



## ASPECTOS JURÍDICOS DA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS – VÍCIOS E VIRTUDES ALGUMAS PARTICULARIDADES DAS OBRAS MARÍTIMAS

MANUEL PITEIRA  
Advogado

### **Sumário:**

Esta exposição não pretende constituir um exemplo de como bem gerir uma empreitada de obras públicas, marítimas ou não. De igual modo, não é um exercício de exegese ou de interpretação jurídica do regime aplicável às ditas empreitadas. Muito menos se assume como politicamente correcta. Mostra, porventura exagerados ou temperados de ironia, comportamentos típicos dos actores envolvidos na execução de obras públicas. É e pretende ser apenas uma provocação. Que a boa gente “se sintam”, me agrida e corrija aquilo que faz mal por desconhecimento ou falta de reflexão... Os outros continuarão a agir como sempre fizeram...

E até há bons exemplos, nem tudo se passa, sempre, como aqui é descrito!

### **i) Razão de ordem**

Não é normal, num fórum essencialmente de engenheiros, aparecer alguém, jurista e não engenheiro, a falar de questões que, por tradição, são tratadas por engenheiros e não por juristas. O jurista é visto, por donos de obras e empreiteiros, como alguém que ajuda a resolver (ou a complicar) as questões relacionadas com a formação dos contratos, os processos de concurso e respectivas formalidades e que, se tudo correr bem, deve estar ausente durante a execução da empreitada. Se alguma coisa correr mal, com alguma relutância, será chamado a final para ajudar a sanar os conflitos surgidos entre o dono da obra e o empreiteiro.

Esta tradição, bem enraizada entre nós, conduz frequentemente a situações só susceptíveis de solução pela equidade, perdendo cada uma das partes uma parcela da razão que lhe poderia assistir, na maior parte das vezes por preterição de formalidades imperativas. Na maior parte dos casos, um adequado acompanhamento jurídico da fiscalização da empreitada poderia obstar a tais situações de ambiguidade, eliminando as fontes de conflitualidade na nascente e favorecendo o desenvolvimento dos trabalhos sem paralisações ou suspensões mais ou menos fundamentadas ou a resolução dos conflitos em devido tempo, evitando o avolumar de situações que só a final vêm a ser resolvidas, em bloco e muitas vezes ao sabor da capacidade de negociação das partes.

A consolidação do regime jurídico da execução das empreitadas de obras públicas, que, felizmente, tem sofrido poucas alterações nas últimas décadas, permite encontrar na doutrina e na jurisprudência respostas seguras e ajustadas à maioria das situações de conflitualidade que podem ocorrer durante a execução de uma obra. Aqui, em jeito de parêntesis, há que lamentar os sucessivos “remendos” introduzidos no regime jurídico da formação dos contratos, ao sabor dos brados da opinião pública e sem que as alterações permitam construir “de raiz” um sistema coerente e sistematicamente organizado. Para isso nem seria necessário ir muito longe: o exemplo vem de Espanha onde, através do Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junho, foi aprovada, depois de longa discussão pública e sem pressas motivadas por razões conjunturais, uma Lei de Contratos das Administrações Públicas que, de modo sistemático trata os diversos contratos, de empreitada, de fornecimento e de prestação de serviços, transpondo as diversas directivas comunitárias aplicáveis à matéria, sem ir além do que é imposto aos Estados.

A publicação do Dec.-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, é o resultado (inadequado) da falta de acompanhamento jurídico da execução das empreitadas de obras públicas. Verificava-se um abuso dos trabalhos a mais. No entanto estes raramente cabiam na definição legal – trabalhos

que se tenham tornado necessários na sequência de uma circunstância imprevista à execução da obra (art. 26º do Dec.-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro). Aquilo que acabava por ser tratado como trabalhos a mais não passava, na maioria das vezes, de correcção de erros de projecto, do resultado da alteração do humor dos donos de obras ou de pura e simplesmente terem aprovado os projectos sem olharem para eles. Não era preciso alterar a lei; era apenas necessário fazê-la cumprir e responsabilizar os titulares de cargos públicos, nomeando-os com base em critérios de competência e seriedade e não, como muitas vezes acontece, de mera afinidade política ou pessoal...

Este pequeno exemplo constitui apenas um afloramento das questões que se prendem com o deficiente acompanhamento jurídico, não só da execução das empreitadas mas do próprio legislador. Ao longo da comunicação apresentarei outras situações que são comuns, que todos conhecem melhor do que eu, e que resultam do esquecimento dos juristas na fase de execução das empreitadas, quer esse esquecimento resulte de falta de consciência da necessidade desses profissionais, quer tenha motivações menos confessáveis...

O conteúdo da comunicação assenta precisamente na demonstração da utilidade do jurista na fase de execução das empreitadas e no apelo aos senhores engenheiros, porque tratamos de obras marítimas mais a estes do que aos senhores arquitectos (com semelhantes "culpas" noutros tipos de obras), e aos donos das obras, para que percam mais tempo a planejar, a executar os projectos, a estudar as consequências futuras das soluções apontadas, nomeadamente em termos de custos de manutenção, e a planejar a execução das obras... E para que deixem algum espaço para os juristas na fase de execução... Provavelmente teremos melhores obras, menos caras, com menores custos de manutenção, executadas mais rapidamente e com menos conflitos e indemnizações...

Esta comunicação assenta essencialmente num conjunto de "apanhados", de situações que todos conhecem, que todos criticamos e nas quais todos continuamos, apesar disso, a colaborar ou a ser envolvidos directa ou indirectamente.

## **1. O planeamento**

As eleições, já se sabe, acontecem com regularidade de 4 em 4 anos. Os dois primeiros anos após as últimas destinam-se a reparar os efeitos destas. Nos dois seguintes há que preparar obra para mostrar nas próximas eleições. Tendo em conta os prazos imperativos dos concursos, o tempo normal de preparação dos respectivos documentos e do projecto e, finalmente o tempo que demora a execução das obras, é normal concluir-se:

- que as formalidades dos concursos são excessivas e que constituem um obstáculo ao desenvolvimento;
- que é necessário lançar o concurso para a execução da obra com base num estudo prévio, sendo o projecto de execução desenvolvido enquanto decorre o concurso e, se necessário, à medida que a obra vai sendo executada ou,
- que a obra é urgente e deve ser adjudicada por ajuste directo ou com preterição de algumas formalidades;
- eventualmente, que o empreiteiro deve ser "incentivado" com um prémio substancial para concluir a obra dentro do prazo (que termina uns dias antes da data prevista para a realização das eleições).

Este conjunto de dificuldades suscitadas pela lei e pelos juristas, cúmplices daquela e igualmente condenáveis, conduz, na melhor das hipóteses, à execução de uma obra com características semelhantes às da obra que um adequado planeamento permitiria executar, satisfazendo algumas das necessidades que visava suprir, com uma qualidade apenas um pouco inferior à da obra desejável, provavelmente com custos de manutenção duas ou três vezes superiores e com um conjunto de "trabalhos a mais", muitos deles de natureza nova e não prevista no contrato, de valor equivalente ao preço base da empreitada...

Se a obra puder ser inaugurada na data prevista, único elemento de planeamento tido como certo na data do anúncio da mesma, pouco importa que as primeiras chuvas deixem à vista a

qualidade do empreendimento. Porém, pode acontecer que a obra se atrase na sua fase inicial, mesmo que tal se fique a dever exclusivamente a factos imputáveis ao empreiteiro, tornando ainda mais urgente e imperativa a sua conclusão a tempo da inauguração, caso em que deve ser previsto um novo prémio pela antecipação da data de conclusão da empreitada.

Algumas obras, no entanto, têm pior sorte. Algumas, não ficando concluídas até à data das eleições, perdem o interesse e a função e ficam esquecidas durante alguns anos, até que a proximidade de outras eleições volte a recomendar a sua conclusão. Outras, esquecida a sua finalidade, ficam como monumentos à capacidade de planeamento dos nossos poderes públicos – é o caso da ponte de S. Romão, bem arrumadinha à estrada que passa sobre um pontão, mesmo ao lado...

## **2. O projecto**

O projecto de uma empreitada de obras públicas é, como se sabe, um conjunto de papéis, normalmente volumoso, com umas coisas escritas, não se sabe bem para quê, e uns desenhos, enrolados ou dobrados de um modo esquisito e que se rompem cada vez que são tocados por responsáveis da Administração Pública ou de outras entidades adjudicantes (se por acaso resistem à desdobração ficam, invariavelmente, desdobrados...).

Concebe o dirigente uma ponte metálica pintada de verde e vermelho, com duas vias de circulação rodoviária e uma passagem para peões. Diz ao técnico do serviço que encomende o projecto de uma ponte. Encomenda este uma ponte com quatro faixas, duas em cada sentido, em betão. Apresentado o projecto, é apreciado dentro da caixa, precisamente para não rasgar as peças desenhadas. Iniciada a construção, constata-se então que a ponte é maior do que a imaginada, não é metálica e, provavelmente, não vai ser pintada nas cores em que foi concebida e que constituem elemento essencial da sua funcionalidade.

Chamem o técnico, incompetente! Chamem o jurista para saber se podemos obrigar o empreiteiro a fazer a ponte metálica, verde e vermelha, um pouco mais pequena! Chamem o projectista, absolutamente incapaz de projectar seja o que for! Responde o jurista que aquela é a obra contratada, que corresponde ao projecto posto a concurso e que introduzir as alterações pretendidas corresponde a uma nova obra, para a qual o empreiteiro, provavelmente, nem tem os meios técnicos adequados. Responsabilize-se o projectista! Não é possível, diz o jurista, o projectista elaborou o projecto que lhe foi encomendado e este foi aprovado pelo dono da obra. Responsabilize-se o técnico, de preferência engenheiro! Parece, diz o jurista após sumária indagação dos factos, que só lhe foram dadas instruções para encomendar o projecto de uma ponte que possa satisfazer as necessidades de tráfego nos próximos 50 anos, pelo que, entendeu que deveria ter 4 faixas de rodagem e ser construída em betão, solução que, segundo outros técnicos ouvidos, se afigura como a mais adequada. Nada lhe foi dito sobre a cor da ponte, nem que deveria ser metálica e só com duas faixas para circulação viária.

Jurista incompetente! É sempre assim. A culpa morre solteira. Ninguém é responsável pelos erros cometidos. Também é verdade, dizemos nós, que ninguém vai responsabilizar o dirigente do dono da obra – dirigente máximo da entidade adjudicante. A “estória” tem normalmente um de 3 fins possíveis: termina-se a ponte que o técnico concebeu e que o dirigente não queria; constrói-se a ponte que o dirigente queria, pelo preço de duas pontes de características semelhantes; ou ficamos com uma ponte com tabuleiro de betão, pilares e cabos de sustentação metálicos, com 3 faixas de rodagem e pintada de verde, vermelho e amarelo...

## **3. A formação do contrato – concurso**

O lançamento do concurso constitui outra fase importante da actividade dos dirigentes máximos de entidades adjudicantes, na qual investem o melhor das suas capacidades. É até frequente ouvir-se a seguinte frase: “lança-se o concurso e depois logo se vê. Se não houver financiamento, ou se o preço não interessar, não se adjudica”.

Compreende-se todo o cuidado posto na preparação do concurso. Nomeadamente na definição dos critérios de avaliação das propostas. A lei prevê apenas dois: o preço mais baixo (concurso limitado sem publicação de anúncio – n.º 1 do art. 132º do Dec.-Lei n.º 59/99) ou a proposta economicamente mais vantajosa, ponderando o preço, o prazo de execução, o custo de utilização, a rentabilidade, a valia técnica da proposta e a garantia (concurso público, n.º 1 do art. 105º do DL 59/99).

Arbitrariamente, atribui-se uma ponderação de 50% ao preço, de 25% ao prazo, ainda que a obra não seja urgente e não haja ganhos decorrentes da sua antecipação, 5% ao custo de utilização, 5% à rentabilidade, 10% à valia técnica e 5% à garantia. No limite, uma análise tecnicamente correcta das propostas pode conduzir a que a comissão proponha a adjudicação a uma proposta 50% mais cara do que a de preço mais baixo, correspondendo 25% ao prazo, que não significa uma vantagem relevante para o dono da obra. Conclusão lógica: os membros da comissão de análise das propostas são incompetentes ou, pior, corruptos, por não saberem ou não quererem seleccionar a proposta mais barata ou a do empreiteiro da “moda”.

#### **4. A execução da empreitada**

A consignação do local da obra marca, em regra, a entrada na ribalta de um actor que nas fases precedentes se manteve na sombra ou nos bastidores – o empreiteiro. Já os clássicos latinos usavam o brocardo “pacta sunt servanda”, os contratos são para cumprir. Acrescenta a doutrina civilista que o cumprimento deve ser pontual, ponto por ponto e não apenas, como alguns pretendem, “nalguns pontos”.

O contrato de empreitada, atento o modo de formação do mesmo, integra o caderno de encargos, o projecto de execução ou uma fase primária deste – estudo prévio, projecto base ou outras derivações incompletas -, a lista de medições e a proposta do empreiteiro. O principal papel do empreiteiro consiste no estudo das lacunas, omissões e erros dos documentos patenteados pelo dono da obra, nomeadamente da lista de medições e do projecto, tendo o cuidado de conceber uma proposta com algumas omissões, de preferência sem relevo aparente mas qualitativamente importantes.

O objectivo deste trabalho de investigação consiste na apresentação da proposta economicamente mais vantajosa, ou de mais baixo preço, de modo a que a obra lhe seja adjudicada, recuperando o eventual prejuízo, ou menor lucro, nos “trabalhos a mais”, nas suspensões de trabalhos, nas alterações ao projecto e nos prolongamentos de estaleiro. Em resumo, é obrigação do empreiteiro apresentar uma proposta de preço tão baixo quanto possível e executar a obra o mais caro que puder e souber.

Trabalho facilitado pelos cuidados tidos no planeamento e na preparação do projecto, pelas alterações que o dono da obra vai introduzir para tornar a obra semelhante àquilo que pretendia, mas não encomendou, e por todos os factos naturais ou humanos que possam ser erigidos em casos de força maior – o fornecedor, seleccionado pelo empreiteiro, que se atrasou; o material que foi recusado por não cumprir as especificações (facto obviamente imputável ao fiscal, pessoa absolutamente intratável...); dois dias consecutivos de chuva em Dezembro ou Janeiro; um cabo eléctrico a 2 centímetros de distância do local assinalado no projecto; etc..

Neste jogo do “gato e do rato” em que, muitas vezes a execução da empreitada se transforma, privilegiando-se a conflitualidade aberta ou a “mormalidade” cúmplice, a multa, os trabalhos a mais ou as indemnizações por suspensões de trabalhos ou prolongamento de estaleiro “mais do que proporcional ao aumento do valor dos trabalhos” transformam-se no objectivo de cada uma das partes. Aquilo que deveria ser uma consequência anómala de um cumprimento defeituoso assume-se como objectivo, esquecendo que o objectivo do contrato de empreitada é a construção de uma obra, associando entidade pública adjudicante (o dono da obra) e um particular, o empreiteiro, pelo melhor preço sem prejuízo da qualidade...

Há aqui campo para a “mediação” do jurista, que deve pugnar pelo cumprimento do objectivo (fim) essencial do contrato – a construção da obra – sem prejuízo da aplicação ponderada das normas legais e cláusulas contratuais que impõem penalidades pelo incumprimento ou pelo cumprimento defeituoso. A razão raramente está toda de um dos lados; o contrato é complexo, envolve uma multiplicidade de direitos e obrigações para cada uma das partes, permitindo pequenas violações que não afectam a sua essência mas que, se for assumida uma postura de aberta conflitualidade, facilmente criam entraves ao desenvolvimento da obra e podem conduzir a um litígio judicial e à suspensão dos trabalhos, com ou sem posse administrativa da empreitada. Esta “mediação” não deve conduzir a outra tendência, igualmente perniciosa, de acatar toda e qualquer reclamação ou exigência da outra parte; muitas delas serão infundadas e ceder facilmente leva a outra parte a reclamar por tudo e por nada, sabendo que sempre vai ganhar alguma coisa com isso...

Aquilo que defendo, aqui e agora sem ironia ou provocação, é que a execução das empreitadas deve ser acompanhada por um jurista que vá tendo conhecimento dos diversos incidentes ocorridos desde o início, analisando as respectivas implicações contratuais e, sempre que possível, propondo as soluções mais equilibradas – o bem senso e a ponderação não se aprendem nas Faculdades mas são sempre bons conselheiros – de modo a garantir o cumprimento do fim do contrato, a execução pontual da obra, cedendo onde for caso disso e exigindo sem contemplações quando toda a razão estiver do lado que aconselha. Esta postura, permite evitar muitos conflitos graves e evitar o recurso aos Tribunais, muitas vezes pouco preparados para julgar matérias que exigem outros conhecimentos para além dos puramente jurídicos – sejam os derivados da experiência da vida, seja o conhecimento do funcionamento físico de um estaleiro ou de uma obra.

## **5. Particularidades das obras marítimas**

As obras marítimas têm, em regra, a vantagem de o projecto não ser apreciado por critérios estéticos (um molhe será sempre uma obra “feia”) mas apenas de funcionalidade, assente num compromisso custo/durabilidade esperada. Neste aspecto, são menos sensíveis às alterações de humor ou de gosto e, conseqüentemente, os trabalhos a mais resultam da correcção de erros de projecto, ou de situações imprevistas (alterações do leito ou deficiente levantamento topohidrográfico), embora quando, em vez de molhe, se trata de cais possa fazer-se sentir o efeito das mudanças de humor...

As grandes dificuldades de gestão destes contratos resultam essencialmente de dois factores: utilização intensiva de equipamentos pesados, nomeadamente para movimentação por via terrestre e marítima de inertes e a sua sazonalidade.

Estes dois factores condicionam a execução das empreitadas de obras marítimas de um modo muito intenso, obrigando à adopção de cuidados especiais nos documentos do concurso, na apreciação das propostas e na execução da empreitada.

Ao nível da preparação do concurso exige-se um grande rigor na definição dos equipamentos, porquanto a oferta disponível é limitada e a obtenção de alternativas não é, em regra, possível num prazo curto. Por outro lado, os volumes de inertes, nomeadamente enrocamentos, a utilizar na execução da obra obriga a definir os locais de extracção, ou a remeter a sua obtenção para o empreiteiro mas exigindo, neste caso, uma cuidada apreciação das propostas em termos de cumprimento pontual das exigências do caderno de encargos (para uma obra que movimente 2 milhões de m<sup>3</sup> de enrocamento não deverão ser aceites propostas que baseiem a sua obtenção numa única pedreira com uma capacidade que não excede um milhão – embora a responsabilidade possa ser do empreiteiro, tal facto compromete a execução pontual do contrato e afecta necessariamente o interesse público).

Do mesmo modo, a sazonalidade das obras marítimas, obrigando a concentrar o maior volume de trabalhos nos meses de verão, impõe um cuidado planeamento da obra, em termos de permitir retirar o maior rendimento possível deste período e garantindo as necessárias protecções para os invernos mais rigorosos. Ao nível do caderno de encargos deve definir-se a

onda de projecto para cada uma das estações, fixando o limiar da causa de força maior, limiar abaixo do qual o empreiteiro assume inteira responsabilidade, aliás decorrente da natureza da obra, com implicações no regime da suspensão dos trabalhos, que é afastado pelo disposto no art. 193º do Dec.-Lei n.º 59/99, de 2 de Março. Não obstante, porque o interesse do dono da obra é que esta seja executada de acordo com o planeado e sem percalços – a ninguém aproveita a criação de dificuldades ao empreiteiro – é bom que o processo seja programado de modo a que o início dos trabalhos nas zonas molhadas coincida com o início do verão. Tal não significa, como já tem sido definido, que o empreiteiro tenha direito (potestativo) a que a consignação se faça na data que lhe for mais conveniente; desde que respeitados os prazos legais de cada fase do concurso, o empreiteiro terá de adequar o plano de trabalhos em função da data da consignação.

Os dois factores referidos, tornando muito difícil a recuperação de qualquer atraso (em obras terrestres basta, em regra, aumentar as cargas de pessoal e equipamentos facilmente disponíveis ou abrir diversas frentes de trabalho) obrigam a um cuidado redobrado na apreciação das propostas, nomeadamente na análise dos equipamentos a afectar à execução da obra e dos locais de extracção de inertes, quando não fornecidos pelo dono da obra, e a um acompanhamento diário do plano de trabalhos, após o início da execução. Na verdade, uma deficiente programação ou um atraso que implique a inutilização de um período de verão pode implicar, só por si, um atraso significativo na conclusão da empreitada, obrigando a mais um verão e à construção de nova cabeça de inverno. Ainda que estes factos sejam da exclusiva responsabilidade do empreiteiro, conduzem sempre a discussões aceras e a prejuízos graves, que as eventuais multas não compensam inteiramente, para além de afectarem a estabilidade económica do empreiteiro, facto indesejável em termos macro-económicos (a saúde das empresas reflecte-se na saúde da economia em geral).

Estas particularidades obrigam, ainda com maior acuidade do que noutras obras, a considerar como fundamental o papel mediador do jurista, que deve acompanhar todas as fases da execução da obra, definir as responsabilidades de cada uma das partes e garantir que as eventuais divergências de interpretação não conduzem, salvo em situações extremas e de comprovada incapacidade do empreiteiro para executar a obra – caso em que há que promover a posse administrativa tão cedo quanto possível – à suspensão dos trabalhos.

## **6. Conclusão**

O contrato de empreitada é um contrato complexo, cujas estipulações essenciais constam de normas supletivas de natureza legal, hoje do Dec.-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, de documentos que integram a proposta pública de contratação – o caderno de encargos e o projecto ou seus derivados – da proposta do empreiteiro e do próprio termo contratual.

Elementos que não são estáticos nem imutáveis, salvo na sua essencialidade – o plano de trabalhos é susceptível de acertos, motivados por factos da responsabilidade de qualquer das partes, de terceiros ou de elementos naturais, podendo implicar ajustamentos ou alterações mais ou menos profundas nos meios afectos à execução da obra. Tal significa que, como resulta da definição doutrinal, é um contrato de colaboração entre a Administração e um particular, o empreiteiro, com vista à execução de um fim público – a construção de uma obra de interesse público. Como contrato de colaboração, exige que cada uma das partes disponha de um conhecimento profundo das regras da arte, que permita uma apreciação da razoabilidade das soluções, pelo director da obra, que deve escolher a solução mais adequada a cada situação nova, pelo fiscal, que deve estar em condições de avaliar essa adequabilidade, devendo o enquadramento jurídico dos factos novos ser adequado à realidade, o que implica um contacto estreito entre o jurista e os profissionais de engenharia.

Só esta colaboração interdisciplinar permite fundamentar de modo realista e informado as posições do empreiteiro, quando deduz uma reclamação formal, e do órgão de gestão do dono da obra, quando a decide.