



VIEIRA DE ALMEIDA
& Associados Sociedade de Advogados, R.L.





VIEIRA DE ALMEIDA

& Associados Sociedade de Advogados, R.L.

Regime substantivo do Contrato de Empreitada de Obras Públicas: principais novidades



Rodrigo Esteves de Oliveira





→ Apontamentos gerais

- ✓ O regime dos contratos administrativos (e, por isso, também da empreitada de obras públicas) é matéria que, por regra, escapa ao domínio do direito comunitário
- ✓ Redução e simplificação da disciplina legal
- ✓ Ressurgimento do *contrato* enquanto fonte fundamental da relação entre as partes (direitos e deveres e respectivo regime)
- ✓ A importância da *gestão* (económica, operacional e jurídica) *da execução do contrato*
- ✓ Abandono da tradicional divisão das empreitadas por preço global/série de preços/percentagem (embora o DO possa estabelecer no contrato, no CE, um regime decalcado de uma dessas figuras)



✓ Eliminação da *tentativa de conciliação extrajudicial* no CSOPT como momento prévio do recurso aos tribunais

- ✓ Desvantagens da solução
- ✓ Mecanismos para a superar





Empreitada de obras públicas

→ A disciplina da empreitada de obras públicas

- ✓ Em especial, 343º a 406º do CCP
- ✓ Supletivamente, 278º a 335º do CCP
- ✓ Legislação avulsa
 - ✓ DL nº 12/2004, de 9 de Janeiro (Ingresso e permanência na actividade da construção)
 - ✓ DL nº 6/2004, de 6 de Janeiro (Revisão de preços)
 - ✓ Portaria nº 14/2004, de 10 de Janeiro (Concessão e revalidação dos títulos de registo)
 - ✓ Portaria nº 15/2004, de 10 de Janeiro (Taxas)
 - ✓ Portaria nº 16/2004, de 10 de Janeiro (Quadro mínimo de pessoal das empresas classificadas para o exercício da actividade da construção)
 - ✓ Portaria nº 18/2004, de 10 de Janeiro (Documentos comprovativos do preenchimento dos requisitos de ingresso e permanência na actividade da construção)
 - ✓ Portaria nº 19/2004, de 10 de Janeiro (Categorias e subcategorias relativas à actividade da construção)
 - ✓ Portaria nº 6/2008, de 2 de Janeiro (Classes das habilitações contidas nos alvarás de construção)
 - ✓ Despacho nº 1592/2004, de 8 de Janeiro (Fórmulas tipo de revisão de preços)
 - ✓ Despacho nº 22637/2004, de 12 de Outubro (Fórmulas tipo de revisão de preços)
 - ✓ Aviso nº 13293/2008 (Índices de custos de mão-de-obra, de materiais e de equipamentos de apoio)
 - ✓ Aviso nº 1736/2007, de 5 de Fevereiro (Índice do material M03-Inertes)
 - ✓ Portaria nº 994/2004, de 5 de Agosto (Capacidade económica e financeira das empresas)
 - ✓ DL nº 273/2003, de 29 de Outubro (Segurança em estaleiros)



O regime substantivo do contrato de empreitada de obras públicas: aspectos gerais

➔ A empreitada de obra pública e a concessão de obra pública

✓ Critério distintivo – *direito de exploração e risco concessório*

- ✓ “transparência da responsabilidade da exploração” (aspectos técnicos, financeiros e de gestão da obra): a “assunção dos riscos inerentes à gestão e frequência do equipamento” e dos “imprevistos inerentes à montagem financeira da operação” (*Livro Verde sobre as PPP e o direito comunitário em matéria de contratos públicos concessões*, de 30.04.2004, apresentado pela Comissão Europeia)
- ✓ O problema das montagens contratuais complexas e dos modelos de financiamento (em que o contraente público suporta, total ou parcialmente, o custo da exploração da concessão ou da obra)
 - ✓ Exemplo: um consórcio de empreiteiros e de bancos compromete-se, por contrato celebrado com uma entidade administrativa, a realizar uma obra pública e a explorá-la, em troca do reembolso, pela tal entidade, do empréstimo contraído pelos empreiteiros junto dos bancos, acompanhado de um benefício económico, globalmente estabelecido (*forfait*), a favor do consórcio, sem conexão com a utilização da obra



Empreitada de obras públicas

➤ As partes na empreitada de obras públicas (344º)

- ✓ Dono da obra (representado pelo *Director de fiscalização da obra*, salvo em matéria de modificação, resolução ou revogação do contrato)
- ✓ Empreiteiro (representado pelo *Director de Obra*)
- ✓ O problema da limitação legal das partes e os novos modelos de financiamento de obras públicas (as “montagens contratuais complexas”)

➤ Os poderes de autoridade do DO

➤ Espécies: o elenco tradicional

- ✓ Poderes de direcção e de fiscalização (303º, 304º e 305º)
- ✓ Poder de modificação unilateral das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações contratuais (311º a 315º): o regime dos trabalhos a mais e dos trabalhos a menos (remissão)
- ✓ Poder sancionatório (329º): resolução do contrato (por incumprimento, em sentido amplo) e sanções pecuniárias
- ✓ Poder de resolução unilateral por motivos de interesse público (334º)



Em especial, os limites legais do poder de modificação unilateral (313º)

A modificação “não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato” (313º/1)

- ✓ *intangibilidade do objecto (administrativo) do contrato*, ou seja, respeito pelo núcleo caracterizador do contrato (o contraente público “pode mudar o contrato, mas não pode mudar o objecto do contrato”): empreitada de demolição de edifício para empreitada de renovação do edifício (critério da manutenção da “economia geral do projecto”)

A modificação não “pode configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo CCP relativamente à formação do contrato” (313º/1)

- ✓ Casos a ponderar: *negação ou esvaziamento de concorrência presente ou futura* - por exemplo, introdução de prestações novas que devessem estar sujeitas a concorrência (numa empreitada de construção de um parque de estacionamento, prever a sua exploração pelo empreiteiro)



Empreitada de obras públicas

- ✓ *Negação ou frustração da concorrência passada* - a ideia de eficácia póstuma ou ulterior do vínculo concursal (pré-contratual); a confiança que o mercado depositou no procedimento pré-contratual; a transparência e a função do procedimento pré-contratual anterior; a fraude à lei (instabilidade do caderno de encargos e da proposta durante o procedimento e a livre e injustificada alterabilidade do contrato); a rejeição, porém, de uma ideia de congelamento (“petrificação”) de todas as cláusulas contratuais até à data de extinção do contrato

Salvo quando a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo justificarem, a modificação só é permitida quando seja objectivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação (313º/2)

- ✓ O *critério da manutenção da equação adjudicatória* (das razões determinantes da adjudicação), protecção máxima dos interesses da concorrência e intensidade máxima da eficácia póstuma do vínculo pré-contratual
- ✓ Casos em que a limitação legal funciona: quando tenha havido procedimento pré-contratual com várias propostas e a alteração possa ser equacionada, em juízo póstumo, em termos de pontuação das propostas (supressão, em sede contratual, de uma parte do objecto do contrato, onde a proposta classificada em 2º lugar era especialmente penalizada; opção, em sede contratual, por um trajecto rodoviário, previsto em proposta do concorrente classificado em 2º lugar, trajecto que, em sede de avaliação, tinha sido fortemente penalizado)



Empreitada de obras públicas

- ✓ Casos em que a limitação legal não parece funcionar: quando não tenha havido procedimento pré-contratual com várias propostas e quando a alteração não possa ser equacionada, em juízo póstumo, em termos de pontuação das propostas (alteração ou introdução de uma nova especificação do equipamento técnico fornecido)

► Natureza dos poderes públicos

- ✓ As ordens, directivas ou instruções, as modificações unilaterais, as sanções e resolução unilateral configuram *actos administrativos* (307º/2)

► Regime dos actos administrativos

- ✓ Regra da desprocedimentalização, com excepção, em princípio, das sanções (308º)
- ✓ Regra da executividade (309º/1): o acto administrativo enquanto título executivo
- ✓ Regra da não executoriedade (309º/2): o DO carece dos tribunais para impor execução prática do comando administrativo, salvo resolução do contrato, sequestro ou resgate das concessões e situação legalmente prevista (vg, 372º, n.ºs 3 e 4)
- ✓ Em matéria contenciosa: acção administrativa especial (3 meses), sob pena de caducidade do direito de acção
 - ✓ A aparente inadequação da solução legal: sua substituição por uma que permita, sob certas condições, um contencioso global e final



Empreitada de obras públicas

O regime substantivo do contrato de empreitada de obras públicas: aspectos específicos
(com excepção dos trabalhos a mais e da responsabilidades por erros e omissões)

→ Caução

- ✓ Prestação inicial (89º): 5% do valor do contrato ou 10%, se o preço for considerado anormalmente baixo
- ✓ Reforço da caução: dedução de 5% em cada pagamento parcial, salvo se o contrato fixar percentagem inferior ou dispensar a dedução (353º)

→ Adiantamentos de preço (292º)

- ✓ Necessidade de previsão contratual (292º/4)
- ✓ Em regra, máximo de 30% do preço contratual (292º/1)
- ✓ Em regra, prestação de caução de valor igual ou superior, que é progressivamente liberada à medida da realização das prestações contratadas (292º/1)



→ Expropriações, servidões e ocupação de prédios (351º)

- ✓ A promoção dos procedimentos e o pagamento dos custos ou indemnizações cabem ao DO
 - ✓ No DL 59/99, as indemnizações por servidões e ocupações de prédios corriam por conta do Empreiteiro
- ✓ O DO deve, antes da celebração do contrato, estar na *posse administrativa* de todos os terrenos a expropriar (352º)
 - ✓ Salvo se o número de prédios, associado ao prazo do contrato, tornar a obrigação desproporcionada, caso em que a obrigação se restringe aos prédios necessários ao início da execução da obra
 - ✓ O incumprimento da obrigação não tem sanção directa, mas pode ter consequências (352º/5 e 406º): suspensão e resolução



Empreitada de obras públicas

→ Consignações parciais (358º)

- À amplitude com que o DL n.º 59/99 permitia as consignações parciais, opõe-se hoje o elenco taxativo das hipóteses em que elas são admitidas, a saber:
 - ✓ Se o DO não estiver, no caso do 352º, na posse administrativa da totalidade dos terrenos antes da celebração do contrato
 - ✓ Se o tempo necessário às operações preparatórias da consignação total não permitir o início dos trabalhos e o adiamento desses trabalhos causar grave prejuízo para o interesse público
 - ✓ Consignação apenas das zonas não afectadas, quando, em virtude de uma modificação relevante das condições locais existentes (que implique a necessidade de um projecto de alteração), ocorrer afectação de determinadas zonas



→ **Garantias administrativas do Empreiteiro em matéria de autos (345º)**

- ✓ Uniformização do regime e dos prazos das reclamações ou reservas do Empreiteiro que devam constar de auto
- ✓ Opção entre exarar a reclamação ou reserva no auto ou apresentá-las no prazo de 15 dias (345º/3)
- ✓ A falta de notificação ao Empreiteiro da resposta do DO no prazo de 15 dias equivale a deferimento da reclamação ou aceitação da reserva (345º/5)
 - ✓ O problema das reclamações e reservas ilegais
- ✓ A falta de formalização em auto de eventos ou actos sujeitos a essa formalidade implica a respectiva inoponibilidade ao Empreiteiro (345º/7)



→ **Suspensão dos trabalhos**

✓ **Suspensão dos trabalhos pelo DO (365º)**

- ✓ Casos previstos no contrato
- ✓ Impossibilidade temporária de cumprimento de obrigação sua imprescindível execução (à continuação da execução) da obra
- ✓ Falta de condições de segurança
- ✓ Necessidade de estudar alterações ao projecto
- ✓ Determinação vinculativa ou recomendação de autoridades competentes

✓ **Suspensão dos trabalhos pelo Empreiteiro (366º)**

- ✓ Casos previstos no contrato
- ✓ Impossibilidade temporária de cumprimento (297º)
- ✓ Falta de condições de segurança



Empreitada de obras públicas

- ✓ Exceção de não cumprimento (327º): novidade
- ✓ Admissibilidade em geral, condicionada à inexistência de grave prejuízo para o interesse público
- ✓ Dever de notificação, por parte do Empreiteiro, com antecedência mínima de 15 dias (327º/3)
- ✓ O ónus de o DO proferir resolução, fundamentada em grave prejuízo para o interesse público, no prazo de 15 dias (327º/4)
 - ✓ Em caso de silêncio do DO, presume-se que a exceção não implica grave prejuízo para interesse público
- ✓ O caso especial da viabilidade económico-financeira do Empreiteiro e da excessiva onerosidade
- ✓ Falta de pagamento pelo DO, decorrido 1 mês sobre a data de vencimento [366º/3 alínea b)]
- ✓ A suspensão deve ser antecedida de comunicação fundamentada dirigida ao DO, com pelo menos 15 dias de antecedência
- ✓ Sendo uma espécie de exceção de não cumprimento e havendo requisitos específicos para esta (327º), será que a suspensão por falta de pagamento depende do preenchimento desses requisitos?
 - ✓ A resposta parece ser negativa (366º/5)



➤ O direito de retenção (328º)

- Sujeição às regras da excepção de não cumprimento
- Admissibilidade em sede de empreitadas? A aplicação supletiva do regime geral do contratos administrativos



→ O dever de reposição do equilíbrio financeiro

> Os casos

- ✓ Agravamento dos encargos em virtude de maior dificuldade na execução da obra por facto imputável ao DO (354º): “o devedor [o Empreiteiro] não deve suportar, para a realização do interesse de outrem a que está obrigado [DO], um sacrifício maior do que por força da lei seja estritamente necessário”
 - ✓ O facto do DO pode ser lícito ou ilícito
 - ✓ Sua delimitação com o caso imprevisto (ou de força maior) e com o *rischio del lavoro* e com o *rischio della difficoltà dell’opus*
- ✓ Alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão extracontratual do DO (314º/1)
- ✓ Alterações da equação inicial por razões de interesse público (314º/1)
- ✓ Outros casos de alteração anormal e imprevisível (314º/2): mera compensação financeira

> O processo

- ✓ O direito à reposição do equilíbrio financeiro caduca no prazo de 30 dias (354º/2)
 - ✓ O início do prazo prescinde do conhecimento, pelo Empreiteiro, da extensão integral dos danos, caso em que o Empreiteiro se limitará a invocar o fundamento da reposição, relegando a sua quantificação para momento posterior (596º C Civil)
- ✓ A sua reclamação efectiva-se através de requerimento fundamentado (354º/3)



→ Subempreitadas

- As limitações acrescidas em matéria de subempreitadas no CCP
- Requisitos
 - ✓ Só entidades com alvará ou título (383º/1)
 - ✓ Limite de 75% (383º/2)
- Desnecessidade de autorização prévia do DO, salvo quando se trate de obra para a qual se exija especial qualificação técnica e isso esteja previsto no contrato (385º)
 - ✓ Recusa do DO em caso de fundado receio de aumento de risco de incumprimento (386º e 320º)



→ **Sanções por atrasos na execução da obra (403º)**

- ✓ Requisitos: atraso (no início ou conclusão da obra) e facto imputável ao Empreiteiro
- ✓ Multa diária mínima de 1‰ (o contrato pode prever valor até ao dobro), que passa metade quando esteja em causa o incumprimento de prazos parciais
- ✓ Reembolso em caso de recuperação total do atraso (403º/3): a lei parece afastar o reembolso proporcional em caso de recuperação sensível ou substancial
Admissibilidade de reembolso por acto discricionário do DO? Dever de justiça ou proporcionalidade
- ✓ O CCP não contém uma norma igual à do 233º/4 do DL n.º 55/99: admissibilidade de multas contratuais por factos ou situações anteriores à recepção provisória? O alcance do 394º/7, segunda parte

→ **Prémios por cumprimento antecipado (301º): previsão contratual**



→ **Recepção Provisória (394º e ss.)**

- ✓ Efeitos da falta de vistoria requerida pelo Empreiteiro
 - ✓ Primeiros 30 dias (394º/6): mora do credor (813º CC)
 - ✓ Atenuação da responsabilidade do Empreiteiro (814º CC)
 - ✓ Especial oneração do DO em matéria de risco (815º CC)
 - ✓ Direito de indemnização do Empreiteiro (816º CC)
 - ✓ Segundos 30 dias (394º/7): a obra considera-se tacitamente recebida
- ✓ Efeitos da utilização da obra pelo DO (395º/8): recepção tácita
- ✓ Intensidade dos defeitos
 - ✓ Se não impedirem a recepção, inicia-se prazo de garantia
 - ✓ Se impedirem, DO concede prazo para corrigir e reinicia-se processo de recepção

→ **Garantia da obra (397º)**

- ✓ Elementos construtivos estruturais: 10 anos
- ✓ Elementos construtivos não estruturais ou instalações técnicas: 5 anos
- ✓ Equipamentos autonomizáveis da obra: 2 anos



→ **Recepção Definitiva (398º)**

- ✓ Admissibilidade da “sobrevivência” da responsabilidade do Empreiteiro por defeitos da obra constatados após a recepção definitiva, quando o DO prove que os defeitos lhe são “culposamente imputáveis” (398º/7)
 - ✓ Basta mera negligência ligeira ou é necessário negligência consciente ou grosseira?

→ **O relatório final da obra (402º)**, a elaborar pelo DO, devendo ser enviado ao INCI no prazo de 10 dias após a assinatura da conta final

→ **A extinção do contrato**

- ✓ Resolução pelo DO (405º)
- ✓ Resolução pelo Empreiteiro (406º)



Abril.200

Obrigado
reo@vda.pt