

Determinação e transferência da propriedade no contrato de empreitada (análise interpretativa do art. 1212º do Código Civil)

Fernando Silva¹

1. Introdução

O contrato de empreitada tem como objecto a realização de uma obra, que pode consistir na realização de uma obra nova, ou na reparação de uma determinada coisa, sendo esta a principal obrigação que incumbe ao empreiteiro. A noção de empreitada contida no art.º 1207 do CC permite concluir que essa obra consistirá necessariamente na realização de uma coisa corpórea, não abrangendo as obras intelectuais, pressupondo um determinado resultado. Todo o contrato, os seus efeitos, as obrigações entre ambos, se centram em redor da obra como elemento essencial, sendo a principal obrigação do empreiteiro a realização da obra de acordo com o plano convencionado entre as partes, e a do dono da obra cumprir com o respectivo pagamento. Pela celebração do contrato é encomendada uma obra cuja existência apenas passará a haver quando o empreiteiro cumprir a sua parte no negócio jurídico e apresentar a obra concluída. As questões em torno da determinação da propriedade da obra assumem relevância essencial a vários níveis e que importa identificar.

A existência de um critério legal de determinação da propriedade permite ultrapassar uma série de problemas que se poderiam colocar neste âmbito, e que se prendem com o facto de, há data da celebração do contrato, não existir nenhum objecto. O contrato de empreitada tem como finalidade a realização de uma obra, pressupondo a obtenção de um resultado material, e a aquisição dessa obra por parte do dono da obra. Quando o dono da obra encomenda a sua realização, e tratando-se da construção de alguma coisa material, o seu objectivo é integrar na sua esfera jurídica essa obra, ou seja, adquirir a propriedade, mas a aquisição da propriedade apenas se verificará em momento posterior à celebração do contrato, pois, inicialmente não existe coisa material

¹ Professor no Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa

susceptível de ser transmitida, nem o contrato de empreitada é susceptível de transferir automaticamente a propriedade. E a questão é tanto mais relevante quanto a empreitada se destinar à concretização de uma obra com vista à sua aquisição pelo dono da obra, mas o contrato de empreitada não é por si um acto idóneo a fazer operar essa transferência, não se pode classificar como contrato *real quod effectum*.

A necessidade de um critério para apurar, em cada momento da execução da obra, quem detém a sua propriedade, revela-se evidente. A importância de ser o legislador a fixá-lo é maior, por dispensar o recurso a outros institutos análogos, como eventualmente a venda de bens futuros. Assim é possível numa fase em que a realização da obra não está concluída, identificar o proprietário e aplicar a ele todos os efeitos subjacentes à propriedade.

2. Relevância prática da identificação da propriedade da obra

A identificação do proprietário permite atribuir-lhe desde logo os efeitos positivos que lhe estão associados, nomeadamente, os meios de defesa da propriedade. Mas também ficará sujeito às consequências prejudiciais como seja o suportar do risco de perecimento da obra.

O legislador português nas regras do contrato de empreitada traçou uma distinção relevante para circunstâncias que possam afectar a obra, independentemente da fase de construção em que esta se encontre. Diferenciando os casos de impossibilidade da execução da obra², das situações de risco. Relativamente aos casos de risco, em que ocorra uma destruição parcial ou total da obra realizada, mas sendo ainda possível a sua construção, determina o art. 1228º do CC que quem suportará essa situação será o proprietário da obra, confirmando assim a regra geral. Apenas não será assim se o dono da obra estiver em mora quanto à verificação ou aceitação da obra, funcionando aqui uma sanção pelo não cumprimento atempado das obrigações que estão atribuídas ao dono da obra, pois este já devia ter cumprido as respectivas obrigações, e assim ter adquirido a propriedade, mas por culpa sua não se colocou nessa situação, havendo uma transferência do risco para si, independentemente de ser sua a propriedade da obra.

Outro efeito essencial na determinação da propriedade da obra é o respeitante à atribuição do direito de retenção ao empreiteiro. Admitindo que perante o não

² Tratando o art.º 1227º do CC dos casos de impossibilidade absoluta e definitiva da construção permitindo ao empreiteiro cessar a realização da obra por se ter extinguido a sua obrigação, embora tenha direito a exigir o pagamento do trabalho já realizado e das despesas já efectuadas.

pagamento do preço por parte do dono da obra o empreiteiro possa deixar de cumprir a sua obrigação de entrega da obra no fim de concluída, ou seja, que nos termos do art.º 754º do CC possa recorrer ao direito de retenção, o exercício deste direito apenas fará sentido, tratando-se de uma obra que é propriedade do dono da obra ou de terceiro. Pois sendo o empreiteiro proprietário da obra realizada, não beneficia do direito de retenção, uma vez que apenas faz sentido o exercício do direito de retenção sobre coisas alheias³.

3. Os critérios para determinar a propriedade e a sua transferência

Como atrás referimos, o legislador português consagrou no art. 1212º as regras sobre a propriedade da obra, traçando critérios distintos consoante estejamos perante a construção de um bem móvel ou de um imóvel. No entanto, consideramos que o critério legalmente fixado apenas faz sentido no caso de se tratar da construção de obras de raiz, se a finalidade da obra for uma reparação, a propriedade não pode deixar de ser atribuída ao proprietário do bem que está a ser reparado. Se a obra for destinada à reparação de um automóvel, em que o mecânico terá de utilizar peças novas para poder consertar o veículo, ou à pintura de uma casa em que o pintor fornece as respectivas tintas, e se por um motivo não imputável a nenhuma das partes os bens, respectivamente o automóvel e a casa se destruírem não faz sentido que não seja o seu proprietário a suportar esse risco. As regras em análise apenas se referem ao risco da obra, entendendo esta como o objecto do contrato, mas que se traduz na realização de actos destinados à reparação, modificação ou construção de algo, sendo esse resultado que consubstancia e materializa a obra.

3.1. Empreitada para construção de bens móveis

O critério utilizado para identificar a propriedade da obra nas empreitadas de bens móveis é o do fornecimento dos materiais. Importando por isso saber no caso concreto quem assumiu a obrigação de fornecer os materiais essenciais à construção da obra, em caso de silêncio sobre esta matéria, ou seja, nada sendo dito pelas partes quanto a quem incumbe fornecer os materiais, funciona a regra supletiva, art. 1210º,

³ No mesmo sentido MARTINEZ, Pedro Romano, Contrato de empreitada, Direito das Obrigações 3º vol., Coord. Menezes Cordeiro, Lisboa AAFDL, 1991, p. 454, e TELLES, Galvão, O direito de retenção no contrato de empreitada, O Direito n.º 106-119, p. 22.

em que os materiais devem ser fornecidos pelo empreiteiro, sendo ele o proprietário da obra. Quando a lei se refere aos materiais é aos utilizados e incorporados na própria obra e não aos utensílios e máquinas essenciais à sua construção.

Se o fornecimento dos materiais for incumbência do empreiteiro, cabendo-lhe a obrigação de fornecer a totalidade ou a maior parte desses materiais, a propriedade é sua. O que significa que no caso do dono da obra fornecer uma parte mínima dos materiais vai perdendo a sua propriedade à medida que esses materiais vão sendo incorporados na obra, não sendo possível identificar na obra quais os materiais que são propriedade de um ou de outro, até porque a obra deve ser entendida de forma global como um todo unitário, em que os materiais que vão sendo utilizados, vão perdendo autonomia pela incorporação.

Sendo os materiais no todo, na maior parte, ou pelo menos em partes iguais⁴ pelo dono da obra, a propriedade será sua, e manter-se-á desde o início até à conclusão da obra, ou seja, antes e depois da entrega da obra.

3.1.1 Transferência da propriedade

Nos bens móveis em que a propriedade seja do dono da obra não se colocam dúvidas quanto à sua transferência porque esta não tem de operar, o dono da obra é o proprietário desde que inicia a construção da obra. Embora possamos admitir que numa primeira fase da construção da obra sejam apenas utilizados os materiais que o empreiteiro fornece, embora no final esses materiais representem uma parte insignificante da obra, nesse momento o proprietário deve ser considerado o empreiteiro.

Sendo a propriedade pertença do empreiteiro a sua transferência ocorre com a aceitação, sendo esta uma obrigação que o dono da obra deve cumprir logo que a obra esteja concluída e a verificação efectuada. Destacamos o facto de a aceitação poder ser feita expressamente, mas também por ausência de verificação da obra por parte do dono da obra, esta ser tida como aceite, por força do art. 1218º n.º5 CC. Saliente-se o facto de o elemento determinante para a transferência da propriedade ser a aceitação e não a entrega, entendendo esta como uma obrigação que se impõe ao empreiteiro, isto é, como uma consequência do contrato e não como uma fonte de efeitos jurídicos.

⁴ Da interpretação do art. 1212º podemos concluir que se os materiais para a realização da obra forem fornecidos 50% por cada um deles, empreiteiro e dono da obra a propriedade é pertença do dono da obra, pois o n.º 1 menciona que a propriedade pertencerá ao empreiteiro quando ele forneça no todo ou na maior parte os materiais da obra.

3.2. Propriedade da obra na construção de bens imóveis e sua transferência

As regras na construção dos bens imóveis são independentes do fornecimento dos materiais, estando orientadas por um critério diferente, e que é o da propriedade do solo.

Se o solo ou superfície em que a obra é construída pertencer ao dono da obra a propriedade é sua. Independentemente de quem forneça os materiais para a sua construção, estes vão sendo adquiridos pelo dono da obra à medida que vão sendo incorporados na obra, e consequentemente no solo. O legislador estabeleceu para este caso regras específicas e que se afastam das regras da acessão industrial imobiliária, no caso do contrato de empreitada não importa a quem pertence a parte mais valiosa da obra, mas apenas de quem é a propriedade do solo. Se os materiais essenciais à sua construção forem fornecidos pelo empreiteiro, ele vai perdendo a propriedade pela incorporação.

Recorramos a um exemplo para ilustrar o que está em causa: tratando-se da construção de uma moradia em solo do dono da obra, se os tijolos dessa obra forem fornecidos pelo empreiteiro, enquanto se encontrarem no estaleiro da obra empilhados aguardando a sua utilização, os tijolos são propriedade do empreiteiro; a partir do momento em que são utilizados e incorporados nas paredes passam a fazer parte integrante do imóvel e a serem propriedade do dono da obra na qualidade de proprietário da obra. Esta situação pode conduzir à repartição do risco em relação àqueles materiais. Recuperando o mesmo exemplo, se por um motivo não imputável a nenhuma das partes, imaginemos um terramoto, a obra perecer, e os tijolos se destruírem todos, o empreiteiro vai suportar o risco do tijolos que estão no estaleiro ainda por utilizar, pois, ainda é o seu proprietário, por conta do dono da obra vai correr o risco dos materiais que estão já utilizados, bem como de toda a obra realizada até ao momento.

A nossa lei é omissa quanto aos casos de construção de bens imóveis quando o solo da construção não pertence ao dono da obra, embora não seja uma situação muito comum, é necessário encontrar as regras que disciplinam quer a concretização da propriedade quer a sua transmissão.

Se a propriedade do solo pertencer ao empreiteiro será este o proprietário da obra, podemos depreendê-lo ainda da interpretação *a contrario* do art. 1212º, encontrado nestas regras a solução, e não recorrendo à acessão.

Quanto à transferência da propriedade Romano Martínez entende que a mesma opera com a aceitação⁵, na mesma linha de pensamento encontramos Nunes de Carvalho, para quem a boa doutrina é a que considera que a aceitação da obra é o acto idóneo para transferir a propriedade de um bem imóvel⁶.

A questão não é pacífica, em nosso entender não podemos aceitar a idoneidade da aceitação para transferir bens imóveis, nomeadamente atendendo às formalidades exigidas para a transferência dos direitos reais sobre os bens imóveis, para além de ser difícil de aceitar que essa transferência decorra de um acto unilateral do adquirente.

O contrato de empreitada deve nestes casos ser considerado um acto **misto**, e a celebração da empreitada deve ser acompanhada por uma promessa de venda do solo, do empreiteiro ao dono da obra⁷. Em que a propriedade só vem a ser adquirida pelo dono da obra quando este comprar o solo ao empreiteiro. Procuremos aferir uma lógica para esta solução, se a empreitada se destina a que determinada obra seja realizada e que o dono da obra adquira a sua propriedade, e se o contrato em si é insuficiente para operar a transferência dessa propriedade, torna-se necessário um segundo acto para poder desencadear esse efeito. Estando a propriedade da obra associada à do solo, o dono da obra apenas passará a ser proprietário quando seu for também o solo, tendo de o adquirir. Essa aquisição deve efectuar-se mediante contrato de compra e venda, mas a obrigação de vender o solo não decorre do contrato de empreitada, sendo necessário que o empreiteiro esteja vinculado a essa obrigação através de uma promessa de venda que celebrou previamente com o dono da obra. Em princípio após a conclusão da obra e dando cumprimento a essa promessa, a escritura de compra e venda realiza-se, mas nada obsta a que essa compra e venda seja realizada em momento anterior à conclusão da obra, passando a partir desse momento o dono da obra a ser proprietário de toda a obra. O que significa que a aquisição do solo por parte do dono da obra implica a aquisição de toda a obra nele incorporada, esteja a obra concluída ou encontrando-se em fase de construção.

A promessa de venda a que nos referimos está de certa forma associada naturalmente ao contrato de empreitada, mas não se dispensa a sua concreta celebração, pois, por estar inerente à empreitada não se presume desta.

⁵ MARTINEZ, Pedro Romano, op. cit., pg.505

⁶ CARVALHO, Pedro Nunes de, *Dos Contratos – Teoria geral dos contratos, dos contrlaos em especial*, Lisboa, SPB 1994, p. 190.

⁷ Opinião defendida por FERNANDES, Luís Carvalho, *Da Subempreitada, Direito e Justiça*, 1997, p. 101, concluindo que até ao dono da obra o vir a adquirir (referindo-se ao solo), os materiais, à medida que forem sendo incorporados no solo, pertencem ao empreiteiro. Também VARELA, João Antunes, e LIMA, Fernando Pires, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 3ª ed. Coimbra editora, 1986, p. 803, entendem ser esta uma solução para este caso omissa na lei civil portuguesa.

Mais complexos ainda poderão ser os casos em que a propriedade pertence a um terceiro, ou seja, nem ao dono da obra nem ao empreiteiro. Podendo por exemplo tratar-se do subempreiteiro, embora haja grande improbabilidade de tal situação se verificar, atendendo ao sentido da lei não podemos deixar de considerar que o solo e todos os materiais que nele sejam incorporados, sejam fornecidos pelo dono da obra ou pelo empreiteiro, ou por ele próprio subempreiteiro, pertencerão a este até ao momento em que ele alienar o solo para o dono da obra ou para o empreiteiro, e neste último caso terá ainda de haver uma segunda aquisição, para que o bem possa definitivamente integrar a esfera jurídica do dono da obra⁸.

Consideramos ilógico que sendo a propriedade de alguém que é completamente alheio ao contrato que seja esse sujeito a suportar o risco da obra. Devendo este correr por conta do dono da obra, pois para ele poder realizar a obra naquele imóvel deverá ter algum negócio que o autorize, sendo inaceitável uma solução diferente.

3. Identificação da empreitada face à venda de bens alheios

Não deve confundir-se o contrato de empreitada com outras situações eventualmente próximas, mas em que a sua natureza contratual seja distinta, e os seus efeitos também. Nomeadamente com a venda de bens futuros. Pode ser difícil determinar a diferença em situações como a empreitada para construção de uma moradia, ou a sua aquisição em fase de projecto, de comum estes casos têm o facto de o bem que entra na esfera jurídica do adquirente apenas estar concluído *a posteriori*, ou seja, ainda não existir quando o contrato é celebrado, mas as suas regras são distintas. A empreitada destaca-se por duas características que se prendem com os direitos do dono da obra e que correspondem aos poderes de fiscalização, e de exigir alterações (dentro de determinados limites), poderes que estão ausentes na compra e venda. Sendo um contrato de empreitada as regras relativas à propriedade são as enunciadas. O contrato de compra e venda corresponde à aquisição de uma coisa ou de um direito por parte do comprador, destinando-se à transferência da propriedade, que embora possa estar, como no caso da venda de bens futuros, deferida para momento posterior à celebração do contrato (na venda de bens futuros, ocorrerá automaticamente quando o bem entrar na esfera jurídica do vendedor), mas essa transferência opera sempre por mero efeito do contrato. No contrato de empreitada o objectivo não é o de transferir a

⁸ Assim Opinião defendida por FERNANDES, Luís Carvalho, Da Subempreitada, Direito e Justiça, 1997, p. 101.

propriedade mas sim realizar a obra, que ainda não existe que será encomendada pelo dono da obra, mas que será ele a determinar as suas características, sendo certo que a transferência da propriedade nunca opera por mero efeito do contrato estando sempre dependente de um acto posterior, que pode consistir na realização da obra ou na sua aceitação, ou até mesmo da celebração de um novo contrato esse sim destinada à transferência da propriedade da obra.