

Execução de empreitada de obras públicas: vícios de conceção vs vícios de construção

*Isabel Celeste M. Fonseca**

Sumário: 1. Incumprimento(s); 2. Distinção entre problema de execução e o problema de conceção; 3. Consequências.

1. Incumprimento(s)

1.1. O incumprimento do contrato verifica-se sempre que as obrigações contratuais não são cumpridas ou executadas, ou não são cumpridas ou executadas nos termos estipulados¹. Pois bem, partimos para a análise do tema do incumprimento contratual avançando o que se entende por incumprimento. Podendo, o mesmo revestir três categorias: (i) incumprimento definitivo; (ii) cumprimento defeituoso; (iii) mora.

O atual Código dos Contratos Públicos (=CCP) reflete em diferentes normativos e atribui diferentes regimes aos três tipos de incumprimento, sendo certo que o incumprimento se torna definitivo quando a prestação em falta se tenha tornado de cumprimento impossível, ou o contraente público tenha perdido o interesse na prestação em falta – n.º 1 do art. 325.º do CCP. O cumprimento defeituoso traduz-se numa execução incorreta, irregular das prestações

* Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho.

¹ Pedro Gonçalves, “Cumprimento e Incumprimento do Contrato Administrativo”, in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Pedro Gonçalves (Org.), CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 569 e esp. p. 593.

contratuais. E a mora constitui a ultrapassagem dos prazos contratualmente estabelecidos, podendo converter-se em incumprimento definitivo, quando haja perda de interesse do contraente público. Ou, no caso de, tendo sido notificado para cumprir, nos termos do art. 325.º do CCP, o empreiteiro manter a situação de violação. Face a uma situação de incumprimento o dono de obra deve comunicar a mesma ao empreiteiro e conceder um prazo para reparação da situação – n.ºs 1 e 2 do art. 325.º do CCP.

Em qualquer um dos casos de incumprimento e mantendo-se a situação de incumprimento, após a interpelação, o mesmo preceito legal autoriza o contraente público a chamar um terceiro para a efetivação das prestações, de natureza fungível, em falta, ou a optar pela resolução do contrato com fundamento no incumprimento, alínea *a*) do n.º 1 do art. 333.º.

1.2. A receção provisória de uma empreitada de obra pública constitui uma fase crítica. Através da vistoria, art. 394.º do CCP, o dono de obra deve, com especial cuidado, examinar a obra e, após verificar o cumprimento das obrigações contratuais, procede-se à assinatura do auto de receção provisória². É nesta data que as obrigações contratuais do empreiteiro cessam e transfere-se a obra para o dono de obra.

A receção provisória poderá ser total quando o auto se refere à totalidade dos trabalhos contratualizados, ou, parcial, como na presente situação, quando apenas é rececionada parte da empreitada, estando estas situações abrangidas pelo n.º 3 do art. 395.º do CCP.

Tal como, no contrato de empreitada de direito privado o empreiteiro é liberado da responsabilidade por vícios aparentes não detetados na vistoria e colocados no auto, quando justifiquem a não receção de obra³.

Embora, as obrigações contratuais cessem à data de assinatura do auto de receção provisória, este marca o nascimento de outras obrigações relacionadas

² No caso de defeitos aparentes, que não sejam de rápida correção, o dono de obra deve indicar o mesmo no auto de não receção de obra, nos termos dos n.ºs 4 e 5 do art. 395.º e art. 396.º do CCP. Apenas os erros e deficiências que possam afetar a solidez, a segurança e funcionalidade da obra, segundo as regras da boa-fé, da técnica e da proporcionalidade, devem justificar a não receção da obra.

³ Vaz Serra, "Empreitada", *in* *BMJ*, n.º 145, 1965, pp. 158-159.

com o período de garantia da obra. É, pois, a partir deste momento, de acordo com o n.º 1 do art. 397.º que se inicia o prazo de garantia.

Assim, nem a vistoria, atividade partilhada entre o dono de obra e o empreiteiro, e a receção provisória isentam este último da responsabilidade pela execução do objeto do contrato e, por isso, incumbe-lhe corrigir os defeitos que venham a ser detetados.

2. Distinção entre problema de execução e o problema de conceção

Antes de avançarmos convém distinguirmos o vício de construção/problema de execução *versus* vício de conceção/problema de suprimento de erros e omissões, e distinguirmos os seus regimes. Na primeira situação estamos perante um incumprimento contratual (defeituoso) que inquina a qualidade da obra e cuja responsabilidade do empreiteiro é apurada pelo disposto no art. 397.º do CCP, quando ocorrida a receção provisória e após o prazo de garantia e, tendo havido receção definitiva, nos termos do art. 398.º do CCP. A segunda situação reporta-se ao regime dos erros e omissões e às obrigações de realização dos correspondentes trabalhos de suprimento (art. 366.º), sendo certo que as responsabilidades do empreiteiro se apuram no decorrer/execução do contrato de acordo com o disposto no art. 376.º.

Exploremos este assunto, começando por dizer que o legislador do CCP transferiu a deteção dos erros e omissões para a fase de formação do contrato, obrigando todos os concorrentes a procederem à respetiva identificação até ao fim do quinto sector do prazo para a apresentação das propostas (art. 61.º do CCP). O anterior Regime Jurídico de Empreitas de Obras Públicas (=RJEOP) era completamente omissivo quanto ao tema da correção pré-contratual de erros e omissões do projeto (*id est*: erros sobre cálculos, quantidades, metros ou cifrões contidos nos documentos do concurso). Esse regime estava apenas previsto para a fase de execução do contrato. Nesse regime, o empreiteiro tinha um prazo, após a consignação, para reclamar de erros e omissões que demonstrasse não ter podido descoberto antes, sendo certo que seria do dono da obra a responsabilidade pelos custos correspondentes aos trabalhos de suprimento de

erro e omissões de um projeto de sua autoria ou por si patenteados (nos termos do art. 37.º, n.º 1, do RJEOP).

Pois bem, o atual CCP, visando combater o problema da derrapagem dos custos nas obras públicas, estabelece um novo conjunto de regras, importantes regras que aqui devem ser sublinhadas, relativas (i) à correção de erros e omissões na fase de formação do contrato, bem como (ii) sobre os termos dos trabalhos de suprimento e (iii) sobre a responsabilidade patrimonial pelos mesmos. Aliás, o novo regime acolhe uma inversão de lógica, procurando promover uma cultura de responsabilidade e de responsabilização pelas derrapagens e pelos intervenientes nos projetos de empreitadas de obras públicas, sublinhando a preocupação de os donos de obras públicas não levarem a concurso obras assestadas em projetos deficientes, ou de não terem que suportar erros ou omissões que os concorrentes tivessem que detetar na fase de formação, e condicionando os empreiteiros, já que para não serem responsabilizados depois ou *a posteriori*, pelos custos dos trabalhos de suprimento de erros e omissões do projeto, devam sindicar os projetos vindos a concurso, com o padrão de diligência objetivamente adequado às circunstâncias do caso (4).

2.1. Neste sentido, impõe-se evidenciar a existência de um ónus dos concorrentes (e, neste caso do empreiteiro, na fase de proponente) na deteção de erros e omissões na mencionada fase pré-contratual. Assim, o CCP dispõe que, até à data correspondente a cinco sextos do prazo fixado para a apresentação das propostas, os concorrentes devem listar, de forma expressa e inequívoca os erros e omissões do caderno de encargos, incluindo “as condições técnicas de execução do contrato a celebrar que o concorrente não considere exequíveis”, sendo certo que, nos termos do n.º 2, se excetuam desta obrigação “os erros e omissões que os interessados, atuando com a diligência objetivamente exigível em face das circunstâncias concretas, apenas pudessem detetar na fase de execução do contrato”.

(4) Neste sentido, *vd.* Rui Medeiros, “O controlo de custos nas empreitadas de obras públicas através do novo regime de trabalhos e omissões e de trabalhos a mais”, *in Estudos de Contratação Pública*, Vol. II, Pedro Gonçalves (Org.), CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 428 e segs.

2.2. Neste contexto, impõe-se também dizer que a entidade adjudicante, depois de analisar as listas, decide e publicita se aceita ou não os erros e omissões nelas identificados, sendo certo que, se não disser expressamente que os aceita, se considera que os rejeitou. Se aceita, comunica isso mesmo aos concorrentes (nos termos do art. 61.º, n.º 7, do CCP), podendo estes nas suas propostas, nessa sequência, identificar expressa e inequivocamente, os termos dos suprimentos e o valor atribuído a cada um deles.

Como se percebe, desejou o legislador vincular os empreiteiros à correta execução de obras públicas, uma vez que tanto lhe impõe um ónus de analisar criticamente os projetos como lhe permite a apresentação do respetivo suprimento, devendo atuar “com a diligência objetivamente exigível em face das circunstâncias concretas”, sob pena de se poder constituir em responsabilidade pelo respetivo suprimento.

2.3. Aliás, no que concerne à realização de trabalhos de suprimento, o CCP prevê expressamente a obrigação de o empreiteiro “executar todos os trabalhos de suprimento de erros e omissões que lhe sejam ordenados pelo dono da obra”, nos termos e nos limites dos arts. 376.º e 373.º do CCP). Aliás, repare-se no conteúdo do n.º 6 do art. 376.º CCP.

Quanto à responsabilidade e tendo em conta o que se afirmou, a responsabilidade patrimonial pela correção de erros e omissões só pode ser do dono da obra quando, o empreiteiro, “actuando com a diligência objectivamente exigível em face das circunstâncias concretas, não pudessem ter sido detetados na fase pré-contratual os erros e omissões, ou quando esses erros e omissões tenham sido detetados pelo empreiteiro/proponente e estes não tenham sido aceites pelo dono da obra, durante essa fase”.

Por conseguinte, determina o CCP que a responsabilidade pelos erros e omissões já será do empreiteiro pelos respetivos trabalhos de correção cuja deteção lhe era exigível, nos termos referidos na fase de formação dos contratos, ou, já durante a execução, após o prazo de 30 dias a contar da data em que lhe fosse exigível a deteção, bem como também será dele se lhe competir a elaboração do projeto de execução (desde que os erros e omissões não se baseiem em

elementos fornecidos pelo dono da obra, designadamente os elementos da solução da obra). Assim se lê os arts. 378.º, n.ºs 1, 2 e 3).

Contudo, trazendo à colação o regime acolhido no art. 378.º, n.º 6, impõe-se ainda sublinhar, acompanhando Lino Torgal, que, “não obstante a responsabilidade perante o dono da obra em que o empreiteiro incorra, este último, o empreiteiro pode, depois, no caso de os erros e omissões detetados decorrerem do não cumprimento ou do cumprimento defeituoso de obrigações de conceção assumidas pelos projetistas perante o dono da obra, sub-rogar-se no direito de indemnização (que assista ao dono da obra perante aqueles terceiros, até ao limite do montante que deva ser suportado pelo empreiteiro)”. E assim é quando, (i) nos termos do n.º 3, o empreiteiro seja responsável pelos trabalhos de suprimento de erros e omissão cuja deteção era exigível na fase de formação do contrato, segundo a disciplina dos n.ºs 1 e 2 do art. 61.º, excetuando os identificados e rejeitados pelo dono da obra, durante essa fase; (ii) quando não os identifica, após o prazo de 30 dias, sendo-lhe exigível que o fizesse.

Como se compreende, é da responsabilidade do empreiteiro o suprimento dos erros e omissões que devesse ter detetado na fase de formação do contrato, ou depois, nos termos do n.º 3 do art. 378.º do CCP. E como se compreende, inovadoramente, o CCP incumbe o dono de obra de assacar responsabilidade por erros de conceção *et pour cause* ser indemnizado pelos projetistas, nos termos do art. 378.º, n.ºs 6 e 7, do CCP.

Em síntese, comparando o regime que trata o vício de construção, problema de execução versus vício/problema de conceção, facilmente se conclui que há diferentes sujeitos responsabilizados e diferentes regimes a considerar. Contudo, o incumprimento contratual por parte do empreiteiro jamais se pode basear na invocação de um mau projeto, quando se comprova que há um incumprimento na execução do mau projeto.

É certo que os regimes se confundem muitas vezes. E certo que esta nova disciplina potencia a litigiosidade entre dono da obra e o empreiteiro sobre a questão de saber a quem se imputa a responsabilidade pelos erros e omissões por tais erros e omissões terem sido detetadas durante a execução do contrato podendo ter sido descobertas durante a fase de formação do mesmo, designa-

damente quanto à questão de apurar se o empreiteiro atuou com diligência que objetivamente lhe era exigível, atendendo às circunstâncias.

Enfim, esta é uma desvantagem do sistema que quer alcançar maior responsabilização de todos os intervenientes. É, pois desejável que aumente a criação e consolidação de boa jurisprudência (dos tribunais administrativos e arbitrais) sobre este assunto, para que o sistema jurídico seja conhecido por todos os operadores (multiplicando as boas práticas, e de modo que a culpa não morra sozinha, sobretudo em tempos de crise ⁽⁵⁾).

3. Consequências

O CCP optou por manter a opção herdada do RJEOP quanto ao momento que despoleta o início do prazo da garantia. Direção diferente seguiu o legislador no que toca ao prazo da garantia, anteriormente de 5 anos⁶, estando este agora dependente do defeito apontado na obra – “a) 10 anos, no caso de defeitos relativos a elementos construtivos estruturais; b) 5 anos, no caso de defeitos relativos a elementos construtivos não estruturais ou a instalações técnicas; c) 2 anos, no caso de defeitos relativos a equipamentos afetos à obra, mas dela autonomizáveis” – n.º 2 do art. 397.º do CCP.

O empreiteiro está obrigado corrigir todos os defeitos da obra durante o prazo de garantia, solução idêntica encontra-se consagrada no regime do contrato de empreitada de Direito privado – art. 1225.º do Código Civil.

A receção provisória da obra não transfere, portanto, o risco da empreitada para o dono de obra. Nestes períodos o dono de obra colocará à prova a obra. É o momento de verificação do cumprimento do contrato – “Constitui uma nova comprovação, *a posteriori* do mesmo facto verificado através da re-

⁵ Sobre este assunto, para maiores desenvolvimentos, *vd.* Licínio Lopes, “Alguns aspectos do contrato de empreitadas de obras públicas no Código dos Contratos Públicos – I”, *in Estudos de Contratação Pública*, Vol. II, Pedro Gonçalves (Org.), CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, esp. pp. 339 e segs.

⁶ Jorge Andrade da Silva, *Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas Anotada e Comentada*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, p. 527.

cepção provisória: que o empreiteiro cumpriu o contrato nos seus termos, ficando a coberto de toda a responsabilidade”⁷.

O dono de obra está, portanto, protegido nestes prazos de erros ou deficiências de execução não aparentes, aquando a receção provisória – n.º 5 do art. 397.º do CCP. Sublinhemos: qualquer defeito, que se revele nestes prazos, da responsabilidade do empreiteiro será reparado a suas expensas.

Esmiuçemos o n.º 5 do art. 379.º do CCP, na sequência do *supra* referido – “O empreiteiro tem a obrigação de corrigir, a expensas suas, todos os defeitos da obra e dos equipamentos nela integrados que sejam identificados até ao termo do prazo de garantia, entendendo-se como tais, designadamente, quaisquer desconformidades entre a obra executada e os equipamentos fornecidos ou integrados e o previsto no contrato”⁸.

A primeira nota versa sobre a *aparência do defeito* e a necessidade de concretizar o defeito na comunicação do mesmo ao empreiteiro. O art. 397.º apenas diferencia os defeitos para efeitos de prazo de garantia, pelo que nada mais é dito à sua natureza.

Deste modo, os defeitos identificados pelo dono de obra devem observar dois requisitos cumulativos: (i) serem suficientemente importantes para comprometer a solidez da obra, ou comprometer a sua funcionalidade; (ii) não podem ser aparentes aquando da receção provisória da obra.

Cumpre-nos dizer a este propósito que não podem ser criadas obrigações além das legais, ou das contratuais permitidas pela lei, para o dono de obra ou para o empreiteiro. Assim, nos termos do art. n.º 5 do art. 397.º do CCP, o dono de obra apenas terá de identificar o defeito na obra e/ou no equipamento nela integrado. Não é, portanto, exigível ao dono de obra a definição do defeito em termos técnicos e científicos, pois muitas vezes não haverá conhecimentos cien-

⁷ Neste sentido, Maria del Carmo de Guerrero Manso, *Diccionario de Contratación Pública*, José Bermejo Vera (coord.), Ed. Iustel, Madrid, 2009, p. 472, *apud* Jorge Andrade da Silva, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 990.

⁸ Cfr. com o n.º 1 do art. 1225.º do Código Civil: “se a empreitada tiver por objecto a construção, modificação ou reparação de edifícios ou outros imóveis destinados por sua natureza a longa duração e, no decurso de cinco anos a contar da entrega, ou no decurso do prazo de garantia convencionado, a obra, por vício do solo ou da construção, modificação ou reparação, ou por erros na execução dos trabalhos, ruir total ou parcialmente, ou apresentar defeitos, o empreiteiro é responsável pelo prejuízo causado ao dono da obra ou a terceiro adquirente”.

tíficos imediatos para tal. Pensemos, a título de exemplo, no caso de uma caldeira que avaria, deixando de aquecer a água. Será possível exigir que o dono de obra comunique o defeito se o encontrar na peça x? Não podemos aceitar que seja este o sentido do n.º 5 do art. 397.º, quando se alude à identificação do defeito. Do mesmo modo, a lei não define o número de defeitos, nem de comunicações que o dono de obra pode realizar, pensemos numa empreitada de obras pública de grandes dimensões.

Impõe-se sublinhar: a identificação do defeito, em concreto, pode, portanto, ser concretizado *a posteriori*, após a “abertura da máquina”. Tal não isenta o empreiteiro da sua obrigação de reparação e/ou reconstrução. Por outro lado, o normativo legal não mitiga a responsabilidade do empreiteiro, nem a afasta, por uma primeira impossibilidade de definição do defeito de acordo com as regras técnico-científicas. Exigência esta, muitas vezes, a existir viola-se o princípio da proporcionalidade ou a razoabilidade do saber do agente zeloso e cumpridor (que aqui deva ser medida com parâmetro distinto, é certo), pela falta de conhecimento técnico-científico do dono de obra.

3.1. Após a identificação do defeito e a respetiva comunicação ao empreiteiro recai sobre este a obrigação de corrigir, reconstruir a expensas suas, n.º 5 do art. 397.º do CCP. À luz do Direito privado, veja-se a parte final do n.º 1 do art. 1221.º do Código Civil, nos termos do qual o dono de obra pode exigir ao empreiteiro a repetição da execução da obra, quando os defeitos não sejam suscetíveis de correção – n.º 6 do art. 397.º do CCP.

O dono de obra pode optar pela medida mais gravosa, a resolução do contrato, nos termos da alínea g) do n.º 1 do art. 405.º do CCP, quer quando o empreiteiro não corrija os defeitos, quer quando não repita a execução da obra. No entanto, no caso da impossibilidade de se repetir a empreitada ou constituir abuso de direito, o dono de obra pode exigir a redução do preço e ser indemnizado, nos termos gerais.

No que respeita à caução, ela cumpre, no direito português, a função de garantir a correta execução do contrato pelo que também cumpre uma das opções do cocontratante público em caso de incumprimento (art. 88.º do CCP). Ou seja, é um instrumento jurídico fundamental para compelir o empreiteiro a

cumprir as obrigações contratualizadas⁹. O CCP reforçou a função da caução como garante do cumprimento do contrato ao adotar o regime instituído no art. 296.º do CCP. Destarte, sem necessidade de uma decisão judicial ou arbitral prévia, o dono de obra pode executar a caução no valor devido pelo incumprimento definitivo ou pelo cumprimento defeituoso e seus prejuízos¹⁰.

Uma última nota para o prazo de garantia, que como já vimos dependerá do tipo de defeito. Para Jorge Andrade da Silva, é um prazo de caducidade, pelo que não se interrompe, nem se suspende, para salvaguarda do empreiteiro¹¹.

⁹ Para mais desenvolvimentos, *vd.* García-Trevijano Garnica, *El régimen de las garantías en la contratación administrativa*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 17 e segs.

¹⁰ Cfr. Pedro Gonçalves (“Cumprimento e Incumprimento do Contrato Administrativo”, *cit.*, pp. 569 e segs.) sobre a possibilidade da caução responder por valores indemnizatórios e, ainda, a função da cláusula penal.

¹¹ Jorge Andrade da Silva, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, *cit.*, p. 992.