

DA RESPONSABILIDADE QUINQUENAL DO EMPREITEIRO: CONCEITO DE SOLIDEZ E SEGURANÇA

CLOVIS PAULO DA ROCHA

Professor da Faculdade Nacional de Direito
e da Faculdade de Direito da PUC-RJ —
Procurador da Justiça do E. da Guanabara.

1. *Da responsabilidade do empreiteiro nas construções de edifícios e outras obras consideráveis.* — 2. *Do artigo 1245 do Código Civil e seus pressupostos.* — 3. *Da solidez e segurança em geral.* — 4. *Direito Romano e Legislação Comparada.* — 5. *Fontes do artigo 1245 do Código Civil. Projetos e Direito anterior. Elaboração Legislativa.* — 6. *Esboço de Teixeira de Freitas.* — 7. *Doutrina, jurisprudência e o conceito de solidez e segurança.* — 8. *Defeitos dos materiais e do solo.* — 9. *Da responsabilidade civil e das causas excludentes da responsabilidade. Da aplicação dos critérios técnicos vigentes na época da construção e do caso fortuito.*

1. Nas construções de edifícios e outras obras consideráveis, distinguem-se, quanto à responsabilidade dos empreiteiros, de materiais e de execução, três modalidades de vícios ou defeitos: — a) aparentes ou ocultos que não se relacionem com os vícios redibitórios, nem com a solidez e segurança; b) ocultos que constituam vícios redibitórios, mas não digam respeito à solidez e segurança; c) que afetem à solidez e segurança da obra.

A responsabilidade dos itens a e b são comuns às empreitadas de edifícios e de quaisquer outros bens, porém a do item c é exclusiva das de edifícios e outras obras consideráveis.

Na sistemática do nosso Código Civil, concluída a obra, em sendo aceita pelo empreitador e pago o preço respectivo, fica o

empreiteiro exonerado de qualquer responsabilidade, não podendo o dono da obra nada mais reclamar, salvo as exceções relativas aos vícios redibitórios e à solidez e segurança. Assim, os vícios aparentes, como os ocultos, que não se incluam entre os redibitórios, nem digam respeito à segurança e à solidez da obra, ficam cobertos com a sua aceitação definitiva.

Os redibitórios, previstos nos artigos 1.101 a 1.106 do Código Civil, têm inteira aplicação aos contratos de empreitada, pois o nosso Código Civil não os restringiu à compra e venda, como ocorria no direito romano e acontece em outros sistemas legislativos, mas, ao contrário, os estendeu a todos os contratos comutativos, entre os quais se insere a empreitada.

O prazo decadencial para o exercício da ação por vício redibitório é de 6 meses, *ex-vi* do art. 178, § 5.º, n. IV, do Código Civil.

Os defeitos, aparentes ou ocultos, redibitórios ou não, desde que se refiram à solidez e segurança da obra, se incluirão na responsabilidade excepcional do art. 1.245 do Código Civil.

2. O art. 1.245 do Código Civil dispõe:

“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”.

Trata-se da chamada responsabilidade quinquenal do empreiteiro ou construtor pela solidez e segurança da obra. É regra geral nos contratos que a quitação dada por uma das partes importa em exoneração da responsabilidade do outro contraente; porém, nas empreitadas de edifícios e outras obras consideráveis, a lei foi mais rigorosa quando se trata de vício ou defeito que possa determinar a ruína ou desmoronamento da construção. Rompeu-se a simetria do sistema e impôs-se a responsabilidade ao construtor além do término do contrato e da quitação, para que o empreiteiro, como técnico, use de toda a cautela em sua arte a fim de evitar tão graves ocorrências. Todavia, o preceito legal estabelece pressupostos necessários à atribuição da questionada responsabilidade excepcional.

Assim, em face da norma legal ora examinada, são pressupostos necessários à responsabilidade do empreiteiro ou construtor: —

- I. que a empreitada tenha por objeto edifício ou construção considerável;
- II. que a empreitada seja de materiais e de execução;
- III. que o defeito ou vício se relacione com a estabilidade e segurança;
- IV. que a falta de estabilidade e segurança decorra dos materiais ou do solo;
- V. que o defeito ou vício verifique-se dentro do prazo de cinco anos.

É mister a coexistência de todos os pressupostos indicados, pois a falta de qualquer dêles exclui a responsabilidade excepcional. Não obstante, ainda poderá se exonerar o empreiteiro pela prova de ausência de culpa ou da existência de caso fortuito.

Os pressupostos dos números I, II e V não constituem objeto dêste estudo, por isso não os apreciamos detalhadamente.

3. O primeiro pressuposto a examinar para aplicação do art. 1.245 do Código Civil é o de que o defeito ou o vício diga respeito à *solidez e segurança* da obra.

As palavras “solidez” e “segurança”, empregadas pelo Código Civil, tanto podem levar à interpretação de que se pretende apenas estabelecer a responsabilidade excepcional nos casos de desmoronamento ou perigo de ruína, como acontece com o Código Civil Francês, cujo artigo 1.792 só menciona o perecimento da construção, como podem também levar o intérprete a considerar como incluídos naquelas palavras os defeitos graves de que fala o Código Civil Italiano de 1942, no art. 1.669.

Examinemos a filiação histórica do preceito e a legislação comparada sobre a responsabilidade excepcional do construtor por vícios e defeitos depois da entrega da obra.

4. O princípio da responsabilidade do empreiteiro após a conclusão da obra tem sua origem na Lei 8.^a do Título 12, do Livro VIII do *Codex (Codicis Repetitae Praelectionis)*, que, nas obras públicas, determinou a responsabilidade do empreiteiro por 15 anos, após a sua conclusão, por qualquer vício da edificação. O questionado preceito não distinguia a natureza do vício e, com o máximo rigor, só excluía a responsabilidade em havendo caso fortuito:

“Todos aquêles a quem se houver confiado o cuidado de obras públicas ou se houver creditado na forma de costume dinheiro para construção, estão obrigados juntamente com os seus herdeiros, até 15 anos depois de concluída a obra, de sorte que, se dentro do tempo prefixado aparecer algum vício na edificação, seja reparado com o seu patrimônio (excetuando-se os casos que são fortuitos)”.

O Código Civil Francês, no artigo 1.792, manteve o princípio da responsabilidade do empreiteiro e do arquiteto, após a conclusão da obra, mas reduziu o prazo para 10 anos, estendeu o princípio às obras privadas e, finalmente, limitou o mandamento às imperfeições que conduzissem ao perecimento ou ruína da construção:

“Art. 1.792 — Si l'édifice construit à prix fait, périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architecte et entrepreneur en sont responsables pendant dix ans”.

É verdade que, com base no art. 2.270 do mesmo Código, alguns autores sustentam que a responsabilidade se amplia a outros defeitos graves relacionados com a estabilidade da construção, enquanto outros negam essa extensão, considerando-se, apenas, complemento do art. 1.792 (PLANIOL ET RIPPERT, *Traité*, v. XI, p. 200; M. TROPLONG, *Le Droit Civil. De l'Echange et du Louage*, 3.^a edição, Paris, 1859, v. II, p. 393; HENRI DE PAGE, *Traité*, 2.^a edição, Bruxelas, 1951, v. 4, p. 921, n. 893).

Prescreve o artigo 2.270:

“Art. 2.270 — Après dix ans, l'architecte et les entrepreneurs sont déchargés de la garantie des gros ouvrages qu'ils ont faits ou dirigés”.

Na Itália, o Código Civil de 1865, no art. 1.639, referia-se à ruína, no todo ou em parte, ou evidente perigo de desmoronamento, ao passo que o Código atualmente em vigor, de 1942, no art. 1.669,

mantém o mesmo princípio, acrescentando, porém, além do desmoronamento, a ocorrência de “*graves defeitos*”:

“Art. 1.669 — (Desmoronamento e defeitos de coisas imóveis). No caso de edifícios ou de outras coisas imóveis destinadas, por sua natureza, a longa duração, se, no curso de dez anos a contar da execução, a obra, por vício de solo ou por defeito da construção, desmoronar no todo ou em parte, ou, então, se apresentar evidente perigo de desmoronamento ou *graves defeitos*, será o empreiteiro responsável ante o comitente e os seus sucessores jurídicos, desde que tenha sido feita a denúncia dentro do ano da descoberta. O direito do comitente prescreve em um ano a contar da denúncia”.

A mesma regra da responsabilidade excepcional dos empreiteiros é acolhida no Código Civil Argentino, cujo art. 1.646 prescreve:

“Art. 1.646 — Recibida y pagada la obra por el que la encargó, el constructor es responsable por su ruina total o parcial, si esta procede de vicio de construcción ó de vicio del suelo, ó de mala calidad de los materiales, haya ó nó el constructor puesto los materiales, o hecho la obra en terreno del locador”.

Editado o preceito no direito romano, o Código Civil Francês o acolheu e serviu, evidentemente, de modelo aos demais Códigos citados e a outros, exigindo quase todos, para caracterizar a responsabilidade excepcional, o desmoronamento ou perigo de ruína, adicionando, porém, o italiano os prejuízos decorrentes de *graves defeitos*.

5. O Código Civil Brasileiro, embora acolhendo o mesmo princípio, não se filiou, quanto à redação, ao empregar as palavras “solidez” e “segurança”, aos modelos já citados, mas diretamente ao Código Civil Português, cujo artigo 1.399 assim dispõe: —

“Art. 1.399 — Nos contratos de empreitada de edifícios ou de outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e de execução será responsável, pelo

espaço de cinco anos, pela segurança e solidez do edifício ou construção, tanto em razão da qualidade dos materiais, como da firmeza do solo, exceto se houver prevenido com tempo o dono da obra de não achar o dito solo suficientemente firme”.

Essa foi, realmente, a fonte direta do art. 1.245 do Código Civil Brasileiro.

De fato, no projeto de CLÓVIS BEVILAQUA a matéria da responsabilidade do empreiteiro, após a entrega da obra, estava regulada no art. 1.397, que assim dispunha:

“Art. 1.397 — Se um edifício ou outra construção de valor considerável arruína-se por defeito de execução ou do solo, dentro dos oito anos seguintes ao seu recebimento pelo dono, êste pode acionar por perdas e danos ao arquiteto ou construtor, dentro dos dois anos seguintes à verificação da ruína ou da ameaça de ruína”.

A Comissão Revisora do projeto, na reunião de 10 de julho de 1900, substituiu a redação do art. 1.397 pela do art. 1.399 do Código Civil Português, como se verifica da ata da 36.^a reunião, realizada sob a presidência de EPITÁCIO PESSOA (*Código Civil Brasileiro, Trabalhos relativos a sua elaboração*, Imp. Nac., Rio, 1917, p. 520).

No Senado, o preceito sofreu emenda de RUI BARBOSA, na sua parte final, ficando com a redação que está no Código Civil (*Projeto de Código Civil Brasileiro — Trabalhos da Comissão Especial do Senado — parecer do Senador RUI BARBOSA*, Rio de Janeiro, 1902, Imprensa Nacional, vol. I, p. 411, e FERNANDO NERI, *Rui Barbosa e o Código Civil*, Imp. Nac., 1931, p. 424).

A elaboração legislativa não esclarece em que sentido foram empregadas as palavras “solidez” e “segurança”, pois, como vimos, o projeto de CLÓVIS BEVILAQUA só falava em ruína ou ameaça de arruinar-se. A Comissão Revisora substituiu integralmente o dispositivo por artigo idêntico do Código Civil Português, que, com emenda de redação de RUI BARBOSA, incorporou-se ao Código Civil.

No direito anterior não havia norma legislativa a respeito da matéria. As Ordenações do Reino não previam a responsabilidade

excepcional, embora COELHO DA ROCHA, com base em LOBÃO, informa CLÓVIS BEVILAQUA, adotasse o princípio. Nota-se, porém, que embora empregando palavras diferentes, a fonte foi o Código Civil da França, no qual se fundavam os mestres do direito português de então.

COELHO DA ROCHA, citando LOBÃO e o Código Francês, declarava que o empreiteiro era responsável pelas deteriorações provenientes de defeitos de construção:

“7.º — O empreiteiro de edificios é responsável pelas deteriorações provenientes de defeito de construção até dez anos depois da entrega (Cód. Civ. Fran. art. 1792, LOBÃO Acc. suma. § 417, nota) (M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições do Direito Civil Português*, 9.ª edição, Lisboa, 1917, tomo II, § 852, pg. 578).

Para LOBÃO, fundado no direito romano, havia a responsabilidade pela ruína:

“Advertência — Que a L. 8 Cod. de Opr. publ., que obriga ao pedreiro a ruína da obra no espaço de 15 anos, não intervindo terremoto, ou outro caso fortuito; e esta lei se amplia às obras e edificios de pessoas particulares, saltem até 10 anos. Gotofred, ibidem Leyser ad Pandect, specim, 212, Med. 3: Se a obra foi revista e aprovada, fica o empreiteiro perpétuamente livre, Stryk, vol. 1, Disp. 24, C. L. n. 26 (LOBÃO, MANOEL DE ALMEIDA E SOUZA, *Tratado Prático Compendiado de Todas as Ações Sumárias*, tomo I, § 417, pg. 281).

6. Infelizmente, não se inspirou o nosso Código Civil no Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS, onde, com extraordinária clareza, o genial jurista em dois artigos fixa a tese e lhe dá soluções que teriam poupado muitas controvérsias, principalmente a respeito das causas excludentes da responsabilidade.

São do teor seguinte os mencionados artigos do Esboço:

“Art. 2.794

2.º — Pôsto que a obra tenha sido recebida ou aprovada pelo dono dela e tenha sido pago o seu preço (art.

2.781), serão responsáveis pela sua ruína total ou parcial, ou pela sua danificação, uma vez que procedam de vício da construção ou de vício do solo, ou da má qualidade dos materiais que empregaram na obra.

Art. 2.801 — Não procede o disposto no art. 2.794, n.º 2:

Se o empreiteiro provar que a ruína ou danificação da obra foi motivada por caso fortuito ou força maior, ou por causa que não poderia prever qualquer pessoa versada em sua arte.

Se provar que foi motivada pela má qualidade dos materiais fornecidos pelo dono da obra (arts. 2.774 e 2.775), sem prejuízo do disposto no art. 2.776”.

7. Na aplicação do art. 1.245 do Código Civil, a doutrina e a jurisprudência não são pacíficas no entendimento da expressão “solidez e segurança”. Há os que restringem o preceito à estabilidade, outros o ampliam a outros defeitos graves.

Para PONTES DE MIRANDA, a solidez e a segurança distinguem-se, afirmando que aquela se dirige à estabilidade, ao passo que a segurança compreende outros perigos de natureza grave:

“O conceito de solidez não apresenta dificuldades para a apreciação das espécies. Quanto à segurança, não se pode entender que só se refira à ausência de possíveis danos provindos de desabamentos, ou rompimentos de paredes ou tetos ou soalhos, ou arrebentamento de escadas. Há os perigos de incêndio, de umidade grave, de anti-higiene e de gases. O conceito de segurança não pode ser restringido ao de indanificabilidade atinente à estabilidade da construção, porque se distingue do que concerne à “solidez” o que se prende à “segurança”. A solidez liga-se, conceptualmente, ao que se construiu, ao objeto. A segurança alude ao sujeito, embora a causa haja de estar na construção” (*Tratado de Direito Privado*, p. 410 e 411).

Na jurisprudência há julgados com orientação semelhante. Em Acórdão da Egrégia 4.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do

então Distrito Federal, de 5 de outubro de 1948, da lavra do então Desembargador SÍLVIO MARTINS TEIXEIRA, foi assentado que a palavra “segurança” se referia a todo o trabalho da construção, não se restringindo apenas à estabilidade, nela se incluindo as rachaduras em paredes, ainda que não ponham em perigo a solidez do edifício (*Rev. For.*, v. 122, pg. 161). Em outro Acórdão do Egrégio Tribunal de São Paulo se incluiu a umidade por defeito de impermeabilização como vício pertinente à segurança (*Rev. For.*, v. 158, pg. 234).

De um modo geral, muitos julgados e alguns autores têm acolhido a tese de que as palavras *solidez* e *segurança* não compreendem apenas os casos de desmoronamento ou perigo de ruína, mas, também, a outros defeitos graves. É mister, porém, limitar o conceito de defeitos graves que vêm sendo considerados incluídos na palavra *segurança*. Trata-se de responsabilidade excepcional, que não pode ter interpretação extensiva, segundo as tradicionais regras de hermenêutica, para abraçar hipóteses que não foram acolhidas pelo preceito legal. Atente-se que na maioria dos sistemas legislativos a regra só se refere ao desmoronamento ou ao perigo de ruína, e foi por isto, dada a gravidade do defeito que pode prejudicar a própria incolumidade pública, que a lei rompeu a simetria e impôs ao construtor uma responsabilidade excepcional. Mais ainda, a doutrina — com o pensamento voltado para o desmoronamento de um edifício ou ponte — construiu em torno do preceito uma presunção de culpa do construtor; outros vão além, e enxergam uma responsabilidade objetiva ou uma culpa *in re ipsa*. Os autores, como CARVALHO SANTOS, argumentam apenas com os casos de desmoronamento, e com base nesse fato, sem dúvida de excepcional gravidade, justificam a doutrina que se formou sobre a matéria. Todos reconhecem que, em face do desmoronamento, a lei deve ser severa, os princípios devem ser rígidos, porque há um interesse público a resguardar.

Tudo isto está a demonstrar que não se pode dar uma interpretação extensiva ao preceito para abranger situações que não foram previstas e para as quais não existe a mesma *ratio legis*. Para as outras situações a lei confere às partes outros meios para se ressarcir dos danos, dentro dos princípios da responsabilidade contratual normal.

Não nos parece, assim, acertada a interpretação extensiva que faz compreender na solidez e segurança, vícios e defeitos, embora graves, que não afetem a estabilidade da obra.

Em relação ao direito francês, PLANIOL ET RIPPERT igualmente acentuam que o art. 1.792 do Código Civil constitui uma derrogação do direito comum e deve ser “interpretado estritamente” (*Traité*, v. XI, pg. 198, n. 951); MAZEAUD ET MAZEAUD, igualmente, sublinham que o preceito deve ser “interpretado restritivamente” (*Leçons de Droit Civil*, Paris, 1960, v. III, pg. 1.129, n. 1.367), ou, ainda, como diz DOMENICO RUBINO, a norma é inextensível dada sua natureza excepcional (*L'Appalto*, pg. 280, n. 223).

Mesmo quando se trata da aplicação do impreciso art. 2.270, que alguns consideram complementar do art. 1.792 do Código Civil Francês, PLANIOL ET RIPPERT salientam que os trabalhos preparatórios do Código mostram que o legislador quis apenas que fôsem incluídos os vícios “interessando a solidez da construção” (*Traité*, v. XI, pg. 200, n. 951). HENRI DE PAGE esclarece que os defeitos que não afetam a solidez da construção, ficam cobertos pela aceitação da obra (*Traité*, v. 14, n. 894, pg. 824).

Na Itália, onde o novo Código Civil aditou que se compreenderiam na responsabilidade excepcional os prejuízos decorrentes de *defeitos graves*, além do desmoronamento, os autores reconhecem a necessidade de uma interpretação cautelosa, afirmando que tais defeitos devem estar conexos com a estabilidade da obra. Nos trabalhos preparatórios encontram-se as afirmações de que os defeitos graves “devono incidere sempre sulla sostanza e sulla stabilità della costruzione” e que “a jurisprudência fará uma aplicação cautelosa desta extensão, em face do caráter excepcional da responsabilidade do empreiteiro” (*apud II Nuovo Codice Civile Commentato, a cura di GUIDO BELMONTE* e outros, Casa Editrice Dott. E. Jovene, Napoli, 1952, l. IV, tomo II, pg. 176).

Os defeitos graves, diz DE BLASI, devem “recair sobre a construção e, por conseguinte, sobre a estabilidade da obra” (DE BLASI, *Il libro delle obbligazioni*, Milão, 1943, pg. 201, n. 250, *apud* SPOTA, l. citado, v. I, pg. 564, nota 8.^a).

Na Argentina, G. SPOTA exemplifica com as trincas que surgem em virtude de vício de construção, por falta de juntas de dilatação. Se tais trincas não constituem pressuposto de desmoronamento ou ruína, a responsabilidade estará coberta pela aceitação

definitiva da obra, não se incluindo na responsabilidade excepcional do empreiteiro, e conclui:

“El juez se detiene en las causas de esas imperfecciones de la obra. En particular, anota um vício de construcción: la falta de juntas de dilatación que eviten la formación de grietas. Aparte de ello, concluye con buen criterio que esas grietas existen.

.....
.....
En el fondo no se trata de un supuesto de ruina de la obra. De ahí que la recepción definitiva hubiera cubierto esos vicios, que no afectan la estabilidad del edificio.

Por eso, con todo acierto, se dice que, antes de la recepción de la obra, la obligación del empresario se extiende a toda clase de vicios, inclusive aquellos que no impliquem peligro de ruina” (SPOTA, p. 551/52).

Não é suficiente que o defeito seja grave, é mister que se relacione com a solidez e segurança da obra. Estender a todo e qualquer defeito grave o preceito, não nos parece, como vimos, aceitável, dada a excepcionalidade da norma, que não admite, na melhor doutrina, ampliação para abranger situações onde não existe a mesma razão jurídica.

8. O segundo pressuposto necessário para integrar-se a responsabilidade do empreiteiro é o de que os vícios se dêem em razão dos materiais ou do solo. Não é suficiente que se trate da construção de edifícios, nem que o defeito seja relativo à solidez e segurança para se dar a responsabilidade do construtor. É mister, ainda, demonstrar que o vício resulta dos materiais ou do solo.

Neste ponto, todos os autores, quer nacionais, como estrangeiros, são acordes no entendimento de que só há responsabilidade excepcional do empreiteiro quando os vícios resultem dos materiais ou do solo, nestes se compreendendo o plano, o projeto e a execução dos trabalhos.

MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES afirmava que se trata de “uma responsabilidade excepcional”, pelo que “ela só se dá quando os pressupostos do citado artigo 1.245 do Código Civil se encontram integrados, sem comportar aplicação a outros casos por êle não previstos” (SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, v. IV, p. 184).

ORLANDO GOMES, da mesma forma, sustenta que essa responsabilidade só se configura quando se verificar que o prejuízo se deu “em razão dos materiais empregados ou do solo em que se implantou o edifício” (ORLANDO GOMES, *Contratos*, pg. 346, n. 226).

LUIGI ABELLO, professor da Universidade de Turim, afirma o mesmo princípio de que é necessário que o defeito resulte de vício do solo ou da construção:

“È necessario ancora che la rovina o minaccia di rovina derivi dai fatti indicati dalla legge o cioè dai vizi del suolo e di costruzione” (*Appalto, Contrato di, in Nuovo Digesto Italiano*, v. I, p. 546).

É um pressuposto necessário. Há divergência doutrinária quanto à prova. Alguns autores sustentam que cabe ao dono da obra a prova de que o fato se deu por vício dos materiais ou do solo; ao passo que outros afirmam que, verificado o defeito, presume-se que o seja em razão dos materiais ou do solo, cabendo ao empreiteiro a prova contrária para excluir a sua responsabilidade.

Assim, PONTES DE MIRANDA assenta que “o comitente tem de alegar e provar que o dano ocorreu por defeito ou vício do trabalho, ou dos materiais, ou do solo. Se o prova, ao empreiteiro incumbe alegar e provar que não teve culpa” (*Questões Forenses*, v. 6, p. 156).

De qualquer forma, presumindo-se que os defeitos sejam em razão dos materiais ou do solo ou exigindo-se a prova dessas circunstâncias, não haverá responsabilidade do empreiteiro se não resultarem de tais vícios os defeitos apontados, embora quanto à solidez e segurança.

9. A responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, no nosso sistema se funda na culpa. Sòmente em casos excepcionais, em face da lei expressa, se admite a incidência da chamada responsabilidade objetiva, isto é, em áreas predeterminadas. Não havendo texto expresso impondo a responsabilidade sem culpa, a regra é a aplicação do princípio da culpa (AGOSTINHO ALVIM, *Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências*, 2.^a edição, São Paulo, 1955, p. 263 e 279; FRANCISCO CAMPOS, *Direito Civil (pareceres)*, Rio, 1956, p. 149).

No plano da culpa, em regra exige-se a sua prova; ora, presume-se a sua existência, invertendo-se o ônus da prova; outras vezes, basta a prova da ausência de culpa para excluir a responsabilidade, ora impõe-se a necessidade da ocorrência de caso fortuito ou de força maior.

No concernente à empreitada, adota-se, segundo a orientação predominante, a presunção de culpa do empreiteiro, que a poderá excluir, entretanto, provando a ocorrência de fatos estranhos aos pressupostos legais, a ausência de culpa ou, ainda, de um modo geral, a existência de caso fortuito ou de força maior.

DOMENICO RUBINO afirma categoricamente que não é responsável o construtor que tenha agido de acordo com o critério vigente numa determinada época para toda a Itália, ou, nas suas próprias palavras:

“Non è più responsabile, invece, se ha agito in base a criteri tecnici di costruzione che a quell'epoca vigevano in tutta Italia e che in seguito si scopre essere errati” (DOMENICO RUBINO, *L'Appalto*, Título II, Cap. VIII, pg. 295, 1946).

Na mesma linha sustenta ADOLFO CUNEO que o construtor não pode ser responsável se empregou material que, na época, era considerado bom e, posteriormente, revela-se não corresponder aos seus fins, ou *in verbis*:

“E sarebbe pure logico escludere la responsabilità ogniqualvolta il vizio di costruzione dipenda da errore comune. Come potrebbe farsi colpa a un appaltatore per avere usato in un lavoro del materiale, che viene in seguito ad appalesarsi non rispondente allo scopo, se fino ad allora l'opinione publica e delle persone dell'arte l'aveva ritenuto il migliore e più adatto a quel genere di lavori?” (ADOLFO CUNEO, *Appalti Pubblici e Privati*, 1947, pg. 633).

PONTES DE MIRANDA doutrina, expressamente:

“Se, após a execução da obra, mudaram as regras de arte, ou de técnica, ou as sugestões de ordem econômica, nenhuma responsabilidade tem o empreiteiro. As

regras necessárias são as do tempo e do lugar da feitura da obra” (*Tratado de Direito Privado*, v. 44, pg. 397).

De fato, se a ausência de culpa não basta para excluir a responsabilidade, como sustentam alguns autores, é, sem dúvida, um dos elementos necessários para a demonstração da existência do caso fortuito, que se caracteriza, nos termos do parágrafo único do art. 1.058 do Código Civil, por ser “o fato necessário cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

A imprevisibilidade não é colocada, pelos doutrinadores, na interpretação da norma, como elemento formador do conceito de caso fortuito, porque, muitas vezes, o fato é previsível, mas inevitável, e haverá cláusula excludente da responsabilidade. Todavia, o fato imprevisível é sempre inevitável, porque não se pode evitar o que não se pode prever, ou, como acentua LACERDA DE ALMEIDA: “é tudo o que não se pode prever, ou que, previsto, não se pode evitar” (*Obrigações*, 2.^a edição, 1916, § 36, pg. 147).

É doutrina corrente.

A previsibilidade deve ser entendida no sentido das coisas que normalmente acontecem; não se pede uma previsibilidade extraordinária, acima do normal, acima das regras técnicas existentes em determinado momento, em determinado lugar, nem se requer para sua incidência uma previsibilidade metafísica, segundo a qual tudo o que acontece no mundo devia ser previsto. Não, trata-se de conceito normal e relativo.

“Não há acontecimentos que possam a priori”, diz ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, “ser sempre considerados casos fortuitos; tudo depende das condições de fato em que se verifique o evento. O que hoje é caso fortuito, amanhã deixará de sê-lo, em virtude do progresso da ciência ou da maior previdência humana.” (*Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, 3.^a edição, Rio, 1958, pg. 151, n. 105).

Se os perigos do solo não se revelaram nos limites da sondagem ordinária pedida pela técnica, ou se tais perigos do solo resultam de modificações posteriores, como salientava BORSARI em 1878, não há responsabilidade do empreiteiro porque estaremos diante do fortuito (LUIGI BORSARI, *Commentario al Codice Civile Italiano*, edição 1878, v. IV, p. 809; no mesmo sentido DOMENICO RUBINO, *Appalto*, pg. 281-282; CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, v. VII, pg. 641; SPOTA, obra citada, v. I, pg. 598 e 636).