

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

THAÍS FERNANDES CHEBATT

CONTRATO DE EMPREITADA

SÃO PAULO

2014

THAÍS FERNANDES CHEBATT

CONTRATO DE EMPREITADA

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado no Curso de Pós Graduação, como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialização em Direito Contratual, sob orientação da Professora Vivien Lys Porto Ferreira.

SÃO PAULO

2014

DEDICATÓRIA

*Ofereço este trabalho à minha família,
em especial aos meus pais, José e Tânia e ao
meu irmão Thiago, pelo amor incondicional e
pelo apoio que têm me dado para o alcance de
meus objetivos profissionais e pessoais.*

AGRADECIMENTOS

*Agradeço aos ilustres professores que tive na
Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP,
pela dedicação, esforço e conhecimento acadêmico que me
transmitiram ao longo do curso, especialmente à
Professora Vivien Lys, orientadora deste trabalho.*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo dar uma visão geral acerca do Contrato de Empreitada, bem como mostrar as suas diversas modalidades, apontando as responsabilidades do dono da obra e construtor, bem como o diferenciando de outros contratos.

ÍNDICE GERAL

1. - INTRODUÇÃO	- 1 -
2. - CARACTERÍSTICAS GERAIS DO CONTRATO DE EMPREITADA	- 2 -
2.1. – Origem	- 2 -
2.2 – Histórico no Brasil.....	- 3 -
2.2.1 – Código Comercial de 1850	- 3 -
2.2.2 – O Código Civil de 1916 e de 2002	- 4 -
2.3 – Conceito e Natureza Jurídica.....	- 5 -
2.4 - Elementos	- 9 -
3. - MODALIDADES DE EMPREITADA	- 10 -
3.1 – Empreitada a Preço Fixo.....	- 10 -
3.2 – Empreitada a Preço Unitário ou por medida	- 10 -
3.3 – Empreitada mista ou global	- 11 -
3.4 – Empreitada a Preço máximo.....	- 12 -
3.5 – Empreitada por administração	- 12 -
3.6 – Empreitada por labor ou mão-de-obra.....	- 13 -
4. - Subempreitada.....	- 16 -
5. - EFEITOS DA EMPREITADA	- 17 -
5.1 – Dono da obra	- 17 -
5.2 – Empreiteiro	- 18 -
5.2.1 – Responsabilidades do Empreiteiro	- 20 -
5.2.2 – Responsabilidade do incorporador	- 26 -
6. - SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DA EMPREITADA	- 28 -
7. - DIFERENÇAS DA EMPREITADA COM OUTROS CONTRATOS	- 30 -
8. - CONCLUSÃO	- 32 -
9. – BIBLIOGRAFIA	- 34 -

1. - INTRODUÇÃO

O contrato de empreitada teve origem no direito romano, a partir do contrato de locação, o *locatio conductio operis*, ou ainda, *locatio operis faciendi*.

Modernamente, tais contratos representam parcela significativa dentre as atividades econômicas desenvolvidas no Brasil, fato este intensificado a partir da década de 1950, após o término da segunda guerra mundial.

Nos últimos anos, tem-se visto um número cada vez maior de obras no Brasil, que resultam, de um lado, do bom momento econômico do nosso país, e do outro, da necessidade do país em melhorar sua infraestrutura para receber os grandes eventos como a Copa do Mundo e Olimpíadas e de construir obras de caráter assistencial, tais como casas populares, escolas, hospitais, etc. Isto sem contar no maciço investimento da iniciativa privada no Brasil, o qual faz aumentar o número de obras de todo gênero espalhadas pelo país.

E referido crescimento dos contratos de empreitada não é verificado apenas no Brasil, a indústria da construção tem possuído significativa contribuição para o PIB em diversos países desenvolvidos e em desenvolvimento, como, por exemplo o Reino Unido e os Emirados Árabes Unidos.

O contrato de empreitada também tem sido objeto de diversos conflitos e disputas, principalmente no que se refere as obrigações das partes e à responsabilidade do empreiteiro com relação a solidez e segurança da obra e perante terceiros.

Assim, o objetivo do presente trabalho é trazer aspectos gerais do contrato de empreitada tais como, seu conceito, modalidades, apontar as obrigações e responsabilidades de parte a parte bem como fazer uma comparação com a legislação estrangeira.

Também faremos uma comparação do contrato de empreitada com contratos semelhantes a ele, tais como a prestação de serviços, locação, fornecimento e compra e venda.

2. - CARACTERÍSTICAS GERAIS DO CONTRATO DE EMPREITADA

2.1. – Origem

O contrato de empreitada teve origem no direito romano, a partir do contrato de locação, o *locatio conductio operis*, ou ainda, *locatio operis faciendi*.

A *locatio conductio* tinha por objetivo regulamentar a atividade dos indivíduos que se comprometiam a locar sua mão de obra, recebendo em contrapartida certo preço. A *locatio operis faciendi*, por sua vez, mantinha relação com a empreitada contemporânea, pois correspondia à execução de certa obra, na qual o indivíduo, na época denominado *conductor* assumia a obrigação de realizar determinada obra previamente estipulada com seu dono, este que era denominado *locator*.¹

Dessa forma, a mão de obra fornecida pelo conductor ao locator era prestada mediante a promessa de pagamento de certo preço. Quanto aos utensílios a serem utilizados na construção da edificação, estes eram fornecidos pelo locator, que os cedia mediante o pagamento de aluguel, ou seja, o contrato romano da *locatio operis faciendi* seria a empreitada que tinha como partes do contrato o conductor que corresponderia à figura do empreiteiro e o locator, que mantinha relação com o dono da obra.

Nesse sentido Orlando Gomes² corrobora o entendimento de que o contrato de empreitada de hoje era o *locatio operis faciendi* do direito romano: “*Espécies da locatio conductio era, no Direito Romano, a locatio operis faciendi, contrato hoje conhecido pelo nome de empreitada*”.

Com a edição do Código Napoleônico, os princípios da locação no direito romano foram codificados e deixou de se ter uma divisão da locação entre: coisas, serviços e obra.

¹ PAIVA, Alfredo de Almeida. Aspectos do contrato de empreitada. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1997, p. 3/4.

² GOMES, Orlando. Contratos. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1999, p. 297.

Segundo Alfredo de Almeida Paiva³, a matéria foi sintetizada em duas espécies apenas, sendo que o contrato de empreitada ficou alocado na “*Celui des entrepreneurs d’ouvrage par suite de devis ou marchés*”.

2.2 – Histórico no Brasil

2.2.1 – Código Comercial de 1850

Na época do Império brasileiro, além das Ordenações do Reino, nas quais eram tratados assuntos de locação de casa e arrendamento de rendas públicas, existiam algumas leis específicas para regular os contratos de prestação de serviços e locação de serviços.

Somente com a promulgação do Código Comercial em 1850 é que houve uma sistematização do assunto, sendo que toda a matéria relativa a locação, especialmente a empreitada, passou a ser regulada por ele.

No entanto, em que pese as disposições expressas do Código Comercial sobre a empreitada mercantil, referida legislação pouco criou em termos de obrigações e responsabilidades oriundas desse contrato. O Código Comercial nada dispôs, por exemplo, sobre a responsabilidade técnica do empreiteiro pela execução da obra, ou pela sua solidez, apenas dispondendo, de forma geral, na locação de serviços, pela responsabilidade do empreiteiro pela perfeição da obra até o momento de sua entrega.

Os únicos artigos que cuidaram de forma mais precisa sobre a responsabilidade do empreiteiro foram os artigos (revogados) 231 e 232 do Código Comercial, os quais se encontram revogados, ao estabelecerem a responsabilidade do empreiteiro que contribuía com seu labor e materiais para a obra, ou somente com seu labor, mas sempre antes da entrega da obra:

“Art. 231 - Nos ajustes de locação de serviços, se o locador, oficial ou artífice se encarregar de fornecer a matéria e o trabalho, perecendo a obra antes da entrega, não terá direito a paga alguma; salvo se, depois de pronta, o locatário for negligente em a receber.”

³ PAIVA, Alfredo de Almeida. Aspectos do contrato de empreitada. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1997, p. 4.

“Art. 232 - Se o empreiteiro contribuir só com o seu trabalho ou indústria, perecendo os materiais sem culpa sua, perecem por conta do dono, e o empreiteiro não tem direito a salário algum; salvo se, estando a obra concluída, o locatário for omissivo em a receber, ou a coisa tiver perecido por vício próprio da sua matéria.”

Referidas disposições legais para regulação da locação ficaram em vigor até o advento da República, sendo que o Decreto nº 213 de 22.02.1890, revogou expressamente todas as leis relativas a locação de serviços.

2.2.2 – O Código Civil de 1916 e de 2002

Considerando o exposto acima, nota-se que até a promulgação do Código Civil de 1916, muito pouco foi produzido em termos legislativos, no que se refere ao contrato de empreitada, limitando-se as normas daquela época a regularem a prestação de serviços, com fulcro, sobretudo na atividade do trabalhador agrícola.

Após a entrada em vigor do Código Civil, em 1º de janeiro de 1916, a matéria relativa a empreitada passou a ser regulada pelos artigos 1237 a 1247, sem que, entretanto o legislador tenha conceituado expressamente o contrato de empreitada⁴.

Vale lembrar que na época em que o Código de 1916 foi redigido (século XIX, em que houve uma vasta expansão do capitalismo), era necessário que não houvesse impedimentos para a circulação de riquezas. Em razão disso, as partes tinham total liberdade para contratar e negociar, sem que houvesse intervenção do Estado.

Assim, a principal ideia na época era a da liberdade de contratar. As partes eram livres para escolher contratar ou não contratar, escolher o seu parceiro contratual, além de estabelecer o conteúdo desse contrato enquanto que o Estado se limitava a fazer valer as vontades livremente estabelecidas.

Com a evolução dos contratos e surgimento de conflitos gerados nas relações contratuais privadas, o Estado passou a ter que intervir para resolver esses conflitos de forma cada vez mais frequente.

⁴ WAINER, Ann Helen. Responsabilidade civil do construtor. Editora Forense. Brasília, 1990, p. 10.

Por essa razão, referida liberdade de contratar, sem limites ou regras de regimento contratual, passou a ser questionada pelo Estado, surgindo-se, aí a preocupação com a função social do contrato e também a necessidade de que fosse regulado, ao menos, algumas regras básicas de determinados contratos.

Assim, com o advento do Código Civil, em 2002, o legislador procurou especificar e classificar as condições e regras para o contrato de empreitada entre os artigos 610 e 626, mantendo, no entanto, a tradição do Código Civil de 1916 de não definir empreitada.

2.3 – Conceito e Natureza Jurídica

Conforme exposto acima, definição de contrato de empreitada não está expressa no Código Civil, que não trouxe, em nenhum de seus dispositivos, um conceito para esse contrato.

Diferentemente do que acontece no Brasil, em alguns países, o conceito de empreitada provém da própria legislação local, a exemplo do Código Civil italiano, alemão e português.

No Código Civil português o conceito de empreitada é instituído em seu artigo 1.207, que o define: “Empreitada é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço.”

Já no Código Civil italiano, a noção de empreitada é estabelecida pelo artigo 1.655, que a conceitua como sendo o contrato por meio do qual uma parte se obriga à conclusão de uma obra, ou de um serviço, mediante a respectiva remuneração: “*L'appalto (2222 e seguenti) 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.*”⁵

No Código Civil Alemão, por sua vez, a empreitada é denominada de contrato de execução de obra, nos termos de seu parágrafo 631⁶, definição essa similar à norma do

5 Tradução livre para o português: “A empreitada (2222 e seguintes) é o contrato por meio do qual uma parte assume assume, com organização dos meios necessários e com a gestão do próprio risco, a conclusão de uma obra ou de um serviço, mediante a respectiva remuneração.”

⁶ “§ 631 Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag

(1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Código Civil português, que certamente foi influenciada pelo dispositivo do Código alemão.

Já no direito Brasileiro, o conceito de empreitada se encontra na doutrina. Assim, segundo Caio Mário da Silva Pereira⁷, empreitada é o contrato mediante o qual uma das partes (o empreiteiro) se obriga a realizar uma obra específica, com material próprio ou por este fornecido, cobrando uma remuneração a ser paga pela outra parte (proprietário da obra), sem vínculo de subordinação:

“Empreitada é o contrato em que uma das partes (empreiteiro) se obriga, sem subordinação ou dependência, a realizar certo trabalho para a outra (dono da obra), com material próprio ou por este fornecido, mediante remuneração global ou proporcional ao trabalho executado.”

Pontes de Miranda⁸ define empreitada como um “*contrato pelo qual alguém se vincula, mediante remuneração a fazer determinada obra ou mesmo obra determinável*”.

Assim, verifica-se que, na empreitada, a direção do trabalho é do próprio empreiteiro, assumindo este os riscos da obra.

No que se refere as características, tem-se que o contrato de empreitada é bilateral, pois gera obrigação para ambas as partes; é consensual, já que se propõe a gerar obrigações recíprocas para os contratantes envolvidos; é comutativo, considerando que cada parte pode antever os ônus e as vantagens provenientes do negócio; é oneroso, pois ambas as partes têm benefícios correspondentes aos respectivos sacrifícios; e não solene, não havendo formalidades específicas na contratação⁹.

(2) Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.”

Tradução livre para o português: “§ 631 Deveres contratuais típicos em um contrato de execução de uma obra

(1) Em um contrato de execução de uma obra, o contratado é obrigado a executar a obra prometida e o contratante é o obrigado a pagar a remuneração acordada. (2) O objeto de um contrato de execução de obra pode ser a execução ou alteração de uma coisa ou outro resultado a ser alcançado pela obra ou pelo serviço.”

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Contratos. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2005, p. 315.

⁸ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Editora Bookeseller. Campinas, 2006, p. 472.

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos em espécie, 10ª ed. Editora Atlas. São Paulo, 2010, p. 222; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Contratos. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2005.

Segundo alguns autores, o contrato de empreitada também é aleatório e indivisível, porque seu objeto tem em vista a conclusão da obra como um todo, ainda que a obra seja executada por partes¹⁰.

O contrato de empreitada ainda pode ser classificado como de duração continuada ou execução diferida, pois existem prestações que se prolongam no tempo, e impessoal, nos termos do artigo 626¹¹ do Código Civil, podendo existir a transmissão dos direitos e deveres acordados para terceiros.

Nesse sentido, confira-se entendimento de Fabio Ulhoa Coelho¹²:

“A empreitada é contrato de *forma livre* (pode ser contratado por via oral ou escrita, pública ou privada), *consensual* (basta o encontro de vontade das partes para a constituição do vínculo negocial), *bilateral* (o empreiteiro assume a obrigação de fazer a obra e o dono, a de pagar a remuneração contratada) e, em regra, *impessoal* (a morte dos contratantes não resolve o contrato, a não ser que tenha sido feito em atenção às qualidades especiais do empreiteiro, de acordo com o art. 626 do CC).”

No mesmo sentido é o entendimento de Alfredo de Almeida Paiva¹³: “(...) *podemos afirmar tratar-se de contrato bilateral ou sinalagmático, oneroso, comutativo e consensual, e, segundo alguns acidentalmente aleatório*”

No entanto, alguns autores ponderam que a empreitada pode ter como característica também a pessoalidade, de acordo com a natureza da obra a ser executada.

A classificação do contrato de empreitada no direito argentino é bastante similar ao direito brasileiro, conforme se verifica a lição de Carlos Alberto Gherzi¹⁴:

¹⁰ PAIVA, Alfredo de Almeida. Aspectos do contrato de empreitada. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1997; e DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. 3 23ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2007, p. 299.

¹¹ “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.”

¹² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, 3: contratos, 4ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2010, p. 297.

¹³ PAIVA, Alfredo de Almeida. Aspectos do contrato de empreitada. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1997, p. 8.

¹⁴ GHERZI. Contratos civiles y comerciales: Partes general y especial. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1994, p. 533/534.

“Caracteres. – Los caracteres del contrato que tratamos son los mismos que se atribuyen em general a la locación. Es *consensual*, ya que el consetimiento manifestado por los contrayentes es cuanto se requiere para su perfeccionamiento. Además, es *bilateral* en tanto origina obligaciones a cargo de ambas as partes. Obedeciendo a una denominación doctrinária más amplia, podría decirse que se trata de un supuesto contractual de *prestaciones recíprocas* (expresión empleada e introducida legalmente por el art. 1204, Cód. Civil, según la ley 17.711). Ahora bien los efectos de este acuerdo – el cumplimiento de tales prestaciones – se prolongan em el tiempo, característica definida como *tracto sucesivo*.

Finalmente, es *oneroso y commutativo*. Esto significa que sólo genera obligaciones a cargo de ambas as partes, sino que, además, el cumplimiento o ejecución de éstas es casi simultáneo, sin estar ninguna sujeta al acaecimiento de acontecimientos futuros e inciertos (áleas), cuya consideración caracteriza a los contratos aleatorios. Por lo tanto, las contraprestaciones serán contemporáneas, ciertas y también recíprocas y equivalentes a criterio de los celebrantes.”¹⁵

Portanto, pode-se concluir que, o contrato de empreitada é classificado como bilateral, consensual, comutativo, oneroso, não solene, de duração continuada e impessoal, a não ser que a obra que a obra, pela sua natureza, seja de execução personalíssima.

¹⁵ Tradução livre para o português: “Características. - Características do contrato para tratar são geralmente os mesmos que atribuídos à Locação. É consensual, como as informações consentimento expresso pelas partes como é necessário para a sua conclusão. Além disso, é como se origina obrigações bilaterais de ambas as partes. Obedecendo a uma denominação doutrinária mais ampla, sem dúvida é pressuposto benefícios contratuais recíprocos (termo usado de forma legal e introduzido por 1.204 art., Ref. Civil, de acordo com a Lei 17.711). Agora, os efeitos desse contrato - o cumprimento de tais prestações – se estendendo no tempo, característica definida como trato sucessivo.

Finalmente, é oneroso e comutativo. Isso significa que não somente criar obrigações para ambas as partes, como também a implementação ou execução delas é quase simultânea, sem estar sujeito a qualquer ocorrência de eventos futuros e incertos (áleas), como contrapartida se caracteriza contrato aleatório. Portanto, as contraprestações serão contemporâneas, certas e também recíprocas e equivalentes, a critério dos

2.4 - Elementos

Segundo Ann Helen Wainer¹⁶ os elementos do contrato de empreitada são: obra a ser realizada, preço a ser pago para a sua construção e o consentimento, que é o elemento que vincula as partes contratantes.

A obra a ser executada deve ser possível, lícita determinada ou determinável¹⁷.

O preço, que é tido como elemento essencial do contrato de empreitada poderá ser determinado no momento do contrato ou determinável, de acordo com a modalidade de empreitada a ser escolhida.

Destarte, o critério para definição do preço pode se dar por unidade de medida ou fracionamento da obra, como ocorre na empreitada a preço unitário, para a integralidade da obra, como é o caso da empreitada a preço global ou, ainda, parte por preço global, parte por preço por medida¹⁸.

Por fim, no contrato de empreitada temos, ainda, a figura do empreitante ou dono da obra que é aquele que contrata a obra e a figura do empreiteiro ou contratado, que é aquele que executa a obra. Nesse sentido, confira lição de Pontes de Miranda¹⁹:

“O *empreitante* é o dono da obra ou o incumbido de contratar a empreitada (e.g., o locatário do prédio que se vinculou a contratar, em seu nome, por sua conta, ou por conta do locador, a obra). *Empreiteiro* é quem se vincula a fazer a obra, com independência econômica, e não como simples trabalhador subordinado”.

Assim, verifica-se que, no contrato de empreitada, não há subordinação entre dono da obra e empreiteiro, sendo, portanto, uma relação estritamente contratual, não tendo entre eles nenhum vínculo trabalhista.

celebrantes.”

¹⁶ WAINER, Ann Helen. Responsabilidade civil do construtor. Editora Forense. Brasília, 1990, p. 22.

¹⁷ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Editora Bookeseller. Campinas, 2006, p. 489.

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Editora Bookeseller. Campinas, 2006, p. 490 e BDINE Júnior, Hamid Charaf. Da empreitada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2007, p. 88.

¹⁹ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Editora Bookeseller. Campinas, 2006, p. 472.

3. - MODALIDADES DE EMPREITADA

3.1 – Empreitada a Preço Fixo

Conforme explica Alfredo de Almeida Paiva²⁰, na empreitada a preço fixo, é antecipadamente fixado um preço ao contrato, em quantidade certa e invariável, sem possibilidade de alteração posterior, ainda que a mão-de-obra ou os materiais encareçam ou que, por qualquer motivo, a obra venha a ficar mais cara do que o previsto.

No entanto, Arnaldo Rizzardo²¹ pondera que, em que pese ser estabelecida uma remuneração para a obra inteira, nada impede que ocorra um fracionamento das prestações, ou um escalonamento dentro de um cronograma previamente fixado.

Assim, nesse tipo de empreitada, o preço será ajustado no momento da celebração do contrato, não podendo mais ser alterado. Tal inflexibilidade pode acarretar prejuízos ao empreiteiro que, para evitá-los deverá fazer um estudo e cálculos minuciosos do que será empregado e gasto na obra.

Além disso, muitos empreiteiros, ao contratarem a empreitada a preço fixo, colocam um valor adicional ao estipular o preço para ter uma margem de segurança para quaisquer imprevistos ou problemas resultantes da instabilidade do preço dos materiais e da mão-de-obra a serem empregados na construção.

3.2 – Empreitada a Preço Unitário ou por medida

Já na empreitada a preço unitário ou por medida, ao invés de ser estipulado um preço fixo ao contrato como ocorre na modalidade a preço fixo, será estabelecido de acordo com a evolução da obra e evolução de unidades fracionárias pré-estabelecidas.

Com relação a essa modalidade de empreitada, Alfredo de Almeida Paiva²² pondera que o único inconveniente é o fato de não ser possível antecipar o preço total da construção

²⁰ PAIVA, Alfredo de Almeida. Aspectos do contrato de empreitada. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1997, p. 19.

²¹ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos: Título I. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2006, p. 632.

²² PAIVA, Alfredo de Almeida. Aspectos do contrato de empreitada. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1997, p. 21.

que somente poderá ser estabelecido após conclusão definitiva da obra.

3.3 – Empreitada mista ou global

A empreitada mista ou global é a modalidade mais completa do contrato de empreitada. Isso porque, além da execução dos trabalhos, o empreiteiro também fornece os materiais que serão empregados na obra.

Arnaldo Rizzardo²³ pondera que nessa modalidade de empreitada, a responsabilidade do empreiteiro é muito maior, pois ficará responsável por tudo: mão-de-obra, materiais, direção e supervisão da obra, devendo o preço abranger todas as despesas necessárias para finalização da obra:

“A responsabilidade do empreiteiro é bem maior nesta espécie. Tudo fica a seu cargo, ou seja, o fornecimento de mão-de-obra e de materiais, a direção e supervisão. O Preço acertado deve abranger todas as despesas necessárias para a concretização da obra”.

Por essa razão é que, conforme imposição do parágrafo 1º do artigo 610 do Código Civil²⁴, a convenção da modalidade de empreitada global deverá estar contemplada em lei ou da vontade das partes.

Segundo alguns autores, essa modalidade é mais apropriada especialmente nas obras de maior porte e mais complexas, ou nas obras em que o objeto da construção não se destina ao uso do comitente. Já em construções residenciais, para uso próprio do dono da obra, nas quais lhe importa a escolha de alguns dos materiais, tais como modelos de portas e janelas, iluminação, os azulejos e ladrilhos, etc., convém se estipular que a compra dos materiais fique a cargo do dono da obra, o que, nesses casos, poderia lhe representar inclusive redução no custo total da obra.²⁵

Por fim, vale mencionar que na empreitada mista todos os riscos correm por conta do

²³ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos: Título I. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2006, p. 631/632.

²⁴ “Art. 610. O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais. § 1º A obrigação de fornecer os materiais não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.”

²⁵ COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de direito civil, 3: contratos, 4ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2010, p. 300.

empreiteiro, até o momento do recebimento e aprovação da obra, conforme dispõe o artigo 611 do Código Civil: *“quando o empreiteiro fornece os materiais, correm por sua conta os riscos até o momento da entrega da obra, a contento de quem a encomendou, se este não estiver em mora de receber. Mas se estiver, por sua conta correrão os riscos”*.

3.4 – Empreitada a Preço máximo

A fim de evitar a incerteza das modalidades de empreitada por medida, foi criada a modalidade de empreitada a preço máximo, na qual é fixado, de antemão um preço global que não poderá ser ultrapassado.

Entretanto, referida modalidade, de certo modo, acaba se confundindo com a empreitada a preço fixo.

3.5 – Empreitada por administração

Na empreitada por administração, além do modo de execução do contrato, também se refere à maneira de retribuição do empreiteiro ou pagamento da obra construída.

Segundo Alfredo de Almeida Paiva²⁶:

“Por ela o empreiteiro se encarrega apenas a dirigir e administrar a construção, recebendo pelo seu trabalho uma percentagem calculada sobre o custo afinal apurado, tendo em vista não só o preço da mão-de-obra, como, também, o dos materiais e demais despesas da construção, inclusive encargos de natureza fiscal.”

Assim, nessa modalidade, o gerenciamento da obra fica por conta do dono da obra, o que não exime do empreiteiro a responsabilidade pela execução, segurança e perfeição da obra.

Referida modalidade não está prevista no Código Civil, mas sim na Lei nº 4.591/64, que regula o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, bem como na legislação fiscal, para fins de incidência tributária.

²⁶ PAIVA, Alfredo de Almeida. Aspectos do contrato de empreitada. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1997, p. 22.

Alfredo de Almeida Paiva²⁷ ainda pondera que é importante uma forte fiscalização por parte do dono da obra nesse tipo de empreitada para evitar uma majoração excessiva do custo da obra:

“A empreitada por administração exige por parte do dono da obra uma severa e vigilante fiscalização, pois o interesse do empreiteiro será sempre o de majorar o custo da construção, mediante maior dispêndio de material e mão-de-obra, aumentando, conseqüentemente, a sua retribuição”.

Com relação à responsabilidade do empreiteiro na construção por administração o entendimento da doutrina é de que seja relacionado aos riscos da obra e a responsabilidade do construtor quanto a sua solidez e segurança seja, por analogia à empreitada de labor, similar à estabelecida pelo Código Civil em relação ao empreiteiro, não obstante, entenda-se que a construção por administração não consubstancie empreitada.²⁸

Assim, os riscos do construtor-empreiteiro dependerão do fato de, durante a construção da obra, ele fornecer ou não materiais, a fim de se determinar os riscos aplicáveis, conforme previsto no Código Civil.

3.6 – Empreitada por labor ou mão-de-obra

A possibilidade de se existir a empreitada de labor está prevista no artigo 610 do Código Civil que determina que: “*O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais.*”

Assim, na empreitada de labor ou de mão-de-obra, o empreiteiro contribui apenas com seu trabalho para a execução da obra, conforme pondera Alfredo de Almeida Paiva²⁹:

“Empreitada de labor – ao contratar a execução de determinada obra poderá o

²⁷ PAIVA, Alfredo de Almeida. Aspectos do contrato de empreitada. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1997, p. 23.

²⁸ Marco Aurélio da Silva Viana, Contrato..., cit. p. 51; e Hely Lopes Meirelles, Direito de construir, 10ª ed., atualizada por Adilson Abreu Dallari et. al., São Paulo, Malheiros, 2011, p. 262.

²⁹ PAIVA, Alfredo de Almeida. Aspectos do contrato de empreitada. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1997, p. 15.

empreiteiro convencionar que para sua feitura ou execução concorrerá apenas com seu trabalho, ou seja, somente com a mão-de-obra; ou que, além dela, se encarregará também de fornecer os materiais necessários à confecção.”

Assim, o dono da obra fica responsável pelo fornecimento dos materiais e pagamento da mão-de-obra executada pelo empreiteiro enquanto que o empreiteiro recebe a remuneração pelos seus trabalhos.

Por essa razão, há uma maior segurança com relação ao resultado do trabalho contratado na medida em que o risco com a oscilação dos preços dos materiais empregados na obra fica por conta do dono da obra.

Nesse sentido, confira lição de Arnaldo Rizzardo³⁰:

“Ao proprietário incumbe o fornecimento dos materiais e o pagamento da mão-de-obra, o que ocorre na medida em que os trabalhos se desenvolvem. O empreiteiro, simplesmente recebe a remuneração, combinada com uma percentagem acertada sobre a soma dos valores gastos pelo dono da obra. A sua obrigação se prende à direção e à fiscalização dos trabalhos. Está ele coberto dos riscos decorrentes da oscilação dos preços dos materiais, o que representa, sem dúvida, maior segurança no resultado do trabalho contratado.”

No que se refere ao perecimento da coisa na empreitada de labor, o artigo 613 estabelece que:

“Art. 613. Sendo a empreitada unicamente de labor (art. 610), se a coisa perecer antes de entregue, sem mora do dono nem culpa do empreiteiro, este 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.”

Com relação aos riscos do empreiteiro, na empreitada de labor, apenas invertem-se os riscos do empreiteiro, quando comparados com os riscos da empreitada mista. Se nesta o risco da obra é do empreiteiro até o recebimento pelo dono da obra, na empreitada de labor o risco será do dono da obra, desde que não tenha o empreiteiro agido com culpa, conforme se depreende do artigo 612 do Código Civil: “*se o empreiteiro só forneceu mão-de-obra, todos*

os riscos em que não tiver culpa correrão por conta do dono.”

Contudo, relativamente aos materiais empregados na obra, decorre do artigo 613 do Código Civil que, ainda que o empreiteiro só contribua com seu labor na empreitada, é dele a responsabilidade por aferir a qualidade dos materiais adquiridos pelo dono da obra, informando-o sobre quaisquer problemas de qualidade dos materiais, que possam colocar em risco o sucesso da obra.

³⁰ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos: Título I. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2006, p. 631.

4. - SUBEMPREITADA

Segundo Pontes de Miranda³¹, “*subempreitada é o contrato de empreitada em que o empreiteiro contrata com terceiro, ou com terceiros, a execução daquilo de que se incumbira.*”

Assim, cria-se uma nova relação jurídica entre empreiteiro e subempreiteiro da qual o dono da obra não faz parte e nem tem conhecimento de suas condições, permanecendo integralmente a obrigação e responsabilidade do empreiteiro com relação à obra.

Via de regra, a subempreitada total é vedada no contrato de empreitada e somente poderá ocorrer com autorização expressa do dono da obra.

No que se refere a vedação ou não da subempreitada, Orlando Gomes pondera que:

“Em princípio, não há proibição de subempreitar, até porque, ordinariamente, o empreiteiro não se compromete a executar pessoalmente a obra. Em certos casos é, entretanto, inadmissível. Não é lícito subempreitar obra encomendada em atenção às qualidades pessoais do empreiteiro. Não cabe, por outras palavras, nas empreitadas *intuitu persone.*” (p.304)

Com relação aos direitos e obrigações emergentes do contrato de subempreitada Fábio Ulhoa Coelho³² afirma que são idênticos ao do contrato de empreitada, ocupando o subempreitador a posição do dono da obra e o subempreiteiro, a do empreiteiro.

Vale lembrar que a subempreitada se difere da sucessão da dívida do empreiteiro ou na transferência da figura jurídica do empreiteiro. Isso porque, na subempreitada, conforme já dito, cria-se uma nova relação jurídica, distinta da relação jurídica entre dono da obra e empreiteiro.

³¹ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Editora Bookeseller. Campinas, 2006, p. 476.

³² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, 3: contratos, 4ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2010, p. 302.

5. - EFEITOS DA EMPREITADA

5.1 – Dono da obra

Conforme já exposto, o contrato de empreitada é bilateral, ou seja, gera obrigações para ambas as partes.

No que se refere às obrigações do dono da obra ou contratante, temos, basicamente, duas obrigações: pagamento e recebimento.

A obrigação de recebimento se refere à necessidade do dono da obra recebê-la nos termos ajustados, não podendo recusá-la sem justificativa. Referida obrigação está prevista no artigo 615 do Código Civil, a saber:

“Art. 615. 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 trabalhos de tal natureza.”

No mesmo sentido do disposto no Código Civil é a lição de Caio Mário da Silva Pereira³³:

”A primeira obrigação deste é recebê-la na forma do ajustado, ou segundo o costume. Para havê-la na forma do ajustado, ou segundo o costume. Para havê-la foi que contratou. Não pode, arbitrariamente enjeitá-la (...).”

O Código Civil estabelece ainda, em seu artigo 616³⁴, que, caso a obra seja rejeitada se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas ou das regras técnicas em trabalhos dessa natureza, poderá o dono da obra, ao invés de enjeitá-la, recebê-la com abatimento no preço.

Corroborando com esse entendimento, Hamid Charaf Bdine Júnior³⁵ afirma que: “Ao dono da obra compete receber a obra concluída, não podendo rejeitá-la injustificadamente.”

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Contratos. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2005, p. 319.

³⁴ Art. 616. No caso da segunda parte do artigo antecedente, pode quem encomendou a obra, em vez de enjeitá-la, recebê-la com abatimento no preço.

³⁵ BDINE Júnior, Hamid Charaf. Da empreitada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2007, p. 90.

Já com relação ao pagamento, Caio Mário da Silva Pereira³⁶ afirma que é obrigação fundamental do dono da obra pagar o preço estipulado e da maneira e prazos acordados:

“Obrigação, e fundamental, do dono da obra é pagar o preço estipulado, nas épocas determinadas. A sua falta pode importar na resolução do contrato, com perdas e danos; ou na suspensão da execução, por força da *exceptio non adimpleti contractus* (v. n.º 215, *supra*); ou na sua cobrança executiva; ou no direito de retenção”.

Portanto, verifica-se que as obrigações principais do dono da obra são: preço e pagamento.

5.2 – Empreiteiro

Na empreitada não importa o rigor do tempo de duração da obra, o objeto não é a simples prestação de serviços, mas a obra em si. Assim, neste tipo de contrato a remuneração do empreiteiro não está vinculada ao tempo, mas à conclusão da obra.

Nesse sentido, verifica-se que a obrigação do empreiteiro ou construtor é de resultado o que diferencia, inclusive, o contrato de empreitada da prestação de serviços.

No que se refere a definição de obrigação de resultado, Maria Helena Diniz³⁷ explica que, enquanto na obrigação de meio o devedor se obriga a usar de prudência e diligência normais na prestação de certo serviço para atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Já na obrigação de resultado, o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o que haverá inadimplemento da relação obrigacional.

Assim, no contrato de empreitada, a “*responsabilidade do construtor é de resultado, como já assinalado, porque se obriga pela boa execução da obra, de modo a garantir sua solidez e capacidade para atender ao objetivo para o qual foi encomendada*”.³⁸

José Aguiar Dias compartilha do mesmo entendimento:

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Contratos. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2005, p. 319/320.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Contratos, Saraiva. São Paulo, 2007, p. 191/192.

³⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. Editora Malheiros. São Paulo, 2003, p.

“A obrigação que o empreiteiro de construções assume é uma obrigação de resultado. Assim, deve ele garantir ao dono da obra, nos termos do contrato, a solidez da obra e a sua capacidade para servir ao destino para que foi encomendada.” (p. 336).

Portanto, o não atingimento do resultado no contrato de empreitada implica em inadimplemento, com a presunção de culpa do empreiteiro, que só será afastada se o empreiteiro demonstrar que o não cumprimento resultou de causa estranha ao contrato, isto é, força maior, ou fato exclusivo do dono da obra ou de terceiro.³⁹

O entendimento de que o contrato de empreitada implica em uma obrigação de resultado também é compartilhado pela doutrina espanhola:

“Por lo que se refiere a la naturaleza de la obligación hemos sentado anteriormente que el contrato que celebra al arquitecto para la construcción de una obra inmobiliaria es un contrato de obra y su característica fundamental es la obtención de un resultado, y éste puede ser logrado con seguridad casi absoluta mediante la técnica apropiada.”⁴⁰

“Tanto en el contrato de obra como en el contrato de empresa, la prestación de un bien o de un servicio se entiende siempre no como actividad laboral subordinada o dependiente (la cual forma la esencia del contrato de trabajo), sino como **resultado**; el **riesgo** siempre es, por tanto, a cargo del prestador de la obra o del empresario o *appaltatore*.”⁴¹

344.

³⁹ Juan Manuel Prevot, El incumplimiento en las obligaciones de medios y resultado, in Responsabilidad civil y seguros: homenaje al Prof. Atilio Aníbal Alterini . Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 368; Geneviève Viney, Traité de droit Civil, les conditions de la responsabilité , 3^a ed. Paris: LGDJ, 2006, p. 518; e Mário Moacyr Porto, Da responsabilidade civil do construtor, in Revista Forense , nº 303, São Paulo, p. 19.

⁴⁰ COSTALES, Javier Fernández. El contrato del arquitecto em la edificación. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 241/242. Tradução livre para o português: “Quanto à natureza da obrigação, temos apresentado que o contrato celebrado pelo arquiteto para o trabalho de construção é um uma obra imobiliária é um contrato de obra e sua característica fundamental é a obtenção de um resultado, e isso pode ser alcançado com segurança quase absoluta através de técnica adequada.”

⁴¹ TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1997, p. 311. Tradução livre para o português: “Tanto no contrato de obra como no contrato de empresa, a prestação de um bem ou de um serviço nem sempre é entendida como trabalho subordinado ou dependente (que constitui a

Portanto, o resultado é elemento fundamental da própria definição de empreitada e sua razão de existir, de forma a atender à solidez e segurança da obra e à capacidade de alcançar o seu objetivo.

Mário Moacyr Porto⁴² compartilha do mesmo entendimento e acrescenta que a obrigação do empreiteiro é, primordialmente, a de executar a obra da maneira encomendada, de modo satisfatório, sólido, seguro e funcional.

Dessa maneira, verifica-se que o empreiteiro assume o risco de produzir o resultado estipulado no contrato de empreitada, sendo que se a obra não tiver as características que foi projetada, se não servir aos fins para os quais foi concebida, e se não for concluída no tempo determinado, o empreiteiro não terá alcançado o resultado e, portanto, não terá adimplido o contrato, o que poderá acarretar a ele responsabilização pelos danos daí decorrentes.

Além da obrigação de resultado, também são obrigações do empreiteiro: (i) a entrega da obra no prazo acordado; (ii) executar a obra segundo o que fora encomendado, ou seja, seguindo o plano e o projeto previamente estabelecido bem como as normas e legislação vigentes; (iii) assumir os riscos pelos materiais empregados na obra; (iv) eliminar os riscos da obra, sejam eles aparentes ou ocultos e, caso não seja possível eliminá-los, indenizar o empreiteiro pelas despesas e danos relacionados; e (v) responder por eventuais perdas e danos no caso de suspensão da execução da obra sem justa causa, nos termos do artigo 624⁴³ do Código Civil.

5.2.1 – Responsabilidades do Empreiteiro

5.2.1.1 – Responsabilidade pela solidez e segurança da obra

Segundo o artigo 618 do Código Civil, o empreiteiro responderá pelo prazo irredutível

essência do contrato de trabalho), mas, como resultado, o risco é sempre, portanto, pelo provedor da obra ou do empregador ou appaltatore.”

⁴² PORTO, Mário Moacyr. Da responsabilidade civil do construtor. Revista Forense, nº 303. São Paulo, 1988, p. 19.

⁴³ “Art. 624. Suspensa a execução da empreitada sem justa causa, responde o empreiteiro por perdas e danos.”

de cinco anos pela solidez e segurança da obra:

“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.”

Referido dispositivo é bastante similar ao artigo 1245 do Código Civil de 1916 que estabelecia:

“Art. 1.245. “Nos contratos de empreitada 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 achando firme, preveniu em tempo o dono da obra.”

Verifica-se que, com o advento do Código Civil de 2002, ficou definido que referido prazo não é passível de redução. Inclusive é esse o entendimento que tem sido adotado pela doutrina mais recente⁴⁴.

A doutrina de uma forma geral interpreta os conceitos de solidez e segurança de forma integrada, como se fossem expressões sinônimas. Entretanto, alguns doutrinadores individualizam o conceito dessas expressões como é o caso de Costa Sena e Pontes de Miranda.

Para Pontes de Miranda⁴⁵, a solidez se refere à estabilidade da construção e a expressão segurança estaria ligada à ideia de dano, ou perigo de danos. Assim, a solidez se relaciona com o que se construiu, o objeto, e a segurança com a causa de se estar na construção, o sujeito.

Já Costa Sena⁴⁶ a solidez exprime a ideia de resistência e firmeza, enquanto que a segurança indica ausência de risco, perigo ou dano. Assim, a segurança é a consequência da solidez.

⁴⁴ Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 323 e Maria Helena Diniz, Curso de direito civil brasileiro vol. 7... , cit. p. 338/339.

⁴⁵ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Editora Bookeseller. Campinas, 2006, p. 515.

⁴⁶ COSTA SENA. Da empreitada no Direito Civil. Editora Graphica S. Jorge, Rio de Janeiro, 1935, p. 47.

Mário Moacyr Porto⁴⁷ dá um significado mais abrangente para solidez e segurança e aduz que nesses conceitos também deve estar incluída a garantia de que a obra foi concluída a contento do dono e serve aos fins para os quais foi concebida.

Importante mencionar que o conceito de solidez e segurança não deve estar somente relacionado com o conceito de ruína e desabamento. Isso porque, problemas com infiltrações, rachadura, vazamentos, quedas dos blocos de revestimento, dentre outros, também são considerados como vícios de solidez e segurança da obra.

Dessa maneira, via de regra, não apenas constituem vícios que explicitamente comprometem a solidez e segurança de uma edificação, no sentido de sua estabilidade, como também aqueles que afetem a incolumidade física e patrimonial das pessoas, que nela habitam⁴⁸.

Já a legislação e doutrina europeias o conceito de solidez e segurança está intimamente ligado à ruína ou perigo de ruína. No entanto, na doutrina portuguesa e italiana as normas que determinam a responsabilidade do empreiteiro pela ruína ou perigo de ruína, também incluem expressões como “apresentar outros defeitos” e “graves defeitos”, cujo sentido é, sem dúvida, mais abrangente.

A doutrina portuguesa, por exemplo, interpreta a expressão defeitos como sendo aqueles que abrangem não somente a falta de solidez de um imóvel, como também os vícios que prejudicam a sua utilização como um todo, tornando-o inabitável ou parcialmente inabitável⁴⁹.

No mesmo sentido é a doutrina italiana, que entende que restringir os defeitos graves apenas àqueles que comprometem a solidez e a estabilidade do imóvel, é literalmente retirar sentido útil da expressão usada na lei, uma vez que os defeitos que comprometem a solidez e a estabilidade do imóvel já são abarcados pelo conceito de perigo de ruína⁵⁰.

No Brasil, há quem sustente que interpretação dos conceitos de solidez e segurança deva ser a mais restritiva possível e quem sustente que a interpretação deve ser mais

⁴⁷ PORTO, Mário Moacyr. Da responsabilidade civil do construtor. Revista Forense, nº 303. São Paulo, 1988, p. 9.

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. Editora Saraiva. São Paulo, 2008, p. 275.

⁴⁹ JOSÉ, Rosendo Dias. Responsabilidade civil do construtor de imóveis. Livraria Petrony. Lisboa, 1981, p. 34/35.

⁵⁰ RUBINO, Domenico. L'Appalto. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1946, p. 280.

extensiva.

Ao nosso ver, deve ser dada a interpretação extensiva na medida em que um vício de solidez e segurança em um imóvel pode implicar em várias consequências prejudiciais, como, por exemplo, problemas de vazamento e infiltrações, até, em uma situação de maior gravidade, a ruína ou desabamento de um imóvel. Sendo a ruína, portanto, apenas uma consequência mais grave à obra, mas não a única.

Portanto, o empreiteiro será responsável no prazo de cinco anos não somente pela ruína ou ameaça de ruína de um edifício, mas também pelas suas condições de resistência, de habitabilidade e de garantia da salubridade de seus ocupantes.

5.2.1.2 – Responsabilidade perante terceiros

Em que pese não haver um dispositivo legal específico de que o empreiteiro é o responsável por danos causados a terceiros, a doutrina e jurisprudência brasileira tem entendimento pacífico nesse sentido.

Assim, o construtor tem responsabilidade não somente perante o dono da obra, mas também com relação a terceiros (vizinhos ou não) que eventualmente venham a sofrer algum dano pelo fato da obra⁵¹.

Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência:

“Responsabilidade civil. Incumbe ao empreiteiro a indenização de prejuízos causados a terceiros, em virtude de má execução da empreitada, sendo cabível contra ele ação direta do prejudicado.”⁵²

Referida responsabilidade do construtor também se estende à indenização pelos danos causados em razão da conduta de seus empregados ou prepostos.⁵³

Não obstante, a responsabilidade do empreiteiro não exime a responsabilidade do dono da obra, que deverá resguardar o direito de seus vizinhos, conforme estabelece o artigo 1299

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. Editora Malheiros. São Paulo, 2003, p. 353.

⁵² 1º TARJ. JB, 117:87.

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Contratos. Editora Forense. Rio de Janeiro,

do Código Civil, estabelece que: “*O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.*”

Vale ressaltar que tal dispositivo se refere estritamente aos seus vizinhos e transeuntes atingidos por objetos ou partes que se desprendam da construção em razão da falta de reparos do dono da obra, sendo esta última hipótese está prevista no artigo 937⁵⁴ do Código Civil.

Nesse sentido, se o dono da obra segue todas as normas aplicáveis ao direito de vizinhança, e contrata para a construção profissional idôneo e legalmente habilitado, não poderá ser responsabilizado e sim o empreiteiro.

Nesse caso, a culpa do empreiteiro deve se balizar, como entendem alguns autores, pelos princípios gerais da responsabilidade civil por ato ilícito, nos termos do artigo 159 do Código Civil de 1916⁵⁵, atual artigo 186 do Código Civil de 2002. Por outro lado, há quem defenda a responsabilidade objetiva do empreiteiro, cuja atividade é sem qualquer dúvida uma atividade de risco, pelo que incidiriam as normas do parágrafo único do artigo 927, e do artigo 933 do Código Civil⁵⁶.

Sergio Cavalieri Filho⁵⁷, por sua vez entende a responsabilidade do dono da obra e empreiteiro perante terceiros é solidária:

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

A jurisprudência brasileira também diverge acerca da responsabilidade solidária ou não do dono da obra com o empreiteiro perante terceiros. Nesse sentido, o Supremo Tribunal

2005, p. 324.

⁵⁴ “Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta”.

⁵⁵ Arnaldo Rizzardo, Contratos ..., cit. p. 643.

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de construir, 10ª ed., atualizada por Adilson Abreu Dallari et. al., São Paulo, Malheiros, 2011, p. 322/324.

⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. Editora Malheiros. São Paulo, 2003, p. 354.

Federal já decidiu que responsabilidade do dono da obra por danos causados pela construção perante terceiros fica afastada⁵⁸. Por outro lado existem várias decisões no sentido de reconhecer a responsabilidade solidária do construtor e do proprietário e de dispensar a prova de culpa pelo evento danoso⁵⁹.

A doutrina italiana entende que, no que se refere a responsabilidade perante terceiros, o contratante não fica responsável pelo ressarcimento de danos, conforme lição de Tommaso de Lucca⁶⁰:

“Questa responsabilità, anche se trova nel contratto di appalto la sua occasione, fondata sull’obbligo di osservare il generale precetto del *neminem ledere* ed há, perciò, la sua disciplina nelle norme dettate dagli artt. 2043 e segg. c.c. sui fatti illeciti.

L’ autonomia dell’appaltatore esclude la responsabilità del committente verso i terzi e questa regola vale anche nell’ipotesi che il comitente, nel suo esclusivo interesse, um direttore dei lavori o un sorvegliante, privi però di poteri d’ingerenza o di disposizione”.⁶¹

Portanto, nosso entendimento é o de que a responsabilidade perante terceiros, deve recair sobre o dono da obra ou sobre o empreiteiro individualmente, dependendo da situação específica. Ou seja, se o dano for em razão da atividade do empreiteiro ou defeitos da construção, deve ficar por conta do empreiteiro, se for em razão da desobediência das normas aplicáveis ao direito de vizinhança ou por falta de reparos necessários por parte do dono da obra, a responsabilidade fica por conta do dono da obra.

No que se refere à solidariedade, esta é uma matéria mais sensível na medida em que a solidariedade no Brasil não se presume, mas sim decorre de lei ou da vontade das partes,

⁵⁸ RF 115/106.

⁵⁹ RT 270/208, 271/219, 272/166, 281/211 e 350, 284/251, 286/355 e 885, 287/201, 290/179, 294/247.

⁶⁰ LUCCA. Tommaso de. Dei singoli contratti, Volume Secondo. Giuffré Editore, Milão, 2002, p. 22.

⁶¹ Tradução livre para o português: “Essa responsabilidade, mesmo que esteja no contrato está fundada na obrigação de se observar a regra geral de indenização por danos e, portanto, tem a sua própria disciplina nas regras estabelecidas pelos artigos. 2043 et seq. cc em atos ilícitos.

O contratante não é responsável perante terceiros, e esta regra se aplica mesmo que o contratante, tenha contratado, a seu interesse exclusivo, um gerente de projeto ou um supervisor, embora eles não tenham os poderes de interferência ou disposição.”

como preceitua o artigo 265 do Código Civil. No entanto, parte da doutrina e da jurisprudência entende que há, sim, solidariedade entre empreiteiro e dono da obra perante terceiros.

5.2.2 – Responsabilidade do incorporador

A incorporação imobiliária está definida no parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 4.591/1964, nos seguintes termos:

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

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

Por meio da incorporação, o incorporador se obriga a entregar o prédio conforme determinado no projeto e memorial descritivo, conforme determina o artigo 32, alíneas “d” e “g”⁶² da referida Lei.

Dessa maneira, conforme estabelece a Lei, o incorporador assume a obrigação de fazer, uma ou várias unidades construídas e correspondentes a frações ideais do terreno em que se erguem e assentam.

Nesse sentido, a principal obrigação do incorporador, que é a da entrega de uma ou várias unidades autônomas, seja ele o construtor ou o empreiteiro da edificação, assumindo, portanto, obrigação de fazer e, sobretudo, uma obrigação de resultado. Assim, o incorporador

⁶² Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos:

(...)

d) projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes;

(...)

g) memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modelo a que se refere o inciso IV, do art. 53, desta Lei;

(...)”

não representa mero intermediário, uma vez que é ele quem figura no polo da relação contratual com o adquirente⁶³.

No que se refere à responsabilidade civil do incorporador, a Lei nº 4.591/64 é expressa em relação ao seu dever de indenizar os adquirentes ou compromissários adquirentes em razão dos danos sofridos por estes devido a não conclusão da edificação, ou por conta de sua conclusão tardia sem justificativa, conforme institui o artigo 43, inciso II, da referida lei.

Assim, considerando que nesse caso tanto empreiteiro quanto incorporador assumem responsabilidades perante o comprador/condômino, tem-se que a responsabilidade deles é solidária, conforme ensina Sergio Cavalieri Filho⁶⁴:

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

Esse também é o entendimento da jurisprudência:

“O empreiteiro, isoladamente, responde perante o dono da obra pela solidez e segurança. Mas, com relação à incorporadora-construtora, perante os adquirentes das unidades autônomas, ocorre a mesma responsabilidade, incidindo, então, a norma legal do art. 1245 do CC.”⁶⁵

Portanto, em se tratando de incorporação imobiliária, a responsabilidade do construtor e empreiteiro é solidária.

⁶³ Sérgio Cavalieri Filho, Programa... , cit. p. 356/357; e PEREIRA, Caio Mario da Silva. Condomínio e incorporações , 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 283/284.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. Editora Malheiros. São Paulo, 2003, p. 355.

⁶⁵ RT, 586:69.

6. - SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DA EMPREITADA

Segundo determina o artigo 623⁶⁶ do Código Civil, o contrato de empreitada poderá ser suspenso pelo dono da obra, mesmo após iniciada a construção, desde que pague o empreiteiro pelas despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, acrescido de indenização razoável do que ele teria ganho.

Já com relação ao empreiteiro, o Código Civil estabelece, em seu artigo 625 que a suspensão poderá se dar: (i) por culpa do dono, ou por motivo de força maior; (ii) 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, observados os preços; e (iii) se as modificações exigidas pelo dono da obra, por seu vulto e natureza, forem desproporcionais ao projeto aprovado, ainda que o dono se disponha a arcar com o acréscimo de preço.

O artigo 624 do Código Civil, por sua vez, determina que “*Suspensa a execução da empreitada sem justa causa, responde o empreiteiro por perdas e danos.*”

Portanto, o empreiteiro somente poderá suspender a obra nos casos previstos no artigo 625 do Código Civil sendo que, do contrário, ele deverá indenizar o dono da obra pelas perdas e danos.

Com relação a extinção do contrato de empreitada, Fábio Ulhôa Coelho estabelece que: “*O contrato de empreitada tem seu prazo de duração vinculado à execução da obra. Ele se encerra quando terminados os trabalhos de construção.*”⁶⁷

Assim, verifica-se que a execução é a maneira normal de extinção do contrato de empreitada tendo em vista que, aceita a obra e pago o seu preço estão cumpridos as obrigações que deram início ao contrato e, conseqüentemente, o vínculo entre as partes.

Caio Mário da Silva Pereira⁶⁸, por sua vez, estabelece como motivo de extinção do

⁶⁶ “Art. 623. 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.”

⁶⁷ COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de direito civil, 3: contratos, 4ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2010, p. 313.

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Contratos. Editora Forense. Rio de Janeiro,

contrato de empreitada, além da execução da obra, outros sete eventos, quais sejam: (i) morte do empreiteiro caso o contrato seja celebrado *intuitu personae*; (ii) pela rescisão bilateral das partes; (iii) pela resolução causada pelo inadimplemento de uma das partes; (iv) pela falência do empreiteiro; (v) pela rescisão unilateral por parte do dono da obra nos termos do artigo 623 do Código Civil; (vi) por excessiva onerosidade superveniente da obra; e (vii) por desproporcionalidade entre o vulto e a natureza da obra e as modificações exigidas pelo seu dono.

Por fim, vale mencionar que o contrato de empreitada somente será extinto com a morte do empreiteiro caso seja ajustado entre as partes que terá caráter personalíssimo, nos termos do artigo 626 do Código Civil.

7. - DIFERENÇAS DA EMPREITADA COM OUTROS CONTRATOS

O contrato de empreitada de diferencia de algumas modalidades que, embora aparentem ser semelhantes, possuem diferenças.

Nesse sentido, conforme já exposto, o contrato de empreitada se diferencia do contrato de prestação de serviços na medida em que a obrigação assumida pela empresa de engenharia é classificada como uma obrigação de resultado, assim, verificado o nexo causal, muitos doutrinadores entendem que se trata de uma espécie de responsabilidade objetiva da empresa de engenharia, pois parte do objeto do contrato é a entrega da obra/indústria.

O contrato de prestação de serviços, por sua vez, a obrigação proveniente do negócio jurídico é de meio.

Segundo Hamid Charaf Bdine Júnior⁶⁹, a empreitada também se diferencia do contrato de locação de serviços em razão de 3 elementos: (a) na locação de serviços, prestação é a atividade do prestador, enquanto na empreitada, é a própria obra; (b) na prestação de serviços, há direção e subordinação do contratante, ao passo em que na empreitada a direção é feita pelo próprio empreiteiro; e c) na locação, o patrão assume o risco do negócio, mas na empreitada o empreiteiro assume os riscos do empreendimento, embora não esteja subordinado ao dono da obra.

O contrato de empreitada também se diferencia do contrato de compra e venda de coisa futura na medida em que o contrato de compra e venda futura tem por finalidade, como o próprio nome indica, a venda ou alienação de coisa que venha a existir no futuro, mas que seja de propriedade do vendedor, enquanto que, no contrato de empreitada, o objeto é a execução de uma obra determinada cuja confecção dos materiais fornecidos não concorrem com o espírito de venda, mas apenas contribuem na mesma importância e com idêntica finalidade da mão-de-obra empregada para leva-la a bom termo⁷⁰.

Há também a diferença entre o contrato de empreitada e o contrato de fornecimento, no que se refere a qualidade e conteúdo da prestação.

Segundo Orlando Gomes⁷¹, na empreitada promete-se um resultado, prevalecendo

⁶⁹ BDINE Júnior, Hamid Charaf. Da empreitada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2007, p. 83.

⁷⁰ PAIVA, Alfredo de Almeida. Aspectos do contrato de empreitada. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1997, p. 17/18

⁷¹ GOMES, Orlando. Contratos. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1999, p. 299.

como elemento juridicamente relevante a execução da obra, enquanto que no contrato de fornecimento, a dação da coisa, ou a possibilidade do gozo é o fim principal. Assim, “*o conteúdo da prestação é preponderantemente, na empreitada um facere; no fornecimento, um dare*”.

8. - CONCLUSÃO

O contrato de empreitada nasceu do direito romano clássico (*locatio conductio operis*), no qual o empreiteiro (*conductor*) assumia perante o dono da obra (*locator*) a obrigação de realizar obra, garantindo-lhe resultado certo e se responsabilizando pelos danos relacionados ao seu trabalho.

Nessa época, o Brasil seguia as normas das Ordenações do Reino até praticamente 1916, ano da promulgação do Código Civil. Até lá foi produzido muito pouco em termos legislativos no que concerne à empreitada.

Foi apenas com a promulgação do Código Civil de 1916 que o Brasil passou a ter um sistema jurídico privado organizado e regras sobre a empreitada e a responsabilidade do empreiteiro, sendo que com relação a empreitada, o Código Civil de 2002 pouco inovou em relação ao seu antecessor.

Ao contrário do que se vê na Alemanha, Itália e Portugal, o Código Civil Brasileiro não traz uma definição de empreitada sendo que seu conceito vem da doutrina.

Assim, segundo a doutrina o contrato de empreitada pode ser definido como o contrato mediante o qual uma das partes (o empreiteiro) se obriga a realizar uma obra específica, com material próprio ou por este fornecido, cobrando uma remuneração a ser paga pela outra parte (proprietário da obra), sem vínculo de subordinação.

Com relação a sua classificação, o contrato de empreitada é classificado como bilateral, consensual, comutativo, oneroso, não solene, de duração continuada e impessoal, a não ser que a obra que a obra, pela sua natureza, seja de execução personalíssima.

No que se refere as modalidades de empreitada, temos, como principais: a empreitada a preço fixo, a empreitada mista, a empreitada de labor e a empreitada por administração.

O contrato de empreitada prevê obrigações para ambas as partes. No que se refere às obrigações do dono da obra ou contratante, temos, basicamente, duas obrigações: pagamento e recebimento.

Já para o empreiteiro, tem como obrigação principal a entrega da obra, da maneira contratada e em condições de funcionamento (resultado). Além dessa obrigação também são obrigações do empreiteiro, dentre outras, a entrega da obra no prazo acordado, assumir os

riscos pelos materiais empregados na obra e eliminar os riscos da obra, sejam eles aparentes ou ocultos.

O empreiteiro, ainda tem responsabilidade pela solidez e segurança da obra, nos termos do artigo 618 do Código Civil. Ainda há divergência acerca do conceito de solidez e segurança.

Dessa maneira, alguns autores entendem que o conceito está ligado à ideia de ruína de edifícios e outros, na qual estamos na mesma linha, entendem que o conceito de solidez e segurança deve ser interpretado como a característica de resistência e habitabilidade da construção e de garantia da salubridade de seus ocupantes.

Já com relação à responsabilidade perante terceiros, pode-se concluir que esta deve recair sobre o dono da obra ou sobre o empreiteiro individualmente, dependendo da situação específica.

O contrato de empreitada pode, ainda, ser suspenso ou extinto nos termos da lei, bem como por acordo entre as partes ou entrega da obra.

Por fim, vale mencionar que o contrato de empreitada, em que pese ter elementos em comum com os contratos de locação, compra e venda, prestação de serviços e fornecimento, deles se diferencia na medida em que nele, é prevista claramente uma obrigação de resultado, de execução de obra certa e determinada, no prazo acordado entre as partes.

9. – BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Responsabilidade Civil do Empreiteiro: Natureza normativa do artigo 618 do Código Civil. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 4, 2005.

BDINE Júnior, Hamid Charaf. Da empreitada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. Editora Malheiros. São Paulo, 2003.

CARVALHO, E. V. de Miranda. Contrato de empreitada. Editora Livraria Freitas Bastos. Rio de Janeiro, 1953.

CHAO-DUIVIS, MAB. The International Construction Law Review: Joint and Several Liability in Construction Contract Law. UK, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: 3, Contratos. Editora Saraiva. São Paulo, 2010.

COSTALES, Javier Fernández. El contrato del arquitecto em la edificacion. Editorial Revista de Derecho Privado, 1977.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, Contratos, Saraiva. São Paulo, 2007.

GALGANO, Francesco. Diritto Privato: I Contratti per la produzione di beni o l'esecuzione di servizi. Editora Editrice Dott. Antonio Milani, 1996.

GHERSI. Contratos civiles y comerciales: Partes general y especial. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1994.

GOMES, Orlando. Contratos. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos unilaterais VI. III. Editora Saraiva. São Paulo, 2008.

JOSÉ, Rosendo Dias. Responsabilidade Civil do Construtor de Imóveis. Editora Petrony. Lisboa, 1981.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos: Contratos Transmisivos. Rubizal Culzoni Editores. Buenos Aires, 1999.

LUCCA, Tommaso de. Dei singoli contratti, Volume Secondo. Giuffré Editore, Milão, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de construir, 10ª ed., atualizada por Adilson Abreu Dallari et. al., São Paulo, Malheiros, 2011.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado: Direito Privado I. Editora Bookseller. Campinas, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. Código Civil Comentado. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008.

PAIVA, Alfredo de Almeida. Aspectos do contrato de empreitada. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Contratos. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2005.

_____. Condomínio e incorporações, 4ª ed., Editora Forense. Rio de Janeiro, 1981.

PORTO, Mário Moacyr. Da responsabilidade civil do construtor. Revista Forense, nº 303. São Paulo, 1988.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos: Título I. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2006.

RUBINO, Domenico. L'Appalto. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1946.

TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1967.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos em espécie, 10ª ed. Editora Atlas. São Paulo, 2010.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. Contrato de construção e responsabilidade civil: teoria e prática. Editora Saraiva. São Paulo, 1979.

WAINER, Ann Helen. Responsabilidade civil do construtor. Editora Forense. Brasília, 1990.