil alude apenas aos prazos de prescrição, pois os de decadência foram colocados na Parte Especial.

É imperioso distinguir um instituto do outro, ainda que se faça de modo accidental e breve, pois segundo algumas disposições legais, as causas que obstam, suspendem e interrompem a prescrição, com exceção da referida no artigo 198, I, não se aplicam à decadência.

Além disso, quando a decadência for fixada em lei, sua renúncia é nula, devendo ser conhecida de ofício pelo juiz.

¹³⁸ José Carlos Moreira Alves, *A parte geral do projeto de código civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2003. p. 86.

Orlando Gomes¹³⁹, ao examinar os critérios distintivos entre prescrição e decadência, lembra a freqüente referência que se faz a respeito, segundo a qual a prescrição ataca a ação e não o direito, que só se extingue por via de consequência, enquanto a decadência atinge diretamente o próprio direito. Diz ele: “A diferença dos *efeitos* ajuda a compreendê-la, mas, em si, não proporciona critério para a qualificação e é tal critério o que se busca definir”.

A distinção não é simples, obtempera Yussef Said Cahali¹⁴⁰, invocando as advertências feitas por Câmara Leal que dizia que é de decadência o prazo estabelecido por lei ou pela vontade unilateral ou bilateral das partes envolvidas, quando fixado para o exercício do direito pelo titular, e de prescrição quando fixado, não para o exercício do direito, mas para o exercício da ação que o protege, critério prestigiado em linhas gerais pela autoridade de Orlando Gomes¹⁴¹.

Considerando empírico o critério e carecedor de base científica para identificar as situações em que o direito nasce, ou não, concomitantemente com a ação, Agnelo Amorim Filho¹⁴² propõe uma distinção científica com base na classificação dos direitos subjetivos, concluindo, em resumo, que: a) estão sujeitas a prescrição todas as ações condenatórias e somente elas; b) estão sujeitas a decadência (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito a que correspondem), as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei; c) são perpétuas (imprescritíveis) as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei e todas as ações declaratórias.

A técnica adotada pelo atual Código Civil, como observado por José Carlos Moreira Alves¹⁴³, inspirou-se no direito italiano, cujo *Codici Civile*, no artigo 2.934 dispõe: “(Estinzione dei diritti) – Ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge”. Em tradução livre: “cada direito extingue-se por prescrição, quando o titular não o exercita pelo tempo determinado em lei”. E no artigo 2.964: “(Inapplicabilità di regole della prescrizione) – Quando un diritto deve esercitarsi

¹³⁹ Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 14ª edição, 1999, p. 505.

¹⁴⁰ Yussef Said Cahali, *Prescrição e decadência*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, p.25.

¹⁴¹ Orlando Gomes, *Introdução*..... cit. p. 496.

¹⁴² Agnelo Amorim Filho, *Critério Científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*, RT 300/7-37.

¹⁴³ José Carlos Moreira Alves, *A parte geral*... cit. p. 86.

entro um dato termine sotto pena di decadenza, non si applicano le norme relativa all'interruzione della prescrizione. Del pari non si applicano le norme che si riferiscono alla sospensione, salvo che sia disposto altrimenti". Em tradução livre: "Quando um direito deve exercitar-se dentro de um dado prazo sob pena de decadência, não se aplicam as normas que se referem à suspensão, exceto se disposto de outra maneira".

O Código de 2002 disciplinou, assim, os dois institutos: de um lado, a prescrição; de outro, a decadência; distinguiu a decadência convencional da legal; admitiu a renúncia à decadência convencional, não, porém, à decadência legal. Estabeleceu que todos os prazos de prescrição são aqueles que se encontram no capítulo concernente à prescrição, e todos os demais, quer na Parte Geral, quer na Parte Especial, e que não nesse Capítulo, são prazos de decadência, alguns dos quais assim denominados, outros, com a expressão simplesmente de prazos, o que afastaria dificuldades interpretativas.

O prazo do artigo 618, parágrafo único é de decadência. De decadência legal.

A dicção do texto não dá azo a dúvidas, vez que usa a locução *decairá do direito*. Além do termo utilizado, esse entendimento também tem amparo na orientação adotada pelo atual Código Civil, segundo a qual os prazos de prescrição são os indicados nos artigos 205 e 206 e os demais prazos, quer os da Parte Geral, quer os da Parte Especial consideram-se prazos de decadência.

Como se não bastasse, o direito de que é titular o dono da obra, decorrente da responsabilidade legal imposta ao empreiteiro pelo defeito de solidez e segurança é um direito potestativo, consistente no poder que lhe é deferido de sujeitar, de influir o empreiteiro à sua vontade.

Em suma, quanto a ser de decadência, e não de prescrição o prazo, dúvida não há. Dentre outros, comungam desse entendimento Maria Helena Diniz e Carlos Roberto Gonçalves¹⁴⁴.

5.3.8.2. Do termo inicial do prazo de cento e oitenta dias

O termo *a quo* do prazo decadencial é o do *aparecimento* do defeito, como está escrito no preceito em exame. No entanto, pode não haver

¹⁴⁴ Maria Helena Diniz, *Curso de direito...vol.3*, cit., p. 335; Carlos Roberto Gonçalves, *Direito...*, vol. 3., São Paulo, Saraiva, p. 375.

coincidência entre o dia em que o defeito *aparece* e o dia em que dele toma conhecimento o interessado. O que na verdade importa é a ciência do vício, e não exatamente o dia em que ele surgiu. É certo que no mais das vezes, o proprietário toma conhecimento do vício quando ele aparece.

Mas a regra não é absoluta.

O defeito pode ter surgido em determinado dia e somente algum tempo depois o dono da obra tomou conhecimento de sua existência.

Assim, o que se deve ter como termo inicial do prazo estabelecido no artigo 618, parágrafo único, não é, a rigor, a data do *aparecimento* do defeito, mas a do conhecimento dele, interpretação que guarda coerência com o que é estabelecido para as ações edilícias. Note-se o que o Código Civil, artigo 445, § 1º, dispõe acerca do vício que, por sua natureza, só pode ser conhecido mais tarde. Ele diz que o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência o adquirente. Parece ser esse o melhor entendimento a respeito do termo inicial do prazo de decadência referido no artigo 618 § único.

Anote-se, contudo, que a simples alegação de que não tomou ciência do aparecimento do vício na aproveita ao proprietário. É preciso demonstrar que o seu conhecimento deu-se em momento diverso do recebimento da obra.

5.3.8.3. Da finalidade do prazo de cento e oitenta dias

A maior dificuldade, contudo, não reside na natureza do prazo em questão, se de decadência, ou de prescrição. Tampouco do seu termo inicial. Mas da sua finalidade mesma. Para que serve o prazo de cento e oitenta dias? Esta é a indagação cuja resposta enseja dificuldades.

Segundo Nelson Rosenvald¹⁴⁵, o prazo de cento e oitenta dias é para o dono da obra comunicar ao empreiteiro o vício apresentado que afeta a segurança e solidez da obra. Confirmam-se as explicações apresentadas em comentários ao artigo 618, na obra em co-autoria coordenada por Cezar Peluzo, em que aquele autor, observando que a inovação do parágrafo único revela a preocupação do legislador com a conduta do dono da obra perante o empreiteiro, deixa consignado: “Caso aquele descubra o vício redibitório dentro do lustrro legal, terá o direito potestativo de *denunciar* os vícios dentro do

¹⁴⁵ Nelson Rosenvald, *Código civil cit.* p. 577.

prazo de 180 dias a contar da descoberta”, sendo que o destaque foi acrescentado.

Segundo esse entendimento, tão logo descoberto o vício, e desde que isso ocorra no prazo de garantia dos cinco anos, deve o proprietário dar ciência dele ao empreiteiro, fazendo-o no período indicado, cujo termo inicial é o da sua descoberta. Quer dizer: se o dono da obra comunicou o defeito no prazo de cento e oitenta dias, contados do dia em que o descobriu, e desde que isso se tenha verificado no prazo de cinco anos, poderá responsabilizar o empreiteiro. Não poderá, ao contrário, se deixou passar *in albis* o prazo, sem denunciar o defeito, ainda que o quinquênio não se tenha esgotado. O mesmo se dá se descobrir o defeito após o prazo da garantia.

Esse ponto de vista faz supor que, transcorrido o prazo da garantia, não há lugar para se cogitar, sequer, do prazo de cento e oitenta dias. O que teria informado o legislador, segundo ele, é a concepção moderna da boa-fé objetiva, o espírito de cooperação que deve presidir as relações entre devedor e credor. Ou seja, cuida-se de um dever anexo do dono da obra de levar ao conhecimento do empreiteiro o aparecimento de um defeito que pode interferir na solidez ou na segurança da obra. Dever que há de ser cumprido no lapso temporal indicado, mas desde que não escoado o prazo de cinco anos indicado no *caput* do artigo 618.

Portanto, segundo esse ponto de vista, um prazo para o dono denunciar o defeito. Não um prazo para agir, a despeito da dicção do texto legal: “decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não *propuser a ação* contra o empreiteiro”. Mesmo porque na hipótese de o defeito ser descoberto no início do prazo de cinco anos, a medida judicial teria que ser precipitada tão logo, dentro do semestre seguinte, o que redundaria numa redução às vezes significativa do prazo de garantia, o que está vedado no *caput* do citado preceito.

Para Teresa Ancona Lopez¹⁴⁶, o prazo de 180 dias se refere apenas a pretensões constitutivas, positivas ou negativas. Ou seja, este prazo é para o proprietário da obra, uma vez constatado no quinquênio o defeito que afeta a solidez e segurança, pleitear a rescisão contratual ou o abatimento no preço.

¹⁴⁶ Teresa Ancona Lopez, *Comentários ao código civil – vol. 7*. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 299.

Nancy Andrighi, Sidnei Beneti e Vera Andrighi¹⁴⁷, observando que mesmo após a vigência do novo Código Civil, a Súmula 194 do STJ¹⁴⁸ continua a jogar luzes sobre a questão, afirmam: “Dessa forma, com a constatação do vício dentro do quinquênio legal, uma série de pretensões exsurgem para o comitente. Poderá ele redibir o contrato ou pleitear abatimento no preço, desde que o faça no prazo decadencial de 180 dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito. Se optar, no entanto, por pleitear ressarcimento pelas perdas e danos, deverá fazê-lo no prazo prescricional assegurado pela lei civil, não estando sujeito ao prazo quinquenal”.

Maria Helena Diniz¹⁴⁹, invocando o Enunciado nº 181 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, segundo o qual “O prazo referido no art. 618, parágrafo único, do CC refere-se unicamente à garantia prevista no *caput*, sem prejuízo de poder o dono da obra, com base no mau cumprimento do contrato de empreitada, demandar perdas e danos”, pontificou: “Escoado aquele prazo quinquenal de garantia da obra, extinguir-se-á tal obrigação, mas o proprietário poderá propor ação pelos prejuízos que lhe foram causados em razão do material e do solo, pela falta de solidez da obra verificada no quinquênio, mas decairá desse direito se não propuser ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito”.

Em recente artigo publicado na Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, em dezembro de 2014, Alexandre Junqueira Gomide¹⁵⁰ afirma: “A melhor doutrina firmou o entendimento de que esse prazo é estabelecido no parágrafo único, do artigo 618, do Código Civil, ou seja, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito, desde que o exercício desse direito seja realizado durante o prazo de garantia legal, qual seja, até cinco anos da entrega da obra”. Esse entendimento, remata, também é manifestado por José Fernando Simão, *in Aspectos controvertidos da prescrição e decadência na teoria geral dos contratos e contratos em espécie. Questões Controvertidas no Direito das Obrigações e dos Contratos*, v. IV.

¹⁴⁷ Nancy Andrighi, Sidnei Beneti e Vera Andrighi, *Comentários ao novo.....* cit. p. 319.

¹⁴⁸ Súmula 194 do STJ: “Prescreve em 20 (vinte) anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra”.

¹⁴⁹ Maria Helena Diniz, *Curso.... vol.3*, cit. p. 335.

¹⁵⁰ Alexandre Junqueira Gomide, *Contrato de empreitada....cit.*, p. 260.

Coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves, São Paulo, Método, p. 378; por Hamid Bdine Júnior, *in* Da empreitada. Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos, v. IV, Revista dos Tribunais, 2011, p. 153; e por Jones Figueiredo Alves, *in* Novo Código Civil Comentado, Coord. Ricardo Fiúza, 4ª ed.. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 564.

Embora o texto suscite mesmo dúvidas, o entendimento que parece ser o mais razoável é o que considera o prazo de cento e oitenta dias, de natureza decadencial, como prazo para o exercício da pretensão consistente na redibição do contrato ou no abatimento do preço, uma vez comprovados os defeitos que afetam a solidez e segurança da obra, prazo que tem como termo inicial o dia em que o proprietário tem ciência do defeito e desde que esse defeito se apresente no quinquênio contado da data em que ele tinha condições de receber a obra.

Se o proprietário não quiser, ou não puder, valer-se dessa prerrogativa, nem por isso está impedido de promover medida judicial para reparação dos danos decorrentes dos defeitos, sendo que nesse caso o prazo que tem é o de dez anos, com fundamento no artigo 205 do Código Civil, e não o de três anos previsto no artigo 206, § 3º, V do mesmo diploma, questão que será arrostada no item seguinte.

Antes disso, é oportuno trazer à colação conceitos que têm sido utilizados em alguns julgados para a solução de questões relacionadas com os vícios redibitórios e que podem subsidiar o ponto de vista expendido acima. São os conceitos de danos *circa rem* e *extra rem* decorrentes de vícios ocultos.

Em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 28ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0028823-25.2010.8.26.0554, em que foi Relator o Desembargador Gilson Delgado Miranda, com o Voto 3080, encontram-se minudentes esclarecimentos a respeito daquelas duas modalidades de dano. Invocando as lições de Sérgio Cavavaleri Filho (Programa de direito do consumidor, 3ª edição, São Paulo, Atlas, 2011, p. 325), transcreve o desembargador o seguinte trecho: “a expressão latina *circa rem* significa próximo, ao redor, ligado diretamente à coisa, de modo que não pode dela desgarrar-se. Assim, *circa rem* é aquele que é inerente ao vício do produto ou do serviço, que está diretamente ligado a ele, não podendo dele desgarrar-se. A expressão latina *extra rem* indica vínculo indireto, distante, remoto; tem

sentido de fora de, além de, à exceção de. Consequentemente, o dano *extra rem* é aquele que apenas indiretamente está ligado ao vício do produto ou do serviço porque, na realidade, decorre de causa superveniente, relativamente independente, e que por si só produz o resultado. A rigor, não é o vício do produto ou do serviço que causa o dano *extra rem* dano material ou moral, mas a conduta do fornecedor, posterior ao vício, por não dar ao caso a atenção e solução devidas”. Em decorrência dessa distinção, conclui o acórdão que “por não se tratar de vício do produto, mas, sim, de conseqüências daí advindas (dano *extra rem*), não está o pleito reparatório submetido aos prazos decadenciais do art. 26 do CDC. Submete-se, ao revés, ao prazo prescricional previsto no art. 27, já que a pretensão não está ligada à ação edilícia, por se tratar de fato do produto, ou seja, não vinculado ao simples defeito”.

Utilizando esses conceitos de dano, o argumento se robustece. Ou seja, se a pretensão consiste no manejo das ações edilícias (redibitória ou estimatória), por se tratar de dano *circa rem*, o prazo, que tem natureza decadencial, é o do parágrafo único do artigo 618 do Código Civil. Ao contrário, se a pretensão for reparatória de danos *extra rem*, o prazo é outro, não o dos cento e oitenta dias.

5.3.8.4. Do prazo de prescrição da pretensão do dono da obra reclamar a reparação do dano decorrente do defeito de solidez e segurança

O prazo para o dono da obra agir contra o empreiteiro por defeito de solidez e segurança é outro, como afirmado. Não se trata de prazo de decadência, mas de prescrição.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁵¹, após concluírem que o prazo de 180 dias também se destina ao desfazimento do negócio jurídico (ação redibitória) ou o abatimento do preço (ação estimatória ou *quantum minoris*), afirmam: “Ultrapassado esse prazo de cento e oitenta dias, a garantia restará esvaída, não mais sendo possível ao dono da obra reclamar o desfazimento do contrato. Nada impedirá, de qualquer sorte, que reclame eventuais perdas e danos, no prazo prescricional comum (três anos, se o contrato de empreitada for civil, e cinco anos, em se tratando de uma relação consumerista). Em abono, dizem que este é o posicionamento dos Tribunais

¹⁵¹ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Curso de direito civil*, vol. 4. Salvador, Editora Jus PDIVM, 2013, 3ª edição, p. 849.

Superiores, mencionando acórdão proferido no REsp. 161.351 – SC, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 20.8.98, DJU 3.11.98.

Perfilham o mesmo entendimento Teresa Ancona Lopez, Nancy Andrichi, Sidnei Beneti e Vera Andrichi, consoante Notas 136 e 137 acima indicadas. Ou seja, dizem que o prazo para intentar a ação de reparação dos danos decorrentes dos defeitos de solidez e segurança é de três anos, com fundamento no artigo 206, § 3º, V do Código Civil. No mesmo sentido foi a conclusão a que chegou Alexandre Junqueira Gomide, no artigo publicado na Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo¹⁵²

A conclusão, com o devido respeito, merece reflexão.

Que o prazo de cinco anos prescrito no artigo 618 *caput* é prazo de garantia parece ser opinião consolidada, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, embora no passado tivesse havido dissensões a respeito.

Que esse prazo pode ser expandido por convenção, mas nunca reduzido, também não há dúvida, dada a clareza em que foi expresso o texto do Código Civil em vigor.

Que o defeito que afeta a solidez e segurança da obra enseja o exercício da pretensão consistente no uso das ações redibitórias, no prazo de cento e oitenta dias, contados da ciência de sua descoberta, desde que ela se dê no quinquênio da garantia, é interpretação que vem ganhando adesão, como foi demonstrado com as referências feitas anteriormente.

O ponto que ora se discute é o que se refere ao prazo e à natureza dele para o dono da obra agir contra o empreiteiro pelos danos experimentados em razão de defeito de solidez e segurança. Ou seja, o prazo para propor a ação reparatória.

Será o mesmo prazo do parágrafo único do artigo 618, isto é, de cento e oitenta dias? Ou será o prazo de três anos indicado pelo artigo 206, § 3º, V, com entendem alguns? Ou o prazo de dez anos previsto no artigo 205, todos do Código Civil?

Pelo que parece, o entendimento de Yussef Said Cahali¹⁵³, é que o prazo para a propositura da ação é de dez anos. Diz-se que *parece* porque o ilustre jurista não afirma peremptoriamente isso. Mas, citando acórdão do STJ,

¹⁵² Revista do Instituto dos Advogados, *Contrato de*, cit. p. 268.

¹⁵³ Yussef Said Cahali, *Prescrição...*, cit. p.239.

publicado na RSTJ 23/402, deixa consignado que “verificada a existência de defeito na obra, começa, então, a correr o prazo de prescrição da ação, que era o comum aos direitos pessoais”. Entendimento, aliás, prosseguiu, que já estava consolidado na Súmula 194 do STJ, nos seguintes termos: “Prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra”.

Observe-se que o prazo de vinte anos era o que figurava no código de 1916, artigo 177, para as ações pessoais. No atual Código, as ações, pessoais ou reais, para as quais não foi fixado prazo específico, prescrevem em dez anos.

Mais adiante, o eminente civilista afirma: “Entende-se apenas, agora, que o construtor pode ser acionado por defeitos da construção no prazo de dez anos (art. 205)”. Ao final do capítulo, invoca julgado do TJSP da 34ª Câmara Cível, de 22.6.2005 (Revista de Direito Privado 28/345), que considera trienal o prazo da pretensão reparatória e que se inicia a partir da vigência do novo Código Civil, e que, segundo sua opinião, constitui um paradoxo, porquanto o prazo de garantia é superior ao prazo prescricional. “E daí, para harmonização de ambos os prazos, impõe-se fazer a distinção entre prazo geral e prazo especial; o prazo de prescrição trienal iniciará após o término do de garantia, sem prejuízo de que o prazo trienal só tem aplicação após a vigência do novo Código Civil”.

Apesar do esforço de convencimento, não restou claro, *vênia concessa*, o entendimento a respeito do assunto.

Maria Helena Diniz¹⁵⁴, no exame pertinente aos prazos mencionados no artigo 618 e seu parágrafo único, cogita, além das ações redibitórias de que pode lançar mão o proprietário, também da que poderá ele mover para obter *perfeição da obra* por defeito ou vício de construção, e não por solidez e segurança do trabalho em razão do material e do solo. E diz que, “mesmo depois do prazo de garantia, o dono da obra pode demandar o empreiteiro pelos prejuízos advindos da imperfeição da obra (CC, art. 205). E ao cabo de dez anos perderá o direito de propor ação para reposição da obra em perfeito estado. Mas, para a pretensão de reparação civil por qualquer outro vício,

¹⁵⁴ Maria Helena Diniz, *Curso.....*, vol. 3. cit., p. 335.

pleiteando indenização por dano moral (indireto) e patrimonial, o prazo de prescrição será o de três anos (CC, art. 206,§ 3º,V)”.

Em recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido no Recurso Especial nº 1.290.383, em 11.2.2014, em que foi relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, foi decidido por unanimidade pela Egrégia Terceira Turma, que existem duas possibilidades de responsabilização do construtor pela solidez e segurança da obra: a primeira, com fundamento no art. 618 do Código Civil, em que a responsabilidade é presumida; e a segunda, com fundamento no art. 389 do mesmo diploma, em que se faz necessária a comprovação do ilícito contratual, consistente na má-execução da obra, sendo que na primeira, a prescrição, que era vintenária na vigência do CCB/16, conforme Súmula 194/STJ, passou a ser prazo decadencial de 180 dias, por força do disposto no parágrafo único do art. 618 do CC/02; e na segunda hipótese, a prescrição, que era vintenária na vigência do CCB/16, passou a ser decenal na vigência do CCB/02. O termo inicial da prescrição é a data do conhecimento das falhas construtivas, sendo que a ação fundada no art. 618 somente é cabível se o vício surgir no prazo de cinco anos da entrega da obra.

Dessa decisão, que invoca precedentes da Corte, e de que participaram os Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha e Sidnei Beneti, algumas conclusões podem ser extraídas: 1) o prazo de cinco anos é prazo de garantia, de modo que, pelo defeito apresentado no referido período, o construtor poderá ser acionado; 2) abrem-se duas alternativas ao dono da obra por defeitos de solidez e segurança, uma de responsabilização objetiva, porque presumida, com fundamento no artigo 618, *caput*, e outra de responsabilização subjetiva, com fundamento no ilícito contratual, com base no artigo 389 do Código Civil; 3) utilizada a primeira opção, o prazo, de natureza prescricional, que no regime do código anterior era de vinte anos, consoante orientação firmada na Súmula STJ 194, passou a ser, no regime atual, de natureza decadencial e de cento e oitenta dias, por determinação do parágrafo único do artigo 618, hipótese que poderia ser utilizada, antes e agora, se os defeitos se apresentaram no prazo de cinco anos contados da entrega da obra; 4) utilizada a segunda opção, o prazo, também de natureza prescricional, é de dez anos, tendo como termo *a quo* a data da entrega da obra e, como fundamento, o artigo 389 do Código Civil,

sendo que nesse caso, não há a exigência de que o defeito seja apontado nos cinco anos.

Esta última conclusão assenta-se no Enunciado 181 da Terceira Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, sob a coordenação científica do eminente Min. Ruy Rosado de Aguiar, *verbis*: “O prazo referido no art. 618, parágrafo único, do CC (que, na vigência do CC/16, correspondia ao prazo da Súmula 194 deste Tribunal), refere-se unicamente à garantia prevista no *caput*, sem prejuízo de poder o dono da obra, com base no mau cumprimento do contrato de empreitada, demandar perdas e danos”.

Noutro julgado da mesma Corte, extraído do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.366.11, de 6.9.2012, de que foi relator o Ministro Luis Felipe Salomão, acompanhado pelos seus pares, os Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi, deduziu-se que “é de cinco anos o prazo previsto no artigo 618, do Código Civil para responsabilização do construtor por defeito do serviço e de dez anos o prazo para a ação de indenização pelos prejuízos dele decorrentes”. Enquadrando a hipótese no Código de Defesa do Consumidor, o voto, após diferenciar as duas modalidades de responsabilidade, a dos arts. 12 a 17, que tratam de fato ou de defeito do produto ou serviço e os arts. 18 a 25, que cuidam do vício do produto ou do serviço, entendeu que o caso objeto da decisão foi discutido no âmbito de ação que buscava sentença de natureza condenatória e que, por isso, haveria de aplicar-se o prazo prescricional e não o decadencial do artigo 26 do CDC, como pretendido pelo agravante. Ou seja, considerou que o prazo era prescricional, de dez anos, e que a ação, porque fora proposta dentro dos cinco anos da entrega da obra, não estava prescrita.

Essas orientações jurisprudenciais ensejam dúvidas. No segundo caso, a ementa do acórdão refere-se ao artigo 618 do Código Civil, como fundamento para a *responsabilização* do construtor por defeito do serviço, afirmando que o prazo é de cinco anos, e diz ser de dez anos para a ação de indenização pelos prejuízos dele decorrentes. Adota também, sem declarar expressamente, a dupla via a que alude o acórdão anteriormente referido. Quanto ao prazo, porém, não são coincidentes. Pelo anterior, o prazo é decadencial de cento e oitenta dias, na hipótese de a ação insurgir-se contra a fragilidade da obra, enquanto que nesse o prazo é prescricional de cinco anos. Adotada, porém, a

outra via, de indenização dos danos decorrentes da falta de solidez e segurança, o prazo, nos dois casos, é de dez anos, e de natureza prescricional, não decadencial.

Observa-se, portanto, que o tema não está pacificado. E não é fácil alvitrar solução que não possa ser questionada.

A análise desses dois julgados ainda permite suscitar algumas reflexões.

A primeira consiste na questão relacionada com a possibilidade de haver duas espécies de responsabilidade, uma objetiva e outra subjetiva, como anuncia o primeiro julgado. Sendo que num caso o prazo é de cento e oitenta dias, noutro, de dez anos. No primeiro, decadência, no segundo, prescrição.

Esta distinção não parece decorrer da dicção do texto legal. O artigo 618 do Código Civil estabelece a responsabilidade civil do empreiteiro por danos decorrentes da falta de solidez e segurança da obra empreitada. Ou seja, prescreve a obrigação de indenizar os danos que tenham como causa a falta de solidez e segurança. Logo, constatados os danos, a vítima tem o direito de agir contra o causador deles. O texto dispõe de uma única via, não de duas, como preconizado.

Outra reflexão que do julgado pode ser suscitada é se a responsabilidade do empreiteiro, no caso de solidez e segurança da obra, é contratual ou extracontratual. O que se afirmou mais de uma vez é que a responsabilidade é contratual, já que se trata de uma relação entre as partes contratantes. Se o empreiteiro entrega a prestação que lhe cabe de modo diverso do que foi objeto do contrato, isto é, com defeito de segurança e solidez, incorre na censura geral do artigo 389 do Código Civil. O artigo 618 não constitui uma outra via. Ele se refere a uma, dentre outras obrigações legais que um dos contratantes tem perante o outro, obrigação que não pode, porém, ser elidida por pacto em contrário, dada a sua índole. Assim, a violação do artigo 618 (ilícito contratual específico) importa violação do artigo 389 (ilícito contratual geral). Logo, a consequência, ou seja, o dano, deve ser ressarcido. Para tanto, o caminho é a propositura de ação de caráter condenatório.

O fato é que o Código Civil vigente, em vez de aclarar as dúvidas que o anterior suscitava, parece que mais dificuldades gerou.

Mesmo assim, não se pode deixar de dizer o direito a pretexto de que a fonte imediata dele seja obscura. É preciso oferecer solução.

O certo é que não foi fixado prazo específico de prescrição da pretensão reparatória decorrente de defeitos de solidez e segurança. Logo, o prazo é o geral, ou seja, dez anos, consoante o disposto no artigo 205 do Código Civil. O termo inicial é o dia em que o dono da obra pode exercitar o direito de ação. Para isso, considera-se o momento em que essa descoberta ocorre. Assim, passado um ano da entrega da obra, descoberto o vício, começa a fluir o prazo prescricional de dez anos.

Respeitadas as opiniões contrárias, o entendimento que se oferece neste trabalho é que o prazo do artigo 618, *caput*, é prazo de garantia. Pode ser maior, se assim for pactuado. Nunca menor. Decorrido o prazo, extingue-se a garantia.

Já o prazo do parágrafo único do artigo 618 é prazo para promover as ações edilícias (redibitória ou estimatória). Tem natureza decadencial. Pode ser utilizado para fins de redibir o contrato ou exigir abatimento do preço em razão de defeitos que tenham sido conhecidos no lapso do prazo quinquenal.

Não utilizada essa via, quer porque escoado o prazo, quer porque a intenção do proprietário não é nem a redibição, nem o abatimento, tem o dono da obra o prazo de dez anos para a propositura da ação reparatória, com fundamento no artigo 205, combinado com o artigo 389 do Código Civil. O termo inicial desse prazo é a data em que se tornou conhecido o defeito da obra, caso em que pouco importa ter ou não transcorrido o prazo da garantia.

Não há lugar para se invocar o artigo 206, § 3º, V, pois o ilícito é contratual. Esse dispositivo trata de pretensão de reparação de danos decorrentes da prática de ato ilícito, tal como definido nos artigos 186 e 187. A pretensão reparatória do dono da obra perante o empreiteiro por defeitos de segurança e solidez não tem como fonte o ato ilícito, mas a violação contratual.

Não que não haja situação em que não deva ser invocado. O empreiteiro, na execução da obra, em cumprimento às obrigações contratuais, poderá incorrer no dever de reparar danos a terceiros, alheios à relação contratual. Aí, sim, trata-se de ato ilícito cuja disciplina encontra-se nos artigos 186 e 187 do Código Civil, cujo exame será feito no capítulo seguinte.

A violação do contrato, seja o inadimplemento absoluto, seja o inadimplemento mora, assenta-se no artigo 389 do mesmo diploma.

Diga-se, ao fim deste item, que a tese de que a ação reparatória prescreve em dez anos, e não em três anos, já está seduzindo os tribunais superiores. Veja-se, a propósito, a ementa do acórdão proferido no AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.366.111 – MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão: “É de cinco anos o prazo previsto no artigo 618, do Código Civil para responsabilização do construtor por defeito do serviço e de dez anos o prazo para a ação de indenização pelos prejuízos dele decorrentes. Assim, proposta a ação dentro do prazo de cinco anos da entrega da obra, não há que se falar em prescrição”.

5.4. Da responsabilidade civil de empreiteiros encarregados de atividades diversas

Não é incomum em obras de construção civil, mesmo aquelas que não se caracterizam como obras de vulto considerável, que haja o envolvimento de mais de um empreiteiro, cada qual contratado para a execução de prestação certa e determinada. Não é o caso de obra dividida em etapas, a exemplo do que ocorre com a construção de uma estrada ou de um túnel de vinte quilômetros de extensão, em que metade é atribuída a um e a outra parte a outro empreiteiro. Tampouco se alude à subempreitada.

Trata-se, isso sim, de uma obra que requer a interveniência de diversos profissionais com especialidades específicas. Imagine-se, por exemplo, a edificação de uma parede de alvenaria. Nesse caso, pode-se falar de um empreiteiro de projeto, outro de cálculo estrutural, outro de levantamento da parede, todos contratados separadamente pelo dono da obra. Na hipótese de a parede ruir, cada um deles será responsável pela parte correspondente, conforme se tenha, mediante perícia, condições de se estabelecer que o dano decorreu de falha de cada um daqueles trabalhos.

Ou seja, o fato de a obra final ser segmentada, dada a complexidade que reveste, não impõe ao empreiteiro que levanta uma parede a responsabilidade por falha do projeto ou do cálculo estrutural. Salvo se ele assumiu contratualmente obrigação global, envolvendo todas as fases da construção.

No entanto, se esse empreiteiro cuja obrigação consistia apenas no levantamento da parede sabia, ou devesse saber pelos conhecimentos

técnicos que se lhe exigem, que havia necessidade de um projeto, ou de cálculos estruturais, e não advertiu o dono da obra, pela inexistência, ou pela existência falha daqueles trabalhos prévios, assumirá a responsabilidade integral pelos danos decorrentes do desabamento da parede.

A situação descrita foi objeto de decisão proferida no ano de 2.007, no Recurso Especial nº 650.603, de cujo julgamento participaram, com votos divergentes, o Ministros Humberto Gomes de Barros, Nancy Andrighi, Carlos Alberto Menezes Direito, Castro Filho e Ari Pargendler,

Naquela discussão, duas posições se contrapuseram: uma no sentido de que a responsabilidade fica segregada a cada uma das especialidades, sem que se possa falar de qualquer espécie de contaminação entre a responsabilidade de um e de outro empreiteiro; e outra no sentido de que o empreiteiro cuja prestação não pode pela sua natureza dissociar-se da do outro, em fases diversas em que se fraciona a obra, responsabiliza-se, não pelo trabalho dos outros, mas pelo fato de, sabendo-os inadequados, ou se inexistentes, deixou de alertar o dono da obra.

Na sustentação das teses, o que se pode perceber foi que o fundamento informador da responsabilidade está na culpa de cada um e não no risco das atividades.

5.5. Da responsabilidade civil na empreitada em face de terceiros

No desempenho das obrigações contratuais que incumbem ao empreiteiro, podem ocorrer, como visto, danos à contraparte.

Esses danos têm de ser reparados. Nisto consiste a responsabilidade negocial, ou contratual, cujo fundamento legal está previsto no artigo 389 do Código Civil, segundo o qual não cumprida a obrigação, ou cumprida de modo imperfeito, responde o devedor pelos danos causados ao credor.

A responsabilidade civil do empreiteiro, portanto, perante o dono da obra é negocial, como tantas vezes referido. Assenta-se no contrato celebrado que gera obrigações recíprocas. Dentre as diversas obrigações que o empreiteiro assume perante a contraparte destaca-se como a que constitui mesmo o objeto da obrigação, a de entregar a obra que executou tal como contratada. Se não o fizer, ou fizer de modo diverso, incorrerá no inadimplemento da obrigação e, por isso, responderá. Assim, entregar a obra sólida e segura constitui

obrigação do empreiteiro. Se ela não revestir esses pressupostos, considera-se inadimplente o empreiteiro. Noutros termos: o empreiteiro está sujeito a uma prestação consistente no fazer e entregar o que foi feito com a segurança e a solidez esperada pelo dono da obra.

No cumprimento das obrigações contratuais pode, porém, o empreiteiro, incorrer no dever de reparar danos a terceiros que nenhuma relação têm com o contrato de empreitada.

O exercício normal, regular, lícito, da atividade pode ser fonte de outra ordem de obrigações. Ou seja, o empreiteiro pode, às vezes sozinho, outras vezes com o proprietário da obra, estar sujeito ao dever de reparar danos. Nestes casos, outro é o campo da responsabilidade civil. Não a contratual, mas a extracontratual, que tem por pressuposto o cometimento de ato ilícito.

O ato ilícito está disciplinado nos artigos 186 a 188 do Código Civil. As observações sobre esta espécie de fato jurídico foram feitas anteriormente, no Capítulo II, sendo desnecessário retornar ao assunto, senão para algumas referências gerais com vistas a bem situar o exame que a seguir será realizado.

Pelo artigo 186, o ato ilícito é a violação culposa de direito alheio. Violar direito alheio não é o mesmo que violar contrato. É óbvio que não se quer afirmar que violar contrato seja ato lícito. Mas, a rigor, não é ato ilícito. Violação de direito é muito mais vago e amplo do que violação de contrato. Trata-se de violação de um dever geral.

Considerar-se-á ilícita a violação de direito alheio se ela ocorrer em razão da culpa, tomada em seu sentido mais abrangente: desde a deliberada intenção, até a ligeira distração. Diz o artigo 186 do Código que aquele que por ação ou omissão voluntária (aí está o dolo), negligência ou imprudência (aí está a culpa em seus variados graus) violar direito alheio e causar dano a outrem comete ato ilícito.

Embora a redação do texto tenha sido alterada, em relação ao artigo correspondente do Código anterior (artigo 159), não logrou a reforma corrigir o defeito de que padecia a definição de ato ilícito.

Embora seja possível admitir que a ocorrência do dano constitui pressuposto para a caracterização do ilícito, o entendimento apresentado nesse trabalho é o de que o ato ilícito conceitua-se como a simples e só

violação culposa de direito alheio. Nada mais. O artigo 186 do Código Civil ocupou-se da conceituação do ilícito. Não da sua consequência. Esta encontra-se no artigo 927. Se do ilícito resultou dano, deve quem o cometeu ressarcir-lo ao ofendido.

Negligência, imprudência e imperícia são manifestações de culpa. Ou seja, a desídia, a falta de cuidado, o desconhecimento da técnica devida, tudo isso é culpa, tudo isso revela conduta que, violando direitos de terceiros, caracteriza a prática do ato ilícito. Esse conceito é o que deflui do artigo 186 do atual Código que corresponde ao artigo 159 do anterior.

Se do ato ilícito tal como conceituado quer no artigo 186 resultar dano, seja material, seja não material, haverá responsabilidade civil, ou seja, o dever de ressarcir o ofendido. Di-lo o artigo 927 *caput* do Código Civil. Este é o campo da responsabilidade denominada aquiliana, ou extracontratual. Ou seja, que não supõe uma relação negocial.

Também comete ato ilícito aquele que exerce um direito de que é titular excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. É como determina do artigo 187 do Código, que nenhuma alusão faz a comportamento culposos do agente. Exercitar um direito que se dissocia de sua finalidade econômica, de sua finalidade social, ou que contrarie comportamento probos, honestos, leais, ou que se afaste dos bons costumes, é também incidir no ilícito. Se desse comportamento, pouco importando o elemento culpa, advier dano a terceiro, haverá igualmente responsabilidade. Portanto, responsabilidade objetiva.

Enquanto os artigos 186 e 187 cuidam da caracterização do ato ilícito, o artigo 927 e o seu parágrafo único dedicam-se à ressarcibilidade do dano.

O artigo 927 *caput* ocupa-se do dever reparatório de dano que decorra de uma e de outra espécie de ato ilícito. Considerando que uma das espécies tem na culpa o seu fundamento, e a outra não, segue que não se pode afirmar que o mencionado preceito absorve em toda a sua plenitude a regra da responsabilidade subjetiva, ficando a objetiva tão só para o parágrafo único do mesmo artigo 927. Pelo que está contido no artigo 187, parece que o *caput* do artigo 927 é mais compreensivo, alcançando também uma parte da responsabilidade objetiva.

O que se quer deixar assentado é que, havendo ato ilícito, a responsabilidade pode ser subjetiva ou objetiva, servindo de fundamento para tal assertiva o *caput* do artigo 927.

Além do resultado a que conduz a reflexão acima, fruto da ampliação do conceito do ilícito, a responsabilidade objetiva ganhou, com o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, foros de generalidade, pois estabelece o dever de indenizar, independentemente de culpa, toda vez que uma determinada atividade, normalmente desenvolvida por alguém, implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

Atente-se para os aspectos nucleares do preceito: exercício *normal*, de uma *atividade* que pela própria índole implica *riscos*, e tudo isso sem que se cogite de *culpa*.

É de palmar evidência que a responsabilidade, nesse caso, é objetiva.

Ante o exposto nos parágrafos anteriores, há condições seguras para o exame da responsabilidade civil do empreiteiro por danos que a execução da empreitada pode gerar a terceiros. Haja culpa ou não, o empreiteiro responde pelos danos causados a terceiros, desde que esses danos tenham ligação com o desempenho das suas obrigações.

Quer se utilize o artigo 186, combinado com o 927, *caput*; quer se valha do artigo 187, combinado com o 927, *caput*; quer se invoque o 927, parágrafo único, a responsabilidade do empreiteiro se impõe, uma vez estabelecido o nexo causal com o dano.

Assim, tanto é subjetiva, quanto objetiva a sua responsabilidade.

Sendo desta ou daquela espécie a responsabilidade, o seu dever é de indenizar o dano experimentado pelo lesado, ou seja, não é mais grave ou menos grave se o fundamento for este ou aquele. A responsabilidade civil, é bom lembrar, mede-se pela extensão do dano. Pelo menos assim é ordinariamente, consoante a provisão do artigo 944 do Código Civil.

Em suma, o empreiteiro responde pelos danos causados a terceiros, sejam ou não vizinhos em relação à obra em execução, a menos que milite em favor alguma excludente de responsabilidade, como será examinado adiante. O fundamento será o risco criado, quando se tratar de uma atividade, ou será a culpa, quando se tratar de atos isolados.

O que cumpre verificar, em seguida, é se o proprietário da obra encomendada também é responsável perante o ofendido. E, sendo, se essa responsabilidade é solidária ou subsidiária.

O exame que segue refere-se a danos que terceiros, estranhos a relação contratual da empreitada, experimentam em virtude: i) do processo de execução do contrato por parte do empreiteiro; ii) dos defeitos da obra executada.

Uma vez verificado o dano, a vítima não pode ficar sem o devido ressarcimento. Seja ela um vizinho, confinante ou não, seja qualquer outra pessoa.

A discussão afasta-se, então, do âmbito da responsabilidade contratual e passa para o da responsabilidade extracontratual, cujo fundamento tem sede no artigo 927 e parágrafo único do Código Civil, onde se encontra remissão aos artigos 186 e 187 do mesmo diploma, preceitos submetidos à rubrica dos atos ilícitos.

A indenização visa à reparação de dano decorrente da prática de ato ilícito, consistente na violação de direito alheio em seu sentido mais abrangente, envolvendo o direito à incolumidade patrimonial e extrapatrimonial.

Danos de quaisquer espécies que tenham sido causados pelo cometimento de ato ilícito são reparáveis, legitimando o ofendido voltar-se contra o ofensor.

Com essas primeiras reflexões, anunciam-se, num primeiro plano, duas ordens de preocupação: uma trata de saber quem é, ou quem são, os responsáveis; outra, de apontar o fundamento da responsabilidade.

Orlando Gomes¹⁵⁵ opina de modo bastante sucinto, afirmando que “perante terceiros, responde o empreiteiro pelos danos resultantes de culpa na execução do trabalho, como, v.g. se causa estragos no prédio vizinho ao que está sendo construído”

Para Sérgio Cavalieri Filho¹⁵⁶, tanto o empreiteiro, quanto o proprietário da obra, respondem pelos danos que a execução dela acarreta a terceiros, e de modo solidário. O fundamento apresentado é o de que “ambos exercem atividade que põe em risco a coletividade em geral”, e que “o que solidariza e

¹⁵⁵ Orlando Gomes, *Contratos.....*, cit. p. 369.

¹⁵⁶ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa....* cit. p. 354.

vincula o proprietário e construtor pela reparação do dano sofrido por terceiro é, objetivamente, a lesão decorrente do fato da construção, fato, este, proveitoso tanto para o dono da obra como para quem a executa com fins lucrativos”. Segundo ele, o fundamento para a responsabilização do empreiteiro é o artigo 618 do Código Civil, e do proprietário o artigo 937 do mesmo Código.

Carlos Roberto Gonçalves¹⁵⁷, invocando em abono a opinião de Hely Lopes Meirelles, também entende que os danos causados às propriedades vizinhas em razão da edificação devem ser ressarcidos por quem auferiu os proveitos da construção, ou seja, o empreiteiro e o proprietário da obra, independentemente de culpa de qualquer deles. Em relação ao terceiro não vizinho, a responsabilidade, aduz, é do construtor, sendo que o proprietário somente com ele se solidariza se houver confiado a obra a pessoa inabilitada para os trabalhos de engenharia e arquitetura. A afirmação feita não vem acompanhada do texto legal que lhe serviu de fundamento.

Na opinião de Silvio Venosa¹⁵⁸, a questão tem a ver com os direitos de vizinhança, uma vez que no capítulo da empreitada nada é regulado a esse respeito. Refere ele que “a tendência majoritária é responsabilizar o construtor quando o ato danoso decorre de sua conduta ou atividade.. Cuida-se, em princípio, de individualizar a culpa nos termos do art. 186”. E remata dizendo que “situações na prática surgem conduzindo a uma responsabilização conjunta do dono e do construtor, com aplicação do art. 937”.

Para Maria Helena Diniz¹⁵⁹, “o arquiteto ou empreiteiro será o responsável, a não ser que o dono da obra os tenha escolhido mal, hipótese em que a responsabilidade abrangeria o comitente por presunção *juris et jure* de culpa *in eligendo*, como preferem alguns autores, mas pelos artigos 932, III, e 933 responderá ele pelos atos praticados por terceiro, mesmo que não haja culpa de sua parte, pois a responsabilidade é objetiva”.

Outras opiniões poderiam ser colacionadas no sentido de demonstrar que existem controvérsias entre os estudiosos, quer no que toca à identificação do lesante, quer no que diz respeito à extensão do dever reparatório ao

¹⁵⁷ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil*....., cit. p. 381.

¹⁵⁸ Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil*.....cit. p.239..

¹⁵⁹ Maria Helena Diniz, *Curso*..., vol. 7, cit. p. 364

proprietário da obra encomendada, quer ainda no que tange à existência ou não da solidariedade.

Que o empreiteiro responde não há dúvida. Seja pelo fundamento do art. 927, § único (nas relações em que estiverem presentes os pressupostos ali indicados), seja pelo fundamento do artigo 186 (quando o ofendido terá de provar a culpa do ofensor). Mas a responsabilidade não é exclusivamente sua, consoante análise de outras provisões legais.

Também o proprietário da obra é responsável. E a sua responsabilidade é objetiva. O fundamento legal é o artigo 932, III do Código Civil, em conformidade com o qual “são também responsáveis pela reparação civil o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.

O empreiteiro não é empregado, tampouco serviçal do proprietário da obra encomendada. Mas pode ser encartado no conceito de seu preposto, embora o termo não seja o mais adequado para tal abrangência.

De outro lado, porém, o proprietário da obra pode perfeitamente ser considerado *comitente*, não obstante os preceitos que constituem o capítulo da empreitada utilizarem invariavelmente as locuções *dono da obra*, *proprietário da obra*, *encomenda da obra*. O fato é que o proprietário da obra *comete* ao empreiteiro a execução dela. Logo, o artigo 932, III do Código Civil é o texto sobre o qual se assenta o fundamento jurídico da reparação dos danos que os terceiros sofreram em razão da execução da obra.

A responsabilidade civil das pessoas indicadas no artigo 932 emerge sem que o lesado tenha que demonstrar culpa de quem quer que seja. Di-lo o artigo 933¹⁶⁰. Logo, também é objetiva a responsabilidade civil do proprietário da obra perante os danos sofridos por terceiros por ocasião da execução da empreitada. Mas não é responsabilidade subsidiária, e sim solidária, por força do que está prescrito no artigo 942, parágrafo único, *in verbis*: “São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no artigo 932”. Reunidos, pois, os artigos 932, III, 933 e 942, § único, é forçoso admitir que também há responsabilidade do proprietário da obra pelos danos experimentados por terceiros em razão da execução da

¹⁶⁰ Código Civil, art. 933 – “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

empreitada. E que esta responsabilidade existe independentemente de culpa. E mais, que há solidariedade entre o empreiteiro e o dono da obra.

Poder-se-ia concluir ainda que o caso é de responsabilidade objetiva também em razão do prescrito no artigo 927, parágrafo único, em cuja primeira parte há expressa alusão *aos casos especificados em lei*. Esse caso está especificado no artigo 932, III.

O fato de haver solidariedade entre o empreiteiro e o proprietário da obra permite ao lesado dirigir a pretensão reparatória contra um ou contra outro, ou contra ambos concomitante, colocando-os no pólo passivo da ação condenatória.

O prazo para o exercício dessa pretensão é de natureza prescricional, não decadencial. O lapso temporal é de três anos, conforme preceitua o artigo 206, § 3º, V do Código Civil¹⁶¹. O termo *a quo* do referido prazo é o dia em que foi praticado o ato ilícito, conforme disposto no artigo 398¹⁶².

Essas observações feitas nos parágrafos anteriores supõem danos que terceiros podem vir a sofrer por ocasião da execução da empreitada. A causa do fato lesivo localiza-se na fase em que o empreiteiro desempenha as suas obrigações.

Pode acontecer, uma vez realizada a entrega da obra pelo empreiteiro e aceita por aquele que a encomendou, que sobrevenham danos a terceiros em razão de defeitos de solidez e segurança a que se refere o artigo 618 do Código Civil. De quem a responsabilidade nesse caso? E por que fundamento?

Já se viu que a responsabilidade civil prevista no artigo 618 do Código Civil é de natureza contratual. Os pólos de interesse são de um lado o do proprietário da obra, de outro, o do empreiteiro. O empreiteiro responde perante o proprietário, responsabilidade que subsiste ao longo de cinco anos.

A relação que ora se alvitra envolve terceiros, normalmente vizinhos, mas não apenas vizinhos, que são absolutamente estranhos às obrigações que incumbem ao empreiteiro e ao proprietário da obra, um em relação ao outro. Mas o fato é que houve danos a terceiros *por causa* de defeitos de solidez e de segurança da obra entregue e aceita.

¹⁶¹ Código Civil, artigo 206: “Prescreve: § 3º - Em três anos: V- a pretensão de reparação civil.

¹⁶² Código Civil, artigo 398: “Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”.

Os artigos 937 e 938 do Código Civil tratam da responsabilidade por fato de coisa inanimada. Diz o primeiro deles o seguinte: “o dono do edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta”. O outro assim se expressa: “aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido”. Em ambos os casos a responsabilidade é objetiva.

Pelo prescrito no artigo 937, parece plenamente admissível atribuir responsabilidade ao proprietário.

Embora não tenha sido concebido para regular exatamente a situação fática ora em exame, a ela se estende por razões óbvias. É o dono da coisa que suporta o ônus que ela acarreta. O fato de se tratar de imóvel recém construído ou de imóvel edificado há bastante tempo não importa, embora a impressão que se colhe da locução utilizada no texto (*em ruína*) seja de prédio velho, antigo. Portanto, o artigo 937 serve de fundamento para a responsabilização do proprietário por danos a terceiros decorrentes de defeitos de solidez e segurança de obra entregue.

Aguiar Dias¹⁶³ relata cuidadosa análise feita por Costa Sena que concluiu que a responsabilidade pelos danos causados pelas construções a terceiros é do arquiteto, se houve erro de plano, ou do construtor, se houve vício de construção. Para chegar àquela conclusão, reuniu vários argumentos, quais sejam: “é injusta a doutrina que propugna pela responsabilidade do proprietário, porque subordina o homem, sujeito de direitos, ao patrimônio, quando a responsabilidade não pode ser simples questão de patrimônio; e errônea porque admite que o proprietário seja tratado de maneira diversa, quando, aos profissionais liberais, podendo, no exercício da profissão, causar sérios prejuízos aos clientes e a terceiros, não se exige que prestem caução ou possuam bens”.

Além disso, entende que não é satisfatória qualquer solução que se pretenda dar em razão das relações de vizinhança, como também considera artificial a conclusão baseada na responsabilidade pela guarda da coisa.

¹⁶³ José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*cit. p. 393.

A despeito da autoridade da opinião, o mais razoável é atribuir sim responsabilidade ao proprietário com base no citado artigo 937, cuja amplitude de reflexos encontra apoio na função social da propriedade.

Se o fato lesivo ocorrer no lapso temporal de cinco anos, contados da entrega da obra pelo empreiteiro, parece não haver razão para não admitir que a responsabilidade também incumba ao empreiteiro. Se ele responde perante o dono da obra durante o prazo de garantia previsto no artigo 618 (responsabilidade contratual), por defeitos de solidez e segurança, responde também, pela mesma razão, perante terceiros (responsabilidade extracontratual), com fundamento no artigo 932, III. Responsabilidade, como visto acima, solidária.

Se o fato lesivo, ao contrário, verificar-se depois de cinco anos, os terceiros lesados poderão voltar-se apenas contra o proprietário, com base no artigo 937 (terceiros em geral), ou no artigo 1.280¹⁶⁴ (terceiros vizinhos).

Também nesses casos, de danos a terceiros sobrevivendo após a execução completa do contrato de empreitada, o prazo para agir é o mesmo anteriormente indicado, ou seja, três anos, com fundamento no artigo 206, § 3º, V, contados da ocorrência do fato lesivo.

Ao final dos comentários alusivos à responsabilidade civil do empreiteiro perante terceiros estranhos à relação contratual, cumpre analisar uma nova situação jurídica que decorre de modificações introduzidas na Lei 8.245, de 18.10.1991, que dispõe sobre locações de imóveis urbanos, pela Lei 12.744, de 19.12.2012.

Cuida-se de modelo de construção *build to suit*.

As modificações consistiram em alteração do artigo 4º e acréscimo do artigo 54-A que assim dispõe:

“Art. 54-A – Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as

¹⁶⁴ Código Civil, artigo 1280: “O proprietário ou possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameace ruína, bem como lhe preste caução pelo dano iminente”

condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta lei.

Parágrafo 1º - Poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação;

Parágrafo 2º - Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencionada, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação”.

Esta modalidade interessa ao presente estudo porque trata de alguém que constrói ou reforma imóvel, segundo as necessidades especificadas pelo pretendente à locação dele. Particulariza as normas que regem a locação, na medida em que admite a renúncia, pelas partes, ao direito de revisão do valor do aluguel e permite a denúncia antecipada, pelo locatário, do vínculo locatício, mediante o pagamento da multa convencionada, limitada à soma dos alugueres a receber até o termo final da locação.

A preocupação não está nas relações entre locador e locatário. Mas naquelas que decorrem de empreitada contratada para atender à pretensão deste último, mais precisamente, de defeitos decorrentes da execução da obra. Esses defeitos, é óbvio, podem repercutir na órbita de interesse de terceiros estranhos ao contrato de empreitada.

Sendo assim, tanto pode experimentar prejuízo o locador quanto o locatário, caso em que se verifica uma cadeia de responsabilidades, ou dever escalonado de ressarcimento, de modo que o empreiteiro pode ser responsabilizado por todos esses danos.

Em acórdão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do voto da Ministra Relatora Nancy Andrighi, proferido no Recurso Especial nº 885.910- SP¹⁶⁵, ficou assentado o seguinte: “No modelo de construção *build to suit*, há um contrato inicial entre a incorporadora e os terceiros que utilizarão efetivamente o bem. Na presente hipótese, tal relação originária já previa a responsabilidade da ora recorrente, que ficara incumbida de escolher o empreiteiro, por eventual má prestação de serviços deste. A sentença, já reconhecendo o dever de ressarcimento da incorporadora em face

¹⁶⁵ STJ – Rec. Especial 885.910 SP, site do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.jus.br/processo/pesquisa)

de terceiros que não são parte neste processo - os locatários – condenou a ré nos mesmos termos, aplicando assim uma espécie de cadeia de responsabilidades contratuais.”.

5.6. Da cláusula de não indenizar

Sob a epígrafe acima examinar-se-á a cláusula que visa à exclusão da responsabilidade civil ou a limitação dela, nos casos em geral e na empreitada em particular.

A apreciação do assunto não foi alinhada juntamente com as excludentes da responsabilidade, referidas no item 4, deste Capítulo, porque não tem as mesmas informações inspiradoras. Ou seja, parece mesmo inadequado afirmar que o assunto mereça a apreciação que se faz aos fatos de força maior, ou de caso fortuito, de culpa da vítima. Por isso, localizou-se o tema nesta altura das reflexões, circunscrevendo-o no âmbito do contrato de empreitada, e assim mesmo, de empreitada de obras de construção civil, onde o assunto pode ter maior relevância.

Duas são as vertentes a serem analisadas: a primeira diz respeito ao âmbito de sua possível atuação, isto é, a área da responsabilidade apenas contratual, ou a sua incidência também no campo da responsabilidade extracontratual; e a segunda, a que se refere à sua validade e eficácia, uma vez que visa a elidir a consequência natural da violação de um dever geral ou determinado.

A obra que se pode considerar clássica entre nós, mencionada já neste trabalho, a outro intento, é a de José Aguiar Dias, que tem como título Cláusula de Não-Indenizar, também chamada como Cláusula de Irresponsabilidade, como lembra o próprio autor.

Está constituída de duas partes, sendo a primeira dedicada à estrutura, valor e efeitos da cláusula de irresponsabilidade, e a segunda, à aplicação das cláusulas de irresponsabilidade.

Suas conclusões conduzem ao resultado segundo o qual tais cláusulas, embora pareçam infirmar a razão última do vínculo obrigacional validamente constituído, são admissíveis, como condições gerais dos contratos, que se submetem a princípios que podem não estar positivados, mas que haverão de ser respeitados.

Vale a pena transcrever o último parágrafo da tese desenvolvida pelo autor:

“Só por prudente admissão da cláusula, afinal, se possibilitará o desenvolvimento de numerosas atividades ameaçadas de paralisação ou descalabro, sob o peso dos encargos pertinentes à obrigação de reparar, o que é particularmente verdadeiro em país que, como o nosso, requer estímulo enérgico a vários setores da atividade industrial, notadamente nos transportes, tão deficientes e, entretanto, tão necessários ao seu vasto e desarticulado território. Cumpre romper corajosamente com o preconceito nocivo. Já se disse, com inexcedível propriedade, que o sistema jurídico é um todo harmonioso que não admite contradições. Quando um pressuposto se revela insuficiente, não há maneira de salvá-lo”¹⁶⁶.

No que consiste a cláusula de não-indenizar? Trata-se de mais uma excludente da responsabilidade civil?

A par das inúmeras definições que a doutrina apresenta sobre a cláusula de irresponsabilidade, que colocam sempre em evidência, ora o caráter convencional, ora a subtração do dever de indenizar, ora a limitação da responsabilidade ao dolo ou à culpa grave, ora a permissividade de enganar a confiança na atividade alheia, o que ela faz pressupor é uma indenização eventual e futura de indenizar, que antecipadamente afasta. Sendo assim, trata-se de “uma estipulação integrante de uma convenção, isto é, de cláusula acessória de um contrato, que pode aparecer como ato isolado ou declaração unilateral do devedor eventual da obrigação de indenizar, de origem não-contratual”, como assevera Aguiar Dias¹⁶⁷.

Pode-se afirmar que existe um certo parentesco entre a cláusula de irresponsabilidade e a cláusula penal, havendo quem tenha rotulado a cláusula de não-indenizar como “pena civil negativa”, asserção que Aguiar Dias qualifica como “atrevida”, apesar de causar efeito. “A cláusula penal é a estimação prévia dos danos e serve ao mesmo propósito de equilíbrio em que se inspira a cláusula de irresponsabilidade, porque suprime a incerteza da liquidação, evitando o risco de, na apuração do prejuízo, se computarem consequências

¹⁶⁶ José de Aguiar Dias, *Cláusula de não-indenizar*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, 4ª edição, p. 249.

¹⁶⁷ José de Aguiar Dias, *Cláusula de cit. p. 40.*

que estejam além ou aquém das naturalmente derivadas do acontecimento prejudicial, a saber, o inadimplemento”¹⁶⁸.

Conquanto os propósitos tenham a mesma inspiração, a cláusula penal tem uma conotação de reforço do laço obrigacional, na medida em que estabelece por antecipação o dano a ser ressarcido por quem descumpriu a obrigação, ou cumpriu-a de modo imperfeito. Já a cláusula de irresponsabilidade importa supressão de qualquer reparação. Não há, pois, confundi-las. Ambas resultam do exercício da autonomia privada. No entanto, é preciso destacar que a liberdade de contratar não é absoluta, mas sujeita às restrições impostas pela ordem pública e por princípios de caráter geral, como os esculpidos nos artigos 421 e 422 do Código Civil, da função social dos contratos e da boa-fé objetiva.

Diferentemente do que ocorre com a lei italiana e alemã, no Código Civil brasileiro não há nenhum dispositivo específico que proíba a inserção, nos contratos, da cláusula de irresponsabilidade. Esta ausência poderia fazer supor que, por não haver proibição, admitida estaria a sua aposição, dado o princípio da autonomia privada.

O Código Civil italiano estabelece no artigo 1229 a proibição da cláusula de exoneração da responsabilidade, prescrevendo: “È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave. È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico”.

Grazia Ceccherini¹⁶⁹, em comentários aos artigos 1228 e 1229 do Código Civil italiano, observa que “no código anterior daquele país, de 1865, não havia norma da qual se pudesse deduzir a existência de um princípio geral que estabelecesse a invalidade dos pactos de exoneração ou de limitação da responsabilidade. A única hipótese de disciplina legislativa então existente era a do artigo 416 do código de comércio de 1882, que, em tema de transporte ferroviário de coisas, estabelecia que quaisquer cláusulas de exoneração ou de limitação da responsabilidade eram consideradas nulas e de nenhum efeito. O novo diploma, porém, disciplina na primeira parte do texto a

¹⁶⁸ José de Aguiar Dias, *Cláusula de.....* cit. p. 21.

¹⁶⁹ Grazia Ceccherini, *Il codice civile – commentario*. Milão. Giuffrè editore, 2003, p. 150.

exoneração da responsabilidade pelo fato do próprio devedor da obrigação, enquanto que, na segunda, pelo fato de seus auxiliares”.

Igual orientação se encontra no Código Civil alemão, em cujo § 276, n. 3, está previsto que “no puede exonerarse al deudor anticipadamente de La responsabilidad por dolo”.

O que se verifica em ambos os diplomas legais é que a nulidade da cláusula de exoneração, como convenções que são, seguem as regras gerais a que qualquer convenção deve obedecer, sob pena de nulidade. Podem, pois, existir, o que, porém, existentes, não significa dizer que sejam válidas.

Esse é o regime do direito comum.

Quando, porém, a situação jurídica estiver sob a regência do Código de Defesa do Consumidor, outra é a disciplina da cláusula de exoneração de responsabilidade. Segundo o disposto no artigo 25, *caput*, da Lei 8.078/90, “é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores”.

Tanto a cláusula de exoneração, quanto a de limitação da responsabilidade consideram-se nulas, caso figurem em contratos que tenham como partes consumidor e fornecedor. Trata-se de lei de ordem pública, inafastável, pois, por convenção contrária. Apenas a cláusula deve ser reputada inválida, não o contrato, em homenagem ao princípio da conservação do negócio jurídico.

Logo, contrato de empreitada regido pela lei consumerista acarreta ao empreiteiro o dever de indenizar o dono da obra pelos danos decorrentes de defeitos aparentes ou ocultos, que afetem ou não a solidez e segurança, mesmo que figure nele cláusula de irresponsabilidade ou de sua limitação. Também no caso de responsabilidade perante terceiros, quer a do empreiteiro, quer a do dono da obra, a eventual existência da cláusula em exame não modifica as conseqüências já examinadas.

Como remate, e considerando esta situação de danos a terceiros, portanto, de responsabilidade extracontratual, acrescenta-se que a cláusula de não-indenizar também pode ter reflexo além da relação contratual, o que, aliás, não escapou do percuciente trabalho elaborado por Aguiar Dias, em obra várias vezes citada. “No terreno extracontratual”, observa ele, “é dificilmente admissível, à primeira vista, a existência da cláusula de irresponsabilidade. A

própria noção a que corresponde, de estipulação ou condição, parece afasar a possibilidade de sua ocorrência, independentemente de contrato”.¹⁷⁰

É realmente indubitável que a cláusula de irresponsabilidade sem contrato a que se refira é muito mais rara que a estipulação adjeta a convenção de maior envergadura. Mas a opinião de que, por ausência de contrato, não pode haver convenção de irresponsabilidade é, por sua vez, exagerada.

Sem dúvida, não havendo contrato não pode haver cláusula que, por definição, é estipulação entre as partes. Contudo, a irresponsabilidade pode ser objeto de convenção autônoma, destinada a afastar a responsabilidade extracontratual.

No caso de empreitada, porém, não parece aproveitar o exemplo lembrado pelo citado autor, para justificar a tese. Ele menciona o caso de a municipalidade prever sua exoneração, perante empresa concessionária de transportes, das responsabilidades legais. Estabelecida no contrato de concessão, a estipulação seria corpo estranho, nada tendo a ver com o contrato, porque a responsabilidade a que se refere é, declaradamente, de fundo extracontratual. Por essa convenção, autônoma, em última análise, embora, formalmente, se apresente como *cláusula* do contrato de concessão, a municipalidade se exoneraria perante a empresa do dano resultante da queda de uma árvore sobre o ônibus.

O que releva notar, contudo, é que a cláusula de irresponsabilidade tem, em geral, sua aplicação no âmbito da responsabilidade contratual. No direito comum será considerada válida consoante as condições contratuais em geral estabelecidas, devendo-se voltar a atenção para os princípios norteadores das relações contratuais, notadamente o da função social e da boa-fé objetiva. No direito do consumidor, ela está coibida expressamente.

5.7. Da responsabilidade civil na subempreitada

O Código Civil brasileiro não dedica nenhum dispositivo para regular a subempreitada, como fez no contrato de mandato (substabelecimento) e como ocorre com a disciplina da locação (sublocação) por meio da Lei 8.245, de 18.10.1991, artigos 14 a 16.

¹⁷⁰ José de Aguiar Dias, *Cláusula de não.....* cit. p. 241.

O artigo 622 refere-se à hipótese de a execução da obra ser confiada a terceiros. E mesmo assim para tratar da limitação da responsabilidade do autor do projeto.

No direito alemão, da mesma forma, não há tratamento específico da subempreitada.

Diferentemente, o italiano, o português, o argentino, o peruano, dentre outros.

O artigo 1656¹⁷¹ do Código Civil italiano proíbe a subempreitada sem autorização do comitente, estabelecendo, em seguida, no artigo 1670¹⁷², a possibilidade de regresso do empreiteiro contra o subempreiteiro.

No direito português, o artigo 1213¹⁷³ do Código Civil diz, no item 1, que subempreitada é o contrato pelo qual um terceiro se obriga para com o empreiteiro a realizar a obra a que este se encontra vinculado, ou uma parte dela; e no item 2, que é aplicável à subempreitada, assim como ao concurso de auxiliares na execução da empreitada, o disposto no artigo 264^o, com as necessárias adaptações. O artigo 264^o do referido diploma dispõe sobre o contrato de representação voluntária e trata da substituição do procurador.

O recente Código Civil argentino, que ainda se encontra no período de vacância, cogita no artigo 1254¹⁷⁴ da colaboração de terceiro, sem usar o termo subempreitada.

E o peruano admite-na também, consoante o disposto no artigo 1772¹⁷⁵, utilizando o vocábulo *subcontrato de obra*, desde que haja autorização por escrito do comitente.

¹⁷¹ Codice Civile, art. 1656: “Subappalto – L'appaltatore non può dare in subappalto l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato autorizzato dal committente”.

¹⁷² Codice Civile, art. 1670: “Responsabilità dei subappaltatori – L'appaltatore, per agire in regresso nei confronti dei subappaltatori, deve, sotto pena di decadenza, comunicare ad essi la denuncia entro sessanta giorni dal ricevimento”.

¹⁷³ Código Civil português, artigo 1213^o: - 1. “Subempreitada é o contrato pelo qual um terceiro se obriga para com o empreiteiro a realizar a obra a que este se encontra vinculado, ou uma parte dela.

2. É aplicável à subempreitada, assim como ao concurso de auxiliares na execução da empreitada, o disposto no artigo 264^o, com as necessárias adaptações”.

¹⁷⁴ Código Civil argentino, artigo 1254^o - “El contratista o prestador de servicios puede valerse de terceros para ejecutar el servicio, excepto que de lo estipulado o de la índole de la obligación resulte que fue elegido por sus cualidades para realizarlo personalmente en todo o en parte. En cualquier caso, conserva la dirección y la responsabilidad de la ejecución”.

¹⁷⁵ Código Civil peruano, artigo 1772^o - “El contratista no puede subcontratar integralmente la realización de la obra, salvo autorización escrita del comitente. La responsabilidad frente al comitente es solidaria entre el contratista y el subcontratista, respecto de la materia del subcontrato”.

A subempreitada é contrato derivado do contrato de empreitada. Este é pressuposto daquele. Não se pode falar de subempreitada se não houver empreitada.

A subempreitada não se confunde com a cessão do contrato de empreitada.

Discorrendo sobre o *direito de ceder o contrato de empreitada*, Serpa Lopes¹⁷⁶ observa com acuidade: “Diferentemente da subempreitada, a cessão da empreitada envolve conseqüências mais sérias. Por isso que a cessão da empreitada importa no desligamento de quaisquer vínculos obrigações do empreiteiro em face do dono da obra, é claro que a transferência da empreitada exige, ao contrário da subempreitada, o consentimento do dono da obra”. Ou seja, para ele, não há necessidade de autorização do dono da obra para o empreiteiro constituir a subempreitada. Se se tratar de cessão, ao contrário, é imperioso que o dono consinta.

Esse entendimento está coerente com o que lei brasileira prescreve quanto à transmissão das obrigações, disciplinada nos artigos 286 a 303 do Código Civil. Considerando que o contrato de empreitada é contrato que gera obrigações recíprocas, e que a cessão do contrato implica transmissão de créditos e assunção de débitos, o consentimento do proprietário da obra é imprescindível para a validade da cessão da empreitada, segundo a provisão do artigo 299 do Código Civil¹⁷⁷.

Se, em vez de cessão, ocorrer a subempreitada, o negócio derivado não padece de vício pelo fato de o proprietário não ter anuído. Pode, porém, ser outro o regime estatuído pelas partes contratantes. Como também será necessária a anuência, na hipótese de a obrigação assumida pelo empreiteiro ser de natureza personalíssima, isto é, quando os predicados pessoais e profissionais dele tiverem sido particularmente considerados quando da contratação da obra.

Correto, portanto, o entendimento daquele autor que foi também professor de direito e desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

¹⁷⁶ Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito.....*, cit. p. 170.

¹⁷⁷ Código Civil, artigo 299 – “É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expreso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava”.

Note-se que a orientação seguida pelos direitos italiano e peruano estão noutro sentido, exigindo expresse consentimento do proprietário da obra encomendada.

No direito brasileiro, repita-se, não há provisão nem autorizando, nem coibindo. Como corolário, o empreiteiro pode, sem incorrer em descumprimento de suas obrigações, subempreitar a obra de que se encarregou, exceto nos casos apontados acima (natureza da empreitada e existência de cláusula contratual).

Essa observação interessa na apreciação da responsabilidade civil contratual, envolvendo apenas as partes contratantes. Vale dizer: eventual conflito de interesses entre elas deve ser solucionado pelas mesmas disposições que são chamadas a resolver as disquisições instaladas no âmbito da empreitada. Não é o fato de ter havido subempreitada que a posição do empreiteiro estará mais agravada, a menos que militem em favor do proprietário as ressalvas lembradas.

Caio Mário da Silva Pereira¹⁷⁸, sem se referir à cessão do contrato de empreitada, esclarece quanto à subempreitada que “no silêncio do contrato pode o empreiteiro transferir a outrem as suas obrigações, sendo muito comum a *subempreitada parcial*. A *subempreitada total* é admitida sempre que o contrato não tiver sido ajustado em consideração às qualidades pessoais do empreiteiro”. Em seguida, observando que o contrato de empreitada não se presume *intuitu personae*, por força do que dispõe o artigo 626 do Código Civil, deixa assente que, tanto no caso de subempreitada parcial, quanto total, “responde o empreiteiro pela má execução e contra ele pode o dono reclamar, porque suas obrigações subsistem”. Invoca o escólio de Orlando Gomes (Contratos), de Alfredo de Almeida Paiva (Aspectos do contrato de empreitada) e de E. V. Miranda Carvalho (Contrato de empreitada).

A cessão do contrato de empreitada, a rigor, não se confunde com a empreitada. Na cessão há necessidade de anuência do proprietário da obra. Na subempreitada não, a menos que a convenção originária estabeleça o contrário. Na cessão, o cedente desliga-se inteiramente do contrato a partir da transferência, ficando o cessionário vinculado pelas obrigações junto ao dono

¹⁷⁸ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*..... cit. p. 322.

da obra. Na subempreitada, o empreiteiro mantém-se no vínculo, porque suas obrigações subsistem.

A subempreitada parece equivaler àquilo que vem sendo tratado como terceirização. Isto é, o contratado subcontrata com terceiros parte da obra ou mesmo a sua totalidade.

Não é incomum que o empreiteiro subempreite o projeto e a execução do cálculo estrutural da obra, da hidráulica, da elétrica e de tantas outras partes de que se constitui a obra inteira encomendada pelo proprietário. Neste caso, tem-se uma empreitada e diversas subempreitadas.

Outra hipótese é o proprietário da obra contratar diretamente diversas empreitadas, cada qual com objeto próprio.

Faz diferença esta forma de contratação quando se cogita da responsabilidade civil. Num caso, há, perante o proprietário da obra, um responsável, noutro há diversos.

No direito português há referência ao concurso de auxiliares na execução da empreitada. Segundo o artigo 1213^o¹⁷⁹ do Código Civil daquele país, esses *auxiliares* são equiparados aos subempreiteiros aos quais se aplicam, com as necessárias adaptações, os preceitos alusivos à substituição do procurador. Dentre eles, destaca-se o que diz que o procurador pode servir-se de auxiliares na execução da procuração, se outra coisa não resultar do negócio ou da natureza do ato que haja de praticar. Cumpre observar que se os auxiliares são equiparados aos subempreiteiros é porque subempreiteiros não são.

Assim, transferindo essa reflexão para o direito brasileiro, que nada dispôs a respeito, tem-se que os terceirizados não são subempreiteiros, mas a eles se estendem, no que couber, não as provisões da subempreitada, porque elas não existem, mas os princípios que a uma e a outra situação são comuns.

Com base no recurso da analogia, à subempreitada podem sem aplicadas as regras que norteiam o substabelecimento previstas no artigo 667 e parágrafos do Código Civil.

Assim, três situações diversas podem acontecer.

¹⁷⁹ V. nota de rodapé nº 155.

A primeira se dá quando o contrato celebrado entre empreiteiro e proprietário contém cláusula proibindo a subempreitada e, não obstante, ela ocorre. Nesse caso, o empreiteiro responde pelos danos experimentados pelo dono da obra, mesmo que decorrentes de fortuito ou força maior, salvo se provar que o caso teria sobrevindo, ainda que não tivesse havido a subempreitada. Quer dizer: a excludente que ordinariamente faz romper o nexo de causalidade, não opera o efeito natural, dado o ilícito contratual em que incidiu o empreiteiro. No entanto, se lograr demonstrar que o dano teria sobrevindo mesmo que não tivesse havido a subempreitada, ficará forro de responsabilidade, para elidir o enriquecimento sem causa.

Outra situação se dá quando há expressa autorização para o empreiteiro subempreitar. Sendo assim, eventuais danos que o subempreiteiro causar ao dono da obra serão de sua responsabilidade. O empreiteiro responderá somente se tiver agido com culpa na escolha do substituto. Haverá entre empreiteiro e subempreiteiro solidariedade, se existir previsão contratual.

E a outra situação é aquela em que os contratantes, empreiteiro e proprietário da obra, não previram a subempreitada. Nem há proibição, nem expressa autorização. Nesse caso, o dano causado ao proprietário deverá ser ressarcido pelo subempreiteiro se ficar demonstrado o inadimplemento culposos da sua obrigação, incidindo, pois, a regra geral prevista para a inexecução das obrigações.

Essas observações todas têm lugar no âmbito das relações contratuais. E mesmo assim, para as hipóteses em que a responsabilidade é subjetiva, porque se ela tiver por fundamento a culpa presumida, como é o caso dos danos advindos de segurança e solidez da obra considerável, prevista no artigo 618 do Código Civil, o dano causado ao proprietário deverá ser ressarcido por quem tenha dado causa a ele. Havendo, porém, proibição de subempreitar, a pretensão do ofendido poderá dirigir-se contra o subempreiteiro causador da ofensa, ou contra o empreiteiro que descumpriu a avença.

No que respeita a danos provocados a terceiros estranhos à relação contratual, valem as observações feitas anteriormente. Ou seja, respondem o proprietário e o empreiteiro, ou aquele e o subempreiteiro, se for o caso. Pelos mesmos fundamentos escandidos alhures.

5.8. Da responsabilidade civil do empreiteiro em relação aos seus empregados

Os empregados do empreiteiro de obra de construção civil podem sofrer danos no exercício de suas atividades. A questão que se propõe comentar neste tópico consiste no saber se o dono da obra responde juntamente com o empreiteiro, e, se afirmativa a resposta, essa responsabilidade é objetiva, ou subjetiva, solidária, ou não.

De duas ordens pode ser apreciada tal responsabilidade. De direito especial, o que dá ensejo à ação acidentária, nas hipóteses e no regime previstos em legislação especial, o que refoge do presente estudo. E de direito comum, se o empreiteiro deixou de cumprir as obrigações de dar ao empregado a segurança e demais condições de trabalho que a lei lhe impõe.

Aguiar Dias¹⁸⁰ dá notícia de que havia caudaloso repositório de decisões que reconheciam a solidariedade, até por questões humanitárias, vindo no dono da obra a via mais fácil para a reparação. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, em Câmara integrada por magistrados cujos nomes estão estreitamente voltados para a ciência do direito civil, tais os de Ruy Rosado de Aguiar, Sálvio de Figueiredo e Barros Monteiro, nos Recursos Especiais nºs. 329.049¹⁸¹ e 264.581¹⁸² atribuiu a responsabilidade apenas à empresa de prestação de serviços, descabendo a denúncia à lide da pessoa jurídica cliente, não havendo sequer razão para se cogitar de solidariedade.

Essa orientação parece realmente a mais acertada. O empregado do empreiteiro tem vínculo contratual apenas com ele. Os riscos decorrentes dessa relação devem e normalmente são levados em conta na fixação do preço da contratação da empreitada. Indiretamente, pode-se dizer que o proprietário da obra participa, de certa maneira, na indenização devida aos que forem vítimas de dano durante a sua execução. Por isso, não se pode dizer

¹⁸⁰ José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade.....*, cit. p. 401.

¹⁸¹ Resp. 329.049 (STJ); “Sendo o vínculo empregatício entre o empregado e a empresa que tem por objeto social a prestação de serviços de mão-de-obra, é esta que responde civilmente pelas lesões sofridas em acidente de trabalho, descabendo, no bojo da ação indenizatória, a denúncia à lide da pessoa jurídica cliente, em cujas instalações o autor, executando instalação de luminária, sofreu o sinistro”.

¹⁸² Resp. 264.581 (STJ): “Salvo se comprovada a efetiva participação da empresa concessionária de serviços públicos, dona da obra, no acidente de trabalho ocorrido com empregado da empreiteira contratada, o que não ocorreu na espécie, a responsabilidade pela indenização pertence, exclusivamente, à empregadora, inexistindo solidariedade passiva da primeira em indenizar o autor pelos danos morais e materiais”.

que o princípio da socialidade deixou de ser observado, e que a propriedade não cumpriu o seu papel de função social. O proprietário não integra a lide, mas *responde* por via oblíqua.

5.9. Da responsabilidade civil do empreiteiro em face do Código de Defesa do Consumidor

Ao analisar o contrato de empreitada, foram feitas breves anotações no Capítulo I, Item 9 deste trabalho a respeito de sua inserção no âmbito do Código de Defesa do Consumidor. O que se pretendeu naquele passo foi apenas anunciar que a situação jurídica decorrente do contrato de empreitada não se circunscreve tão somente às provisões do Código Civil. Além de diversas outras leis que têm importância no exame do tema, destaca-se a Lei 8.078, de 11.9.1990. Não porque seu objetivo seja a relação contratual em causa, mas porque os contratos em geral, e assim a empreitada, podem estar submetidos ao regime especial. Para tanto, basta que estejam caracterizados, como pólos de interesse, de um lado o consumidor, e de outro, o fornecedor de produtos e serviços. Os contratos de empreitada em geral inserem-se nesse sistema. O empreiteiro como fornecedor de serviços e produtos, e o proprietário da obra encomendada como consumidor.

Em obra coletiva intitulada Responsabilidade Civil, sob orientação de Giselda M. F. Novaes Hironaka e coordenação de Vaneska Donato de Araújo¹⁸³, é desta última o capítulo XXVII que tem como epígrafe a Responsabilidade nos Contratos de Construção.

Nele, a autora põe em evidência a presença do Código de Defesa do Consumidor nas relações decorrentes não do contrato de empreitada, mas do contrato de construção, observando que “a aplicação do CDC aos contratos de construção é cristalina e decorre da própria lei, já que, ao definir fornecedor, o art. 3º inclui expressamente o construtor, que é novamente mencionado no art. 12 do mencionado diploma legal. Do mesmo modo, seu art. 53 menciona os contratos de compra e venda de imóveis.”

Acrescenta mais adiante que “assim, aplicar-se-á o CDC sempre que a construção for realizada para o destinatário final, mas não quando a construção

¹⁸³ Giselda M. F. Novaes Hironaka (orientação) e Vaneska Donato de Araújo (coordenação), *Responsabilidade civil*, vol. 5. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 284.

decorrer de encomenda de empresas que comercializarão os imóveis, de modo habitual e profissionalmente.”

Aduz em seguida que “também mediante a aplicação do CDC, infere-se que a responsabilidade dos construtores e afins é objetiva, não mais funda no risco do empreendimento, mas sim no defeito do produto (material) ou serviço (a construção propriamente considerada)”, sendo que “a principal diferença que se observa entre as disposições da legislação consumerista e as do CC é que, no CDC, a origem do defeito é presumida, por força do art. 12, § 3º, II. Assim, basta ao consumidor provar o dano e o nexo causal. De outro lado, se aplicadas somente as normas civis, o dono da obra tem o ônus de comprovar sua existência e origem”.

Conquanto a tipificação contratual, bem como as características próprias estejam a cargo do Código Civil, é inegável que na maior parte dos casos é a lei consumerista que deve ser invocada para a solução de conflitos oriundos daquela situação jurídica. Em particular no que diz respeito à responsabilidade civil do fornecedor de serviços e produtos.

Daí a orientação simplista de que, caracterizada a relação de consumo, aplica-se à responsabilidade civil do empreiteiro a lei do consumidor. Não caracterizada aquela relação, a responsabilidade civil dele guia-se pelas regras do Código Civil. Se esta afirmação não carece de maiores dificuldades, não é o que ocorre no exame da casuística, porque nem sempre é simples a precisa caracterização da relação contratual estabelecida pelas partes.

Aguiar Dias chama a atenção para o que não é incomum acontecer. Sem voltar sua preocupação propriamente às relações de consumo, mesmo porque quando escreveu não havia no ordenamento jurídico a lei do consumidor, mas atento tão só à própria caracterização do contrato de empreitada, adverte: “Outro ponto digno de esclarecimento: não é empreiteiro o que exerce, no interior, a chamada *empreitada*, que traduz mera forma de remuneração na locação de serviços. Se não há tal autonomia em relação ao *dominus*, a responsabilidade pelos danos é daquele e não do encarregado da obra”¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Aguiar Dias, *Da responsabilidade* cit. p. 398.

O casuísmo, insista-se, demanda primeiro que se identifique com precisão o *tipo* contratual; depois o regime jurídico a que deve submeter-se.

Como se disse, os contratos de empreitada de construção civil são em geral regidos pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, mas também pelas do Código Civil. Umas não excluem necessariamente outras, dada a regra da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, artigo 2º, §2º, segundo o qual “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. Os dois sistemas convivem, a menos que se instale entre elas algum conflito.

A responsabilidade civil do empreiteiro, quando ficar caracterizada uma atividade empresarial de sua parte, que é o que habitualmente se verifica, e, como corolário, revela, embora não necessariamente, a ocorrência da relação fornecedor/consumidor, tem como nortes o artigo 931 do Código Civil, bem como os artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo o estatuído pelo dispositivo da lei geral, “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”. A toda evidência, trata-se de responsabilidade objetiva. Prescinde de qualquer verificação de culpa. A obra que o empreiteiro executa é o produto colocado em circulação.

O Enunciado nº 42 da Primeira Jornada do Conselho de Justiça Federal deu extensão maior ao conceito de *fato do produto* mencionado pelo Código de Defesa do Consumidor, assim prescrevendo: “O art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos”. Assim, se a obra executada pelo empreiteiro causar danos, haverá responsabilidade. Sejam danos a quem a encomendou, sejam a terceiros. Logo, o texto abrange a responsabilidade contratual e extracontratual.

Antes de examinar os textos da lei consumerista, é preciso frisar que o artigo 931 do Código Civil, ao ressaltar *outros casos previstos em lei especial*, é dotado de generalidade e por isso não se aplica a situações tipificadas em regramentos específicos. Isso não significa dizer, no entanto, como adverte

James Eduardo Oliveira¹⁸⁵, “que a nova responsabilidade empresarial, de cunho objetivo e delineada com extrema amplitude no art. 931 da Lei Civil, não possa ampliar a malha protetora de consumidores, interagindo com as normas da Lei 8.078/90. Isso, obviamente, sem prejuízo da clara e irrestrita incidência sobre relações e situações que não se caracterizam como *de consumo*”.

Vale dizer, então, que se a vítima do dano é consumidora, aplica-se a lei específica; sendo relações empresariais ou entre empresas, ou de algum outro modo, fora do alcance da lei consumerista, prevalece o artigo 931. O texto tem, pois, aplicação residual.

A propósito, foi editado o Enunciado nº 190 durante a realização da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, segundo o qual: “A regra do art. 931 não afasta as normas acerca da responsabilidade pelo fato do produto previstas no CDC 12, que continuam mais favoráveis ao consumidor lesado”.

Anote-se ainda que o fato de a lei dizer que a responsabilidade do empresário prescinde da culpa não autoriza o entendimento de que o fundamento seja o risco integral. O empresário responde pelo dano causado pelo defeito do produto colocado em circulação, considerado como tal o produto que não oferece a segurança legitimamente esperada, conforme determina o parágrafo 1º do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor.

É preciso, pois, que no caso do empreiteiro empresário, a obra executada não ofereça a quem a tenha encomendado, ou a terceiro, risco que não seja intrínseco dela, em razão de defeito que se pode legitimamente esperar. Se a obra ocasionar danos estranhos, como por exemplo, a executada em lugar de acesso difícil ou perigoso, nem por isso ela se considera defeituosa. E por isso não há lugar para se cogitar de responsabilidade, apesar de se tratar de responsabilidade objetiva.

Assim, quando a situação jurídica estiver sujeita às normas do Código de Defesa do Consumidor, o empreiteiro responde, independentemente de culpa, pelos danos causados ao proprietário e a terceiros, por defeitos, quaisquer que afetem ou não a solidez e segurança da obra. Já a

¹⁸⁵ James Eduardo Oliveira, *Código civil anotado e comentado*. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2ª edição, p. 816.

responsabilidade do proprietário da obra perante terceiros tem sua fundamentação legal nas disposições do Código Civil.

Caracterizada a relação de consumo, a responsabilidade do empreiteiro é disciplinada pela lei especial e não pelo Código Civil. O artigo 12 *caput* da Lei 8.078/90 refere-se expressamente ao *construtor*, e o artigo 14 do mesmo Código trata do *fornecedor de serviços*¹⁸⁶.

Não pode haver dúvida, portanto, quanto à submissão de um determinado contrato de empreitada à lei especial, quando estiverem presentes as figuras do consumidor e do fornecedor. Neste caso, os defeitos da obra, sejam aparentes ou ocultos, sejam os que afetam a segurança e solidez dela, haverão de encontrar solução nas disposições do Código do Consumidor, não nos preceitos do Código Civil. Assim, os defeitos, bem como os prazos para a apresentação de objeções, não são os da lei geral, mas o da lei especial, embora, subsidiariamente, seja possível a aplicação do Código Civil no que não puder ser solucionado pelo Código do Consumidor.

No que diz respeito à responsabilidade do fornecedor (no caso do empreiteiro), a lei consumerista trata, numa seção, da responsabilidade por fato do produto e do serviço, destacando-se o parágrafo 1º do artigo 14, que determina que “o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais, o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido”. Isenta-se da responsabilidade, o fornecedor, se provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste, ou então, que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, conforme aduz o parágrafo 3º do mesmo dispositivo legal.

Noutra seção, alude à responsabilidade por vício do produto e do serviço, mencionando os vícios de qualidade e de quantidade que tornam impróprio ou inadequado o bem fornecido, ou lhe diminui o valor (artigos 18 e

¹⁸⁶ Código de Defesa do Consumidor. Art.12 – O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projetos, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, manipulação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

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

20), sendo de nenhuma importância a alegação de ignorância sobre os vícios (artigo 23).

Quanto ao direito que o consumidor tem (no caso, o dono da obra encomendada) de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação, bem como os vícios ocultos, o prazo para fazê-lo é de noventa dias, contados, no primeiro caso, da data da efetiva entrega da obra executada, e no segundo caso, do dia em que ficar evidenciado o defeito. Este prazo é de natureza decadencial, afirmações que encontram apoio no artigo 26 e parágrafos do Código de Defesa do Consumidor.

Estes preceitos, não é demais lembrar, têm aplicação nas relações contratuais entre empreiteiro e dono da obra, com vistas à pretensão ali estabelecida.

Acrescente-se que também pode ser utilizada na relação consumerista aquilo que está contemplado no Código Civil acerca do prazo de garantia. Considerando que inexistente na lei do consumidor um dispositivo equivalente ao artigo 446, nada obsta que o seu mandamento se estenda às relações de consumo no que diz respeito à fluência do prazo para reclamar sobre os defeitos do produto ou do serviço executado. Referido preceito estabelece que “não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência”. Dessa forma, se a empreitada estiver regida como uma relação de consumo, o artigo 446 do Código Civil deve ser aplicado, quando se trata de defeito que não afete a segurança e solidez da obra.

No que tange a danos que a obra tenha causado, quer àquele que a encomendou, quer a terceiros (artigo 17), a pretensão de sua reparação deve ser feita no prazo de cinco anos, contados do dia do conhecimento do dano, não da entrega do serviço. Este prazo quinquenal tem natureza prescricional, não decadencial, tendo fundamento legal no artigo 27 da lei consumerista.

No entanto, se o regime jurídico a ser observado não for o do Código de Defesa do Consumidor, o prazo para exigir a reparação de danos causados por defeito que afeta a segurança e solidez da obra, não é o de cinco anos, mas o de dez anos, com fundamento no artigo 205 do Código Civil, conclusão que se assentou nas razões expostas anteriormente.

Com a admissibilidade desse entendimento, a proteção conferida ao dono da obra seria maior no regime do Código Civil do que no do Código de Defesa do Consumidor. Isso pode conduzir ao entendimento de que dado o que se vem difundindo sobre o chamado diálogo das fontes, o Código Civil poderia sim ser invocado, uma vez que, no caso, se trata de lei mais favorável ao consumidor. Ou seja, alargar-se-ia o prazo do artigo 27 para maior proteção do consumidor.

Oportuno trazer à colação, a este propósito, o que Cláudia Lima Marques¹⁸⁷ observou com propriedade em capítulo de livro que teve dela a coordenação, intitulado *Diálogo das Fontes – Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*.

Refere a autora na abertura do capítulo que Erik Jayme -- por ela considerado o grande mestre de Heidelberg, que se inspirou na busca de coerência no sistema de direito --, “ao analisar o reflexo da cultura da comunicação no direito, afirma que o fenômeno mais importante, nesta sua nova teoria dos reflexos da pós-modernidade no direito internacional privado, é que a ‘solução dos conflitos de leis emerge agora de um diálogo entre as fontes as mais heterogêneas’. Os direitos humanos, os direitos fundamentais e constitucionais, os tratados, as leis e códigos, ‘estas fontes todas não mais se excluem, ou não mais se revogam mutuamente; ao contrário, elas ‘falam’ uma às outras e os juízes são levados a coordenar estas fontes ‘escutando’ o que as fontes ‘dizem’” .

Esta teoria, sem dúvida, afirma a superação da noção de conflito entre leis, substituindo-a pela coordenação, para tornar possível a aplicação de diferentes leis sobre um mesmo caso, de forma orientada, justamente, pela proteção dos direitos fundamentais e da pessoa humana. Por isso, não parece heresia admitir que o prazo do artigo 27 da lei consumerista seja substituído pelo do artigo 205 do Código Civil, embora a situação jurídica não esteja submetida ao regime da lei especial.

¹⁸⁷ Cláudia Lima Marques (coordenação), *Diálogo das fontes – do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.18.

Conclusões

1. O contrato de empreitada acarreta obrigações para ambas as partes, empreiteiro e proprietário da obra. Relativamente a um modo de classificar as obrigações, considera-se de resultado, não de meio, a obrigação que o empreiteiro assume, mas apenas a obrigação que constitui mesmo o objeto principal da sua prestação, qual seja, a de fazer a obra encomendada.
2. Não é o fato de a obrigação do empreiteiro ser de resultado que a sua responsabilidade pelos danos eventualmente decorrentes da execução da obra é objetiva.
3. Em razão dos princípios norteadores dos contratos, empreiteiro e proprietário da obra devem congrega mutuamente esforços para o fiel desempenho das obrigações que a um e a outro competem.
4. Em relação ao dono da obra, a responsabilidade civil do empreiteiro por danos resultantes da obra executada é contratual e subjetiva com presunção de culpa. Em relação a terceiros, é objetiva e em determinados casos solidária com a do proprietário da obra encomendada.
5. Os danos pelos quais responde o empreiteiro têm a mais ampla abrangência, patrimoniais e extrapatrimoniais, inclusive os punitivos e os que se verificam pela perda de chance.
6. O prazo de cinco anos do artigo 618 *caput* do Código Civil é prazo de garantia de solidez e segurança da obra executada e entregue, que não pode ser convencionado menor, embora admissível maior.
7. O prazo de cento e oitenta dias do parágrafo único do artigo 618 do Código Civil é decadencial e presta-se ao manejo das ações edilícias, redibitória e estimatória, desde que do defeito tome conhecimento o dono da obra no prazo de cinco anos.
8. Para a reparação de danos causados ao proprietário por defeitos de solidez e segurança da obra, o prazo é de dez anos, com base no artigo 205 do Código Civil, e tem natureza prescricional, tendo como termo inicial a data da ofensa, ou a do escoamento do prazo de garantia, no mínimo de cinco anos.

9. Para a reparação de danos causados a terceiros, o prazo, também de natureza prescricional, é de três anos, consoante o artigo 206, parágrafo 3º, inciso V, do Código Civil, tendo como termo inicial a data da ofensa.
10. Perante terceiros, a responsabilidade civil do empreiteiro é objetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade civil*, revista e atualizada por Rui Berford Dias, Rio de Janeiro, Lúmen Júris Editora, 12ª edição, 2012.

----- *Cláusula de não-indenizar*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 4ª edição, 1980.

ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, Rio de Janeiro, Editora Jurídica Universitária Ltda., 3ª edição, 1965.

AMARAL, Francisco, *Direito civil, Introdução*. Rio de Janeiro, Renovar, 5ª edição, 2003.

----- *Os atos ilícitos. O novo código civil. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*, coordenadores: Domingues Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes, Ives Gandra da Silva Martins Filho, São Paulo, LTr, 2003.

ANCONA LOPEZ, Teresa. *Comentários ao código civil, vol. 7*, Coordenador Antônio Junqueira de Azevedo, São Paulo, Editora Saraiva, 2003.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria geral das obrigações*, Coimbra, Livraria Almedina, 3ª edição, 1966.

ANDRIGHI Nancy, BENETI Sidnei Beneti e ANDRIGHI Vera, *Comentários ao novo código civil, vol. IX*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de, *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*, São Paulo, Editora Saraiva, 4ª edição, 7ª tiragem, 2010.

BEVILAQUA, Clóvis, *Código Civil comentado, volume IV*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 10ª edição, 1955.

BOULOS, Daniel M.. *Abuso do direito no novo Código Civil*, São Paulo. Método. 2006.

CAHALI, Yussef Said, *Prescrição e decadência*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, 2ª edição.

CARVALHO, E. V. de Miranda, *Contrato de empreitada*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1ª edição, 1953.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio, *Contratos no direito civil brasileiro – tomo II*, Rio de Janeiro, Revista Forense, 4ª edição, 1957.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, São Paulo, Editora Atlas, 7ª edição, 2007.

CECCHERINI Grazia, *Il código civile – commentario*. Milão. Giuffrè editore, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de direito civil, contratos*, São Paulo, Editora Saraiva, 4ª edição, 2010.

COSTA SENA, *Da empreitada no direito civil*, Rio de Janeiro, 1935..

COUTO E SILVA, Clóvis V., *A obrigação como processo*, São Paulo, FGV Editora, 2012, 7ª reimpressão.

DE RUGGIERO, Roberto, *Instituições de direito civil – volume III*. Tradução da 6ª edição italiana por Ary dos Santos, São Paulo, Edição Saraiva, 1973.

DIEZ-PICAZO, Luiz, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, Editorial Tecnos, 1ª edición, 2ª reimp., 1979.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil, vol. 7*, São Paulo, Editora Saraiva, 26ª edição, 2012.

_____. *Curso de direito civil, vol 3*, São Paulo, Editora Saraiva, 27ª edição, 2011.

_____. *Código civil anotado*, São Paulo, Editora Saraiva, 16ª edição, 2012.

_____. *Tratado teórico e prático dos contratos, 2º vol.*, São Paulo, Saraiva, 2002.

ESPINOLA, Eduardo, *Sistema de direito civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1977, edição histórica.

FACHIN, Luiz Edson, *Direito civil – sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro, Renovar, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de, e Nelson Rosendal, *Curso de direito civil, vol. 4*. Salvador, Editora JusPODIVM, 3ª edição, 2013.

FERRARA, Luigi Cariota, *Il negozio giuridico*, Morano Editore.

FRATINI, Marco, *Manuale di civile*, Roma, Nel Diritto Editore, 2011.

GOMES, Orlando, *Contratos*, Atualizadores Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino, Rio de Janeiro, Editora Forense, 26ª edição, 2009.

GABURRI, Fernando, BERALDO, Leonardo de Faria, SANTOS, Romualdo Baptista dos, VASSILIEF, Silvia, ARAÚJO, Vaneska Donato de, orientação de HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes (orientação), *Responsabilidade civil*, vol. 5, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GODOY, Claudio Luiz Bueno, *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, São Paulo, Saraiva, 2010

GOMIDE, Alexandre Junqueira, *Contrato de empreitada e inexecução: aspectos controvertidos envolvendo prazos do exercício de pretensões e direitos*, Revista do Instituto de Advogados de São Paulo, Editora IASP, ano 17, 34, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, vol. 3. São Paulo, Editora Saraiva, 7ª edição, 2010.

_____ *Responsabilidade civil*, São Paulo, Editora Saraiva, 8ª edição, 2003.

GOSSON, Alberto Jorge Junior, *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2004.

GUERRA, Alexandre, *Responsabilidade civil por abuso de direito*, São Paulo, Editora Saraiva, 2011.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 1999.

LARENZ, Karl, *Derecho civil –parte general*, Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LEONARDO, Francisco Xavier, *Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro*, Revista de Direito Privado, 19, julho-setembro, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LOTUFO, Renan, *Código Civil comentado; parte geral (arts. 1º a 323)*, vol. 1. São Paulo, 2003.

LOUREIRO, Luiz Guilherme, *Contratos, teoria geral e contratos em espécie*. São Paulo, Editora Método, 3ª edição, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima, *Diálogo das fontes – do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro* (coordenação), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2ª tiragem, 2012.

_____. *Contratos no código de defesa do consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição, 2011.

MARTON, G, *Les fondements de la responsabilité civile*, Paris, 1938.

MATHIAS, Maria Ligia Coelho e DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Direito civil – contratos*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito de construir*, São Paulo, Malheiros Editores, 11ª edição, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico, plano da validade*. São Paulo, Saraiva, 10ª edição, .

_____, *Teoria do fato jurídico, plano da eficácia, 1ª parte*. São Paulo, Saraiva, 6ª edição, 2010.

MESSINEO, Francesco, *Il contratto in genere, tomo primo*. Milano, Giuffrè Editore. 1973.

MIRANDA, Pontes de, *Tratado de direito privado, tomo 26, atualizado por Vilson Rodrigues Alves*, Capinas, Bookseller, 1ª edição, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil – direito das obrigações – 1ª parte, atualizado por Carlos Alberto Dabus Maluf*, São Paulo, Saraiva, 2003.

MONTEL, Alberto. *Problemi della responsabilità civile e del danno*. Padova. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1971.

MORAES, Maria Celina Bodin de, *Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

NERY, Nelson Júnior e NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código Civil Comentado*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição 2005.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, São Paulo, Saraiva, 4ª edição, 2013.

_____. *Responsabilidade por perda de chances*, Revista de Direito Privado, 23, julho-setembro, 2005, Editora Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código Civil anotado e comentado*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2ª edição. 2010.

PAIVA, Alfredo de Almeida, *Aspectos do contrato de empreitada*, Rio de Janeiro, Revista Forense, 1955.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil, vol. III*, Rio de Janeiro, 8ª edição, 1990.

PERLINGIERI, Pietro, *O direito civil na legalidade constitucional, Perfis do direito civil*, trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

PONZANELLI, Giulio, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, Rivista di Diritto Civile, ano XXIX.n. 4, julho-agosto, 1983.

REALE, Miguel, *O projeto do novo código civil*, São Paulo, Saraiva, 2ª edição.

RIZZARDO, Arnaldo, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

_____. *Responsabilidade civil*, Rio de Janeiro, Forense, 4ª edição, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil vol. 3*. São Paulo, Editora Saraiva, 28ª edição, 2002.

ROSADO, Ruy de Aguiar Júnior, *Projeto do código civil: as obrigações e os contratos*. Revista dos Tribunais, ano 89, vol. 775, maio de 2000.

ROSENVALD, Nelson, *As funções da responsabilidade civil*, São Paulo, Editora Atlas, 2ª edição, 2014.

_____. *Código civil comentado sob coordenação Ministro Cezar Peluso*, Barueri, Editora Manole, 2ª edição, 2008.

SERPA LOPES, Miguel Maria, *Curso de direito civil, vol. IV*. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos S/A, 3ª edição, 1962.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, São Paulo, Editora Atlas, 5ª edição, 2013.

SILVA, Alfredo Bernardo da, *Parecer*, Revista Forense, vol. 45

STOLFI, Giuseppe, *Teoria Del negocio jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

TELLES, Inocência Galvão, *Direito das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, 3ª edição, 1980.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *O contrato e sua função social*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004.

TORRENTE, Andrea, *Manuale di diritto privato*, Milão, Giuffrè, 1968.

TRABUCHI, Giuseppe, *Le prestazioni dello spedizioniere e l'obbligazione di risultato*, Rivista di Diritto Civile, ano XXVIII, maggio-giugno, n. 3, 1982.

VILELA, João Batista, *Por uma nova teoria dos contratos*, Revista Forense, vol. 261, Rio de Janeiro.

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito civil, contratos em espécie*, São Paulo, Editora Atlas, 8ª edição, 2008.

