

42
7672
2012
05.11

Pontes de Miranda

TRATADO DE DIREITO PRIVADO

PARTE ESPECIAL

TOMO XLIV

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Expedição. Contrato de agência. Representação de
empresa. Fiança. Mandato de crédito. Constituição de
renda. Promessa de dívida. Reconhecimento de dívida.
Comunidade. Edição. Representação teatral, musical e
de cinema. Empreitada.

Atualizado por
Claudia Lima Marques
Bruno Miragem

EDITORA  100 anos
REVISTA DOS TRIBUNAIS

CAPÍTULO I
CONCEITO E NATUREZA DO CONTRATO
DE EMPREITADA

§ 4.844. CONCEITO DE EMPREITADA

1. PRECISÕES. – A *obra* pode consistir em criar, modificação, aumentar, diminuir, ou destruir algum bem, ou parte do bem. Para obter-se o resultado que se quer, ou se exigem serviços, que se prestem como serviços, ou se exige a obra, de modo que os serviços apenas ocorrem como *meios* para o *resultado* que se quer. De modo que a prestação é de obra, e não de serviços.

A *empreitada* pode ser com ou sem o fornecimento dos materiais pelo empreiteiro. Não importa se só alguns materiais são do empreiteiro, nem se o empreiteiro é quem os compra e o empreitante paga.

A obra pode consistir em criar o bem que se quer, ou em destruí-lo, ou em modificá-lo. Há, por exemplo, respectivamente, a empreitada para edificar a casa, ou para tirar o cômodo ou a mata e jogar no mar, ou no rio, ou queimar, como há a empreitada para fazer mais um andar no prédio, ou apenas para o pintar. A prestação de serviços não é devida como serviços, mas pelo resultado. Os serviços, na empreitada, apenas são meios para se obter aquilo que se prometeu. De modo que o que se prometeu e se deve é o resultado, e não os serviços. Por isso mesmo, em princípio, não se exige que o empreiteiro faça, pessoalmente, a obra. Em todo o caso, há obras para as quais o que mais importa é que seja feita pela pessoa que a empreitou. É o que se passa com o edifício que se deseja construído pelo arquiteto-construtor B, ou pelo construtor C, que se reputa o mais apto à construção que o arquiteto A planejou. Tratando-se de obras de arte, ou de

obras literárias, inclusive de traduções, o nível do empreiteiro é da maior relevância, por vêzes pelo fato de ser de valor a *nominação*.

Quais as exigências para que o resultado satisfaça o empreitante, diz-lo o contrato, com as circunstâncias do caso e os usos. O empreiteiro, que fez obra para o empreitante, tem de fazer a nova obra, de que se incumbiu, com o mesmo cuidado e materiais da mesma qualidade, salvo se foi estabelecida alguma diferença, ou se resulta de mudança de circunstâncias, conhecidas pelo empreitante.

2. CONCEITO. – *Empreitada* é o contrato pelo qual alguém se vincula, mediante remuneração, a fazer determinada obra, ou mesmo obra determinável (e. g., a obra, nas terras de A, que o empreiteiro entendeu mais próprias à estrada até ao cume da serra, ou o ascensor elétrico, ou outra solução que seja aprovada pelo Estado).

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

No que concerne à estrutura da obra, qualidade de materiais, ou quaisquer dados qualitativos ou quantitativos, o contrato e as circunstâncias da espécie de obra, ou da obra como bem individualizável, é que determinam o conteúdo dos deveres do empreiteiro. Não está êle exposto a instruções que lhe tirem a independência e não se liguem aos termos do contrato.

O empreiteiro há de executar a obra como seria de esperar-se das suas qualidades e nível de profissão e de especialidade. A responsabilidade, quanto ao resultado e à segurança do resultado, é sua.

Lê-se no Código Civil, art. 1.237: “O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela ou só com seu trabalho, ou com êle e os materiais”.

O resultado é a obra, mas os contratantes podem estabelecer que só se há de considerar obra feita a do resultado favorável. Não há solução *a priori*. Algumas obras só se têm como feitas se o resultado foi favorável. Outras não se prometem com a favorabilidade do resultado, salvo se foi estipulado. É o que acontece, de ordinário, com os advogados que se incumbem de causa até o final, ou de defesa de algum resultado, e com os médicos, que não prometem a cura (GUSTAV RÜMELIN, *Diensvertrag und Werkvertrag*, 306; EDWIN RIEZLER, *Der Werkvertrag nach dem BGB.*,

24). De modo que se tem por finalidade o resultado, mas a obra pode ser executada sem que o resultado seja favorável, razão por que não se pode dizer que o *bom* resultado seja pressuposto necessário. Entre o querer-se e o obter-se há, em dadas circunstâncias, mas principalmente pela natureza da prestação, discordabilidade fáctica. A referência ao resultado, em vez de ao serviço, é relevante para se distinguir da locação de serviços a empreitada. Aliás, a empreitada, mesmo quando o empreitante *dirige* a obra, não torna subordinado o trabalho. A direção só se concebe se não apaga a distinção entre locação de serviços e empreitada. Aquela direção é mais objetiva do que subjetiva; não pode eliminar a autonomia do trabalho, que caracteriza a empreitada. Tudo isso se reflete na regulação dos riscos, que, na empreitada, são do empreiteiro, devedor da obra, e não do empreitante, credor do trabalho que execute a obra.

Se o contrato a que se deu o nome de contrato de empreitada não deixa autonomia ao empreiteiro, de empreitada não se há de falar. Não há nulidade; a figura é outra, quase sempre a da locação de serviços.

Por outro lado, não retira à empreitada a sua característica o fato de não haver projeto, nem instruções, como se o empreitante apenas disse qual o pêso ou a medida do anel de ouro, ou qual a medida e qual o pêso.

Os contratos de transporte sempre que se promete a chegada de pessoas ou de bens ao ponto do destino (resultado), ou se promete transportar até onde o queira o outorgado, é contrato de empreitada. Regras jurídicas especiais levam a tratarem-se os transportes como contratos distintos, de modo que sòmente na falta daquelas regras jurídicas é que são invocáveis as regras jurídicas da empreitada.

A iluminação temporária de edifício, locais ou estradas, é objeto de empreitada. O contrato de fornecimento de energia elétrica é contrato de compra-e-venda (cf. Tomos II, § 153; X, § 1.112, 1; XI, § 1.179, 3; XV, §§ 1.656, 2, 4, e 1.821, 4; XVIII, §§ 2.209, 2, e 2.219). Não basta dizer-se que se há de tratar *como* o contrato de compra-e-venda (*e. g.*, L. ENNECERUS-H. LEHMANN, *Lehrbuch*, II, 495), nem cabe pensar-se em empreitada (*e. g.* PAUL OERTMANN, *cf.* A. SCHLECHT, *Verträge über Lieferung elektr. Ströme*, *Seuffert Blätter*, 67, 84 s., 31 s.), ou em locação de coisa (PELEGHART, *Elektrizität als Rechtsobjekt*, 291 s.).

O contrato de construção é empreitada, mesmo se o incumbido nenhum trabalho pessoal presta.

Os contratos de confecção pelo incumbido, ou por outrem, mesmo se o incumbente fornece os materiais, são empreitadas. O contrato de aquisi-

ção de automóvel, ou outro veículo, já usado, com o encargo de consertos dentro do mesmo preço, é compra-e-venda. Se há separação dos preços, há dois contratos, um de compra-e-venda e outro de empreitada.

O contrato de compra-e-venda de máquina com o dever de montá-la não se desnatura. A prestação de obra é secundária.

O direito brasileiro, com a fixação da terminologia (“empreitada”) evita que se discorra sobre a diferença entre locação de serviços e empreitada. Por outro lado, abstraiu da diferença entre empreitada prevalentemente pessoal e empreitada por emprêsa, evitando artificialidade que vai a ponto de se falar de empreitada e de contrato de obra como se a qualidade do sujeito outorgante pudesse mudar a estrutura do negócio jurídico. Cp. Código Civil italiano, arts. 1.655 e 2.222.

O carroceiro e outros contratantes semelhantes, que prestam transporte, empreiteiros são, e não locadores de serviços (4.^a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 4 de fevereiro de 1943, *R. dos T.*, 143, 102; 2.^a Câmara Civil, 31 de agosto de 1948, 176, 705: “Na empreitada, o contratante trabalha sob sua exclusiva responsabilidade, por sua conta e risco”; sem razão, a 2.^a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, a 4 de dezembro de 1940, *A. J.*, 57, 200).

O trabalho por tarefa, sem autonomia, não é empreitada (2.^a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 1.^o de abril de 1942, *R. F.*, 90, 790).

Se o contratante se vinculou a preparar partes em determinada área, ou plantar cafézal, ou derrubar matas, ou remover terras, ou colhêr os frutos da safra, uma vez que tem de dar a obra pronta, mediante remuneração, o contrato é de empreitada (6.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, 25 de junho de 1948, *R. dos T.*, 176, 269).

Considera-se *empreitada* o contrato pelo qual o fazendeiro entrega a terra a alguém, que é “quem roça e derruba e queima, descoivara, faz as covas, semeia e carpe, tudo correndo por sua conta”. (Juízo de Lucélia, 20 de fevereiro de 1947: “Entre as linhas do cafézal, o empreiteiro planta arroz, milho, e feijão, que colhe anualmente. É daí que êle tira o suficiente para a sua manança e para solver as dívidas contraídas. O seu lucro em verdade está nos frutos do café que êle aguarda, sôfregamente, no quarto ano da empreitada. Entretanto, a produção do quarto ano é incerta; a quinta, regular; a sexta, boa. Daí porque, em regra, os contratos são por seis anos. Então é que o empreiteiro recebe pròpriamente a paga do seu trabalho: a produção do sexto ano. Feliz, entrega o cafézal formado e vai-se à procura

de outra empreitada. É contrato assaz interessante, porque incita o empreiteiro a pôr tôda a sua diligência na formação do café, tendo em vista que deste é que lhe vem o lucro. Sendo caso típico de empreitada, o art. 1.220 do Código Civil não se lhe aplica”. A sentença do juiz NÉLSON PINHEIRO FRANCO foi confirmada pela 6.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 29 de agosto de 1947, *R. dos T.* 170, 169).

3. SUBEMPREITADA. – *Subempreitada* é o contrato de empreitada em que o empreiteiro contrata com terceiro, ou com terceiros, a execução daquilo de que se incumbira. Assemelha-se à sublocação. Não há qualquer sucessão no negócio jurídico de empreitada. O *subempreiteiro* está para o empreiteiro (*subempreitante*) como o empreiteiro para o empreitante. Muito diferente é o que ocorre na sucessão da dívida de empreiteiro, ou na transferência da figura jurídica de empreiteiro. Na subempreitada cria-se nova relação jurídica, distinta da relação jurídica entre o empreitante e o empreiteiro. O empreitante permanece estranho ao que se passou entre o empreiteiro e o terceiro, ou os terceiros. Se o empreiteiro tinha de executar pessoalmente a obra, não é admitida – em relação ao empreitante – o novo contrato.

O subempreiteiro é independenté, de modo que a êle se aplicam as regras jurídicas concernentes ao empreiteiro, inclusive quanto aos danos a terceiros.

Quanto à transferência de créditos ou do contrato de empreitada, regem os princípios da cessão de direitos ou da transferência dos contratos.

Não é fácil encontrar-se caso em que o contrato de empreitada permita a subempreitada total. Em princípio, leva-se em consideração, ao concluir-se contrato de empreitada, a pessoa do empreiteiro, ou, até mesmo, se têm em vista algumas pessoas, o pessoal, ou alguma pessoa que trabalha na emprêsa que empreita. Não se pode dizer, contudo, que, se não houve consentimento do empreitante, seja *nulo* o contrato de subempreitada. O contrato é ineficaz, relativamente ao empreitante. O empreiteiro contratou porque quis e infringiu o seu dever de adimplir, pessoalmente, o que prometeu. Em caso de danos, responde o empreiteiro; eventualmente, por culpa extracontratual, o subempreiteiro. Não há, no direito brasileiro, regra jurídica explícita e geral como a do art. 1.656 do Código Civil italiano. O *intuitus personae* não ocorre sempre a ponto de se exigir a execução pelo empreiteiro pessoalmente e, pois, haver necessidade de assentimento do empreitante para que o empreiteiro subempreite. O art. 1.232 do Código

Civil só é atinente à locação de serviços; o art. 1.201, à locação de prédios. Quanto ao art. 1.232, limita-se ao direito civil.

O assentimento do empreitante pode ser expresso, ou tácito, ou pelo silêncio. O silêncio, para ser manifestação de vontade, está sujeito a satisfação de pressupostos (Tomos II, §§ 222, 2, 226, 1; XXXVIII, §§ 4.188, 1, 3, 4.190, 4.194, 7). Não basta que, tendo havido a subempreitada sem assentimento, haja silenciado o empreitante.

Se o próprio empreitante tratou com o subempreiteiro, dando-lhe, por exemplo, instruções, sabendo que ia ser feito ou que já fôra feito o contrato de subempreitada, houve assentimento tácito (cf. ANTONIO VITALE, *Codice Civile, Commentario* de MARIANO D'AMELIO e ENRICO FINZI, 373; DOMENICO RUBINO, *Dell'Appalto*, 89 s.). Se o empreitante considerava o terceiro como empregado, ou empreiteiro para alguma peça (feitura de assoalho, portas, teto), não assentiu em subempreitada. Quando o empreiteiro faz empreitada para a obtenção de material trabalhado não faz subempreitada com o terceiro. Se a subempreitada parcial é possível, como a subempreitada para a construção dos alpendres, ou da casa dos empregados, ou de um dos edifícios, é questão que só se pode resolver *in casu*, para se saber se até aí vai o *intuitus personae*. Tem-se de distinguir da compra-e-venda ou da empreitada de acessórios ou partes especiais da obra, que pelo uso são feitas por emprêsas especializadas (instalação elétrica, serviços higiênicos, elevadores e ascensores), a subempreitada. A indistinção levou a jurisprudência e a doutrina italianas a alguns êrros e perplexidades.

Se foi dado o assentimento para a subempreitada parcial, a interpretação há de ser restritiva. O assentimento para a subempreitada total inclui o assentimento para a subempreitada parcial.

Se o empreitante assentiu na subempreitada, pode ir contra o empreiteiro e contra o subempreiteiro pelo inadimplemento, ou pelo adimplemento ruim, ou pelos vícios do objeto. O empreiteiro tem pretensão contra o subempreiteiro mesmo se o empreitante não exerceu a sua. A opinião que só permite que o empreiteiro exerça ação contra o subempreiteiro se foi acionado pelo empreitante não merece acolhida. Os empreiteiros têm interêsse na perfeição ou exatidão das obras, independentemente do interêsse do empreitante. Não seria acertado que, com a atitude negligente do cliente, o empreiteiro ficasse privado de reclamar ou de acionar o subempreiteiro, ou qualquer fornecedor (sem razão, DOMENICO RUBINO, *Dell'Appalto*, 92).

Condenado na ação o empreiteiro, pode ir contra o subempreiteiro, como poderia ter suscitado o *litisconsórcio* (Código de Processo Civil, art. 88, 1.ª alínea, 2.ª parte, e 2.ª alínea, 2.ª parte), ou chamada à autoria (art. 95), a fim de haver a *chamada* eficácia de coisa julgada contra o subempreiteiro. Aliás, poderia ter proposto antes a ação, ao conhecer os fundamentos da ação do empreitante, como ter proposto a ação com os seus fundamentos.

Se o empreitante obteve redução do preço, pela pretensão *quantum minoris*, ou outra razão, o empreiteiro somente tem a pretensão à redução do preço, proporcional à redução que foi feita. Se a redução foi voluntária, dita amigável, pode o subempreiteiro impugná-la, caso em que a ação tem de ser proposta contra êle. Se o empreiteiro foi condenado à eliminação do defeito, ou a fazer outra obra, o empreiteiro pode exigir o mesmo, a que foi condenado, ou a redução proporcional do preço; não a resolução do contrato. Convém, todavia, frisar-se que não há – em princípio – coisa julgada contra o subempreiteiro, se não se preestabeleceu tal eficácia.

Se o empreiteiro foi vencido na ação de redibição ou na de resolução que contra êle fôra proposta, pode propor contra o subempreiteiro a mesma ação, ou a de redução do preço. No caso de resolução, ou de redibição, a quantia há de ser proporcional à parte do subempreiteiro.

Sempre que o empreiteiro tem de exercer pretensão contra o subempreiteiro, com invocação de fundamentos que o empreitante aduziu, tem de comunicar-lhe o ocorrido. Com isso, dá êle oportunidade ao subempreiteiro para defender-se, em juízo ou fora dêle, e pode interromper o curso da prescrição. Trata-se de ônus.

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 4.844. A – Legislação

O contrato de empreitada encontra-se regulado nos art. 610 a 626 do CC/2002, com poucas alterações de texto do art. 610 a 619 do CC/2002. Novos são os parágrafos dos arts. 614, 618 e 619 do CC/2002, assim como os arts. 620 a 626 do CC/2002. A sistemática do contrato mudou, não sendo mais incluído como uma das espécies de locação. A locação de coisas é regulada nos arts. 565 a 578 do CC/2002 e a prestação de serviços, como tipo subsidiário é regulada nos arts. 593 a 609 do CC/2002. O mencionado art. 1.237 do CC/1916 é reproduzido no atual art. 610 do CC/2002. O atual Código Civil unificou as obrigações civis e empresariais e revogou a parte primeira do Código Comercial. Quando de consumo, à empreitada se aplica o Código de Defesa do Consumidor.

§ 4.844. B – Doutrina

Atuais e úteis as lições de Pontes de Miranda. A doutrina atual, seguindo a sistemática do Código Civil de 2002, “nega à empreitada o caráter de locação, pois seus traços característicos imprimem-lhe a marca de um tipo irreduzível à *locatio*, porquanto o empreiteiro obriga-se, por meio de seu trabalho, a proporcionar certo resultado” (LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil. Arts. 565 a 652*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 246-247).

O art. 610 do CC/2002 não define empreitada, reproduzindo o art. 1.237 do CC/1916 ao afirmar que o “empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais”. Novos são os seus parágrafos. O § 1.º do art. 610 do CC/2002 esclarece que a “obrigação de fornecer os materiais não se presume” ou “resulta da lei ou da vontade das partes” e o § 2.º do art. 610 do CC/2002, que o “contrato para elaboração de um projeto não implica a obrigação de executá-lo, ou de fiscalizar-lhe a execução”. O contrato de empreitada objetiva a execução de determinada obra (resultado final), em que o empreiteiro se obriga, sem subordinação ou vínculo empregatício, a realizar certa obra para outrem. É uma obrigação de fim (resultado final), positivada no Código Civil já com seguranças especiais, como a garantia de “solidez e segurança” do art. 618 do CC/2002, que ganha espaço na prática de contratação de hoje.

O Código Civil de 2002 regula apenas o tipo ou a estrutura contratual, que será aplicada em diálogo com as regras do Código de Defesa do Consumidor, que regulam prioritariamente a relação de consumo. Ancona Lopez destaca que a empreitada é tipo autônomo em relação ao contrato de prestação de serviço (art. 593 e ss. do CC/2002) e geralmente pode ser também uma relação de consumo, em especial na empreitada de construção civil: “o contrato de empreitada ora é um contrato civil, com amplas discussões de suas cláusulas pelas partes, como geralmente é o contrato de grandes construtoras com empresas, ora é contrato do consumidor, quando há vulnerabilidade por parte do cliente (dono da obra). (...) 1. Quanto à estrutura contratual. O contrato é regido pelas normas do Código Civil – Parte Especial e Parte Geral. (...) 2. Em sendo a empreitada também relação de consumo, a proteção do sistema especial vai abranger essa relação e a norma especial se superpõe à geral. Na verdade o que se protege é a relação jurídica (de consumo), enquanto relação, e as consequências serão as previstas no Código de Defesa do Consumidor (...)” (LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários...* cit., p. 243-244).

De regra, pois, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor à empreitada de obra encomendada por pessoa física e condomínios (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 460-461).

§ 4.844. C – Jurisprudência

A empreitada é muito utilizada na construção civil e como contrato de consumo (STJ, REsp 706.417/RJ, 3.ª T., j. 13.02.2007, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ

12.03.2007, p. 221; STJ, REsp 178.817/MG, 3.^a T., j. 03.02.2000, rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJ* 03.04.2000, p. 146; e STJ, REsp 63.941/SP, 3.^a T., j. 26.06.1996, rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJ* 26.08.1996) e também para contratos complexos: “No modelo de construção *build to suit*, há um contrato inicial entre a incorporadora e os terceiros que utilizarão efetivamente o bem. Na presente hipótese, tal relação originária já previa a responsabilidade da ora recorrente, que ficara incumbida de escolher o empreiteiro, por eventual má prestação de serviços deste. A sentença, já reconhecendo o dever de ressarcimento da incorporadora em face de terceiros que não são parte neste processo – os locatários – condenou a ré nos mesmos termos, aplicando assim uma espécie de cadeia de responsabilidades contratuais. Ainda nessa situação não há condicionalidade, pois se há responsabilidade contratual – questão que não pode mais ser discutida – a parte sobre a qual recai tal obrigação não é obrigada a ser demandada em juízo para que se sinta no dever de cumpri-la. Portanto, o dever escalonado de ressarcimento é certo; apenas a liquidação e a execução desta obrigação é que podem estar condicionadas a evento futuro e incerto, que é o pagamento dos prejuízos, por parte da incorporadora, aos locatários” (STJ, REsp 885.910/SP, 3.^a T., j. 15.04.2008, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 05.08.2008).

E quanto à prescrição, ensina a jurisprudência: “Em relação à prescrição, a norma do art. 1.245 do CC/1916 que prevê, ‘nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo, exceto, quanto a este, se, não o achando firme, preveniu em tempo o dono da obra’, não ampara a pretensão da parte em reformar o acórdão, que considerou a existência de vício redibitório e afastou a prescrição” (STJ, AgRg no AgIn 1.056.929/SP, 3.^a T., j. 16.10.2008, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 03.11.2008). A subempreitada é comum, também em contratos administrativos: “O construtor é o responsável pela obra como um todo, responsabilizando-se também pelos subempreiteiros que contrata” (STJ, REsp 838.105/MS, 2.^a T., j. 15.08.2006, rel. Min. Castro Meira, rel. p/ acórdão Min. Eliana Calmon, *DJ* 20.09.2006, p. 206).

§ 4.845. NATUREZA E EFICÁCIA DO CONTRATO DE EMPREITADA

1. BILATERALIDADE DO CONTRATO. – O contrato de obra ou de empreitada é contrato bilateral: um dos figurantes vincula-se a fazer a obra; outro, a remunerar (contraprestar). A retribuição pode ser tácitamente determinada, observando-se os usos da praça, ou o programa da empresa conhecido pelo empreitante. Às vezes, a lei fixa o preço da obra.

A álea que pode haver no contrato de empreitada não bastaria para fazê-lo *contrato aleatório*. Daí têmos de repelir o que disseram, entre outros, MARCO VITA LEVI (*Della Locazione di opere e più specialmente degli Appalti*, 44 s.), LUIGI ABELLO (*Trattato della Locazione*, IV, 2.^a ed., 110), ALBERTO ASQUINI (*Il Contratto di trasporto terrestre di persone*, 32) e ULRICO LORIZIO (*Il Contratto di appalto*, 132 s.). A álea normal do contrato, ou maior *in casu*, sem desclassificá-lo como contrato comutativo, é irrelevante.

No contrato de empreitada pode ser inserta *cláusula penal*, inclusive para os casos de retardamento parcial ou total (8.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 22 de agosto de 1952).

2. EXTENSÃO CONTENUTÍSTICA DO CONTRATO DE EMPREITADA. – É amplíssimo o âmbito dos suportes fácticos sôbre os quais incidem as regras jurídicas sôbre empreitada.

O objeto que se quer criado, destruído, ou modificado pode ser corpóreo ou incorpóreo. Quem conclui contrato de empreitada para que outrem lhe tire o retrato, ou lhe pinte ou desenhe o retrato, contratou empreitada de bem corpóreo e de bem incorpóreo, ou sômente bem corpóreo (cf. Tomos XVI, §§ 1.837, 1.851-1.869, 1.836-1.850; VII, §§ 729, 756). Tem-se de verificar qual a abrangência: se só o bem corpóreo, ou o bem corpóreo e o direito de exploração, ou êles e o direito autoral de nominação. Quem incumbe alguém de escrever livro, a que se dê o nome do empreitante, há contrato de empreitada que torna invocável o art. 667 do Código Civil.

O chofer de automóvel, que transporta mediante taxa, é empreiteiro, porque não loca serviço, mas faz obra. O grupo que promete representar a peça de teatro, ou dar o concêrto, ou fazer exibição ginástica, é empreiteiro, e não locador de serviços. Na prática e nas leis, os contratos de representação teatral e de execução musical têm caracteres próprios, porém não deixam de ser empreitada. Dá-se o mesmo com os transportes. São subtipos. Dentre os transportes, alguns há que têm regramento especialíssimo, como o transporte em navios e em aeronaves. A multiplicidade de figuras jurídicas não apaga o traço comum, fundamental, que as caracteriza.

Se alguém se vincula a dar concêrto, ou a representar a peça teatral, faz contrato de empreitada. Se promete tomar parte, como um dos executantes no concêrto, ou ser um dos atôres, é locador de serviços. Se o grupo é de emprêsa da qual os atôres não fazem parte, a emprêsa é que é empreiteira; os atôres são locadores de serviços à emprêsa. Na empreitada

de representação teatral, ou de concêrto, tem-se de examinar o que é que se há de exhibir, ou se foi deixada a escolha ao empreiteiro, só se exigindo que a obra encha o tempo, ou que encha o tempo e seja de determinado gênero teatral, ou musical.

De ordinário, é o empreiteiro quem entra com os materiais para a obra. Para que isso não ocorra, é preciso que se haja convencionado que o empreitante forneça todos os materiais, alguns ou determinado material. Na construção de edifícios, a regra é que o empreitante seja dono ou possuidor do terreno; mas isso de modo nênhum significa que é exceção ao princípio de serem inclusos na prestação do empreiteiro os materiais. Apenas se empreitou o edifício, que coincide ser em cima ou dentro ou por sôbre o terreno. O que o empreiteiro tem de fazer para ser executável a obra, sem ser parte da obra (ser parte da atividade não é ser parte da obra), não é material (*e. g.*, as terras ou pedras que teve de retirar, as demolições, a estrada que teve de abrir para acesso dos caminhões, as caixas-d'água para a preparação das massas). Para que essas atividades não sejam do empreiteiro, é preciso que o empreitante as tenha pôsto de parte, para êle mesmo exercê-las, ou dar a outrem (por empreitada, ou não) a incumbência.

Deve-se evitar a expressão “empreitada por administração” para se designar a *empreitada de labor* (*e. g.*, LUIS CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, VII, 614; 4.^a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, 20 de fevereiro de 1940, *A. J.*, 53, 446). Na feitura de obra por administração, não há a autonomia do empreiteiro (cf. 2.^a Câmara Cível do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, 1.^o de abril de 1942, *R. F.*, 90, 790).

3. MATERIAL COM QUE SE FAZ A OBRA CRIATIVA, EXTINTIVA OU MODIFICATIVA. — Se os materiais têm de ser fornecidos pelo empreiteiro, permanecem, quanto à propriedade, como se acham. Não há qualquer transferência de direitos para o capitalista. Pode ser que sejam de empreiteiro, o que é de supor-se; mas pode ser que não no sejam (não pertençam ao empreiteiro, nem ao empreitante, como se o empreiteiro empregou na obra o que ainda não adquiriu, cf. Código Civil, arts. 611-614, 615-617). Em tais casos, o empreitante tem o propósito de adquirir a *obra* feita, incluída a propriedade do material, que se integrou na obra, ou a ela se ligou como pertença. O empresário tem de entregar o que se fêz com o material e a mão-de-obra e a atribuir ao empreitante a propriedade. A prestação, no to-

cante ao material, evidentemente é como a do vendedor, porém há o plus, que é a mão-de-obra.

Aqui, cumpre que se atenda a distinção sutil. Se o interessado em adquirir o bem fabricado escolhe conforme catálogo, o bem é fungível: há – de regra – compra-e-venda de bem genérico. Não importa se o vendedor não tinha, no momento, o que vender e teve de fabricar, ou encomendar a terceiro. As regras jurídicas gerais sôbre vícios do objeto é que são invocáveis. Se ficou estabelecido que determinada pessoa fabricaria o objeto, então há empreitada.

Se a obra há de ser feita com materiais do empreiteiro, mas é *bem infungível*, como o sapato, ou a roupa, sob medida, ou o móvel, conforme desenho, ou medidas convencionadas, cu a fotografia do empreitante, ou de outrem, não se há de pensar em compra-e-venda. O elemento dêsse contrato é mínimo, pôsto que de certo modo atenua a tipicidade da empreitada. É o contrato de empreitada com a alienação de bens necessários, úteis ou voluptuários, para a obra (cf. Código Civil, art. 1.238). Na terminologia jurídica alemã, é o *Werklieferungsvertrag*, contrato de obra e fornecimento. Então, o empreiteiro tem de entregar os materiais, partes integrantes ou pertenças, como se fôsse vendedor, de modo que os defeitos do sujeito e os defeitos do objeto têm regime como ocorre na compra-e-venda. Em caso de pretensão do terceiro, os arts. 1.107-1.117 do Código Civil, sôbre evicção, são invocáveis. No tocante aos vícios do objeto, as regras jurídicas sôbre a compra-e-venda são também regras jurídicas que incidem, salvo se a lei concebeu alguma regra jurídica especial (*e. g.*, a do art. 1.238). O contrato de empreitada, com fornecimento de materiais pelo empreiteiro, não é, nunca, contrato de compra-e-venda, porque a sua finalidade não é a de aquisição dos materiais, mas a fabricação, a atividade do empreiteiro ou de quem trabalhe para êle, a obra (VICTOR EHRENBERG, *Kauf und Werkvertrag, Jahrbücher für die Dogmatik*, 27, 284 s.). O empreiteiro está vinculado a prestar obra, que seja criação de bem, extinção de bem, ou modificação de bem, conforme os dados qualificativos e quantitativos que foram convencionados, explícita, implícita ou tácitamente, ou que a lei exige. Se não presta como resultaria da promessa infringe dever contratual, é devedor que não adimpliu, ou que não adimpliu satisfatòriamente.

Há contratos em que a prestação de obra, sem que deixem de ser contratos de compra-e-venda, como ocorre com a compra de roupa feita, se o vendedor tem de fazer a adaptação (a diminuição do tamanho da manga do

palitó, o alargamento ou estreitamento da gola, a mudança dos botões que não agradam ao freguês, a gravura do nome no relógio, ou a troca de peça no objeto comprado). Aí, a compra-e-venda passa à frente.

Qualquer fornecimento há de ser para emprêgo na obra, compreendendo-se nela, mesmo quanto a determinadas pertenças (e. g., o apartamento há de ser entregue com os candelabros e as outras pertenças da electricidade). Se algum fornecimento é fora da incumbência da obra, há compra-e-venda, e não empreitada.

Os materiais quase sempre são determinados genêricamente. Se é o empreitante que os fornece, os bens fungíveis, que êle entregou, *infungibilizaram-se* diante do empreiteiro. Quer dizer: o empreiteiro não pode servir-se dêles, para depois repor o que dêles tirou. Se foi o empreiteiro que os prestou ou é êle que os tem de prestar, a infungibilização sòmente ocorre se houve *aprovação* pelo empreitante, ou se foram definitivamente empregados na obra. Se o empreitante permitiu a substituição do que entregou, aquilo que fôr pôsto no lugar do que o empreiteiro retirou, ou foi encomendado, expressamente, para substituir, é propriedade do empreitante. A inserção daquilo que o empreitante forneceu na obra que se está fazendo, ou passou a ser parte integrante do bem, ou pertença, se a obra é de modificação, proprietário dela (ou possuidor-empreitante) é o empreitante. Se é de criação, a solução depende da principalidade do que é de propriedade do empreitante: se a obra é edifício, qualquer material, que nela se insira, passa a ser do dono do terreno; se a empreitada é de fabricação de mobiliário, o próprio bem fornecido pelo empreitante se torna propriedade do empreiteiro, salvo se o que o empreitante fornece é principal (o diamante, para se fazer o anel de ouro; a peça antiga de porcelana, ou de metal, para ser embutida na porta do armário).

Se os materiais têm de ser fornecidos pelo empreitante, hão de ser entregues nos prazos ou dias fixados; se não se falou de prazos, ou de dias, a entrega tem de ser a tempo de serem utilizados. Não pode remeter antes de tempo o que pode ser danificado nas obras, ou devido à qualidade mesma do material.

O empreitante pode sempre verificar a qualidade e a quantidade dos materiais fornecidos pelo empreiteiro.

Na doutrina brasileira, CLÓVIS BEVILÁQUA, cogitando da espécie em que o empreiteiro fornece os materiais, considerou contrato misto (contrato de serviço e de compra-e-venda). Tal afirmação não é necessária para se

concluir que o empreiteiro tem de pagar o impôsto de vendas e consignações do construtor, como se poderia tirar do voto dos relatores nas ações julgadas pela 2.^a Turma do Supremo Tribunal Federal, a 1.^o de julho de 1947 (*R. F.*, 124, 428) e a 11 de novembro e a 23 de dezembro de 1941 (*A. J.*, 62, 259 e 261). Não há, na empreitada com fornecimento de materiais, contrato misto. A alienação foi meio para o adimplemento do dever de fazer a obra. Quanto ao impôsto de vendas e consignações, é impôsto de nome impróprio, que abrange tôdas as operações comerciais de alienação, e não só a compra-e-venda e a consignação.

Se o empreiteiro fêz contratos de fornecimento de materiais ou de serviços e deixou de cumpri-los, em princípio o empreitante não responde pelo adimplemento (cf. 1.^a Câmara Civil do Tribunal de Apelação de São Paulo, 26 de maio de 1941, *R. dos T.*, 135, 674). Os terceiros têm de ir contra o empreiteiro, que responde pelo inadimplemento e se expõe a que a execução forçada recaia na obra em andamento, se o bem principal é seu. Não pode haver, por exemplo, penhora do anel, que êle já fêz com ouro que comprou e não pagou, se a pedra preciosa é do empreitante. *Aliter*, se a pedra é do empreiteiro, porque o bem ainda é seu. O empreitante há de ser considerado, salvo prova em contrário, pessoa de boa fé.

Se a obra consiste em edifício em terreno do empreitante e o material, que o empreiteiro comprou, já se incorporou à obra, a penhora não pode atingir êsse material, porque já se deu a aquisição pelo terceiro de boa fé. Aí, a obra não é sòmente destinada ao empreitante, é em bem do empreitado. Em virtude do contrato de empreitada e da inserção na obra, o empreitante adquiriu a propriedade. Nada tem isso com o eventual inadimplemento do preço pelo empreitante, nem com a tradição da posse imediata pelo empreiteiro (sem razão, por faltar a precisa noção da posse própria mediata que aí tem o empreitante, LUDOVICO BARASSI, *Il Contratto di lavoro*, I, 536, e II, 456; LUIGI ABELLO, *Trattato della Locazione*, IV, 2.^a ed., 622). Quando o empreitante entregou o terreno ao empreiteiro só lhe transferiu a posse imprópria imediata, e não a posse própria: continuou proprietário e possuidor próprio mediato. Se a obra é de edifício de que conserva a posse própria imediata, nem essa êle transferiu. As empreitadas de pintura e de concertos de instalações são quase sempre assim.

4. PRESSUPOSTOS DO RESULTADO. – Saber-se se a obra tem de ser feita pelo empreiteiro, pessoalmente, é questão de interpretação do contrato. Pode resultar de manifestação de vontade do empreitante, ou da natureza da obra, ou de qualidades do empreiteiro.

Uma vez que o que se promete é o *resultado*, e não o trabalho como tal, tem-se de entender, nas prestações arriscadas ou dependentes de circunstâncias, que o empreiteiro satisfaz o que deve se pôs tôda a sua diligência para a boa execução, sem ser de exigir-se o resultado favorável. O empreitante assume o risco, sem que o negócio jurídico deixe de ser empreitada. Tal o que se passa, por exemplo, se alguém toma táxi para chegar ao aeroporto antes da saída do avião e chega no momento em que não mais podia entrar, ou depois. Em verdade, o conteúdo do contrato foi o de viagem até o aeroporto, sem a cláusula resolutiva de não se ter por incólume o contrato se não se alcança o avião. A chegada a tempo é resultado mediato, que não se insere na prestação. Pode acontecer que se insira, como se o viajante diz que paga tanto se conseguir a chegada, ou não paga (álea, que atinge o empreiteiro), ou que paga tanto e, se o resultado ulterior é favorável, mais tanto.

O contrato concluído com o médico, mais freqüentemente com o cirurgião, pode ser empreitada. O que é preciso é que se haja prometido a produção do resultado, e não a prestação de serviços. O cirurgião que faz o preço *x* pela operação é empreiteiro, e não locador de serviços. O médico que promete curar a asma por *x*, empreiteiro é. Mas há, também, a empreitada do médico ou do cirurgião sem alusão ao bom êxito do resultado. O que se empreitou foi a operação-obra, ou o tratamento-obra.

Um ponto que se tem de pôr em relêvo quanto se aprofunda o estudo da empreitada está em que, fornecendo o material, o empreiteiro não o vende pròpriamente, pois o acôrdo de transmissão da propriedade é como prestação de empreiteiro, e não como prestação de vendedor. Daí a particularidade de não se poder cobrar o material se a obra não foi feita (*aliter*, se o material foi fornecido pelo comitente).

Panorama atual pelos Atualizadores

§ 4.845. A – Legislação

O contrato de empreitada encontra-se regulado nos art. 610 a 626 do CC/2002, com poucas alterações de texto do art. 610 a 619 do CC/2002. Novos são os parágrafos dos arts. 614, 618 e 619 do CC/2002, assim como os arts. 620 a 626 do CC/2002. A sistemática do contrato mudou, não sendo mais incluído como uma das espécies de locação. A locação de coisas é regulada nos arts. 565 a 578 do CC/2002 e a prestação de serviços, como tipo subsidiário é regulada nos arts. 593 a 609 do CC/2002.

O mencionado art. 1.238 do CC/1916 é reproduzido no atual art. 611 do CC/2002. O Código Civil de 2002 unificou as obrigações civis e empresariais e revogou a parte primeira do Código comercial. Quando de consumo, à empreitada se aplica o Código de Defesa do Consumidor.

§ 4.845. B – Doutrina

Atuais as lições de Pontes de Miranda sobre a “obra” objeto da empreitada, visão ampla e desmaterializada, bastante atual e de acordo com as inovações do Código Civil de 2002. Destaca Teresa Ancona Lopez, que as normas do Código civil mencionam a “obra” como algo material e que uma visão mais ampla poderia “significar o quase-desaparecimento do contrato de prestação de serviços”, que é tipo subsidiário (LOPEZ, Teresa Ancona. Comentários ao Código Civil. Arts. 565 a 652. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 248).

Ocorre que as normas da empreitada, apesar de modificadas em apenas 10 (dez) artigos, são mais condizentes com a economia e mercados modernos, ainda mais em diálogo com o Código de Defesa do Consumidor, que as da prestação de serviços, reproduzidas em sua quase totalidade da locação de serviços do Código Civil de 1916. A expressão “Werk” em alemão também tem esta ideia imaterial de obra artística, literária ou mesmo criação imaterial. Efetivamente, a maioria das regras do Código Civil de 2002, se não afastam-se das grandes linhas traçadas pelas lições de Pontes de Miranda, focam nas coisas, assim o art. 611 do CC/2002, que substitui o mencionado art. 1.238 do CC/1916, estabelece que 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”.

Em se considerando produto a obra, geralmente será relação de consumo, a qual se aplica o Código de Defesa do Consumidor, mas se relação civil e empresarial, há que se considerar a norma do art. 931 do CC/2002, segundo a qual “os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”. Pontes de Miranda destaca que o contrato concluído com um médico-cirurgião pode ser empreitada, como nas cirurgias estéticas, se promete um resultado. Neste caso, mister considerar-se as regras dos arts. 949 a 951 do CC/2002, que dispõem:

”Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.”

§ 4.845. C – Jurisprudência

Na jurisprudência tributária, há interessantes linhas de exegese da natureza de empreitada ou não da construção por incorporação:

“1. Conforme decidido no REsp 1.166.039/RN, a incorporação poderá adotar um dos seguintes regimes de construção: a) por empreitada, a preço fixo, ou reajustável por índices previamente determinados (art. 55 da Lei 4.591/64); (b) por administração ou ‘a preço de custo’ (art. 58 da Lei 4.591/1964); ou (c) por contratação direta entre os adquirentes e o construtor (art. 41 da Lei 4.591/1964).

2. Nas duas primeiras hipóteses, o serviço é prestado por terceira empresa, contratada pela incorporadora ou pelos adquirentes, que se organizam em regime de condomínio. Contribuinte do ISS sobre o serviço de construção, naturalmente, será a respectiva prestadora, e não o tomador.

3. Se houver contratação direta, a construção feita pela incorporadora em terreno próprio constitui ‘simples meio para atingir-se o objetivo final da incorporação; o incorporador não presta serviço de “construção civil” ao adquirente, mas para si próprio’.

4. Conclui-se que a incorporadora imobiliária não assume a condição de contribuinte da exação” (STJ, REsp 1.212.888/RN, 2.ª T., j. 12.04.2011, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18.04.2011).

E: “1. A incorporação imobiliária é um negócio jurídico que, nos termos previstos no parágrafo único do art. 28 da Lei 4.591/1964, tem por finalidade promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações compostas de unidades autônomas.

2. Consoante disciplina o art. 48 da Lei 4.591/1964, a incorporação poderá adotar um dos seguintes regimes de construção: (a) por empreitada, a preço fixo, ou reajustável por índices previamente determinados (art. 55 da Lei 4.591/1964); (b) por administração ou ‘a preço de custo’ (art. 58 da Lei 4.591/1964); ou (c) diretamente, por contratação direta entre os adquirentes e o construtor (art. 41 da Lei 4.591/1964).

3. Nos dois primeiros regimes, a construção é contratada pelo incorporador ou pelo condomínio de adquirentes, mediante a celebração de um contrato de prestação de serviços, em que aqueles figuram como tomadores, sendo o construtor um típico prestador de serviços. Nessas hipóteses, em razão de o serviço prestado estar perfeitamente caracterizado no contrato, o exercício da atividade enquadra-se no item 32 da Lista de Serviços, configurando situação passível de incidência do ISSQN.

4. Na incorporação direta, por sua vez, o incorporador constrói em terreno próprio, por sua conta e risco, realizando a venda das unidades autônomas por ‘preço

global', compreensivo da cota de terreno e construção. Ele assume o risco da construção, obrigando-se a entregá-la pronta e averbada no Registro de Imóveis. Já o adquirente tem em vista a aquisição da propriedade de unidade imobiliária, devidamente individualizada, e, para isso, paga o preço acordado em parcelas.

5. Como a sua finalidade é a venda de unidades imobiliárias futuras, concluídas, conforme previamente acertado no contrato de promessa de compra e venda, a construção é simples meio para atingir-se o objetivo final da incorporação direta; o incorporador não presta serviço de 'construção civil' ao adquirente, mas para si próprio" (STJ, REsp 1.166.039/RN, 2.^a T., j. 01.06.2010, rel. Min. Castro Meira, *DJe* 11.06.2010).

Da mesma forma, decidiu o STJ:

"1. A incorporação de imóveis implica a fusão de dois contratos: compra e venda e empreitada, consoante jurisprudência desta Corte. Precedentes: REsp 57.478/RJ, 1.^a T., *DJ* 15.05.1995; REsp 766.278/PR, 2.^a T., *DJ* 26.09.2007; REsp 787.020, 1.^a T., *DJ* 07.04.2008.

2. Deveras, o construtor-incorporador é também empreiteiro, cuja atividade corresponde ao tipo fiscal descrito no item 32 da tabela anexa ao Dec.-lei 406/1968, incidindo, portanto, o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS" (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.108.192/RN, 1.^a T., j. 20.05.2010, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 17.06.2010).

O Código Defesa do Consumidor aplica-se sempre que o dono da obra é um consumidor (STJ, AgRg no REsp 1.108.021/RN, 4.^a T., j. 14.02.2012, rel. Min. Marco Buzzi, *DJe* 22.02.2012), mas regras de direito público podem ser exceção: "O Código de Defesa do Consumidor não encontra aplicação para os contratos de empreitada celebrados entre a CEF, na condição de operacionalizadora do Programa de Arrendamento Residencial – PAR, e a empresa contratada para construir as residências que serão posteriormente objeto de contrato de arrendamento entre a mesma instituição financeira e as pessoas de baixa renda, para as quais o programa se destina" (STJ, REsp 1.073.962/PR, 3.^a T., j. 20.03.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 13.06.2012).