

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Dissertação Final de Mestrado em Direito Administrativo e
Contratação Pública**

***“CONTRIBUTO PARA A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 380.º DO
CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS:
ARTICULAÇÃO ENTRE A RESPONSABILIDADE DO EMPREITEIRO
PELO SUPRIMENTO DE ERROS E OMISSÕES E A REMUNERAÇÃO
PELA INUTILIZAÇÃO DE TRABALHOS JÁ REALIZADOS”***

INÊS RODRIGUES ESTEVES TEIXEIRA DA SILVA

ALUNA N.º 142709005

ORIENTADOR: MESTRE LINO TORRAL

DATA: 16 DE MAIO DE 2011

Agradecimentos

Aos meus Pais, por todo o amor, apoio, incentivo e paciência que me foram dando ao longo de toda a elaboração desta dissertação.

A toda a minha restante Família, pelo carinho e apoio que sempre tive.

Ao Mestre Lino Torgal, em primeiro por ter aceite ser meu orientador, e depois pela disponibilidade sempre demonstrada e pelos seus sábios conselhos.

A todos aqueles que tive o prazer de ter tido como Professores, durante o meu percurso académico na Universidade Católica Portuguesa, muito especialmente aqueles que me acompanharam durante o meu Mestrado.

A todos os meus colegas da Gómez-Acebo & Pombo – Sucursal de Lisboa muito especialmente à Dr.^a Rita Santinho Martins e Dr. Pedro Vaz Baltazar, por toda a sua ajuda.

Ao meu amigo André Paula Santos, pelas inúmeras discussões sobre o objecto deste trabalho, pelo incentivo quando tudo parecia tão difícil de terminar.

Por fim, a todos os meus amigos e colegas, pela paciência que sempre tiveram enquanto me ouviam falar sobre este trabalho, pelas vezes que me animaram quando tudo parecia estar condenado ao fracasso.

ÍNDICE

| | | |
|-------------|---|-----------|
| I. | INTRODUÇÃO E EXPOSIÇÃO DE MOTIVO..... | 4 |
| II. | BREVE EXPOSIÇÃO DO REGIME DA RESPONSABILIDADE POR ERROS E OMISSÕES..... | 8 |
| a. | DIFERENÇA ENTRE TRABALHOS A MAIS E SUPRIMENTOS DE ERROS E OMISSÕES: IMPREVISIBILIDADE VS IMPUTABILIDADE..... | 9 |
| b. | O ÓNUS DE DETECÇÃO DE ERROS E OMISSÕES DO EMPREITEIRO NA FASE DE FORMAÇÃO DO CONTRATO..... | 14 |
| c. | A RESPONSABILIDADE NA FASE DE EXECUÇÃO: EM ESPECIAL OS N. ^{OS} 3 E 5 DO ARTIGO 378.º DO CCP..... | 18 |
| III. | O REGIME DO ARTIGO 380.º DO CCP..... | 24 |
| IV. | PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO E DE HARMONIZAÇÃO DAS NORMAS IDENTIFICADAS..... | 26 |
| V. | CONCLUSÃO..... | 36 |
| VI. | BIBLIOGRAFIA.. | 38 |

I. INTRODUÇÃO E EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS:

A presente dissertação de mestrado tem como objectivo principal a interpretação e harmonização do artigo 380.º e dos n.ºs 3 e 5 do artigo 378.º, ambos do Código dos Contratos Públicos (doravante “CCP”), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro.

Em nossa opinião, tendo em conta o conteúdo das referidas normas, a interpretação das mesmas poderá levar a resultados forçosamente contraditórios.

O CCP, em face do reduzido período de vigência (desde 30 de Julho de 2008), é ainda de aplicação diminuta. Contudo, verifica-se que aquele Código se traduz num regime consideravelmente inovador em relação ao previsto no Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas (doravante “RJEOP”), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

Assim, aquele Código vem, por um lado, dar mais autonomia contratual às partes (comportando aproximação clara ao regime das empreitadas de Direito Privado), tendo revogado muita da matéria que anteriormente era regulada no RJEOP ⁽¹⁾; e, por outro lado, estabeleceu um novo regime de aplicação de responsabilidade na fase anterior à apresentação das propostas – fase pré-contratual – cujo principal objectivo ⁽²⁾ é o evitar “*derrapagens*” financeiras na execução do contrato de empreitada, que venham a comportar sucessivos reequilíbrios económico-financeiros no âmbito da execução contratual, tornando a obra, consequentemente, mais onerosa para a entidade pública.

Em nossa opinião, o regime jurídico referido, ora consagrado no CCP, surtirá decisivo efeito sobre os empreiteiros, designadamente na medida em que os obrigará a serem mais cuidadosos durante a apreciação do projecto ⁽³⁾.

1 A título de exemplo, veja-se que o CCP eliminou as várias distinções de remuneração do empreiteiro – por preço global, por série de preços e por percentagem – podendo o dono de obra contemplar qualquer uma destas ou outra que julgue mais indicada ao tipo de obra em causa.

2 Cfr. “Código dos Contratos Públicos – Regime de Erros e Omissões”- J.M. OLIVEIRA ANTUNES, Almedina, 2009.

3 Cfr. “O controlo de custos nas empreitadas de obras públicas através do novo regime de trabalhos de suprimento de erros e omissões e de trabalhos a mais” – RUI MEDEIROS, in Estudos de Contratação Pública – II, Coimbra Editora, 2010.

No entanto, como é referido abundantemente por vários autores ⁽⁴⁾, a tarefa do empreiteiro estará, à partida, dificultada, em virtude da falta de qualidade generalizada dos projectos apresentados pelas entidades públicas adjudicantes.

Cumprindo ainda referir que, de acordo com a previsão do artigo 61.º do CCP, a exigibilidade de detecção prévia de erros e omissões abrange, todo o conteúdo do Caderno de Encargos da empreitada, o que vai, claramente, muito além da mera apreciação do projecto.

Todavia, apesar de esta questão necessitar de um estudo aprofundado, para o âmbito da presente dissertação iremos tratar apenas dos erros e omissões do projecto, pois são estas que poderão originar a inutilização de trabalhos já realizados, o que constitui a génese desta dissertação.

O tema em apreço reveste-se de grande relevância teórica para o estudo do regime das empreitadas de obras públicas, bem como de relevância prática, à medida que se iniciarem os litígios com base na detecção de erros e omissões, quanto à responsabilidade pelo seu pagamento ulterior.

Se não vejamos, socorrendo-nos da definição de erros e omissões, de origem doutrinária: “*o erro consiste numa desadequada ou incorrecta opção técnica na concepção da obra ou numa inexacta quantificação dos trabalhos necessários à sua execução*”, enquanto a omissão existe “*...quando do projecto não consta um elemento, solução técnica ou trabalho necessário à execução da obra ou à possibilidade de esta desempenhar o fim a que se destina*” ⁽⁵⁾.

Pelo que, num determinado projecto, e subsequente execução, verifica-se habitual a existência de erros e omissões.

Igualmente, e procurando fazer a ponte para a outra norma que pretendemos analisar – o artigo 380.º do CCP –, é possível que, quando esse (s) erro (s) e omissão (ões) seja (m) detectado (s), existam já trabalhos executados, os quais poderão perder a utilidade que inicialmente se previa e que, em último caso, poderão mesmo ter que ser destruídos.

4 Cfr., a título exemplificativo, *ob. cit.* JOSÉ MANUEL OLIVEIRA ANTUNES.

5Cfr. “*Dicionário dos Contratos Públicos*” – JORGE ANDRADE DA SILVA, Almedina, 2009.

Assim, em face das duas normas *supra* referidas, entendemos que o problema essencial decorrente da sua interpretação será o de **saber quem terá que suportar os custos da demolição dos trabalhos executados**, tendo em conta que aquelas normas, quando aplicáveis ao caso concreto, terão um sentido (à primeira vista) oposto. Acreditamos, por isso, que o tema aqui em apreço se reveste de grande importância prática, quer para as entidades adjudicantes quer para os respectivos co-contratantes, e temos a certeza de que o tema em causa será desenvolvido e aprofundado com o surgimento de novos contratos de empreitada, ao abrigo das novas regras do CCP (de notar que a maioria das grandes obras públicas que se encontram em execução regem-se, ainda, pela aplicação do já revogado regime do RJEOP).

Desta forma, e no sentido de apreciarmos devidamente as normas relevantes para o escopo do presente trabalho, iremos, em primeiro lugar, abordar sucintamente o regime dos erros e omissões constante do artigo 378.º do CCP, prosseguindo a presente apreciação com a análise do regime exposto no artigo 380.º do mesmo Código e, finalmente, apresentando a nossa proposta de interpretação daquelas normas.

Julgamos que, apesar de a questão em concreto não ter sido levantada até hoje, sê-lo-á inevitavelmente, a breve trecho, sendo os nossos tribunais confrontados com a necessidade de proceder à interpretação e resolução da mesma.

Observa-se essencial, ainda que decorra da delimitação *supra* concretizada acerca do objecto desta dissertação, realizar uma pequena nota sobre o tipo de empreitada que aqui está em causa, de modo a poder excluir a empreitada de concepção/construção do escopo do presente trabalho, por nesta não se revelar possível a existência de detecção de erros e omissões na fase pré-contratual.

Logo, temos que a empreitada de concepção/construção se caracteriza por a entidade adjudicante determinar que o objecto daquela contratação abrangerá, não só a construção (que se configura como o mais usual), mas também a elaboração de todo o projecto subjacente, fazendo uso da criatividade do adjudicatário (obviamente que este deverá ter um habilitação legal que o permita elaborar também o projecto).

Por esta razão, a elaboração dos elementos de solução da obra é da responsabilidade do co-contratante (ainda que tenha por base um plano preliminar realizado e

disponibilizado pelo dono de obra). Não será possível existir uma detecção de erros e omissões atempada, porquanto os elementos de solução da obra não existem aquando do lançamento do procedimento ⁽⁶⁾, pois eles fazem parte dos aspectos submetidos à concorrência.

Em contraposição, a empreitada de construção consiste apenas na execução da obra, não tendo o adjudicatário que elaborar nenhum elemento de solução da obra, razão pela qual ele terá que analisar diligentemente aquilo que foi disponibilizado pelo dono de obra, podendo haver exigências de detecção pré-contratual de erros e omissões porque não foi (ou não será) o adjudicatário a proceder à sua elaboração.

Em virtude de o objecto desta dissertação ter um cariz vincadamente de Direito Português, já que se prende com a harmonização de duas normas de execução contratual de um contrato administrativo regulado livremente pelo Direito Interno (não sendo matéria imposta pelas Directivas Comunitárias que vieram regular o regime Contratação Pública europeia), foi nossa opção não alargar o nosso trabalho a um estudo de Direito Comparado, ainda que façamos referência a obras estrangeiras.

Passaremos, então, para o desenvolvimento da questão enunciada.

⁶ Para um mais aprofundado estudo do regime das empreitadas de concepção/construção veja-se “Alguns aspectos do contrato de empreitadas de obras públicas no Código dos Contratos Públicos – I” – LICÍNIO LOPES in “Estudos de Contratação Pública – II”, Coimbra Editora, 2010

II) BREVE EXPOSIÇÃO DO REGIME DA RESPONSABILIDADE POR ERROS E OMISSÕES:

Tal como já foi anteriormente adiantado, começaremos por uma breve exposição do regime de erros e omissões, tendo especial enfoque na responsabilidade do empreiteiro.

Note-se que o objecto desta dissertação constitui uma “excepção” ao regime de pagamento de erros e omissões, já que o n.º 1 do artigo 378.º determina que, quando existam erros e omissões resultantes dos elementos elaborados pelo dono da obra, a responsabilidade pelo seu pagamento pertence ao dono da obra.

O regime que nos propomos estudar pressupõe, por outro lado, uma situação de concorrência de culpas, considerando que estamos a falar de erros e omissões dos elementos da solução da obra elaborados pelo dono da obra, mas onde se exigia ao empreiteiro que os estivesse escrutinado diligentemente, de modo a que não viessem a dar lugar a posteriores trabalhos de suprimento.

Para iniciar esta análise, afigura-se necessário proceder a uma diferenciação entre *i)* trabalhos a mais e *ii)* trabalhos de suprimento de erros e omissões, isto de modo a poder excluir os primeiros do âmbito desta dissertação, uma vez que a responsabilidade pelo seu pagamento não levanta especiais questões, sendo estes pagos inteiramente pelo dono de obra ⁽⁷⁾.

Assim, em ordem a prosseguir com os objectivos a que nos propomos com o seguinte texto, cumprirá apreciar, inicialmente, a diferença entre trabalhos a mais e suprimentos de erros e omissões: **imprevisibilidade vs imputabilidade**; prosseguindo de seguida para a análise do ónus de detecção de erros e omissões do empreiteiro na fase de formação do contrato; e, finalmente, estudando a respectiva responsabilidade na fase de execução, em especial os n.ºs 3 e 5 do artigo 378.º do CCP.

⁷ Atendendo, todavia, aos limites em termos percentuais da totalidade do valor da obra previstos no artigo 370.º do CCP

a) DIFERENÇA ENTRE TRABALHOS A MAIS E SUPRIMENTOS DE ERROS E OMISSÕES:
IMPREVISIBILIDADE VS IMPUTABILIDADE:

O CCP não fornece, nem na sua Parte II nem na Parte III, uma definição expressa do que são erros e omissões, tentando sim delimitar aqueles conceitos pela negativa, socorrendo-se do conceito de trabalhos a mais (n.º 4 do artigo 370º do CCP).

Parte da doutrina, em face desta opção do legislador, aponta-lhe várias críticas, considerando que este não foi suficientemente audacioso para, finalmente, construir uma definição ⁽⁸⁾ que sempre se mostrou necessária. Em concreto, em face da ausência dessa definição expressa, identifica-se uma “*insegurança*” de conceitos e de âmbitos de aplicação, a qual poderia ter sido evitada se o legislador tivesse procedido a uma definição, tal como o fez para os trabalhos a mais, contribuindo assim para a clarificação definitiva das diferenças entre ambas as figuras. ⁽⁹⁾.

Contudo, em face da escolha realizada pelo legislador, teremos de concluir que aquele, ao definir o que são trabalhos a mais, optou por deixar de fora toda uma realidade que terá de ser, forçosamente, qualificada como erros e omissões.

Aliás, verifica-se que, ao longo dos anos, e no silêncio da lei quanto a esta definição conceptual, a doutrina procurou preencher esta lacuna, através da articulação e interpretação das várias normas legais aplicáveis.

Dito isto, começaremos por definir o que são trabalhos a mais, partindo do pressuposto de que, tanto estes, como os erros e omissões, comportam modificações objectivas do contrato, e constituem trabalhos que não estariam inicialmente previstos neste.

Contudo, tal afirmação não se poderá ter por absoluta, nomeadamente em relação aos erros e omissões detectados na fase de formação do contrato e aceites pelo dono de obra.

⁸ Note-se que nem no anterior regime do RJEOP existia uma definição, sendo que esta sempre foi construída com base na doutrina e na jurisprudência, tendo dado lugar a interpretações variadas.

⁹ No mesmo sentido, cfr. ob.cit. – LICÍNIO LOPES.

Tendo em consideração que estes já estarão enunciados no contrato, de acordo com o que foi apontado na lista entregue na fase pré-contratual, eles já não comportaram modificações objectivas do contrato.

Isto é, em bom rigor, com o novo CCP já nem todos os erros e omissões são verdadeiras modificações objectivas do contrato, pois aqueles que são detectados na fase pré-contratual já não vão influir no contrato, constituindo, por esta razão, modificações objectivas do conteúdo do Caderno de Encargos.

Posto isto, trabalhos a mais são, pois, aqueles que “*excedem (...) relativamente àqueles que contratualmente foram fixados como sendo necessários para realizar a obra objecto do contrato*”⁽¹⁰⁾.

Através do n.º 1 do artigo 370.º do CCP, o legislador define trabalhos a mais como aqueles que reúnam **cumulativamente** quatro requisitos:

- i. São trabalhos cuja espécie ou quantidade não estava prevista no contrato;
- ii. Que se tenham tornado necessários para a execução da obra;
- iii. Na sequência de uma circunstância imprevista;
- iv. E que não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objecto do contrato sem inconvenientes graves para o dono de obra ou, ainda que sejam separáveis, sejam estritamente necessários à conclusão da obra.

Aliás, se os requisitos *supra* enumerados não se verificarem cumpridos, não poderá o dono de obra ordenar ao empreiteiro a execução destes mesmos trabalhos; estes terão que ser objecto de contrato celebrado na sequência de procedimento adoptado nos termos do disposto no Título I da Parte II do CCP, ou seja, um contrato autónomo do contrato de empreitada em que se inserem/em que surgiram (cfr. n.º 5 do artigo 370.º do CCP).

Por outro lado, tais trabalhos não poderão igualmente exceder os valores legais previstos no n.º 2 do artigo 370.º, estipulando assim o legislador, ainda que

10 Cfr. “*Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado*” – JORGE ANDRADE DA SILVA, Almedina, 2010.

indirectamente, limites ao poder de introduzir modificações objectivas por parte dos donos de obra.

E, tal como já referimos, em virtude de serem ordenados pelo dono de obra, terão que ser inteiramente pagos por este, não tendo o empreiteiro qualquer responsabilidade financeira – só na execução (tendo oportunidade de se recusar a fazê-los, podendo decidir-se pela resolução do contrato, nos termos do n.º 2 do artigo 371.º, desde que cumprindo os requisitos legalmente previstos).

Em jeito de “*pré-conclusão*”, temos que sublinhar a imprevisibilidade como a característica que evidencia os trabalhos a mais, na medida em que nascem de um acontecimento externo e imponderável às partes no contrato, razão pela qual, como veremos, se traduz numa impossibilidade de imputação a qualquer das partes.

Antes de prosseguirmos para a análise da principal diferença entre ambas as figuras que nos propomos realizar neste ponto, e não obstante o silêncio do legislador nesta matéria, parece-nos adequado proceder à definição de trabalhos de suprimento de erros e omissões, definição que faremos, necessariamente, por contraposição ao acima enunciado quanto aos trabalhos a mais.

De forma a efectuar a definição a que nos propomos, recuperando a definição acima descrita, quanto a erros e a omissões: “*O erro consiste numa desadequada ou incorrecta opção técnica na concepção da obra ou numa inexacta quantificação dos trabalhos necessários à sua execução*”, enquanto a omissão existe “*(...) quando do projecto não consta um elemento, solução técnica ou trabalho necessário à execução da obra ou à possibilidade de esta desempenhar o fim a que se destina*”⁽¹¹⁾.

Sendo que, para efeitos de melhor compreensão do objecto da presente dissertação, verifica-se que os dois tipos de erros e omissões relevantes ⁽¹²⁾ para o presente trabalho são os seguintes:

- i) Erros e omissões que se afigurem essenciais à conclusão da obra (n.º 5 do artigo 376.º do CCP); e,

11 Cfr. ob cit. J. M Oliveira Antunes.

12 Cfr. ob. cit. LICÍNIO LOPES.

ii) Erros e omissões que prejudiquem o normal desenvolvimento do plano de trabalhos (n.º 6 do artigo 376.º do CCP).

É apenas quanto aos erros e omissões *supra* mencionados que o CCP atribui relevância na aplicação do regime de responsabilidade nele constante (¹³).

Complementando a definição relevante para o escopo do presente trabalho, cumpre igualmente referir que estes são também espécies ou quantidades de trabalhos não previstos, porque foram omitidos ou incorrectamente quantificados, embora não resultando de uma situação de *imprevisibilidade* (¹⁴).

Assim, os erros e omissões aqui em apreço terão de nascer de uma “falha” na realização do projecto de execução, no plano de trabalhos ou, mais tarde, na execução da obra.

Ou seja, surgem de uma deficiência dos elementos de solução da obra, quer na fase respeitante ao procedimento de formação pré-contratual, quer ocorridos na fase de execução daquele contrato, traduzindo-se, respectivamente, num desajustamento em relação à realidade efectivamente existente ou projectada pela entidade adjudicante.

Por tudo o que foi exposto, não poderemos deixar de concluir que essa “falha” (erro ou omissão) terá que ser, obrigatoriamente, imputada a alguém, na medida em que a mesma não decorre de uma situação anormal que as partes não pudessem, legitimamente, prever; mas sim devido à negligência de alguma das partes ou de um terceiro (situação prevista no n.º 6 do artigo 378.º e cujo principal contemplado é o projectista) envolvidos no procedimento. Pressupõem, então, um nexo de imputabilidade a uma ou ambas as partes (¹⁵).

13 Cfr. *Idem*.

14 Em complemento, reiterando o já por nós *supra* mencionado na exposição de motivos desta dissertação: “o n.º 1 do artigo 61.º do Código, pelo contrário, não só se refere em geral a erros e omissões do Caderno de Encargos – e não já apenas do projecto –, como também esclarece que os erros e omissões podem dizer respeito, quer a quaisquer aspectos ou dados que se revelem desconformes com a realidade, quer à espécie ou quantidade de prestações estritamente necessárias à integral execução do objecto do contrato a celebrar, quer ainda quaisquer condições técnicas de execução do contrato que o interessado não considere exequíveis. A formulação abrangente do Código compreende, assim, a generalidade das situações em que a entidade adjudicante revele, no caderno de encargos, uma representação errada ou uma falta de representação da realidade fáctica existente ou das condições técnicas relevantes para a execução da obra” (Cfr. ob. cit. RUI MEDEIROS.).

15 Cfr. ob. cit. LICÍNIO LOPES.

Posto isto, parece-nos de concluir que o principal – embora não o único critério de distinção entre ambos (¹⁶) – será a forma de efectivação da responsabilidade repartido entre:

- i) Imprevisibilidade, por um lado, e
- ii) Imputabilidade, por outro.

Em relação à primeira, ela mais não é do que a assunção pelo dono de obra de todos os riscos necessários para a execução da mesma, *maxime*, para cumprir as prerrogativas de interesse público a ela subjacente. Desta forma, qualquer imprevisibilidade que ocorra não poderá pender sobre o empreiteiro, o qual se encontrará apenas a cumprir o contrato.

Por outro lado, a segunda é uma forma de responsabilidade contratual, ou seja, poderá ser legitimamente imputada a uma das partes por deficiente actuação e falta de diligência, não sendo um risco exterior ao contrato ou à sua execução – logo, neste caso esta responsabilidade poderá atingir a actuação do empreiteiro enquanto parte do contrato e como “*colaborador*” do contraente público no desenvolvimento e harmonização do procedimento – manifestação do Princípio da Colaboração dos Particulares com a Administração, presente no artigo 7.º do Código de Procedimento Administrativo (doravante “CPA”).

Partindo desta conclusão e tendo procurado “*justificar*” o porquê da responsabilização do empreiteiro por trabalhos de suprimento de erros e omissões, iremos prosseguir o nosso estudo de modo a explicitar a forma de concretização dessa responsabilidade, com principal relevância na fase pré-contratual.

¹⁶ Compreendemos e aceitamos pacificamente que a diferenciação entre trabalhos a mais e erros e omissões vai muito além do que escrevemos, mas para o objecto deste trabalho e por motivos de economia temporal, decidimos não aprofundar a questão mais do que o estritamente necessário para prosseguir com a nossa análise.

b) O ÓNUS DE DETECÇÃO DE ERROS E OMISSÕES DO EMPREITEIRO NA FASE DE FORMAÇÃO DO CONTRATO:

Para atingirmos o nosso objectivo principal com a presente dissertação, entendemos ser adequado tecer algumas considerações acerca deste ónus de detecção de erros e omissões que recai sobre o empreiteiro, o qual mais não é do que um mecanismo para fomentar a colaboração dos interessados com a Administração, de modo a aperfeiçoar o mais possível as peças do procedimento e, conseqüentemente, a obra pública subjacente ao mesmo – em suma: a estipulação daquele ónus, no nosso entendimento, levará necessariamente a uma melhor prossecução do interesse público.

Em bom rigor, refira-se que este ónus de detecção não pertence exclusivamente ao empreiteiro; pertence sim a todos os *interessados* em concorrer ao concurso (pois ocorre numa fase anterior à de apresentação das propostas).

Esta situação comporta uma grande inovação, pois onera todos os interessados, inclusive aqueles que poderão nem vir a ser concorrentes. É um esforço (financeiro e não só) realizado por todos, que em última análise, ainda que o fim último seja a melhor prossecução possível do interesse público, do ponto de vista dos particulares, apenas beneficiará aquele que venha a ser o adjudicatário.

Não obstante o *supra* referido, verifica-se que a responsabilidade emergente do incumprimento deste ónus de detecção só afectará, claro está, o empreiteiro (enquanto co-contratante), pois só este “*interessado*” é que será parte do contrato, recaindo exclusivamente sobre este o posterior pagamento.

De forma a dar cumprimento a esta imposição legal, o n.º 1 do artigo 61.º do CCP determina que **todos os interessados** devem, “*até ao termo do quinto sexto do prazo fixado para a apresentação das propostas*”, apresentar uma listagem expressa com os erros e omissões detectados e que digam respeito a uma das enumerações das alíneas a) a c) do n.º 1 do mesmo artigo.

Em sequência, deverá a entidade adjudicante pronunciar-se pela sua aceitação ou recusa, estando daqui excluída, em nossa opinião, uma forma de aceitação tácita por parte do futuro dono de obra, embora com uma formulação em sentido inverso – só se

consideram rejeitados aqueles que não sejam *expressamente* aceites por ele, até ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas (cfr. n.º 5 do artigo 61.º do CCP).

É, portanto, desta falta de identificação, que nasce a responsabilidade posterior do empreiteiro, já que a lei exige uma especial diligência aos interessados (sobre este critério do “*empreiteiro normalmente diligente*” perante aquela concreta situação, cfr. *infra*, na alínea c) da presente dissertação, onde tentaremos concretizar esta figura).

Todavia, ficam excluídos desta disposição os erros e omissões que não pudessem ter sido detectados nesta fase (mas só na execução do contrato), ainda que os interessados procedessem com a diligência necessária; bem como aqueles erros e omissões que foram apresentados pelos interessados mas não aceites pelo órgão competente – não impende então sobre estes nenhum tipo de responsabilidade do empreiteiro (já que em ambos os casos terão sido cumpridas as impostas exigências legais de diligência na actuação por parte do empreiteiro, o qual era, à data, interessado).

Por outro lado, a detecção de erros e omissões do Caderno de Encargos comporta várias implicações ao nível do procedimento de contratação, as quais iremos expor sucintamente.

Desta forma, com a apresentação da lista na qual são identificados os erros e omissões, existe uma suspensão do prazo de apresentação das propostas, que vai desde o termo do quinto sexto do mencionado prazo, até à pronúncia do órgão competente para a decisão de contratar sobre a aceitação ou a rejeição dos erros e omissões detectados (n.º 3 e 5 do artigo 61.º, à qual já nos referimos supra, propugnando pela aceitação expressa). E, conseqüentemente, inicia-se um novo prazo para pedir esclarecimentos, cingindo-se apenas aos aspectos que foram alterados com a aceitação dos erros e omissões.

Quanto ao prazo de apresentação das propostas, prevê o n.º 2 do artigo 64.º que, em face da aceitação de erros e omissões do Caderno de Encargos, alterando estes aspectos fundamentais das peças processuais, o prazo possa ser prorrogado para um período no mínimo igual ao período de tempo decorrido desde o início do prazo até à publicação da decisão de aceitação.

Questão muito pertinente, prende-se com o saber em que consistem estes “*aspectos fundamentais das peças*”. MARGARIDA OLAZABAL CABRAL ⁽¹⁷⁾ define como sendo “*Todos os aspectos dos documentos que se reportem a atributos da proposta que irão ser avaliados no critério de adjudicação e no preço base*”.

Uma outra questão que se pode levantar, a nível procedimental, é precisamente saber qual a consequência, numa situação em que da detecção dos erros e omissões surja um preço contratual superior ao preço base. Na opinião de JORGE ANDRADE SILVA ⁽¹⁸⁾, os trabalhos de suprimento de erros e omissões deverão estar limitados ao valor do preço base, não podendo a proposta já com os suprimentos incluídos exceder esse valor, sob pena de exclusão, nos termos gerais do artigo 70.º. Apesar disso, o autor admite que o preço base é uma estimativa, na qual pode estar já incluído o valor dos suprimentos.

Por outro lado, RUI MEDEIROS ⁽¹⁹⁾ defende que os aspectos que não estejam submetidos à concorrência, como o prazo de execução da obra ou o preço base, poderão ser alvo de alterações por parte da entidade adjudicante, não estando o valor dos trabalhos de suprimento de erros e omissões, limitado ao valor do preço base, poderão pois ter um valor superior.

Da nossa parte, e não pretendendo alongarmo-nos muito, já que este não é o objecto deste trabalho, julgamos que é de acompanhar a solução segundo a qual existe a possibilidade de alterar estes aspectos, já que estes são aspectos que não serão alvo das propostas dos concorrentes. Apesar do exposto, os eventuais problemas derivados das alterações às peças do procedimento, não ficam por aqui, abrangendo muitas outras questões ⁽²⁰⁾.

Embora sejam questões de grande relevância para o estudo do regime jurídico aplicável às empreitadas de obras públicas, já não na fase de execução contratual, mas sim na fase procedimental, atendendo ao assunto que nos ocupa, estas não poderão merecer o

17 Cfr. *O Concurso Público no Código dos Contratos Públicos* – MARGARIDA OLAZABAL CABRAL in “*Estudos da Contratação Pública - I*” Organização de Pedro Gonçalves, Coimbra Editora, 2010.

18 Cfr. Ob.cit JORGE ANDRADE SILVA, anotação ao artigo 61.º.

19 Cfr. Ob.cit.

20 Fundamentalmente, se a entidade adjudicante pode revogar a decisão de contratar quando estejam em causa alterações tão relevantes que ponham em causa os aspectos fundamentais das peças do procedimento ou se está vinculada a dar-lhe seguimento apenas podendo introduzir as alterações que sejam essenciais (Sobre este tema, Cfr. *ob. cit.* RUI MEDEIROS.).

destaque que seria desejável, sob pena de nos podermos afastar do escopo da presente dissertação.

Retomando a temática que nos ocupa, cumprirá ainda referir que a existência do ónus de detecção de erros e omissões não visa exonerar o dono de obra da sua responsabilidade primária, já que foi aquele que elaborou e disponibilizou o Caderno de Encargos acompanhado do projecto de execução (artigo 43.º do CCP) a todos os interessados – veja-se que a regra geral do CCP é a de que a elaboração do projecto submetido a concurso é da responsabilidade do dono de obra ⁽²¹⁾.

No entanto, atendendo ao interesse que os potenciais adjudicatários têm no seguimento do procedimento, qualquer erro ou omissão por eles não identificado poderá, quanto ao eventual adjudicatário, significar a atribuição de responsabilidades várias, designadamente a nível financeiro, já que aquele terá de suportar os seus custos (ainda que apenas em 50% do preço total).

Pelo exposto, e na medida em que a obrigação de detecção dos erros e omissões se verifica tão exigente, podemos concluir que nos encontramos perante um verdadeiro **ónus de identificação de erros e omissões no projecto**, dado que é transferido para o empreiteiro metade do risco decorrente de um escrutínio negligente das peças do procedimento, em particular do Caderno de Encargos e documentos nele incluídos (programa base, estudo prévio, anteprojecto, projecto de execução e assistência técnica, etc., constantes da Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de Julho).

21 Cfr. ob.cit. José Manuel Oliveira Antunes.

c) A RESPONSABILIDADE NA FASE DE EXECUÇÃO: EM ESPECIAL OS N.ºS 3 E 5 DO ARTIGO 378.º DO CCP:

De acordo com o que foi demonstrado *supra*, compreende-se que se encontre legalmente cometida ao empreiteiro a responsabilidade pelo pagamento de 50% dos trabalhos de suprimento de erros e omissões do Caderno de Encargos que ele devia ter detectado na fase pré-contratual (n.º 1 do artigo 61.º em conjugação com os n.ºs 3 e 5 do artigo 378.º, ambos do CCP).

Pende sobre o empreiteiro uma imposição legal, cujo incumprimento poderá ter consequências financeiras muito gravosas e onerosas para o empreiteiro, em face do valor total que os trabalhos de suprimento de erros e omissões poderão atingir.

Desta forma, antes de passarmos para a análise do regime, existe uma primeira questão subjacente de suma importância que se traduz na determinação da possibilidade de o empreiteiro se exonerar da responsabilidade que sobre ele impende no n.º 3 do artigo 378.º do CCP, ou seja, teremos de determinar se o empreiteiro terá a possibilidade de, no caso concreto, provar que, naquela situação, não lhe era exigida a identificação dos erros ou omissões existentes, ainda que tenha actuado com a diligência legalmente imposta, afastando portanto a referida imposição legal.

Em segundo lugar, e em concretização desta questão (pois com o preenchimento deste conceito, poderá haver a mencionada exoneração), cumpre saber o que se entende por um “*empreiteiro normalmente diligente*”, em ordem a apurar a sua responsabilidade, assim como o que será legitimamente desculpável na identificação dos erros e omissões do Caderno de Encargos, *maxime* do projecto.

Pelo que, neste caso, temos que procurar materializar a expressão “ (...) *actuando com a diligência objectivamente exigível em face das circunstâncias concretas (...)* ”. Desde já se adianta que a temática em causa se afigura uma questão bastante complexa, sobre a qual a doutrina tem reflectido, e expandido várias opiniões, as quais mencionaremos *infra* se necessário.

Em relação à primeira das questões, adiantamos desde já que o nosso entendimento se encaminha no sentido de considerar, pelos termos da Lei, que é possível o empreiteiro

provar que não lhe era exigível detectar determinados erros na fase de formação do contrato.

Em nossa opinião, o ónus da prova cabe ao empreiteiro. Cremos que terá que ser o empreiteiro a provar que, no momento de apreciação das peças do procedimento, nomeadamente do projecto, actuou com a diligência necessária, mas que a detecção do erro (ou omissão) concretamente em análise não lhe era exigida naquele momento. Consequentemente, não terá que ser o dono de obra a fazer prova de que o empreiteiro não usou da diligência necessária na apreciação do projecto e dos restantes elemento de solução da obra. Fazendo esta prova, o empreiteiro exonerar-se-á da responsabilidade subjacente.

Efectivamente, do artigo em causa parece resultar que o empreiteiro poderá demonstrar, através de dados técnicos e objectivos, que não tinha a obrigação de identificar os erros e omissões em causa, e, dessa forma, exonerar-se da responsabilidade por metade do preço destes. Até porque, se assim não se entender, não fará sentido a existência da excepção do n.º 2 do artigo 61.º – na qual se prevê a desresponsabilização do empreiteiro por erros e omissões que não poderia ter conhecido antes da execução. ⁽²²⁾

Cremos, portanto, que apenas *in casu* será possível aferir da exigibilidade de detecção em causa por parte do empreiteiro.

Em acréscimo, e como forma de determinar esta exigência, parece-nos adequado recorrer, através de uma operação de interpretação analógica, a um conceito equivalente ao existente no Direito Civil para a responsabilidade civil – o critério do “*bom pai de família*” –, o qual, aplicado às empreitadas, se afigura como o “*empreiteiro normalmente diligente*”, designado também, como “*empreiteiro médio*”.

O conceito *supra* referido afigura-se de difícil concretização, porquanto mais não será do que uma construção doutrinária, sem qualquer apoio em normas jurídicas presentes no CCP.

22 Repare-se que o empreiteiro, mesmo sendo responsabilizado perante o dono de obra, poderá ficar subrogado no direito de indemnização que este venha a ter direito, se os erros e/ou omissões detectados posteriormente, tenham origem no não cumprimento ou no cumprimento defeituoso por parte do projectista – Neste sentido, cfr. “*A Empreitada de Obras Públicas no Código dos Contratos Públicos – Breve nota sobre alguma das principais novidades*” – LINO TORGAL, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º64, 2007.

Contudo, atendendo à doutrina relevante nesta matéria ⁽²³⁾, tentaremos proceder a uma delimitação deste conceito.

Primeiramente, entendemos que este “*dever de diligência*” terá que ser necessariamente igual para todos os interessados na adjudicação, isto é, não poderá existir uma diferenciação dos empreiteiros ou desse dever de diligência aquando do escrutínio dos projectos submetidos a concurso.

Quando mencionamos esta necessidade de igualdade de exigência, estamos a pensar numa situação em que, consoante os diferentes alvarás que detivessem, diferentes níveis lhe fossem exigidos. Não é, naturalmente, uma situação viável, até porque na maioria das obras, os empreiteiros que irão escutinar os projectos deverão ter o mesmo nível de alvará.

Estaríamos, portanto, numa situação de discriminação de alguns empreiteiros. Ou, o mesmo será dizer, perante um encargo adicional de detecção destas situações sobre determinados empreiteiros, porque além de todos terem que detectar os erros e omissões, alguns deles teriam um nível de exigência mais diminuto, que os ilibaria de certas responsabilidades.

Tal como ANTONIO CIANFLONE escreve ⁽²⁴⁾, para a aferição da diligência necessária na detecção dos erros e omissões, apenas deverão “*trattarsi di vizi che egli abbia constatato o che erano rilevabili da un appaltatore esperto di media diligenza e capacità*”⁽²⁵⁾, ou seja, para além do nível de exigência ter que ser igual para todos os interessados, o nível de capacidade deverá ser mediano, não se podendo exigir aos interessados conhecimentos que vão muito mais além do que é normal.

Ou seja, para a aferição da diligência exigida, o grau de conhecimento técnico demandado para a identificação daqueles erros e omissões não poderá ser de tal ordem que extravase os conhecimentos que o empreiteiro detenha, isto é, não se poderá exigir que aquele tenha os mesmos conhecimentos que o projectista, já que a sua “*obrigação*” (mais correctamente **ónus**) será a de detectar erros “*facilmente*” perceptíveis. Pelo que,

23 Cfr. Ob cit. J.M. OLIVEIRA ANTUNES, Almedina, 2009.

24 Cfr. “*L’Appalto di Opere Pubbliche*” – ANTONIO CIANFLONE, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore – 1993.

25 Cfr. Idem .

para aferição do que será a diligência exigida, teremos de nos restringir àquilo que será o conhecimento normal de um empreiteiro ao analisar um projecto.

Da mesma forma, ter-se-á que atender ao grau de perfeição e exactidão do Caderno de Encargos, mais propriamente do projecto (traduzindo-se numa limitação aos elementos postos à disponibilidade dos interessados) e, igualmente, ao tempo concedido aos interessados para poderem fazer uma apreciação razoável dos documentos disponibilizados.

Consideramos que o lapso temporal concedido aos interessados para apreciação das peças procedimentais, até ao termo do 5/6 do prazo para apresentação das propostas (cfr. n.º 1 do artigo 61.º do CCP), em face de eventuais reduzidos prazos para a apresentação das propostas, poderá ser muito curto, sendo desejável, pois, uma necessária adaptação na fixação daquele prazo à realidade da obra, apelando ao bom senso do dono de obra na determinação do prazo para a apresentação das propostas.

Em concreto, apesar de estipulada legalmente a possibilidade de, eventualmente, quaisquer interessados poderem pedir a prorrogação do prazo de apresentação de propostas (cfr. n.º 3 do artigo 64.º do CCP), a concessão desta prorrogação encontra-se na disponibilidade do dono de obra, ou seja, anuir a um eventual pedido apresentado faz parte do seu poder discricionário, pelo que terá de partir daquela disponibilidade, em face do objecto contratual em causa e da fundamentação alegada pelo (s) interessado (s), a decisão de prorrogação do prazo de apresentação das propostas.

Em acrescento, e na falta de um critério de apreciação da culpa, entendemos ser de aplicar subsidiariamente, e *mutatis mutandis*, o disposto no Direito Civil quanto ao preceito do “*bom pai de família*” já acima enunciado, o que significa, nas palavras do Professor PESSOA JORGE ⁽²⁶⁾, citado por J.M. OLIVEIRA ANTUNES, que “...é o grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que representa o cumprimento de um dever (...) cujo exacto conteúdo se não encontra em lei nem convenção, mas sem o qual a obrigação ou dever não serão cabalmente cumpridos com satisfação do interesse que se pretende salvaguardar.”

26 Cfr. “Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil” – citado no “Dicionário Jurídico” - ANA PRATA

Assim, e concluindo quanto a este ponto, será atendendo a um ou mais dos critérios acima explicitados que se interpretará a disposição constante do n.º 2 do artigo 61.º do CCP, para efeitos de aferir da responsabilidade do empreiteiro na detecção de erros e/ou omissões do Caderno de Encargos, nomeadamente do projecto.

Quanto a este ponto, de referir ainda que o Professor RUI MEDEIROS ⁽²⁷⁾ defende que teria sido aconselhável que o CCP tivesse consagrado uma solução semelhante à figura da *culpa do lesado* existente no Direito Civil. Concordando com a solução aventada pelo douto Professor, indo ainda um pouco mais além: consideramos que aquela solução já se encontra consagrada no CCP, na medida em que naquele Código já se encontra determinada uma concorrência de culpa na aferição da responsabilidade por trabalhos de suprimento de erros e omissões objecto do contrato, no sentido de que o “*lesado*” (o interessado), que contribuiu para o “*dano*” (para a necessidade de execução de trabalhos de suprimento de erros e omissões), pois não o evitou (identificando-o atempadamente), terá que proceder ao pagamento de metade do preço total dos trabalhos a realizar, se não provar objectivamente que não procedeu de culpa sua.

Uma última consideração para uma questão levantada por ANTONIO CIANFLONE ⁽²⁸⁾, que considera que o empreiteiro é mais responsável pela detecção destes erros e omissões (“*difetti rilevabili del progetto*”) quanto menos conhecedor das regras da arte o dono de obra for.

No fundo, com esta solução, mais não estamos senão a considerar que, sendo o empreiteiro um conhecedor e o dono da obra um leigo na matéria de projecto e construção, existe uma responsabilidade redobrada para que este cumpra a sua tarefa pontualmente, de modo a que a obra se complete da forma mais perfeita possível.

Todavia, temos muitas dúvidas sobre esta exigibilidade em face do ordenamento jurídico português.

Em primeiro lugar, aqui já passámos de uma situação pré-contratual para uma situação de detecção de erros e omissões na execução contratual, ou pelo menos no seu início.

27 Cfr. *idem* ob. cit.

28 Cfr. Ob.cit. pág.

E, em segundo lugar, no seguimento do que mencionámos *supra*, como a maioria dos projectos é sujeito a elaboração externa adjudicada pelo dono de obra, no seguimento, por exemplo, de um concurso público, faz com que todos ou quase todos os donos de obra sejam inexperientes em matéria de construção de obras públicas; ou, não sendo totalmente inexperientes, pelo menos não têm o conhecimento técnico necessário.

Por fim, do ponto de vista da razoabilidade, não nos parece exequível esta mudança de responsabilização em função dos conhecimentos do dono de obra. De facto, se nós consideramos que a exigência de diligência de detecção dos erros e omissões é imutável em função de características próprias dos interessados em particular e dos empreiteiros em geral, não tem sentido que aumentemos essa diligência em razão dos conhecimentos/características de uma outra entidade.

Pelo exposto, em face da apreciação ora levada a cabo, entendemos que o regime plasmado no CCP é bastante inovador, embora nos pareça que, em resultado da sua aplicação, poderão surgir situações de grande incerteza, as quais deverão ser colmatadas através de interpretação jurisprudencial e doutrinal, em ordem a harmonizar o cumprimento das várias normas em apreço, nomeadamente quanto ao critério da apreciação da culpa e necessária interpretação da presunção referida.

III. O REGIME DO ARTIGO 380.º DO CCP:

O regime previsto no artigo 380.º do CCP prevê os casos em que, sendo necessário proceder à execução de trabalhos a mais, trabalhos de suprimento de erros e omissões ou trabalhos a menos, o preço destes não será deduzido ao preço contratual, e terá o empreiteiro direito à remuneração dos trabalhos já executados e daqueles que sejam necessários para repor a situação anterior – ou seja, tratamos aqui de trabalhos de pré-suprimento, tendo em consideração que os trabalhos já executados estarão inutilizados e, em último caso, terão mesmo que ser destruídos, num momento anterior à realização dos trabalhos de suprimento.

Este regime não é alvo de muitas críticas pela doutrina, sendo pacífica a aceitação e interpretação do mesmo.

Contudo, uma das principais questões que se coloca é relacionada com os materiais a mais e o seu valor: isto é, saber se é possível deduzir o valor dos materiais aproveitáveis e provenientes da demolição na remuneração do empreiteiro.

Consideramos que a resposta a esta questão terá que ser forçosamente afirmativa, visto que se os materiais puderem ser reutilizados, e uma vez que já foram ou estão a ser pagos pelo dono de obra, não faz sentido que aquele pague uma segunda vez pelos mesmos materiais – seria uma forma de enriquecimento sem causa do empreiteiro, de acordo com o disposto para esta figura no Código Civil (*doravante “CC”*), nos artigos 473.º e seguintes daquele Código.

Portanto, tal como se depreende do exposto, este artigo não levanta especiais problemas na doutrina dedicada a esta matéria.

No entanto, e não obstante o problema ora a expor não se encontrar, ainda, autonomamente identificado na doutrina, não nos parece que a interpretação deste preceito legal se verifique assim tão linear.

Em nossa opinião, existe de facto uma desarmonização/uma contradição no regime, aquando da conjugação entre o artigo 380.º e os n.ºs 3 e 5 do artigo 378.º, ambos do CCP.

O problema que se levanta, no nosso entendimento, prende-se com a falta de previsão de uma exceção na remuneração prevista no artigo 380.º do CCP do empreiteiro, quando essa inutilização de trabalhos já realizados derivar de trabalhos de suprimento de erros e omissões, cuja detecção devia ter sido realizada no escrutínio do Caderno de Encargos – ou seja, quando se verificar que existia um ónus de detecção na fase de formação do contrato, e cujo risco de não cumprimento corria por parte do empreiteiro.

De modo que, no capítulo seguinte, procederemos a detalhadas considerações sobre a questão em apreço, afinal o cerne do presente trabalho.

IV. PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO E DE HARMONIZAÇÃO DAS NORMAS IDENTIFICADAS:

Após apreciação detalhada do regime de erros e omissões constante do CCP, operação que nos parece essencial para a compreensão da questão objecto do presente trabalho, em conjunto com sucinta análise e interpretação do artigo 380.º do mesmo Código, o qual já aventámos não levantar problemas demasiado complexos, cumpre, num exercício de interpretação jurídica, identificar e responder à dúvida interpretativa por nós levantada.

No fundo, a apreciação ora a expor mais não será do que procurar dar cumprimento ao objecto do trabalho que nos propusemos desenvolver.

Tal como já ficou enunciado no capítulo anterior, parece-nos existir uma desarmonização/contradição interpretativa entre ambas as normas enunciadas (artigo 380.º e n.ºs 3 e 5 do artigo 378.º, ambos do CCP).

Assim, a questão que se nos põe é a seguinte:

Será que a remuneração do empreiteiro pelos trabalhos já realizados, e que terão que ser inutilizados (em último caso, destruídos), poderá sofrer uma redução, se a causa que lhe deu origem (a essa inutilização) foi da responsabilidade do empreiteiro, em virtude do seu negligente escrutínio na detecção de erros e omissões na fase pré-contratual?

Ou seja, se poderá ser retirada ao empreiteiro uma parte da remuneração pelos trabalhos já executados, já que estes foram originados por uma falta de diligência sua, bem como eventualmente do dono de obra, ou de quem foi o responsável pela elaboração do projecto (a situação típica de uma concorrência de culpas que, em nossa opinião, existe no regime das empreitadas de obras públicas).

Existirá, portanto, uma questão essencial e que será o cerne do problema enunciado: saber se será legítimo retirar a remuneração (ou não remunerar) o empreiteiro na situação mencionada. Note-se que falamos agora já em empreiteiro, já que se estes erros e omissões não foram detectados na fase pré-contratual pelos interessados, em regra, só o serão na fase de execução contratual, pelo então já empreiteiro.

Somos da opinião que a resposta que daqui surgir será, pois, a forma de melhor suprir esta desarmonização normativa.

Em primeiro lugar, procuraremos tentar compreender o porquê da existência da contradição *supra* aventada, bem como a sua influência na aplicação do regime de erros e omissões, nomeadamente quanto à sua responsabilização.

Posteriormente, procederemos à interpretação harmonizada das duas disposições normativas, no sentido de tentar resolver o problema central desta dissertação.

Antes de mais, consideramos que teremos que resolver uma questão prévia à do objecto central deste trabalho, que é precisamente saber se estamos aqui perante uma verdadeira lacuna que deva ser integrada, ou apenas perante uma desarmonia do regime, com normas contraditórias, cuja interpretação sem ser conjugada, poderá levar a resultados opostos – normas essas que terão que ser objecto de um exercício de interpretação jurídica convergente.

Dir-se-á que existe uma lacuna no sistema normativo quando estejamos perante um problema/uma matéria jurídica que necessite de regulamentação e desde que esta não conste da Lei.

Será, então necessário, suprir essa “*falha*” de regulamentação, seja recorrendo à aplicação analógica de uma figura jurídica já existente, seja pela criação de uma norma no espírito do sistema. ⁽²⁹⁾

Ora, na questão em apreço, é nossa opinião de que não estamos aqui perante uma verdadeira lacuna, porquanto não existe uma matéria sem regulamentação na Lei.

Neste caso em concreto, consideramos que o artigo 378.º do CCP, com a devida e correcta interpretação, regula esta questão.

Propomo-nos, portanto, a harmonizar a interpretação destas duas normas que estão em contradição, recorrendo para isso à interpretação jurídica enquadrada no espírito do sistema, com a reconstrução da vontade do legislador.

29 Para um estudo mais detalhado sobre a integração de lacunas, cfr. “*Introdução ao Estudo do Direito*” – GERMANO MARQUES DA SILVA, Coimbra Editora, 2010 (reimpressão)

Após um estudo atento e detalhado do regime de erros e omissões, chegámos à conclusão de que a nova responsabilidade, presente no CCP, obriga o empreiteiro a suportar os custos de metade dos trabalhos de suprimento de erros e omissões que “nasçam” de uma falha de identificação cuja obrigação recaía sobre ele, enquanto interessado do procedimento de formação do contrato e não enquanto empreiteiro/adjudicatário.

No entanto, se o empreiteiro conseguir provar que foi suficientemente diligente e, face às circunstâncias concretas, conseguir exonerar-se da responsabilidade que a Lei lhe impõe (e que *supra* aludimos), não terá que suportar este esforço financeiro acrescido (esta é, como já explicitamos acima, a nossa opinião, não sendo ainda unânime na doutrina nenhuma das soluções).

Portanto, estamos aqui perante uma situação em que, se o empreiteiro não conseguir fazer prova de que foi normalmente diligente, cumprindo com os deveres exigidos por Lei e pelas boas Regras da Arte, designadamente no momento de apreciação do projecto submetido a concurso, ser-lhe-ão cometidos os encargos respeitantes a metade do custo incorrido com o suprimento destes erros e omissões.

O problema coloca-se quanto à remuneração que o artigo 380.º do CCP prevê para a inutilização de trabalhos já realizados em virtude do suprimento de erros e omissões (recorde-se que a disposição legal mencionada dispõe que “o valor não é deduzido ao preço contratual, tendo o empreiteiro direito a ser remunerado pelos trabalhos já realizados e pelos trabalhos necessários à reposição da situação anterior”), designadamente quando estes sejam originados pela falta de escrutínio diligente do projecto, por parte do agora empreiteiro, quando ainda era interessado.

Feito este enquadramento inicial, a situação que aqui pretendemos analisar é a de saber se a interpretação a fazer, no que concerne à responsabilidade do empreiteiro por erros e omissões, disporá em sentido contrário, ou, pelo menos, desfasado do disposto no artigo 380.º do CCP, no que diz directa e exclusivamente respeito à remuneração devida pelo dono de obra ao empreiteiro. Em suma, se da sua interpretação conjugada surge uma situação ambígua, que suscite dúvidas.

E, adianta-se desde já o nosso entendimento de que, quanto às interpretações levadas a cabo, as mesmas estão totalmente em contradição, podendo dar azo a resultados contraditórios.

Passaremos, assim, para a nossa interpretação das disposições jurídicas.

De acordo com as regras de interpretação presentes no nosso ordenamento jurídico, no artigo 9.º do CC, “*A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada*” e “*Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.*”

Isto quer dizer que, a interpretação a realizar face a uma (s) norma (s) presentes no ordenamento nacional, independentemente do diploma em que se insere (m) , deverá respeitar os princípios supra expostos, nomeadamente, atendendo ao facto de que este artigo manda reconstituir o pensamento legislativo (*mens legislatoris*), atendendo não só ao momento em que a lei foi criada, como também ao tempo em que a lei é aplicada⁽³⁰⁾, não esquecendo que a vontade do legislador terá que ter o mínimo de conexão com o texto da lei – ou seja, o artigo 9.º do CC aponta no sentido de estarmos perante uma interpretação subjectivista actualista, mas com um carácter moderado.

Assim, de modo a podermos concretizar esta interpretação, teremos que atender aos elementos da interpretação, indispensáveis para a realizar correctamente.

Antes de mais, temos que atender ao elemento literal, já que toda a interpretação deverá ter como ponto de partida a letra da Lei. Não podemos atender ao pensamento do legislador se não nos estivermos a focar naquilo que este decidiu positivar num dado momento.

Apesar de ser necessário partirmos do elemento literal, não nos podemos bastar neste, pois a letra da Lei frequentemente tem vários significados diferentes. Este deverá ser completado pelo elemento lógico, cujo objectivo se prende em complementar o

30 Cfr. Ob.cit Germano Marques da Silva.

significado literal, onde através de outros elementos se determinará qual o sentido da Lei.

Este elemento abarca, então, o elemento racional ou teleológico, que consiste em atender ao fim com que o legislador fez a Lei ou à razão da Lei (“*ratio legis*”), isto é, ter-se-á que descortinar o fim a que a norma se destina, já que uma vez atingido este objectivo, será este elemento um critério crucial.

Por outro lado, dentro do elemento lógico, teremos também que recorrer ao elemento histórico, ou seja, às razões que antecederam a criação da lei, que influíram determinadamente na sua criação.

Por último, teremos que recorrer ao critério sistemático no qual interpretamos a norma como parte de um sistema normativo e não como disposição isolada, lembrando que esta coexiste com normas que obedeceram a um pensamento uniforme, aquando da sua elaboração, no qual não se deverão admitir contradições.

Em conclusão, o método interpretativo nasce precisamente da conjugação destes diversos elementos, que devem ser condensados.

Posto isto, tendo feito este pequeno enquadramento para “*relembrar*” as regras às quais a interpretação jurídica está sujeita, iremos procurar aplicar estes elementos à nossa realidade, explicitando qual deverá ser, em nossa opinião, a interpretação a retirar da contradição do artigo 378.º, n.º 3 e 5 com o artigo 380.º

Usaremos, para este efeito um exemplo prático, de modo a clarificar a nossa posição (o exemplo ora a referir pretende-se muito simples, tendo em conta o objectivo que a ele subjaz):

- Em determinado projecto, estavam idealizados num corredor interior a colocação de séries de duas portas seguidas de duas janelas, sucessivas.
- Devido a um erro de leitura, por parte do interessado aquando da apreciação dos elementos de solução da obra disponibilizados pelo dono de obra, o interessado executou erradamente o módulo, colocando séries de três janelas e uma porta.

- Em consequência, e para reparação da obra, teve que se inutilizar as janelas já colocadas e pagas, abrir correctamente o vão a fim de ser colocada a porta, para conformar a realidade física com a realidade projectada.

Em face deste simples exemplo, encontramos-nos, pois, perante um trabalho de suprimento de erros e omissões por errada apreciação do projecto por parte dos interessados, incluindo o agora empreiteiro, que culminou com uma errada e deficiente execução da obra.

Caso não houvesse necessidade de destruir paredes, ou seja, se este erro e omissão tivesse sido detectado na fase anterior à execução da obra ou se do seu suprimento nenhum trabalho surgisse inutilizado, aplicar-se-ia apenas a responsabilidade repartida prevista nos n.ºs 3 e 5 do artigo 378.º do CCP, visto que o, à data interessado e agora empreiteiro, fez um escrutínio negligente do projecto, ainda que, e em concorrência de responsabilidades, o dono de obra também tenha disponibilizado um projecto com alguns erros. Assim, os custos seriam suportados na mesma proporção por ambos os contraentes.

O problema aqui existente é de que, verificando-se pela factualidade enunciada que existem trabalhos que perderam o seu fim, ainda que realizados ao abrigo do previsto no contrato de empreitada. Existem trabalhos de pré-suprimento que terão que ser realizados e que não foram originados exclusivamente pelo dono de obra.

Desta forma, se aplicarmos simplesmente o disposto no artigo 380.º do CCP, sem proceder à necessária articulação daquele normativo legal com a norma constante dos n.ºs 3 e 5 do artigo 378.º do CCP, estes trabalhos terão que ser pagos, em exclusivo, pelo dono de obra, não pendendo sobre o empreiteiro nenhuma responsabilidade pelo seu pagamento.

A questão em análise não se poria se, no artigo 380.º, não estivessem genericamente previstos “*trabalhos de suprimento de erros e omissões*”, expressão que abarca toda a realidade subjacente ao regime dos erros e omissões e, ao invés, houvesse uma ressalva *expressa* de exclusão do regime da responsabilidade repartida. Caso esta tivesse sido a opção do legislador, não haveria qualquer problema de conjugação das referidas disposições.

No entanto, não foi esta a solução adoptada pelo legislador, que manteve uma norma genérica, sem qualquer diferenciação, nomeadamente em face de situações análogas ao exemplo por nós mencionado, optando por manter o regime anteriormente previsto no RJEOP (³¹) – ainda que agora tenha especificado quais as alterações que poderão levar a situações de inutilização.

Não havendo nenhuma solução nesse sentido, impõem-se saber se, através de um exercício de interpretação, poderíamos considerar a responsabilidade repartida em metade entre o dono de obra e o empreiteiro, como excluída do regime do artigo 380.º, pela conjugação das duas referidas normas, ou seja, se da conjugação entre ambas resultaria uma sobreposição do regime da inutilização dos trabalhos já realizados, sobre o inovador regime da responsabilidade pelo suprimento de erros e omissões.

Ou se, por outro lado, fazendo uso do mesmo instrumento, seria de considerar que a palavra “*remuneração*” terá que ser entendida como apenas tendo em consideração o valor do que é devido pelo dono de obra, ou seja, só seria pago pelo dono de obra naquilo que exceder a metade da responsabilidade do empreiteiro, procedendo assim a uma repartição da responsabilidade pelo pagamento de trabalhos inutilizados.

Não nos parece de todo que a primeira das hipóteses seja de aplicar, nem tão pouco viável; senão vejamos:

Nenhuma das disposições do CCP parece propugnar pela exclusão do regime previsto para a responsabilidade repartida dos n.ºs 3 e 5 do artigo 378.º do CCP no âmbito da inutilização dos trabalhos já realizados.

Consideramos até que esta solução é contrária ao espírito do CCP quando instituiu este novo regime de responsabilidade.

Tal como já mencionado *supra*, o principal fim que justifica esta alteração do regime de erros e omissões é o da contenção de custos e equilíbrio da conta final das empreitadas de obras públicas.

31 **Artigo 29.º** - *Inutilização de trabalhos já executados* - Se das alterações impostas resultar inutilização de trabalhos já feitos de harmonia com o contrato ou com ordens recebidas, não será o seu valor deduzido do montante da empreitada, e o empreiteiro terá ainda direito à importância despendida com as demolições a que houver procedido.

Pela importância que este regime comportou para o regime das empreitadas de obras públicas, quase como uma “revolução”, e atendendo aos vários elementos de interpretação enumerados, pensamos que não se poderá defender uma solução no sentido de sobrepor um regime já existente e sem uma relevância teórica e prática como tem o regime dos erros e omissões, sobre um totalmente inovador, com fins muito específicos.

Assim, consideramos que ainda que o elemento literal nos levasse a ponderar que o regime da inutilização dos trabalhos já realizados seria um regime autónomo que se sobreponha ao dos erros e omissões, o fim das referidas normas, bem como o enquadramento histórico em que foram legisladas e, acima de tudo, o sistema em que se enquadram dizem-nos o contrário.

Se não interpretássemos as normas neste sentido, estaríamos a admitir uma situação em que, existindo efectivamente culpa de ambas as Partes (já que o empreiteiro contribuiu para o erro no projecto, ainda que negligentemente, não se podendo, por isso, eximir da responsabilidade inerente, devendo arcar parte dos custos), os encargos dos trabalhos de pré-suprimento seriam suportados apenas pelo dono de obra, mas os de suprimento já o seriam por ambas, fundado na responsabilidade conjunta.

Mais, atendendo ao sistema em que estas se enquadram e ao pensamento do legislador, parece-nos que foi seu objectivo conter os custos da empreitada, ao longo de toda a execução contratual. Ora, ao admitirmos esta diferença, estamos a onerar o dono de obra no pagamento de mais trabalhos e a contribuir para o desequilíbrio da conta final da empreitada.

Defender o contrário seria o mesmo que admitir que este regime não teria grande importância nem total aplicação à execução de um contrato de empreitada, já que seria logo derogado pelo regime que prevê a remuneração dos trabalhos inutilizados.

E por fim, estes regimes não se verificam, sem mais, incompatíveis nem passíveis de sobreposição, apenas tendo, no nosso entender, que ser objecto de uma interpretação harmonizadora.

Pelo exposto, julgamos que a primeira das soluções proposta terá que ser afastada, em detrimento da segunda.

Encaramos, portanto, como mais correcta a solução que se coaduna com uma leitura do artigo 380.º no sentido de considerar como ressalvada da responsabilidade do pagamento integral dos trabalhos inutilizados por parte do dono de obra, aqueles trabalhos que deveriam ter sido evitados com um diligente escrutínio do Caderno de Encargos, especialmente do projecto.

Aliás, em ordem a chegarmos a uma interpretação equitativa para o dono de obra, desobrigando-o a suportar a totalidade dos custos decorrentes destes trabalhos, teremos que proceder a uma transposição da figura da repartição da responsabilidade por erros e omissões, para o âmbito da responsabilidade por trabalhos já executados que se tornaram inutilizados.

Em nossa opinião, o potencial obstáculo desta interpretação está contido apenas na expressão prevista no artigo 380.º do CCP, que prevê que os trabalhos inutilizados tenham sido realizados em conformidade com o contrato ou com instruções do dono de obra.

À primeira vista, o argumento de que os trabalhos foram realizados correctamente, de acordo com uma destas previsões, poderia “*deitar por terra*” a nossa interpretação/argumentação, na medida em que se poderá defender o pagamento ao empreiteiro com base no facto de ele ter cumprido pontualmente as obrigações que lhe estavam cometidas pelo contrato.

Contudo, não acompanhamos este entendimento.

É nossa opinião que, apesar de ele ter aparentemente cumprido pontualmente as obrigações contratuais, existe um facto anterior determinante para argumentar que este não corresponde ao que deveria ter acontecido.

Ou seja, as obrigações cumpridas pelo empreiteiro não correspondem aquelas que existiriam se ele tivesse diligentemente cumprido com as obrigações pré-contratuais, no sentido que, se o tivesse feito, os erros e omissões teriam sido logo integrados no contrato, modificando o objecto do mesmo.

Neste sentido, consideramos que esta expressão não prejudicará a interpretação no contexto da harmonização que propomos, pois não é preciso que o empreiteiro tenha realizado o cumprimento do contrato sem mais.

Agora, esta interpretação cinge-se à questão *supra* mencionada, pois imaginemos a situação em que, ainda que haja responsabilidade do empreiteiro, nem todos os trabalhos inutilizados têm ligação directa com o erro e omissão que não foi detectado. Nesta situação o empreiteiro terá direito ao pagamento no excedente que não lhe seria exigido.

Acrescente-se que a nossa proposta no que concerne à remuneração passa pela possibilidade de esta sofrer uma redução ou de nem ser realizada.

Nestes termos, propugnamos pela existência de uma contrariedade no novo regime jurídico das empreitadas de obras públicas, que “*obriga*” o intérprete (seja ele uma das Parte do contrato ou um juiz) a ter alguma cautela com o modo como vai efectivar a responsabilidade ali prevista, de modo a adoptar a situação mais equitativa.

Por fim, e, não obstante a interpretação por nós sugerida, se o empreiteiro se conseguir exonerar do pagamento/responsabilidade nos termos *supra* expostos, de modo a não ter que responder pelos trabalhos de suprimento de erros e omissões, consequentemente também estará exonerado da responsabilidade que advém da disposição constante do artigo 380.º (responsabilidade essa existente em virtude da nossa interpretação, e não da letra da Lei sem mais), já que uma se encontrará no encadeamento da outra, e as mesmas terão que “*coabitar*” para que possa haver a aplicação dos regimes explicitados e o surgimento da questão.

VI. CONCLUSÃO:

Em face da análise *supra* expendida, que acreditamos ter contribuído para uma correcta apreciação do regime respeitante aos erros e omissões constantes do CCP, bem como do regime respeitante às empreitadas de obras públicas do mesmo Código, chegou o momento da apreciação final.

Como demonstrado ao longo destas páginas, somos da opinião que existe inequívoco problema de conjugação e harmonização entre os n.ºs 3 e 5 do artigo 378.º e o artigo 380.º do CCP, já que se procedermos a uma interpretação “*individual*” de cada uma delas, encaramos uma situação de antagonismo no que à remuneração do empreiteiro diz respeito.

Através de uma norma, o empreiteiro é responsável, pela sua negligente análise dos elementos de solução da obra, em razão da falha na detecção de erros e omissões. E, pela outra norma, todos os trabalhos já executados e que estejam inutilizados, em função da detecção de erros e omissões, deverão ser pagos em exclusivo pelo dono de obra, aparentemente exonerando o empreiteiro de qualquer tipo de responsabilidade.

Contudo, em face desta desarmonia/daquela incongruência no regime do CCP, **não consideramos que seja forçoso proceder a uma modificação da Lei**, no sentido de ressalvar a aplicação do artigo 380.º à responsabilidade do empreiteiro pelo suprimento de erros e omissões, pois julgamos ser suficiente se procedermos a um exercício de interpretação.

Essencial será, no nosso entendimento, que **o intérprete confrontado com a necessidade de interpretar aquelas normas promova uma interpretação conjunta e harmonizadora das mesmas**, de modo a construirmos um modelo com sentido e que proceda a uma divisão equitativa das responsabilidades de cada uma das partes do contrato de empreitada, de acordo com as obrigações de cada uma.

Assim, no nosso entendimento, terá, então, de ser a jurisprudência e a doutrina a procederem ao à correcta *interpretação* das normas em desacordo por nós identificadas, em ordem a que o **empreiteiro também seja responsabilizado pelos trabalhos já**

realizados e inutilizados, quando aquele também tenha concorrido para a sua ineficácia.

Pelo que, e tendo procurado enumerar e apreciar inúmeras questões relevantes para o presente trabalho, e que se levantam a propósito do novo regime das empreitadas no CCP, reconhecemos que a profundidade de apreciação de algumas delas se revela insuficiente, embora, em face do objectivo a que nos propusemos, nos pareça que alcançámos o pretendido, esperando ter contribuído para um melhor entendimento das normas referidas, e eventual aplicação de ambas ao mesmo caso concreto.

VI. BIBLIOGRAFIA:

ANTONIO CIANFLONE – “*L’ Appalto di Opere Pubbliche*” – Nona Edizione Aggiornata, Milano – Dott. A. Giuffè editore, 1993.

DIOGO FREITAS DO AMARAL, FAUSTO DE QUADROS, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE – “*Aspectos Jurídicos da Empreitada de Obras Públicas*” – Almedina, 2002.

GERMANO MARQUES DA SILVA - “*Introdução ao Estudo do Direito*” – Coimbra Editora, 2010 (reimpressão).

GONÇALO GUERRA TAVARES / NUNO MONTEIRO DENTE – “*Código dos Contratos Públicos Volume I – Regime da Contratação Pública – Comentado*”, Almedina, 2009.

LICÍNIO LOPES – “*Alguns aspectos do contrato de empreitadas de obras públicas no Código dos Contratos Públicos – I*” in “*Estudos de Contratação Pública – II; Organização de Pedro Gonçalves*”, Coimbra Editora, 2010.

LINO TORGAL - “*A Empreitada de Obras Públicas no Código dos Contratos Públicos – Breve nota sobre algumas das principais novidades*”, Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 64, 2007.

MARGARIDA OLAZABAL CABRAL – “*O Concurso Público no Código dos Contratos Públicos*” in “*Estudos da Contratação Pública – I; Organização de Pedro Gonçalves*“, Coimbra Editora, 2010.

JORGE ANDRADE DA SILVA – “*Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas – Anotado*”, Almedina, 2003.

JORGE ANDRADE DA SILVA – “*Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado*”, Almedina, 2010.

JORGE ANDRADE DA SILVA – “*Dicionário dos Contratos Públicos*”, Almedina, 2009.

JOSÉ MANUEL OLIVEIRA ANTUNES – “*Código dos Contratos Públicos – Regime de Erros e Omissões*”-, Almedina, 2009;

RUI MEDEIROS - “*O controlo de custos nas empreitadas de obras públicas através do novo regime de trabalhos de suprimento de erros e omissões e de trabalhos a mais*” in” *Estudos de Contratação Pública – II; Organização de Pedro Gonçalves*”, Coimbra Editora, 2010.