

Responsabilidade Direta de Terceiro na Subcontratação

Responsabilidade Direta de Terceiro na Subcontratação

Copyright © 2026 Almedina Brasil

Almedina Brasil é um selo do Grupo Editorial Alta Books (Starlin Alta Editora e Consultoria LTDA).

Copyright © 2026 André Furtado de Oliveira

ISBN: 978-85-8493-957-2

Impresso no Brasil – 1ª Edição, 2026 – Edição revisada conforme o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 2009.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

0487

Responsabilidade Direta de Terceiro na Subcontratação. André Furtado de Oliveira. 1.ed. Rio de Janeiro: Almedina Brasil, 2026.

208 p; 16 x 23 cm.

ISBN 978-85-8493-957-2

1. Direito civil. 2. Contratos. 3. Subcontratação. 4. Responsabilidade civil. 5. Terceiro. I. Oliveira, André Furtado de. II. Título.

CDU 347.44

Índices para catálogo sistemático:

1: Brasil: Direito civil: Contratos: Subcontratação: Responsabilidade civil

Todos os direitos estão reservados e protegidos por Lei. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito da editora, poderá ser reproduzida ou transmitida.

A violação dos Direitos Autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e com punição de acordo com o artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta obra fora formulado exclusivamente pelo(s) autor(es).

Marcas Registradas: Todos os termos mencionados e reconhecidos como Marca Registrada e/ou Comercial são de responsabilidade de seus proprietários. A editora informa não estar associada a nenhum produto e/ou fornecedor apresentado no livro.

Material de apoio e erratas: Se parte integrante da obra e/ou por real necessidade, no site da editora o leitor encontrará os materiais de apoio (download), errata e/ou quaisquer outros conteúdos aplicáveis à obra. Acesse o site www.altabooks.com.br e procure pelo título do livro desejado para ter acesso ao conteúdo.

Suporte Técnico: A obra é comercializada na forma em que está, sem direito a suporte técnico ou orientação pessoal/exclusiva ao leitor.

A editora não se responsabiliza pela manutenção, atualização e idioma dos sites, programas, materiais complementares ou similares referidos pelos autores nesta obra.

Grupo Editorial Alta Books

Produção Editorial: Grupo Editorial Alta Books

Diretor Editorial: Anderson Vieira

Editora-Chefe: Manuella Santos de Castro

Assistente Editorial: Francielle Regina

Vendas Governamentais: Cristiane Mutüs

Diagramação: Cumbuca Studio



Rua Viúva Cláudio, 291 — Bairro Industrial do Jacaré
CEP: 20.970-031 — Rio de Janeiro (RJ)
Tels.: (21) 3278-8069 / 3278-8419

www.altabooks.com.br — altabooks@altabooks.com.br

Ouvidoria: ouvidoria@altabooks.com.br



SOBRE O AUTOR

André Furtado de Oliveira é Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Pós-Graduado em Direito Corporativo e Compliance pela Escola Paulista de Direito e em Advocacia Contratual e Responsabilidade Civil pela Ebradi.

Especialista em Contratos pela FGV Online e Instituto Legale.

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Professor do Curso de Contratos na Prática (@clausulaporclausula).

Advogado em São Paulo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, criador, que me deu o dom da vida e me constituiu à sua imagem e semelhança, para que possa participar da sua criação e, eventualmente, “subcriar” em alguma medida as histórias, as obras e os textos em minha vida. A Jesus Cristo, Salvador, quem me aponta o caminho, a verdade e a vida.

Aos meus queridos pais, Emanuel e Thelma, que se uniram em matrimônio e a partir dessa união pude receber o dom da vida de Deus. São eles que, ao lado de meu irmão, Lucas, sempre me apoiaram e me conduziram a uma vida honesta, justa e feliz. Aliás, foram as histórias de subempregada de meu pai que despertaram o interesse pelo objeto desta dissertação.

Ao estimado Professor Nestor Duarte, que acreditou em meu projeto de pesquisa e me concedeu a oportunidade de ingressar no Mestrado da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, escola tradicional, na qual sempre tive o sonho de estudar. Foi ele quem aceitou o encargo de ser meu orientador e sempre me recebeu em seu escritório com cordialidade, indicando obras e concedendo preciosos conselhos para desenvolver esta pesquisa acadêmica. Também à Professora Rosa Nery, que plantou a semente do interesse no estudo do Direito Civil quando ingressei na prestigiada Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2010.

A meus amigos, especialmente Ricardo De Deo Fragoso, que me incentivou a seguir tentando ingressar no Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo quando as forças já se esgotavam, bem como Torben Fernandes Maia, que participou de algumas etapas do mesmo processo seletivo e me apoiou durante essa jornada. A amizade é um presente e um respiro de bom grado que somente os afortunados sabem cultivar.

PREFÁCIO

Este livro foi originariamente apresentado como Dissertação de Mestrado, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, logrando o autor pleno êxito, tendo o trabalho recebido muitos elogios da banca examinadora, que o aprovou unanimemente.

Desde o título o tema é instigante, pois traz a lume a responsabilidade daquele que, de ordinário, não a tem e, nessa empreitada, logrou encontrar bases em princípios sedimentados do direito contratual.

No desenvolvimento do tema, foram enfrentadas tanto as questões de direito material, como as de direito processual, com a profundidade esperada, oferecendo respostas fundamentadas aos principais questionamentos que o assunto enseja.

A linguagem clara permite a rápida compreensão do raciocínio desenvolvido e, conseqüentemente, das conclusões alcançadas.

Precedente à específica abordagem do assunto, há uma exposição sobre a evolução do direito contratual e trata dos princípios que mereceram acolhida, tais como o da boa-fé, da função social do contrato e dos novos paradigmas da relatividade contratual.

O tema central é enfrentado, em capítulo específico sobre a responsabilidade civil na subcontratação, com investidas nos campos do direito material e do direito processual.

Ao cabo são apresentadas conclusões plenamente fundamentadas, e que muito poderão servir aos que tenham de lidar com o tema na prática jurídica.

Nestor Duarte

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

NOTA DO AUTOR

Fico muito lisonjeado de publicar a minha Dissertação de Mestrado na Editora Almedina, na qual foram produzidas obras que, em muitos momentos, tornaram-se referências para a elaboração de meu trabalho no âmbito da Pós Graduação Stricto Sensu em Direito Civil na Universidade de São Paulo.

Neste caso, não posso deixar de citar o livro « O Subcontrato » do saudoso Professor da Universidade de Lisboa, Pedro Romano Martinez, que precocemente nos deixou. Esta obra foi publicada, pela primeira vez, por essa editora em 1989 na cidade de Coimbra, um marco teórico para o tema, fazendo com que pudesse germinar e crescer o interesse no objeto da dissertação durante minha trajetória de estudos.

E, assim, convido os leitores a se debruçarem sobre os institutos da subcontratação e da responsabilidade civil. A minha motivação sempre foi descobrir quais são as interações possíveis entre sujeitos que, embora não possuam ligação contratual direta entre si, estão em um sistema contratual cujos efeitos não lhes são indiferentes.

Neste sentido, o princípio da boa-fé objetiva, mormente na criação de deveres laterais de cuidado, consideração e proteção, desempenha um papel crucial para responder sobre a responsabilidade entre os sujeitos que estão nos extremos da cadeia subcontratual. Também a função social dos contratos, na perspectiva da mitigação da relatividade contratual, implica uma reconsideração das definições de parte e terceiro, tão própria dos sujeitos que integram a coligação contratual.

É nesse quadro que pretendo desenvolver uma construção dogmática para responder à principal pergunta da dissertação: é possível uma responsabilidade direta de terceiro na subcontratação? E mais, há permissão da ação direta na sublocação, na subempreitada e no submandato dentro do direito brasileiro?

SUMÁRIO

SOBRE O AUTOR	5
AGRADECIMENTOS	7
PREFÁCIO	9
NOTA DO AUTOR	11
INTRODUÇÃO	17
A. Justificativa do tema	17
B. Objeto e apontamentos sobre a metodologia	18
1 MUDANÇAS DE PARADIGMAS E NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS	25
1.1 A origem e o desenvolvimento do contrato	25
1.2 Abalos na acepção clássica do contrato e no paradigma liberal	29
1.3 O advento do paradigma solidarista	33
1.4 As mudanças do novo milênio	37
1.5 Princípio da boa-fé	38
1.5.1 Origem	39
1.5.2 Boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva	41
1.5.3 Boa-fé na obrigação contratual	42
1.5.4 Tríplice função	45
1.5.4.1 Função interpretativa	45
1.5.4.2 Função corretiva	47
1.5.4.3 Função integrativa ou supletiva	48
1.5.5 Teoria dos atos próprios	53

1.6	Princípio da função social do contrato	55
1.6.1	Origem e desenvolvimento	56
1.7	Relatividade contratual	62
1.7.1	Parte e terceiro	67
1.7.2	Oponibilidade e eficácia protetiva de terceiros	71
2	A SUBCONTRATAÇÃO	77
2.1	Subcontratação como fenômeno econômico e sua razão de ser	77
2.2	Conceituação inicial	87
2.3	Contratos em que pode haver subcontratação	90
2.4	Características e qualificações do subcontrato	92
2.5	A natureza jurídica do subcontrato e distinção de figuras afins	95
2.5.1	A união de contratos, contratos coligados, grupo de contratos e cadeias por difração	98
2.6	As posições ou situações jurídicas e as relações jurídicas na subcontratação	102
2.7	Relações subcontratuais e vínculos	107
2.7.1	Efeitos contratuais perante o terceiro na subcontratação	110
3	RESPONSABILIDADE CIVIL NA SUBCONTRATAÇÃO	113
3.1	A insuficiência da classificação dicotômica entre responsabilidade civil contratual e extracontratual	113
3.2	Teoria da confiança e responsabilidade pré-contratual	118
3.3	A responsabilidade civil nos contratos coligados	122
3.4	Primeiras considerações sobre responsabilidade direta e ação direta	130
3.4.1	Primórdios da ação direta e seu desenvolvimento na França	132
3.4.2	Mudança de paradigma observada no início do século XX	138
3.4.3	Ação direta na subcontratação no final do século XX	139
3.5	Ação direta no direito espanhol	142
3.6	Ação direta no direito português	145
3.7	Ação direta no direito brasileiro	151

3.7.1	Ação direta nas redes contratuais	156
3.7.2	Hipóteses subcontratuais no direito brasileiro e as respectivas responsabilidades entre os extremos	158
3.7.2.1	Sublocação	160
3.7.2.2	Subempreitada	172
3.7.2.3	Submandato ou substabelecimento	187
CONCLUSÃO		193
REFERÊNCIAS		199

INTRODUÇÃO

We differ entirely about the nature of the relation of sub-creation to Creation. I should have said that liberation 'from the channels the creator is known to have used already' is the fundamental function of 'sub-creation', a tribute to the infinity of His potential variety [...]. (Letters of J.R.R. Tolkien).

A. JUSTIFICATIVA DO TEMA

Toda subcriação, nas palavras de J. R. R. Tolkien, é um tributo à infinidade de variação de poder de Deus. Ou seja, o homem, enquanto criador, na verdade, está participando da criação de Deus, pois atua sob as leis da natureza. Não há como o ser humano desempenhar uma atividade que ultrapasse o poder de criação divina. Mas pode, à semelhança de Deus, criar o que lhe for possível dentro do quadro dado pelo Criador. A dinâmica basicamente é a mesma quando estamos falando do subcontrato. Embora seja um contrato novo, ele é derivado do contrato pai e não pode ultrapassá-lo. Assim, as partes no subcontrato atuam cingidas a limites específicos.

A responsabilidade direta de terceiro na subcontratação é tema que toca em vários assuntos em voga da responsabilidade civil e do direito dos contratos, enquadrando-se na Linha de Pesquisa da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP denominada “Direito Civil contemporâneo: permanência e transformações” e, especificamente, no âmbito do projeto de pesquisa “Transformações gerais e especiais do direito das obrigações e das coisas”.

Na seara da responsabilidade civil, há situações que não se conduzem facilmente à classificação bipartite entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. Entre essas hipóteses encontra-se a responsabilidade de terceiro que, no sistema da subcontratação, contribui para o adimplemento ou o inadimplemento do primeiro contrato ou do subcontrato.

Logo, o subcontratado pode interferir o cumprimento ou a inexecução do contrato principal, assim como o contratante inicial pode influenciar o cumprimento ou

a inexecução do subcontrato. Isso porque o contrato original e o contrato derivado aproximam-se de tal maneira que a interferência de um no outro é muito intensa. Nessas situações, caberia a responsabilidade direta contratual ou a extracontratual? Ou, pelo contrário: não haveria que falar em responsabilidade direta nem contratual nem extracontratual, mas sim a um terceiro gênero de responsabilidade?

Sob o enfoque do direito dos contratos, o tema toca no âmbito dos contratos coligados, na exceção do princípio da relatividade contratual, na boa-fé objetiva e, sobretudo, nos critérios de confiança e justiça material, que guiam e balizam os tradicionais e novos princípios contratuais.

É por essa razão que se pretende fazer uma incursão em temas importantes de responsabilidade civil e direito dos contratos, a começar pela análise do atual estado da arte dessas duas matérias de direito privado.

A dissertação também passará pelo tema não muito desenvolvido em *terra brasiliis*: a análise da teoria geral do subcontrato, que se apoiará em monografias estrangeiras, que, com melhor percutiência, analisaram a figura como categoria autônoma.

No derradeiro capítulo, é preciso antes tecer algumas considerações sobre a ação direta, expediente utilizado para a exigibilidade da prestação sem relação contratual prévia, para depois responder à questão apresentada no início do trabalho: é possível falar em responsabilidade direta de terceiro na subcontratação?

B. OBJETO E APONTAMENTOS SOBRE A METODOLOGIA

O objeto desta dissertação de mestrado é procurar a resposta para a seguinte pergunta: é possível haver uma responsabilidade direta entre sujeitos que, embora não tenham vínculo contratual direto, estão fazendo parte do sistema da subcontratação?¹

O cerne, portanto, da pesquisa a que se submeteu o autor não é aprofundar meramente o estudo do subcontrato e das relações daí provenientes, mas validar uma hipótese de responsabilidade específica, que se desdobra na conjugação de dois

1 Miracy Barbosa de Sousa Gustin explica que toda tese começa com uma indagação: “A definição mais simples de pesquisa poderia ser formulada como a procura de respostas para perguntas ou problemas propostos que não encontram soluções imediatas na literatura especializada sobre o assunto [...]. Afirma-se, pois, que uma pesquisa científica se origina sempre de uma indagação, de uma questão posta pelo pesquisador, sem solução imediata. Se essa resposta é passível de ser encontrada por meio de simples consultas a livros, revistas ou jornais, sem a utilização de uma metodologia sistemática de investigação que possa ser verificável mediante procedimentos racionais e críticos, deve ser considerada como simples aprofundamento de estudo” ((Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Almedina, 2020. p. 43).

fatores: a chamada ação direta, entendida como meio de exigir uma prestação com a qual não se tenha vínculo direto e a responsabilidade civil entre os sujeitos na subcontratação, compreendida esta última como um sistema formado pela coexistência de dois contratos (base e derivado).

Por se tratar de uma pesquisa jurídica de caráter científico, a investigação tem como norte e fim a tentativa de encontrar possibilidades de exercício de direitos que tragam maior autonomia a quem, muitas vezes, não possui meios de exigir seu crédito de maneira eficaz.²

O atual estado da arte do qual parte esta pesquisa é fundamentalmente a responsabilidade civil no seio do fenômeno subcontratual ou dentro da unidade sistemática de contratos que se ligam por um vínculo unilateral, permitindo a compreensão de partes e terceiros, além dos limites da relatividade dos efeitos contratuais.³

Assim, os problemas que advêm da chamada responsabilidade direta estão contextualizados no desenvolvimento histórico dos contratos coligados, que, a despeito de surgirem antes da contemporaneidade, é nesta era atual que encontram sua máxima expressão. Isso porque a complexidade das operações econômicas, consecutórias do desenvolvimento tecnológico, das especificidades técnicas e da massificação das relações contratuais descobre no âmago dos contratos derivados um mecanismo de resposta jurídica aos anseios das partes.

Assim, o subcontrato, cuja natureza aponta para a coligação contratual, apesar da divergência doutrinária em enquadrá-lo como estipulação em favor de terceiro ou sucessão constitutiva de direitos, está dentro ou bebe da fonte desse contexto.

Em paralelo ao cerne da tese, surgem questões concomitantes, mas não menos importantes, a exemplo da incidência de princípios contratuais que oferecem um parâmetro hermenêutico, integrativo, corretivo e apontam para um estado de coisas a que se pretende chegar. Nesse sentido, entra na construção dos argumentos o papel da boa-fé objetiva e da função social do contrato, cujo arsenal de significância é imprescindível para entender o fenômeno da criação de deveres entre sujeitos do mesmo sistema e aquele fenômeno da repercussão dos efeitos contratuais para além das partes, atingindo terceiros que podem estar próximos ou distantes da relação contratual.

2 “As investigações no campo do Direito estarão, portanto, sempre voltadas à procura de possibilidades emancipatórias dos grupos sociais e dos indivíduos e pelo conteúdo ético dessa emancipação” (Ibidem, p. 44).

3 Obras como as de Orlando Gomes, Felipe Kirchner, Pedro Romano Martinez, Mario Baccigaluppi, Ramón López Vilas e Christophe Jamin formam o plexo de marcos teóricos de onde surgiu a indagação inicial para se formular a tese e, conseqüentemente, validá-la pela pesquisa.

Dada essa contextualização, o método erigido para os fins desta investigação combina elementos de observação, análise, síntese, dedução e indução.⁴ A razão dessa pluralidade metodológica repousa na tentativa de abordar por completo as diversas facetas do problema, seja descrevendo o fenômeno jurídico da subcontratação e da ação direta, seja tentando entender suas minúcias e explicando seu funcionamento, seja até mesmo extraindo regras gerais de situações particulares (sublocação, subempreitada e submandato) ou, ao contrário, estabelecendo premissas para a tomada de conclusões, o que sói ocorrer na incidência dos princípios e cláusulas gerais em situações difíceis.

A par desses métodos supramencionados, o enfoque não será monológico, mas assumirá uma vertente multidisciplinar⁵ para entender e explicar, pelas lentes de outras ciências, as causas e as razões de ser do contrato e do subcontrato especificamente, bem como para compreender o atual estado da arte da principiologia contratual contemporânea, evidentemente influenciada por valores, ideais e padrões das sociedades em que se desenvolveram. Entram-se, pois, ao lado do direito, a economia, a sociologia e por que não a reconstrução dos fatos pelas lentes da história.

Esse arsenal de conceitos vindos de outras ciências permitirá entender o motivo pelo qual determinadas partes de certos contratos preferem transmitir a vantagem ou a execução a terceiros que não fizeram parte da contratação primeva.⁶

Em que pesem os motivos interiores não serem considerados para o direito como norma, os motivos exteriorizados na operação econômica são o suporte da função do contrato, o que assume especial relevância neste começo de século quando o legislador afirma que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato” (art. 421, *caput*, do Código Civil de 2002).

Inclusive, a técnica legislativa da cláusula geral permite ao intérprete da norma construir sua semântica a partir de um dado conjunto de elementos diante das circunstâncias do caso concreto, que nem sempre estão em uma perspectiva interna do direito,

4 Pablo Jiménez Serrano explica a pluralidade dos métodos científicos: “Assim, vários são os métodos dos quais nos valem (a observação, análise, síntese, analogia, comparação, dedução e indução) e empregamos, segundo o objeto próprio de cada ciência” (Metodologia da ciência do direito [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2016. p. 30).

5 “O enfoque metodológico deixa de ser monológico e, no primeiro momento, assume uma vertente da multidisciplinaridade, ou seja, de cooperação teórica entre campos do conhecimento antes distanciados” (GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*, p. 45).

6 “Passa-se, daí, não mais, somente, para a cooperação, mas para a coordenação de disciplinas conexas ou para a interdisciplinaridade. Atualmente, a transdisciplinaridade ou a produção de uma teoria única a partir de campos de conhecimento antes compreendidos como autônomos é a tendência metodológica que emerge com maior força” (GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*, p. 45).

mas imbuídas em valores comunicantes de outras áreas afins ao direito, tais como a ética, a economia, a história e a sociologia. Essa técnica assume forte destaque no Código Civil de 2002 ao operar a boa-fé e a função social dos contratos nas relações privadas.

A pesquisa, portanto, adota uma postura metodológica multidisciplinar e interdisciplinar, sem deixar de circunscrever sua metodologia em grande parte no interior da ciência do direito, na qual, por sua vez, será adotada a linha crítico-metodológica, ora com mais enfoque no pensamento jurídico tópico-dedutivo, que opera com a noção de razão prática e prudencial, ora com mais enfoque na teoria argumentativa, que, nas palavras de MIRACY BARBOSA DE SOUSA GUSTIN, lida com o direito como “uma rede complexa de linguagens e significados”.⁷

Ficará evidente no decorrer do estudo que a hipótese lançada no início da pesquisa partiu de uma expectativa e de um conhecimento prévio, colocado sobretudo no marco teórico outrora explicitado, mas sofrerá fortes perturbações ou conflitos com essa expectativa e esse conhecimento, uma vez que, ao aprofundar a validação deste estudo, foram encontrados argumentos sólidos que apresentavam sua negação: a de ser a responsabilidade direta uma construção excepcional ou até mesmo uma incoerência dentro do sistema jurídico.

Essa constatação não deixará, de outra banda, que se proponham soluções que ultrapassem as barreiras expostas pelos mais variados autores contra a responsabilidade direta ou a ação direta em si.

Aliás, é nesse raciocínio dialético, que lida com a noção de tese e antítese, contrapondo-se afirmações, que despontará no horizonte a síntese necessária à compreensão final da pesquisa.⁸

Assim, a partir da constatação de argumentos contrários à hipótese formulada no início, a pesquisa se transformou, foi por vezes revisitada, fazendo com que o próprio pesquisador assumisse um processo de transformação que, pensando a força

7 “[...] a linha crítico-metodológica, por sua vez, presume uma teoria crítica da realidade e sustentou duas teses de grande valor para o repensar da Ciência do Direito e de seus fundamentos e objeto: a primeira defende que o pensamento jurídico é tópico e não dedutivo, é problemático e não sistemático. Essa tese trabalha com a noção de razão prática e de razão prudencial para o favorecimento da decisão jurídica. A segunda tese insere-se na versão postulada pela teoria do discurso e pela teoria argumentativa. Essa linha compreende a Ciência do Direito como uma rede complexa de linguagens e de significados” (GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática, p. 67-68).

8 “O raciocínio dialético fundamenta-se, contudo, a partir do pressuposto de que a contradição está na realidade, formulando o seu pensamento por meio da lógica do conflito. Hegel, como idealista, subordina a dialética ao espírito. Esse raciocínio trabalharia com a noção de ‘tese’ (ser) e ‘antítese’ (nada), que são abstrações ou momentos de um processo de racionalidade que é absorvido na e pela ‘síntese’” (Ibidem, p. 78).

dos argumentos, precisou ajustar as lentes da pesquisa para uma compreensão mais ampla do tema. Identificaram-se pontos de ajuste e correção de falhas no decorrer da investigação. A pesquisa tornou-se menos abstrata e, à medida que foi avançando, mais cuidado tomou-se para responder às hipóteses concretas, principalmente enunciadas nas legislações que tratam da sublocação, da subempreitada e do submandato, as quais, a princípio – e literalmente –, pareciam impedir o mecanismo da ação direta.

Esse caminho metodológico multidisciplinar percorreu desde a mudança de paradigma do direito dos contratos, com a nova principiologia inaugurada no alvorecer deste século, que deu uma nova leitura aos tradicionais princípios da autonomia privada, obrigatoriedade e, mormente, da relatividade contratual. Passou pela análise tópica da subcontratação e suas espécies. Rumou no sentido de entender o fenômeno da coligação contratual e se encaminhou para explicar o surgimento e o desenvolvimento da ação direta.

Entretanto, no decorrer desse percurso, houve avanços e retrocessos, não se consubstanciando em uma via de mão única, de tal maneira que a ordem dos capítulos foi mudada e sofreu reorganização para facilitar o desenvolvimento da dissertação, saindo de temas mais gerais e chegando até os temas mais específicos.

Além disso, em virtude do tempo limitado, o esforço bibliográfico foi recortado metodologicamente a fim de selecionar obras mais assertivas a respeito dos assuntos de especial relevo e interesse ao desenvolvimento do estudo.

Por exemplo, em matéria de ação direta, tratada como instituto autônomo, selecionou-se a obra do direito francês de autoria de CHRISTOPHE JAMIN intitulada *La Notion d'action directe*,⁹ por ser uma das poucas monografias que tratam desse tema de maneira sistemática, com profundidade.

Foi salutar, nesse sentido, transpor os conceitos desenvolvidos à luz dessa doutrina estrangeira ao direito brasileiro, em que pouco se tem falado sobre a ação direta, que, na maioria dos casos, os autores nacionais a tratam (i) ou como subtema ligado ao seguro de responsabilidade civil, em que a vítima pode acionar diretamente a seguradora do causador do sinistro, por força dos comentários e das análises aos arts. 787 e 788 do Código Civil¹⁰, (ii) ou como breves comentários à responsabilidade no subcontrato na Lei de Locações, Licitações e no Estatuto da Advocacia. Essa tarefa,

9 JAMIN, Christophe. *La notion d'action directe*. Paris: LGDJ, 1991.

10 “Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.

§ 1.º Tão logo saiba o segurado das conseqüências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador.

porém, não se revelou tão difícil porquanto as raízes dos sistemas analisados perpassam invariavelmente aos conceitos desenvolvidos no direito romano, fonte histórica do direito brasileiro.¹¹

Não raro, contudo, em outros temas que serviram de base para o desenvolvimento da dissertação, pela grande quantidade de monografias e estudos a respeito deles, optou-se por selecionar as obras mais referenciadas. A título ilustrativo, em razão da grande quantidade de textos que tratam da boa-fé objetiva, o autor teve, sem prejuízo de outras, de dar maior atenção à obra de JUDITH MARTINS-COSTA (*A boa-fé no direito privado*),¹² bem como àquela de EDUARDO TOMASEVICIUS FILHO (*O princípio da boa-fé no direito civil*),¹³ os quais realizaram uma pesquisa profunda desse assunto no âmbito das relações privadas e que se tornaram referência nesse tema.

Ainda, vale consignar que, conquanto a pesquisa não tivesse interesse inicial em fazer comparações e incursões no sistema jurídico de outros países, em alguns momentos, referiu-se ao direito estrangeiro com o único objetivo de melhor explicar o instituto jurídico analisado. É o que acontece, *verbi gratia*, na análise da subempreitada de obra pública regulada no direito português e espanhol, tendo os autores lusitanos¹⁴ e os autores castelhanos¹⁵ se debruçado sobre essa categoria com maior profundidade perante o arsenal normativo próprio de cada um desses países.

§ 2.º É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador.

§ 3.º Intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador.

§ 4.º Subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente.

Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado.

Parágrafo único. Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório.”

11 “Não poucas vezes, as comparações entre institutos jurídicos antinômicos ou contraditórios de um mesmo sistema normativo permitem descobrir e sanar falhas sistêmicas, ou de determinado campo, que podem conduzir a transformações importantes tanto na esfera teórico-argumentativa quanto no aumento da capacidade de decisão de alguma esfera prática de julgamento” (GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática, p. 91).

12 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 3. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

13 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020.

14 Em Portugal, PEDRO ROMANO MARTINEZ e JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL nas obras a seguir: MARTINEZ, Pedro Romano. *O subcontrato*. Coimbra: Almedina, 1989; e ESQUÍVEL, José Luís. *O contrato de subempreitada de obras públicas*. Coimbra: Almedina, 2002.

15 Na Espanha, Inmaculada Vivás Tesón e Ignacio Albiñana nas obras a seguir respectivamente: TESÓN, Inmaculada Vivás. *La acción directa frente al dueño de la obra en caso de subcontratación*

Entre a doutrina pontual e específica, principalmente os comentários às legislações esparsas que tratam das espécies subcontratuais (sublocação de imóveis urbanos, subempreitada de obra pública e submandato na advocacia), obviamente preferiu as obras mais recentes ou de autor referência na matéria, até porque congregam posições mais atuais e mais profundas sobre o tema. Nesse diapasão, o intuito, na parte da análise dos dispositivos legais, não foi esgotar todos os comentários a respeito da interpretação das normas encontradas nessas leis, mas antes apresentar as principais correntes e vozes que se formaram em torno do assunto da responsabilidade direta na subcontratação. Essa não foi tarefa fácil, não só pela quantidade de obras comentadas sobre o Código Civil, a Lei de Locações, a Nova Lei de Licitações, a Consolidação das Leis Trabalhistas e o Estatuto da Advocacia, mas também pela dificuldade de encontrar um eixo dogmático que permitisse definir e marcar argumentos contrários ou favoráveis à responsabilidade/ação direta, que muitas vezes foi silente, tangenciado ou meramente enunciado na doutrina, sem explicar as razões dessa posição. Isso reflete o estágio de imaturidade da discussão desse tema na doutrina brasileira.

Inclusive, essa incipiência dificultou a maior quantidade de referenciamento no desenvolvimento da pesquisa, o que lhe deu um caráter de quase ineditismo, embora este não fosse seu propósito inicial. Para superar essa lacuna dogmática, buscou-se, portanto, a recondução do tema ao domínio dos princípios contratuais da boa-fé, da função social do contrato e do instituto da coligação contratual, em que a relatividade dos efeitos do contrato encontra uma nova e própria dinâmica. Foi a partir do desenvolvimento desses argumentos mais gerais, principiológicos e ligados à natureza do subcontrato como coligação que a validação da dissertação encontrou terreno fértil.

O fechamento da investigação, além de validar, ainda que com ressalvas, a hipótese lançada na origem, propõe mudança ou reforma legislativa, a fim de tornar o direito de terceiros mais eficaz dentro da construção dogmática da coligação natural, gênero do qual a subcontratação é espécie.

sucesiva. Comentario a la STS de 31 de enero de 2005 (RJ 2005, 1747). Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, n. 15, p. 285-289, 2009; e ALBIÑANA, Ignacio. La acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra en caso de concurso del contratista. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n. 25, p. 96-102, 2010.

1 MUDANÇAS DE PARADIGMAS E NOVOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

1.1 A ORIGEM E O DESENVOLVIMENTO DO CONTRATO

A investigação do instituto jurídico do contrato é parte essencial na construção da fundamentação desta dissertação. Sendo o subcontrato uma espécie de contrato, com o adjetivo “derivado”, não há como dissociar o estudo dessa figura jurídica sem antes tecer algumas considerações sobre o desenvolvimento e atual estágio do direito dos contratos, instituto este que se desenvolve e se adapta às mudanças percebidas ao longo do tempo e da sociedade em que está contextualizado.¹⁶

O contrato, entendido aqui como troca patrimonial ou circulação de riqueza, é uma das formas mais antigas de relação humana. Desde os primórdios da civilização, o acúmulo de bens ou mercadorias possibilitou esse intercâmbio de valores entre determinados grupos, que percebiam vantagens em realizar o escambo.¹⁷

Esse fato se potencializou em virtude do desenvolvimento do comércio nas sociedades primitivas. Consequentemente, os negócios passaram a ser alvo de

16 ENZO ROPPO afirma que “o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto económico-social em que está inserido” e que as “grandes linhas de evolução e de mudança atravessaram, nestas três décadas, o domínio do contrato, redesenhando os seus contornos e restituindo-nos uma imagem do facto jurídico bastante diferente daquela do passado”, especialmente na década de 1990 até os dias atuais (*O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. prefácio e p. 24).

Em igual sentido, GUSTAVO TEPEDINO coloca que “todo conceito é plasmado pelos valores do contexto do qual se origina. Não existem institutos jurídicos válidos em todos os tempos e em todos os lugares: eles são construídos pelo jurista levando em conta a realidade que o cerca” (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil: contratos*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 3).

17 KARL MARX explica que “[...] a troca de produtos surge nos pontos em que diferentes famílias, tribos e comunidades entram mutuamente em contato, pois, nos primórdios da civilização, são famílias, tribos etc. que se defrontam de forma autônoma, e não pessoas privadas. Comunidades diferentes encontram em seu ambiente natural meios diferentes de produção e de subsistência” (*O capital. Crítica da economia política*. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 492).

regramento já na Antiguidade, mormente na região do Egito Antigo e da Mesopotâmia, onde a agricultura e o comércio se desenvolveram de forma intensa.¹⁸

Com o estabelecimento da noção de patrimônio, riqueza, circulação de bens e, após, da moeda cunhada e da escrita, a formação de contratos, entendidos como operações econômicas, passou a ser mais frequente.¹⁹

Entretanto, foi em Roma que se desenvolveu um processo de construção dogmática e sistematização de uma figura chamada *stipulatio* como fenômeno legal ou jurídico reconhecido pelo Estado, como fonte criadora de direitos e obrigações.²⁰ Ao firmarem a *stipulatio*, os cidadãos romanos realizavam atos solenes que representavam a seriedade do compromisso, uma vez que era um instrumento que vinculava juridicamente dois ou mais sujeitos por meio de uma promessa.²¹

18 Nas palavras de ADAM SMITH: “De todos os países na costa do Mar Mediterrâneo, o Egito parece ter sido o primeiro a cultivar e a aperfeiçoar a agricultura e os processos de manufatura em um nível considerável. O Alto Egito não vai além de alguns poucos quilômetros do Nilo e, no Baixo Egito, esse grande rio se desdobra em muitos diferentes canais, o que, com a ajuda de um pouco de arte, parece ter proporcionado uma comunicação por via aquática, não somente entre todas as grandes cidades, mas entre todos os principais vilarejos, e até mesmo muitas fazendas no campo, quase da mesma forma que acontece com os rios Reno e Maas na Holanda atualmente. A extensão e a facilidade dessa navegação interna foi provavelmente uma das principais causas do aperfeiçoamento precoce do Egito” (*A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. Tradução Getulio Schanoski Jr. São Paulo: Madras, 2022. p. 38).

JOSÉ MANUEL DE SACADURA ROCHA afirma: “[...] os contratos particulares são muito desenvolvidos para a época do Egito, sendo celebrados amiúde em todas as atividades econômicas” (*História do direito no Ocidente: Oriente, Grécia, Roma e Ibéricos: antiguidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 72).

19 ENZO ROPPO coloca a proeminência das operações econômicas nas sociedades capitalistas: “Bem pelo contrário, sobretudo no âmbito dos ordenamentos capitalistas, onde as relações entre os homens assumem, em larga medida, o aspecto de relações de mercado: nestes, por necessidade intrínseca do sistema econômico, prevalecem largamente a lógica e a exigência da corresponsabilidade, da ‘troca de equivalentes’” (*O contrato*, p. 15).

20 Vale notar, entretanto a advertência de ENZO ROPPO sobre a origem do contrato: “Parece, de facto, remontar a tempos ‘históricos’ o emergir da ideia de ser possível e conveniente sujeitar as operações econômicas (os seus pressupostos e as suas consequências) a um sistema de regras cogentes, cuja observância fosse eventualmente assegurada, até com o uso da força, por parte de órgãos da colectividade – numa palavra, submetê-las ao direito e já não é possível – ou pelo menos não é possível nesta sede – indagar e identificar o preciso momento histórico em que na organização social (e, conseqüentemente, na consciência dos homens) se afirma a ideia assinalada” (*Ibidem*, p. 15-16).

21 Embora em Roma tenha se desenvolvido uma dogmática própria do contrato, ORLANDO GOMES contesta a origem romana do contrato: “Não é no direito romano que se deve buscar a origem histórica da categoria jurídica que hoje se denomina contrato, pois, segundo Bonfante, era um especial vínculo jurídico (*vinculum juris*) em que consistia a obrigação (*obligatio*), dependendo esta, para ser criada, de atos solenes (*nexum, sponsio, stipulatio*). É certo que o conceito sofreu alterações, e outros romanistas, como Riccobono, sustentam que o contrato era o acordo de vontades, gerador de obrigações e ações, ou que na fase pós-clássica já se admitia que a origem das obrigações se encontrava na declaração da vontade das partes” (*Contratos*. 27. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. p. 5).

Com o desenvolvimento do direito romano, os negócios surgiam em suas mais variadas facetas, e a ideia de contrato não estava totalmente desvinculada da operação econômica que lhe subjazia. ENZO ROPPO explica essa fase da seguinte forma:

Num tal sistema, aquilo que era tido imediatamente em consideração, era justamente o *negotium*, o acto de circulação da riqueza (sob a forma de venda, de locação, de depósito, de mútuo etc.), mais do que a sua formalização jurídica, ainda evanescente e, por assim dizer, não autónoma da operação econômica na sua materialidade. Para usar uma fórmula elementar e um pouco simplificante, pode dizer-se que, nessa altura, a operação econômica sobrepuja-se ao contrato, absorvia-o.²²

Foi somente na época de Justiniano que o contrato, como instituto jurídico genérico no qual se reduziavam todas as operações patrimoniais em concreto, passou a ter uma relativa autonomia do negócio que lhe era suporte.²³

Esse reconhecimento tardio, no entanto, não impediu que um princípio clássico do instituto contratual se fortalecesse, qual seja a relatividade dos efeitos contratuais (*res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest*), que ainda hoje é fundamento que influencia o sistema jurídico de inúmeros Estados contemporâneos do Ocidente, principalmente aqueles países que adotam o modelo da *civil law*.

Aliás, os romanos consideravam as promessas tão pessoais que se limitava ou até mesmo se impedia a desvinculação da obrigação à pessoa do credor ou do devedor, isto é, a cessão de contrato e o contrato com pessoa a declarar não encontravam guarida normativa nesse tempo e lugar.²⁴

Até porque a noção que se tem hoje de contrato não era igual a que se tinha no direito romano clássico. Veja-se, nesse sentido, a explicação de ENZO ROPPO: “No direito romano clássico, por exemplo, não existia – nos termos em que hoje a concebemos – uma figura geral de contrato, como invólucro jurídico geral, ao qual reconduzir a pluralidade e a variedade das operações econômicas. Existia, é certo, com a *stipulatio*, um esquema formal no qual se enquadravam convenções e pactos de diversa natureza: mas estes, em rigor, resultavam vinculativos, mais do que por força de um mecanismo propriamente jurídico, em virtude da ‘forma’ entendida, não tanto como instrumento legal, mas ‘como cerimônia revestida de uma espécie de valor mágico ou até religioso’ (Gorla), aliás de acordo com uma tendência própria do espírito jurídico primitivo e pouco evoluído” (*O contrato*, p. 16).

22 ROPPO, Enzo. *O contrato*, p. 17.

23 “Foi só na época justiniana, graças à afirmação de um espírito jurídico mais evoluído, que se chegou a delinear – com o esquema do ‘contrato inominado’ – um instrumento capaz de dar veste e eficácia legal a uma pluralidade indeterminada de operações econômicas, e neste sentido, um instrumento jurídico provido de relevo autónomo e não imediatamente identificado com esta ou aquela operação econômica” (*Ibidem*, p. 17).

24 LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES explica que “a obrigação no direito romano revestia-se de nítido e forte caráter personalista, derivado de sua concepção primitiva, o que tornava as pessoas do credor e do devedor seus elementos integrantes” (*Contrato com pessoa a declarar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 51).

Na Idade Média, com o despontamento do poder da Igreja, o instituto do contrato mescla-se com características próprias do direito canônico, que consideravam o pacto como um compromisso moral, isto é, uma consequência da virtude da honestidade e da lealdade, que revestiam a “palavra dada” de um juramento de fé. O conceito romano de contrato encontrou boa recepção na sociedade medieval, pois os princípios e valores das referidas épocas encontravam mais convergências que propriamente divergências.²⁵ Fortaleceu-se, nesse período, o princípio da obrigatoriedade dos pactos (*pacta sunt servanda*).²⁶

ORLANDO GOMES pontua que os canonistas valorizavam o consenso ao lado da fé jurada, preconizando que a vontade das partes é fonte de obrigação, recepcionando os princípios da autonomia da vontade e do consensualismo.²⁷

Ao fim do período medievo, observou-se, no âmbito político, a desvinculação dos Reinos à Igreja, por influência das reformas protestantes, da emergência de uma sociedade burguesa e da influência de ideais iluministas. Os Estados entram em um caminho de secularização e a construção das normas e a fundação das sociedades modernas são fortemente marcadas pelos movimentos contratualistas. Filósofos como Rousseau, Voltaire, Montesquieu e John Locke afirmaram a impossibilidade de o homem ter acesso às leis de Deus por meio da revelação, e as normas deveriam apenas ser deduzidas por meio da razão não mais como uma concepção divina, mas uma razão autossuficiente.²⁸

25 NERY, Rosa Maria de Andrade. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: RT, 2008, p. 167-171.

26 ROCHA, José Manuel de Sacadura. *História do direito no Ocidente*: Oriente, Grécia, Roma e Ibéricos: antiguidade, p. 166.

27 GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 3.

28 “E, de facto, sabido, que toda uma série de teorias em torno à gênese, à natureza, ao ordenamento e ao funcionamento da sociedade, amadurecidas no séc. XVII e no séc. XVIII, intitulavam-se de ‘contratualismo’. De Hobbes a Spinoza, de Locke a Rousseau, é comum aos filósofos deste período a ideia de que a sociedade nasceu e baseia-se no consenso, no acordo, precisamente no contrato (o ‘contrato social’ de Rousseau) com que os homens se comprometem a abster-se do uso indiscriminado da força nas relações recíprocas, renunciando consensualmente a fazer justiça por si próprios, transferindo o direito ao uso da força (em definitivo, parte da sua própria liberdade) para uma entidade superior e distinta de cada um dos indivíduos, que exprime a ‘vontade geral’: a sociedade, o Estado. Também nesta doutrina – e sobretudo nesta – a categoria do contrato exprime, portanto, uma forma de organização da sociedade, ou melhor, a forma de organização da sociedade *tout court*, revelando claramente a sua função política e ideológica: porque é claro que reconduzir a origem da sociedade e do Estado a um ‘contrato’ e portanto à livre escolha dos associados, significava, ao fim e ao cabo, (embora com acentuações diversas: mais despóticas e absolutistas em Hobbes, mais ‘liberais’ em Locke, mais solidárias em Rousseau) justificar e legitimar aos olhos dos súbditos, a autoridade do soberano, o poder constituído e a sua força repressiva” (ROPPO, Enzo. *O contrato*, p. 28-29).