A INFLUÊNCIA ROMANA NO CONTRATO DE EMPREITADA DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

ELIZA CRISTINA GONÇALVES DIAS[1]

I. INTRODUÇÃO

Desde as sociedades mais primitivas é possível observar que, para viabilizar sua subsistência e uma melhor organização social, os homens começaram a firmar acordos para troca de mercadorias e divisão de trabalho visando suprir suas necessidades e levando em conta suas aptidões pessoais. Esses compromissos, para prover as necessidades pessoais, deram origem aos contratos.

Os contratos são acordos de vontade, expresso, de duas ou mais pessoas, visando constituir uma obrigação. Eles são, portanto, uma das fontes originárias das obrigações, juntamente com o quase-contrato, o delito e o quase-delito, como lê-se nas Institutas de Justiniano 3, 13, 2: «*Sequens divisio in quatuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aux maleficio, aut quasi ex maleficio*».

Essa obrigação, que tem o contrato como uma de suas formas de constituição, é o vínculo jurídico de sujeição do devedor ao credor por meio do qual aquele se obriga a alguma prestação, segundo o direito civil: «*Obligatio est iuris uinculum, quo necessitate adstrigimur alicuius soluendae rei secundum nostrae ciutatis iura*», Institutas 3, 13.

A relação daí constituída é de direito pessoal e não real, ainda que possa ter como objeto (prestação) a entrega de alguma *res*, já que dela decorre uma submissão entre pessoas e não entre coisa e pessoa. O que vai preponderar nas relações obrigacionais é dever jurídico, de caráter patrimonial, que nasce entre os sujeitos envolvidos, que é sempre uma prestação pessoal traduzida por um dar, um fazer ou um não fazer.

O instituto objeto da presente pesquisa envolve uma relação obrigacional oriunda de um contrato, que possui como objeto um fazer, como será explanado. *Locatio conductio* era o nome do contrato que englobava três finalidades diferentes.

Modernamente costuma-se tratar esses três objetos contratuais separadamente, como se tratassem de três contratos distintos, mas, adentrando melhor na matéria, não parece ser esse o regramento feito pelos romanos.

[1] Professora de Direito Romano e de Direito Civil do Centro Universitário 7 de Setembro – Uni7; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0594

II. O CONTRATO DE *LOCATIO CONDUCTIO* NO DIREITO ROMANO

A *locatio conductio* foi tratada de maneira unitária pelos romanos, mas não se pode afastar o fato de que o mesmo contrato tratava de três situações com características bem distintas. E isso se percebe de maneira clara quando se analisa o Título II do Livro XIX do Digesto em que está disciplinada a *locatio conductio*. Nesse título foi abordado o contrato de locação de coisas, de serviços e de obras, sob a mesma terminologia e como se fossem modalidades de um contrato de locação.

A presente pesquisa tem foco em uma das modalidades de *locatio* romana, a *locatio operis*, locação de obra ou, como denomina-se atualmente, o contrato de empreitada. Mas, como o contrato é unitário e engloba regramentos referentes a outros objetos, abordar-se-á os aspectos gerais que se estende às três modalidades de locações e os regramentos só aplicáveis à *locatio operis.*

2.1. Definição e Caracterização

Caracterizava-se, a *locatio conductio,* por ser um contrato consensual, bilateral, oneroso, de direito das gentes e de boa fé[2], em que uma pessoa locava um bem, seus serviços ou uma obra para outra pessoa.

Para os romanos, as obrigações decorrentes de contratos podiam ser formadas de quatro maneiras, pela tradição da coisa, pelas palavras, por escrito ou só pelo consentimento[3]. O contrato de locação era consensual por se formar, apenas, através do consentimento, ou seja, não se fazia necessário nenhum requisito para formação desse acordo, apenas a mútua aceitação, bastava que ambos os sujeitos concordassem acerca da obrigação.[4]

Por não impor nenhuma formalidade especial para celebração do contrato, ele podia, inclusive, ser celebrado entre ausentes, através de carta ou por um mensageiro, por exemplo.

Tratava-se de contrato bilateral perfeito, uma vez que ambas as partes eram oneradas em alguma medida, havia uma reciprocidade de prestações, essa característica fica ainda mais ressaltada quando se verifica que existiam duas ações visando resguardar os direitos inerentes a esse contrato, uma para resguardar o condutor e outra para resguardar o locador.

A onerosidade do contrato estava relacionada à bilateralidade, uma vez que tanto sobre o locador quanto sobre o condutor recaiam ônus e vantagens, na *locatio conductio rei, por exemplo,* enquanto um dos sujeitos dava um bem para proveito de outro, esse

[2] D.19,2,1: «*Locatio et conductio, quum naturalis sit et omnium gentium, non verbis sed concensu contrahitur, sicuti emtio et venditio*».

[3] Como se lê nas I.13,2.

[4] I.22: «*Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus locationibus conductiunibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consenso dicitur obligatio contrahi, qui neque scriptura neque praesentia omnimodo opus est, at nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capit obligatio. Sed sufficit, eos qui negotia gerunt consentire.*»

https://doi.org/10.55104/FRDC_0594

último pagava um preço pela utilização do bem, que era chamado de *merces*[5], o que o direito brasileiro intitula de aluguel.

Era um contrato de direito das gentes, *ius gentium*, já que sua celebração não era exclusiva dos cidadãos romanos, alcançando também os estrangeiros.

Ele era um contrato de boa-fé por estar amparado pelas ações *actio conducti* e *actio locati* que eram ações de boa-fé, uma vez que o juiz deveria julgar segundo a cláusula da *ex fide bona*[6].

2.2. Espécies

Sob a designação de *locatio conductio*, como já mencionado, existiam três relações locatícias distintas, uma que se referia à clássica locação de bens, outra que tratava da locação de serviços e a última se relacionava à realização de obras.

Na locação de coisa, *locatio conductio rei*, uma pessoa usava um bem de outrem e, em troca, lhe pagava os aluguéis – mercês –, a remuneração pelo uso do bem. O *locator* era o proprietário do bem que seria objeto de uso e gozo, enquanto o *conductor* era quem desfrutava da coisa mediante o pagamento do valor, em dinheiro[7], acordado entre os sujeitos da relação obrigacional.

A locação de serviços – *locatio conductio operarum* – era aquela em que o *locator* estava obrigado a prestar serviços ao *conductor*, mediante pagamento. O objeto da obrigação era a prestação de serviços, mas não qualquer tipo de serviço, apenas os manuais, aqueles que poderiam ser prestado por escravos[8].

A locação de obra – *locatio conductio operis* – apresentava um misto das duas outras relações tratadas no contrato de *locatio conductio*, uma vez que o *locator* dava coisas, materiais, para que o *conductor* realizasse com esses materiais alguma obra.

Embora a locação de obras se assemelhasse com a locação de serviços, a diferença era que a locação de obras era uma obrigação de resultado, ou seja, o *conductor* se obrigava pelo produto final, pela obra pronta, diferente da locação de serviços em que o objeto do contrato era a prestação do serviço propriamente dito, ou seja, era uma obrigação de meio.

---

[5] D.19,2,2: «*Locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni, iisdemque iuris regulis consistit. Nam ut emtio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit.*»

[6] «*Así, en las iudicia bonae fidei las faculdades del juzgador son mmuy amplias y deberá tener em cuenta, además de las normas jurídicas, todo aquello que sea conforme la equidad y a la buena fe.*» ENNES, Luis Rodríguez; MARTINEZ, Jesús Daza. Instituciones de derecho privado romano. 4.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

[7] Não se sabe ao certo de a exigência de pagamento em dinheiro existiu sempre no direito romano, mas, na *locatio conductio rei*, tem-se uma exceção já que «[ ] na parceria rural (*colonia partiaria*), o locatário do imóvel pode obrigar-se a entregar ao locador uma quota dos frutos (*pars quota*) produzido pelo imóvel.» ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.536.

[8] «*Por ello, están excluídos, como dijimos, ciertas atividades – operae liberales o artes ingenuae – proprias del hombre libre como: las de abogado, médico, preceptor, agrimensor, nodriza, comadrona que se consideram inestimables – no suscetibles de estima o valoración económica – y que solo se pueden lograr gratuitamente, por lo que se deberá acudir a otras formas contratuales – sobre todo el mandato –*». GUTIERREZ, Ricardo Panero. Derecho Romano. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch libros, 2000. p. 581-582.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0594

A pessoalidade de prestação do serviço era outra característica distintiva das duas últimas espécies, uma vez que na locação de serviços o *locator* tinha que prestar os serviços pessoalmente e o *conductor,* na locação de obra, não era obrigado a fazer a obra pessoalmente.

2.3. *Locatio conductio operis* e seu regime jurídico

A *locatio conductio operis* consistia num acordo acerca da realização de alguma obra, o conceito de obra não se referia exclusivamente às construções ou reparos em imóveis, alcançava qualquer resultado que podia ser alcançado através de um trabalho, como a confecção de um anel por um ourives e o reparo de uma roupa.

Os sujeitos envolvidos no contrato, *locator* e *conductor*, que se referiam, reciprocamente, ao dono da obra e materiais e a pessoa que acordou que a realizaria.

A locação de obra consistia em um contrato que a prestação principal era um *facere*, e o condutor, aquele realizava a obra, se obrigava pela entrega da obra pronta, pelo resultado, que preponderava em relação ao serviço por ele desenvolvido.

Por essa razão, os romanos aproximavam o contrato de locação ao de compra e venda, dizendo que eles em muito se assemelhavam, não só em relação às características do contrato, a exemplo da consensualidade e da boa-fé, que também caracterizavam a compra e venda, mas porque havia a entrega de uma coisa e o pagamento por ela.

No entanto, a diferença entre um contrato e outro era que, na compra e venda, ainda que se entregasse algo produzido em troca de retribuição, o comprador não fornecia os materiais para que se realizasse a confecção do bem, já na *locatio conductio* a pessoa que encomendava a obra, fornecia os materiais para sua execução, como explica Gaio:

> *Digesto 19, 2, 2: «Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio. ut ecce si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo anulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio? sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse. quod si ego aurum dedero mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.»*

Por conseguinte, o *locator* tinha duas obrigações, a de entregar os materiais e a de pagar pela obra realizada. Quanto aos materiais, já restou claro que para os romanos era um traço característico do contrato e que o diferenciava da compra e venda.

No que se refere ao pagamento da obra, o preço por ela – *merces* – deveria ser ajustado pelos contratantes, e a ausência da pactuação acerca do preço desconfigurava o contrato de *locatio conductio operis*, o acordo sobre o preço era essencial para sua existência, como percebe-se nessa passagem das Institutas de Justiniano15, 1:

> *«Et quae supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem et de locatione et conductione dicta esse intellegamus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. qua de causa si fulloni polienda curandave aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit nulla statim mercede*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0594

constituta, sed postea tantum daturus quantum inter eos convenerit, non proprie locatio et conductio contrahi intellegitur, sed eo nomine praescriptis verbis actio datur.»

Os valores referentes à consecução do trabalho eram, normalmente, pagos ao final e, embora o interesse fosse pela sua conclusão, e o pagamento da *merces* levasse isso em conta, se a obra fosse feita por partes e fosse do tipo que se averigua através de medidas, considerava-se que devia ser feita a medição para calcular o pagamento, D. 19.2.30.3:

«Qui aedem faciendam locaverat, in lege dixerat: «quoad in opus lapidis opus erit, pro lapide et manupretio dominus redemptori in pedes singulos septem dabit»: quaesitum est, utrum factum opus an etiam imperfectum metiri oporteret. respondit etiam imperfectum.»

O trecho acima também nos faz concluir que era possível acordar pelo pagamento parcelado para que o *locator* acompanhasse o andamento da obra[9] e esse tipo de acordo fazia especial sentido quando o objeto do contrato era uma obra de grande vulto.

Tratando-se da execução da obra, não importava se o *conductor* a executava pessoalmente ou com o auxilio de terceiros, a não ser que o contrato fosse celebrado em virtude de alguma característica especial do *conductor*[10]. No primeiro caso, ele só era responsável pelos atos praticados pelos auxiliares se nomeasse pessoas imperitas ou que não tinham aptidão para o trabalho.

Como consequência, não existia um dever de obediência ou uma submissão do *conductor* às ordens do *locator*, o que ocorria era um compromisso quanto à entrega de um serviço acabado, que seria realizado no prazo acordado entre o dono da obra e aquele que se obrigou a executá-la, e, se nada tivesse sido disciplinado pelos sujeitos quanto ao prazo, devia-se considerar os usos e costumes para concluir que a obra devia ser realizada no período que normalmente se fazia necessário para produzir uma obra do mesmo porte, D.19,2,58:

«In operis locatione non erat dictum, ante quam diem effici deberet: deinde, si ita factum non esset, quanti locatoris interfuisset, tantam pecuniam conductor promiserat. eatenus eam obligationem contrahi puto, quatenus vir bonus de spatio temporis aestimasset, quia id actum apparet esse, ut eo spatio absolveretur, sine quo fieri non possit.»

Mas, ao *conductor* cabia executar a obra da maneira que se havia acordado, considerando as técnicas próprias para obtenção do resultado almejado pelo dono da obra, se ocorresse alguma mudança na execução da obra por vontade do *locator*, aquele não podia ser responsabilizado, D.19.2.60.3:

---

[9] Como também preceitua BORKOWSKI, Andrew. Textbook on Roman law. 2. ed. London: Blackstone Press, 1997. p. 286.

[10] Nesse sentido, Zimmermann: «*The decisive feature of all these transations is that the costumer was not interested in the services or the labour as such, but in the product or resulto of such labour. Indded, he usually was not even interested in whether the conductor performed in person or whether he drew on the assistance of his employees. The conductor was responsible for producing the result; how he did this was (usually) up to him.*» ZIMMERMANN, Reinhard. The Law of obligations: Roman Foudations of the Civilian Tradition.New York: Oxford University Press, 1996. p. 394.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0594

> *«Lege dicta domus facienda locata erat ita, ut probatio aut improbatio locatoris aut heredis eius esset: redemptor ex voluntate locatoris quaedam in opere permutaverat. respondi opus quidem ex lege dicta non videri factum, sed quoniam ex voluntate locatoris permutatum esset, redemptorem absolvi debere.»*

Sucedia, nessa hipótese, uma relativização do princípio do *pacta sunt servanda*, já que o contrato originário havia sido alterado durante seu cumprimento, mas, por esse descumprimento contratual, não respondia o *conductor* por ser fruto da vontade de quem tinha interesse no produto final da obra.

Outro ponto importante no regime jurídico da locação de obras era a sua aprovação. Ela, em regra, cabia ao *locator*, salvo determinação em contrário pelos sujeitos contratuais, já que estes podiam, inclusive, atribuir a um terceiro a incumbência de validar a obra.

Se o acordo fosse de que restava ao arbítrio do *locator* ou de um terceiro a aprovação, esperava-se deles que agissem com a mesma diligência de um bom pai de família, já que se tratava de um contrato embasado na boa-fé.

A faculdade de aprovação não podia ficar relegada ao capricho do *locator* ou do terceiro, a desaprovação da obra deveria ser motivada, levando em consideração a qualidade da obra, D. 19.2.24:

> *«Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset, idemque servatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit. idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit, pertinet, nisi id ipsum lege comprehensum sit. quibus consequens est, ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit.»*[11]

A extinção do contrato acontecia, principalmente, de três maneiras, pela conclusão da obra, pela morte do *conductor,* se o contrato fosse personalíssimo devido a algum atributo seu, ou pela impossibilidade de concluí-la. Essa última forma abordar-se-á no próximo tópico em que será estudada a responsabilidade pelo insucesso da obra ou pelo perecimento dos materiais.

2.4. Teoria dos riscos

Havia responsabilização do realizador da obra se agisse com imperícia profissional, se a obra tivesse sido tomada em virtude de sua especialidade técnica, D. 19, 2, 9, 5:

> *«Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam libro octavo digestorum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit.»*

[11] «*If it is providede in a lease clause [of a job] that the owner is to judge the work acceptable, this is construed to mean that what they had called forwas the judgment of na upright man, and the same rule holds had they provided for judgment by some third party.*» BORKOWSKI, Andrew. Textbook on Roman law. 2. ed. London: Blackstone Press, 1997. p. 286.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0594

Como, para caracterizar a *locatio conductio operis,* o *locator* fornecia os materiais que seriam utilizados na obra, o *conductor* era responsável pela custódia dos materiais que lhe fossem entregues[12], respondendo por sua guarda.

A obra ficava sob a responsabilidade do *conductor* até que fosse aprovada, D. 19,2,36:

> *«Opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculum est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est,», mas, correriam os riscos às custas do locator se por sua desídia a obra não for aprovada, «quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur.»*

Continuando a mesma passagem do Digesto, Florentino diz, contudo, que se por motivos de força maior a obra perecesse antes da aprovação, os riscos eram do *locator*, se outra coisa não tivesse sido acordado, porque do *conductor* não se pode exigir mais do que seu trabalho e cuidado:

> *«si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset.»*

Para perquirir de quem era a responsabilidade pelo insucesso da obra, era essencial saber se ela já havia sido aprovada ou não, já que a regra geral era a de que antes da aprovação o *conductor* era responsável pelo perecimento da obra e, após a aprovação, a responsabilidade recaía sob o *locator*.

Em outra passagem do Digesto percebe-se a distribuição equitativa dos riscos, narrou-se sobre a destruição de um canal em que a construção tinha sido objeto de contrato de locação de obra. A solução encontrada foi a de que, se a destruição decorresse de algum vício no solo quem responderia pelos prejuízos seria o *locator*, mas se decorresse de vício na obra, cabia ao *conductor* suportar os prejuízos[13].

2.5. As ações que protegiam o locador e o condutor

Do contrato de locação de obra extraía-se duas ações, a *actio conducti*[14] que visava proteger o *conductor*, aquele que executava o trabalho, e a *actio locati*[15] que protegia *locator*.[16]

---

[12] «Quanto a danos causados na coisa que lhe é entregue, é provável que o locatário respondesse por custódia, afastada pelo risco que onera o locador se o contrário não for acordado.» SANTOS JUSTO, A. Breviário de Direito Privado Romano. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 184.

[13] D. 19.2.62: «*Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. paulus: immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.*»

[14] D.19,2,25,1: «*Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.*

[15] D.19,2,48: «*Si cui locaverim faciendum quod ego conduxeram, constabit habere me ex locato actionem.*»

[16] Nesse sentido, TABOSA, Agerson. Direito Romano. 3.ed. Fortaleza: FA7, 2007. p.288

https://doi.org/10.55104/FRDC_0594

Essas ações podiam ser usadas nas hipóteses de inexecução contratual, pela necessidade de responsabilizar algum dos contratantes pelo perecimento dos materiais, pela não aprovação da obra ou pelos riscos dela inerentes.

Interessante passagem do Digesto explica que o *conductor* que pegasse vestidos para lavá-los e eles fossem ruídos por ratos, seria responsabilizado através da *actio locatio*, o mesmo ocorreria *conductor* que entregasse as roupas erradas para o *locator*, nos dois casos, tratava-se de trabalho de lavanderia, como lê-se:

> *«Si fullo vestimenta polienda acceperit eaque mures roserint, ex locato tenetur, quia debuit ab hac re cavere. et si pallium fullo permutaverit et alii alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etiamsi ignarus fecerit.»*

Outro trecho importante do Digesto é aquele que esclarece que era possível que o *locator* que contratasse a obra mediante pagamento por dia de trabalho, se protegesse por meio da *actio locati* se a obra restasse defeituosa.

A solução apontada por Javoleno foi de que era possível exercer contra o *conductor,* que fizesse uma obra defeituosa, a ação visando responsabilizá-lo pelo descumprimento do contrato, já que a obrigação era de receber a obra pronta, ao final, ainda que o pagamento fosse por dia. A não ser que o acordo fosse de que o *conductor* receberia por dia de realização de trabalho e que a construção correria ao arbítrio do dono da obra. Nessa situação não seria possível cobrar do *conductor* a prova de que havia executado corretamente a obra[17].

III. A LOCAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O Código Civil brasileiro de 1916, à semelhança dos Códigos Civis da década de 80, era impregnado de raízes romanísticas, a influência era tanta que o capítulo IV intitulado de «Da Locação» havia o regramento de três locações, uma que era chamada de locação de coisas, outra chamada de locação de serviços e, a última, chamava-se empreitada, referindo-se ao contrato de locação de obra ou *locatio conductio operis* romano.

Com o advento do Código Civil de 2002, o tratamento dado a algumas disciplinas legais foi modificado. Abordando especificamente o contrato de locação, diferente do que era feito pelos romanos, tem-se as três espécies de *locatio conductio* disciplinadas distintamente e sob espécies contratuais próprias.

O contrato de locação de bens é bastante semelhante à *locatio conductio rei* dos romanos, essa espécie contratual é regulamentada pelo Código Civil e pela lei 8.245 de 1991, Lei de Locação de Predial e Urbana. Pelo contrato de locação de bens, uma pessoa

[17] D. 19, 2, 51, 1: *«Locavi opus faciendum ita, ut pro opere redemptori certam mercedem in dies singulos darem: opus vitiosum factum est: an ex locato agere possim? respondit: si ita opus locasti, ut bonitas eius tibi a conductore adprobaretur, tametsi convenit, ut in singulas operas certa pecunia daretur, praestari tamen tibi a conductore debet, si id opus vitiosum factum est: non enim quicquam interest, utrum uno pretio opus an in singulas operas collocatur, si modo universitas consummationis ad conductorem pertinuit. poterit itaque ex locato cum eo agi, qui vitiosum opus fecerit. nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur: tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur.»*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0594

entrega uma coisa fungível para uso e gozo temporário de outrem, em troca de uma remuneração.

A *locatio operum*, locação de serviços, é a convenção que deu origem ao contrato de trabalho do direito brasileiro, embora esse tipo contratual apresente características bastante distintas daquelas desenvolvidas pelo direito romano, uma vez que a exegese do direito do trabalho está relacionada à proteção de um dos sujeitos envolvidos na relação obrigacional, o trabalhador, e na locação de serviços, do direito romano, havia maior equilíbrio entre os sujeitos da relação contratual.

Para além disso, existirá uma relação trabalhista quando houver, na prestação de serviços, pessoalidade, subordinação, não eventualidade e remuneração, como preceitua o artigo 3.º da Consolidação das Leis do Trabalho. Não há especificidade quanto ao serviço prestado, como acontecia no direito romano que só permitia serviços manuais, típicos de escravos.

O código civil também disciplina a prestação de serviços, mas de maneira subsidiária, regendo, apenas, as relações que não se sujeitarem às leis trabalhistas ou outra legislação especial, a marca característica da prestação de serviços do código civil é a existência de uma obrigação de fazer.

E, tratando da última figura abordada pelos romanos, a *locatio conductio operis*, o direito brasileiro, desde o código de 1916, nomeou esse contrato de empreitada, ele será o objeto de estudo dos próximos tópicos, tentar-se-á perquirir a influência do direito romano no contrato de empreitada.

3.1. Do contrato de empreitada: Definição e Caracterização

O contrato de empreitada civil é aquele em que uma pessoa interessada na confecção de uma obra (o dono da obra, empreitante ou empreitador) contrata outra para que a execute, o empreiteiro.

O empreiteiro é alguém especializado para o serviço, nas obras civis, por exemplo, é um engenheiro civil, arquiteto ou uma empresa de construção civil.

Aqui, diferente do que ocorria no direito romano, o traço distintivo entre a empreitada e a compra e venda não está na entrega ou não dos materiais para a confecção da obra, mas no acordo feito pelos interessados. Perceba, se adquiro uma casa já acabada, disponível no mercado, o contrato é de compra e venda, mas se contrato alguém para construir uma casa, o contrato é de empreitada.

A doutrina é assente sobre a possibilidade de utilizar a empreitada para confecção de obra de qualquer natureza, desde que se trate de confecção de bens corpóreos, mas como contrato típico, regulamentado expressamente pela lei, só as de natureza civil, como as construções de imóveis comerciais, residenciais, obras viárias, reformas de imóveis, etc.

O contrato tem como características, as mesmas do contrato romano, a consensualidade, bilateralidade e onerosidade. Ele também se aperfeiçoa por meio do acordo de vontades feito pelos contratantes, sem a necessidade de outras formalidades, por isso consensual. A bilateralidade diz respeito à reciprocidade de obrigações, enquanto o empreiteiro faz a obra, o dono da obra paga o valor acordado por ela. E, diz-se oneroso, por trazer impactos econômicos para ambos os contratantes.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0594

3.2. Espécies

As espécies de empreitada trazem um dos traços distintivos mais marcantes entre esse contrato e aquele desenvolvido pelos romanos, já que eles acreditavam que era necessário a entrega dos materiais pelo dono da obra, e que isso diferenciava o contrato de *locatio conductio* do de compra e venda[18].

Já no direito brasileiro, segundo a lei civil, a empreitada se divide em duas espécies, a depender do uso ou não dos materiais do empreiteiro, como preceitua o artigo 610 do Código Civil, senão vejamos: «O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais.»

Diante dessa determinação, a lei indicou a existência de duas espécies de empreitada, a de lavor e a empreitada mista. A empreitada será de lavor quando o empreiteiro se obriga a fornecer, apenas, seu trabalho para a consecução da obra. Em contrapartida, se além do trabalho, o empreiteiro também fornecer os materiais necessários para a obra, a empreitada será mista ou, também chamada, de lavor e materiais.

Não há presunção de que o empreiteiro fornecerá os materiais, será empreitada mista se houver determinação legal nesse sentido ou acordo entre os contratantes.

Ulhoa explica que para as obras de pequeno porte faz mais sentido contratar a empreitada só de lavor e o dono da obra proceder a compra dos materiais destinados à construção, fazendo orçamentos e negociando os preços no mercado, dessa forma ele poderá escolher os materiais que o interessam e até reduzir os custos da obra[19].

Já as obras de grande porte, recomenda-se a utilização da empreitada mista devido a complexidade do serviço, nesses casos, diferentemente do que ocorria no direito romano, o empreiteiro é uma empresa de construção civil, especializada em obras, e que tem expertise sobre os melhores materiais, além da quantidade certa para a compra.

A doutrina aponta, ainda, a existência de um terceiro tipo de empreita que é a empreitada sob administração, nessa o empreiteiro administra as pessoas contratadas pelo dono da obra, a exemplo dos pedreiros, pintores e demais trabalhadores do ramo de construção civil.

3.3. Regime jurídico

A impessoalidade é um traço conformador da empreitada do direito brasileiro, a obrigação também é de resultado, não sendo necessário que o empreiteiro execute os serviços pessoalmente, sua morte também não acarretará a extinção do contrato, salvo se ele tiver sido celebrado em atenção às qualidades pessoais do empreiteiro[20].

---

[18] Como se lê nas Institutas de Jsutiniano, 14, 4: «*Item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio contrahi videatur, an locatio et conductio? et Cassius ait, materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem et conductionem. sed placuit, tantum emptionem et venditionem contrahi. quodsi suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est quin locatio et conductio sit.*»

[19] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil 3: contratos. 6.ed. Saraiva: 2013. p.588.

[20] Código Civil, artigo 626: «Não se extingue o contrato de empreitada pela morte de qualquer das partes, salvo se ajustado em consideração às qualidades pessoais do empreiteiro.»

https://doi.org/10.55104/FRDC_0594

Por ser uma obrigação de resultado, e que é exercitada com ausência de subordinação entre o empreiteiro e o dono da obra, se esse vier a suspender a obra, terá que indenizar o empreiteiro as despesas e os lucros relativos ao que já foi executado mais um valor a título de indenização a ser calculado com base no que o empreiteiro teria ganho se a obra tivesse sido concluída, na inteligência do artigo 623 do Código Civil.

Sob o empreiteiro também recai as consequências da interrupção da obra, se a suspensão for sem justa causa, ele responderá por perdas e danos, mas se por culpa do dono ou por motivos de força maior, ele não responderá.

Outro ponto que merece destaque é o de que a empreitada não se confunde com a elaboração do projeto da obra, que é feito por engenheiros e arquitetos, para enfatizar isso, a lei civil no §2.º do artigo 610 determina que a elaboração do projeto não induz a sua execução, ou seja, a empreitada não é presumida, deve decorrer de acordo de vontade[21].

Ainda sobre o projeto da obra, merece ser pontuado que a elaboração do projeto induz outra espécie contratual, a de prestação de serviços.

O preço a ser pago pela realização da obra, à semelhança dos romanos, também pode ser pago levando-se em consideração a proporção da obra executada se ela for do tipo que se determina por medidas ou contar de partes separadas de obra[22].

A verificação e recebimento da obra também é um marco essencial e serve de parâmetro para atribuição de responsabilidade quanto aos riscos dos materiais e ao perecimento da obra, como se analisará no próximo tópico.

Merece destaque que, após concluída a obra no prazo acordado, ou diante da ausência do acordo, no prazo que se utiliza costumeiramente, o dono da obra é obrigado a recebê-la, só podendo rejeitá-la se o empreiteiro a executou afastando-se das instruções e planos técnicos que lhe foram dados[23].

Quanto à extinção do contrato de empreitada, ela pode decorrer de: 1) conclusão do contrato; 2) morte do empreiteiro, se o contrato for celebrado em razão de alguma característica pessoal do empreiteiro; 3) pela resolução no caso de inadimplemento; e 4) por rescisão contratual por parte do dono da obra, nos termos do 623 do código civil.

3.4. Teoria dos riscos

Da mesma forma que no contrato de *locatio operis*, na empreitada mista, em que o empreiteiro fornece os materiais, esses ficarão sob sua responsabilidade até o recebimento da obra pelo dono, mas se o dono estiver em mora de receber a obra, a reponsabilidade recairá sobre ele[24].

---

[21] Código Civil, §2.º, artigo 610: «§ 2o O contrato para elaboração de um projeto não implica a obrigação de executá-lo, ou de fiscalizar-lhe a execução.»

[22] Código Civil, Artigo 614: «Se a obra constar de partes distintas, ou for de natureza das que se determinam por medida, o empreiteiro terá direito a que também se verifique por medida, ou segundo as partes em que se dividir, podendo exigir o pagamento na proporção da obra executada.»

[23] Código Civil, Artigo 615: «Concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obriga– do a recebê-la. Poderá, porém, rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza.»

[24] Código Civil, Artigo 611: «Quando o empreiteiro fornece os materiais, correm por sua conta os

https://doi.org/10.55104/FRDC_0594

Por outro lado, como a empreitada brasileira permite só o fornecimento do serviço, se ela for somente de lavor, sob a responsabilidade do dono correrão todos os riscos que não forem atribuíveis ao empreiteiro.

Tartuce explica que, no contrato de empreitada, a obrigação só será de resultado na empreitada mista e, nessa hipótese, a responsabilidade do empreiteiro será objetiva. Já na empreitada de lavor, a obrigação será de meio, o empreiteiro se obriga a utilizar todo seu conhecimento técnico para a consecução da obra, sem garantir o resultado ao final, sua responsabilidade será, no ultimo caso, subjetiva, dependente da comprovação de culpa[25].

Ainda em relação aos materiais, o empreiteiro será responsabilizado, e obrigado a pagar, por aqueles que receber e inutilizar devido a sua negligência ou imperícia.

Na empreitada somente de lavor, se a coisa perecer, antes de ser entregue, sem culpa do empreiteiro e sem mora do dono da obra, o empreiteiro perderá a retribuição, a não ser que prove que a perda decorreu de defeito dos materiais e que ele havia reclamado sobre a qualidade e quantidade destes[26].

Outro ponto importante é que na empreitada mista de grande porte, edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro responderá pelo prazo de 5 anos pela solidez e segurança do trabalho dos materiais e do solo. Esse prazo decairá se o dono da obra não o exercer nos 180 dias seguintes ao aparecimento do vício.

Uma vez concluída a obra, o dono é obrigado a recebê-la, a não ser que o empreiteiro tenha se afastado das instruções que lhe foram dadas ou das regras técnicas de trabalho desta natureza.

O dono da obra pode, ao invés de recusar a obra, nessas situações, requerer o abatimento proporcional do preço.

3.5. As ações que protegem o empreiteiro e o dono da obra

Embora não se tenha, no direito brasileiro, ações próprias para tutelar o contrato de empreitada, o Código de Processo Civil de 2015 trata da tutela específica para as obrigações de fazer e de não fazer, com a possibilidade de fixação de astreintes pelo juiz para induzir o cumprimento da obrigação, nos termos artigo 497:

Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

---

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.»

[25] Nesse sentido TARTUCE, Flavio. p. 643.

[26] Código Civil, artigo 613: «Sendo a empreitada unicamente de lavor (art. 610), se a coisa perecer antes de entregue, sem mora do dono nem culpa do empreiteiro, este perderá a retribuição, se não provar que a perda resultou de defeito dos materiais e que em tempo reclamara contra a sua quantidade ou qualidade.»

https://doi.org/10.55104/FRDC_0594

A tutela específica tratada no Novo Código Processual proporciona que o credor receba exatamente o mesmo que receberia se a obrigação tivesse sido voluntariamente cumprida.

O autor da ação poderá, também, requerer a conversão da obrigação em perdas e danos, que é a conversação da obrigação de fazer em prestação pecuniária, mas o Código de Processo Civil só autoriza essa conversão nos casos de impossibilidade da tutela específica ou da obtenção do resultado prático equivalente, já que o aconselhável é que se cumpra a obrigação da forma ajustada.

IV. CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou analisar os pontos de contato entre o contrato romano de *locatio conductio operis* e o contrato de empreitada civil do direito brasileiro. Para tanto, buscou-se analisar os textos do *Corpus Juris Civilis*, em especial as determinações sobre o tema contidas no Digesto e nas Institutas e comparar com os preceitos do Código Civil Brasileiro, lei 10.406 de 2002.

Como os romanos trataram a locação em um só contrato, analisando três relações jurídicas diferentes, analisou-se também os aspectos gerais do contrato de *locatio conductio* aplicável às três relações jurídicas por ele abordadas.

O direito civil brasileiro é bastante influenciado pelo direito romano, e foi possível perceber alguns pontos comuns entre os contratos de *locatio operis* e de empreitada civil, além de outros pontos bem distintos, como se passará a discorrer.

O primeiro aspecto importante é sobre as espécies de relações jurídicas trazidas no contrato de locação, enquanto o tratamento da *locatio condutio* foi dado de maneira unitária pelos romanos, já no direito brasileiro, o mais próximo que se teve do tratamento uno foi o regramento do revogado Código Civil de 1916 que trouxe a locação de coisa, de serviço e a empreitada em um mesmo título.

Outro ponto é acerca das características do contrato, o *locatio conductio* e a empreitada assumem as mesmas características contratuais, já que ambas são onerosas, bilaterais e consensuais, para além disso, o contrato romano era regido pela boa-fé, como acontecia com os contratos consensuais. Também tinham a impessoalidade como característica, uma vez que a regra era a de que o empreiteiro/*conductor* não estava obrigado a confeccionar pessoalmente a obra e a morte do empreiteiro não acarretava a extinção dos contratos, a não ser que fosse celebrado *intuito personae*.

Sobre o objeto da prestação, o contrato de empreitada e o de *locatio conductio operis* regulamentam uma obrigação em que a prestação é um fazer e uma obrigação de resultado, já que o empreiteiro se obriga e o *conductor* se obrigava a entregar a obra pronta ao dono da obra.

Enquanto na *locatio operis* o *locator* tinha como obrigações entregar os materiais para a obra, na empreitada civil é possível o dono da obra entregar os materiais, hipótese em que a empreitada será de lavor, ou o empreiteiro pode fazer o trabalho e conceder os materiais, situação em que a empreitada será de mista (de materiais e lavor).

A aproximação entre a *locatio conductio*/empreitada e a compra e venda é debatida pelos romanos e pelo direito brasileiro, mas a locatio conductio diferenciava-se da com-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0594

pra e venda pela concessão dos materiais pelo dono da obra. Já, no direito brasileiro, a empreitada se diferencia da compra e venda analisando-se o objeto do contrato, se for a confecção de algo ainda não feito ou a reforma em um bem existente, estar-se-á diante de uma empreitada, já se o contratante compra um bem pronto e disponível no mercado, o contrato será de compra e venda.

O pagamento do preço ao final da obra é um ponto em comum entre ambos os contratos, mas a ausência de pactuação acerca do valor pago não é suficiente para desconfigurar o contrato de empreitada civil, caberá ao juiz determinar o valor a ser pago pela obra realizada, até porque se veda o enriquecimento ilícito no direito brasileiro.

A obra, em ambos os ordenamentos jurídicos, pode ser dividida em partes autônomas ou pode ser estabelecer que o preço será mensurado por meio de medidas e quantidade de materiais usados, para tanto, é possível a medição ainda que não concluída. O Digesto não deixa claro se essa medição acarretava o pagamento pelo já executado, o direito brasileiro explicita esse pagamento e, o presente trabalho, se filia a ideia de que a medição da obra inacabada em Roma trazia a consequência do pagamento da parte já realizada da obra.

A ausência de prazo estipulado para conclusão da obra induzia a suprir a lacuna contratual com os prazos usados na prática para obras semelhantes, a mesma regra se aplica ao direito brasileiro.

O empreiteiro, no Brasil, é responsabilizado se inutilizar os materiais recebidos por imperícia ou negligência, o *conductor,* no contrato romano, respondia quanto à custódia dos materiais, mas a imperícia também era analisada na forma que desenvolvia a obra, já que havia sido contratado devido a sua especialidade técnica e não podia concorrer para o perecimento dos materiais.

Os riscos da obra corriam às custas do *conductor* até a aprovação, que não respondia por eventos decorrentes de força maior por não ser possível exigir dele mais que seu cuidado e trabalho. No direito brasileiro, a obra vai correr sob os riscos do empreiteiro se ele fornecer os materiais, se tratar-se de empreitada mista, os ricos que não decorrerem de sua culpa correrão sob a responsabilidade do dono.

Em Roma, após a aprovação da obra, qualquer vício nela era assumido pelo *locator*, o direito brasileiro apresenta uma solução distinta se o contrato for de grande porte e o empreiteiro tiver fornecido os materiais, já que nessa hipótese ele continua responsável pelo sucesso e solidez da obra até cinco anos após sua conclusão;

Por fim, no que tange às ações para proteger os contratantes, enquanto os romanos tinham ações próprias para o *locator* e o *conductor*, no direito brasileiro o que se tem mais próximo é a ação que visa a tutela específica das obrigações de fazer.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BORKOWSKI, Andrew. *Textbook on Roman law*. 2. ed. London: Blackstone Press, 1997.

BRASIL. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm, consultado em 12 de março de 2018.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0594

CORRAL, Ildefonso L. García Del. *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte Institutas – Digesto*. Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889.

CORRAL, Ildefonso L. García Del. *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte Digesto***.** Tomo III. Barcelona: Jaime Molinas Edito, 1897.

ENNES, Luis Rodríguez; MARTINEZ, Jesús Daza. *Instituciones de derecho privado romano*. 4.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Contratos***.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GUTIERREZ, Ricardo Panero. *Derecho Romano*. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch libros, 2000.

SANTOS JUSTO, A. *Breviário de Direito Privado Romano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

TABOSA, Agerson. *Direito Romano*. 3.ed. Fortaleza: FA7, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Teoria Geral dos Contratos e Contratos em espécie*. Volume 3. 12.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of obligations: Roman Foudations of the Civilian Tradition*. New York: Oxford University Press, 1996.

RESUMO: O presente trabalho busca analisar o contrato romano de *locatio conductio,* e a sua influência na legislação brasileira, com foco na *locatio operis*, que o direito brasileiro denomina contrato de empreitada. Para tanto analisa-se, ainda que brevemente, os aspectos gerais do contrato de locação no direito romano e suas três vertentes, o contrato de locação de serviços, de obra e de coisas, isso porque os romanos tratavam as três espécies de locações em um único contrato, embora especificassem de que objeto se tratava. Por fim, adentra-se no contrato de locação de obra, *locatio operis*, para analisar seu regramento jurídico e fazer o cotejo com o direito brasileiro. A legislação civil brasileira sofreu forte influência do direito romano e o presente trabalho busca mostrar isso ao analisar o regime jurídico, as espécies, a teoria dos riscos e as ações judiciais protetivas do contrato de locação de obra romano e do contrato de empreitada brasileiro.
PALAVRAS-CHAVE: *Locatio conductio*. Empreitada. Direito Romano. Direito Brasileiro.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze the Roman contract of *locatio conductio*, and its influence in Brazilian legislation, focusing on locatio operis, which Brazilian law calls a contract of endeavor. In order to do so, the general aspects of the location in Roman law and its three aspects, the location of services, works and things, are analyzed briefly, because the Romans treated the three types of location in one contract, although they specified what the subject was. Finally, it enters into the contract of location of work, *locatio operis*, to analyze its legal regulation and to make the comparison with the Brazilian law. Brazilian civil law has been strongly influenced by Roman law and the present work seeks to show this by analyzing the legal regime, species, risk theory and protective judicial actions of the Roman location contract and the Brazilian endeavor contract.
KEYWORDS: *Locatio conductio*. Endeavor Contract. Roman Law. Brazilian Law.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0594

https://doi.org/10.55104/FRDC_0594