

# DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CONTRATO DE EMPREITADA

Selma Maria Marques De Souza<sup>1</sup>

Sumário: 1. Da Responsabilidade Civil; 1.1. Das noções essenciais; 1.2. Breve apanhado histórico. A contribuição do Direito Romano para a sistematização da Responsabilidade Civil; 1.3. Noções da Responsabilidade Civil no Direito Francês; 1.4. Noções do tratamento acerca da Responsabilidade no Sistema Hermânico; 1.5. Breve apanhado do tema da Responsabilidade Civil no Direito Anglo-Saxão; 1.6. Da Responsabilidade Civil no Direito Português. O denominado Sistema Lusófono; 1.7. Da Responsabilidade aquiliana e obrigacional: busca pela delimitação, pressupostos e consequências; 1.8. Do inadimplemento, tipologia e consequências; 2. Do Contrato de Empreitada. 2.1. Do conceito do contrato de empreitada; 2.2. Da tipologia do contrato de empreitada; 2.3. Dos principais efeitos do contrato de empreitada em relação ao dono da obra; 2.4. Dos principais efeitos do contrato de empreitada frente ao empreiteiro; 3. Da Responsabilidade Civil no Contrato de Empreitada; 3.1. Da responsabilidade pelos vícios de solidez ou segurança; 3.2. Da Responsabilidade Civil pelos defeitos e imperfeições da obra - os vícios ocultos não abarcados pelo Art. 618, Do Código Civil; 3.3. Dos vícios aparentes; 3.4. Da sentença proferida no caso do teleférico para transporte de minério. 4. Conclusão.

## 1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

### 1.1. NOÇÕES ESSENCIAIS

---

<sup>1</sup> Mestranda em Ciências Jurídicas da Universidade de Lisboa/Esmape



obre o que poderia ser tomado como o princípio geral da responsabilidade civil leciona Pereira<sup>2</sup> que, malgrado as especificidades existentes em cada sistema, não desperta divergências a concepção central atrelada à premissa de que a pessoa injustamente atingida em seus direitos e interesses deverá receber uma reparação do ofensor, doutrina coerente com a argentina<sup>3</sup>, a francesa<sup>4</sup> e a portuguesa<sup>5</sup>, dentre outras.

<sup>2</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizador: Gustavo Tepedino. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 22.

<sup>3</sup> GARRIDO CORDOBERA, Lúdia M.R., *Los Daños Colectivos y la reparación*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998, p. 35-36.

“Consideramos que lo dicho basta para demostrar la constante evolución y reelaboración Del tema de la responsabilidad civil o Del Derecho de Daños, aunque sigamos partiendo de aquella obligación básica de “no dañar a outro” que ya nos deviene de las enseñanzas romanas (alterum non laedere).

Habíamos dicho que variaron los factores de atribución, que antes de la aparición Del auge de la responsabilidad objetiva (garantía, riesgo, abuso de derecho, equidad, exceso a la normal tolerancia) solamente se valoraban las conductas desde El punto de vista subjetivo, tratando de resolver todos los problemas através de la culpa.

Respecto a los elementos de la responsabilidad, sigue señalándose como tales El daño (aunque con variaciones em su concepto ya que se incorpora El daño colectivo), la relación de causalidad y los factores de atribución; con respecto a la antijuricidad cabe um replanteo, ya que se indemnizan también danos ocasionados por um actuar jurídicamente permitido (por ej., la responsabilidad del Estado por actividad lícita).

Hemos visto también que se ha ampliado El marco de los sujetos responsables de los daños y se tiende a la instrumentación de las garantías colectivas y que se busca que la víctima sea resarcida, considerando que tras El daño no está El azar o un designio divino sino El obrar de una persona o la creación de um riesgo.

Como creemos que el fundamento de toda nuestra temática se encuentra em la Idea de justicia que enfoca AL hombre em coexistência y no em mera existência, universalmente y no nominalmente, y que apunta a la proporción, a la simetría, AL todo, AL conjunto.

Por ello creemos conveniente recordar algo que está grabado a fuego em El alma de todo estudioso, y ES que si EL Derecho no se acomoda a las nuevas circunstancias, fracasará irremediabilmente; si no atiende a las nuevas exigencias Del individuo em colectividad, se corre El riesgo de que algunas normas Sean letra muerta.”

<sup>4</sup> G. HUBRECHT. Professeur A La Faculté de Droit et a L'Ecole Supérieure de Commerce de Bordeaux. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1949, p. 80-81.

DROIT USUAL. NOTIONS ESSENTIELLES DE DROIT CIVIL

“La doctrine française classique admet comme base de la responsabilité délictuelle

Assim, a responsabilidade civil constitui tema demasiadamente relevante, sendo, em termos gerais, instituto atrelado à obrigação surgida quando uma pessoa tem o dever de reparar um dano experimentado por outra.

---

la *faute* de celui qui esta tenu de réparer Le préjudice causé. Cette théorie *subjective* s'appuie sur Le mot *faute* considéré comme essentiel dans l'article 1382 du Code civil.

A cette notion traditionnelle, certains théoriciens s'efforcent depuis une cinquantaine d'années de substituer une responsabilité *objective*, fondée sur une idée de *risque*. Dans cette théorie, chacun serait responsable du risqué créé par son activité, alors même qu'il n'aurait rien de fautif à se reprocher.

Cette évolution doctrinale est en rapport étroit avec l'évolution économique et sociale. Le développement du machinisme a multiplié les accidents "anonymes" dans lesquels la victime ne peut faire la preuve d'une faute à la charge de la personne qui utilisait la machine ou le véhicule qui l'a blessée. Il importe, par ailleurs, de faciliter l'indemnisation. Or, tandis que, dans la théorie classique, la victime a trois choses à prouver: 1° le préjudice qu'elle subit; 2° la faute de l'auteur et 3° la relation de cause à effet entre cette faute et le préjudice, la nouvelle doctrine objective aurait pour conséquence de dispenser la victime de la preuve de la faute, souvent bien difficile à établir...*La responsabilité du fait personnel* est prévue par l'article 1382 du Code civil ainsi conçu: "Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer."

<sup>5</sup> CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio Portugal, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – ALMEDI-NA. Reimpressão ed. fev. 2004, p. 902-905 (Tese de Doutorado).

"A responsabilidade pela confiança é parte integrante do direito civil vigente. Na sua essência, exprime justiça comutativa, na forma específica de justiça correctiva (meramente) compensatória. O seu conhecimento radica intimamente indeclinável exigência do Direito segundo a qual aquele que origina a confiança de outrem e a frustra deve responder, ao menos em certas circunstâncias, pelos danos causados. O recurso a este pensamento torna-se imprescindível para a racionalização de certas soluções normativas, mas transcende por força os concretos afloramentos em que se plasma. A sua intervenção autônoma, superadora do plano da lei, terá naturalmente, como corresponde a sua natureza de princípio jurídico fundamental, de compatibilizar-se com as demais determinações, princípios e valores que informam a ordem jurídica, que não pode subverter. Tal qual qualquer outro princípio de caráter geral, a força expansiva que lhe inere conhece por isso limites e restrições no processo de concretização-aplicação. É tarefa da ciência jurídica operacionalizá-lo em contextos específicos típicos. A sua subordinação a condições de relevância não prejudica a sua característica de princípio fundamentador de consequências jurídicas. Entre aquelas condições avulta usualmente a presença de uma relação especial entre sujeitos, cujo preenchimento se torna assim determinativo da responsabilidade pela confiança."

Em determinadas situações, ou mesmo relações jurídicas, donde advenham danos a alguém a lei faz surgir uma obrigação em que o responsável é o devedor, figurando a pessoa lesada como credora.

Desta forma tem-se uma obrigação cuja fonte é a lei, independentemente, pois, da vontade das partes, pouco importando, por exemplo, tenha o responsável deliberadamente o intuito de afetar outrem de forma prejudicial<sup>6</sup>.

A concepção de responsabilidade civil está diretamente vinculada à necessidade de garantia e segurança voltada para uma tentativa de recompor ou mesmo restituir o prejuízo ou sacrifício injustamente suportado por uma pessoa – física ou jurídica.

Trata-se, assim, de uma obrigação de reparar os danos morais ou materiais injustamente sofridos por outrem, numa tentativa de reverter ou mesmo compensar o prejuízo ocasionado por determinado fato jurídico.

Deste modo é uma consequência da imputação civil do dano a uma pessoa que, em regra, tenha lhe dado causa. Versa sobre o dever de reparar a uma pessoa que pela lei ou pelo contrato esteja jungida a responder pela ocorrência de determinado fato jurídico, bem como pelos efeitos daí advindos.

Não se olvida que a noção nuclear de responsabilidade adveio da prática de atos ilícitos. Referida responsabilidade, derivada da *lex aquilia de damno*, também é designada por aquiliana, onde despicando que existisse uma ligação prévia entre os intervenientes

Todavia, se afigura inegável, como bem assinalado por Cordeiro<sup>7</sup>, que embora tenha a responsabilidade se desenvolvi-

---

<sup>6</sup> COSTA. Mário Júlio de Almeida. *Direitos das Obrigações*. 12.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 518-520.

<sup>7</sup> “Vamos supor que um contrato não é cumprido: há várias técnicas, apuradas ao longo dos séculos, para corrigir a situação daí resultante e, designadamente: compelir o devedor relapso ao pagamento ou substituí-lo na execução em falta. E se não for possível ou, em qualquer caso, suficiente! Uma solução poderá ser a de, sob

do fora do universo contratual acabou por adentrar ao território deste último.

De todo modo não foi apenas para o âmbito contratual que se expandiu a responsabilidade civil originariamente vinculada à necessária e prévia prática de um delito ou pelo menos de um ilícito.

As necessidades sociais<sup>8</sup>, desenvolvidas, sobretudo, com uma vertente solidária em relação à vítima de prejuízos e infortúnios, desencadearam a repartição dos danos experimentados por uma pessoa com outras, ainda que elas não tivessem necessariamente agido de forma culposa ou tampouco cometido algum fato ilícito<sup>9</sup>. Trata-se, como assinalado por Cordeiro, do

---

inspiração da responsabilidade civil, impor-lhe um dever de indenizar. Como vemos tem um regime próprio, ficando como que contaminado pelo contrato que esteve na origem: por isto se fala em responsabilidade contratual. Trata-se, porém, de um território conquistado pela responsabilidade civil.” (CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*. v. II. Direito das obrigações. 3º t.: Gestão de Negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010, p. 287).

<sup>8</sup> “Apesar da resistência dos defensores da teoria subjetiva, a culpa, como se viu, aos poucos deixou de ser a grande estrela da responsabilidade civil, perdeu cada vez mais espaço. A responsabilidade objetiva, plantada nas obras pioneiras de Raymond Saleilles, Louis Josserand, Georges Ripert e outros, acabou sendo admitida como exigência social e de justiça para determinados casos. É que a implantação da indústria, a expansão do maquinismo e a multiplicação dos acidentes deixaram exposta a insuficiência da culpa como fundamento único da responsabilidade civil. Pelo novo sistema, provados dano e nexos causal exsurge o dever de reparar, independentemente de culpa”. (DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI, Sérgio. *Comentários ao Novo Código Civil*, v. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.11).

<sup>9</sup> “A evolução ainda prosseguiu. Reconheceu-se, também excepcionalmente, sem dúvida, que a obrigação de indenização, pudesse resultar de uma conduta lícita do agente causadora de danos. Trata-se do campo da responsabilidade por intervenções lícitas.

Deve observar-se que os referidos caminhos da responsabilidade civil não estancaram não reconhecimento e alargamento das hipóteses de responsabilidade isenta de culpa, em especial ao que respeita aos utentes de coisas perigosas. Procura-se ir adiante, num sentido que traduz uma socialização do risco ou do dano.

Com efeito, assiste-se a um claro movimento que intenta garantir a reparação de todo e qualquer dano ao lesado, independentemente do caráter culposos ou ilícito do acto que o produziu”. (COSTA, R. Mário Julio Almeida. *Direitos das Obrigações*.

desenvolvimento da responsabilidade objetiva ou pelo risco e mesmo da responsabilidade pelo sacrifício<sup>10</sup>.

Note-se que regra geral a configuração da responsabilidade civil obedece a uma série de pressupostos, sendo comum, mormente nos sistemas português e brasileiro apontar para tanto um fato, a culpa, a ilicitude, o dano e o nexo de causalidade.

Segundo o sempre e necessariamente citado Professor (Menezes Cordeiro), a redução dos pressupostos ao dano e a imputação que sempre atrelada está à base técnica jungida que é diversa, por exemplo, na responsabilidade objetiva e na aquiliana, se afiguraria mais coerente com a necessidade dos sistemas jurídicos ocidentais de que sejam induzidos “princípios de lata aplicação”<sup>11</sup>.

No entanto, a despeito do regime – por exemplo, se da responsabilidade objetiva ou subjetiva – e do sistema – por exemplo, se do francês<sup>12</sup> ou do germânico abordados, onde o

---

12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 530).

<sup>10</sup> Contudo, impende destacar que referida temática, malgrado seu caráter envolvente e extremamente relevante nos dias atuais, embora seja referendada em algumas passagens do estudo não será aprofundada dado o cerne do presente relatório, focado sobre a configuração da responsabilidade no contrato de empreitada.

<sup>11</sup> Idem, p. 432- 433.

<sup>12</sup> “Recontrer son Double est, parait-il, une experience des plus troublantes. C’est une impression du même ordre que nous avons ressentie, quand après avoir terminé le premier tome, nous avons relu les toutes premières lignes d’une oeuvre célébrissime consacrée au sujet qui nous intéresse. “Je veux chercher, écrit Jean-Jacques Rousseau, au début du *contrat social*, si dans l’ordre civil il peut y avoir quelque règle d’administration légitime et sûre, en prenant les homes tels qu’ils sont, et les llois telles qu’elles peuvent être: Je tâcherai d’allier toujours dans cette recherché ce que le droit permet avec ce que l’intérêt prescrit, afin que la justice et l’utilité ne se trouvent point divisée.” Ces appariements dans une même phrase de la légitimité et de la sûreté, du troit et de l’intérêt, de la justice et de l’utilité, Il serait trop facile, certes, d’em faire des prolégomènes avant la lettre de l’économie du droit. Il n’empêche! Tout d’un coup, un Rousseau toujours present nous prenait par la main comme quelqu’un de familier, de proche. Où nous menait-il donc? Nous saurions bien vite. Quelques lignes plus loin viendrait la phrase tant rabâchée, qui a inspiré tant de commentaries, tant de lois, tant de constitutions, qui sera reprise Presque telle quella dan la *Declaration des droits de l’homme et du citoyen* de 1789, qui, de CE fait, justifie à elle seule que l’on s’intéresse à son auteur: L’homme est né libre, et partout Il est dans lès fers.” (SIMONNOT, Philippe. *Les Persones er lès choses*,

critério de imputação alterna em relação a todos os pressupostos que lhe são adjacentes, tal qual a culpa, a ilicitude e o nexo de causalidade, em arranjos e rearranjos que apresentam cada qual sua peculiaridade, se afigura incontestemente que a responsabilidade civil, para que seja desencadeada, exige sempre a ocorrência de um dano, “a supressão de uma vantagem tutelada pelo Direito”<sup>13/14</sup>.

## 1.2. BREVE APANHADO HISTÓRICO: A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO ROMANO PARA A SISTEMATIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Tamanha a importância do dano<sup>15</sup> que, até mesmo por

---

*Economie du Droit*/2: Paris: Les Belles Lettres, 2004, p.11- 12.)

<sup>13</sup> “O dano ou é suportado pela pessoa a quem caibam as vantagens suprimidas ou é atribuído a outrem. Trata-se da imputação de um dano, a qual, pelo que foi dito, poderá ser: imputação aquiliana (a quem praticou o delito) ou contratual (a quem violou o contrato). imputação delitual (por fato ilícito), pelo risco ou pelo sacrifício, mas a terminologia não está, aí, apurada ou sedimentada”. (CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*. v. II: Direito das obrigações. 3º t.: Gestão de Negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010, p. 289).

<sup>14</sup> Não se olvida que no sistema anglo saxão vem se configurando uma vertente, atrelada, sobretudo à análise econômica do direito, que vem desvinculando o dever de reparação do dano, contudo, se trata também de temática que não está atrelada essencialmente à responsabilidade civil. Neste sentido é a lição de Mário Júlio de Almeida Costa ao assinalar que “Com inspiração na corrente da análise econômica do direito, surge uma orientação, em especial cedida nos Estados Unidos da América, oposta à ideia de responsabilidade civil. Ou seja, afasta-se o dano de entre seus elementos essenciais. Repensam esses autores o sistema das penas privadas, traduzidas na imposição de uma quantia em dinheiro cominada a título de sanção, que podem ser de origem convencional, legislativa ou judicial. Consideram-se, sobretudo as situações em que não existem danos imediatamente perceptíveis, o enriquecimento excede o dano, os custos sociais complexos do ilícito se apresentam muito superiores aos dos danos individuais sofridos pelos lesados (com apelo aos denominados interesses difusos) ou se trata das chamadas bagatelas penais”. (COSTA, Mário Júlio de Almeida, *op. cit.*, p. 532).

<sup>15</sup> “Há uma constatação que se impõe: seja qual for o tipo de responsabilidade civil, há um ponto sempre presente: o dano. Tentar construir um sistema geral de responsabilidade civil obrigará a partir do dano. Havendo dano caberá ao direito decidir sobre sua imputação a outra pessoa, através da obrigação de indenizar. E a imputa-

uma questão lógica que poderia muitas vezes escapar ao âmbito jurídico legal, se trata de pressuposto presente desde os primórdios da responsabilidade civil, marcada muitas vezes pela vingança privada, que, em regra, de forma um tanto violenta, além de se voltar contra o causador do dano atingia toda a coletividade a qual pertencia.

Embora a responsabilidade civil, ou pelo menos suas noções básicas atreladas, sobretudo as providências tomadas contra o dano supostamente injusto causado a alguém que não deveria suportá-lo, tenha encontrado ressonância nas coletividades organizadas, tendo, sido objeto de cogitação pelos diferentes ordenamentos como o mesopotâmico, o Código Hamurabi, o Código Manu e o antigo direito hebreu<sup>16</sup>, carecia, até mesmo no direito romano, de sistematização desenvolvida.

Tomando por marco o citado direito romano, se afigura pertinente referência à lição de Pereira<sup>17</sup>, no sentido de que não foi constituída uma teoria da responsabilidade civil, pois o desenvolvimento do instituto estaria atrelado aos casos considerados em suas especificidades, conforme decisão dos juízes e pretores, respostas dos jurisconsultos, constituições imperiais e outros fragmentos que romanistas de todos os tempos utilizaram para extrair as linhas básicas acerca do tema.

No entanto, não se pode olvidar das relevantes contribuições do direito romano, sobretudo quando considerado o impacto advindo da Lei das XII Tábuas e da *lex aquilia de damno*, para o desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil.

Em relação à Lei das XII Tábuas não se olvida que num

---

ção poderá ser de três tipos: imputação delitual, quando seja imputada a quem, ilícitamente e com culpa tenha causado o dano; imputação objetiva ou pelo risco no caso em que o Direito decida imputá-lo a quem detenha certas condições consideradas vantajosas; imputação pelo sacrifício na eventualidade de o legislador pretender que, mal grado a licitude do dano, ela deva, em certos moldes, ser suportado por quem o tenha provocado". (CORDEIRO, Antônio Menezes, *op. cit.*, p. 432).

<sup>16</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. Atualizada por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 3.

<sup>17</sup> Idem, p. 2.



primeiro momento, especialmente quando considerada a existência da tipificação do *'delictum'*, o diploma procedia a uma confusão entre a responsabilidade penal e civil, o que em dias modernos se distingue com relativa facilidade.

Apesar disto, como enfatizado pelo Mestre<sup>18</sup>, teve relevante papel na compreensão, como institutos diferenciados, dos dois grandes troncos donde adveio toda a evolução posterior da matéria, na medida em que era possível se vislumbrar o gérmen da distinção entre a responsabilidade delitual e a obrigacional, que ao longo do tempo veio se acentuando, sobretudo, quando considerados os efeitos de cada qual, uma vez que naquela buscava-se punir o agente, enquanto nesta sobreleva a tentativa de compensação e eliminação do dano.

Ainda no que diz respeito à Lei das XII Tábuas impende destacar que a utilização do talião por ela veiculada implicava, na verdade, numa moderação em relação às dimensões que eram assumidas pela vingança privada de concepção punitiva nos moldes em que anteriormente realizada em face da ocorrência de um dano a alguém que, em tese, não deveria suportá-lo. Ademais disto, também é passível de ser vislumbrada no diploma, a presença da composição pecuniária como solução alternativa<sup>19</sup>, ou mesmo prioritária<sup>20</sup>, quando se tratava de

---

<sup>18</sup> CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*. v. II. Direito das obrigações. 3º t: Gestão de Negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010, p. 294.

<sup>19</sup> “Esta equivalência (tálião) da punição do mal com o mal (Lei de Talião) esboça a perspectiva de uma composição entre vítima e ofensor, uma vez que ao membro quebrado se faça o mesmo no causador do dano (tálião esto) na falta de um acordo (*ni cum eo pacit*). Aí já se apresenta uma composição voluntária, inserida na solução transaccional: a vítima, ao invés de imposição de igual sofrimento ao agente, recebia, a título de poema, uma importância em dinheiro ou outros bens. A ela segue-se a composição legal, em que, segundo Girard, puniam-se, um tanto timidamente, as ofensas físicas à pessoa da vítima. Não se encontra, portanto, na Lei das XII Tábuas, um princípio determinante da responsabilidade civil, senão a cogitação de casos concretos”. (PEREIRA, Caio Mário, *op. cit.*, p. 4).

<sup>20</sup> “No direito romano, costuma-se apontar a Lei das XII Tábuas (meados do século V a.C.) como o ponto de transição da fase da composição facultativa para a fase da composição obrigatória, visto que em certos casos a vítima se encontrava já obrigada

questões obrigacionais, onde a pessoa e liberdade do devedor somente eram atingidas caso configurado o inadimplemento.

Por outro lado, ainda na esteira da contribuição do “Direito Romano” para o instituto em análise, impende destacar que segundo Pereira<sup>21</sup> a *lex aquilia*, derivada de “um plebiscito, rogado por Aquilius, tribuno da plebe”<sup>22</sup>, compreende o maior legado da civilização romana em matéria de responsabilidade, sendo referida constatação a tal ponto inquestionável, que, até hoje, a denominação aquiliana é utilizada para designar a responsabilidade extracontratual.

A despeito de não ter instituído uma regra geral acerca da responsabilidade, na medida em que predominava a tentativa de reparação frente a casos concretos, a *lex aquilia* teve o desiderato de buscar a fixação da pena de forma proporcional ao dano causado. Possuía três capítulos que hoje seriam melhores designados como artigos, cujo segundo não apresentou grande relevância. Por seu turno o primeiro e o terceiro previam casos específicos relacionados à morte ou outros danos causados a escravos ou animais, que deveriam ser reparados por aqueles que, procedendo com “*iniuria*”<sup>23</sup>, termo cujo significado é pas-

---

a aceitar a composição e a renunciar à vingança privada”. (COSTA, Mário Júlio Almeida, *op. cit.*, p. 526).

<sup>21</sup> *Op. cit.*, p. 5.

<sup>22</sup> CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*. – v. II: Direito das obrigações. 3º t.: Gestão de Negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010, p. 295.

<sup>23</sup> Embora a tradução utilizada por civilistas de escol seja mesmo o termo “injúria”, não é incomum que alguns prefiram tomar o termo por ‘injustiça’, de toda forma, como assinalado por Menezes Cordeiro, parece não haver dúvidas que nos termos em que inserido na legislação aludida, configurada como pressuposto inarredável para configuração de qualquer delito que poderia ser tomado em paralelo à concepção que hoje se tem de ilicitude, sendo relevante destacar a seguinte passagem a este respeito “Após, pelo menos a *lex aquilia*, passou a requerer-se que o facto vedado pelo Direito fosse perpetrado com injúria. Após uma evolução marcada, a injúria estabilizou-se, num de seus significados, em torno da antijuridicidade, da ilicitude e culpa, da desconformidade com o Direito e da injustiça”. Assim, “Enquanto conceito compreensivo, a injúria incluiria, pois, já no tempo republicano tardio, a ideia de culpa...”. (Idem, p. 303).

sível de ser remetido a uma imbricação de culpa e ilicitude peculiar ao direito romano, os tivesse causado.

Cumprе enfatizar que os casos expressamente referendados pela *lex aquilia* tiveram seu âmbito de abrangência cada vez mais alargado pelos pretores, juizes e jurisconsultos, de forma que, gradativamente, era abrangido um universo mais extenso de danos praticados com “*iniuria*”, ficando, ademais, “assente, de uma vez por todas, que a sanção consistia num dever de indenizar, por oposição a composições pessoais ou a práticas retorsivas ou taleónicas”<sup>24</sup>.

Por seu turno, para complementar o brevíssimo tratamento da matéria frente às mais relevantes fontes romanas, impen-de destacar que no *corpus iuris civilis* a responsabilidade mantinha-se dividida em obrigacional e aquiliana. Era, assim, mantida a tendência que vinha desde a *lex aquilia*. Além disto, embora os *delicta*<sup>25</sup> ainda estivessem tipificados em âmbito formal, a expansão do que se entendia por *damnum iniuria datum*, que, segundo Cordeiro<sup>26</sup>, por abranger “genericamente, os danos causados a bens e que eram coberto pela *lex aquilia* – e à *iniuria* –, relativa a danos causados a pessoas – permitia um sistema funcional”<sup>27</sup>.

Apenas no intuito de não deixar um vácuo neste resumi-do apanhado acerca das noções essenciais da responsabilidade, que permite dentre outros a paulatina identificação de alguns elementos que ainda hoje são inerentes ao instituto, cumpre fazer referência ao Direito Intermédio, sendo como tal denominado, no raciocínio observado de Cordeiro<sup>28</sup>, aquele que se

---

<sup>24</sup> Idem, p. 297.

<sup>25</sup> “Delicta (singular: delictum) designavam factos definidos como ilícitos, de teor privado ou público. Neste último caso, falava-se, também em crimina. O delictum justificava, quando privado, a reacção do particular”. (Idem, p. 302).

<sup>26</sup> CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*. – v. II: Direito das obrigações. 3º t.: Gestão de Negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010, p. 295.

<sup>27</sup> Idem, p. 299.

<sup>28</sup> Idem, p. 295.

desenvolveu na Idade Média sob a égide, ou pelo menos sob larga influência, da Igreja.

Em relação a tal interstício importa apenas enfatizar o resgate e desenvolvimento da culpa como noção ética, tal qual já constava, ainda que de forma incipiente, do *corpus iuris civilis*, num âmbito de ofensa, contudo, que extrapolava a lei dos homens.

Deviam, portanto, ser devidamente censurados aqueles delitos onde era identificada uma culpa moral, ou pelo menos um nível moral de imputação<sup>29</sup>, situação que implicou em vertiginoso crescimento da concepção de culpa no âmbito da responsabilidade civil, como tal desenvolvida pelos glosadores e comentadores cuja atividade implicou, em definitivo, no estabelecimento da culpa como elemento subjetivo da previsão do ilícito.

Tal desenvolvimento foi demasiadamente relevante, tendo o Código Civil francês de 1804, rendido as devidas homenagens e deferência ao sistema desenvolvido pelo Direito canônico ao inserir em seus artigos 1382 e 1385 a noção de culpa<sup>30</sup>.

### 1.3. NOÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO FRANCÊS

O modelo francês de responsabilidade civil foi demasiadamente influenciado pelo sistema do jusnaturalismo, de modo que a responsabilidade restou intrinsecamente vinculada ao ressarcimento e à culpa.

O Código Civil de 1804<sup>31</sup> estabeleceu duas cláusulas ge-

---

<sup>29</sup> Idem, p. 309.

<sup>30</sup> PEREIRA, *op. cit.*, p. 89.

<sup>31</sup> O Código Civil francês de 1804 foi publicado com o nome de *Code Civil des Français* (Código Civil dos Franceses) e, em 1807, a sua segunda edição foi publicada com o nome com que entrou para a história: *Code Napoléon* (que é normal-

rais que, em seu conjunto, refletiam o princípio básico da culpa (*faute*)<sup>32</sup> como substrato da responsabilização civil, de forma a tornar desnecessária a tipificação dos atos ilícitos tal qual procedida pelo direito romano.

A responsabilidade civil encontrava-se alicerçada essencialmente sobre o conceito de *faute*, que apresentava inúmeros sentidos, sendo viável, entretanto, dizer que além de englobar a ideia de culpabilidade e ilicitude, está, até mesmo por influência do Direito canônico e do humanismo que lhe foi subsequente, atrelado à ideia de culpa como elemento ensejador do ato ilícito numa de perspectiva de ofensa a um dever preexistente que poderia também ser de cunho moral. Valorizava-se, assim, uma operação e análise predominantemente intuitivas para se aferir o âmbito subjetivo do ofensor<sup>33</sup>.

No intuito de compensar a abertura do sistema à jurisprudência francesa, sobretudo da Corte de Cassação, tratou de ir

mente traduzido como *Código de Napoleão*).

<sup>32</sup> “Os cem primeiros anos de vigência do Código Napoleão mostram que o sistema de responsabilidade civil, simplesmente baseado na *faute*, era funcional. Além disso, ficou claro que se tratava de um sistema responsivo, claramente capaz de acompanhar uma realidade em permanente mutação, sem sobressaltos nem necessidade de alterações formais. A simplicidade e a indefinição da *faute* traduziam a chave do êxito. Procurando, com recurso a conceitos gerados numa Ciência Jurídica diversa – e portanto com toda reserva que tal procedimento implica – exprimir o conteúdo de *faute*, podemos considerar que ela abrange, no seu funcionamento, a ilicitude, a culpa e o nexa causal”. (MENEZES, *op. cit.*, p. 324).

<sup>33</sup> “Em termos sintéticos, poderemos dizer que a presença de danos, devidos a *faute* de determinado agente, é praticamente, intuitiva. A experiência comum e as valorizações sociais, que dela decorrem, permitem, na grande maioria dos casos, um consenso quanto à eficácia danosa de determinada *faute*.

Nessas condições, todo o sistema da responsabilidade civil tende a funcionar em termos compreensivos – por oposição a analíticos – muito latos e pouco justificados. O bom senso da jurisprudência e o respeito por grandes linhas de precedentes tornaram viável o sistema. Com efeito, a referência a uma *faute* dispensa a indicação concreta de qualquer norma jurídica especificamente violada. Assim, o sistema jurídico alarga-se, na base da responsabilidade civil, em termos fáceis e sem necessidade de recomposição em nível de fontes. Institutos diferenciados são facilmente enquadráveis, no espaço napoleônico, através da responsabilidade civil baseada em *faute*.” (CORDEIRO, *op. cit.*, p. 339).

delineando importantes parâmetros objetivos, dentre os quais merecem destaque o dano direto e o nexa causal, analisados a partir do cuidadoso balanceamento dos interesses envolvidos.

A despeito da mencionada abertura o sistema francês, sobretudo pelo bom senso da jurisprudência e o respeito às linhas precedentes, tal qual destacado por Cordeiro, foi efetivo na proteção de diferentes interesses cuja lesão se afigurasse de forma convincente, sendo justamente tal flexibilidade, mormente no tocante a gama de interesses protegidos, que permitiu sua constante adaptação pela jurisprudência às novas realidades sociais.

Outro traço marcante do sistema francês era a preocupação com a vítima do dano, de modo a ser constantemente buscado seu pleno ressarcimento e proteção.

De qualquer forma e independente dos ângulos que se possa perquirir da responsabilidade dentro dos seus diversos segmentos, indispensáveis são os conceitos emanados dos estudos comparados da responsabilidade delitual em direito privado e em direito público, por Gérard Cornu, cuja conclusão se resume, apertadamente, “numa unidade de regras de solução concreta de unificação das responsabilidades pública e privada”<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> “En matière de risque anormal de voisinage, la responsabilité automatique du propriétaire semble s’imposer en Droit privé comme en Droit public. (6). Ce n’est qu’un manque inexcusable de coordination s’il demeure encore de tels écarts de solution qu’aucune raison valable ne justifie et qui heurtent violemment la conscience juridique moderne. Ceci indique clairement la voie à suivre: pour cette unité du Droit public et du Droit privé de la responsabilité partout où elle s’impose, la solution n’est pas l’application des textes du Code Civil à la responsabilité des collectivités publiques elles-mêmes, remède brutal, aveugle, qui jure avec l’autonomie nécessaire du Droit public et du Droit privé. C’est un rapprochement des jurisprudences qui s’impose. Coopération volontaire, élargissement des pouvoirs du Tribunal du conflit juge du fond, interventions législatives bilatérales, sont les moyens inégaux de réaliser réaliser et de consolider l’unité réelle des solutions concrètes là où elle est nécessaire et, au delà, de préparer l’avènement du “Droit commun” des responsabilités publique et privée.” (CORNU, Gérard. *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*. Préface de André Amiaud. Paris: La Mémoire du droit, 2010. (Collection de la Faculté Jean Monnet). Reprod. em fac-

#### 1.4. NOÇÕES DO TRATAMENTO ACERCA DA RESPONSABILIDADE NO SISTEMA GERMÂNICO

Como destacado pelo Mestre Português (Menezes Cordeiro), diferentemente do Direito francês, que trabalhava com a abertura do sistema configurada pela noção da *faute*, o Direito alemão, sobretudo pelas diretrizes fincadas pelo artigo 823 de seu Código Civil, o BGB, afunilou consideravelmente esta via na medida em que exige o fato, restrito a consideráveis violações a direitos subjetivos ou interesses protegidos, a ilicitude e a culpa<sup>35</sup>.

Assim, não desperta dúvidas entre os estudiosos que o modelo alemão de responsabilidade civil é o mais elaborado e sistematizado no Direito europeu, sendo passível de apontar como causa deste desenvolvimento, dentre outras<sup>36</sup>, a influência “Pandectística”, que tomava o ato ilícito extracontratual sob duas perspectivas: a primeira delas era a ilicitude vista a partir da violação de normas jurídicas; a segunda estava atrelada à culpa vista como reprovabilidade da conduta.

Observe-se que na medida em que a culpa e a ilicitude estavam desdobradas não teve o direito alemão de se deparar com uma categoria tão abrangente quanto a *faute* do direito francês. Demais, até mesmo a noção de culpa no direito alemão tinha lá suas peculiaridades, na medida em que a reprovabilidade não era essencialmente fruto de um juízo pessoal, aferido no mais das vezes de forma intuitiva pela experiência comum e

---

sim. da edição de Reims: Matot-Braine, 1951, p. 287.)

<sup>35</sup> Idem, p. 340.

<sup>36</sup> É interessante dentre as razões para um maior refinamento da responsabilidade civil no modelo alemão, ou pelo menos de seus pressupostos, as considerações tecidas por Menezes Cordeiro no sentido de que “O BGB foi aprontado, já sob a Revolução Industrial, numa ocasião em que, sectorialmente, se ia impondo a responsabilidade objetiva. O legislador optou pela prudência: a multiplicação de situações de imputação iria coarctar os empreendimentos, pela multiplicação dos riscos”. (Idem, p. 333).

as valorações sociais que dela decorriam, mas sim da comparação a um padrão médio de comportamento que desencadeava uma série de obrigações preestabelecidas a que estavam atrelados os agentes em suas relações sociais, sobretudo aos deveres funcionais de informação, lealdade e outros que pudessem ser inerentes a setores específicos.

Assim, o BGB que entrou em vigor em 1900, continha disciplina mais pormenorizada e técnica do que a francesa, tendo previsto três cláusulas gerais de responsabilidade, quais sejam: a do artigo 823, I, que considerou dano suscetível de reparação a violação dolosa ou culposa praticada contra a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, os bens ou outros direitos de um indivíduo fixados pela lei; a do artigo 823, II, que considerou dano suscetível de reparação o decorrente da violação de norma de proteção estabelecida em favor de outrem; e, por fim, a do artigo 826, que em suma, guardava relação com a injúria romana, sendo considerada como dano a conduta violadora dos *bons costumes*<sup>37</sup>.

É interessante ressaltar que as três cláusulas gerais aludidas mesclavam a tipificação de ilícitos relacionados à proteção de direitos devidamente especificados, tidos por absolutos e, que, ademais, num segundo momento vieram a sofrer expansão como, por exemplo, a inserção do direito geral da personalidade, com hipóteses abertas, que malgrado a necessidade de sempre encontrarem referência em um interesse objeto de tutela, por óbvio distinto dos direitos tipificados no artigo 823, I, do BGB, neste aspecto eram similar à *faute* dos franceses, inobstante, conforme já destacado, fosse necessária análise técnica

---

<sup>37</sup> ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 106. “Além destas cláusulas gerais, o título 25, da sétima seção, do segundo livro do Código Civil, contém algumas regras especiais para danos causados por menores, animais e funcionários públicos. No caso de delito, o autor pode, em lugar ou além de uma indenização em dinheiro, ter uma pretensão de não fazer contra o réu (*Unterlassungsanspruch*) ou a pretensão de restituição do *status quo ante*, por exemplo, retratar uma difamação por meio de uma desculpa pública.”



mais detida quanto aos seus pressupostos.

Além das cláusulas aludidas é relevante destacar que no âmbito da responsabilidade civil os alemães ainda elaboraram o chamado dever de cuidado e proteção, que encontravam desdobramentos como o dever de segurança no comércio ou tráfico jurídico.

### 1.5. BREVE APANHADO DO TEMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO ANGLO-SAXÃO

Na Inglaterra a concepção de responsabilidade civil foi influenciada pelos *delictum* romanos e pelos writs medievais, que teriam dado origem aos *torts*, instituto que não encontra paralelo no sistema romano-germânico, uma vez que não significam atos ilícitos. Evidenciam condutas diretamente ensejadoras da responsabilidade extracontratual, na medida em que alguns *torts*, por serem considerados em si mesmos, tornam despendicienda a análise da culpa, ou mesmo, quando destinados antes à proteção do direito do que da própria vítima, a demonstração do dano.

Antes de se deter em comparações históricas ou mesmo na análise dos pressupostos gerais a “Tort Law” para termos de configuração da responsabilidade civil entrará de forma direta em situações concretamente consideradas, na visão do “Exper Professor Português”<sup>38</sup>.

Todavia, deve ser ressaltado que a despeito da inexistência de uma cláusula geral da responsabilidade civil foi a expansão do *tort da negligence*, que se em sua acepção original tinha por base a violação de um preciso dever de cuidado (*duty of care*), do qual resultasse um dano, foi sendo expandindo até que alcançasse situações mais gerais, a ponto de até mesmo absorver outros *torts*.

É ainda interessante destacar que os deveres de cuidado,

---

<sup>38</sup> Idem, p. 344.

que diziam respeito ao “*tort*”<sup>39</sup> da negligência, estavam atrelados a parâmetros objetivos, aos quais se poderia, de forma razoável, comparar a conduta em análise. Todavia, inobstante a premissa destacada, cumpre deixar assinalado que a semelhança com o direito alemão deve ser considerada de forma cautelosa, já que a identificação de parâmetros objetivos para baliçamento da conduta analisada não esteve próxima ao consenso tal qual ocorre no sistema legal germânico.

Por fim, conforme já referendado em citação anterior lastreada nos ensinamentos de Mário Júlio de Almeida Costa, não se pode olvidar da tendência, sobretudo nos Estados Unidos de, com base na análise econômica do direito, ir gradativamente

---

<sup>39</sup> ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.152-153. “O direito delitual inglês baseia-se numa variedade de delitos, cada qual com um desenvolvimento próprio e dependente de pré-condições diferentes a serem preenchidas. De certa maneira, pode-se dizer que nessa área do direito sobreviveram os antigos *writs*, mesmo que hoje o sucesso no processo não dependa mais de escolha certa do *writ* (que já não existe mais), ou melhor, do delito no que se fundamenta a ação. A responsabilidade objetiva em geral, tem fundamento na lei. Mas, além disso, *torts* é uma área onde prevalece a jurisprudência. Essa jurisprudência manteve a criatividade da *common law* até hoje. Por exemplo, criou-se, recentemente, um novo *tort* que se chama *misfeasance in a public Office* e sanciona o comportamento do funcionário público que causa dano a um cidadão atuando em excesso das suas competências. O direito dos *torts* abrange matérias que, em outros ordenamentos jurídicos, caberiam no direito que rege a relação entre proprietário e possuidor ou na área de enriquecimento sem justa causa. De regra, um menor responde por delito como adultos, tem capacidade delitual. Porém, questões de culpa são avaliadas por meio da aplicação do critério de entendimento natural da capacidade factual do menor. As sanções ou remédios, no direito delitual inglês, em geral, são a indenização para o dano e a *injunction*. A indenização em caso de lesão corporal, inclui uma quota para o dano moral. No caso de malícia singular, especialmente se houver delito contra a boa reputação da vítima, o tribunal pode conceder uma indenização que excederá o dano (*aggravated damages*). Raramente, se o delito der um lucro ao réu que exceda a indenização a pagar, o tribunal concederá uma indenização particularmente alta (*exemplary damages*), para orientar o réu a *that tort does not pay*, que delito não vale a pena. Há delitos para os quais o dano não é pré-requisito para a sua existência. Mas, se nestes casos, não houver dano, o tribunal concederá uma indenização nominal. A *injunction*, a outra sanção contra o delito, impõe ao réu uma obrigação de fazer, ou não fazer. Em seguida, serão apresentados os *torts* mais importantes para que se entenda a estrutura do direito delitual inglês.”

sendo a responsabilidade civil substituída por um sistema de penas privadas, fixadas em nível convencional, legislativo ou judicial, onde até mesmo o dano em si considerado possa ser deslocado para âmbito secundário.

#### 1.6.DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO PORTUGUÊS, O DENOMINADO SISTEMA LUSÓFONO <sup>40</sup>

Mencionado por Cordeiro, o Código Vaz Serra, Código Civil de 1966<sup>41</sup>, acabou por adotar um sistema por ele denominado de híbrido, na medida em que o tratamento da responsabilidade civil, mormente nos trabalhos preparatórios, acabou por seguir na direção oposta à tendência de distinguir entre o modelo francês e o modelo germânico de responsabilidade. Anota o civilista português que no sistema lusófono a responsabilidade obrigacional segue o modelo napoleônico, assente na *faute*, enquanto a responsabilidade delitual apóia-se na distinção entre culpa e ilicitude extraída do direito alemão <sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. O sistema constitucional dos países lusófonos: um breve passeio no modelo jurídico-político de Angola, do Brasil, de Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro. ISSN 1517-2163. nº 39, sem. 2, 2010, p. 180-219. “Os países lusófonos, à exceção de Portugal e do Brasil, encontram-se no processo de amadurecimento constitucional e solidificação de suas instituições políticas e sociais. Se os regimes democráticos estão cada vez mais enraizados na realidade dos aludidos Estados lusófonos, com as referidas exceções, é preciso concretizar radicalmente os direitos sociais fundamentais, mormente aqueles vocacionados para a proteção da vida e da liberdade do indivíduo (de todos os indivíduos) e tenham como finalidade a emancipação da pessoa humana. Com efeito todo ser humano deve receber um tratamento digno e igual, ou seja, deve ser tratada com respeito, consideração e justiça, de modo a que todos e cada um possam buscar e realizar a felicidade, razão de ser de nossa própria existência. Finalizo evocando o arauto do mito lusófono, o bardo Luiz Vaz de Camões, no clássico e eterno épico de Portugal e de todos os filhos da epopeia lusitana “Os lusíadas”.”

<sup>41</sup> VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. *Código Civil Português*. 6. ed. atualizada, Coimbra: Atlântida Livraria e Editora, 1954.

<sup>42</sup> CORDEIRO, António Menezes. *op. cit.*, p. 379.

Impende enfatizar ainda que Cordeiro também vislumbra a configuração de um sistema híbrido no Código Civil Brasileiro de 2002, na medida em que no concernente à responsabilidade contratual haveria uma simplificação de pressupostos e no tocante à responsabilidade aquiliana uma “conjugação analítica mais exigente”<sup>43</sup>.

### 1.7.DAS RESPONSABILIDADES AQUILIANA E OBRIGACIONAL. BUSCA PELA DELIMITAÇÃO. PRESSUPPOSTOS E CONSEQUÊNCIAS.

Desde o Direito romano, mais precisamente quando se analisa a Lei das XII Tábuas já se afigura possível estabelecer uma distinção de natureza formal entre as responsabilidades aquiliana e obrigacional.

Na responsabilidade obrigacional está em causa o não cumprimento de uma obrigação previamente existente. É dizer: “num momento prévio, houve a obrigação com o seu dever de prestar e que, não tendo sido cumprido, deu azo ao de indenizar”<sup>44</sup>, sendo possível vislumbrar suas feições essenciais na

---

<sup>43</sup> Idem, p. 384.

<sup>44</sup> CORDEIRO, António Menezes. *op. cit.* p., 387. Observe-se que a colocação do autor não foi tranquilamente aceita entre os civilistas portugueses, tendo Luís Menezes Leitão lhe tecido críticas em três frentes. A primeira estaria atrelada à contrariedade em relação ao movimento posto em marcha para se distinguir a responsabilidade obrigacional da delitual. A segunda diz que o artigo 798 do Código Vaz Serra não teria influência da *faute* francesa, já que no modelo francês a *faute* teria relevância delitual, tendo apenas num segundo momento sido estendida ao sistema obrigacional. A terceira crítica tecida versa sobre uma clara distinção entre a ilicitude (o incumprimento das obrigações) e a culpa (a censurabilidade, ao devedor), desse incumprimento), a qual não seria diferente da contraposição entre a violação do direito subjetivo e a culpa do art. 483°. Às críticas tecidas Menezes Cordeiro responde da seguinte forma (1) “É verdade que a natureza híbrida do sistema português de responsabilidade põe em causa a pretendida unidade das responsabilidades delitual e obrigacional: fomos os primeiros a senti-lo e a sofrer as suas consequências; mas tal unidade só pode surgir como conseqüências dos regimes; nunca como apriorismo capaz de condicionar a pesquisa; de resto, o próprio Luis Menezes Leitão não adere inteiramente à ideia de unidade, uma vez que defende, com proficiência, uma ‘ter-

longínqua Tábua III.

Já a responsabilidade aquiliana, expressão, que conforme já versado, cujo uso remonta à *lex aquilia* tem, como bem assinalado por Cordeiro, a vantagem de evidenciar que a distinção entre os dois tipos não está atrelada a aspectos lógicos, mas sim circunstâncias de ordem tipológicas.

De todo modo, nada há de incorreto em se asseverar que a responsabilidade obrigacional ou contratual está atrelada à inobservância de uma obrigação advinda de uma relação ou situação jurídica entre pessoas previamente vinculadas, em regra pela autonomia privada, enquanto a aquiliana diz respeito à violação ilícita e culposa de algum direito ou interesse tutelado pelo ordenamento jurídico.

Todavia, em ambas é possível vislumbrar elementos comuns, sendo possível conferir ênfase à questão da culpa<sup>45</sup> como

ceira via' que, logicamente pressupõe duas outras vias prévias"; (2) "É também verdade que coube à doutrina francesa transpor, para o campo contratual, a *faute* do artigo 1382; mas a unificação da culpa/*faute* para o campo contratual deu-se, entre nós, logo na primeira metade do século XIX, via Coelho Rocha: em parte alguma defendemos que a nossa doutrina tivesse acolhido passivamente a evolução francesa; finalmente, sublinhamos que a chave da culpa/*faute* está em Vaz Serra, nos termos que, acima, procuramos explicitar"; (3) "Já o argumento retirado do art. 798º, não é óbvio e esquece o fundamental: o 799º/1; uma presunção de culpa não faz sentido se não envolver uma presunção de ilicitude; além disso, em termos técnicos, o incumprimento não envolve fatalmente, ilicitude, assim como não envolve a violação do direito alheio; quanto às outras presunções de culpa (492.º/1, 493.º/1 e 503.º/1): são (também) presunções de ilicitude, cabendo, pela interpretação, verificar se houve nova penetração da culpa/*faute*, se há responsabilidade obrigacional ou se, apenas, se registra uma menção meramente implícita, à ilicitude". (Idem, p. 379-380).

<sup>45</sup> GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 211. (DIREITO COMPARADO: As legislações que tratam da relação causal são geralmente agrupadas em dois grandes sistemas: a) a dos códigos que estabelecem normas expressas que orientam o intérprete na indagação do nexa causal; b) os códigos que estabelecem normas específicas para regular a referida questão. Formam-se, assim, dois grandes grupos: o primeiro (que é dominante), no qual se destacam os Códigos da França, Itália e Chile; o segundo, no qual se incluem o Código Civil Alemão, o Código das obrigações da Suíça, o Português atual (1967) e o Espanhol. Em relação ao CC Frances, as normas expressas são os artigos 1.150 e 1.151, que, segundo a doutrina e jurisprudência francesas, teriam assento na teoria da equivalência das condições, que a doutrina moderna, com base

ofensa a um dever preexistente, ou seja, uma norma de conduta de origem legal ou contratual que inobservada pelo agente, dá origem a um dano injustamente suportado por outrem<sup>46</sup>.

Assim, para alguns renomados civilistas, como Caio Mário da Silva Pereira, a unicidade da culpa, implicaria também na unicidade ontológica da responsabilidade, sendo as diferenças técnicas existentes, embora devidamente consideradas pelo civilista, meramente aparentes ou desimportantes.

Inobstante tudo isto, não pode passar despercebido que,

---

nos mais acatados civilistas, repele, pois a jurisprudência agora dominante assenta os seus fundamentos e conclusões na teoria da causalidade adequada, como se colhe dos ensinamentos de CARBONNIER (*Obligations*, n. 91) e de MAZEAUD-TUNC (*Trité cit.*, II, nº 1.442). Os dispositivos do Código Civil Italiano de 1940 estão expressos nos artigos 1.223 e 1.225. Assim, quando se trata de danos que não são imediatos e diretos, exige-se um nexo de relação de causalidade adequada (De Cupis, cap. I, nº 5; MESSINEO, Manual, V. IV, parágrafo 115, n. 3) O Código Civil Chileno não descurou do vínculo causal, mas, ao contrário, o reconhece, quando dispõe no art. 1.558 da imputação de dolo do devedor, e quando, na mesma disposição, acresce que os prejuízos indenizáveis devem ser consequência direta e imediata da inexecução da obrigação. Também o primeiro grupo, os autores ainda incluem o direito brasileiro (CC art. 1060-1916-); o direito peruano (CC-art. 1.323); o direito colombiano (CC-art. 1.6160; o direito venezuelano (CC-arts. 123/5); o direito etíope (CC de 1960-art. 1.201). Em relação ao segundo grupo de legislações, cabe mencionar em primeiro lugar o Código Civil alemão (B.G.B), como se colhe dos ensinamentos de ENNECCERUS-LEHMAN (ob. Cit. I,II,parágrafo 11, p. 67); O Código das Obrigações Suíço (art. 42); o CC Uruguaio (art. 1.331); o código Espanhol, embora a doutrina tenha dado relevo à total insuficiência dos textos do C.C. para fundamentar um sistema coerente de legislação causal 9BORREL MACIÁ, SANTOS BRITZ, PUIG BRUTAU e CASTÁN TOBENAS) C.C.Português (1967) art. 562; CC Soviético (art. 219).”

<sup>46</sup> “O conceito de culpa é unitário, embora sua ocorrência possa dar-se de maneiras diversas. São todas elas, entretanto, meras modalidades pelas quais pode caracterizar-se a violação do dever preexistente. Em toda culpa há uma violação do ordenamento jurídico, caracterizando ontologicamente o comportamento ilícito (...) Não importa se a norma preexistente é a geral, contida na lei, ou é a particular, consignada no contrato. Legal ou contratual, é uma norma de conduta, e sua violação importa comportamento culposo. Os dois aspectos da responsabilidade (contratual e extra-contratual) não implicam diversificação conceitual da culpa, ou como diz Aguiar Dias, ‘não atinge os princípios essenciais da responsabilidade’ (...) O que se salienta aqui é o princípio da unidade da culpa, deixando claro que as modalidades em que se desdobra não afloram mais que à sua superfície, deixando incólume o seu conceito ontológico.” (PEREIRA. Caio Mário. *op. cit.*, p. 98).

embora tenha Cordeiro defendido referida unicidade face à comunhão de pressupostos, hodiernamente entende relevante proceder à uma distinção.

Não chega o autor a infirmar as diferenças ontológicas aludidas, por exemplo, por Caio Mário da Silva Pereira, mas sim a apontar uma série de especificidades, sobretudo de ordens genéticas e funcionais, que em decorrência da complexidade da obrigação contratual, desde a sua origem preexistente ao ilícito, ensejaria o tratamento diferenciado.

A responsabilidade obrigacional<sup>47</sup> teria por desiderato reforçar e prolongar, ainda que no âmbito indenizatório, a função do contrato atrelada à criação e circulação de riquezas. Em contrapartida a responsabilidade aquiliana<sup>48</sup> teria por desiderato

---

<sup>47</sup> “Havendo, entre as partes, uma obrigação específica, cabe ao devedor executar a prestação principal. O dever dele é o bem do credor, atribuído e legitimado pelo ordenamento. Se o devedor não cumpre, é grave: ele está a frustrar, pela sua conduta, precisamente o valor que o Direito atribuía ao credor, atribuído e legitimado pelo ordenamento. Em face do incumprimento, o devedor é automaticamente condenado a indenizar, isto é: a prosseguir no campo indenizatório, o dever de prestar principal que inadimpliu. Mal ficariam quer o Direito que a Economia que ele tutela quando, depois de ter exigido, do credor, todo o calvário procedimental que desemboca no incumprimento definitivo, ainda que se lhe fosse requerer mais do que a prova da obrigação incumprida e a declaração do incumprimento. Perante isso, queda ao devedor: - ou provar o cumprimento: trata-se de um facto extintivo, cujo ônus probatório lhe assiste; - ou provar que tinha uma qualquer causa de justificação ou de excusa para não cumprir. A ‘presunção de culpa’, referida no artigo 799º./1, retomada dos clássicos civilistas para os quais a culpa era *faute* napoleônica é, de facto, uma presunção de culpa e ilicitude. Quando haja inadimplência, presume que esta ocorreu ilicitamente e co culpa (dolo)”. (CORDEIRO, António Menezes, *op. cit.*, p. 392).

<sup>48</sup> “Pelo contrário, na falta de uma obrigação específica prévia, a eventualidade da responsabilidade civil (aquiliana) é gravosa para as pessoas e para a sua liberdade. Num mundo de contactos intensivos e a todos os níveis, qualquer pessoa pode, *ad nutum*, ser confrontada com danos alegadamente provocados a terceiros. Compreende-se a preocupação do legislador em limitar a responsabilidade: joga-se a esfera da liberdade das pessoas. Por isso, cabe ao lesado provar os diversos elementos constitutivos da invocada responsabilidade, incluindo os fatos de onde se retire o juízo de culpa. “A diferença prática é muito considerável, sendo patente a muito maior eficácia da responsabilidade obrigacional, o que é de justiça”. (Idem, p. 392). No entanto, inobstante as observações de Menezes Cordeiro tenham mesmo o viés de favorecer o tráfico jurídico, não se pode perder de vista que nos sistemas ocidentais como um

proteger direitos subjetivos, sendo neste íterim relevante uma referência a uma concepção ampla de propriedade, ou seja, de interesses já incorporados ao patrimônio da pessoa.

Com efeito, tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual sujeitam o infrator ao dever de reparar os danos causados<sup>49</sup>. No entanto, subsistem relevantes distinções operacionais levadas em considerações até mesmo pelos autores que vislumbram a unidade entre as responsabilidades contratual e aquiliana, sendo, nesta seara, de grande importância a referência à questão probatória.

Na responsabilidade aquiliana, pois, incumbe àquele que foi prejudicado em seus direitos demonstrar o dano, a infração da norma, ou seja, a culpa, bem como o nexo de causalidade entre um e outro.

Por seu turno, na responsabilidade contratual – ou obrigacional como preferem aqueles preocupados em evidenciar que a fonte em espeque ultrapassa o contrato – o ônus da prova resta invertido, cabendo ao contratante faltoso infirmar os pressupostos configuradores da responsabilidade civil, que se presumem pela simples demonstração da ofensa ao dever positivo do devedor que não cumpriu sua prestação nos termos avença-

---

todo, pautados, sobretudo em observância aos Tratados de Direitos Humanos, a pessoa humana assume cada vez maior centralidade no sistema, de forma que não se podia deixá-la desamparada face ao incremento dos riscos numa sociedade de massas, motivo pelo qual vem ganhado força cada vez mais acentuada a responsabilidade objetiva, destinada muitas vezes a facilitar a proteção de bens e interesses, de ordem material e imaterial, já integrantes da esfera jurídica do sujeito porventura lesado.

<sup>49</sup> VISITINI, Giovana, *Tratado de la responsabilidad civil. El daño. Otros criterios de imputación*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 203. “Ya He aclarado que el término “daño”, en el lenguaje del legislador, en el ámbito de la regulación de los hechos ilícitos asume un doble significado. Cuando se habla de “daño injusto”, como elemento objetivo del hecho ilícito, se hace referencia a la lesión del interes tutelado; en cambio, cuando se habla en daño en relación con la obligación de resarcimiento, es decir, con referencia al “daño resarcible”, la expresión asume el significado de perjuicio valorable en términos económicos, y abarca el daño emergente, el lucro cesante y los sufrimientos Morales padecidos por la víctima del ilícito y por otros.”



dos<sup>50</sup>. Respeitados, sobretudo, os princípios da boa fé objetiva, da função social do contrato, do equilíbrio das prestações, de modo a estar o negócio jurídico conforme ao sistema jurídico, deve ser observada a obrigatoriedade do contrato, nos termos em que pactuadas originariamente as prestações que lhe são inerentes. Trata-se, de consectário lógico do exercício da autonomia privada como elemento propulsor do tráfico jurídico.

Malgrado as pessoas tenham liberdade, respeitadas as diretrizes fixadas pelo ordenamento jurídico e ainda que não se olvide dos temperamentos que na sociedade de massa sofra uma discricionariedade ampla, para se vincular ou não a determinada obrigação, uma vez que tenham se vinculado, devem proceder à prestação respectiva à inexecução imputável ao devedor que irá levá-lo a responder por sua infração.

Deste modo, diversamente do que ocorre com a culpa aquiliana onde o ofendido tem a necessidade de demonstrar uma norma de comportamento e sua conseqüente infração, na responsabilidade contratual, inobservada a norma convencional entre as partes, incorre automaticamente em culpa o devedor que, portanto, está obrigado a responder pelo dano causado em toda a sua extensão, atentando a jurisprudência italiana, notadamente pelo lado econômico<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> “Quando há contrato, existe um dever positivo do contratante, dever específico relativamente à prestação, o que por si só lhe impõe a responsabilidade. Basta ao demandante trazer a prova da infração, para que se estabeleça o efeito, que é a responsabilidade do faltoso, uma vez que os demais extremos derivam do inadimplemento mesmo, pressupondo-se o dano e nexos causal, a não ser que o acusado prove a razão jurídica do seu fato, ou a escusativa da responsabilidade. Na culpa contratual há um dever positivo de adimplir o que é objeto da avença. Na culpa aquiliana, é necessário invocar negativo ou obrigação de não prejudicar, e, comprovado o comportamento antijurídico, evidenciar que ele percutiu na órbita jurídica do paciente, causando-lhe um dano específico”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p. 330).

<sup>51</sup> ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Atipicità dell'illecito*. Milano: Giuffrè Editore, 1981, p. 298. “Alle regole di responsabilità civile, e, in particolare, al criterio di “ingiustizia” del danno si è fatto ricorso per assicurare ai danneggiati anche il risarcimento dei c.d. “danni economici”. Con tale espressione, introdotta dalla dottrina italiana solo di recente, sulla base di analisi condotte particolarmente nell’area della

## 1.8.DO INADIMPLENTO, TIPOLOGIA E CONSEQUÊNCIAS

É elucidativo o art. 389 do Código Civil Brasileiro<sup>52</sup> vigente, ao estabelecer que “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários advocatícios”.

Conforme destacado, constitui traço característico da responsabilidade civil contratual uma anterior aproximação entre as partes pela celebração de um negócio jurídico que não está necessariamente adstrito ao contrato.

Trata-se de uma relação obrigacional dentro da qual surge a infração do dever preexistente, em tese, fruto da autonomia privada. O inadimplemento, ou mesmo o adimplemento imperfeito configura o fato que traz ínsito em sua configuração os demais pressupostos inerentes à responsabilidade civil, como a culpa, a ilicitude o dano e mesmo o nexo de causalidade.

Também se afigura relevante destacar as formas essenciais de inadimplemento onde estarão entrelaçados os demais pressupostos da responsabilidade civil contratual. Neste âmbito é possível destacar o inadimplemento absoluto, a mora e a violação positiva do contrato, podendo, ainda, ser cada um deles total ou parcial.

---

tort law anglo-americana, si identificano tutti i danni che, essendo conseguenza immediata e diretta di una lesione fisica, o di una lesione “alle cose in proprietà”, comportano un grave pregiudizio economico per il danneggiato. In realtà, ogni danno ha riflessi economici, e può essere monetizzato. Ma la categoria dei danni “meramente economici” comprende appunto soltanto i danni economici che sono una conseguenza ulteriore di un danno fisico o di lesioni del patrimonio del danneggiato e si risolvono-generalmente- nel pregiudizio risentito per non aver potuto compiere attività di lucro. Tale è ad esempio, il danno risentito dal consumatore che, danneggiato dall’impiego di un prodotto, non abbia potuto concludere un “affare” dal qual sperava di ricavare un alto guadagno: ... (Trib. Napoli, 5 dicembre 1969).”

<sup>52</sup> BRASIL. Código civil (2002). *Código civil*. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Torna-se absoluto o inadimplemento quando a obrigação deixar de ser cumprida pelo devedor, enquanto a mora resta configurada nas hipóteses em que a prestação não foi prestada no lugar, tempo e forma devidos, sendo esta a regra inserta no art. 394 do Código Civil vigente. De todo modo para configuração da mora se afigura imprescindível a possibilidade de cumprimento ainda que tardio da obrigação. Inexistindo tal condição resta configurado o inadimplemento absoluto.

Contudo, se afigura relevante destacar, seguindo as lições de Araken de Assis, que se inspira nas lições de Alvim<sup>53</sup>, que a possibilidade de cumprimento ou não da obrigação, ou seja, a distinção entre o inadimplemento absoluto e a mora está atrelado à ótica do credor. Isto porque, embora, por vezes, seja o inadimplemento faticamente reversível, pode ser que o cumprimento da obrigação já não tenha mais qualquer serventia ao credor. Assim, a diferença entre o adimplemento absoluto e a mora resta atrelada não apenas à impossibilidade fática do cumprimento da prestação, mas também à efetiva utilidade para o credor.

Por outro lado o inadimplemento se diz total quando a obrigação é inteiramente descumprida e parcial se for entregue

---

<sup>53</sup> “O inadimplemento absoluto, insiste Agostinho Alvim, em última análise significa a insubsistência da oportunidade de o credor receber a prestação, porque ela se tornou impossível. É a idéia inconcussa e essencial à noção mesma dessa espécie de descumprimento.

Entretanto, uma idêntica ‘impossibilidade’, consoante estatui o art. 395, do CC-02 se origina da inutilidade prestacional, em tudo e por tudo equivalente a um óbice intransponível ao recebimento. Em consequência, reitera Alvim, a lei autoriza ao credor ‘enjeitar a prestação e exigir a satisfação das perdas e danos, considerando o caso não mais como de mora, e sim como de adimplemento absoluto. É que, na mora, sempre se ostenta oportuno o cumprimento; por esta razão, ‘é havido como inadimplente’ o obrigado desde o dia em que executou o ato nas obrigações negativas, como estabeleceu o art. 390 do CC-02”. (ASSIS, Araken. Resolução Contratual por Inadimplemento. 4. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2004, p. 114). Também no mesmo sentido, seguindo as lições de Agostinho Alvim e do próprio Araken de Assis: TEPELINO, Gustavo; *et al. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v.II: parte geral e obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 697.

pelo devedor pelo menos parte da prestação.

É interessante destacar que tanto a mora quanto o inadimplemento – absoluto – podem ser total ou parcial, de modo que não há tomar por sinônimos inadimplemento relativo e parcial, ou tampouco inadimplemento absoluto ou total. O atraso na integralidade da prestação ocasiona o inadimplemento total, ou melhor dizendo mora, caso haja a possibilidade de reversão sem que se descuide da utilidade da providencia na ótica do credor.

Por seu turno, acaso tenha sido avençado o transporte de dez toneladas de minério entre dois pontos e apenas cinco são transportadas, o inadimplemento é parcial, mormente se interessam ao credor o transporte já realizado. Todavia, se, decerto, é necessário ter sempre presente a perspectiva do credor, que não é obrigado a receber apenas parte da prestação, art. 314, do Código Civil vigente, tal prerrogativa não deve chegar ao ponto de, forte na teoria da boa fé objetiva, desconsiderar a teoria do adimplemento substancial, ou da substancial performance<sup>54</sup>.

Cumprida, quando consideradas as circunstâncias peculiares à relação e à finalidade econômica do contrato, parte substancial da prestação que, ademais, satisfaça, ainda que, por óbvio não integralmente, ao interesse do credor não há falar, embora obviamente persista a exigibilidade de realização das obrigações nos termos e modo acordados, não sendo recomendável ainda, descuidar da necessidade de se dispensar atenção necessária às perdas e danos, na completa desconsideração da atitude do devedor, com as consequências pertinentes, tal qual a resolução do contrato sob o lastro do inadimplemento.

---

<sup>54</sup> “Afigura-se, todavia, que o princípio da boa fé obstará a que seja lícito ao credor recusar o cumprimento parcial da obrigação sem um motivo sério. Assim, por exemplo, se a prestação oferecida corresponde praticamente à devida e nenhum dano resulta para o credor do não recebimento imediato da diferença. (...) Afasta-se, em suma, a recusa da prestação que signifique puro arbítrio ou capricho. A situação aproxima-se do abuso de direito. Mas parece óbvio que, verificando-se tais hipóteses, o devedor não fica exonerado do que resta da prestação”. (GOMES, Mário Júlio Almeida. *Direito das Obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 997-998).

No tocante às formas de inadimplemento<sup>55</sup>, cumpre trazer à tona hipótese onde o devedor, embora tenha procedido à prestação devida, o faz de forma defeituosa, imperfeita, diversa daquela inicialmente avençada. Trata-se de um cumprimento defeituoso consubstanciado numa ação positiva do devedor em decorrência da qual persiste a insatisfação dos interesses do credor, sendo, aliás, referido inadimplemento denominado de violação positiva do contrato<sup>56</sup>.

Trata-se de figura demasiadamente importante e que, por

---

<sup>55</sup> “Às duas formas de não cumprimento a que já nos referimos – não cumprimento definitivo e mora – ainda se acrescenta a de cumprimento defeituoso ou imperfeito. Incluem-se nesta modalidade várias hipóteses de ofensa do direito do credor que não cabem nas outras; isto é, em que se verifica uma violação do crédito, apesar de o devedor não se encontrar em mora, nem haver incumprimento definitivo. Será o caso, por exemplo, de o devedor efectuar uma prestação cujas deficiências ou irregularidades produzem danos específicos ao credor”. (*Ibidem*, p. 1035).

<sup>56</sup> “Há casos, por fim, em que não há que se falar propriamente em inexecução, mas no cumprimento indevido da obrigação. O devedor deixa de prestar, mas o faz mal. Diferentemente do que se dá no inadimplemento absoluto e na mora, em que o devedor omite-se, deixando de cumprir a obrigação ou de cumpri-la no tempo, forma ou local ajustados, nesta hipótese tem lugar uma ação positiva do devedor, porém sem satisfazer adequadamente o interesse do credor, exigível por força do título. A esse cumprimento defeituoso dá-se o nome de ‘violação positiva do contrato’ ou ‘do crédito’, no sentido utilizado por Zitelmann (Orlando Gomes, *Obrigações*, p. 208). Exemplo clássico é o do credor que adquire a ração para alimentação dos animais, a qual, porém, muito embora tenha sido entregue no prazo, se encontrava imprópria para o uso e, por conta disso, acarreta a morte de diversas rezes.

“O cumprimento defeituoso era explicitamente previsto pelo CC 1916, cujo art. 1.056 estipulava a responsabilidade do devedor que não cumpria a obrigação ou deixava de cumpri-la ‘pelo modo e no tempo devidos’. O CC suprimiu a expressão, dando a falsa idéia de restrição das hipóteses de inadimplemento. Na realidade, andou mal o legislador, ainda mais porque manteve a locução no art. 394, relativo à mora. Melhor seria que tivesse conservado no art. 389 e não naquele; afinal, como já sustentava Orlando Gomes, ‘mora é demora, atraso, impontualidade’. O devedor deve responder pelas infrações relativas ao lugar e à forma do pagamento, ‘mas tecnicamente não configura mora’ (*Obrigações*, p. 200). Ademais, como no exemplo acima, corrigir a prestação entregue com defeito pode não satisfazer ao interesse do credor, o que tornaria ainda mais indesejável equipará-lo à mora. A hipótese é antes de inadimplemento contratual, pela qual deve responder o devedor (na forma dos arts. 392 e 393), indenizando os prejuízos sofridos pelo credor”. (TEPEDINO, Gustavo *et al. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I: parte geral e obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 698-699).

vezes, não apenas se equipara ao inadimplemento absoluto e total, como pode ultrapassar-lhe na medida em que, como bem assinalado por Costa<sup>57</sup> o adimplemento defeituoso tem a potencialidade necessária para gerar danos que vão além daqueles advindos do não cumprimento definitivo ou da mora, danos que sequer seriam gerados caso restasse desde logo configurado o inadimplemento definitivo ou mesmo a mora<sup>58</sup>.

Caso o cumprimento imperfeito produza apenas os danos resultantes de tal circunstância, ou seja, do adimplemento ruim, seriam aplicáveis as disposições pertinentes à impossibilidade parcial do adimplemento, ou mesmo, caso fosse possível e interessante ao credor a reversibilidade da situação, a remoção da imperfeição, a mora parcial do devedor, sendo lícito ao credor até mesmo exigir, por meio das medidas coercitivas pertinentes, como as astreintes, a execução específica da obrigação não devidamente adimplida.

A questão, contudo, assume maior complexidade quando do adimplemento defeituoso advém danos típicos a determinadas relações contratuais, tal qual a empreitada, situação na qual deve o devedor responder por tais danos, a despeito de serem simultaneamente configuradas a mora e o inadimplemento definitivo<sup>59</sup>.

A título exemplificativo se afigura possível mencionar o caso do contrato de “engineering” para construção de uma

---

<sup>57</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direitos das Obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

<sup>58</sup> “Estamos em face, relativamente às outras duas formas mais vulgares de infração do dever de prestar, de um conceito residual, que abrange a execução defeituosa e a violação de deveres acessórios ou laterais. Acrescente-se à sua própria configuração, como elemento individualizante, a tipicidade dos danos causados ao credor, visto que ele os não sofreria se o devedor de todo não houvesse efetuado a prestação; dito de maneira diversa, o incumprimento definitivo ou a mora, em si mesmos, não seriam susceptíveis de produzir tais danos. Na verdade, tratando-se de danos derivados da falta de cumprimento perfeito e não de danos específicos ocasionados pelo cumprimento defeituoso, a situação reconduz-se a incumprimento defeituoso ou a mora”. (COSTA, *op. cit.*, p. 1060).

<sup>59</sup> Idem, p. 1061.

complexa estrutura de transporte de minério de ferro via teleférico cujo adimplemento defeituoso, resultou no não atendimento dos requisitos de segurança e solidez da obra, causando, ainda, acidentes com perda da carga transportada e mesmo lesões a pessoas que trabalhavam na operação. Nesta hipótese, a despeito da configuração ou não do inadimplemento definitivo, deverá aquele que se obrigou a providenciar a operacionalização fática da estrutura pelos danos advindos do adimplemento defeituoso, responder por ele.

Note-se, ainda, que se for o cumprimento recusado, ou mesmo se da prestação for subtraída qualquer utilidade para o credor frente ao qual ocorre o adimplemento defeituoso, como em regra acontece nas obrigações de resultado, ao âmbito dos danos advindos do cumprimento imperfeito ou defeituoso irão se agregar aqueles inerentes ao inadimplemento definitivo<sup>60</sup>.

Apenas a título elucidativo impende, no tocante às espécies de inadimplemento, destacar que sobre a égide do adimplemento ruim ou defeituoso, alguns doutrinadores, como Orlando Gomes e Araken de Assis, enquadram o denominado inadimplemento antecipado “quando o devedor pratica uma ação injusta que acarreta obstáculo ao cumprimento do contrato”<sup>61</sup>. Ou seja, a despeito de ser verificado o termo fixado pelo

---

<sup>60</sup> Idem, p. 1061.

<sup>61</sup> TEPEDINO, *op. cit.*, p. 699. Também neste sentido leciona Araken de Assis: “Está subentendido na repartição dedicada ao processo obrigacional, ultimado mediante o adimplemento, determinado elástico de tempo. Em geral, a obrigação é contratada *sub dies*, marcando semelhante termo, além do momento em que o crédito passa a dotar-se de pretensão, permitindo ao credor exigí-lo, o lapso necessário à atividade do devedor visando a execução tempestiva. E isto, porque o adimplemento se reveste, inúmeras vezes, de grande complexidade, devendo mediar razoável antecipação desde a origem do vínculo. Entrementes, ensaja-se uma série de planejamentos recíprocos, sobretudo o de quem almeja receber a prestação e receber dela vantagens (...)

Em tal contexto, surge a hipótese de o obrigado declarar que não pode ou não quer adimplir. É imaginável, outrossim, nada ter o devedor aparelhado com destino ao cumprimento, tornando fatal o inadimplemento: o empreiteiro, subordinado ao prazo de dois meses à realização da obra, findo o primeiro mês sequer lançou as fundações, inviabilizando a obediência ao prazo ou fazendo improvável, ante mudanças de

contrato já é possível vislumbrar, frente às atitudes e, sobretudo, omissões do devedor no início das providências necessárias ao cumprimento do vínculo que o inadimplemento se afigurará inequívoco.

Delineada a tipologia do inadimplemento contratual impende destacar, ainda que brevemente, suas consequências. Conforme já destacado por Cordeiro inadimplida a obrigação, ou mesmo adimplida de forma imperfeita, prossegue o vínculo automaticamente no campo indenizatório, de forma que deve o credor ser livrado de todo e qualquer dano que possa ter sofrido pela ofensa ao dever preexistente ao qual se vinculou por liberalidade própria.

Observe-se que malgrado a inexecução do contrato consubstancie uma patologia, o direito regula devidamente o inadimplemento, donde emana como dever geral, a despeito de qualquer outra circunstância, aquele que tem o devedor de reparar o prejuízo sofrido pelo credor, a quem assiste tanto o direito de prosseguir na execução direta da obrigação, amparado pela tutela estatal, ou mesmo de requerer a dissolução da avença, sendo que em qualquer das hipóteses há a obrigação de indenizar os danos experimentados.

Como bem enfatizado por Costa<sup>62</sup> a indenização advinda

---

vulto nos agentes econômicos a própria entrega.

A essas situações se designa de quebra positiva do contrato ou, quiçá mais propriamente, de inadimplemento antecipado. Ele se informa pela existência de época propícia ao cumprimento ou ao início da atuação condizendo do obrigado, dada pelo termo, final ou inicial, e por dois comportamentos: a declaração de não querer/poder adimplir; e a omissão da atividade causal concernente ao futuro – obrigações de cumprimento instantâneo não importam à espécie – adimplemento. Em ambos os casos a conduta do obrigado só assume importância se ocorrida com alguma antecedência em relação ao termo, pois, nas suas imediações, o credor se preserva dos inconvenientes da espera infrutífera e da atrelagem a vínculo de antemão inútil”. (Araken de Assis, *op. cit.*, p. 106-107).

<sup>62</sup> Obra citada, p. 1046. Também neste sentido: “Essa ‘obrigação sucessiva’ diz respeito não mais ao objeto da obrigação originária, mas aos efetivos danos suportados pelo credor, em decorrência da inexecução. A indenização, portanto, pode ter o valor diferente da prestação descumprida, pois não tem em mira tão somente substituí-la, mas sim promover o ressarcimento dos prejuízos experimentados pelo cre-



do inadimplemento contratual, providência muitas vezes atrelada à resolução do contrato, decorre do imperativo lógico de que o credor seja posto na mesma situação que se encontraria caso o contrato não houvesse sido celebrado. Assim, por certo, se afigura de todo insuficiente liberar o devedor da prestação, ou mesmo obrigar-lhe a restituir o que já lhe foi entregue pela outro contratante. É imprescindível que seja devidamente reparado do prejuízo que teve por celebrar o contrato, circunstância que envolve tanto o interesse contratual positivo quanto o negativo, ou seja, tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes<sup>63</sup>.

## 2 DO CONTRATO DE EMPREITADA

### 2.1. DO CONCEITO DO CONTRATO DE EMPREITADA

Segundo leciona Pedro Romano Martinez<sup>64</sup> é comum que a legislação civil traga a conceituação do contrato de empreitada antes mesmo de ser o instituto devidamente regulamentado, situação que ocorre, dentre outros países: 1) na Espanha, cujo Código Civil em seu art. 1544 define o contrato de empreitada

---

dor”. (Tepedino, *op. cit.*, p. 701).

<sup>63</sup> “Ao prejudicado cabe assim o direito de exigir o ressarcimento, quer dos danos que representam uma desvalorização ou perda patrimonial, quer ainda dos que se traduzem numa não valorização ou frustração do ganho. Estes últimos, na esfera do interesse contratual negativo, reconduzem-se aos lucros ou vantagens provenientes de outros negócios que se realizariam se não tivesse sido celebrado o negócio resolvido.

Teve-se em conta a impossibilidade total. Na hipótese de a prestação debitória se tornar apenas parcialmente impossível, poderá o credor escolher entre a resolução do negócio e o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida. Sempre se mantém, todavia, o direito à indenização nos termos acima aludidos. Mas o credor não pode resolver o negócio, se o incumprimento parcial, atendendo ao seu interesse tiver escassa importância”. (Idem, p. 1047).

<sup>64</sup> MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações*: parte especial: contratos: compra e venda locação empreitada. 2 ed., 4 reimpr.. Coimbra: Almedina, 2010, p. 361.

como aquele mediante qual uma das partes se obriga a executar uma obra ou prestar um serviço, por preço certo; 2) na Itália, cujo art. 1655 do Código Civil define a empreitada (appalto) como sendo o contrato pelo qual uma das partes se obriga para com a outra à realização de uma obra ou de um serviço, mediante uma retribuição em dinheiro, sendo que definição semelhante consta do art. 2222 do mesmo diploma para o contrato *d' opera*; 3) na Alemanha, o art. 631. I, do BGB, estabelece que por meio da empreitada o empreiteiro obrigue-se a realizar a obra prometida e o comitente a pagar-lhe a retribuição convencional; 4) na Suíça, o Código das Obrigações considera como sendo empreitada o contrato pelo qual uma das partes fica adstrita a executar uma obra, mediante um preço que a contraparte se vincula a pagar-lhe; 5) em Portugal, onde o art. 1207º do Código Civil define a empreitada como o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço.

A conceituação expressa, contudo, não foi a solução adotada no direito francês ou tampouco no direito brasileiro, sendo que este último não trazia a conceituação básica do instituto no Código Civil de 1916 e continua a não fazê-lo no diploma civil em vigor.

Apenas para se ilustrar o ponto em relação ao Direito Civil brasileiro, cumpre destacar que o art. 610 do Código Civil vigente, o primeiro a versar sobre o contrato de empreitada, já começa por desde logo apresentar a tipologia de maior relevância do tipo contratual quando consideradas as obrigações do empreiteiro, consignando que: “O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais”.

A despeito da omissão assinalada não há dificuldades para, na linha das noções apresentadas pelo direito comparado, compreender o contrato de empreitada como aquele pelo qual uma das partes, denominada empreiteiro, está adstrita a executar, por

si só, ou com auxílio de outros, determinada obra, sendo que ao outro contratante, denominado, em regra, comitente ou dono da obra, incumbe, dentre outras, a obrigação de pagar o preço global ou mesmo proporcional à extensão do resultado já disponibilizado, desde que se apresente conforme aquele encomendado.

Também, neste sentido, é o conceito assentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, doravante STJ<sup>65</sup>, que na mesma linha aludida no parágrafo anterior estabelece a empreitada como sendo o contrato pelo qual uma das partes, o empreiteiro, se obriga a realizar uma obra específica e certa para outra parte, o proprietário, com material próprio ou por ele fornecido, mediante remuneração global ou proporcional ao trabalho realizado, sem que haja relação de subordinação ou vínculo trabalhista entre ambos.

Nesta última definição já começa a se acentuar como característica relevante do contrato de empreitada a ausência de vínculo de subordinação ou dependência entre aquele que contrata os trabalhos para que seja entregue uma obra certa e efetiva e o respectivo executor, que deve proporcionar o resultado almejado.

Assim, não se deve tomar o contrato de empreitada como contrato de trabalho, na medida em que, tal qual ensina Pedro Romano Martinez<sup>66</sup>, o empreiteiro não guarda obediência ao

---

<sup>65</sup> STJ, 2ª S., CC 17.015, Rel. Min. Bueno de Souza, julg. 11.02.1998, RSTJ 106/206.

<sup>66</sup> O empreiteiro, no cumprimento da prestação a que ficou adstrito, desenvolve trabalho autônomo, no sentido de que não deve obediência ao dono da obra. Contrariamente, no contrato de trabalho, está-se perante uma relação de subordinação, na medida em que o trabalhador põe a sua energia ou capacidade de laboração às ordens ou sob a direção da entidade patronal. Além disso, o empreiteiro fica adstrito a obter um certo resultado, a conseguir um determinado efeito útil; e o trabalhador apenas se compromete a desenvolver prudente e diligentemente certa actividade. Em suma, o empreiteiro está adstrito a uma obrigação de resultado, enquanto sobre o trabalhador impende uma obrigação de meios. É evidente que a prestação de meios, tendo em conta a existência de deveres acessórios, leva também à prossecução de um resultado, só que em moldes diversos da denominada obrigação de resultado. Poder-se-á concluir no sentido de que, no contrato de trabalho, um dos contratantes

dono da obra, sendo dotado de independência na busca pelo resultado certo que lhe foi cometido.

Tampouco deve a empreitada ser confundida com o contrato de prestação civil de serviços, uma vez que inobstante a existência de caracteres comuns a empreitada é marcada por considerar o resultado final e não a atividade em si mesma considerada como objeto da relação contratual<sup>67</sup>.

O desempenho da atividade no contrato de empreitada é apenas meio para que seja atingido o resultado final, não configurando, assim, diversamente do contrato de prestação de serviço, o objeto imediato da obrigação<sup>68</sup>.

No intuito de acentuar ainda mais a distinção entre a prestação de serviço e a empreitada é interessante o critério da remuneração aludido, dentre outros, por Arnaldo Rizzardo<sup>69</sup>,

---

põe à disposição do outro a sua actividade laboral que será, por este último orientada dentro de certos limites para os fins que tiver por convenientes; e na empreitada, uma das partes contrai o dever de proporcionar à outra certo resultado concreto, que procurará atingir por si mesmo, com independência”. (MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações*: parte especial: contratos: compra e venda locação empreitada. 2. ed., 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p. 330).

<sup>67</sup> “Na prestação de serviços, o prestador poderá fazer toda a espécie de trabalho lícito, material ou imaterial. Nem sempre a obrigação é de resultado, isto é, considera-se o serviço prestado, embora não se atinja o objetivo final (obrigação de meio). Na empreitada, o empreiteiro se compromete a fazer, executar e entregar uma obra material. A obrigação será sempre de resultado. Trata-se de uma obrigação de fazer seguida da obrigação de dar, mas o contrato concentra-se no dar ou entregar. Conforme ensina Teresa Ancona Lopez, ‘o Direito Moderno usa o critério de exclusão para separar a obrigação dos dois contratos. Explicando melhor. Todos os trabalhos humanos (obrigação de fazer) que tenham por objeto um serviço material ou imaterial, com resultado ou não, são contratos de prestação de serviços, com exceção daquele contrato que tem por objeto da execução e entrega de uma obra material (construção civil), que é de empreitada”. (ANDRIGHI, Nancy *et al. Comentários ao Novo Código Civil*. v. IX. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 290).

<sup>68</sup> “Não obstante o ponto de aproximação, que é a prestação da atividade, a empreitada caracteriza-se nitidamente pela circunstância de considerar o resultado final, e não a atividade como objeto de relação contratual”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*. v. III. Contratos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 315).

<sup>69</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 630.

uma vez que nela não se coloca em mira para fins de contra-prestação pecuniária o número de dias trabalhados, tal qual ocorre naquele, onde a retribuição guarda relação direta com o tempo pelo qual despedido determinado trabalho e não com o seu resultado.

Todavia, como bem assinalado por Pedro Romano Martinez<sup>70</sup>, embora não se possa olvidar que em princípio a remuneração no contrato de prestação de serviços é mesmo atrelada ao tempo de atividade desenvolvida, enquanto no contrato de empreitada esteja ligada ao resultado, não de deve conferir demasiado peso a tal critério de distinção, pois seria perfeitamente possível que um profissional liberal, tal qual o médico ou advogado, tenha sua remuneração ligada ao resultado obtido.

No entanto, fato é que como regra no contrato de empreitada, a despeito do tempo transcorrido, o pagamento depende do êxito no resultado final do trabalho e por isto, ao nosso modesto juízo, deve-se aferir sim, peso na distinção entre os contratos de empreitada e prestação de serviços autônomos.

Assim, consideradas as peculiaridades aludidas, o próprio Código Civil vigente procedeu à regulação isolada do contrato de empreitada, sem qualquer vinculação ao contrato de prestação de serviços, se mostrando acertada a lição de Caio Mário ao destacar que a tendência hoje, é promover a empreitada, de mera modalidade locatícia, a contrato com características autônomas<sup>71</sup>.

Note-se que embora dogmaticamente não se olvide ser o contrato de empreitada dotado de especificidades próprias, impende destacar que parece não ter sido esta a solução adotada pelo legislador português, que trata do contrato de empreitada dentro do gênero prestação de serviços, tal qual preceituado

---

<sup>70</sup> MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações*: parte especial: contratos: compra e venda locação empreitada. 2. ed., 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p. 327.

<sup>71</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituição de Direito Civil*. v. III. Contratos. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 268.

pelo art. 1155º do seu Código Civil.

Todavia, é relevante destacar que em Portugal há vários diplomas específicos disciplinando de forma autônoma o contrato de empreitada, tal qual o Decreto-Lei n. 59/99, de 2 de março de 1999 que dispõe sobre o contrato, envolvendo obras públicas e o Decreto-Lei nº. 38382, de 7 de agosto de 1951 relativo à especificações técnicas para construção de edifícios, de forma que inobstante a colocação topológica da regulação no Código Civil há uma rica dogmática versando sobre as especificidades do contrato em espeque.

Retomando a distinção entre empreitada e prestação de serviço, interessante enfatizar que a mesma autonomia se verifica no direito italiano, podendo-se citar, por exemplo, o art. 1655 do “Código Civil de Itália”, que chega a definir o contrato de empreitada como sendo aquele “pelo qual uma parte assume, mediante a organização dos meios necessários e a gestão realizada com riscos próprios, o cumprimento ou a realização de uma obra ou de um serviço mediante o pagamento correspondente em dinheiro”<sup>72</sup>.

O artigo aludido do direito italiano, conforme destacado por Martinez<sup>73</sup>, se refere ao contrato de “appalto”, de cunho eminentemente empresarial conforme disciplinado pelo art. 2082 do Código Civil, enquanto o artigo 2222 e seguintes do mesmo diploma regulamentariam o contrato “*d’ opera*”, onde o “empreiteiro é uma pessoa singular que realiza uma obra ou um serviço com trabalho predominantemente próprio”<sup>74</sup> num regime artesanal. Todavia, o mesmo autor destaca a ausência de distinções relevantes entre os dois tipos de empreitada que, ao final, acabam compartilhando das mesmas regras.

De todo modo quando se considera o contrato de emprei-

---

<sup>72</sup> WALD, Arnold. *Direito Civil*. v. 3. Dos Contratos em Espécie. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.150.

<sup>73</sup> MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações*: parte especial: contratos: compra e venda locação empreitada. 2. ed., 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2010.

<sup>74</sup> Idem, *op. cit.*, p. 325.

tada, tenha cunho civil ou empresarial, nota-se uma consonância na doutrina acerca da equivalência que se estabelece no pacto entre prestação e resultado, de modo que aquela, a prestação, a despeito da atividade realizada, se torna insubsistente se não atingido este, o resultado<sup>75</sup>. Portanto, não parece despertar maiores dúvidas a premissa de que as obrigações assumidas pelo empreiteiro em tal negócio jurídico são de resultado, o que, ademais, trará relevantes consequências no âmbito da responsabilidade.

Neste íterim é assaz acurada a observação levada a efeito por Cavalieri<sup>76</sup> no sentido de que a obrigação assumida pelo construtor, em decorrência do contrato de empreitada, é de propiciar a outra parte um resultado certo e determinado, uma vez que do contrário restará configurado o inadimplemento.

Não basta, assim, diversamente do que se sucede com os contratos donde advindas obrigações de meio, tal qual o contrato de prestação de serviços, ao empreiteiro empregar suas habilidades técnicas para alcançar o resultado<sup>77</sup>. Consequência dire-

---

<sup>75</sup> “O contrato de empreitada é uma modalidade de prestação de serviço e as diferenças entre aquele e as formas atípicas deste não são muito claras. Mas sempre se poderá dizer que no contrato de prestação de serviço se promete uma actividade através da utilização do trabalho, quando na empreitada se promete o resultado deste trabalho; e que na prestação de serviço é o beneficiário dessa actividade que corre o risco, enquanto na empreitada o risco corre por conta do empreiteiro. Assim, o médico, que é consultado por um paciente, promete uma actividade e tem direito à remuneração, mesmo que o paciente não fique curado; a situação é diversa no caso do empreiteiro que se obriga a construir uma casa, pois a prestação deste é o resultado e, caso o não obtenha, o dono da obra fica dispensado de pagar o preço”. (*Ibidem*, p. 327).

<sup>76</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 366.

<sup>77</sup> “Indiscutível, portanto, que o construtor tem uma obrigação de resultado, entendendo-se como tal aquela em que o devedor assume a obrigação de conseguir um resultado certo e determinado, sem o que haverá inadimplemento. Difere da obrigação de meio porque, nesta, o devedor apenas se obriga a colocar sua habilidade, técnica, prudência e diligência no sentido de atingir um resultado, sem, contudo, se vincular a obtê-lo. Enquanto o conteúdo da obrigação de resultado é o resultado em si mesmo, o conteúdo da obrigação de meio é a atividade do devedor”. (*Idem*, p. 366).

ta da natureza do contrato de empreitada no tocante à obrigação de resultado é que a culpa contratual é presumida, podendo mesmo, por vezes, ser vislumbrada a responsabilidade objetiva.

Não atingido o resultado objeto da avença, que no caso da construção envolve a fidelidade ao projeto, bem como a solidez e segurança da obra, restará configurado o dever indenizatório, ficando o devedor, automaticamente, obrigado a indenizar o prejuízo<sup>78</sup>.

Assim, o resultado da obrigação relativa ao contrato de empreitada, em decorrência da qual há a remuneração ao empreiteiro consiste que ele realize uma obra, sendo que daí advém a inequívoca relevância da compreensão do conceito de obra tal qual procedido por Orlando Gomes<sup>79</sup>, como sendo toda produção ou mesmo modificação de coisas precedidas pelo trabalho humano.

Malgrado já tenha sido tangenciada a questão da responsabilidade no contrato de empreitada, mormente porque se trata de questão natural em decorrência de ser de resultado a obrigação contraída, se fazem, ainda, pertinentes alguns esclarecimentos sobre o regime do contrato versado.

## 2.2. DA TIPOLOGIA DO CONTRATO DE EMPREITADA

Segundo lecionam Nancy Andrichi, Sidnei Beneti e Vera Andrichi<sup>80</sup>, inobstante a empreitada possuir uma única estrutura fundamental, é possível conferir-lhe contornos específicos

---

<sup>78</sup> “A responsabilidade do construtor é de resultado, como já assinalado, porque se obriga pela boa execução da obra, de modo a garantir sua solidez e capacidade para atender ao objetivo para o qual foi encomendada. Defeitos na obra, aparentes ou ocultos, que importem em sua ruína total ou parcial configuram violação do dever de segurança do construtor, verdadeira obrigação de garantia (ele é o garante da obra), ensejando-lhe o dever de indenizar independente de culpa”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 366).

<sup>79</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 2 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1994, p. 297.

<sup>80</sup> ANDRIGHI, Nancy, *et al.* *Comentários ao Novo Código Civil*. v. IX. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 285.



que influirão na delimitação da responsabilidade pelos riscos advindos da obra, listando os autores como espécies de empreitada, tendo em conta as distintas formas de remuneração do empreiteiro, a empreitada a preço fixo ou a preço global<sup>81</sup>, a empreitada a preço máximo<sup>82</sup>, a empreitada a preço unitário<sup>83</sup>, a empreitada a preço reajustável<sup>84</sup> e a empreitada por administração<sup>85</sup>.

Outra distinção, por certo de relevância mais destacada, mormente quando observado o art. 610 do Código Civil, é aquela que leva em consideração o fornecimento de materiais

---

<sup>81</sup> “Empreitada a preço fixo ou a preço global: o preço é fixado antecipadamente pelas partes, em quantia certa e invariável, sem possibilidades de revisão, exceção feita às hipóteses do art. 620 do CC/2002. As etapas da obra são desconsideradas, posto que o comitente pagará por ela como um todo. Nessa espécie de empreitada, o comitente fica ao abrigo de eventuais majorações no preço do material e da mão de obra. Conforme ensina Serpa Lopes, pressuposto fundamental da empreitada a preço fixo é ‘a determinação e a invariabilidade do trabalho, isto é, o trabalho contratado fica individuado em todo os seus elementos, segundo um plano preestabelecido, pois, só com tais elementos, torna-se possível ao empreiteiro contar com uma base precisa para o cálculo da mão de obra e dos materiais indispensáveis. A empreitada a preço fixo está prevista no art. 55, parágrafo 1º da Lei de Incorporações”. (Idem, p. 286).

<sup>82</sup> “Empreitada a preço máximo: as partes determinam, desde logo, qual será o valor máximo a ser pago pelo comitente como remuneração ao empreiteiro. Caberá a este demonstrar os valores efetivamente gastos na consecução do trabalho. Todavia, se o teto superar o teto previamente estipulado, o excedente será suportado pelo empreiteiro”. (Idem, p. 286).

<sup>83</sup> “Empreitada a preço unitário: nessa espécie de empreitada, também denominada empreitada por medida ou unidade, não há prévia estipulação de remuneração para a obra como um todo, mas tão somente do preço por unidade ou de medida (por exemplo, do metro quadrado da área construída ou do quilômetro quadrado de estrada asfaltada). Somente com o término do trabalho, as partes saberão o valor exato da remuneração, na proporção do trabalho realmente executado. Nessa hipótese, também há invariabilidade do preço, mas não preço como um todo e sim de cada unidade ou medida de serviço”. (Idem, p. 286).

<sup>84</sup> “Empreitada a preço reajustável: encontra-se prevista na Lei de Incorporações, no parágrafo 2º, do art. 55, sendo por cláusula contratual estabelecida a forma, o tempo e o índice dos reajustes”. (Idem, p. 287).

<sup>85</sup> “Empreitada por administração: o comitente se responsabiliza pela administração da obra, cabendo ao empreiteiro a execução, segurança e perfeição do serviço”. (AN-DRIGHI, Nancy *et al.* Op. cit. p. 287).

para consecução da obra pelo empreiteiro, donde se destacam a empreitada labor ou de mão de obra e a empreitada mista, consubstanciada esta última no contrato de empreitada propriamente dito<sup>86</sup>.

A primeira implica numa obrigação de fazer onde merece destaque o trabalho do empreiteiro para consecução do resultado almejado, consubstanciado na efetiva entrega de uma obra. Ao comitente incumbe o fornecimento de materiais e o pagamento da mão de obra na medida em que os trabalhos são desenvolvidos, sob a fiscalização e direção de empreiteiro que, contudo, apenas se responsabilizará pelo perecimento da coisa, ainda que antes do prazo de entrega, caso demonstrada sua culpa, conforme art. 612, do Código Civil vigente.

Pelo contrato de empreitada mista, ou contrato de empreitada propriamente dito, a empreitada pode ser reputada global, na medida em que o empreiteiro fornece também os materiais necessários à execução do trabalho, de modo que sua responsabilidade seja bem maior, uma vez que a totalidade dos componentes de produção recai sobre sua direção e supervisão, havendo o entendimento de que restaria excluída até mesmo a possibilidade de incidência da cláusula *rebus sic stantibus*, a despeito de ser gerado o empobrecimento dele<sup>87</sup>.

Não se olvide que, à mira do incremento da responsabilidade do empreiteiro, o legislador, quando tratou de empreitada mista foi taxativo ao estabelecer no parágrafo 1º, do art. 610 do Código Civil Brasileiro<sup>88</sup> que o fornecimento de materiais não se presume, devendo estar expressamente previsto em lei ou no contrato<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade, v. 3, 2002, p. 247. (diversidade de contratos de empreitada)

<sup>87</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 523.

<sup>88</sup> BRASIL. Código civil (2002). *Código civil*. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>89</sup> Artigo 610 do CCB: “O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais.; parágrafo primeiro: A obrigação de fornecer os materiais não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes....”

Verifica-se, portanto, verdadeira inovação legislativa em favor do empreiteiro, na medida em que no silêncio do contrato caberá ao dono da obra provar que o construtor se obrigou a fornecer os materiais.

Na empreitada propriamente dita, empreitada com fornecimento de mão de obra e material, é relevante destacar o teor do disposto no art. 611 do Código Civil<sup>90</sup>, segundo o qual “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”.

É interessante notar, ainda, que o artigo em espeque decorre da especialização das regras gerais referentes à transferência do domínio de coisas móveis e daquelas pertinentes à mora.

Segundo estabelece o art. 1.267 do Código Civil vigente, a propriedade das coisas móveis só se transfere após ser operada a tradição, sendo que até então o respectivo dono responde pelos riscos do bem (*res perit domino*).

Em relação ao contrato de empreitada propriamente dito elucidam Andrighi, Beneti e Andrighi<sup>91</sup> que os materiais são de titularidade do empreiteiro até que ocorra a efetiva tradição, motivo pelo qual é seu o encargo de responder pelos riscos da construção até sua entrega.

Observe-se, que na hipótese de escolha de materiais pelo próprio empreiteiro é ele quem além da escolha, também prepara a obra encomendada, sendo neste íterim completa sua ingerência.

Importante destacar sempre, tendo em consideração a natureza do resultado, que embora pudessem ser apresentadas algumas semelhanças com o contrato de compra e venda, dele se difere a empreitada na medida em que a obrigação neste

---

<sup>90</sup> Idem.

<sup>91</sup> ANDRIGHI, *op. cit.*, p. 298.

último caso - da empreitada propriamente dita (mão de obra e material) - não é de dar, mas de produzir uma obra<sup>92</sup>.

Outra espécie de empreitada, cujo esclarecimento gera consequências importantes, mormente porque quase sempre atrelado à realização de uma obra, diz respeito à possibilidade da contratação limitar-se à elaboração de um projeto, que, em princípio, embora não se olvide da advertência de Romano<sup>93</sup>, acerca das celeumas envolvendo o tema<sup>94</sup>, até poderia ser enquadrado dentro de uma obra humana, ainda que de cunho intelectual.

Segundo o parágrafo 2º do art. 610 do Código Civil Bra-

---

<sup>92</sup> No sentido da distinção entre o contrato de compra e venda e a empreitada vale colacionar os esclarecimentos que sobre o tema traz Pedro Romano Martinez: “Os dois contratos apresentam-se como distintos, pois o empreiteiro está adstrito a uma prestação de facto (de facere), enquanto sobre o vendedor impende uma prestação de coisa (de dare). Por outro lado, a compra e venda é um contrato real *quoad effectum*, porque os efeitos reais, translativos da propriedade, se produzem por mero efeito do contrato (art. 408º CC), ao passo que a empreitada constitui um negócio consensual do qual emergem efeitos obrigacionais. Mesmo quando o cumprimento de um contrato de empreitada acarrete a transferência da propriedade sobre uma coisa, esta transferência segue regras diferentes das da compra e venda. Por último, há de ter em conta que, na compra e venda, a iniciativa e o plano do objeto a executar cabem ao que constrói ou fabrica a coisa, ao passo que o empreiteiro realiza uma obra que lhe é encomendada, devendo executá-la segundo as directrizes e fiscalização daquele que lha encarregou”. (*op. cit.*, p. 333).

<sup>93</sup> BRASIL. Código civil (2002). *Código civil*. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>94</sup> “A delimitação do objecto do contrato de empreitada não é, de forma alguma, pacífica. Há, por exemplo, dúvidas quanto a classificar como de empreitada o contrato pelo qual alguém se obriga a escrever um livro, a lavar ou passar roupa, a organizar um espetáculo, etc.; ou mesmo contratos por força dos quais um engenheiro ou um arquiteto tome o encargo de elaborar um projecto, um médico se comprometa a realizar determinada intervenção cirúrgica, um jurista se vincule a dar um parecer, etc.. Um exemplo actual de empreitada, embora discutível, configura-se na hipótese de alguém se comprometer a elaborar um determinado programa para computadores.

Tem-se verificado uma tendência para alargar, cada vez mais, o objecto do contrato em apreço. Mas mesmo admitindo que a empreitada se restringe à construção, modificação e reparação das coisa corpóreas, não se pode pôr em causa a enorme importância prática desse negócio jurídico”. (MARTINEZ, Pedro Romano, *op. cit.*, p. 318).

sileiro<sup>95</sup>, a contratação para elaboração de um projeto não implica na obrigação de que seu autor venha a executá-lo ou fiscalizá-lo, aspectos que deverão ser expressamente pactuados.

Por certo se a finalidade do dispositivo se afigura razoável, na medida em que evita a responsabilização do autor do projeto por vícios e defeitos que muitas vezes podem ocorrer na fase de construção a sua revelia, podendo trazer dificuldades para o dono da obra em estabelecer donde adveio eventual falha.

Não é incomum que, por vezes, engenheiros ou arquitetos venham a ser demandados junto ao Judiciário em decorrência de vícios na construção, quando na realidade sua obrigação estava limitada à confecção do projeto, ademais, em regra, confeccionados dentro de padrões adequados.

Buscando certamente solucionar questões atreladas a tais circunstâncias estabelece o art. 622 do Código Civil Brasileiro: “Se a execução da obra for confiada a terceiros, a responsabilidade do autor do projeto respectivo, desde que não assuma a direção ou fiscalização daquela, ficará limitada aos danos resultantes de defeitos previstos no art. 618 e seu parágrafo único”<sup>96</sup>.

Assim, o grau de responsabilidade do projetista estará sempre relacionado à sua participação ou não na execução da obra, uma vez que dela participando, ainda que num âmbito adstrito à fiscalização, suas obrigações serão amplas, abarcando a totalidade dos vícios surgidos.

Daí a importância e mesmo vantagens em que o dono da obra evite ele mesmo desmembrar a construção em diversas etapas, com a participação de profissionais diferentes, sem que aquele que participou da fase antecedente atue, ainda que apenas para fins de fiscalização, na subsequente.

Havendo um único empreiteiro ele responderá por todo e

---

<sup>95</sup> BRASIL. Código civil (2002). *Código civil*. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>96</sup> BRASIL. Código civil (2002). *Código civil*. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

qualquer defeito, uma vez que a perfeição da obra resta abrangida pela obrigação de resultado que é inerente ao contrato de empreitada, a despeito da etapa em que ocorra.

Assim, deixar-se-ia eventual necessidade de segmentação da obra para o empreiteiro, que, contudo, ainda que realize contratos de subempreitada, persistirá respondendo integralmente frente aquele que lhe contratou, uma vez que sendo tais relações estranhas ao dono da obra, mantêm o empreiteiro, subempreitante, integralmente suas obrigações<sup>97</sup>, respondendo, portanto, pela execução defeituosa da obra.

Daí, uma nova e relevante tipologia, ou pelo menos desdobramento, do contrato de empreitada, qual seja a subempreitada, que ocorre quando o empreiteiro utiliza terceiros, que não os empregados por ele contratados, para realização parcial ou mesmo integral do objeto prometido ao dono da obra.

Note-se que a subempreitada, tal qual ocorre na relação entre o dono da obra e o empreiteiro, não gera nenhum tipo de vínculo trabalhista entre empreiteiro e subempreiteiro, configurando transferência lícita da obrigação assumida, sempre que não houver vedação expressa no contrato, ou quando não estiver a avença fundada nas características pessoais do empreiteiro, ou seja, desde que não seja *intuitu personae*.

Também é possível vislumbrar características próprias aos contratos de empreitada na construção de grandes obras de engenharia, mormente envolvendo a concessão ou estabelecimento da infraestrutura para prestação de serviços públicos, atividades industriais ou grandes complexos industriais destinados, por exemplo, à exploração de recursos minerais.

Note-se que referidos contratos embora afetos muitas vezes à legislação especial em decorrência da complexidade de que revestidos, por exemplo, as Leis números 8.666/93 e 8.987/1995, versando, respectivamente, sobre normas de licita-

---

<sup>97</sup> TEPEDINO, Gustavo, et al. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. v. II: teoria geral do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 343.

ção para obras públicas e autorização para exploração de instalação de geração de energia elétrica pelo setor privado, têm características essenciais assemelhadas àquela de que revestido o contrato de empreitada.

É o que ocorre em relação aos denominados EPCS (do inglês, *Engineering, Procurement and Construction Contracts*), ou simplesmente os contratos de engenharia, “engineering”<sup>98</sup>, que, de início, não consistem exatamente num único contrato, mas numa plêiade de contratos destinados à realização de grandes projetos que, ademais, num primeiro momento poderiam até mesmo ser tomados por atípicos.

Observe-se que os serviços envolvendo referidos contratos podem variar da simples elaboração de um projeto, visando apenas a transferência de tecnologia até o acompanhamento e mesmo execução de todo o projeto de implementação de um complexo de engenharia destinado, por exemplo, à exploração de determinada atividade industrial ou extrativista.

Tratam-se, conforme já destacado, de contratos revestidos de grande complexidade, em relação aos quais, por certo, não deve ser aplicada, sem os temperamentos pertinentes, a legislação do contrato de empreitada.

Entretanto, quando considerado, sobretudo, que a prestação principal consubstancia a entrega de uma obra a termo cer-

---

<sup>98</sup> “(...) tais contratos tem numerosos pontos em comum com os contratos de empreitada global, que se caracterizam por ser de preço certo, data determinada de conclusão e ‘chave de mão’, caso em que o contratante recebe a obra em condições de operar a instalação (contratação comumente definida pela expressão inglesa *turkey*). Alguns se referem a tais contratos como a empreitada integral, definida pela Lei de Licitações como sendo a contratação de um ‘empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para a sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para qual foi contratada’ (L.8,666/93, art. 6º, VIII, ‘e’. Caracterizar-se-iam, assim, como um *tertius genus* em relação à empreitada por preço global ou por preço unitário, distinção também feita pela Lei de Licitações (art. 6º, VIII, ‘a’, ‘b’ e ‘c’).(TEPEDINO, Gustavo, *et al, op. cit.*, p. 346-347).

to<sup>99</sup>, não há como deixar de reconhecer a similitude de regimes jurídicos, mormente no tocante às responsabilidades inerentes à existência de uma obrigação de resultado<sup>100</sup>.

São ilustrativas, mormente para fins de destacar em que ponto o contrato de *engineering* se assemelha, ou mesmo se confunde com o de empreitada, as considerações tecidas por Franco<sup>101</sup>, ao destacar o modelo gestão de projeto (*project management*) e o modelo chave de mão (*turn-key*), como sub-tipos de contratos *consulting engineering*.

Enfatiza a autora que no primeiro modelo aludido, gestão de projeto, a sociedade de engenharia contratada tem a incumbência de realizar o projeto, gerir os estudos técnicos, fornecer os materiais, alocar recursos financeiros, dentre outros, sendo que referida modalidade, conforme a configuração, “poderá dar lugar à empreitada de labor ou de materiais”<sup>102</sup>.

Mais incisivas ainda no tocante à aproximação entre os contratos de empreitada e *engineering* são as consideração que a professora da USP – Universidade de São Paulo - tece acerca

---

<sup>99</sup> TEPEDINO, Gustavo; *et al.*, *op. cit.* p. 34º 7.

<sup>100</sup> LOBO, Paulo. *Direito Civil*. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 368 (A empreitada é uma obrigação de fazer, na qual ressalta o resultado, ou seja, a obra. O trabalho humano empregado pelo empreiteiro e as pessoas sob sua responsabilidade apenas interessam como meio para consecução do resultado. Nesse sentido é por excelência, obrigação de resultado em sentido estrito. O que interessa para o dono da obra não é atividade humana, no que tem de intangível, mas o resultado material dessa atividade, que pretende obter: a edificação, a plantação, a demolição, a reforma, o projeto, o protótipo, o desenho, a pintura, a peça publicitária, a maquete, o jardim, o imóvel a eletrificação, o sistema de segurança etc. Se o contratante se vinculou a plantar, derrubar mata, colher frutos de safra, remover terras, é empreitada que se cuida e não de prestação de serviços.)

<sup>101</sup> “O contrato em espécie, para abreviar, é composto por um conjunto de contratos, os quais encontram sua unidade funcional na sociedade de engenharia contrata e que podem abranger, ademais se soluções financeiras e prestação de serviços de natureza diversa, inclusive empreitada de obras (...). Pelo perfil, pode ser qualificado como um contrato de execução continuada, oneroso, bilateral, comutativo, complexo, que tem por objeto uma prestação de serviços de natureza variável, uma empreitada...” (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: Direito Civil e Empresarial*, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 385-389)

<sup>102</sup> *Idem*, p. 385.



do modelo de *engineering consulting* denominado chave de mão (*turn-key*) onde a sociedade de engenharia desenvolve um duplo papel, na medida de que duma perspectiva atua como consultora ao identificar as exigências e apresentando soluções e noutra executa o projeto numa obrigação inequivocamente de resultado, “circunstâncias em que o contrato dá lugar a uma empreitada (de labor ou de material, conforme as variáveis)”<sup>103</sup>.

Portanto, a despeito da complexidade envolvendo os contratos de engenharia, *engineering*, é viável asseverar desde logo que seu regime, inúmeras vezes, se assemelha ao contrato de empreitada, mormente quando configurada como prestação principal consubstanciada num complexo industrial passível de operação, situação que por certo, está a indicar o dever de realização de uma obra, vale dizer, uma obrigação de resultado.

### 2.3. DOS EFEITOS DO CONTRATO DE EMPREITADA EM RELAÇÃO AO DONO DA OBRA

O contrato de empreitada, essencialmente sinalagmático, gera obrigações para ambos os contratantes<sup>104</sup>.

Em relação ao dono da obra cumpre destacar as obrigações de receber a obra, pagar o preço e nas empreitadas exclusivamente de labor fornecer os materiais.

Segundo Pereira<sup>105</sup>, a primeira obrigação do dono da obra, sob pena de restar configurada sua mora, é recebê-la na forma em que ajustada, na medida em que justamente para ob-

---

<sup>103</sup> Idem, p. 385.

<sup>104</sup> “Os contratos são sinalagmáticos quando impliquem prestações recíprocas, de tal modo que as partes se apresentem simultaneamente, como credora e devedora uma da outra. Pelo prisma de cada uma delas, poder-se-á falar em prestação e contraprestação, sendo o sinalagma a relação de reciprocidade que, entre ambas, se estabelece”. (CORDEIRO. Antonio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. v. II. Direito das Obrigações. Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010, p. 194).

<sup>105</sup> (PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*. v. III. Contratos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 315).

ter o resultado do trabalho humano foi quem procedeu à contratação.

Todavia, caso tenha o empreiteiro se afastado das especificações detalhadas, mormente aquelas relacionadas às normas técnicas ou regulamentares, deve haver a recusa em seu recebimento, sendo que por certo, este afastamento não deve implicar numa melhora em relação ao projeto, mas sim numa piora.

Segundo Tepedino *et al*<sup>106</sup>, Carvalho Santos tece considerações interessantes acerca do afastamento das especificações iniciais, uma vez que na medida em que a obra tiver ficado melhor, inexistiria razões para que o dono da obra, desde que não fosse onerado por isto, pudesse deixar de aceitá-la.

Contudo, a referida concepção deverá ser sempre tomada de acordo com o conjunto das circunstâncias de que revestido o negócio, tais como os efeitos do incremento no que dizem respeito à oneração do dono da obra, de forma que devem mesmo ser privilegiadas as especificações iniciais, sob pena de ser lícito àquele que a encomendou deixar de aceitá-la<sup>107</sup>, mormente porque forte no art. 313 do Código Civil Brasileiro nenhum contratante pode ser obrigado a aceitar coisa diversa da avençada.

Trata-se, ademais, de disposição veiculada pelo art. 615 do Código Civil que estabelece que “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

---

<sup>106</sup> TEPEDINO, Gustavo; *et al.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. II: Teoria geral dos contratos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 355.

<sup>107</sup> “A rejeição da obra será possível na hipótese em que o empreiteiro não houver atendido às instruções recebidas e os planos impostos, ou então afrontado, na execução, as regras técnicas aplicáveis em trabalhos de tal natureza. Note-se que de nada valerá ao empreiteiro a justificativa de que visava à obtenção de resultado melhor, pois, nos termos do art. 313 do CC/2002, o dono da obra não pode ser obrigado a receber bem diverso do contratado, ainda que mais valioso”. (ANDRIGHI, Fátima Nancy *et al.* *Comentários ao Novo Código Civil*. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309).

das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza”.

Uma vez concluída a obra nos termos avençados, observadas as exigências relativas, sobretudo à segurança do estabelecimento, ou seja, tendo sido a construção adequadamente realizada<sup>108</sup>, o dono tem a obrigação de recebê-la, remunerando o empreiteiro pelo trabalho realizado.

Recebida a obra e adimplida a remuneração devida ao empreiteiro, deve ser extinto o contrato de empreitada pelo simples motivo de que seu objeto foi cumprido - malgrado se fale em alguns casos numa extinção virtual na medida em que persiste a vinculação do empreiteiro em decorrência de vícios ocultos relativos à segurança e solidez da obra, situação que uma vez verificada comprometeria a aceitação pelo comitente.

Daí porque o não recebimento sem justa causa implicará na mora do dono da obra, sendo facultado ao empreiteiro depositar judicialmente a obra realizada, constituindo, assim, em mora o próprio dono da obra, até mesmo como forma de se ver livre dos riscos de seu perecimento<sup>109</sup>, requerendo, ainda, seja procedido o respectivo pagamento.

Assim, aproveita-se a deixa para dizer, ainda que de forma sucinta, que o pagamento do preço contratado configura obrigação fundamental do dono da obra, podendo sua não rea-

---

<sup>108</sup> LOBO, Paulo, *Direito Civil*. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 375. (Não está o dono da obra obrigado a recebê-la posteriormente, a menos que tenha admitido a possibilidade, convencionando multa a ser paga pelo empreiteiro, se este se afastar das instruções recebidas, ou planos estabelecidos. Neste caso, a resolução não é consequência natural, pois o dono da obra pode preferir o abatimento do preço. O abatimento é faculdade do dono da obra e não lhe pode ser exigido. Se não houver acordo entre as partes, o abatimento será objeto de arbitramento judicial.)

<sup>109</sup> “A constituição em mora do comitente gera duas consequências: (i) o abrandamento da responsabilidade do empreiteiro, que somente responderá pela perda da coisa em caso de dolo (art. 400, primeira parte, do CC/2002), valendo acrescentar que, em se tratando de empreitada mista, o comitente passa a responder também pela perda do material empregado na obra (art. 611 do CC/2002); e (ii) a obrigação do dono da obra de ressarcir o empreiteiro de todas as despesas havidas com a conservação do bem (art. 400, segunda parte, do CC/2002”. (*Ibidem*, p. 309).

lização implicar na resolução do contrato por perdas e danos<sup>110</sup>, ou mesmo na estagnação da obra pelo empreiteiro por força da exceção do contrato não cumprido.

Não há empreitada sem remuneração do preço, e tanto isto é verdade que, na hipótese de não ter sido ajustado, deverá ser estimado por arbitramento, judicial ou extrajudicial, tomando a obra em seu conjunto.

Note-se, ainda, que embora se esteja aqui versando o pagamento do preço como uma consequência da conclusão da obra, ou seja, o preço global, não se poder descuidar nem da possibilidade deste mesmo preço global ser adimplido de forma parcelada, sem que isto altere sua substância. Da mesma forma, conforme consignado linhas atrás, não se pode olvidar que ao invés do pagamento do preço ter por referência a obra como um todo, é possível que seja avençado em função da conclusão de cada etapa.

Para fechar esta abordagem geral acerca dos efeitos do contrato frente ao dono da obra, cumpre tecer algumas considerações acerca da empreitada labor, onde o fornecimento de materiais fica a seu encargo, constituindo, portanto, parte de suas obrigações, na medida em que deve disponibilizá-los junto ao local da obra, respondendo, frente ao resultado do próprio contrato avençado, pela demora e inadequação.

Note-se, como o fez Pereira<sup>111</sup>, tendo como referência o art. 1663 do Código Civil Italiano de 1942, bem como o art. 365 do Código Federal Suíço de Obrigações, ao empreiteiro caberá reclamar e apontar a existência de defeitos hábeis a inviabilizar a execução ou bom acabamento de seu trabalho, hi-

---

<sup>110</sup> “Cabe ao dono da obra, ainda, indenizar o empreiteiro pelos trabalhos e despesas que houver efetuado, se rescindir o contrato sem justa causa, ou der razão a que se resolva, pagando, ainda, o lucro que poderia razoavelmente esperar, se viesse a obra a ser concluída (Código Civil, art. 623)”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*. v. III. Contratos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 321).

<sup>111</sup> PEREIRA, *op. cit.*, p. 321.

pótese na qual será o contrato prorrogado, ou mesmo resolvido com a observância das perdas e danos devidos ao empreiteiro.

Embora não haja no Código Civil Brasileiro disposição expressa neste sentido é possível extrair tal regra do art. 613, cuja redação estabelece que “Sendo a empreitada unicamente de labor (art. 610), se a coisa perecer antes de entregue, sem mora do dono, nem culpa do empreiteiro, ele perderá a retribuição se não provar que a perda resultou de defeito nos materiais e que em tempo reclamara contra sua quantidade ou qualidade”.

Visa o dispositivo repartir os prejuízos no caso de perecimento da obra sem que fique estabelecida a culpa de qualquer dos contratantes, na medida em que o comitente, ou seja, o dono da obra perderá os materiais empregados e o empreiteiro a remuneração a que faria jus pelos trabalhos desenvolvidos.

Entretanto, o empreiteiro poderá evidenciar que faz jus à remuneração quando demonstrar que a perda resultou da má qualidade do material que lhe foi disponibilizado pelo comitente, tendo comunicado a tempo tal circunstância ao dono da obra.

Assim, para que faça o empreiteiro jus à retribuição respectiva ao labor de resultado por ele desempenhado nos casos em que o fornecimento do material fique sob a responsabilidade do dono da obra, deverá provar não apenas a imprestabilidade deles, mas também que levou ao conhecimento do comitente em tempo, referida informação.

Isto porque o dono da obra não tem, obrigatoriamente, de ter conhecimento técnico para avaliar a qualidade do material fornecido<sup>112</sup>. Deve, pois, responder pelos seus erros, apenas quando insistir sejam empregados na obra materiais inadequados, não obstante esclarecido pelo empreiteiro.

A exigência de que o empreiteiro tenha plena ciência das circunstâncias que revestem o contrato no que diz respeito aos

---

<sup>112</sup> ANDRIGHI, *op. cit.*, p. 301-302.

materiais, ainda quando se trate de empreitada labor, é deveras acentuada, uma vez que sequer está adstrita ao âmbito da qualidade.

O artigo 617 do Código Civil<sup>113</sup> é mesmo taxativo neste sentido ao determinar que “O empreiteiro é obrigado a pagar os materiais que recebeu se por imperícia ou negligência os inutilizar”.

É interessante, contudo, que tal obrigação, no caso assinalado se desdobre na vertente da responsabilidade quando o material não for utilizado da melhor forma possível, por ofensa aos deveres de cuidado, segundo parcela respeitável da doutrina, configura “desdobramento da regra geral da responsabilidade civil extracontratual prevista no art. 186 do CC/2002”<sup>114</sup> cultura advinda do artigo 159 do CC/1916, por correspondência, cujo enunciado estabelece: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Configurada a culpa pela perda ou inutilização do material, pode ser ela total, quanto se referir apenas ao emprego dos materiais na obra a qual se destinavam, persistindo, pois seu aproveitamento em outras deva o acionamento da responsabilidade culposa do empreiteiro implicar, sob pena de enriquecimento ilícito do comitente, a transferência da propriedade dos bens móveis não empregados na construção.

#### 2.4. DOS PRINCIPAIS EFEITOS DO CONTRATO DE EMPREITADA FRENTE AO EMPREITEIRO

Quando se trata de analisar as obrigações advindas do contrato de empreitada frente ao empreiteiro ganham relevo as considerações tecidas na tentativa de conceituação do instituto.

---

<sup>113</sup> BRASIL. Código civil (2002). *Código civil*. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>114</sup> Idem, p. 311.

Foi dada especial ênfase ao fato de que a obrigação gerada pode ser facilmente tomada como obrigação de resultado<sup>115</sup>, de forma que já posta a concepção segundo a qual a obrigação primeira a mais relevante do empreiteiro é a de realizar a obra com observância das diretrizes e das regras técnicas e normas regulamentares pertinentes, “entregando-a na forma e nos prazos estipulados, sob pena de responder pelas consequências de seu inadimplemento”<sup>116</sup>, aí abrangidos tanto as perdas e danos quanto o acionamento de sua responsabilidade enquanto profissional da área.

No tocante ao prazo, é relevante a advertência feita por Pereira<sup>117</sup>, que, se porventura não houver sido convencionado em relação à data da entrega, nem por isto ficaria o termo exclusivamente a cargo do empreiteiro, na medida em que deve ser presumido que as obras devem ser concluídas dentro do prazo normal para outras semelhantes.

Destaca o civilista que tal solução já havia sido proposta por Teixeira de Freitas, sendo ademais aceita pelo Código Civil Argentino, art. 1.635 e pela doutrina Uruguiaia<sup>118</sup>.

Por outro lado, impende enfatizar que o dever de executar a obra tal qual avençada traz, ainda, uma outra consequência relevante, uma vez que se afigura como consectário lógico

---

<sup>115</sup> “Tem-se, outrossim, uma obrigação de resultado, pois o objeto é executar ou realizar uma obra. Assume o construtor a obrigação de apresentar um resultado, o qual se alcança com a entrega da obra. Na obrigação de meio, deverá aquele que se comprometer empregar habilidade, perícia, conhecimento, técnica, diligência, demonstrando total capacidade e perfeita idoneidade, não se impondo que se alcance um determinado resultado, sendo exemplos as profissões de medido e advogado. Cuidando-se de obrigação de resultado, uma série de exigências se exige, como a obediências aos projetos, a eficiente execução, a solidez estrutural, de modo a entregar a obra sem defeitos ou 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 diligencia recomendada pela ciência da engenharia”. (RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 522).

<sup>116</sup> PEREIRA, *op. cit.*, p. 321.

<sup>117</sup> Idem, *op cit*, p. 321.

<sup>118</sup> Idem, p. 322.

o dever do empreiteiro de corrigir os vícios ou defeitos que porventura se originarem<sup>119</sup>, sob pena até mesmo de resolução contratual, ou abatimento proporcional do preço, estando esta última hipótese, ademais, devidamente positiva no art. 616 do CCB.

Outra vertente importante relativa às obrigações do empreiteiro no contrato em estudo é a questão dos materiais empregados. Se, conforme já visto, nos contratos de labor é o empreiteiro responsável pela qualidade do material empregado, inobstante ser adquirido pelo próprio comitente, quando não providencia a devida notificação da falta de qualidade, a situação se acentua nos contratos mistos de empreitadas ou empreitadas propriamente ditas.

Neste sentido é taxativo o disposto no artigo 611 do Código Civil Brasileiro<sup>120</sup> que, em redação simples, consigna: “Quando o empreiteiro fornecer os materiais correm por sua conta os riscos até o momento da entrega da obra, a contendo de quem a encomendou, se este não estiver em mora de receber...”.

Segundo a doutrina, tal preceito, que por óbvio poderia ser confortavelmente justificado quando considerado ser a obrigação advinda do contrato de empreitada de resultado, guarda relação, conforme já acentuado ao se destacar as tipologias da empreitada, com a regra do *res perit domino*, uma vez que até a entrega da obra, o que implicaria a tradição dos próprios materiais empregados, eles, os materiais, são do próprio empreiteiro<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> “O dever de executar, com precisão, a obra encomendada gera um dever correlato de corrigir o empreiteiro os vícios ou defeitos que apresente, pois que, se não é o outro obrigado a recebê-la defeituosa, não há de limitar-se tão somente à faculdade de enjeitá-la. Se o empreiteiro recusar-se a corrigir-lhe os defeitos, ou deixar que se escoie o prazo a isto destinado, restitui ao dono a faculdade de, alternativamente, resolver o contrato o contrato, enjeitando a obra, ou recebê-la com abatimento proporcional no preço (Larenz)”. (*Ibidem*, p. 322).

<sup>120</sup> BRASIL. Código civil (2002). *Código civil*. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>121</sup> TEPEDINO, *op. cit.*, p. 347.



Assim, no concernente aos contratos de empreitada mista responde o empreiteiro pela qualidade e solidez do material empregado, tal qual responde pela própria obra.

Neste íterim relevante deixar desde logo registrado que: “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”.

### 3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CONTRATO DE EMPREITADA

Como bem destaca Martinez tem especial relevância no contrato de empreitada a abordagem da responsabilidade contratual, uma vez que o tema está diretamente imbricado com a ofensa dos deveres emergentes da avença. Isto porque, conforme já ressaltado, tendo o empreiteiro se vinculado à realização de uma obra, a execução dela deve ocorrer em conformidade com os termos inicialmente avençados, sem que reste configurado qualquer vício ou defeito que comprometa sua utilidade, solidez ou segurança. Se o empreiteiro “deixa de efetuar a sua prestação nos termos adequados, dá-se o inadimplemento da obrigação, com a conseqüente formação da responsabilidade”<sup>122</sup>.

Tratando-se de responsabilidade contratual, ou obrigacional, impende destacar, tal qual já devidamente versado em tópico próprio, que o não cumprimento de uma obrigação preexistente advinda de um vínculo livremente estabelecido, nos termos e condições em que pactuadas, implica numa presunção não só da culpa, como também dos demais pressupostos da responsabilidade civil. Note-se, que nesta perspectiva é ainda interessante a ótica de que, se, em regra, referida presunção é

---

<sup>122</sup> MARINTEZ, *op. cit.* p., 465.

relativa, no contrato de empreitada, onde resta estabelecida uma obrigação de resultado, ela pode mesmo vir a se tornar absoluta<sup>123</sup>.

Também em relação à configuração da responsabilidade civil no contrato de empreitada é assaz relevante trazer a tona a questão do adimplemento defeituoso<sup>124</sup>, ou inadimplemento positivo do contrato. Isto porque, sempre que na ótica do credor a obra não possibilitar a finalidade almejada, mormente no tocante à segurança e solidez da estrutura desenvolvida, poderá, exceto quando se tratem de elementos irrelevantes à finalística, restar configurado o inadimplemento total e absoluto.

Sobre a responsabilidade do empreiteiro na execução da obra é ainda importante destacar que, mormente quando considerados terceiros estranhos à relação contratual, por óbvio, frente à relatividade do contrato a ele não estão diretamente vinculados, ser plenamente factível a configuração da responsabilidade aquiliana ou extracontratual, uma vez inexistente qualquer relação negocial entre eles. Nestes casos, não existirá frente ao terceiro prejudicado e o empreiteiro uma presunção que atrele a configuração de todos os pressupostos da responsabilidade civil ao simples

---

<sup>123</sup> “A regra é que a culpa do empreiteiro tem de ser provada pelo lesado (art. 487, nº. 1 CC). Esta presunção de culpa é, teoricamente, ilidível; todavia, tratando-se de prestações de resultado, como acontece no caso da empreitada, na prática, ela apresenta-se como uma presunção *iuri et de iuri*,...”. (Idem, p. 462).

<sup>124</sup> “No que respeita ao não cumprimento, as especificidades da empreitada reportam-se às hipóteses de cumprimento defeituoso. Estar-se-á perante uma situação de cumprimento defeituoso sempre que o empreiteiro entregue pronta uma obra que não tenha sido realizada nos termos devidos; isto é, quando o cumprimento efectuado não corresponda à conduta devida.

Na empreitada, o cumprimento ter-se-á por defeituoso quando a obra tenha sido realizada com deformidades ou com vícios. As deformidades são as discordâncias relativamente ao plano convencionado. (p. ex., encomendou-se uma mesa com três metros de comprimento e foi realizada uma mesa com dois metros e meio de comprimento). Os vícios são as imperfeições que excluem ou reduzem o valor da obra ou a sua aptidão para o uso ordinário ou o previsto no contrato (art. 1208º CC), designadamente, por violação de regras especiais de segurança. Ao conjunto das deformidades e dos vícios chamar-se-á, tal como faz o Código Civil, defeitos”. (MARTINEZ, *op. cit.*, p. 468).

inadimplemento, de qualquer espécie, de modo que será necessária a demonstração do fato, culpa, ilicitude, nexos de causalidade e dano, a cargo do lesado. Seria o caso, por exemplo, da queda de objetos sobre terceiros que passam pela área das obras.

Não se olvida, ainda, que parcela da doutrina, como Sérgio Cavalieri<sup>125</sup>, entende que deve a atividade do empreiteiro ser tomada como de risco, de forma a incidir a cláusula geral da responsabilidade objetiva inserida no art. 927, parágrafo único do Código Civil. Todavia, impende destacar que esta premissa não pode ser tomada como regra, de modo que deve mesmo prevalecer a responsabilidade aquiliana, embora não se olvide que, dada a estrutura do empreendimento e os riscos a ele inerentes, seja possível, episodicamente, a incidência da cláusula geral da responsabilidade objetiva.

Outra temática relevante que escapa à responsabilidade contratual no contrato de empreitada são os danos envolvendo o direito de vizinhança. Isto porque, não existe uma relação preexistente entre o vizinho e o empreiteiro. Assim, a responsabilidade, exceto nos casos em que configurado o risco autorizador da responsabilidade objetiva, do empreiteiro frente ao vizinho é aquiliana, tendo que comprovar todos os pressupostos da responsabilidade civil. Todavia, dada a necessidade de ser preservada a incolumidade da propriedade alheia, prestando, ainda, a devida atenção ao teor do art. 1.299, do Código Civil vigente, antigo 572, do Código Civil revogado, que ressalva do direito dos vizinhos pelos danos causados nos seus prédios em decorrência de construções realizadas no imóvel

---

<sup>125</sup> “Inexistindo relação jurídica precedente entre o construtor e os terceiros eventualmente prejudicados pelo fato da construção, a sua responsabilidade é extracontratual em todos esses eventos comuns nas edificações. Essa responsabilidade pode ser também enquadrada no parágrafo único do art. 927 do Código Civil (além do art. 618), pois a atividade profissionalmente desempenhada pelo construtor é de risco, e, como tal, objetiva, bastando para sua caracterização a relação de causalidade entre o dano e a construção”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 376).

próprio, vem sendo utilizada a responsabilidade solidária<sup>126</sup>.

Note-se, contudo, que a temática desenvolvida não adentrará a responsabilidade aquiliana, estando, antes, atrelada à responsabilidade contratual do empreiteiro.

### 3.1 DA RESPONSABILIDADE PELOS VÍCIOS DE SOLIDEZ OU SEGURANÇA

Segundo o artigo 618 do Código Civil brasileiro, já mencionado, que, ademais, mantém em grande parte o disposto no art. 1245, do Código Civil revogado, no sentido de que nos contratos de empreitada mista, ou empreitada propriamente dita, isto é o empreiteiro de materiais e execução, envolvendo edifícios ou obras consideráveis, responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos pela solidez e segurança do trabalho,

---

<sup>126</sup> “Várias teorias buscam a responsabilidade do empreiteiro, ou do proprietário da obra, ou solidariamente dos dois. Embora prepondera a que sujeita o empreiteiro à obrigação de indenizar, especialmente na empreitada mista, ou com fornecimento de materiais, envolvendo unicamente o dono da obra se ele estiver em mora no recebimento, o certo é que ao prejuízo causado se deve assegurar total garantia na reparação, o que somente ocorrerá se ambos os contratantes puderem ser responsabilizados. Conquanto não proceda culposamente o proprietário, e a obra siga estritamente as normas técnicas mais recomendadas, não se exige ele de indenizar. Havendo dano no prédio vizinho, o dono da obra responde pelos reparos. Os riscos da construção correm por conta do empreiteiro, mas o dano advindo à propriedade vizinha recai na pessoa do proprietário, que terá condições de agir regressivamente, após, contra aquele. O art. 1.299 do Código Civil, que reproduz o art. 572 do Código revogado, enseja esta atribuição de responsabilidade: ‘O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos’. (...)”

De outra parte, justifica-se a responsabilidade solidária, pois, como sustenta o Min. Cordeiro Guerra na mesma decisão, e em texto plenamente atual, ‘o direito fundamental a ser defendido é o do vizinho, isto é, daquele que quer viver em paz, do que sofreu o dano. De modo que, sem ignorar exatamente a posição tripartite da jurisprudência, eu me fixo na responsabilidade solidária, porque, se o dono da obra, que é quem ia ter o proveito escolheu mal ou não fiscalizou o construtor, ou mesmo por impossibilidade de fazer, muito menos teria responsabilidade o vizinho que sofreu o dano. Ele não poderia escolher o construtor, não poderia fiscalizá-lo; entretanto, ele é que teve o prejuízo. O proveito, se existir, é para o dono do terreno no qual se levanta a construção’. (RIZZARDO, *op. cit.*, p. 533).

assim em razão dos materiais, como do solo.

Por seu turno estabelece o parágrafo único do mesmo artigo que “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.”

Assim, percebe-se que se trata de providência legislativa atrelada à insuficiência da disciplina concernente aos vícios aparentes para solucionar falhas que não podem ser percebidas no momento da entrega da obra, malgrado evidenciem o adimplemento imperfeito da obrigação.

Trata-se de verdadeira garantia legal estabelecida em favor do comitente que no prazo de cinco anos tem a possibilidade de aferir a existência de defeitos ou vícios que estavam ocultos quando da entrega da obra.

Contudo, a utilização das regras aludidas importa em verdadeiro imbróglio versando sobre as espécies de vícios ocultos abrangidas pelo art. 618, do CCB, bem como as implicações do(s) prazo(s) assinalado(s) e até mesmo a própria natureza da responsabilidade do empreiteiro.

Numa perspectiva geral é relevante destacar alguns requisitos básicos para a incidência da regra em espeque. Conforme já destacado, impende reobservar que é necessário que se trate de empreita mista, ou seja, aquela onde os materiais devem ser fornecidos pelo próprio construtor.

Outro aspecto relevante a se enfatizar versa sobre a natureza da obra. É necessário que se trate de edifícios ou construções consideráveis, entendendo-se pelo primeiro a obra destinada a servir ao homem, não só como residência, mas para outras finalidades.

Por seu turno, construções consideráveis devem envolver aquelas obras de engenharia civil, não incluídas dentro da concepção de edifício, que além de apresentarem certo porte, ou seja, não se trate de obras de pequeno porte, sejam duráveis.

Refletindo sobre a própria noção de durabilidade perce-

be-se flexibilizada, notadamente quando se trata de buscar a proteção da pessoa humana no que diz respeito aos vícios ocultos que possam comprometer a segurança da obra e trazer riscos para seus destinatários<sup>127</sup>.

Ainda para fins de enquadramento como construção considerável é necessário que a atividade diga respeito a uma obra em seu todo e não apenas parcialmente, de forma que estariam excluídos meros desdobramentos ou componentes acessórios, sendo exemplo clássico destas últimas situações, escadas, muros, revestimento de azulejos ou cerâmicas, dentre outros<sup>128</sup>.

Esclarecidos os tipos de construções resultantes de contrato de empreitada mista que podem desencadear a incidência da regra insculpida no art. 618, do Código Civil, impende verificar o que deve ser entendido por vícios atrelados à segurança e solidez da obra.

Sob a vigência do Código Civil de 1916<sup>129</sup> prevalecia o entendimento restrito acerca da responsabilidade pelos vícios ocultos. Tratava-se de responsabilidade reputada como excepcional, já que, inobstante a entrega da obra pelo empreiteiro com o respectivo aceite pelo comitente, o que, via de regra, deveria importar em sua liberação no tocante aos deveres do contrato celebrado, ele permanece respondendo pelo prazo le-

---

<sup>127</sup> “Indispensável incluir o elemento humano, uma vez que o risco que se quer assegurar é o que podem sofrer as pessoas humanas (Carvalho Santos, Código Civil, p. 346). Desses esclarecimentos pode-se inferir que as expressões utilizadas na lei são genéricas e complementares, de modo a abranger toda e qualquer obra que possa trazer riscos para as pessoas, em razão de sua utilização.

Atualmente, mesmo o requisito da durabilidade há de ser flexibilizado, para incluir obras projetadas para menor duração e que utilizem materiais não permanentes. Tomem-se como exemplos instalações para grandes eventos temporários como feiras, competições, espetáculos, exposições feitas com materiais removíveis, como toldos de plástico ou lonas, as quais são desativadas ao seu final. Não há durabilidade, mas é razoável reconhecer-se aí uma construção considerável, a merecer garantia após a entrega, especialmente quanto a segurança dos que as utilizarem”. (TEPEDINO, *op. cit.*, p. 361).

<sup>128</sup> *Idem*, p. 360.

<sup>129</sup> BRASIL. Código civil (2002). *Código civil*. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

gal.

Note-se que o Código Civil faz uma verdadeira exceção à regra de que a responsabilidade do empreiteiro cessa com a entrega da obra, na medida em que tem ele sua responsabilidade projetada para além dos limites temporais do contrato que virtualmente encontra-se extinto<sup>130</sup>.

Assim, prevalecia o entendimento de que, para que fosse acionada a responsabilidade por vícios ou defeitos ocultos evidenciados após o recebimento da obra pelo comitente, seria necessária a configuração do risco de seu perecimento, ou seja, os vocábulos segurança e solidez deveriam necessariamente estar atrelados ao perigo de ruína ou desabamento da construção.

Com o crescimento vertiginoso do número de construções os litígios aumentaram, por óbvio, surgindo a invocação constante do art. 618 do Código Civil no intuito de acionar a responsabilidade do empreiteiro “mesmo fora dos casos de ruína ou ameaças de ruína, procurando atrair para sua órbita a ocorrência de defeitos tais como infiltrações, obstruções de rede de esgotos e outros”<sup>131</sup>.

Parcela da doutrina nacional, podendo-se citar dentre outros Sílvio Rodrigues e o insigne Caio Mário da Silva Pereira, persistia atrelada à concepção técnica relativa à excepcionalidade da configuração da responsabilidade após a entrega e recebimento da obra, no desenho legislativo levado a efeito pelo Código Civil – art.1245 do Código revogado e art. 618 do Código Civil vigente -, divergindo dos direitos português e italiano, nos quais inexistia previsão expressa acerca da possibilidade de se enquadrar na responsabilidade por defeitos ocultos, vícios que não tivessem o potencial para desencadear a ruína ou perecimento da obra<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> Idem, p. 361.

<sup>131</sup> PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade Civil*. Atualizada por Gustavo Tepedino. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ ED, 2012, p.277.

<sup>132</sup> “Com efeito a contribuição do Direito Comparado socorre esta jurisprudência,

Registre-se, sobre o tema, a jurisprudência interna (do Brasil), sobretudo do STJ, na medida em que vem entendendo que o art. 618 do Código Civil “não se restringe aos defeitos que acarretam a ruína da construção, seu preceito estende-se àqueles que a tornam imprestável para o fim a que foi destinada”<sup>133</sup>.

Assim, é inadequada a construção que não “proporcione a seus moradores condições normais de habitabilidade e salubridade”<sup>134</sup>, de forma que devem ser reputados como defeitos graves as infiltrações, vazamentos e demais vícios que possam comprometer a perfeita fruição da finalidade da obra<sup>135</sup>.

Como bem elucidada Cavalieri<sup>136</sup>, não deve o art. 618 do Código Civil ser tomado de forma gramatical ou literal, uma vez que quando se fala em segurança deve ser o termo considerado não apenas em termos globais, como risco de desabamento, mas emprestada a elasticidade necessária ao vocábulo segurança para que

---

chamada liberal. O Código Civil Italiano de 1942, no art. 1669, ao tratar da responsabilidade do empreiteiro em grandes obras, acusando estas vício do solo ou defeito de construção, que importem ruína ou perigo evidente de ruína, acrescente a hipótese de graves defeitos. Ruggiero e Maroi salientam o caráter excepcional do art. 1669, referendo-se aos ‘graves defeitos’, desde que não sejam conhecidos no momento da verificação. E, neste caso, admite que a lei italiana reconhece ao comitente um direito à indenização.

Princípio semelhante vigora no direito português, com aplicação do art. 1.225 do Código Civil de 1967, que adita à ruína total ou parcial a hipótese de a obra ‘apresentar defeitos graves’.

Não comportando o art. 618 estas alternativas em princípio, o que tem inspirado essa ‘jurisprudência liberal’ é o alargamento do conceito de ‘solidez e segurança’, para considerar uma e outra ameaçadas com aparecimento de defeitos que, por sua natureza, e stricto sensu, não seriam de molde a ameaçá-las”. (PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade Civil*. Atualizada por Gustavo Tepedino. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ ED, 2012, p.278).

<sup>133</sup> STJ, REsp. 706424/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 07.11.2005.

<sup>134</sup> ANDRIGHI, *op. cit.*, p. 314.

<sup>135</sup> Neste sentido ver no Superior Tribunal de Justiça REsp. 178.817, REsp. 595239 e REsp. 590835.

<sup>136</sup> CAVALIERI FILHO. Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 374.



abarque o entendimento de que construção segura é aquela que “serve, a contento, ao fim para que foi construída ou destinada”<sup>137</sup>, ou seja, que possa, conforme já lecionava Santos, ser tida por imprópria ao uso a que se destinava<sup>138</sup>.

Inobstante a clara inclinação da jurisprudência e mesmo doutrina mais abalizada pela consideração de graves defeitos, ainda que não importem necessariamente no perecimento da obra, como abrangidos pela segurança e solidez de que deve ser revestida, não se deve chegar ao extremo oposto.

Por certo, ainda que não se olvide do alargamento que vem sendo emprestado ao art. 618 do Código Civil, os vícios ocultos de pequena monta não devem ser abrangidos dentro de seu âmbito. É que não é todo incômodo resultante da obra, que por ser obra humana nunca será, como bem ensina Pereira<sup>139</sup>, revestida de perfeição, que implicará a sua imprestabilidade, mormente nos quesitos habitabilidade e salubridade. Portanto, para que seja reclamada a responsabilidade do empreiteiro por vícios ocultos é necessário que os vícios, ainda que ocultos, tenham consequências que desgarrem do mero incômodo.

Esclarecida a primeira questão polêmica, concernente ao que deve ser reputado como defeitos ou vícios ocultos passíveis de comprometer a solidez e segurança da obra, cumpre avançar para abordagem das implicações relativas aos prazos fixados pelo art. 618, do Código Civil.

Por primeiro cumpre destacar a natureza do prazo de cinco anos, fixado em decorrência dos vícios ocultos apenas per-

---

<sup>137</sup> Idem.

<sup>138</sup> “A solidez e segurança do trabalho não se resume apenas à possibilidade de ruína total ou parcial da obra. Carvalho Santos acentua que devem ser aqui incluídos não só os vícios que afetem a estabilidade e a duração da obra, mas também que a tornem imprópria ao uso a que se destinava, citando como exemplo, o prédio que apresenta excesso de umidade, prejudicial à saúde, ou de fumaça, impedindo a permanência de qualquer pessoa em determinados cômodos (Código Civil, p. 363)”. (TEPEDINO, *op. cit.*, p. 362).

<sup>139</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 10. ed., Atualizada por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 276.

cebidos após a entrega da obra.

O prazo quinquenal fixado pelo art. 618 não deve ser tomado como prazo de prescrição ou de decadência, mas sim como um prazo de garantia, pois ao invés de delimitar um período em que um direito ou pretensão podem ser exercidos, destina-se a proteger o comitente contra riscos futuros<sup>140</sup>.

Decerto, a contagem do prazo tem início quando na empreitada global com a aceitação da obra sem ressalvas pelo comitente, ou nos contratos de empreitada parcial, ou seja, no contrato de empreitada por medida ou por partes distintas, com a entrega e verificação da respectiva parcela já concluída.

Assim, qualquer vício oculto que se manifeste neste período de cinco anos e, que, possa ser reputado como grave a ponto de autorizar seja a obra tomada como imprestável para o fim ao qual se destina, mesmo que prescindível o perigo de ruína, ensejará a possibilidade de que o dono da obra venha a acionar o empreiteiro.

Note-se que num primeiro momento, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, entendia-se que dentre do prazo de cinco anos deveria o dono da obra verificar o defeito oculto e ajuizar a demanda respectiva contra o empreiteiro.

Todavia, a referida concepção, mesmo antes da vigência do Código Civil atual foi desmantelada pela jurisprudência, sobretudo do STJ, que veio a se consolidar no sentido de que o dono da obra tinha cinco anos para descobrir o defeito oculto e vinte anos, contados da respectiva descoberta, para demandar o empreiteiro<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy, *et al. op. cit.* p. 315.

<sup>141</sup> “Na linha da jurisprudência sumulada (enunciado nº 194) deste Tribunal, fundada no Código Civil de 1916, ‘prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, a indenização por defeitos na obra’. O prazo de cinco (5) anos do art. 1245 do Código Civil, relativo à responsabilidade do construtor pela solidez e segurança da obra efetuado, é de garantia e não de prescrição ou decadência. Apresentados aqueles defeitos no respectivo período, o construtor poderá ser acionado no prazo prescricional de vinte (20) anos”. (STJ, REsp. 215.832/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 07.04.2003).

Isto é, tomando por base, sobretudo, o enunciado da Súmula 194 do STJ<sup>142</sup>, entendia o Tribunal Superior que por primeiro tinha-se o prazo de garantia de cinco anos, dentro do qual deveria ser descobertos os vícios ou defeitos ocultos, sendo que somente a partir da constatação da imperfeição estrutural pelo comitente deveria o construtor ser acionado dentro do prazo geral de prescrição, que no Código revogado era de vinte anos.

Outro aspecto de grande relevância a ser destacado, ainda dentro do âmbito dos prazos de garantia e prescrição, versa sobre o fato de que o disposto no antigo art. 1.245 do Código Civil de 1916, atual art. 618, tem por desiderato evidente um reforço<sup>143</sup> à proteção já conferida ao comitente pela regra atinente à responsabilidade contratual<sup>144</sup>.

A redação da Súmula 194 do STJ, ao permitir que fosse claramente procedida a distinção entre um prazo de garantia e

---

<sup>142</sup> “prescreve em vinte anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos na obra”.

<sup>143</sup> “Ora, o prazo em exame não deriva da necessidade certa nas relações jurídicas, nem do propósito de impor penalidade ou punição ao titular de um direito que se mostra negligente na defesa dele. A sua causa real está na deliberação de tornar efetiva a responsabilidade do construtor pela obra que tenha executado. Trata-se, portanto, de uma garantia legal de ordem pública, não somente ao proprietário, mas também e principalmente, à sociedade em geral. Durante cinco anos o construtor fica adstrito a assegurar a solidez e a segurança da construção, respondendo pelos vícios e defeitos que se manifestarem nesse prazo, bem como por qualquer dano que a obra possa causar a terceiros. Não obriga, entretanto, a lei que o dono da obra, ou o eventual terceiro prejudicado, intente nesse mesmo prazo a ação de ressarcimento, o que poderá ser feito enquanto não se escoar o prazo prescricional de vinte anos”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 372).

<sup>144</sup> “O traço característico da responsabilidade civil contratual reside na aproximação peculiar (contato social qualificado), prévia à ocorrência do dano, entre a vítima e o agente causador da lesão, consubstanciada na relação obrigacional em cujo bojo se dá a infração geradora do dever de indenizar. Daí porque a responsabilidade contratual nasce da violação de um dever preexistente específico, estipulado por convenção entre as partes, ao passo que a responsabilidade extracontratual origina-se da infração à lei ou a princípio geral de direito”. (TEPEDINO, Gustavo, *et al. Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Parte Geral e Obrigações. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 696).

um de prescrição, evidência, por consequência, que o dono da obra tanto poderia se valer do dispositivo aludido – arts. 1245 e 1056 do Código revogado, atual art. 389, que assegurava as perdas e danos quando do inadimplemento, ou mesmo adimplemento defeituoso das obrigações<sup>145</sup>.

Inobstante o tema se encontrar relativamente sedimentado, o Código Civil vigente trouxe uma nova variável ao estabelecer, conforme parágrafo único do art. 618, que “decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser ação contra o empreiteiro, nos 180 (cento e oitenta) dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito”.

É interessante e, a priori, acertada, a parcela doutrinária que toma o preceito em consideração à natureza da pretensão deduzida, de forma a se proceder a uma distinção entre as pretensões que desencadeiam tutelas jurisdicionais de cunho constitutivo e de cunho mandamental.

O prazo fixado diria respeito às pretensões atinentes à desconstituição do contrato celebrado ou mesmo ao abatimento do preço, em decorrência da manifestação de vícios ou defeitos ocultos após a entrega e recebimento da obra, não abarcando assim pretensões de cunho indenizatório, a qual estaria sujeita ao prazo prescricional de três anos fixado pelo art. 206, parágrafo 3º, inc. V, do Código Civil.

Isto porque, o fato gerador da incidência da regra inserta no Caput do art. 618 do Código Civil, faz surgir diferentes pretensões a serem suportadas pelo empreiteiro, estando alguma delas atreladas aos próprios termos e cláusulas do contrato, na medida em que pode ser pedido, por exemplo, a resolução contratual ou o abatimento proporcional do preço pago ou a ser pago.

Todavia, conforme já demonstrado, e, ademais, bem assinalado pela Ministra Fátima Nancy Andrichi e outros em

---

<sup>145</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy, *op. cit.* p. 317.

obra doutrinária<sup>146</sup>, a existência de vícios ou defeitos ocultos, que exsurgirem apenas após o recebimento da obra pelo comitente, também dá origem à pretensão indenizatória de natureza ressarcitória, que nada mais é do que as perdas e danos advindos do cumprimento defeito da obrigação do empreiteiro. Esta pretensão, contudo, não está sujeita ao prazo decadencial do parágrafo único do art. 618, do Código Civil, mas sim aos prazos prescricionais ordinariamente fixados pelo Código Civil, de forma que a Súmula 194, desde que procedidos os ajustes pertinentes aos novos prazos, continua de grande valia.

Assim, ultrapassado o prazo legal sem que tenha o vício se manifestado, embora cesse a garantia legal que comporta sejam deduzidas pretensões concernentes à possibilidade de redibir o negócio, ou relativas ao abatimento do preço, persiste viável sejam buscadas pelo comitente as perdas e danos respectivos que neste caso, dentro do prazo prescricional, deverão ser suportadas pelo empreiteiro.

---

<sup>146</sup> “A análise do parágrafo único do art. 618, com efeito, releva que a intenção do legislador foi conceder prazo decadencial para que o comitente se insurja contra a insegurança ou falta de solidez da obra que lhe foi entregue. Ocorre que apenas os direitos de redibir um negócio jurídico, ou revisá-lo para obter abatimento do preço, sujeitam-se ao prazo decadencial. Por isso, a dicção do art. 618, parágrafo único, não poderia, de qualquer forma, restringir temporalmente o manejo de ações ressarcitórias, que se submetem a prazo prescricional. Portanto, mesmo após a vigência do novo Código Civil, é certo que a Súmula 194 do STJ continua a jogar luzes sobre a questão. Estabelecendo que a ação indenizatória prescrevia em vinte anos, sob a égide do CC/1916, a referida Súmula deixava claro que essa pretensão escapava ao prazo quinquenal. Naturalmente, a interpretação da Súmula deve ser adaptada à nova realidade imposta pela edição do CC/2002 e, onde, se lia prazo de 20 anos, aplicar-se-ão os novos prazos prescricionais. 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 do defeito. Por ser decadencial, o prazo de 180 dias não se interrompe, não se suspende e é irrenunciável. 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. Nessa hipótese, por se tratar de prazo prescricional, pode haver suspensão ou interrupção”. (ANDRIGHI. Fátima Nancy, *et al. Op. cit.* p. 319).

### 3.2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DEFEITOS E IMPERFEIÇÕES DA OBRA - OS VÍCIOS OCULTOS NÃO ABARCADOS PELO ART. 618, DO CÓDIGO CIVIL

Demonstrado que a regra inserta no art. 618 do Código Civil está adstrita à segurança e solidez das obras de edifícios e obras consideráveis, mesmo que sejam estas, conforme demonstrado, tomados numa concepção alargada para trazer para seu âmbito questões relacionadas à habitabilidade, salubridade e prestabilidade de uma forma geral, persiste em aberto o tratamento da responsabilidade por defeitos e imperfeições de menor monta ou pequenas obras.

Da mesma forma persistiria em aberto quando tomada em consideração a redação do art. 618 do Código Civil as empreitadas labor, onde o material é fornecido pelo dono da obra.

Assim, seriam três as situações excluídas da garantia do art. 618, do Código Civil, quais sejam: naqueles contratos que tenham por objeto obras de menor monta, que não possam comodamente se enquadrar como edifícios ou grandes construções; os vícios ou defeitos que não apresentem riscos para segurança e solidez da obra, ainda que seja esta noção tomada de forma ampla; e nas empreitadas de labor.

Por primeiro, nunca é demais reforçar que constatadas imperfeições que embora não tornem a obra imprestável para o fim ao qual se destinava, a despeito das proporções e qualificações das obrigações envolvidas, tampouco se afigurem irrelevantes, restando sim evidenciado um defeito no adimplemento obrigacional.

Certamente que a construção que apresente imperfeições, via de regra, se afasta não só do projeto que deveria guiar o empreiteiro, mas também dos termos do contrato celebrado.

À míngua, contudo, de regulação específica<sup>147</sup> para o ca-

---

<sup>147</sup> “Mesmo que este último dispositivo mencione o termo ‘adquirente’ da coisa,

so, parcela da doutrina não hesita em utilizar a analogia para conferir a tais situações o tratamento relativo aos vícios redibitórios, de forma que ganha relevo o disposto no art. 445 do Código Civil segundo o qual “o adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta 30 (dias) se a coisa for móvel, e de 1 (um) ano se for imóvel, contados da entrega efetiva; se já estava na posse o prazo conta-se da alienação, reduzida à metade”<sup>148</sup>.

Por seu turno estabelece o parágrafo primeiro que “Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitante dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis”<sup>149</sup>.

Assim, aplica-se a regra que impõe a garantia geral contra vícios ocultos, a disciplinada no artigo 441 e seguintes do Código Civil, de forma que percebido dentro do prazo de garantia, o comitente poderá exigir a redibição do contrato ou abatimento do preço, tendo para tanto o prazo de um ano se o bem for imóvel e seis meses se o bem for móvel.

Note-se, contudo, que caso opte o comitente pela reparação dos danos advindos do inadimplemento contratual, ou mesmo adimplemento imperfeito da obrigação, poderá, ao invés de se valer das possibilidades inerentes aos vícios redibitórios, pleitear a indenização, caso em que incidirá a disciplina da

---

enquanto, na espécie, está-se diante de contrato de construção mediante empreitada, como se depreende da redação do art. 615, não se encontra um regramento diferente no direito vigente que defina um prazo decadencial próprio. Daí a aplicação por analogia.

Realmente, não existindo a previsão específica de um determinado período para a reclamação, não se conclui que se deva aplicar o prazo de extinção dos direitos estabelecidos para promover a pretensão em geral, como o do art. 205. Configurar-se-ia uma incoerência, porquanto os defeitos mais graves que afetam a solidez e segurança do prédio limitam-se o prazo há cinco anos e para defeitos menores haveria um lapso maior”. (RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 531).

<sup>148</sup> BRASIL. Código civil (2002). *Código civil*. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

<sup>149</sup> Idem.

Súmula 194, do STJ, estando, pois, a pretensão sujeita aos prazos gerais de prescrição estabelecidos nos artigos 205 e 206 do Código Civil<sup>150</sup>.

Lado outro, a despeito da possibilidade de se valer o dono da obra realizada por empreitada labor da regra geral referente aos vícios redibitórios, ou mesmo da indenização pelas perdas e danos advindas do adimplemento imperfeito, não deve passar despercebida a crítica tecida por Fátima Nancy Andrighi, Sidnei Beneti e Vera Andrighi, além de outros como Serpa Lopes e Silvio Salvo Venosa, no sentido de inexistir justificativa plausível para o descompasso do legislador, na medida em que nada explicaria os motivos pelos quais o dono da obra, realizada por empreitada labor, que vier a se tornar insegura, ou mesmo em vias de ruína por culpa exclusiva do empreiteiro ter apenas o prazo de um ano para exigir as providências pertinentes.

Por isto, tendo sempre em consideração o aspecto teleológico do contrato de empreitada, os autores citados entendem, acertadamente, que deve o art. 618 do Código Civil ser interpretado extensivamente.

Penso, pois, que, tanto na empreitada labor como na mista, a satisfação do legítimo interesse do credor está consubstanciada numa obrigação de resultado, devendo, em qualquer hipótese, ser garantida ao dono da obra a solidez, segurança e o atendimento aos fins a que se destina, de modo que “se há perigo de ruína, o empreiteiro que executa a obra erroneamente, deve ser equiparado ao empreiteiro que a constrói com materiais de má qualidade”<sup>151</sup>.

### 3.3. DOS VÍCIOS APARENTES

No tocante aos vícios aparentes na obra encomendada ao

---

<sup>150</sup> ANDRIGHI, *op. cit.*, p. 324.

<sup>151</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy; *et al. op. cit.* p. 325.



empreiteiro resta imprescindível uma delimitação inicial, no sentido de excluir, como ressoa óbvio pela própria semântica dos termos linguísticos empregados, os vícios e defeitos ocultos, em regra tratados em semelhança com o regime jurídico dos vícios redibitórios conforme, ademais, já anotado, bem como os vícios e defeitos hábeis a comprometerem a solidez e segurança da obra também já versado em tópico próprio.

Procedidos tais destaques o que resta são justamente os vícios que devem ser denunciados pelo comitente, em regra, no momento da verificação, atividade que deve preceder à aceitação da obra e, por óbvio, ao respectivo pagamento a que faz jus o empreiteiro.

Deste modo, ganha destaque na espécie, a verificação, enquanto verdadeiro ônus do comitente que por meio de tal atividade toma ciência inequívoca daquilo que foi executado, devendo, assim, denunciar imediatamente os vícios e defeitos aparentes por ele aferidos.

Tamanha é a relevância da verificação para que possa o comitente aceitar ou não o resultado que lhe é apresentado, que, forte no art. 614, parágrafo 1º, do Código Civil, tudo aqui pelo qual se pagou presume-se aceito.

Assim, defeitos aparentes que evidenciem desde logo ter a execução da obra fugido aos parâmetros delineados no projeto, tal qual, por exemplo, a qualidade dos próprios materiais empregados, ou mesmo às diretrizes técnicas a que estava adstrita, devem ser denunciados pelo comitente no momento de sua verificação. Na referida oportunidade, tal qual preceituado pelo art. 615, do Código Civil vigente, não deve o comitente receber a obra e tampouco proceder ao pagamento a que faria jus o empreiteiro, sob pena de ter de suportar eventuais prejuízos atrelados à existência de vícios aparentes, pelos quais não poderá ser responsabilizado o empreiteiro.

Trata-se, portanto, de uma recusa justificada que ao invés de evidenciar a mora do comitente, em regra obrigado ao rece-

bimento da obra sempre que tiver a execução se desenvolvido conforme o projeto, implica a mora do empreiteiro<sup>152</sup> que, em tais circunstâncias, sequer faria jus ao pagamento do preço avençado.

Daí se percebe uma nítida interseção entre verificação, aceitação e pagamento. É possível, pois, atribuir à verificação uma relação direta com o pagamento, de forma a restar evidenciado que também o empreiteiro tem interesse em sua realização.

Para fins de ser factível conjugar verificação, aceitação e pagamento é relevante a tipologia do contrato de empreitada que viabilize a distinção entre obras por partes distintas, obra por etapas e obra por medida.

Sempre que se puder separar uma obra em partes específicas, ainda que previstas num mesmo instrumento contratual, tal qual cada uma das casas num projeto de construção de um conjunto constituído por um total de seis casas, por exemplo, estar-se-á diante de uma obra por partes distintas.

Em tais circunstâncias é possível que, em assim dispondo o contrato, ou mesmo diante de seu silêncio, (art. 614, Caput, do Código Civil), há verificação e aceitação proporcional, podendo o empreiteiro exigir o respectivo pagamento.

Cumpra apenas deixar consignado que, por certo, tratando-se de empreitada por preço fixo, assim expressamente convencionado pelas partes, de pouca importância será o fato de se tratar de obra cujo desenvolvimento possa ocorrer, ou mesmo ocorra, por partes distintas.

Já na obra por etapas, embora seja concebível no âmbito físico proceder ao desmembramento de um todo, tal como na construção de uma casa é possível desmembrar as paredes, o alicerce ou telhado, não é admissível o seu enquadramento como obra por partes distintas, de forma que a verificação ou

---

<sup>152</sup> TEPEDINO, Gustavo *et al.* *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. v. II: Contratos em geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 355.

mesmo pagamento proporcional é uma excepcionalidade que somente pode se tornar factível mediante cláusula contratual muito bem delineada neste sentido.

Por seu turno, na obra contratada por medida podem as partes convencionar sua verificação e respectivo pagamento segundo a extensão e o volume do resultado apresentado por empreiteiro, tal qual ocorre, por exemplo, nos casos contratos de terraplanagem onde é possível proceder a uma identificação com o volume de terra deslocada pelo empreiteiro.

A importância das três tipologias destacadas é ressaltar que em relação a cada uma delas a verificação pelo dono da obra, acompanhada pelo respectivo pagamento, se dá em momentos distintos.

Neste íterim importa enfatizar o próprio teor do art. 614, parágrafo 2º, do Código Civil, segundo o qual “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”<sup>153</sup>.

Trata-se da fixação de um momento diferente para a verificação das obras contratadas por partes distintas, ou mesmo nas empreitadas por etapas, na medida em que nelas deve o comitente apontar os vícios ou defeitos aparentes, de forma imediata à verificação, a despeito do momento em que seja tal verificação levada a efeito.

No caso da empreitada contratada por medida não está o dono da obra obrigado a apontar os defeitos e vícios aparentes no momento da verificação, podendo fazê-lo dentro do prazo de trinta dias.

A despeito da referida peculiaridade, vê-se que, não obstante o tipo de empreitada contratada, a verificação acompanhada da aceitação e, ainda, do respectivo pagamento, tem o condão de, em relação aos vícios e defeitos aparentes, exonerar o empreiteiro de eventual responsabilidade pelo adimplemento ruim da obriga-

---

<sup>153</sup> BRASIL. Código civil (2002). *Código civil*. 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ção.

Em contrapartida a constatação acompanhada da devida denúncia no momento apropriado autoriza a recusa legítima da obra, restando configurada a mora do empreiteiro que, por conseguinte, deverá ser responsabilizado pelos prejuízos daí advindos.

Outra opção que se abre ao dono da obra que no momento da verificação denuncia defeitos e vícios aparentes é, ao invés de enjeitá-la, proceder ao abatimento no preço devido ao empreiteiro, tal qual, ademais, preceituado pelo art.615, do Código Civil vigente. Trata-se, assim, de providência que encontra paralelo na disciplina dos vícios redibitórios que, diante do adimplemento imperfeito, autoriza seja responsabilizado o empreiteiro pelas “despesas necessárias à correção dos defeitos de execução, servindo para adequar a obra ao plano inicialmente previsto e ajustado”<sup>154</sup>.

### 3.4. DA SENTENÇA PROFERIDA NO CASO DO TELEFÉRICO PARA TRANSPORTE DE MINÉRIO

Em sentença proferida enquanto juíza na 7ª Vara Cível de Belo Horizonte, Minas Gerais, Processo n. 024.94.053626-1, julgou a autora do presente Relatório, no desempenho de suas atividades de magistrada junto ao Judiciário mineiro, demanda envolvendo um complexo de contratos de *engineering*, cuja disciplina da responsabilidade, frente ao fato de se tratar de uma obrigação de resultado, senão se confunde com o próprio regime da empreitada a ela é extremamente semelhante, tal qual já devidamente destacado no tópico destinado à tipologia do contrato de empreitada – ver subtítulo 1.3 supracitado.

A autora daquele processo que não correu em segredo de justiça o que não impede a declinação dos nomes foi a empresa Minerações Brasileiras Reunidas S/A, - MBR, sendo rés Pohn-

---

<sup>154</sup> ANDRIGHI, *op. cit.*, p. 311.

lig Heckel do Brasil S/A, Indústria e Comércio (PHB); PWH Anlagen & Systeme GMBR (PWH) e O & K ORESTEYN & KOPPLER AKTIENGESELLSCHAFT (O&k), estas duas últimas sociedades constituídas na Alemanha, onde ademais estavam até então as respectivas sedes.

Pretendia a MBR expandir sua linha de produção e distribuição de minério extraído de local denominado “Mina do Mutuca”, com destino ao terminal ferroviário denominado “Olhos D’água”, local para onde deveria a produção ser escoada com fincas a sua distribuição para o mercado interno e externo.

Para atender referido intuito a modernização do sistema de escoamento, anteriormente realizado através de estradas rodoviárias, era medida assaz imprescindível, sendo que para tanto foi cogitada a hipótese de ligação entre o local de extração do minério diretamente com a via férrea, através da construção de um teleférico, que deveria ser o maior teleférico até então já construindo e que deveria substituir o sistema rodoviário antes utilizado.

Conforme constou da sentença a PWH, titular do know-how necessário ao empreendimento se comprometeu à elaboração e detalhamento do projeto. Dentro do rol de suas obrigações estava ainda, o dever de desenvolver todos os esforços, ao seu alcance, para que os terceiros contratados cumprissem com suas obrigações para atendimento às especificações e prazos de entrega, bem como a de realizar todas as inspeções indicadas, acompanhada ou não pela MBR, de forma a garantir que todos os equipamentos do fornecimento de terceiros, máquinas e materiais, atendessem às exigências das especificações técnicas do Sistema. Por seu turno, a PBH e O&K se incumbiram da montagem eletromecânica, do gerenciamento e da orientação para aquisição de materiais.

Assim, o objeto do contrato celebrado entre as partes foi a implantação e escoreito funcionamento dos referidos teleféricos.

ricos, ficando a responsabilidade das contratadas, em análise sintética, divididas da seguinte forma: PWH tinha por incumbência a elaboração e projeto do sistema teleférico, bem como da fiscalização em relação à sua instalação, prestação que num primeiro momento seria levado a efeito na Alemanha; a PHB o fornecimento e montagem eletromecânica dos teleféricos; O&K o gerenciamento, aquisição de materiais e contratação das sub-empresas necessárias.

A finalidade do sistema, conforme revelava a necessidade da MBR, era expandir o escoamento do minério, envolvendo, assim, a garantia de desempenho como sua condução de atender à taxa de transporte de minério de ferro equivalente a 1.320 t/h por teleférico, em regime permanente, transportando - por ano - 7,1 milhões de toneladas de minério extraídas de local próximo a Belo Horizonte, mais precisamente no Município de Nova Lima, Minas Gerais, denominado “Mina do Mutuca” (MUT), até o Terminal Ferroviário Olhos D’Água (TOD).

Apenas a título ilustrativo para que se possa aferir a dimensão da obra que deveria ter sido realizada com sucesso, impende destacar que na época outros teleféricos no mundo não ultrapassavam a capacidade de 600t/h, motivo, aliás, pelo qual, concebeu-se um teleférico duplo sustentado por um mesmo sistema de elevação e sustentação (torres e cumes), tendo cada componente capacidade para 660 t/h.

Dada a distância a ser percorrida, quase quatro mil metros, considerando-se ainda a topografia acentuada do terreno, o sistema de elevação e sustentação foi formado por oito torres e dois cumes, sendo nos pontos extremos instaladas as estações de carregamento e descarregamento de minério de ferro.

Tratava-se, portanto, de um emaranhado de contratos que estavam entrelaçados, não só pela estrita ligação societária existente entre as rés, mas, sobretudo, em decorrência do resultado a que estavam jungidos a realizarem quando considerado o necessário entrelaçamento dos contratos celebrados.

Após seis anos da implantação do sistema teleférico a estrutura não chegou ao seu fim, tendo, ademais, a MBR sofrido prejuízos com pelo menos seis acidentes envolvendo o rompimento de cabos e o descarrilhamento de caçambas entre as torres de operação, ocorridos no curso da obra seguindo-se de 09 (nove) ocorrências por atrasos nos fornecimentos e montagem do sistema, quadro que ademais ensejou a recusa da parte autora em reputar cumprida a obrigação das rés, não tendo, sequer, concedido o certificado de aceitação provisória a que se referia o contrato.

A operação inicial do teleférico foi de tal forma problemática, com tantas dificuldades técnicas, que se decidiu promover uma onerosa e prolongada reabilitação na instalação, que resultou na interrupção da operação por 07 (sete) meses, onde uma enorme variedade de itens foi introduzida ou modificada, além de ter sido executado um reforço estrutural nas torres de sustentação do teleférico, numa sucessão frustrada de tentativas de salvar o sistema do colapso.

Segundo a prova técnica (pericial) realizada também pelo sistema comparativo proporcional dado ao complexo interno, em relação aos de outros países, persistiam falhas graves no sistema, relacionadas ao insuficiente dimensionamento das estações de carga e descarga; ruído produzido pelos cabos de aço nas polias; imprecisão na pesagem; ineficiência dos dispositivos de controle e segurança e falta de confiabilidade nos dispositivos de acoplagem das caçambas ao trilho trator, que por fim, frente a inutilidade do sistema, desaguaram na própria necessidade de que fosse desativado.

A pretensão deduzida pela parte autora estava consubstanciada no ressarcimento dos prejuízos advindos do descumprimento do complexo de contratos celebrados, dentre os quais o de “engineering”, cujo regime da responsabilidade incidente, face à obrigação de resultado assumida, se confunde com o de empreitada.

É interessante destacar que se tratava de pretensão indenizatória e não resilitória ou tampouco de obrigação de fazer, uma vez que, tal qual já consignado, várias já haviam sido as tentativas fracassadas buscadas pela parte autora, envolvendo, ademais, inúmeras viagens para Alemanha, de que a parte ré solucionasse as falhas operacionais.

No entanto, a empresa projetista em desrespeito aos deveres de transparência e informação inerentes à boa fé objetiva que, tanto no sistema civil brasileiro quanto no alemão, deve reger a conduta dos contratantes, se negou a fornecer detalhes de seu know-how, quais seriam, dentre outras, as minúcias dos desenhos elaborados, para que pudesse a requerente buscar soluções para as falhas apresentadas no sistema, que, a despeito das inúmeras tentativas das rés em revertê-las, permaneceram presentes.

Aliás, a natureza indenizatória da pretensão foi mesmo de suma relevância para fins de afastar alegações preliminares e prejudiciais ao mérito que diziam da carência de ação por falta de interesse, frente à ausência de notificação para resolver o contrato ou mesmo do transcurso do prazo prescricional para abatimento do preço ou cumprimento da obrigação específica. Conforme enfatizado pela sentença, a resolução negocial “importa no desfazimento do contrato celebrado”, visando, sempre o restabelecimento dos *status quo* anterior, tendo o provimento que assim o fizer natureza constitutiva.

Por seu turno, a pretensão às perdas e danos ostenta natureza diversa, sendo que a eficácia preponderante do provimento que assim dispuser, de natureza condenatória, estando, ademais, diretamente atrelada ao inadimplemento ou mesmo ao adimplemento imperfeito da obrigação, sendo, portanto, de natureza secundária para tal fim a resolução ou não do contrato.

De todo modo, diante dos vários acidentes ocorridos é inequívoco que o sistema de transporte de minério não operou



a contento, não tendo a parte autora sequer, como já ressaltado, concedido o certificado de aceitação provisória da obra o que, se efetivado, na concepção da época ou atual, resultaria em situação de interferência na concepção marco, inicial ou final, do prazo prescricional.

A premissa adotada na sentença para resolver toda a demanda levada ao judiciário brasileiro esteve intrinsecamente vinculada ao regime da responsabilidade civil incidente no contrato de empreitada, uma vez que a finalidade do contrato era parâmetro do qual não se poderia afastar o órgão julgador na análise da demanda. Por isto, foi dotada de enorme relevância a circunstância fática de que foram contratadas inúmeras obras atinentes à construção de um teleférico, que deveria ser o maior do mundo em operação, cuja finalidade era o efetivo transporte do minério, na quantidade avençada, transporte este que, por certo, deveria ser feito de forma efetiva e segura, circunstância que não se compactua com a ocorrência de acidentes.

É interessante notar que uma das defesas apresentadas versou sobre o fato de que a instalação do sistema teleférico teria sido conveniência da parte autora, que além de tudo teria errado no planejamento de sua capacidade produtiva, erros que não poderiam ser atribuídos à parte ré.

Conforme decidido, tendo em conta a especialização e capacidade técnica das sociedades que assumiram a realização de uma obra de porte e complexidade consideráveis, tinham elas obrigação de rejeitarem a incumbência se não se encontravam em condições de atendê-la, não podendo transferir àquele que ignora as especificidades técnicas envolvidas na empreitada, a responsabilidade por eventual frustração do projeto.

Por isto, acaso as rés, dotadas da experiência em decorência de projetos anteriores de natureza semelhante, sentiram-se capazes de planejar e executar o maior teleférico do mundo para fins de transporte de minério na quantidade avençada e não em percentual 50% inferior àquela originariamente combi-

nada associada a ocorrência de inúmeros acidentes, por certo, assumiram o risco de obter êxito na “empreitada”.

Foi afirmado em defesa também, que o teleférico teria sido entregue em perfeitas condições, sendo que a autora o teria utilizado durante algum tempo, sendo inequívoca a montagem do sistema, de forma que seria inviável falar em inadimplemento, sendo, ainda, face ao momento de aparecimento de determinados vícios, irrelevante o adimplemento imperfeito.

Mais uma vez a questão se resolveu em torno da concepção de inadimplemento que pode ser absoluto, relativo – este se confundindo com a mora, mormente quando possível sua reversão sob a ótica do credor - ou mesmo, quando se trata de obrigações de resultado, for o adimplemento defeituoso, temática devidamente trabalhada no título dedicado à responsabilidade civil contratual.

Note-se, ainda, conforme já aludido neste Relatório ao tratar da responsabilidade civil contratual, que todos os tipos de inadimplemento podem envolver a integralidade da prestação ou apenas parte dela, de forma que podem ser divididos em parcial ou total.

Com efeito, ensina Assis<sup>155</sup>, em obra referida e referendada pelo ato decisório e também utilizada neste Relatório, a imprestabilidade da prestação para os fins a que se destinava para o credor, ou seja, a inviabilidade do transporte efetivo de minério, pode ensejar a configuração do inadimplemento total, ou seja, a despeito da ter ocorrido, em termos fáticos a prestação, houve o inadimplemento positivo do contrato, uma vez que a obrigação foi cumprida de forma defeituosa.

Demais disto, consideradas as inúmeras tentativas da MBR em reverter a situação sem qualquer êxito, especialmente quando observadas as ofensas aos deveres acessórios de informação e colaboração inerentes à boa fé objetiva pela autora do

---

<sup>155</sup> ASSIS, Araken. *A Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

projeto, é incontestado a irreversibilidade da situação fática delimitada, ou seja, o inadimplemento na espécie equivale ao absoluto, com a agravante, já devidamente versada em local apropriado, de que o adimplemento defeituoso, ou inadimplemento positivo do contrato, poderia gerar danos pelos quais se responsabilizaria a parte contratada que extrapolam os prejuízos ocorridos caso não houvesse nenhuma prestação.

Por certo, impende destacar, mormente quando considerado a similitude ao regime inerente ao contrato de empreitada no complexo de contratos celebrados de forma entrelaçada. O contrato de *engineering* visando um resultado específico cujo regime da responsabilidade obrigacional é o mesmo do contrato de empreitada, ser inequívoco que o adimplemento imperfeito ou defeituoso, sem que a estrutura tivesse de fato entrado em operação nos termos originariamente fixados pelos contratantes. De forma efetiva e segura, em nada impressiona, para fins de exoneração da parte ré em relação à integralidade dos prejuízos experimentados em decorrência do inadimplemento positivo, os argumentos despendidos por elas rés, para fins de elidirem a responsabilidade do ressarcimento. Não há dúvida de que, em nenhuma hipótese poderia a obrigação ser reputada cumprida nos termos originariamente avençados.

Na espécie, o adimplemento defeituoso se confunde com o inadimplemento total e absoluto com as agravantes já mencionadas, de forma que configura fato o bastante para desencadear todos os demais pressupostos da responsabilidade civil. Isto porque, como já foi devidamente evidenciado em sede própria, o inadimplemento traz ínsita a culpa, a ilicitude, o nexo de causalidade e mesmo a potencialidade de dano, ou seja, todos os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil.

Também como argumento de resistência é interessante notar a assertiva de que a coisa perece para o dono, que na espécie seria a MBR, de forma a ser de todo infundada a tentativa

de se imputar qualquer responsabilidade à parte ré.

Tratava-se, assim, de uma nítida tentativa de evidenciar que a entrega da estrutura montada implicaria na extinção da obrigação com a assunção da propriedade pela autora, desconsiderando que nos termos do contrato celebrado, conforme incessantemente referido ao longo da sentença, muito mais do que as estruturas físicas que envolviam a construção do teleférico, interessava seu efetivo funcionamento, efetuando-se, assim, o transporte seguro e efetivo da quantidade de minério prevista no contrato celebrado.

Tendo, pois, sempre em consideração o resultado a que se obrigaram as rés, qual seja, o desenvolvimento e execução de um projeto que possibilitasse fosse atendido o objetivo/finalidade almejado, não importando, assim, a simples atividade de construção da estrutura se destituída de operacionalidade, a interação entre a pretensão deduzida e a regime da responsabilidade incidente, justamente aquele comum ao contrato de empreitada, foram as rés condenadas solidariamente ao pagamento das perdas e danos, constituídos na espécie, a seguir enumerados:

1) pelo ressarcimento de todos os valores despendidos pela autora com a construção do teleférico;

2) reembolso com os gastos da construção de uma estrada que possibilitasse o resultado outrora esperado pelo sistema fracassado, ou seja, o transporte do minério de ferro nas condições almejadas;

3) as despesas tidas pela parte autora com as viagens até a Alemanha na tentativa de salvar o sistema do colapso que lhe acometeu;

4) os lucros cessantes calculados pela diferença entre o minério transportado desde a primeira experiência do sistema e o que tradicionalmente era transportado.

Apenas a título informativo, cumpre destacar no concernente aos referidos capítulos de sentença terem sido mantidos

tanto no julgamento da Apelação Cível n. 392.279-6 em 29/10/2003, quanto no recuso especial interposto junto ao STJ<sup>156</sup>, decotada apenas parte de um deles, referente à constru-

---

<sup>156</sup> STJ-REsp n. 734.520-MG. Relator Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA. Quarta Turma. Unânime. Data de julgamento: 21.06.2007 publicado no nº 17 do Boletim do STJ/2007, p. 28-31. (Civil-Contrato-Inadimplemento-Mora contratual-Interpelação judicial. Desnecessidade.Direito redibitório-Inexistência-Cláusula penal moratória-Existência, CC/1916, arts. 402 a 960. CC/2002, art. 395.

Recurso especial. Omissão. Alegada violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Legitimidade das empresas recorrentes afirmada pelo Tribunal *a quo*. Julgamento *extra petita*. Nulidade. Exclusão do excesso verificado. Devedor. Mora. Interpelação verificada. Vícios redibitórios. Decadência. Descabimento. Recursos não conhecidos. Inadimplemento absoluto do contrato. Matéria probatória. Enunciado n.7 da súmula deste STJ. Cláusula penal. Moratória. Pré-fixação de perdas e danos. Não ocorrência. Alegada contrariedade do art. 282 do CPC. Inovação recursal. Culpa concorrente afastada nas instâncias ordinárias. Lucros cessantes. Comprovação. Liquidação dos prejuízos sofridos.Verba honorária. Majoração. Revisão. Impossibilidade. Responsabilidade das recorrentes. Individualização. Impossibilidade. Arranjo contratual.

1. Inexiste qualquer contradição, obscuridade ou omissão no acórdão guerreado, porquanto analisadas todas as questões devolvidas à Corte Mineira; assim, vão afastados quaisquer alvires de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, como os suscitaram, em suma, os três recursos especiais, ainda que sob variegadas abrangências.

2. O Tribunal *a quo*, ao que consta da sua decisão, deu à questão da legitimidade das recorrentes análises adequadas, concluindo pela inexistência de fatos contrários às suas inclusões no pólo passivo da demanda.

3. Conquanto não se ignore a diferença conceitual entre julgamento *extra e ultra petita*, em termos da teoria das nulidades, idêntica é a consequência, seja um, seja outro, o vício apresentado pelo *decisum*, qual seja, o defeito, no ponto do pronunciamento judicial. Indiferente, porém, a caracterização feita pelo Tribunal, pois constatado o excesso praticado na sentença, excluiu do montante indenizatório os pagamentos “a terceiros e as despesas decorrentes dos fatos narrados”, uma vez que “não foram alvo do pedido inicial”.

4. A lei civil considera o devedor em mora, nos casos de inadimplemento da obrigação, no ser termo, sem pendência de outras formalidades (art. 960 do antigo CCB), sendo necessária interpretação antecedente apenas nos casos em que o autor opte pela rescisão do pacto contratual, o que não se verifica no presente caso, pois a recorrida apenas pretende a indenização pelas perdas e danos, mesmo porque a jurisprudência vem entendendo que a citação vale como interpelação judicial (trecho do acórdão recorrido).

5. Quanto a alegada decadência do direito a redibição, afastou-a peremptoriamente o Tribunal das Alterosas, porque citava, na espécie, de pedido de indenização por danos sofridos e não de resolução contratual o vício no objeto da prestação.

6. Relativamente à arguição de inexistência de absoluto inadimplemento do contrato ou da não ocorrência de justo motivo para a rejeição do equipamento contratado, também registrou no acórdão, expressamente, com base na “prova dos autos, que o sistema adquirido pela MBR restou totalmente inutilizado”. A questão, pois, se encontra solucionada, porquanto definida em termos concretos e com precisão, sobretudo fundada no acerto probatório concebido na instrução do feito, responsabilidade da recorrente pelos prejuízos causados.

7. Num primeiro momento, na falta de critérios mais precisos para se definir quando é compensatória ou moratória a cláusula penal, recomenda a doutrina “que se confronte o seu valor com o da obrigação principal, e se ressaltar sua patente inferioridade, é moratória” (Caio Mário da Silva Pereira) *in casu*, como registrado no acórdão guerreado, a cláusula penal foi fixada em 10% do valor do contrato, o que, à luz do critério acima traçado, exterioriza e denota sua natureza moratória. Ademais, ainda que compensatória fosse a estipulação, “ocorrendo o inadimplemento imputável e culposo, o credor tem a possibilidade de optar entre o procedimento ordinário, pleiteando perdas e danos nos termos dos artigos 395 e 402 (o que sujeito a demora no procedimento judicial e ao ônus de provar o montante do prejuízo) ou, então, pedir diretamente a importância prefixada na cláusula penal como instrumento que facilita o recebimento da indenização poupando ao credor o trabalho de provar, judicialmente, ter havido dano ou prejuízo, livrando-se também, da objeção da falta de interesse patrimonial” (Judith Marins Costa *in* Comentários ao Novo Código Civil. Do inadimplemento das Obrigações. v. V. Tomo II. Arts. 389 a 420. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 490).

8. Doutra parte, a sugestão de que a referida cláusula represente verdadeira cláusula limitativa de responsabilidade não encontra qualquer eco na doutrina nacional; conforme anota Tatiana Magalhães Florence, em obra coordenada pelo Prof. Gustavo Tepedino, a cláusula em si não se confunde com eventual cláusula limitativa da responsabilidade; “na primeira {cláusula penal}, a indenização pré-fixada é devida pela parte inadimplente mesmo não tendo acarretado dano ao credor, enquanto que na segunda {cláusula limitativa de responsabilidade} o que se estipula é o máximo que poderá ser pago a título de perdas e danos pela inexecução culposa do contrato; o devedor ficará isento do pagamento da indenização caso seja comprovada a inexistência do dano ou se sua qualificação for inferior ao máximo estabelecido na cláusula, respondendo nessa hipótese apenas pelo exato montante do prejuízo” (*in* Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Coordenação de Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 520).

9. No tocante às arguições de inexistência de qualquer prova ou prejuízo e de eventual enriquecimento sem causa da recorrida, a sede recursal manejada não propicia infirmar as conclusões alcançadas pelo Tribunal de origem, que, arrimado no conjunto probatório constante dos autos, e expressamente reconhecendo a idoneidade dos laudos periciais, desaguou em detectar a efetividade dos danos experimentados pela recorrida.

10. Cuida-se de manifesta inovação recursal a denúncia de suposta contrariedade ao art. 282, inciso III, do Código de Processo Civil, por força de inserção de fundamento novo do pedido, quando da apresentação da réplica.

11. Diante das evidências reconhecidas de que o sistema teleférico jamais foi entregue em perfeito estado de funcionamento, não colhem êxito os argumentos da recorrente, no sentido de que tradição houve com a expulsão dos técnicos de uma das recorrentes do canteiro de obras da empresa recorrida ou de que o prazo decadencial da ação redibitória deveria ser contado a partir da rejeição do sistema, que teria ocorrido com o acidente de fevereiro de 1993. Além do mais, já afirmara o Tribunal, cuidarem os autos de pedido de indenização pelos danos sofridos e não, de resolução contratual por vício no objeto da prestação.

12. Eventual culpa concorrente da recorrida restou expressamente afastada pelo Corte de origem, na apreciação do substrato fático-probatório da demanda, não havendo qualquer omissão ou obscuridade no acórdão recorrido; ali se consignou, no voto condutor, que: toda a estrutura existente no local em que aconteceu a tentativa de funcionamento e instalação dos teleféricos foi montada e pertencia às rés, cabendo-lhe fiscalizar a execução dos serviços contratados, mais adiante, afirmando-se que “a questão do abandono dos teleféricos restou totalmente desmentida pelo laudo pericial”. Infirmar tais conclusões equivaleria a desconstituir a própria base fática do laudo pericial, atividade incompatível com o sentido da via excepcional.

13. Assim, também, quanto as questões relativas à ocorrência de eventual decisão manifestamente contrária à prova dos autos, à ausência de comprovação dos fatos constitutivos do direito da recorrida, à carência de elementos ensejadores da reparação civil, à ausência de ato ilícito cometido pela recorrente, à inexistência do nexo causal entre o evento havido e o dano supostamente sofrido, à falta de comprovação do dano alegado como sofrido pela recorrida, à ausência de comprovação dos prejuízos materiais experimentados pela recorrida. Tudo isso foi apreciado e dirimido pelo Tribunal mineiro, arrimada a decisão nas provas carreadas aos autos, mormente o laudo pericial havido por satisfatório e conclusivo.

14. À alegação de falta de indicação dos supostos prejuízos advindos de lucros cessantes, ocasionando, por conseguinte, o enriquecimento sem causa da recorrida, também não merece prosperar, pois, fixados pelo acórdão combatido; sua quantificação é meta que cabe e diz respeito à liquidação, tal qual preconizada.

15. Vem entendendo esta Corte Superior que a reapreciação dos valores fixados a título de verba honorária encontraria óbice inafastável no enunciado sumular n. 7 (“a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”); assente, outrossim, o entendimento de que *o quantum* definido pela Corte de origem, a título de honorários advocatícios, somente pode ser alterado em sede de recurso especial quando absurdamente excessivo ou irrisório” (*AgRg no Ag n. 774.368/RJ*, de minha relatoria, DJ de 20.11.2006), o que não ocorre n espécie, ante o vulto da demanda e a complexidade evidente de seu deslinde.

16. Mesmo que as recorrentes não se tenham responsabilizado, de *per si*, ampla e totalmente, por todo o processo de elaboração e instalação do sistema, o arranjo final dos contratos firmados não proporcionou, nas instâncias anteriores, qualquer possibilidade de separação das funções desempenhadas por cada qual, havendo verdadeira imbricação amalgamada de tarefas e de responsabilidades. Além disso, conforme leciona Pontes de Miranda, “o art. 265 não disse que a solidariedade depende de cláusula explícita. A vontade dos figurantes, ou do figurante (...), pode manifestar-

ção de nova estrada para retorno ao sistema anteriormente adotado.

#### 4. CONCLUSÃO

Malgrado as relações fáticas regidas pelas diretrizes do contrato de empreitada e afins, tal qual o contrato de *engineering* dotado de finalidade específica voltada à operacionalidade prática de estruturas sofisticadas de natureza, por exemplo, industriais, apresentem, em regra, grande complexidade, no âmbito jurídico a questão se apresenta relativamente simples.

O amadurecimento ao longo dos séculos da teoria da responsabilidade civil, sobretudo, no âmbito contratual, onde o inadimplemento é fato que implica, em regra, na presunção de todos os demais pressupostos necessários à configuração da responsabilidade, tais como a culpa, a ilicitude, o nexo de causalidade e a própria potencialidade do dano, associados ao fato de que a obrigação no contrato de empreitada é de resultado, configura contexto onde a imputação do dever indenizatório, pelo desvio dos termos inicialmente avençados, não desperta dificuldades.

Por certo, a escorreita compreensão do inadimplemento absoluto e total, situação à qual muitas vezes se assemelha ao adimplemento imperfeito ou defeituoso, sempre que não for possível reputar satisfeito o objetivo econômico-jurídico almejado pelo credor ao celebrar o contrato de empreitada, é medida de grande relevância para compreensão da responsabilidade na tipologia contratual abordada.

Embora haja, por vezes, a prestação material da obrigação, ela é de tal forma imperfeita e defeituosa – inadimplemento positivo do contrato –, que restam comprometidas a solidez,

---

se sem termos que sejam diretos” (*in Tratado do Direito Privado*. Parte Especial. Direito das Obrigações: Obrigações e suas espécies. Fontes e espécies de obrigações. Tomo 22. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves em conformidade com o Código Civil de 2002. Campinas Bookseller, 2003, p. 361).

17. Recursos especiais não conhecidos.



segurança e mesmo prestabilidade da estrutura para os fins ao qual se destinava.

Em referidas situações, ou seja, tendo sido erguida uma obra defeituosa, de nada adianta ao credor a prestação material levada a efeito pelo devedor. Se irreversível, eleve-se, o inadimplemento na ótica dos interesses do credor, a obrigação originária terá automática sequência no campo indenizatório.

Configuradas tais circunstâncias a responsabilidade deverá abarcar todos os prejuízos experimentados, prejuízos que, dada a possibilidade do adimplemento defeituoso ter gerado danos que sequer existiriam caso não houvesse qualquer tipo de prestação, denominados, por alguns doutrinadores portugueses como Mário Júlio de Almeida Costa, como danos típicos, ultrapassam o âmbito delineado caso fosse desde logo configurado o inadimplemento absoluto ou total, ou seja, caso nada houvesse sido prestado.

Se a imperfeição ou defeito relacionado ao projeto original não torna a prestação inútil para o credor, mormente porque não chega ao ponto de atingir a segurança e solidez da obra, aí abrangida sua prestabilidade normal para os desideratos do credor, devem ser adotadas outras providências, como aconteceu no caso concreto.

Sempre que o inadimplemento se apresente reversível, decerto, deverá ser privilegiada a prestação específica, ou seja, a obrigação prestada de forma imperfeita, ou mesmo não prestada, deverá ser exigida do devedor. Contudo, em qualquer hipótese, no caso de inadimplemento irreversível serão devidas as perdas e danos relativos a todo e qualquer prejuízo que, porventura, tenha sido gerado ao credor.

Também pode ocorrer ser a imperfeição mínima, não tendo a potencialidade para comprometer a prestabilidade da coisa aos anseios do credor, hipótese na qual poderá optar o demandante pela complementação da prestação ou mesmo pelo abatimento proporcional do preço.

De todo modo, em nenhuma hipótese se pode perder de vista que o contrato de empreitada em todas as tipologias nas quais possa ser apresentado, como tantas vezes reiterado, traduz uma obrigação de resultado, onde a fidedignidade aos anseios do contratante originariamente externada deve ser observada de forma integral. Cabe àquele que aceitar tal incumbência declinar da vinculação caso não seja competente para atingir a finalidade encomendada. Isto porque, do contrário, o inadimplemento se configura em suas diferentes vertentes, sendo que a obrigação originária terá sequência automática no campo indenizatório, ainda que não se escuse o devedor da prestação específica sempre que referida providência for faticamente possível e interessante ao credor.

Deve-se dizer nesta oportunidade conclusiva, que jamais será esquecida esta nova experiência na qual apresenta-se pela segunda vez o caso concreto, ainda que a nível exemplificativo, agora à luz do direito além fronteira que, na interpretação daquele complexo de contratos de empreitada de resultado, tem o ofensor o dever de ressarcir a parte contrária, na integralidade, dos prejuízos sofridos face ao adimplemento imperfeito.

Registra-se que a empresa autora colocou-se em situação de desprestígio perante a sociedade mineira e até a brasileira, devido ao insucesso na implantação “imperfeita” do teleférico, sendo extreme de dúvida o seu direito inclusive na obtenção também dos danos morais, suportes que foram encontrados não apenas na legislação interna, mas também na externa, e somente não o obteve porque não requereu, e se o tivesse conseguido o julgado seria “ultra petita” passível de decote, tal como fizeram os Tribunais de Justiça do Estado de Minas Gerais e o Superior Tribunal de Justiça em relação aos valores suportados pela parte autora, decorrentes da construção de uma nova estrada para o transporte, agora rodoviário, do produto, o que se vê na transcrição do acórdão objeto da nota de rodapé nº 156 deste relato.

Entende-se oportuno também elevar pensamento à juris-

prudência portuguesa, e após pesquisa intensa no STJ, vê-se com simpatia, dentre outros, o julgado do Tribunal de Relação do Porto (apelação 2456/08.4TBPRD.P1-3ª. Sec. De 22.12.2010), sobre contrato de empreitada, costumes da arte e do ofício, obra nova, iliquidez objetiva, da relatoria do Des. Felipe Carço, no qual, em processo sumário, que embora não tenha sintonia com o caso concreto ora analisado, impõe ao pesquisador reflexão sobre direitos e deveres das partes, à semelhança da legislação interna.

Enfim, ainda que o tempo tenha urgido; ainda que a lei civil interna tenha sido derogada ou revogada; ainda que tenha buscado na legislação externa, especialmente na europeia conhecimentos que afluíram o raciocínio; ainda que tenha havido afastamento provisoriamente do mundo judicante para o mundo acadêmico, certo que da situação fática, não foram encontrados motivos para serem colocados a juízo de primeiro grau ou desembargadora em segundo grau, alterar o convencimento quanto à responsabilidade das rés de ressarcirem, na integralidade, os prejuízos que provocaram em decorrência do adimplemento imperfeito da obrigação de resultado, *frente à autora*.

Espera-se que a decisão final tenha se transformado em realidade, com a reposição, pelas rés, dos prejuízos que causaram a autora, reconhecidos nas várias decisões do Judiciário Brasileiro.



## REFERÊNCIAS

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. O sistema constitucional dos países lusófonos: um breve passeio no modelo jurídico-político de Angola, do Brasil, de Cabo Verde,

- Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro. ISSN 1517-2163. nº 39, sem. 2, 2010.
- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Atipicità dell'illecito*. Giuffrè Editore, 1981.
- ANDRIGHI, Nancy. *et al. Comentários ao Novo Código Civil*. v. IX. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ASSIS, Araken. *A Resolução do Contrato por Inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2004.
- CARNEIRO DE PRAGA, Manuel Antonio Portugal, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – ALMEDINA. Reimpresão ed. fev. 2004 (Tese de Doutorado).
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. v. II, Direito das Obrigações, Tomo II. Coimbra: Almedina, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Civil Português*. v. II, Direito das obrigações. Tomo III Gestão de Negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2010.
- CORNU, Gérard. *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*. Préface de André Amiaud. Paris: La Mémoire du droit, 2010. (Collection de la Faculté Jean Monnet). Reprod. em fac-sim. da edição de Reims: Matot-Braine, 1951.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direitos das Obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Contratos: Direito Civil e Empresarial*. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

- GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GARRIDO CORDOBERA, Lúdia M.R. *Los Daños Colectivos y la reparación*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.
- G. HUBRECHT. *Professeur A La Faculté de Droit et a L'Ecole Supérieure de Commerce de Bordeaux*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1949.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1994.
- LOBO, Paulo. *Direito Civil*. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações: parte especial: contratos: compra e venda locação empreitada*. 2. ed., 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2010.
- MENEZES, Carlos Alberto; CAVALIERI, Sérgio. *Comentários ao Novo Código Civil*. v. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. Atualizada por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil*. v. III. Contratos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade, v. 3, 2002.
- SIMONNOT, Philippe. *Les Persones er lês choses. Economie du Droit/2*. Paris: Les Belles Lettres, 2004.
- STJ-Resp n. 734.520-MG. Relator Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA. Quarta Turma. Unânime. Data de julgamento: 21.06.2007 publicado no nº 17 do Boletim doSTJ/2007.

STJ, 2ª S., CC 17.015, Rel. Min. Bueno de Souza, julg. 11.02.1998, RSTJ 106-206.

TEPEDINO, Gustavo; *et al.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II: parte geral e obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo, *et al.* *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. v. II: teoria geral do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VISITINI, Giovana, *Tratado de la responsabilidad civil, El daño*. Otros critérios de imputación. Buenos Aires: Editorial Astrea. 1989.

WALD. Arnold. *Direito Civil*. v. 3. Dos Contratos em Espécie. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZITSCHER, Harriet Christiane. *Introdução ao Direito Civil Alemão e Inglês*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.