

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Serviços gráficos: Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280
— CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678
Tel. (011) 37-2433 — Fax (011) 37-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

SUMÁRIO

DOCTRINA

- O “dumping” como forma de abuso do poder econômico — Luiz Gastão Paes de Barros Leães 5
- Variação cambial como indexador de contratos — Luciano Amaro 16
- Dos contratos de utilização de navios no Direito Brasileiro (Análise Crítica) — Ary Brandão de Oliveira 27
- Redução dos custos de captação no Mercado de Valores Mobiliários — Nelson Eizirik 37
- Riscos da atividade empresarial no âmbito penal — Joaquim Simões Barbosa 42
- Comércio exterior brasileiro: “Antidumping” Mercosul — Pedro Paulo Cristofaro 58
- A responsabilidade especial dos empreiteiros prescrita no art. 1.245 do Código Civil — João Luiz Coelho da Rocha 64

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

- Variação cambial de moeda nacional — Waldírio Bulgarelli 72

ATUALIDADES

- O crédito documentário e os usos e costumes internacionais: seu papel como fator de desenvolvimento econômico e de integração social — Luiz Felizardo Barroso 78

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- “Proteção do consumidor no contrato de compra e venda” — Alberto do Amaral Júnior — Comentário de Waldírio Bulgarelli 87

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 88

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTES NÚMERO**ARY BRANDÃO DE OLIVEIRA**

Advogado

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado no Rio de Janeiro.

JOAQUIM SIMÕES BARBOSA

Advogado.

LUCIANO AMARO

Advogado.

LUIZ FELIZARDO BARROSO

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NELSON EIZIRIK

Advogado.

PEDRO PAULO CRISTOFARO

Advogado no Rio de Janeiro — Professor Contratado de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

WALDÍRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP — Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli; Instituto Paulista de Direito Agrário; do Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito.

A RESPONSABILIDADE ESPECIAL DOS EMPREITEIROS PRESCRITA NO ART. 1.245 DO CÓDIGO CIVIL

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

A regra do art. 1.245 do Código Civil Brasileiro tem proporcionado, ao longo dos tempos, algumas dúvidas quanto ao seu efetivo alcance.

Muito se discute a compreensão dos conceitos de "edifício e outras construções consideráveis", já que apenas a esse tipo de empreitada se dedica a norma legal.

Também se tem questionado o quão abrangente será a expressão "solidez e segurança do trabalho", da qual faz uso o dispositivo para declarar até onde responde o empreiteiro diante da obra feita.

E, finalmente, argüi-se quanto ao caráter do prazo quinquenal ali adotado para a responsabilização, se seria ele taxativo, ou de ordem privada, neste último caso eventualmente superável por acordo entre as partes. Mais que isto, debate-se ainda sobre a natureza própria dessa responsabilização, se de ordem pública ou se eventualmente renunciável por acordo entre as partes.

As dúvidas acima, longe de serem meras especulações teóricas, dogmáticas, são todas elas originadas da intensa aplicação prática daquela norma que, incorporada no nosso Direito legislado nos tempos anciãos do Código Civil, teve que se defrontar com a extrema complexidade moderna das obras de maior ou menor vulto e as seqüelas dali derivadas quanto a defeitos ou falhas.

Aparentemente, essa especial responsabilidade teve origem no Direito Romano, na Lex oito dos Imperadores

Gratiano, Valentiniano e Theodósio, pela qual os contratantes de obras públicas e seus herdeiros eram responsáveis pelo reparo de quaisquer defeitos nas obras surgidos durante 15 anos.

Posteriormente, esse prazo foi reduzido para 10 anos e a responsabilidade estendida às obras privadas.

A esse propósito fala Carvalho de Mendonça (in *Obrigações no Direito Civil Brasileiro*, v. II/108).

O Código Civil Brasileiro absorveu essa responsabilização, repetindo de um modo geral no seu art. 1.245 o art. 1.792 do Código Civil Francês, reduzindo o prazo decenário, por este cometido, aos cinco anos aqui estipulados.

Naturalmente que, com o passar dos tempos, nesse quase século decorrido desde a edição do Código, aquela disposição específica, falando de perto a questões ligadas a falhas e defeitos em obras perante quem os encomendou, foi sendo mais e mais invocada e aplicada, à força da proliferação da atividade industriosa no país, e também questionada a toda hora quanto a seu alcance e dimensão, já à causa dos valores consideráveis ali envolvidos, já em função do que se repercute no prestígio pessoal e empresarial dos que são chamados a responder.

De início, ao se reportar a "contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis" e falar em "solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo...."

o art. 1.245 já deixou margem a discussões quanto às atividades de *projeto* dessas construções.

A nós parece que o projeto daquelas obras se inclui no espectro legal, entendendo-se que um erro ou falha na *concepção* do que se pretende construir autoriza a imputação daquela responsabilidade específica.

Neste sentido ensina o clássico Hely Lopes Meirelles: “Embora o Código Civil não se refira expressamente aos vícios de concepção da obra, nem por isso ficam liberados de responsabilidade os que a projetaram e calcularam as cargas e resistências.

É nunca se entendeu de outro modo, pois a lei civil é omissa a respeito, tal responsabilidade é imanente ao exercício profissional e derivou das normas regulamentadoras de engenharia e da arquitetura como atividades técnicas vinculadas à construção, motivo pelo qual é uma responsabilidade legal e não contratual, como supõem alguns autores menos familiarizados com normas administrativas e com os preceitos ético-profissionais que regem a matéria.” (*Direito de Construir*, 3.ª ed., 1979, Ed. RT).

Talvez pela estrita expressão legal, talvez pela sua concepção de que essa responsabilidade do art. 1.245 do Código Civil há de ser sempre restritivamente considerada, civilistas de nomeada como Caio Mário Pereira (*Responsabilidade Civil*, Forense, p. 214 e ss.) calam-se a respeito da inserção dos erros e projetos dentre os compreendidos naquela norma.

Contudo, naquela linha mais clara esposada por Hely Lopes Meirelles seguem especialistas como Miranda de Carvalho (*Contrato de Empreitada*, 1.ª ed., p. 244), que referem-se igualmente, com assento jurisprudencial, ao “plano defeituoso” da obra, que ocasionou esses defeitos.

E, realmente, não poderia ser de outra forma, como se pudéssemos abstrair do

contexto da obra feita, e nesse caso específico, da grave responsabilização pelas suas eventuais seqüelas danosas, o responsável pela sua concepção, pelo seu plano, pela sua idealização, pelo seu projeto.

Acórdão da 1.ª Câmara Civil do TJSC, em 12.5.83 (*Jurisprudência Brasileira*, p. 137), assim decidiu:

“Portanto, a regra do art. 1.245 do Código Civil não se aplica somente ao empreiteiro, estendendo-se a todo construtor de edifícios, como também ao arquiteto ou engenheiro, quando tenha elaborado o projeto ou finalizado a obra, uma vez que, em qualquer caso, é sempre responsabilidade legal do profissional habilitado a projetar ou a construir, ou da empresa construtora, que há de garantir a solidez e segurança da obra, sem a menor influência da modalidade contratual adotada para a execução dos trabalhos.”

Admitindo-se assim que os erros e falhas reportados no art. 1.245 do CC abangem os erros na concepção das obras ali referidas, enfrenta-se o questionamento sobre o conceito de “edifícios e outras construções consideráveis”.

Miranda de Carvalho (ob. cit., 232 e ss.), observa que: “... o Código Civil Brasileiro, a exemplo de seus congêneres invocados, é omissos sobre o critério para a determinação do que sejam obras consideráveis ... a conclusão é que ficou ao prudente arbítrio do Juiz a determinação daquele critério.”

No passo dessa razoável indefinição e, à época da sua obra (1953), da ainda tênue manifestação da jurisprudência brasileira, o mestre civilista se vale do reforço de Vitalevi, Coberand e Delvaux para informar:

“Neste pressuposto, a jurisprudência estrangeira tem qualificado de “consideráveis” a construção de pontes, de estradas de ferro, de muralhas de sustentação, de reservatórios d’água, a insta-

lação de encanamentos d'água nos edifícios, a pavimentação de estradas de rodagem, etc.”

Caio Mário, acima visto mais contido no tocante à extensão do gravame aos projetistas, parece entender bem largo o conceito das obras consideráveis (*Responsabilidade Civil*, Forense, p. 220).

Lembra como exemplo, “pontes, viadutos, edifícios de toda espécie”. E, adiante, cita Hely Lopes Meirelles para lembrar que “a alusão a obras de grande vulto não se aplica restritivamente a edifícios porque para estes não se exige a vultuosidade”.

Vê-se assim o mestre civilista mineiro a concluir que, em regra, edifícios, quaisquer deles, estarão compreendidos na regra do art. 1.245, e quanto a demais obras, aquelas padeceriam de ser capituladas como vultosas ou consideráveis. Assim sendo, será vasta e ampla a abrangência da expressão do art. 1.245, se adotarmos o largo conceito de edifícios que a melhor doutrina emprega, como Alfredo de Almeida Paiva (*Aspectos do Contrato de Empreitada*, 1.^a ed., p. 88): “Todas as construções, destinadas à habitação ou a quaisquer outro fim que com ela se relacione”; ou como Franzen de Lima: “construções consideráveis, destinadas à moradia do homem, ao estabelecimento de suas atividades, como o comércio e a indústria; às habitações coletivas, como colégios, hospitais, quartéis ou outros ...”.

Então, já porque edifícios serão, por natureza, obras consideráveis, a compreensão do que dispõe o art. 1.245 será bem ampla, incluindo a grande parte das obras públicas ou privadas que sejam enfim destinadas a durar.

Sim, porque talvez Costa Senna (*Da Empreitada no Direito Civil*, 1.^a ed., 1935, p. 8) tenha especificado o grande elemento diferenciador: “Distintivo mais preciso é o da durabilidade, porque ninguém se abalança a erigir obras consideráveis por pouco tempo”.

Na mesma precisa observação sobre a durabilidade da obra coloca-se Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, v. 44/378, Borsoi, Rio de Janeiro).

Em recente e valioso trabalho monográfico sobre a *Responsabilidade Civil do Construtor* (Forense, Rio de Janeiro, 1990, p. 68) a Dra. Ann Helen Wainer pesquisa a questão da doutrina brasileira e estrangeira, concluindo ainda aí pelo elemento distintivo da durabilidade da construção para qualificar se a obra sujeitará ou não seu empreiteiro à responsabilidade do art. 1.245 do CC.

Admitindo-se uma certa obra como “considerável” para fins da norma em questão, surge outro dos pontos de consideração sobre o preceito do art. 1.245, no que apenas os defeitos que digam respeito à “solidez e segurança” da obra ali são contemplados.

Temos aqui, em doutrina, uma forte inclinação em ver com abrangência essa expressão, no sentido de ali se incluir aqueles defeitos que tornem a obra *imprópria* ou *inadequada* a seu uso.

Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, v. 44/378, Borsoi, Rio de Janeiro), explica que:

“O conceito de solidez não apresenta dificuldades para a apreciação das espécies.

Quanto a segurança, não se pode entender que só se refira a ausência de possíveis danos provindos de desabamento, ou rompimento de paredes ou tetos ou assoalhos, 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, 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.”

Já se percebe como o grande mestre alagoano entende a expressão do art.

1.245 como abrangente de todos os prejuízos de natureza grave que os danos acarretam à obra, não apenas aos que digam respeito à estabilidade, de que cuida o termo "solidez".

No seu excelente trabalho monográfico, a Dra. Ann Helen Wainer (ob. cit., p. 70) refere-se ao estudo de Mário Moacyr Porto (RT 623/87) onde se explica de modo bem claro que: "Todo defeito que compromete a destinação do imóvel, se inclui na garantia quinquenal, pois "segurança" também significa garantia de que a construção serve, a contento, o fim para que foi construída ou destinada".

Esse entendimento também coincide com o de Aguiar Dias (*Da Responsabilidade Civil*, v. 1.º Forense, p. 356).

"A obrigação que o empreiteiro de construções assume é uma obrigação de resultados. Assim, deve ele garantir ao dono da obra, nos termos do contrato, a solidez da obra e a sua capacidade para servir ao destino para que foi encomendada".

De igual maneira, Sobral Pinto no seu artigo "Responsabilidade das Construções" (in RF 88/535) fala em "solidez e segurança indispensáveis a seu uso normal".

O que nos parece então é que para os fins daquela norma legal, de se obter a cobertura da responsabilidade extra ali criada, defeito ou danos que afetem a *solidez e a segurança da obra* dizem respeito a seqüelas que tornem a construção inadequada ou imprópria à sua destinação.

Não se considerariam assim danos que não disserem respeito ou não restringirem em nada a utilização do objeto construído. Mas todo e qualquer defeito que importar em diminuição, redução ou qualquer impedimento ou perda na capacidade e na qualidade de uso da obra feita estará ali compreendido.

Em Acórdão de 1981 o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (in *Jurisprudência Brasileira*, n. 128) decidiu

que simples infiltração de água e umidade no apartamento apresenta dano coberto pelo art. 1.245, por afetar a solidez da obra, no que seu pretendido uso fica prejudicado.

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro há um Acórdão de 16.4.86, em grau de Embargos Infringentes, do 2.º Grupo de Câmaras Cíveis (ADCOAS, 1986, n. 110.174), onde se afirma que: "A disposição legal não se restringe àqueles danos que importem na ruína e desabamento de toda a obra, mas aplica-se a cada detalhe em particular. Em um caso como em outro, o dono da obra, que não é técnico, não tem meios de divisar os defeitos parciais, sempre ocultados pelo construtor mediante recursos conhecidos, de massa e de pintura".

Fica quase isolado, neste particular, o opinamento de Caio Mário, que, como vimos, é quase sempre mais estrito na análise dessa especial responsabilidade (ob. cit., p. 12): "Somente estão em risco a solidez e segurança do edifício ou da construção quando surge defeito que, por sua natureza, importe ruína, esboroamento, destruição, perecimento, sejam efetivamente já verificados ou que ameacem ocorrer."

Nesse primeiro plano dos civilistas brasileiros só encontramos com ele Silvio Rodrigues (*Direito Civil Aplicado*, S. Paulo, Saraiva, 1981, p. 288) também abordando a tese de que a "solidez e segurança" como citados no art. 1.245, hão de ser conceitos de estrita interpretação.

Por mais extensamente debatidas em tese, e na prática jurisprudencial, que sejam essas questões ligadas ao tipo normativo do art. 1.245 do CC, maior peso tem ainda o questionamento sobre a natureza própria dessa responsabilidade ali criada, se de ordem pública, ou não, já que, na primeira hipótese, o contrato, a convenção das partes, não poderia suprimi-la, ou mesmo modificá-la, e na segunda alternativa essa mudança convencional seria aceitável e válida.

Carvalho Santos (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. 17/352) reputa a responsabilidade como extracontratual, de interesse e ordem pública: "Em verdade, todos os cidadãos são interessados na construção de edifícios e obras, com os quais vêm a ter contato por força das circunstâncias, pois só assim serão evitados desastres irreparáveis."

Já Aguiar Dias (*Da Responsabilidade Civil*, v. 1/360) afirma: "Que as relações entre o empreiteiro e o dono da obra, são indubitavelmente, de ordem contratual."

Como Aguiar Dias alinham-se Costa Sena (*Da Empreitada no Direito Civil*, 1.ª ed., 1935, p. 68) e Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, v. 44/405).

Miranda Carvalho (ob. cit., p. 222) especialista, e bem analítico dessa característica responsabilização, conclui, com erudita assentada em Aubry & Rau, Gabba, Mário Vella Laurent, e outros, que: "... a responsabilidade quinquenal do empreiteiro é de ordem pública e a convenção das partes pode apenas aumentá-la, e não dispensá-la ou diminuí-la."

Com o mestre Carvalho Santos e Miranda Carvalho, pelo caráter público e extracontratual da norma do art. 1.245 filiam-se também Almeida Paiva (*Aspectos dos Contratos de Empreitada*, 1.ª ed., p. 94) e Serpa Lopes (*Curso de Direito Civil*, v. IV, 3.ª ed., p. 177).

A nós convence essa percepção mais longa, e mais requintada, dessa responsabilidade especial. Para além de um estreito caráter contratual apenas por se encontrar nos capítulos obrigacionais do Código, ressalta a consideração de que esse ônus todo particularizado imposto aos empreiteiros objetivou certa segurança da comunidade, à qual as obras de maior porte afetam ou podem afetar, interessam ou devem interessar, envolvendo a integridade física e os bens de terceiros, o que, no dizer perfeito de Serpa Lopes, "excede aos limites subjetivos do contrato, restrito às partes contratantes".

Observamos uma sólida tendência jurisprudencial neste sentido. Os seguintes acórdãos foram encontrados lastreando o caráter público, extracontratual, da responsabilidade criada no art. 1.245 do CC:

— Supremo Tribunal Federal, na ação do condomínio do Ed. Morena contra a Construtora Adolpho Lindenberg S/A (*RTJ/76-1985*).

— Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na ação da Cia. Patrimonial de Seguros Gerais, contra Dalmo Lúcio Mendes de Figueiredo (*Jurispr. Bras.* 44/117-1981).

— 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, na ação do Condomínio do Ed. Fiandeiras e outros contra Carraresi Dell'Acqua Engenharia e Construção Ltda. (*Bol. de Jurispr. ADCOAS*, 1979, n. 66.803).

— Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na ação de Holpcke Veículos S/A contra Construtora Aliança e outros (*Jurispr. Bras.* 132/117 — 1979).

— Tribunal de Justiça de São Paulo, na ação de Alexandre D. Alessandro contra IPESP (*RT* 464/310 — 1960).

Voltando ao campo doutrinário juntam-se a Carvalho Santos e a Miranda Carvalho ainda San Thiago Dantas (*Programa de Direito Civil* II/307) e Hely Lopes Meirelles (*Direito de Construir*. 3.ª ed., 243).

É ponderável assim o peso do opinamento jurídico brasileiro pelo caráter público, e pois irrenunciável, da responsabilidade inscrita no art. 1.245 do CC.

Daí a conclusão de que as partes, nos contratos de empreitada, ficam limitadas nos seus direitos de livre negociação quanto àquela responsabilidade especial do art. 1.245 do CC. Não a podem reduzir, ou em termos de encurtamento do prazo quinquenal ali consignado, ou a nível de estreitamento do escopo dos riscos cobertos do empreiteiro. Certamente sua alea negocial continua livre e aberta para possíveis agravamentos do espectro da responsabilidade, alongando

o prazo quinquenal ou emprestando mais abrangência os riscos cobertos.

Fixando o dispositivo um prazo de cinco anos e dizendo ele respeito a uma responsabilidade especial do empreiteiro — já vimos, extrapolando, fugindo do cerco contratual para o interesse público — muito se tem discutido, ao longo dos tempos, sobre a natureza jurídica desse prazo quinquenal.

A questão aqui surge e se desenvolve em função e pelo fato de que são distintos os momentos da ocorrência do defeito ou dano na obra, e da propositura da ação indenizatória daí decorrente.

Existe um entendimento de que esse prazo quinquenal do art. 1.245 dirige-se à propositura da ação judicial correspondente, sendo decadencial. Nessa vertente, se o dono da obra não ajuizar o pleito indenizatório naquele período, contado desde a aceitação da obra, perde o direito de postular compensação pelas seqüelas danosas.

Nesta linha se manifestam Cunha Gonçalves (Dos Contratos Especiais, Ed. Ática, Lisboa, p. 159), Caio Mário Pereira (ob. cit., p. 289) e Costa Sena (ob. cit., p. 73).

É admissível que tal ponto de vista encontre assento na norma de direito francês que identifica na sua disposição análoga à nossa o prazo de ocorrência dos defeitos como o prazo para ajuizamento da ação indenizatória, sendo contudo de se notar que ali há um cometimento de 10, e não de 5 anos, para tal fim.

Caio Mário na recente obra *Responsabilidade Civil* (Forense, Rio de Janeiro, 1980, p. 222) volta a sustentar tal percepção quanto ao caráter decadencial do prazo do art. 1.245 suportando-se em Espínola, Cunha Gonçalves e De Page, para afirmar que: "O construtor responde pelos defeitos durante cinco anos."

Já aqui o mestre civilista, que como temos visto, se mostra quase sempre consistentemente alinhado com as posi-

ções mais restritivas, mais redutoras do espectro da responsabilização em tela, reconhece a vertente doutrinária em sentido contrário, representada por Hely Lopes Meirelles, e afirma que, ao elaborar o Projeto do Código de Obrigações em 1965 fez, ele autor, "Constar o prazo de garantia de cinco anos, estabelecendo que a ação deveria ajuizar-se nos seis meses que se seguirem ao aparecimento do defeito", evoluindo o civilista pois ao admitir muito mais sentido no caráter de garantia do prazo, ainda que não se conceba porque foi ele cometer prazo prescricional de apenas seis meses, e tal como se tratasse de vícios redibitórios, e não a tão-somente se conformar com o prazo prescricional comum.

A nós nos ressalta contudo algumas questões que colocam em risco a propriedade lógica e mesmo jurídica desse entendimento subscrito pelo mestre civilista mineiro e que empresta ao prazo do art. 1.245 caráter decadencial ou prescricional.

Se, por exemplo, nos últimos instantes, no último dia daquele prazo quinquenal, onde a responsabilidade do empreiteiro vige com igual validade, ocorresse o defeito, o grave dano na sua obra, quem quer que seja, com legitimidade, afrontado por tal evento, não poderia fazer valer a sua pretensão indenizatória, porque já ali estará acontecendo a decadência do direito ao pleito correspondente.

O que se mostra mais razoável portanto, é mesmo mais consentâneo com o espírito que permeia essa responsabilização e também com os próprios termos da expressão legal específica, é que o prazo cometido nesse art. 1.245 seja um claro prazo de garantia, não havendo ali previsão de prazo prescricional para a ação, em vista do que, como diz Miranda Carvalho (ob. cit., p. 270/272) "... bem é de ver que a (lei) a sujeitou a prescrição comum."

Com muita propriedade, Miranda Carvalho, prosseguindo, mostra como se apercebeu do verdadeiro contra-senso que representa aquela concepção sobre termos decadenciais da responsabilidade em tela:

“Não estatuinto nenhum prazo de prescrição para o caso em apreço o Código Civil afastou uma situação injusta e disparatada, qual fosse a de, igualando o prazo da responsabilidade excepcional do empreiteiro ao da prescrição da ação do empregador para efetivá-la, denegar a este tal ação quando o vício aparecesse no último dia do quinquênio, ou em geral, a de admitir o curso de um prazo de prescrição antes de nascer a ação por ele visada, cujo nascimento depende, em absoluto, da aparição daquele vício em qualquer dia do prazo extintivo.

Almeida Paiva (ob., cit., p. 100) também corrobora a tese de que o termo quinquenal reporta-se ao surgimento dos danos, não ao ajuizamento da ação: “o que a lei toma, portanto, indispensável, é o aparecimento dos vícios ou defeitos da construção dentro dos 5 (cinco) anos estabelecidos a contar da sua respectiva entrega e recebimento, pouco importa se no início ou no último dia.

“Verificada a existência de tais defeitos, começa a correr o prazo de prescrição para o exercício da respectiva ação de indenização, que, à falta de dispositivo legal, terá de reger-se, incontestavelmente, pelo princípio da prescrição comum aos direitos pessoais.”

Nessa mesma orientação escrevem Carvalho de Mendonça (ob. cit., p. 108) Hely Lopes Meirelles (ob. cit., p. 240), Carvalho Santos (ob. cit., p. 317) entre outros.

Também nesta linha se pronunciam Aguiar Dias (ob. cit., p. 330), Pontes de Miranda (ob. cit., p. 405) San Thiago Dantas (ob. cit., p. 307) e muitos outros. A Dr.^a Ann Helen Wainer, nessa sua

preciosa monografia (ob. cit., p. 149) refere-se entre outros, ao julgado na 1.^a Turma do STF na Ap. Cível 10.421 de 25.11.48 (RF 127/433) e da 3.^a Câmara Cível do TJSP, na Ap. Cível 30.019-1, j. 3.5.53, claramente definido pela independência entre os prazos de garantia dessa responsabilidade do empreiteiro, e de prescrição da ação que busque seu atestado judicial.

Já vimos como avaliam essa provisão legal aqueles como Caio Mário, que julgam decadencial o prazo do art. 1.245, compreendendo portanto como definitivamente extinta aquela responsabilidade do empreiteiro findos os cinco anos de entrega da obra.

Os que partilham, contudo, da compreensão diversa, mais judiciosa, a nosso ver, como a Dr.^a Ann Helen Wainer (ob. cit., p. 150), estes esclarecem que o prazo de garantia recomeça a fluir integralmente a contar de cada reparo feito, de tal modo que a segurança e solidez da obra reparada permaneça sob guarda da asseguuração quinquenal, o que é a expressão clara do Acórdão da 9.^a Câmara Cível do TJRJ, j. 19.11.80 (Reg. no TJRJ, j. 19.12.80): “Responsabilidade do construtor. O prazo de cinco anos recomeça, apesar de se tratar de período prestes a se extinguir, se o construtor realiza obras de reparo e estas se revelam insatisfatórias, continuando comprometidas a segurança e solidez da construção”.

Desta pequena análise, um pouco “a vol d’oiseau”, sobre a norma do art. 1.245 do CC, podemos ver a importância da responsabilização ali cometida aos empreiteiros em função de problemas, de defeitos, de seqüelas em determinadas construções, e que falam de perto à coletividade como um todo, ainda que muito especialmente ao dono da obra.

O mais consistente posicionamento doutrinário acima visto sobre a qualificação do prazo quinquenal como termo de mera garantia, não como marco

decadencial ou prescricional, se desdobra ainda na observação, muito importante, de que os defeitos (de solidez e segurança) surgidos após o decurso daquele prazo, não se deparam necessariamente com ausência de responsabilização por parte do construtor.

Naturalmente que, sendo o prazo do art. 1.245 um simples marco de garantia,

os defeitos até ali surgidos induzem culpa presumida do empreiteiro, ao passo que os que se verificam após aquele decurso, vão demandar do interessado a prova devida de culpa, observando-se aí a disposição do prazo (o prazo comum) vintenário para o ajuizamento do necessário pleito.

Rio de Janeiro, junho/1993.