

RESPONSABILIDADE CIVIL NO CONTRATO DE EMPREITADA — RESPONSABILIDADE DO EMPREITEIRO E SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

PEDRO ROMANO MARTINEZ

Resumo¹: o autor desenvolve o tema da responsabilidade civil no âmbito do contrato de empreitada, centrando-se, em particular, na responsabilidade do empreiteiro, referindo as suas esferas contratual e extracontratual. Para tanto, começa por distinguir diferentes tipos de obras, prosseguindo com a caracterização da responsabilidade por defeitos da obra (denúncia dos defeitos, sua eliminação, realização de nova obra, redução do preço, resolução do contrato, indemnização, relação entre os diversos meios jurídicos e caducidade dos direitos do dono da obra) e salientando as especificidades no regime da empreitada de consumo. Conclui a exposição tratando a vertente da garantia do cumprimento das obrigações, designadamente o seguro de responsabilidade civil e o seguro-caução.

Palavras-chave: contrato de empreitada; responsabilidade civil; responsabilidade contratual do empreiteiro; defeitos da obra; garantia de cumprimento; seguro.

Sumário: 1. Contrato de empreitada e responsabilidade civil dos intervenientes na realização da obra: a) Diferentes tipos de obras; obras de construção ou reparação de imóveis; b) obras públicas e privadas; c) diferentes intervenientes na realização de obras; 2. Responsabilidade contratual e extracontratual do empreiteiro; 3. Responsabilidade por defeitos da obra: a) denúncia dos defeitos; b) eliminação dos defeitos e realização de nova obra; c) redução do preço; d) resolução do contrato; e) indemnização; f) relação entre os diversos meios jurídicos; g) caducidade dos direitos do dono da obra; h) especificidades no regime da empreitada de consumo; 4. Garantia do cumprimento das obrigações emergentes da responsabilidade civil do empreiteiro: a) regime comum; b) Seguro de responsabilidade civil [b.1.) Regime geral dos seguros profissionais; b.2.) Seguro facultativo e seguro obrigatório; b.3.) Pagamento do sinistro e pluralidade de seguros]; c) seguro-caução.

1. CONTRATO DE EMPREITADA E RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INTERVENIENTES NA REALIZAÇÃO DA OBRA

a) Diferentes tipos de obras; obras de construção ou reparação de imóveis

O contrato de empreitada tem um papel relevante no comércio jurídico, na medida em que são variados os fins que se podem alcançar através do recurso a este negócio.

¹ O texto corresponde à intervenção do autor nas *I Jornadas a Sul do Direito Civil e Processual Civil*, que tiveram lugar nos dias 11 de 12 de Outubro de 2019 em Lagoa, organizadas pela Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Direcção Regional Sul, e pela Ordem dos Advogados, Delegação de Portimão, e coordenadas pela Senhora Dr.ª Sandra dos Reis Luís.

Por via de regra, o contrato de empreitada encontra-se associado à construção de edifícios, até porque o sector da construção civil tem conhecido, nas últimas décadas, uma importância e um desenvolvimento consideráveis, e muitos dos edifícios são construídos por empreiteiros, relacionados com os proprietários dos terrenos mediante contratos de empreitada. Daí que o legislador tenha, sobretudo, feito incidir a sua acção neste sector da actividade económica, hoje frequentemente relacionado com o direito do urbanismo.

Mas o objecto do contrato de empreitada não se esgota na construção e reparação de edifícios. Os negócios mediante os quais se acorda a construção ou reparação de bens móveis, tais como automóveis, navios², mobiliário, também se enquadram na noção de empreitada. E podem igualmente ser objecto do contrato em apreço o desaterro e a remoção de terras, a perfuração de túneis e poços, a abertura ou reparação de estradas, a dragagem de portos e de estuários, a drenagem de pântanos, etc..

Pese embora a multiplicidade de obras, é frequente associar a empreitada, até pelo impacto económico, à construção ou reparação de edifícios, normalmente imóveis urbanos situados em grandes urbes ou nas suas zonas limítrofes.

b) Obras públicas e privadas

A diferença entre a empreitada de direito público e de direito privado, com jurisdição e, principalmente, regimes diversos, não é comum a todos os sistemas jurídicos e tem origem no direito francês, oriundo da revolução. E mesmo aí, não obstante a existência de uma jurisdição administrativa, o *Conseil d'État* aplica o *Code Civil*, designadamente à responsabilidade do empreiteiro.

Em Portugal, sob uma influência francesa levada ao extremo, e ao arrepio da tradição jurídica, veio a consagrar-se a dualidade de jurisdições e de regimes. Esta inflexão verificou-se, em especial, com o Decreto-Lei n.º 48 871, de 19 de Fevereiro de 1969, posteriormente substituído pelo Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 320/90, de 15 de Outubro³. Entretanto, o Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro, revogou os Decretos-Leis n.º 235/86 e n.º 320/90 (art. 240.º) e introduziu um novo regime de empreitadas de obras públicas, muito semelhante ao anterior, que vigorou até 2 de Junho de 1999, sendo então substituído pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, que revogou o anterior diploma e entrou em vigor no dia 3 de Junho de 1999 (arts. 277.º e 278.º). A curta vigência destes últimos

² Vd. arts. e 12.º e ss. do Decreto-Lei n.º 201/98, de 10 de Julho, sobre o contrato de construção de navio.

³ Antes do Decreto-Lei n.º 48 871, de 19 de Fevereiro de 1969, sem o mesmo desenvolvimento, vigorara o Decreto de 9 de Maio de 1906 e algumas portarias que entraram em vigor no século XIX, de entre as quais, a primeira data de 8 de Março de 1861.

regimes, sete e cinco anos, respectivamente, é fonte de incerteza, em nada contribuindo para a segurança do Direito. O diploma de 1999 também não teve uma vigência longa, pois foi revogado pelo Código dos Contratos Públicos (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro), sucessivamente alterado, alvo de duas republicações, a última constante do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto de 2017, e com a última alteração de Dezembro de 2019 (Decreto-Lei n.º 170/2019, de 4 de Dezembro). Em suma, a estabilidade legislativa é diminuta em sede de empreitada de obras públicas.

O regime jurídico de empreitada de obras públicas, constante dos arts. 343.º e ss. do Código dos Contratos Públicos (CCP), aplica-se às obras públicas, cuja delimitação é feita, em grande medida, pelo tipo de entidade adjudicante (art. 2.º do CCP); em suma, a obra é pública porque a entidade adjudicante é pública (Estado, Região autónoma, Autarquia, Instituto público, etc.) ou é um contraente privado maioritariamente financiado por entidades públicas. A obra é pública atendendo à qualidade do dono de obra. Para que a empreitada seja de obras públicas, isto é, para qualificar o contrato como de direito administrativo, o legislador seguiu o critério clássico da qualidade do sujeito ou, mais propriamente, da natureza jurídica de uma das partes, o dono de obra. É, contudo, usual que uma obra pública seja executada por via de contratos de direito privado, em grande medida subempreitadas.

No direito privado, o contrato de empreitada tem a sua disciplina legal própria nos arts. 1207.º e ss. do Código Civil (CC). Mas, para além destes preceitos, há a ter em conta legislação especial, por via de regra, atinente à construção de edifícios, igualmente aplicável às empreitadas de direito privado⁴, as especificidades do regime da empreitada de consumo⁵, assim como o já mencionado regime da construção de navios.

Importa, ainda, referir que, não raras vezes, em contratos de empreitada regulados pelo direito privado, as partes remetem para regras de direito público, concretamente, para o regime previsto no CCP (arts. 343.º e ss.), em geral ou, especificamente, para o regime da revisão de preços previsto no art. 382.º do CCP⁶. Sempre que tal ocorra, as referidas normas não se aplicam por imposição legal, mas em virtude de disposição contratual que para elas remete⁷.

⁴ Tais normas são, quase sempre, de carácter eminentemente técnico, *vd.*, por exemplo, o Decreto-Lei n.º 38 382, de 7 de Agosto de 1951 (Regulamento Geral das Edificações Urbanas).

⁵ Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio. Sobre a questão consulte-se do autor «Empreitada de bens de consumo. A transposição da Directiva n.º 1999/44/CE pelo Decreto-Lei n.º 67/2003», *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. II, Coimbra, 2005, pp. 11 e ss..

⁶ Atendendo à inaplicabilidade do regime de revisão de preços nas empreitadas de direito privado, prevista no Decreto-Lei n.º 474/77, de 12 de Novembro, é usual atender-se ao regime mais completo e actualizado do Decreto-Lei n.º 6/2004, de 6 de Janeiro, de revisão de preços nas empreitadas de obras públicas.

⁷ Quanto à liberdade de remeter para o regime público em contratos de empreitada de direito privado e os respectivos limites, *vd.* do autor «Autonomia privada no contrato de empreitada», *Nos 25 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III, Coimbra, 2007, pp. 979 e ss..

Em empreitadas de direito internacional é frequente remeter-se para as regras de modelos contratuais padrão, em especial as do FIDIC (Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils)⁸. Esta federação internacional de engenheiros consultores, com sede na Suíça, tem publicado formulários de contratos de empreitada que, funcionando como padrão, servem para preencher os negócios jurídicos individuais. Os contratos padronizados do FIDIC baseiam-se na inglesa ICE (*Institution of Civil Engineers*) *Conditions of Contract*⁹ e, em termos de publicação, apresentam uma divisão bipartida, a primeira das quais contém regras gerais, índice e formação do contrato e da segunda parte constam condições particulares de aplicação, com várias hipóteses à escolha dos interessados.

c) Diferentes intervenientes na realização de obras

Além de, frequentemente, o empreiteiro ser uma pessoa colectiva e nas várias fases de execução da obra, sob a sua égide, intervirem diferentes sujeitos, com distintas competências, também é usual que colaborem outras entidades, com múltiplos vínculos com o empreiteiro e, até, sem qualquer relação contratual com este.

E a crescente complexidade das intervenções no processo de construção leva a uma diluição de responsabilidade dos intervenientes. De facto, num processo de construção podem intervir: o dono da obra e o seu representante, autores de projectos (coordenador de projectos, projectista geral, projectista de estruturas e fundações, projectista de equipamento, decorador, paisagista), consultores especializados, empreiteiros (empreiteiro geral, empreiteiros parciais, subempreiteiros), director de obra, fornecedores de materiais, etc.. Nestes processos complexos há uma tendência para a não personalização de competências e de responsabilidades, até porque cada técnico, por via de regra, não actua isoladamente, mas integrado em *equipes*. A responsabilidade dos vários intervenientes no processo de construção é conjunta (art. 513.º do CC)¹⁰; ou seja, cada um só responde pelos danos que tenha causado. A dificuldade está em determinar quem é o responsável pelo prejuízo. Verificando-se que o mesmo dano é, em simultâneo, imputado a mais do que um interveniente no processo de realização da obra — o que teoricamente se

⁸ Actualmente designada *International Federation of Consulting Engineers*, mas mantendo o acrónimo FIDIC.

⁹ Similares a estes modelos contratuais encontra-se a *Standard Form of Building Contract*, publicada pela RIBA (*Royal Institute of British Architects*). Noutros espaços jurídicos podem indicar-se a *Verdingungsordnung für Bauleistung* (VOB) elaborada pela *Deutscher Normenausschuss*, bem como as condições gerais dos contratos de construção da autoria da SIA (*Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein*) e da AFNOR (*Association Française de Normalisation*).

¹⁰ No sistema jurídico português, a responsabilidade já será solidária no que respeita ao prejuízo extracontratual (art. 497.º do CC).

pode apresentar como difícil — e estando eles relacionados com o comitente por contratos distintos, poder-se-á admitir que o dono da obra possa demandar qualquer um deles pela totalidade, por violação de cada um dos contratos. A questão é, todavia, problemática, porquanto as partes em diferentes contratos (p. ex., projectista e empreiteiro) não são devedores solidários perante o credor (dono da obra); e, assim, se um pagar a totalidade da indemnização não beneficiaria do direito de regresso.

Cabe, ainda, atender ao facto de em caso de pluralidade de intervenientes se colocar amiúde um complexo problema de causalidade, de prova quase impossível no apuramento da percentual responsabilidade de cada um. Podendo nalguns casos recorrer-se à causalidade alternativa.

Nesta sequência, importa, ainda, referir que, caso a execução da obra tenha sido autorizada por entidades públicas, designadamente, câmaras municipais, cabe questionar se a responsabilidade do empreiteiro e do projectista (arquitecto, engenheiro, etc.) não poderá ser repartida com a da entidade que licenciou a obra, no caso de os vícios de execução constarem do projecto que, tendo sido objecto de apreciação, foi aprovado.

2. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL DO EMPREITEIRO

I. O empreiteiro é responsável, não só pela violação dos deveres emergentes do contrato de empreitada, mas também por, no exercício dessa sua actividade, desrespeitar ilicitamente e com culpa direitos de outrem ou qualquer disposição destinada a proteger interesses alheios (art. 483.º, n.º 1, do CC).

A violação de deveres emergentes do negócio jurídico (contrato de empreitada) faz incorrer o empreiteiro em responsabilidade contratual; enquanto o desrespeito, no exercício da sua actividade de empreiteiro, dos direitos de outrem (p. ex., direitos dos proprietários de prédios vizinhos daquele onde se executa a obra¹¹, ou direitos absolutos do dono da obra, designadamente a sua integridade física), ou de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios (p. ex., normas sobre a emissão de ruídos ou fumos¹²) dá origem à responsabilidade extracontratual.

Tanto a responsabilidade contratual como a aquiliana fazem parte de um todo: a responsabilidade civil, cuja consequência consiste, normalmente, no

¹¹ No art. 135.º do Decreto-Lei n.º 38 382, de 7 de Agosto de 1951 (Regulamento Geral das Edificações Urbanas) estabelece-se: «Durante a execução de obras de qualquer natureza serão obrigatoriamente adoptadas as precauções e as disposições necessárias para garantir a segurança do público (...)». Sobre esta questão, veja-se também os arts. 136.º e ss. do mesmo diploma.

¹² Estas disposições legais procuram assegurar níveis mínimos de segurança e de satisfação. Sobre esta questão vejam-se os arts. 108.º e ss. do Regulamento Geral das Edificações Urbanas.

dever de indemnizar, ou seja, colocar o lesado sem dano (*in + damno*). Em qualquer dos casos, o empreiteiro só é responsável se tiver culpa¹³; há, porém, que distinguir.

A regra é a de que a culpa do empreiteiro tem de ser provada pelo lesado (art. 487.º, n.º 1, do CC), mas em caso de violação do contrato presume-se a culpa daquele (art. 799.º, n.º 1, do CC). Esta presunção de culpa é, teoricamente, ilidível; todavia, tratando-se de prestações de resultado, como acontece no caso da empreitada, na prática, pese embora corresponda a uma presunção *iuris tantum*, não é fácil ilidir a presunção de culpa do empreiteiro.

Para além das situações subsumíveis ao art. 799.º, n.º 1, do CC, presume-se igualmente a culpa do empreiteiro no caso de danos causados por obras (p. ex., andaimes) em razão de defeito de conservação ou por vício de construção (art. 492.º do CC); a solução é a mesma na hipótese de os danos terem sido causados no exercício de uma actividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados (p. ex., uso de explosivos para fazer fundações ou demolições) — art. 493.º, n.º 2, do CC¹⁴.

Na apreciação da existência da culpa do empreiteiro, o pressuposto geral de actuar com a diligência de um bom pai de família (art. 487.º, n.º 2, do CC) deve ser aferido tendo, além do mais, em conta que, ao realizar uma obra, o executante deve respeitar as regras da arte vigentes naquele domínio. Como as regras da arte não constituem verdadeiras normas jurídicas, a sua violação não conforma uma ilicitude, mas antes um caso de actuação negligente ou dolosa. A situação é diversa no que diz respeito à violação de normas técnicas, como, por exemplo, de segurança, que constitui um caso de ilicitude¹⁵.

Mas o empreiteiro já poderá ser responsável, independentemente de culpa, pela actuação de terceiro que empregue na execução da obra, tanto trabalhadores como subempreiteiros (art. 800.º do CC)¹⁶. Em caso de incumprimento ou de cumprimento defeituoso imputável ao subempreiteiro, a res-

¹³ À excepção da responsabilidade objectiva do empreiteiro pelos actos das pessoas que utiliza na execução dos trabalhos (empregados, subempreiteiros, etc.), nos termos do art. 800.º, n.º 1, do CC, o dono da obra também é responsável objectivamente no caso de abrir minas ou poços e fazer escavações no seu prédio (art. 1348.º, n.º 2, do CC). O dono da obra também pode ser responsabilizado por intervenções lícitas danosas, por exemplo, nos termos do art. 1349.º, n.ºs 1 e 3, do CC, se colocar andaimes em prédio vizinho para proceder à reparação do seu edifício.

¹⁴ No Ac. Rel. Lx. de 23/03/1993, CJ, XVIII (1993), T. II, p. 121, considerou-se que, tendo o empreiteiro «(...) em seu poder determinadas máquinas próprias para proceder à abertura de valas, as quais máquinas rebentaram tubos das canalizações de água instalados (...), presume-se a culpa dele nos termos do art. 493.º, n.º 1». No caso em apreço não parece ser questionável a presunção de culpa, mas tão-só a sua subsunção ao art. 493.º, n.º 1, do CC. Os danos não foram causados por incumprimento do dever de vigilância de uma coisa móvel (a escavadora); a causa do prejuízo ficou a dever-se ao modo como a escavadora foi utilizada, situação prevista no art. 493.º, n.º 2, do CC.

¹⁵ No que respeita ao incumprimento do contrato de empreitada que advém de uma actuação discordante com normas técnicas, *vd.*, do autor, *Cumprimento Defeituoso em especial na Compra e Venda e na Empreitada*, Coimbra, 2001, n.º 16.f), pp. 179 e ss..

¹⁶ *Vd.*, do autor, *O Subcontrato*, Coimbra, 1989, n.º 49, p. 141.

pensabilidade perante o dono da obra recai sobre o empreiteiro, mesmo na hipótese de o subcontraente ter escondido a falta de modo doloso¹⁷.

No que respeita à responsabilidade objectiva, pode questionar-se se, tendo o empreiteiro agido com diligência, tanto na escolha como nas instruções e fiscalização, mesmo assim deverá ser responsabilizado pela actuação culposa de trabalhadores ou de subempreiteiros. A esta questão deve dar-se uma resposta afirmativa.

Em apoio deste juízo podem apresentar-se três argumentos. Como o empreiteiro tira benefícios da actuação dos terceiros (trabalhadores ou subempreiteiros), deve suportar os prejuízos inerentes: *ubi commoda ibi incommoda*. Por outro lado, o dono da obra não deverá sofrer as consequências da actuação dos terceiros contratados pelo empreiteiro, isto é, deverá ficar em situação idêntica à que estaria se a prestação tivesse sido cumprida, na totalidade, pelo empreiteiro. De facto, o dono da obra tem o direito de exigir um cumprimento diligente, quer ele seja realizado pelo empreiteiro ou por quem este utilize na execução das suas obrigações. Por último, a responsabilidade sem culpa do empreiteiro é sociologicamente vantajosa, porque reduz a frequência das falhas dos trabalhadores e dos subempreiteiros.

O empreiteiro é, pois, responsável objectivamente nos termos do art. 800.º do CC, porque tanto o trabalhador como o subempreiteiro são pessoas utilizadas no cumprimento da sua obrigação¹⁸.

Para haver responsabilidade objectiva do empreiteiro, torna-se necessário que sobre o subempreiteiro ou sobre o trabalhador também recaia a obrigação de indemnizar pelos mesmos danos. Esta responsabilidade do trabalhador e do subempreiteiro tanto pode encontrar fundamento na culpa, como no risco, como ainda em intervenções lícitas danosas.

II. No domínio da responsabilidade civil do empreiteiro tem especial interesse aquela que deriva da violação de deveres emergentes do contrato de empreitada.

O empreiteiro, por força do contrato que o liga ao comitente, está obrigado a realizar uma obra (art. 1207.º do CC). A execução dessa obra deve ser feita em conformidade com o convencionado e sem vícios que lhe reduzam ou excluam o valor ou a aptidão para o uso ordinário ou o previsto no contrato (art. 1208.º do CC).

Se o empreiteiro deixa de efectuar a sua prestação em termos adequados, dá-se o inadimplemento da obrigação, com a consequente responsabilidade. Esse incumprimento será definitivo ou mora, nos termos gerais¹⁹. Na

¹⁷ *Vd.*, do autor, *O Subcontrato*, cit., n.º 49, p. 141 e nota 29 da mesma página.

¹⁸ Todavia, o contrato de empreitada, como o de subempreitada, não consubstancia uma relação de comissão, pelo que não gera responsabilidade nos termos do art. 500.º do CC; *vd.*, do autor, *O Subcontrato*, cit., n.º 50, p. 148. Não assim se se detectar culpa do dono da obra na escolha do empreiteiro ou nas instruções que lhe deu. A responsabilidade delitual não é excluída pelo facto de se usarem terceiros na realização de actos ilícitos (art. 490.º do CC).

¹⁹ Para mais desenvolvimento, cf. do autor *Direito das Obrigações (Parte Especial) Contratos*, 2.ª ed., Coimbra, 2001, pp. 465 e ss..

empreitada tem especial relevo e previsão legal (arts. 1218.º e ss. do CC) a terceira modalidade de não cumprimento, usualmente designada por cumprimento defeituoso.

É frequente que nos contratos de empreitada se incluam cláusulas penais para a eventualidade de não cumprimento do acordado. Salvo estipulação em contrário, a cláusula penal aplica-se nas hipóteses de não cumprimento definitivo (art. 811.º do CC), mas nada impede que se estabeleça uma cláusula penal para casos de mora ou de cumprimento defeituoso. Em qualquer dos casos, o valor da cláusula penal não pode exceder o do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal (art. 811.º, n.º 3, do CC), sob pena de ser reduzida pelo tribunal de acordo com a equidade (art. 812.º, n.º 1, do CC).

Por outro lado, neste âmbito também é usual o estabelecimento de cláusulas de limitação da responsabilidade. Estas serão válidas na medida em que não contrariem o disposto no art. 809.º do CC e na Lei das Cláusulas Contratuais Gerais.

Recentemente, talvez por influência da figura da caução, estabelecida para as empreitadas de obras públicas (arts. 254.º e 353.º do CCP), verifica-se que, em muitos contratos de empreitada, a forma de abonar o cumprimento pontual da obrigação de realizar a obra se obtém mediante a prestação de caução ou de garantia equivalente, como um seguro-caução. Retomar-se-á esta questão no ponto 4.

3. RESPONSABILIDADE POR DEFEITOS DA OBRA

a) Denúncia dos defeitos

Mesmo que o comitente tenha tido conhecimento de que a obra padece de defeitos, pode aceitá-la com reserva. Quando o dono da obra a aceita com reserva dá a entender que pretende receber a obra, mas, ao mesmo tempo, denuncia os defeitos, a fim de poder exercer os direitos que lhe são conferidos nos arts. 1221.º e ss. do CC.

A denúncia dos defeitos, no acto de aceitação, é válida ainda que o comitente tenha realizado regulares fiscalizações no decurso de execução da obra, sendo já então os vícios aparentes ou notória a má execução do contrato (art. 1209.º, n.º 2, do CC).

Sendo os defeitos ocultos, o dono da obra deve, no prazo de trinta dias após os ter descoberto, denunciá-los ao mestre de obras (art. 1220.º, n.º 1, do CC). O mesmo se diga no que respeita ao empreiteiro na relação com o subempreiteiro (art. 1226.º do CC); só que, neste caso, o prazo de trinta dias conta-se a partir da recepção da denúncia feita pelo dono da obra.

A denúncia não é, contudo, exigida em duas situações.

Se o empreiteiro, após a prestação ter sido aceita, reconheceu a existência do defeito, não se justifica que a contraparte tenha de o denunciar.

A denúncia seria então perfeitamente inútil. Tal regra consta do art. 1220.º, n.º 2, do CC²⁰. Todavia, caso o reconhecimento do defeito por parte do empreiteiro tenha sido anterior à aceitação da obra, estar-se-á perante defeitos conhecidos e se o comitente, mesmo assim, aceitar a obra sem reserva, já não se poderá fazer valer dos direitos que lhe são conferidos nos arts. 1221.º e ss. do CC (art. 1219.º do CC).

Sempre que o empreiteiro tenha usado de dolo no encobrimento do defeito não se torna necessário proceder à denúncia deste, por duas razões: primeiro, por perder sentido proceder à denúncia, que tem um efeito informativo; segundo, atendendo ao princípio *dolus omnia corrumpit*, deixa de se justificar este ónus de denúncia.

Em princípio, o protesto feito aquando da aceitação equivale a denúncia, mas se o dono da obra tiver aceitado a obra com uma reserva genérica, terá ainda de denunciar os defeitos concretos nos trinta dias subsequentes à descoberta dos mesmos. A solução é idêntica no caso de o comitente receber a obra para prova.

A declaração de denúncia é válida independentemente da forma que revestir (art. 219.º do CC) e para ser eficaz basta que chegue ao poder do empreiteiro, ou que seja dele conhecida (art. 224.º, n.º 1, do CC) ou que por sua culpa não seja oportunamente recebida (art. 224.º, n.º 2, do CC).

Na denúncia têm de se indicar os defeitos concretos de que a obra padece, mas não se torna necessário especificar qual dos direitos conferidos nos arts. 1221.º e ss. do CC se pretende exercer. A opção entre a eliminação dos defeitos, a construção de obra nova, a redução do preço e a resolução do contrato, bem como o pedido de indemnização, pode ser exercida posteriormente, tendo em conta as circunstâncias do caso.

A denúncia constitui mera condição de que depende o exercício dos direitos do dono da obra estabelecidos nos arts. 1221.º e ss. do CC; como mera condição, ela pressupõe o exercício posterior desses direitos.

Se a obra não é aceita em razão dos defeitos, ou se os mesmos são denunciados atempadamente, a prestação não se considera plenamente realizada.

b) Eliminação dos defeitos e realização de nova obra

Perante a existência de defeitos, a lei concede ao dono da obra vários direitos, o primeiro dos quais é o de exigir a sua eliminação. A exigência de eliminação dos defeitos é uma forma de execução específica característica do contrato de empreitada; pretende-se exigir o cumprimento do acordado.

O dono da obra deve começar por exigir que o defeito seja eliminado pelo próprio empreiteiro (art. 1221.º, n.º 1, do CC).

²⁰ Sobre este ponto, *vd.*, do autor, *Cumprimento Defeituoso*, cit., n.º 35, p. 374.

Mas, se os defeitos não puderem ser eliminados, cabe ao comitente o direito de exigir do empreiteiro a realização de uma nova obra (art. 1221.º, n.º 1, 2.ª parte, do CC). Justifica-se esta solução porque, se o dono da obra não obteve o resultado pretendido, o empreiteiro continua adstrito a uma prestação de facto positivo.

Ao empreiteiro não pode ser imposta a eliminação dos defeitos ou a realização de nova obra, porque *nemo ad factum praecise cogi potest*. Perante a recusa do empreiteiro, pode o dono da obra requerer a execução específica da prestação de facto, nos termos do art. 828.º do CC, se ela for fungível. A execução específica prevista neste preceito opera por via judicial, pelo que só após a condenação do empreiteiro na eliminação do defeito ou na realização de nova obra, e perante a recusa deste, pode o comitente encarregar terceiro de proceder à realização dos trabalhos necessários para fazer suprimir o defeito, a expensas do empreiteiro. Sendo requerida a execução específica nos termos do art. 828.º do CC, os defeitos são eliminados ou a obra realizada de novo por outrem à custa do empreiteiro. Não é, porém, admissível que o dono da obra proceda, em administração directa, à eliminação dos defeitos ou à realização de nova obra, pois isso seria uma forma de autotutela não consentida. Todavia, sendo urgente a reparação e não tendo o empreiteiro procedido atempadamente à eliminação, cabe ao dono da obra, com base nos princípios gerais, em particular a acção directa, proceder à reparação, exigindo o respectivo custo ao empreiteiro²¹.

Sendo a prestação de facto do empreiteiro infungível, o dono da obra pode requerer em tribunal a condenação daquele no pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso na eliminação dos defeitos ou na realização da obra nova (art. 829.º-A do CC).

A opção entre eliminar os defeitos ou realizar uma nova obra não fica ao critério do comitente. Cabe ao empreiteiro, tendo em conta a sua arte e conhecimento, averiguar se os defeitos são elimináveis. Quando o dono da obra discordar da opinião do empreiteiro, compete ao tribunal decidir se os defeitos são ou não elimináveis.

Caso o empreiteiro opte pela realização de nova obra, o comitente pode opor-se, justificando que isso lhe causa prejuízo excessivo, designadamente em razão de não poder usar a coisa por largo período.

O empreiteiro não é obrigado a proceder à eliminação dos defeitos, mesmo que viável, ou à realização de uma nova obra se as despesas inerentes forem manifestamente superiores ao interesse que o comitente daí retiraria (art. 1221.º, n.º 2, do CC). É a consagração de uma regra de justiça comutativa; se as despesas do empreiteiro forem desproporcionadas em relação ao proveito do dono da obra, não parece justo e adequado que sobre aquele impenda a obrigação de eliminar os defeitos ou de realizar uma nova obra.

²¹ Cfr., do autor, *Cumprimento defeituoso*, cit., p. 389.

Enquanto o defeito não for eliminado, o dono da obra pode recusar-se a pagar, parte ou a totalidade do preço, usando a excepção de não cumprimento dos contratos (arts. 428.º e ss. do CC).

A eliminação dos defeitos ou a realização de nova obra, para além de exigida, também pode ser oferecida pelo empreiteiro²². De facto, dentro de certos limites, o devedor tem direito a cumprir a prestação e, nessa medida, pode impor a eliminação dos defeitos ou a realização de nova obra, sob pena de se extinguir a sua responsabilidade, em caso de recusa injustificada. Desde que o meio jurídico proposto pelo empreiteiro seja adequado e o dono da obra não tenha perdido o interesse na prestação, que é apreciado objectivamente (art. 808.º, n.º 2, do CC), a proposta daquele não deverá ser recusada; mas tendo sido ineficaz a primeira eliminação ou a realização de nova obra, admite-se que o comitente não esteja disposto a aceitar outra tentativa, não obstante manter interesse na prestação.

c) Redução do preço

Se a obra foi executada com defeitos e estes não foram eliminados ou a obra realizada de novo, tem o comitente direito a exigir a redução do preço acordado (art. 1222.º, n.º 1, do CC).

Só se justifica que o dono da obra requeira a redução do preço, no caso de ele, apesar do defeito, poder retirar qualquer utilidade da obra; isto é, desde que tenha interesse em recebê-la.

A redução do preço não integra uma forma de ressarcimento dos danos, pois advém da *actio quanti minoris* do direito romano, estabelecida em sede de compra e venda, mediante a qual se pretendia restabelecer o equilíbrio entre as prestações. Esta função de reajustamento do preço, que não corresponde necessariamente a um pedido indemnizatório, continua a ser a finalidade prosseguida pelo instituto ora em apreço.

O dono da obra não pode pedir cumulativamente a eliminação dos defeitos ou a realização de novo da obra e a redução do preço. São pedidos alternativos que poderão, sem dúvida, ser requeridos em termos subsidiários²³.

Por outro lado, o dono da obra não poderá exigir a redução do preço, caso o empreiteiro esteja disposto a eliminar os defeitos — sendo isso possível — ou a realizar de novo a obra.

A redução do preço, na falta de acordo em contrário, far-se-á segundo o preceituado no art. 884.º do CC para a compra e venda (art. 1222.º, n.º 2, do CC).

²² *Vd.*, com maiores desenvolvimentos, do autor, *Cumprimento Defeituoso*, cit., n.ºs 36.a) e 37.a), pp. 335 e 349.

²³ Um tratamento mais desenvolvido desta problemática pode ser confrontado no estudo do autor *Cumprimento Defeituoso*, cit., n.º 40, pp. 389 e ss..

Assim, se o preço da empreitada foi fixado por unidade, por medida, por tempo de trabalho ou por administração e se só parte da obra padecer de defeito, o preço será reduzido em função da parte defeituosa. Por exemplo, se das dez janelas encomendadas só duas é que não respeitam o modelo acordado, o preço total deverá ser reduzido em um quinto; ou seja, só são pagas oito unidades.

De forma idêntica, se foi determinado um preço global para toda a obra, mas estabelecidos os preços das várias parcelas da mesma e se só parte dela é que padece de defeito, o preço será reduzido nos termos referidos no parágrafo anterior.

As maiores dificuldades suscitam-se nos casos em que os defeitos afectam a obra no seu todo, não sendo exclusivos de determinadas parcelas da mesma. Por exemplo, se todos os vinte quilómetros de auto-estrada foram construídos em desrespeito de normas técnicas de segurança ou se o prédio foi edificado sem as necessárias vigas de ferro. A situação é igualmente complicada na hipótese de, apesar de os defeitos só afectarem partes da obra, não ter ficado discriminado o valor das várias parcelas que a compõem; e mesmo que se tenha determinado o valor de cada parcela da obra, nem sempre é linear a relação entre o valor do todo e o das partes, pois a soma do valor das partes pode não corresponder à estimação total da obra.

Em tais hipóteses, a redução do preço será feita por meio de avaliação (art. 884.º, n.º 2, do CC). A referência feita neste preceito à avaliação pouco adianta com respeito à determinação de um modo de apreciar o *quantum* a reduzir. Para tal torna-se necessário recorrer a um método objectivo em que se proceda a uma ponderação de três factores: preço acordado, valor da obra com defeito e valor ideal do bem²⁴. Se as partes não acordarem quanto a uma avaliação extrajudicial, deverão então recorrer a instâncias judiciais.

d) Resolução do contrato

O dono da obra só poderá exigir a resolução do contrato se, para além de não terem sido eliminados os defeitos ou realizada de novo — como acontece para a exigência de redução do preço —, tais defeitos tornarem a obra inadequada para o fim a que se destina (art. 1222.º, n.º 1, 2.ª parte, do CC). Se, por exemplo, o armário de cozinha encomendado tem mais cinco centímetros de comprimento e, por isso, não encaixa no lugar pretendido, a obra é inapta para o fim a que se destina.

Deste último requisito (obra imprópria para o uso normal ou o previsto no contrato) não está dependente o direito de exigir a redução do preço. A opção entre a exigência de redução do preço ou de resolução do contrato,

²⁴ Para uma explicação mais pormenorizada deste método, *vd.*, do autor, *Cumprimento Defeituoso*, cit., n.º 38.b), pp. 362 e ss..

para além da diferença referida, está no critério do dono da obra. É o interesse do credor que justifica a existência da obrigação (arts. 398.º, n.º 2, e 808.º do CC). Assim, se o dono da obra, como consequência dos defeitos, tiver perdido o interesse na prestação — que é apreciado objectivamente (art. 808.º, n.º 2, do CC) —, pode resolver o contrato. Mas se, pelo contrário, a obra defeituosa, apesar de não ser adequada ao fim a que se destina, for querida pelo comitente, a este somente caberá o direito de exigir a redução do preço²⁵.

e) Indemnização

Mesmo que o defeito tenha sido eliminado, ou a obra realizada de novo, ou reduzido o preço, ou resolvido o contrato, podem não ter ficado reparados todos os danos causados ao dono da obra. Se assim acontecer, o comitente tem direito a exigir uma indemnização nos termos gerais (art. 1223.º do CC).

Por força do art. 801.º, n.º 2, do CC, com a resolução do contrato, pode cumular-se um pedido de indemnização, discutindo-se se este será pelo interesse contratual negativo ou positivo. Também no que respeita à empreitada, a indemnização pode ser pedida cumulativamente com os direitos enunciados nos artigos anteriores (eliminação dos defeitos, realização de nova obra, redução do preço e resolução do contrato). Todavia, a indemnização a arbitrar nos termos do art. 1223.º do CC tanto pode ser pelo interesse contratual negativo, como igualmente pelo interesse contratual positivo do dono da obra, dependendo das circunstâncias.

A dúvida quanto ao cálculo da indemnização — se se atende ao dano negativo ou de confiança ou ao interesse positivo — coloca-se essencialmente quando esta se cumula com o pedido de resolução do contrato; nesse caso, discute-se se, tendo a resolução efeito retroactivo, se pretende colocar o dono da obra na situação em que estaria se não tivesse celebrado o negócio ou, pelo contrário, independentemente do efeito extintivo, se o dono da obra pode reclamar o pagamento de outros danos decorrentes do incumprimento. Propende-se para esta segunda via²⁶. Não suscitará a mesma dúvida que a indemnização pelo interesse positivo se cumule com os pedidos de eliminação dos defeitos, de realização de nova obra e, até, de redução do preço, com vista a colocar o comitente na situação em que estaria se o contrato tivesse sido pontualmente cumprido.

A este direito conferido ao dono da obra no art. 1223.º do CC aplicam-se as regras gerais da obrigação de indemnizar (arts. 562.º e ss. do CC).

²⁵ Os efeitos da resolução do contrato de empreitada regulam-se pelas regras gerais (arts. 432.º e ss. do CC). Sobre a questão, veja-se, do autor, *Da Cessação do Contrato*, 3.ª edição, Coimbra, 2015, pp. 175 e ss. e 532 e ss..

²⁶ Cf., do autor, *Da Cessação do Contrato*, cit., pp. 195-204.

f) Relação entre os diversos meios jurídicos

Importa estabelecer a relação entre os meios jurídicos facultados ao dono da obra em caso de defeito²⁷. De entre os cinco meios jurídicos que a lei concedeu ao dono da obra em caso de cumprimento defeituoso, importa distinguir três grupos. No primeiro dos quais se integram as clássicas resolução do contrato e redução do preço; no segundo, as pretensões de eliminação dos defeitos e de realização de nova obra; e, no terceiro, o direito a ser indemnizado.

Em relação ao primeiro grupo, estando preenchidos os respectivos pressupostos, o dono da obra tem a possibilidade de optar entre exigir a redução do preço ou a resolução do contrato.

Diferentemente, no que respeita às pretensões de eliminação dos defeitos e de realização de nova obra, na medida em que ambas sejam possíveis e satisfaçam igualmente o interesse do dono da obra, a escolha cabe ao empreiteiro.

A diversidade de regimes justifica-se, na medida em que, no primeiro caso, é o comitente que sabe se tem ou não interesse em ficar com a obra. Além disso, como estão preenchidos os pressupostos quer da resolução do contrato, quer da redução do preço, o interesse em ficar com a obra pode ser determinado por parâmetros subjectivos. Em sentido inverso, se tanto a eliminação do defeito como a realização de nova obra satisfazem o interesse do comitente, cabe ao empreiteiro determinar qual é a menos gravosa; até porque o empreiteiro, sendo especialista naquela arte, pode mais facilmente verificar da inviabilidade ou onerosidade de qualquer destes meios jurídicos.

A pretensão de eliminação dos defeitos ou de realização de nova obra prevalece sobre os pedidos de redução do preço e de resolução do contrato, pois representa a forma de melhor obter a reconstituição natural.

No sistema jurídico português pode, então, dizer-se que, nos termos do art. 1222.º do CC, há uma espécie de sequência lógica: em primeiro lugar, o empreiteiro está adstrito a eliminar os defeitos ou a realizar nova obra; frustrando-se esta pretensão, pode ser exigida a redução do preço ou a resolução do contrato²⁸.

Resta fazer referência ao direito à indemnização, o qual foi incluído num terceiro grupo de pretensões.

Em matéria de cumprimento defeituoso do contrato de empreitada vigora o princípio de que a indemnização é subsidiária relativamente aos pedidos de eliminação dos defeitos, de nova realização da obra, de redução do preço e de resolução do contrato; tem, pois, função complementar destes meios jurídicos, com os quais se pode cumular.

²⁷ Para maiores desenvolvimentos, *vd.*, do autor, *Cumprimento Defeituoso*, cit., n.ºs 40 e ss., pp. 389 e ss..

²⁸ *Vd.*, do autor, *Cumprimento Defeituoso*, cit., n.º 40, p. 389.

A indemnização por sucedâneo pecuniário, prevista no art. 1223.º do CC, não funciona em alternativa e só se justifica a sua exigência na medida em que os outros meios jurídicos não se possam efectivar ou em relação a prejuízos que não tenham ficado totalmente ressarcidos²⁹.

g) Caducidade dos direitos do dono da obra

I. O Código Civil, nos arts. 1220.º, n.º 1, 1224.º e 1225.º do CC, estabeleceu prazos curtos de caducidade para a denúncia dos defeitos da obra e para o exercício dos direitos que são conferidos ao comitente nos arts. 1221.º e ss. do CC. Não foram estabelecidos prazos de prescrição, mas de caducidade, pelo que não estão sujeitos à interrupção nem à suspensão (art. 328.º do CC) e só poderão ser impedidos (art. 331.º do CC). Caso contrário, os direitos do dono da obra poder-se-iam protelar no tempo, com o inconveniente da insegurança jurídica que daí adviria para o empreiteiro.

Os prazos de caducidade só derogam as regras gerais da prescrição quando se estiver perante situações de cumprimento defeituoso da obra, pois em caso de mora ou de incumprimento definitivo encontram aplicação os arts. 309.º e ss. do CC.

Nos artigos citados foram estabelecidos prazos de caducidade curtos no interesse do empreiteiro, a fim de o desvincular da responsabilidade emergente dos defeitos da obra, em caso de inércia do comitente. Os motivos que presidiram a tal tomada de posição foram, por um lado, evitar que o decurso de um longo lapso venha a dificultar a prova e, por outro, permitir que o empreiteiro mais facilmente proceda à eliminação do defeito.

II. Como referido *supra* (alínea *a*) do ponto 3.), se, após a aceitação, o dono da obra detectar defeitos, deverá denunciá-los ao empreiteiro, para o que lhe foi conferido um prazo máximo de trinta dias após a descoberta (art. 1220.º, n.º 1, do CC).

No caso de empreitadas que tenham por objecto a construção, modificação ou reparação de imóveis destinados por sua natureza a longa duração, a denúncia dos defeitos deverá ser feita no prazo de um ano (art. 1225.º, n.º 2, do CC) a contar da sua descoberta. Neste caso, a lei não refere a partir de que momento se inicia o prazo, mas, por analogia com o disposto no art. 1220.º, n.º 1, do CC, deve entender-se que, também aqui, o prazo começa a correr a partir da descoberta dos defeitos.

Se a acção judicial com pedido de eliminação dos defeitos, de realização de nova obra, de redução do preço, de resolução do contrato e de indemnização for interposta, consoante as situações em causa, no prazo de trinta dias ou de um ano após a descoberta do defeito, não se torna necessário proceder à denúncia prévia do mesmo; a citação do empreiteiro funciona como

²⁹ *Id.*, do autor, *Cumprimento Defeituoso*, cit., n.º 32.a) e b).2) e n.º 41, pp. 309, 314 e 394 e ss..

denúncia do defeito, ainda que se possa qualificar o comportamento do dono da obra como precipitado.

Como indicado na anterior alínea a) deste número 3., no caso de o empreiteiro ter agido com dolo no encobrimento dos vícios, a denúncia não está sujeita aos prazos apertados dos arts. 1220.º, n.º 1, e 1225.º, n.º 2, do CC, porque *dolus omnia corrumpit*. Esta tese poderia ser posta em causa se se considerassem as regras respeitantes ao cumprimento defeituoso na empreitada como especiais, afastando o regime do erro e do dolo. Todavia, entre as normas que regulam o cumprimento defeituoso e as respeitantes ao erro e ao dolo não há nenhuma relação de especialidade, porque tais preceitos têm previsões diferentes que não permitem a existência de um concurso³⁰. O problema não deve ser analisado à luz das regras do dolo, previstas nos arts. 253.º e 254.º do CC, mas tendo em conta os princípios do não cumprimento, em especial, do cumprimento defeituoso, e o desiderato da denúncia de defeitos, nos termos dos quais esta comunicação não tem sentido em relação a quem actuou de forma dolosa.

Nas empreitadas de obras públicas, a denúncia dos defeitos é feita aquando das vistorias, estando prevista a realização de duas: a primeira e a segunda vistorias que, respectivamente, antecedem a recepção provisória e a definitiva da obra (arts. 394.º e 398.º do CCP), de que se elaborará o correspondente auto (art. 395.º do CCP).

III. Os direitos conferidos ao dono da obra nos arts. 1221.º e ss. do CC estão sujeitos, para o seu exercício, a prazos de caducidade curtos (art. 1224.º, n.º 1 e n.º 2, 1.ª parte, do CC). De seguida, fixou-se o prazo limite de dois anos a contar da entrega da obra para o caso de defeitos ocultos que forem descobertos e denunciados após a aceitação (art. 1224.º, n.º 2, 2.ª parte, do CC).

No sistema jurídico português, o prazo de dois anos começa a correr a partir da entrega, pois é desde esse momento que o dono da obra pode, com maior facilidade, dar conta dos defeitos de que a obra padece. A lei presume que o comitente, se não tiver descoberto os defeitos nesse prazo, terá sido pouco diligente, porque, na maior parte dos casos, não se torna necessário o decurso de um lapso superior para a descoberta dos defeitos ocultos.

Sendo a obra entregue por partes, desde que estas não tenham autonomia, o prazo conta-se a partir da entrega da última parte.

Para além do prazo de garantia de dois anos (art. 1224.º, n.º 2, 2.ª parte, do CC), a lei estabeleceu o prazo de um ano para interpor a acção judicial, prazo esse que se conta da recusa de aceitação, da aceitação com reserva ou, sendo os defeitos ocultos, da respectiva denúncia (art. 1224.º, n.ºs 1 e 2, 1.ª parte, do CC).

Nas empreitadas de obras públicas fixou-se uma garantia, que varia em função do tipo de defeitos, com prazos de dez, cinco e dois anos, para a

³⁰ *Vd.*, do autor, *Cumprimento Defeituoso*, cit., n.º 5.b), pp. 45 e ss..

hipótese de não se terem estabelecido no caderno de encargos prazos superiores (art. 397.º do CCP).

O prazo de dois anos (art. 1224.º, n.º 2, do CC) é alargado para cinco anos, também a contar da entrega, na hipótese de a empreitada ter por objecto a construção, modificação ou reparação de edifícios ou outros imóveis, destinados por sua natureza, a longa duração (art. 1225.º, n.º 1, do CC)³¹.

Mas neste tipo de empreitadas, para o exercício dos direitos do dono da obra, mantém-se o prazo de um ano a contar da recusa de aceitação, da aceitação com reserva (art. 1224.º, n.º 1, do CC) ou da denúncia dos defeitos (art. 1225.º, n.º 2, do CC), se se tiver verificado qualquer destas ocorrências.

Dados os perigos especiais dos defeitos de construção de edifícios e de outros imóveis destinados a longa duração e a maior dificuldade em descobrir esses vícios, justificam-se alguns desvios às regras gerais sobre responsabilidade do empreiteiro por defeitos da obra.

Para aplicação do prazo mais longo do art. 1225.º do CC exige-se o preenchimento de dois requisitos.

Por um lado, torna-se necessário que a obra seja destinada a longa duração. Esta longa duração resulta da natureza objectiva da obra (p. ex., prédio, barragem, ponte) e não do destino que subjectivamente o comitente lhe queira dar. O problema pode ser apreciado não só em relação à obra edificada como também com respeito a uma outra que se incorpora naquela. Estão, portanto, abrangidas as obras acessórias importantes (p. ex., forno construído numa padaria) e as obras de renovação geral, assim como a ruína funcional (p. ex., montagem de uma instalação fabril que não tem possibilidade de funcionar).

Por outro lado, é preciso que a obra tenha ruído total ou parcialmente, que esteja em perigo de ruína ou que apresente defeitos. Este segundo requisito também deve ser interpretado em termos objectivos, de molde a entender a ruína parcial como a destruição de uma parte considerável da obra e, além disso, só devem ser tomados em conta os vícios que façam temer a derrocada iminente da obra ou que sejam graves, e não qualquer defeito, mesmo que diga respeito a toda ou a uma parte importante da obra.

Tanto o «perigo de ruína» como os «defeitos» constituem conceitos indeterminados que carecem de ser preenchidos perante as situações concretas; no que respeita a este último, tendo em conta a *ratio legis* do preceito onde está inserido, há quem o interprete no sentido de abranger os defeitos estruturais de certa monta e não os meramente funcionais. Esta ideia não colhe, porquanto a lei não distingue entre defeitos estruturais e funcionais e a *ratio legis* do art. 1225.º do CC não aponta no sentido de excluir esta última. Por exemplo, se o sistema de aquecimento central, em razão de deficiente

³¹ O prazo estabelecido nos Códigos Civis Francês (art. 2270), Espanhol (art. 1591) e Italiano (art. 1669) é de dez anos. No Código Civil Alemão (§ 638 BGB), bem como no anterior Código Civil Português (art. 1399.º), estabeleceu-se um prazo de cinco anos.

montagem, não pode trabalhar em condições, há um defeito grave funcional. Com a alteração introduzida em 1994, a expressão «defeitos graves», que constava da versão original do preceito, foi substituída pelo termo «defeitos», dando a entender que qualquer defeito, mesmo insignificante, justificava a responsabilidade do empreiteiro por cinco anos; não obstante a alteração legislativa, no espírito do preceito parece que ainda se justifica distinguir defeitos graves e não graves, pois será inaceitável que se demande o empreiteiro por uma pequena deficiência da obra (p. ex., fechadura da porta do prédio que encravou) ao fim de cinco anos.

Preenchidos os requisitos acima mencionados, pela leitura do art. 1225.º do CC, poder-se-ia entender que o empreiteiro só estaria obrigado a indemnizar o dono da obra. Esta interpretação não parece totalmente correcta, porquanto o preceito, ao determinar que o empreiteiro é responsável pelo prejuízo, remete para as regras gerais dos arts. 562.º e ss. do CC. Por conseguinte, se o empreiteiro é obrigado a reparar um prejuízo, só indemnizará em dinheiro se não for possível a reconstituição natural, se esta não reparar integralmente os danos ou se for excessivamente onerosa (art. 566.º, n.º 1, do CC). No contrato de empreitada, este espírito da lei infere-se da conjugação dos arts. 1221.º e 1222.º do CC com o art. 1223.º do CC. Também nas situações previstas no art. 1225.º do CC se deve seguir a regra geral. O empreiteiro, responsável pelo prejuízo, deverá, em primeiro lugar, proceder à reconstituição natural, nos termos dos arts. 1221.º e ss. do CC; solução que, hoje, encontra consagração legal após a inclusão de um n.º 3 no art. 1225.º do CC, pese embora, neste número, só se atender à eliminação dos defeitos.

Resta referir que este regime de responsabilidade por defeitos em imóvel destinado a longa duração é invocável pelo adquirente do mesmo, tanto na hipótese de o ter adquirido ao dono da obra (art. 1225.º, n.º 1, do CC), como no caso de o imóvel ter sido construído, modificado ou reparado pelo vendedor (art. 1225.º, n.º 4, do CC).

h) Especificidades no regime da empreitada de consumo

I. O Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril (posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 84/2008, de 21 de Maio), transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 1999/44/CE do Parlamento e do Conselho, de 25 de Maio de 1999 e, nessa transposição, praticamente reproduz o texto desta³². Razão pela qual, o diploma nacional alude frequentemente ao contrato de

³² Além do já citado texto do autor «Empreitada de bens de consumo. A transposição da Directiva n.º 1999/44/CE pelo Decreto-Lei n.º 67/2003», *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, vol. II, Coimbra, 2005, pp. e 11 ss., veja-se Calvão da Silva, «Venda de Bens de Consumo». *Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril. Directiva 1999/44/CE. Comentário*, Coimbra, 2003, p. 21, que afirma mesmo que o diploma se encontra «estritamente agarrado ao texto da Directiva europeia em causa, que procura reproduzir de forma quase literal e servil».

compra e venda, que foi tido como figurino para efeito da aquisição de bens de consumo; além das referências à compra e venda, as partes são normalmente identificadas como vendedor e comprador. Tendo isto em conta, poder-se-ia concluir que o legislador nacional só regulou a aquisição de bens de consumo por via de uma compra e venda.

Não obstante o campo privilegiado de aplicação da Directiva e do Decreto-Lei ser a compra de bens de consumo, o seu âmbito não se circunscreve a este tipo contratual.

Na Directiva, através de uma deficiente equiparação, há uma extensão de regime, nos termos da qual as soluções nela consagradas se aplicam igualmente a outros «(...) contratos de fornecimento de bens de consumo (...)» (art. 1.º, n.º 4, da Directiva), entre os quais se inclui, em particular, a empreitada. Com efeito, na Directiva encontram-se referências directas e indirectas ao contrato de empreitada, que determinam a sua aplicação neste domínio contratual.

Como referências directas importa indicar as duas equiparações, que correspondem a uma ficção de alargamento do conceito de compra e venda, mas que seria preferível entendê-las como hipóteses de extensão de regime. Em primeiro lugar, recorrendo uma uma técnica legislativa menos correcta, no art. 1.º, n.º 4, da Directiva dispõe-se que «(...) são igualmente considerados contratos de compra e venda os contratos de fornecimento de bens de consumo a fabricar ou a produzir». Por outro lado, no art. 2.º, n.º 5, da Directiva estabelece-se que «(...) a falta de conformidade de má instalação do bem de consumo é equiparada a uma falta de conformidade do bem quando a instalação fizer parte do contrato de compra e venda e tiver sido efectuada pelo vendedor, ou sob sua responsabilidade (...)». Do art. 1.º, n.º 4, da Directiva resulta que o fornecimento de bens de consumo ajustado por contrato de empreitada fica sujeito a este regime; por outro lado, do art. 2.º, n.º 5, da Directiva depreende-se que a empreitada de instalação subsequente à venda de bens de consumo rege-se pelo disposto na directriz europeia.

Cabe, ainda, aludir a uma referência indirecta à empreitada constante da parte final do art. 2.º, n.º 3, da Directiva, quando se exclui a falta de conformidade no caso de «(...) esta decorrer dos materiais fornecidos pelo consumidor». Situação que poderá ocorrer no caso de, por convenção ou uso, os materiais necessários à execução da obra serem fornecidos pelo respectivo dono (art. 1210.º, n.º 1, do CC).

A Directiva aplica-se também a determinado tipo de contratos de empreitada, até porque, por vezes, pode haver alguma dificuldade de delimitação entre o âmbito de aplicação dos contratos de compra e venda e de empreitada³³.

Concluindo, no que respeita à Directiva, dir-se-á que importa atender ao regime da empreitada por aplicação directa, em razão de uma indiferenciação contratual, e por via de uma extensão de regime.

³³ Sobre a questão, *vd.*, do autor, *Direito das Obrigações (Parte Especial) Contratos*, 2.ª edição, Coimbra, 2001, pp. 333 e ss..

A situação é idêntica no que respeita ao Decreto-Lei n.º 67/2003 (que se analisa, comparativamente, com as alterações de 2008).

Em vez da equiparação e, portanto, sem recorrer a uma ficção criticável, no art. 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 67/2003, determina-se que «O presente decreto-lei é aplicável, com as necessárias adaptações, aos contratos de fornecimento de bens de consumo a fabricar ou a produzir (...)». A norma foi revogada em 2008, tendo surgido, em sua substituição o n.º 2 do art. 1.º-A, que dispõe: «O presente decreto-lei é aplicável, com as necessárias adaptações, aos bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada (...)».

Além disso, no n.º 4 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 67/2003, a má instalação — que pode pressupor a execução de um contrato de empreitada — é equiparada a uma falta de conformidade do bem nas circunstâncias previstas neste preceito.

Ainda como referência à empreitada cabe aludir ao n.º 3 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 67/2003, na parte que respeita à falta de conformidade dos materiais fornecidos pelo consumidor para a realização da coisa.

Posto isto, as conclusões indicadas a propósito da Directiva valem quanto ao diploma que a transpõe: importa atender ao regime da empreitada por aplicação directa e por via de uma extensão de regime.

Assim, apesar de a Directiva ter sido elaborada para os contratos de compra e venda celebrados por consumidores na qualidade de compradores, tendo em conta o seu âmbito de aplicação (art. 1.º, n.º 4, e art. 2.º, n.º 5, da Directiva), também podem ser abrangidos certos tipos de contratos de empreitada. Concretamente, sempre que se esteja perante bens móveis corpóreos a fabricar ou a produzir para consumidores, o negócio jurídico ajustado com o consumidor pode ser um contrato de empreitada; a isto acresce que a obrigação de instalar o bem de consumo pode implicar que o contrato de fornecimento e instalação se qualifique como de empreitada. Em tais casos, não obstante se estar perante um contrato de empreitada, aplicar-se-á a Directiva, pelo que a sua transposição pressuporia também adaptações no domínio do contrato de empreitada, o que não ocorreu.

É necessário, ainda, ter em conta que a Directiva não prevê a sua aplicação a relevantes contratos de empreitada, mormente, aos de construção de imóveis, mas o Decreto-Lei n.º 67/2003 alargou esse âmbito, nele se incluindo a empreitada de construção de imóveis. Ficou de fora do campo de aplicação do diploma a empreitada de reparação, pois nele só se incluem os contratos relativos a «(...) bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada (...)».

II. Atendendo ao âmbito alargado de aplicação do diploma, na transposição da Directiva dever-se-ia ter tomado em linha de conta as consequências em sede de contrato de empreitada. De facto, passam a coexistir dois regimes distintos, consoante se trate de empreitada de construção ou de fornecimento de bens de consumo ou de empreitada que não tenha por objecto o fornecimento de bens de consumo. A assinalada dificuldade é, todavia, atenuada pelo facto de o regime, constante dos arts. 1207.º e ss. do CC, à excepção

de pequenas diferenças, ser idêntico ao que resulta do Decreto-Lei n.º 67/2003; dito de outro modo, sem essa preocupação, o diploma replicou o regime da empreitada civil.

Razão pela qual as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 67/2003 quase não se justificavam no âmbito do contrato de empreitada, porquanto, ainda que com formulações diversas, o sistema jurídico português anterior ao diploma em análise conduzia às mesmas soluções, que deveriam ter sido preservadas, até porque conferiam, nalguns casos, maior protecção ao consumidor. De facto, o regime resultante do Decreto-Lei n.º 67/2003 fica aquém da protecção conferida pelo Código Civil ao dono de obra, por um lado, não se aplica à reparação de coisas e, por outro, o regime de 2003, até à alteração de 2008, diminuiu os prazos de exercício de direitos.

Como resulta do regime resultante do Decreto-Lei n.º 67/2003, atendendo ao alargamento constante do n.º 2 do art. 1.º-A e à equiparação feita no n.º 4 do art. 2.º, se o bem de consumo for fabricado ou produzido pelo empreiteiro ou instalado pelo seu fornecedor aplicam-se as regras constantes do citado diploma. A isto acresce o alargamento introduzido pelo Decreto-Lei n.º 67/2003 relativamente à Directiva-fonte, ao permitir a aplicação do regime nele instituído à construção de imóveis.

Mas importa atender à divergência de âmbito de aplicação, já assinalada.

A empreitada de modificação ou reparação de bens imóveis não se inclui no âmbito da Directiva, que respeita só a coisas móveis (art. 1.º, n.º 2, alínea *b*), da Directiva), nem no campo de aplicação do Decreto-Lei n.º 67/2003, que incide sobre o fornecimento de bens de consumo, não incluindo a reparação que se autonomize do fornecimento (art. 1.º-A, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 67/2003). Estão, portanto, excluídos deste regime os contratos de empreitada de modificação ou de reparação de imóveis, por exemplo, de reconstrução de uma casa, ainda que seja bem de consumo. A solução é discrepante, pois se a casa (bem de consumo) é construída de raiz aplica-se o regime do diploma; se a casa (bem de consumo) foi reparada o contrato fica sujeito ao regime comum. Refira-se, contudo, que se a modificação ou reparação em imóvel corresponder à instalação de um bem de consumo já se aplica o regime em análise (art. 2.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 67/2003).

Quanto à modificação ou reparação de bens móveis, a solução é idêntica à que resulta da hipótese anterior. Apesar de os bens móveis estarem abrangidos na Directiva, mas tanto na directriz europeia (art. 1.º, n.º 4, da Directiva), como no diploma nacional (artigo 1.º-A, n.º 2) a extensão do campo de aplicação aos contratos de empreitada respeita unicamente àqueles que impliquem um *fornecimento autónomo* de bens de consumo, não a modificação ou reparação desses bens. Estão, assim, excluídas, nomeadamente, a reparação de um electrodoméstico ou de um automóvel, a limpeza de um tapete ou de um casaco e a encadernação de um livro³⁴. De modo diverso, inclui-se no

³⁴ Como refere Calvão da Silva, «Venda de Bens de Consumo», cit., p. 53, «(...) excluídos do âmbito de aplicação da nova legislação estão os contratos de mera reparação, conservação

âmbito do diploma a modificação ou reparação resultante da instalação de bens de consumo (art. 2.º, n.º 4, do Decreto-Lei n.º 67/2003).

A realização de obras incorpóreas encontra-se excluída do âmbito da Directiva, onde se define bem de consumo como «bem móvel corpóreo» (art. 1.º, n.º 2, alínea *b*), da Directiva), não sendo igualmente incluída no campo de aplicação do diploma nacional tendo em conta a noção de bem de consumo subjacente, associada à compra e venda e pressupondo, mormente, a entrega do bem (art. 3.º do Decreto-Lei n.º 67/2003) e a sua reparação ou substituição (art. 4.º do Decreto-Lei n.º 67/2003).

Por último, no âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 67/2003, não se inclui o fornecimento de bens incorpóreos³⁵, pelo que, mesmo em sede de relações de consumo, não se aplicaria este regime à elaboração de um projecto de arquitectura para construção de uma casa.

III. As soluções propostas na Directiva e transpostas no Decreto-Lei n.º 67/2003 assemelham-se bastante ao regime estabelecido, em 1966, para o contrato de empreitada. De facto, no regime constante dos arts. 1218.º e ss. do CC, apesar de o direito português ser normalmente desconhecido fora das fronteiras nacionais, encontram-se as mesmas soluções consagradas numa Directiva aprovada quase trinta e cinco anos depois do Código Civil português e que, em desconhecimento deste, foram transpostas para o direito nacional pelo Decreto-Lei n.º 67/2003.

Há, contudo, alguns aspectos distintos, que importa salientar.

No direito português, a responsabilidade do empreiteiro por cumprimento defeituoso é subjectiva, ainda que com culpa presumida (art. 799.º, n.º 1, do CC)³⁶, enquanto o regime constante da Directiva assenta numa responsabilidade independente de culpa, objectiva (art. 3.º, n.º 1, da Directiva); razão pela qual no art. 1223.º do CC se impõe ao empreiteiro a obrigação de indemnizar, sendo a Directiva omissa neste aspecto.

O art. 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 67/2003 não é claro neste ponto, diferentemente do art. 12.º, n.º 1, da Lei de Defesa do Consumidor (antes da alteração introduzida pelo art. 13.º do diploma em apreço), onde se dispunha que «O consumidor (...) pode exigir, independentemente de culpa do fornecedor do bem, a reparação da coisa, a sua substituição, a redução do preço ou a resolução do contrato». E, tal como na Directiva, atendendo à falta de culpa, no mencionado preceito da Lei de Defesa do Consumidor não se aludia ao dever de indemnizar, que constava, depois, do n.º 5.

ou manutenção de bens que o consumidor já possua, bem como as demais prestações de serviços (...)).

³⁵ Por exemplo, no n.º 2 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 67/2003 alude-se à «entrega de coisa móvel corpórea».

³⁶ *Vd.*, do autor, *Direito das Obrigações. Contratos*, cit., pp. 461 e ss.. Todavia, a responsabilidade objectiva do empreiteiro já valia na ordem jurídica portuguesa, além de outras situações pontuais, sempre que se aplicasse a Lei de Defesa do Consumidor (art. 12.º, n.º 1, da Lei n.º 24/96).

O art. 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 67/2003, transcrevendo literalmente a Directiva, não resolveu o problema. Poder-se-á entender que o legislador pretendeu não só transcrever a Directiva, como transpor para a ordem jurídica interna as concepções em que esta assenta, em particular, a responsabilidade sem culpa do vendedor (extensível ao empreiteiro). Mas, em sentido diverso, poder-se-á entender que a transposição se insere nas concepções jurídicas nacionais, onde a responsabilidade do vendedor e do empreiteiro por cumprimento defeituoso é subjectiva.

Em segundo lugar, na Directiva estabeleceu-se uma presunção de falta de conformidade em relação a defeitos detectados nos seis meses seguintes à data da entrega do bem (art. 5.º, n.º 3, da Directiva). A mesma ideia consta do art. 3.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 67/2003, onde também se estabelece uma presunção de falta de conformidade, com duas modificações: primeiro, o prazo pelo qual perdura a presunção (dois anos) coincide com o de garantia; e foi alargada a presunção aos bens imóveis. Esta segunda particularidade tem todo o sentido atendendo ao âmbito de aplicação do diploma, que, diversamente da Directiva-fonte, não se circunscreve aos bens móveis.

Mas igualar o prazo de presunção de falta de conformidade ao prazo de garantia pode corresponder a uma solução demasiado onerosa para o empreiteiro, que a Directiva não preconiza, pois estabelece um prazo de presunção de seis meses, sendo a garantia de dois anos. Atendendo ao Código Civil, vigora em sede de empreitada o regime comum de repartição do ónus da prova, em que cabe ao dono da obra a prova do defeito, apesar de este poder ser subsequente ao cumprimento³⁷. O regime da prova do defeito pelo dono da obra associado com a presunção de culpa do empreiteiro (art. 799.º, n.º 1, do CC) não conduzirá, muitas vezes, a soluções diferentes das estabelecidas no art. 3.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 67/2003; todavia, nalguns casos, sendo difícil a prova negativa (da ausência de defeito à data da entrega da obra), o novo regime pode implicar um alargamento (injustificado) da responsabilidade do empreiteiro.

Por outro lado, o regime constante dos arts. 1218.º e ss. do CC é, por via de regra, supletivo, estando na disponibilidade das partes estabelecer soluções diversas das previstas na lei; não assim na Directiva, em que se pretende constituir um regime tendencialmente imperativo com vista à protecção do consumidor (art. 7.º, n.º 1, da Directiva), solução que foi seguida no art. 10.º do Decreto-Lei n.º 67/2003.

Refira-se, ainda, que a obrigação de verificar a conformidade da obra e a conseqüente irresponsabilidade do empreiteiro (arts. 1218.º e 1219.º do CC) têm um regime diverso na Directiva e no Decreto-Lei n.º 67/2003.

Na directriz europeia, o empreiteiro desresponsabiliza-se se o consumidor conhecia ou não podia razoavelmente ignorar a falta de conformidade (art.

³⁷ Sobre os defeitos subsequentes e a repartição do ónus da prova, veja-se do autor, *Cumprimento Defeituoso*, cit., pp. 236 e ss. e pp. 319 e ss..

2.º, n.º 3, da Directiva), sem se lhe impor a verificação dessa conformidade. O diploma que transpõe a directriz europeia segue idêntico caminho e, no art. 2.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 67/2003, não se responsabiliza o empreiteiro sempre que «(...) o consumidor tiver conhecimento dessa falta de conformidade ou não puder razoavelmente ignorá-la (...)», não impondo ao dono da obra (consumidor) a verificação da conformidade.

Às situações enunciadas, como casos de irresponsabilidade do empreiteiro, acresce a falta de conformidade que decorre dos materiais fornecidos pelo dono da obra (consumidor), como se prevê no n.º 3 do art. 2.º da Directiva e no art. 2.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 67/2003. Mas a falta de conformidade causada pelos materiais fornecidos pelo dono de obra tem de ser apreciada atendendo à capacidade para o empreiteiro detectar as deficiências desses materiais.

IV. Há, ainda, três diferenças, com especial relevo, que importa analisar.

Em primeiro lugar, alude-se a uma contraposição defeito *versus* falta de conformidade.

No Código Civil, o defeito da obra determina a aplicação do regime do cumprimento defeituoso da prestação do empreiteiro. Na empreitada, o cumprimento ter-se-á por defeituoso quando a obra tenha sido realizada com deformidades ou com vícios. As deformidades são as divergências relativamente ao plano convencionado (p. ex., encomendou-se uma mesa com três metros de comprimento e foi realizada uma mesa com dois metros e meio de comprimento). Os vícios são as imperfeições que excluem ou reduzem o valor da obra ou a sua aptidão para o uso ordinário ou o previsto no contrato (art. 1208.º do CC), designadamente, por violação de regras especiais de segurança. Ao conjunto das deformidades e dos vícios o Código Civil chama defeitos.

Por seu turno, a Directiva recorre à noção de falta de conformidade, onde inclui a desconformidade com a qualidade acordada (art. 2.º, n.º 2, alínea *a*), da Directiva) ou com a qualidade normal (art. 2.º, n.º 2, alínea *d*), da Directiva) e a desadequação ao uso específico (art. 2.º, n.º 2, alínea *b*), da Directiva) ou ao uso habitual (art. 2.º, n.º 2, alínea *c*), da Directiva)³⁸.

A terminologia é idêntica no diploma que transpõe a directriz, onde se alude também à conformidade com o contrato (art. 2.º do Decreto-Lei n.º 67/2003), numa quase transcrição da Directiva. Há, contudo, uma diversa formulação: enquanto a Directiva recorre a uma noção de conformidade pela positiva, «Presume-se que (...) são conformes com o contrato (...)» (art. 2.º, n.º 2, da Directiva), o diploma de transposição optou pela formulação negativa «Presume-se que (...) não são conformes com o contrato (...)» (art. 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 67/2003).

³⁸ Para maiores desenvolvimentos, *vd.* Paulo Mota Pinto, «Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português», *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, 2000, pp. 231 e ss..

Apesar de as formulações serem diversas, há uma uniformidade de conteúdo. O cumprimento defeituoso do contrato de empreitada funda-se na ideia de que o empreiteiro está adstrito a uma obrigação de resultado. Ele está obrigado a realizar a obra conforme o acordado e segundo os usos e regras da arte. Se a obra se apresenta com defeitos não foi alcançado o resultado prometido e há uma desconformidade do cumprimento. Do mesmo modo, haverá cumprimento defeituoso da prestação do empreiteiro em caso de falta de conformidade com o contrato, pelo que talvez fosse desnecessário importar uma expressão diversa das utilizadas no Código Civil.

Em segundo lugar, há a atender ao desconhecimento do defeito. Os defeitos podem ser aparentes e ocultos.

Os defeitos aparentes são aqueles de que o dono da obra se deveria ter apercebido, usando da normal diligência. Para efeitos de exclusão da responsabilidade do empreiteiro, equiparam-se aos defeitos aparentes aqueles relativamente aos quais o dono da obra tinha conhecimento ao tempo da aceitação (art. 1219.º do CC); a lei estabelece, assim, uma ficção de conhecimento com respeito aos vícios aparentes.

A solução não é coincidente na directriz europeia, onde, apesar de se equipararem os defeitos aparentes aos conhecidos para efeito de exclusão de responsabilidade, não se impõe ao dono da obra (consumidor) o dever de verificar a qualidade do bem (art. 2.º, n.º 3, da Directiva). O mesmo ocorre no diploma nacional, em que o art. 2.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 67/2003, excluindo a responsabilidade do empreiteiro caso o dono da obra (consumidor) tenha conhecimento da falta de conformidade ou não possa razoavelmente ignorá-la, não lhe impõe a verificação dessa conformidade.

São ocultos os defeitos desconhecidos do dono da obra e não detectáveis pelo *bonus pater familias*. Este critério objectivo deve ser apreciado atentas as circunstâncias do caso — como acontece nos termos do art. 487.º, n.º 2, do CC —, na medida em que será de ter em conta, nomeadamente, o facto de o dono da obra ser ou não um especialista. Mesmo que o dono da obra não seja um técnico daquele ramo, se tiver contratado um perito para proceder à verificação da obra, dever-se-á ter por base a capacidade média de um técnico quanto à determinação da existência dos defeitos. Mas para a empreitada de consumo, a Directiva e o Decreto-Lei n.º 67/2003 assentam no pressuposto da ausência de preparação técnica do consumidor — que não é um técnico nem um conhecedor dessa arte — e a falta de conformidade que este não pode razoavelmente ignorar tem de ser entendida nesse parâmetro.

Em terceiro lugar, ainda que os meios jurídicos se apresentem consonantes, há alguns pormenores diferenciadores.

Segundo o regime constante do Código Civil, o empreiteiro está obrigado à eliminação ou reparação do defeito (art. 1221.º, n.º 1, do CC), desde que as respectivas despesas não sejam desproporcionadas (art. 1221.º, n.º 2, do CC).

A directriz europeia segue nesta senda, determinando que, em primeiro lugar, o consumidor pode exigir a reparação do bem, a menos que a exigên-

cia seja desproporcionada, presumindo-se essa falta de proporção se implicar custos não razoáveis (art. 3.º, n.º 3, da Directiva). Além disso, na sequência do princípio *ad impossibilia nemo tenetur*, esclarece-se (desnecessariamente) que o empreiteiro não é obrigado a reparar defeitos cuja eliminação seja impossível (art. 3.º, n.º 3, da Directiva).

Mais uma vez, a transposição ficou aquém do regime comum e da proposta de directriz europeia. Do art. 4.º resulta que o empreiteiro é obrigado a eliminar o defeito da obra (n.º 1), «(...) salvo se tal se mostrar impossível ou constituir abuso de direito (...)» (n.º 5). A excepção de impossibilidade era desnecessária até porque seria impensável que o legislador impusesse a uma das partes o cumprimento de uma obrigação impossível, razão pela qual, do art. 1221.º do CC não consta idêntica excepção. A crítica de fundo respeita à omissão da exigência de proporcionalidade, constante do n.º 2 do art. 1221.º do CC e do n.º 3 do art. 3.º da Directiva, que surge substituída pela referência ao abuso do direito (art. 4.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 67/2003). Para evitar pretensões desequilibradas e, portanto, injustas, a alusão ao abuso do direito deverá ser entendida no sentido de «despesas desproporcionadas em relação ao proveito».

Resta, ainda, analisar o dever de o empreiteiro proceder à reparação num prazo razoável (art. 3.º, n.º 3 (3), da Directiva e art. 4.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 67/2003); recorre-se a um conceito indeterminado «prazo razoável», de molde a que o empreiteiro não proteja injustificadamente a reparação. Na obrigação de eliminar o defeito, imposta no art. 1221.º do CC, não foi feita alusão a um prazo razoável para o seu cumprimento, mas o mesmo princípio é oponível ao empreiteiro, no âmbito do Código Civil, por via da regra geral da boa fé no cumprimento (art. 762.º, n.º 2, do CC); independentemente da imposição de reparação do defeito num prazo razoável, o empreiteiro não pode proteger a eliminação injustificadamente, sob pena de violar o princípio do cumprimento das obrigações de boa fé.

No que respeita à exigência de reparação do defeito, tendo em conta a interpretação enunciada quanto à proporção entre as despesas de eliminação e o proveito, verifica-se uma coincidência de soluções entre o disposto no Código Civil, na Directiva e no Decreto-Lei n.º 67/2003.

Não sendo possível a simples eliminação do defeito, o empreiteiro fica adstrito a substituir a coisa, realizando nova obra (art. 1221.º, n.º 1, do CC), desde que as correspondentes despesas não sejam desproporcionadas (art. 1221.º, n.º 2, do CC).

A mesma solução surge na directriz europeia, determinando que o dono da obra (consumidor), sendo possível, pode exigir a substituição do bem, a menos que a exigência seja desproporcionada, presumindo-se essa falta de proporção se implicar custos não razoáveis (art. 3.º, n.º 3, da Directiva).

De modo diverso, do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 67/2003 resulta que o empreiteiro é obrigado a substituir o bem (n.º 1) — realizando nova obra —, «(...) salvo se tal se mostrar impossível ou constituir abuso de direito (...)» (n.º 5). Como se indicou no número anterior, a excepção de impossibilidade

era desnecessária e a crítica de fundo respeita à omissão da exigência de proporcionalidade, constante do n.º 2 do art. 1221.º do CC e do n.º 3 do art. 3.º da Directiva, que surge substituída pela referência ao abuso do direito (art. 4.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 67/2003). Tal como se preconizou em relação à eliminação do defeito, para evitar pretensões desequilibradas e, portanto, injustas, principalmente quando está em causa a realização de uma nova obra, a alusão ao abuso do direito deverá ser entendida no sentido de «despesas desproporcionadas em relação ao proveito».

O dever de o empreiteiro proceder à substituição — realização de nova obra — num prazo razoável (art. 3.º, n.º 3 (3), da Directiva e art. 4.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 67/2003), apesar de não constar do art. 1221.º do CC, já era oponível ao empreiteiro, no âmbito do Código Civil, por via da regra geral da boa fé no cumprimento (art. 762.º, n.º 2, do CC). Registe-se, porém, que o «prazo razoável» para a substituição, nas situações em apreço, será o período ajustado para o empreiteiro realizar nova obra.

Também no que respeita à exigência de eliminação do defeito (realização de nova obra), verifica-se uma coincidência de soluções entre o disposto no Código Civil, na Directiva e no Decreto-Lei n.º 67/2003.

Apesar de na Directiva e no Decreto-Lei n.º 67/2003 se aludir à reparação ou substituição, não parece que o consumidor (dono da obra) possa exercer esses direitos em alternativa. Tal como resulta do regime da empreitada, em que há uma sequência lógica (*vd. supra* alínea *f*) do n.º 3.), a realização de nova obra depende da inviabilidade da eliminação do defeito. A mesma ideia deve ser sustentada em relação ao disposto na Directiva, até atendendo à segunda razão que justifica a desproporcionalidade, onde se fala na possibilidade de solução alternativa (art. 3.º, n.º 3 (2), da Directiva)³⁹.

Eventualmente, atendendo à letra do n.º 5 do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 67/2003, onde se afirma que «O consumidor pode exercer qualquer dos direitos (...)», e o facto de se ter omitido a referência à proporcionalidade, poder-se-ia concluir que o legislador conferiu ao dono de obra tal opção. Esta interpretação não parece razoável, primeiro, porque quem tem conhecimentos técnicos para saber se o defeito pode ser eliminado é o empreiteiro e, segundo, na medida em que a exigência de realização de nova obra, que pressupõe, muitas vezes, a demolição da anterior, será normalmente demasiado onerosa para o empreiteiro, em especial, se o defeito for eliminável.

Assim, a opção entre reparar o defeito ou realizar nova obra não pode ser livre, mas condicionada às circunstâncias do caso.

Não sendo eliminados os defeitos ou construída de novo a obra, pode ser exigida a redução do preço da empreitada (art. 1222.º, n.º 1, do CC, art. 3.º, n.º 5, da Directiva e art. 4.º, n.ºs 1 e 4, do Decreto-Lei n.º 67/2003). Neste

³⁹ A ideia de hierarquia, com contornos ligeiramente diversos, é defendida por Calvão da Silva, «Venda de Bens de Consumo», cit., pp. 82 e s. e pp. 86 e s. Em sentido diverso, considerando não haver qualquer precedência, *vd.* Paulo Mota Pinto, «Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo ...», cit., p. 259.

caso, à similitude de base entre os três diplomas apontam-se duas pequenas divergências: na Directiva admite-se que o empreiteiro se furte à redução do preço oferecendo «(...) outra solução num prazo razoável (...) sem grave inconveniente para o consumidor», hipótese não prevista no Código Civil nem no Decreto-Lei n.º 67/2003; por outro, o art. 1222.º, n.º 2, do CC determina, por remissão, o critério para proceder à redução do preço, sendo a Directiva e o Decreto-Lei n.º 67/2003 omissos neste ponto. Perante a omissão, o critério para a redução do preço continuará a ser o fixado, por remissão, no Código Civil.

Há uma diferença terminológica entre a Directiva e o Código Civil, na medida em que a mesma figura é denominada por rescisão na directriz europeia e por resolução na lei e na doutrina civilística. O Decreto-Lei n.º 67/2003, correctamente, na sequência da terminologia nacional, alude à resolução do contrato.

Para além da diferença já assinalada a propósito da redução do preço quanto à possibilidade de o empreiteiro inviabilizar a «rescisão» oferecendo «(...) outra solução num prazo razoável (...) sem grave inconveniente para o consumidor», hipótese não prevista no Código Civil nem no Decreto-Lei n.º 67/2003, os pressupostos das figuras são idênticos.

Na directriz europeia, a «rescisão» encontra-se na dependência da inviabilidade da reparação do defeito e da substituição da obra (art. 3.º, n.º 5, da Directiva), por um lado, e da gravidade da falta de conformidade (art. 3.º, n.º 6, da Directiva). A situação é similar no Código Civil, em que a resolução depende de não terem sido eliminados os defeitos ou construída de novo a obra e de os defeitos tornarem a obra inadequada ao fim a que se destina (art. 1222.º, n.º 1, do CC). Com formulações diversas, as soluções da Directiva e do Código Civil equiparam-se.

Diferentemente, no art. 4.º do Decreto-Lei n.º 67/2003, a resolução do contrato de empreitada não se encontra na dependência do preenchimento de pressupostos, especialmente previstos. Poder-se-ia entender, na sequência de uma interpretação literal do art. 4.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 67/2003, que o dono da obra (consumidor) «pode exercer qualquer dos direitos», isto é, que pode livremente optar pela resolução do contrato. Esta interpretação não é razoável, colidindo com o espírito do sistema jurídico, porque a resolução do contrato será sempre a última hipótese e, nos termos gerais, depende do preenchimento de pressupostos comuns (*v. g.*, não cumprimento definitivo, gravidade). Assim sendo, o disposto no n.º 5 do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 67/2003 tem de ser enquadrado nos termos gerais, pelo que a opção do dono da obra (consumidor) pela resolução do contrato encontra-se condicionada pelo preenchimento dos pressupostos comuns, devendo, para tal, atender-se ao disposto nos arts. 432.º e ss., 801.º, n.º 2, 808.º, n.º 1, e 1222.º, n.º 1, do CC. Tendo em conta, nomeadamente, o princípio da estabilidade contratual, a resolução deve constituir a última *ratio*, não podendo ser exercida caso a desconformidade seja insignificante ou sanável por outra via.

V. Resta atender à problemática dos prazos de exercício de direitos.

O prazo de trinta dias (ou de um ano) após a sua descoberta para denúncia dos defeitos ao empreiteiro, estabelecido no art. 1220.º, n.º 1, do CC (art. 1225.º, n.º 2, do CC), não encontra consagração imperativa na Directiva, constando do art. 5.º, n.º 2, que, na transposição, «[O]s Estados-Membros podem determinar que, para usufruir dos seus direitos, o consumidor deve informar o vendedor (empreiteiro) da falta de conformidade num prazo de dois meses a contar da data em que esta tenha sido detectada».

Para não tutelar a inércia do consumidor e facilitar uma rápida intervenção do empreiteiro que pretende eliminar o defeito, na sequência do disposto no art. 1220.º, n.º 1, do CC e da permissão constante do art. 5.º, n.º 2, da Directiva, na versão original do Decreto-Lei n.º 67/2003 (art. 5.º, n.º 3) impôs-se o dever de o dono da obra (consumidor) denunciar a falta de conformidade no prazo de dois meses ou de um ano após a descoberta, consoante se trate de bens móveis ou de imóveis; a solução mantém-se tendo transitado para o n.º 2 do art.º 5.º-A do Decreto-Lei n.º 67/2003.

Comparando com o regime constante do Código Civil, verifica-se que a diferença respeita tão-só ao alargamento do prazo de denúncia do defeito de coisas móveis, que é de trinta dias no n.º 1 do art. 1220.º do CC, mantendo-se a regra da denúncia dentro do prazo de um ano após a descoberta para os imóveis (art. 1225.º, n.º 2, do CC)⁴⁰.

Para fazer valer os direitos de eliminação dos defeitos, redução do preço, resolução do contrato e indemnização, do art. 1224.º do CC constam prazos de caducidade de um e de dois anos. O prazo de caducidade é de um ano a contar da manifestação de vontade do dono da obra em três hipóteses: se houve recusa de aceitação da obra (art. 1224.º, n.º 1, do CC); se houve aceitação da obra com reserva (art. 1224.º, n.º 1, do CC); e se houve denúncia do defeito posterior à aceitação da obra (art. 1224.º, n.º 2, do CC). De modo algo diverso, a Directiva estabelece simplesmente um prazo de dois anos a contar da entrega do bem (art. 5.º, n.º 1, da Directiva), não estabelecendo qualquer diferença de prazos para o exercício dos direitos. O Decreto-Lei n.º 67/2003, na mesma senda, estabelece prazos de dois ou de cinco anos a contar da entrega consoante a coisa seja móvel ou imóvel (art. 5.º, n.º 1), mas, de modo diverso da Directiva, na versão original impunha um prazo de seis meses para o exercício judicial do direito, a contar da denúncia do vício (art. 5.º, n.º 4); com a revogação deste preceito (2008), o art. 5.º-A, n.º 3, passou a estabelecer novos prazos, a contar da denúncia, de dois e de três anos, que, como se cumulam com o prazo de garantia, poderá levar a demandas exercidas quatro ou oito anos após a entrega do bem, consoante o bem seja móvel ou imóvel.

⁴⁰ Importa, ainda, atender a uma pequena diferença: no Decreto-Lei n.º 67/2003 a distinção é feita entre bens móveis e imóveis, enquanto no regime da empreitada contrapõem-se as coisas, em geral, aos imóveis destinados por sua natureza a longa duração. Assim, numa obra imóvel não destinada a longa duração (situação pouco habitual), como se aplica o regime comum do Código Civil, a diferença com a solução do diploma em análise será significativa.

No Código Civil, o prazo regra de caducidade é, tal como na Directiva e no Decreto-Lei n.º 67/2003, de dois anos a contar da entrega da obra para os defeitos ocultos — não conhecidos nem detectáveis à data da aceitação da obra — que só tenham sido descobertos no final deste período (art. 1224.º, n.º 2, do CC)⁴¹; tratando-se de imóveis destinados por sua natureza a longa duração, o prazo é alargado para cinco anos (art. 1225.º, n.º 1, do CC), devendo, em qualquer caso, a acção judicial para exercício dos direitos ser intentada no período de um ano após a recusa de aceitação da obra, a aceitação com reserva ou a denúncia do defeito (arts. 1224.º e 1225.º, n.º 2, do CC).

Comparando as soluções do Código Civil com o regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, verifica-se que os prazos de garantia são os mesmos, tendo, contudo, o prazo de um ano para o dono da obra fazer valer os seus direitos sido aumentado para dois ou três anos a contar da denúncia (art. 5.º-A, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 67/2003), permitindo-se que o dono de obra (consumidor) possa fazer valer judicialmente o seu direito quatro ou oito anos depois da entrega do bem.

4. GARANTIA DO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES EMERGENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREITEIRO

a) Regime comum

A garantia de cumprimento das obrigações do empreiteiro segue o regime comum e, assim, em caso de responsabilidade civil, na falta de acordo em contrário, o dono da obra pode demandar a contraparte e seguidamente, como credor quirografário, penhorar bens do património do empreiteiro (art. 601.º do CC).

A garantia geral das obrigações, tanto no plano da celeridade como da eficácia, pode não ser a via mais adequada, razão pela qual, com frequência, ao abrigo da autonomia privada, recorre-se a várias soluções. No contexto da empreitada, ainda que se possa recorrer às garantias reais, é comum optar-se por garantias pessoais, mesmo que, nalguns casos com uma conformação indirecta; cabe, assim, atender a duas realidades: o seguro de responsabilidade civil e a caução, nomeadamente na modalidade de seguro-caução.

⁴¹ Para uma explicação mais desenvolvida, *vd.*, do autor, *Direito das Obrigações. Contratos*, cit., pp. 492 e ss..

b) Seguro de responsabilidade civil

b.1.) Regime geral dos seguros profissionais

De entre os seguros de danos assume especial destaque o seguro de responsabilidade civil, que, pese embora a utilização do singular, abrange diversas situações, podendo, por isso, falar-se em *seguros* de responsabilidade civil. Apesar da actual generalização, é conhecida a histórica aversão ao seguro de responsabilidade civil — que justificou o seu surgimento tardio (séc. XIX) —, atenta a tradicional natureza do seguro, associada ao risco, e a justificação do instituto da responsabilidade civil, assente em actuações culposas⁴².

Na classificação, oriunda do direito europeu, de seguros do «Ramo Vida» e «Ramo Não-Vida», o seguro de responsabilidade civil — mesmo na eventualidade de cobrir a vida de lesados — surge integrado no «Ramo Não-Vida» (art. 8.º, alíneas *j*), *k*), *l*) e *m*), do RAS⁴³).

Por via do seguro de responsabilidade civil, nas suas várias modalidades, tem-se em vista que o risco relacionado com situações jurídicas qualificadas como «responsabilidade civil» seja minimizado, mais concretamente, que a obrigação de pagamento de indemnização devida por aplicação das regras da responsabilidade civil seja transferida do lesante para um segurador. Para além desta directriz comum, há que atender a especificidades de diferentes modalidades de seguro de responsabilidade civil.

Sem carácter exaustivo, além das situações mencionadas no citado art. 8.º do RAS — veículos terrestres motorizados (alínea *j*)), aeronaves (alínea *k*)), embarcações marítimas, lacustres ou fluviais (alínea *l*) e responsabilidade civil geral (alínea *m*) —, ainda se pode aludir aos seguros de responsabilidade civil profissional e de actividades profissionais — onde se inclui a empreitada, particularmente, quando relacionada com a construção de imóveis —, sem excluir a distinção, particularmente relevante mesmo em matéria de regime jurídico, entre seguros facultativos e obrigatórios de responsabilidade civil (*vd.* alínea seguinte). Refira-se, ainda, que não é pacífica a qualificação do seguro de acidentes de trabalho (art. 8.º, alínea *a*), do RAS) como uma modalidade de seguro de responsabilidade civil, mas, independentemente desta querela, atento o disposto no art. 138.º, n.º 3, da LCS⁴⁴, ao seguro de acidentes de trabalho aplica-se o regime do seguro de responsabilidade civil e, em geral, as regras da responsabilidade civil. Não obstante esta remissão, o seguro de acidentes de trabalho inclui-se no ramo «Acidente» e não no ramo «Responsabilidade civil».

⁴² Segue-se parcialmente um texto do autor, «Ensaio sobre os seguros de responsabilidade civil», *Católica Law Review*, 2018, 2, pp. 41 e ss..

⁴³ Regime da Actividade Seguradora (doravante, RAS), aprovado pela Lei n.º 147/2015, de 9 de Setembro.

⁴⁴ Lei do Contrato de Seguro (doravante, LCS), também designada Regime Jurídico do Contrato de Seguro, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril.

Em qualquer seguro qualificável como «seguro de responsabilidade civil» numa das suas modalidades, há que atender à sua finalidade e ao regime jurídico comum, mormente constante da Lei do Contrato de Seguro (arts. 137.º a 148.º).

Quanto à justificação de um seguro de responsabilidade civil — principalmente, quando obrigatório —, há um motivo primordial: a tutela de terceiros lesados. Pretende-se basicamente que os lesados não fiquem privados do ressarcimento dos danos, em especial, por via da incapacidade financeira do lesante. Além desta razão, que se pode entender como fundamental, há ainda ponderosos motivos de ordem económica que justificam o estabelecimento de um seguro. Por um lado, a garantia conferida ao potencial lesante de o dano causado a terceiro não afectar a solvabilidade do seu património. Ainda que a indemnização pudesse ser suportada pelo seu património, não raras vezes o seu pagamento implicaria dificuldades supervenientes, prejudicando a evolução futura da actividade, do negócio ou, simplesmente, da vida pessoal.

Conjugada com as considerações anteriores, há, igualmente, que atender à vantagem de os danos serem rapidamente ressarcidos, de molde a evitar litígios e perturbações sociais, principalmente, quando proliferam os danos em certas actividades, como na construção civil. Esta razão de ordem social prende-se, ainda, com um fundamento económico; da análise económica conclui-se que o cabal e rápido ressarcimento de danos contribui para o bem-estar económico e inclusive para o desenvolvimento sustentado da economia. Noutra plano, de análise económica do direito, cabe atender à viabilidade de um seguro obrigatório de responsabilidade civil. Verificando, nomeadamente, da possibilidade de as seguradoras que operam no mercado poderem assegurar a cobertura; está em causa o sucesso do seguro, nomeadamente, por via das regras de concorrência. Cumulativamente, tem de se averiguar da eficácia, para o desiderato almejado, do seguro de responsabilidade civil, porquanto, tanto pela valoração dos danos, como pela capacidade económica do segurador pode ver-se frustrada a expectativa criada. Ainda neste plano, ao prever um seguro de responsabilidade civil há que avaliar o risco para apurar se o eventual valor do prémio não tornará incomportável para o segurado / tomador a manutenção do vínculo. No fundo, a possibilidade de mutualização tem de ser ponderada para aferir da viabilidade de um seguro.

Em relação ao regime, não obstante as regras específicas referentes ao seguro de responsabilidade civil constarem de uma secção designada exactamente «Seguro de responsabilidade civil» (arts. 137.º e ss. da LCS), o seu regime jurídico encontra-se igualmente no Título respeitante ao «Seguro de danos» (arts. 123.º e ss. da LCS), com especial destaque para as regras referentes ao designado «Princípio indemnizatório» (arts. 128.º e ss. da LCS). É necessário referir que ao seguro de responsabilidade civil, além das regras específicas previstas para o seguro de danos, aplica-se igualmente o regime comum do contrato de seguro, constante do Título I da Lei do Contrato de Seguro (cfr. art. 2.º da LCS).

No âmbito dos seguros de responsabilidade civil têm ocupado um lugar de relevo os designados seguros de responsabilidade profissional. A especificidade da responsabilidade civil profissional relaciona-se com os danos decorrentes do exercício da actividade causados ao «cliente» do profissional. É determinante que o dano tenha sido causado no exercício da actividade profissional em relação a quem — com ou sem contrato — tenha uma relação de proximidade com o profissional.

A previsão legal do seguro de responsabilidade civil não se circunscreve ao disposto na LCS, pois importa atender a múltiplos diplomas de onde constam regras mais ou menos desenvolvidas relativas a certos tipos de seguro de responsabilidade civil. No caso da empreitada interessa especialmente o seguro de profissionais, intervenientes na execução de obras, essencialmente, de construção civil (projectistas, fiscais, directores de obra, empreiteiros, etc.), distinguindo-se o regime jurídico que estabelece a qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis pela elaboração e subscrição de projectos, pela fiscalização de obra e pela direcção de obra (Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho⁴⁵, art. 24.º) e o regime jurídico aplicável ao exercício da actividade da construção (Lei n.º 41/2015, de 3 de Junho, arts. 11.º e 28.º).

Estes dois regimes complementam-se como decorre *ipsis verbis* do n.º 7 do art. 28.º da Lei n.º 41/2015⁴⁶.

b.2.) Seguro facultativo e seguro obrigatório

I. Tradicionalmente, o contrato de seguro assenta na liberdade contratual — reiterada no art. 11.º da LCS —, sendo o seguro facultativo.

O seguro obrigatório de responsabilidade civil, como o nome indica, pressupõe que (em princípio) o legislador, ao arrepio do princípio da autonomia privada, tenha considerado, por motivos valorosos, que o potencial lesante está vinculado a subscrever um contrato de seguro de molde a garantir a efectividade do pagamento de uma eventual indemnização devida com base em responsabilidade civil. Pese embora o seguro obrigatório implicar uma limitação da autonomia privada, não determina a exclusão deste princípio; em tudo o que não constar da constituição e delimitação do seguro obrigatório, mantém-se a liberdade de os outorgantes estipularem as respectivas cláusulas. Deste modo, mesmo num seguro obrigatório de responsabilidade civil há

⁴⁵ Republicada pela Lei n.º 40/2015, de 1 de Junho, e depois alterada pela Lei n.º 25/2018, de 14 de Junho, sem impacto no seguro. A Lei n.º 41/2015 também foi alterada pela mencionada lei de 2018 sem relevo no que respeita ao seguro de responsabilidade civil.

⁴⁶ «A titularidade do seguro referido na alínea b) do n.º 1 não dispensa o director da obra em causa da obrigação de celebrar contrato de seguro de responsabilidade civil extracontratual nos termos do artigo 24.º da Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho, excepto se a respectiva empresa de construção optar por ser ela a tomadora do seguro, caso em que poderá englobar no seguro referido na alínea b) do n.º 1 do presente artigo os riscos decorrentes da actividade do director da obra».

liberdade quanto à fixação do valor do prémio e — sendo seguro de grandes riscos —, inclusive, quanto à cobertura anteceder o pagamento do prémio, para além de múltiplos outros aspectos em que não haja previsão legal ou regulamentar, mormente, quanto ao âmbito da cobertura, franquias, etc..

Importa, todavia, recordar que a liberdade contratual, conferindo autonomia às partes para auto regularem os seus interesses, não lhes permite impor limitações a terceiros. Nos termos do art. 406.º do CC, o contrato, por via de regra, não produz efeitos em relação a terceiros. Deste modo, sendo lícito aos contraentes — tomador do seguro e segurador — fixarem os termos em que se vinculam, nomeadamente, prescrevendo limites à obrigação de pagar decorrente de responsabilidade civil, tais limitações só vinculam os terceiros lesados em seguro obrigatório se tiverem base legal.

Impor a um determinado sujeito (tomador do seguro) a celebração de um contrato contraria um princípio de liberdade contratual, que, não sendo absoluto, carece de uma justificação plausível.

A finalidade do seguro obrigatório de responsabilidade civil é pragmática. Antevendo (estatisticamente) que determinado sujeito, no âmbito da actividade desempenhada, potencialmente causará danos, importa tutelar os eventuais lesados, garantindo-lhes efectividade no pagamento de indemnizações. O lesante, seja por insuficiência patrimonial ou, simplesmente, por relutância em ver o seu património reduzido, poderá não ser um fiel cumpridor de obrigações de indemnizar em que incorra. Por outro lado, o pagamento de obrigações de indemnizar, principalmente quando de valor elevado, pode comprometer a prossecução da actividade económica do lesante. Mas além da perspectiva pragmática de tutela do lesado e do lesante, o seguro obrigatório tem igualmente de encontrar justificação no risco que se visa cobrir e na sua mutualização; por isso, pode não ser viável criar um seguro obrigatório de responsabilidade civil para um universo muito limitado de lesantes, mormente, quando exista um só potencial lesante.

Em suma, em especial para tutela dos lesados, mas, igualmente, em benefício do lesante, a existência de um seguro (obrigatório) de responsabilidade civil tem sido equacionada pelo legislador. Há, pois, uma função social do seguro obrigatório de responsabilidade civil. Razão pela qual, desde há cem anos — mas com incidência para as últimas três ou quatro décadas — têm proliferado as previsões legislativas de seguros obrigatórios de responsabilidade civil.

O número de seguros obrigatórios em Portugal é elevado, podendo compulsar-se a sua existência consultando a página da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões. Na referida página, no item «Seguros obrigatórios» surgem onze rubricas: «Acidentes de trabalho», «Acidentes em serviço», «Acidentes pessoais», «Assistência a pessoas», «Danos», «Doença», «Incêndio», «Legislação de seguro-caução», «Responsabilidade civil», «Roubo» e «Vida». Nestas onze rubricas, nalguns casos, incluem-se seguros obrigatórios não qualificáveis como de responsabilidade civil, mas encontram-se seguros que também cobrem responsabilidade civil fora da

rubrica «Responsabilidade civil». É claro que pode haver diferentes coberturas (obrigatórias), nem todas se integrando na rubrica «seguros de responsabilidade civil».

Dito de outro modo, comparativamente com outros países da União Europeia ou fora dela, o elenco de seguros obrigatórios em Portugal é muito extenso e, por vezes, apesar de se poder entender que tais seguros não visam a cobertura de responsabilidade civil, directa ou indirectamente, mesmo sem indicação expressa, podem incluir essa cobertura. Daqui decorre uma dificuldade significativa, não só quanto ao conhecimento do elenco de seguros obrigatórios, como, especialmente, quanto à determinação do seu âmbito.

II. A situação em apreço é duvidosa no que respeita a esta qualificação.

No art. 24.º da Lei n.º 31/2009, depois de se prescrever no n.º 1 que «Os técnicos responsáveis pela coordenação, elaboração e subscrição de projectos, pela fiscalização de obra pública e particular e pela direcção de obra (...), estão obrigados a celebrar contrato de seguro de responsabilidade civil extracontratual, destinado a garantir o ressarcimento dos danos causados a terceiros por actos ou omissões negligentes (...)», admite-se no n.º 6 que «O ressarcimento de danos decorrentes de responsabilidade civil contratual pode ser assegurado através da constituição de garantia financeira, que pode assumir a forma de depósito em dinheiro, seguro-caução ou garantia bancária». Podendo deduzir-se que o seguro é obrigatório para cobertura do dano extracontratual e facultativo em sede contratual.

Por seu turno, no art. 11.º, n.º 3, da Lei n.º 41/2015 determina-se que «Em alternativa à demonstração de capacidade económica e financeira prevista nos números anteriores, as empresas podem prestar garantia ou instrumento equivalente que o substitua ou optar pela subscrição de seguro de responsabilidade civil (...)». E no caso de livre prestação de serviços de construção, estatui-se no art. 28.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 41/2015, que deve «Ser titular de seguro de responsabilidade civil (...) ou de garantia financeira equivalente, que cubram o valor de cada obra a realizar superior à classe 2 ou em alternativa dispor da capacidade económica e financeira (...)». Neste caso, o seguro é facultativo.

Nos seguros relacionados com a cobertura de danos emergentes da empreitada, é usual contrapor a responsabilidade extracontratual e contratual. Tratando-se de um seguro de responsabilidade civil, importa, desde logo, apurar o seu âmbito, determinando que responsabilidade civil cobre. Tradicionalmente, contrapõe-se a responsabilidade civil extracontratual (também designada extraobrigacional ou aquiliana) à contratual; trata-se de uma distinção que tem origem histórica — remontando ao direito romano — aceite em muitos sistemas jurídicos como o português, mas que suscita inúmeras dificuldades, particularmente, de delimitação. Por via de regra, o seguro de responsabilidade civil cobre a responsabilidade extracontratual; mas ainda que se tenha feito tal delimitação, não é fácil concluir quais os danos cobertos.

Na realidade, atentas as situações intermédias, que muitos autores qualificam como um *tertium genus* entre a responsabilidade extracontratual e a

contratual, suscitar-se-ão dúvidas de cobertura relativamente a um seguro de responsabilidade civil que cobre tão-só o dano extracontratual (v. g., art. 24.º, n.º 1, da Lei n.º 31/2009). Pense-se, por exemplo, em situações de responsabilidade civil assentes na tutela da confiança, desligadas de uma relação contratual, ou dos deveres de protecção ou de cuidado que existem sem ter havido (e independentemente de ter havido) a celebração de um contrato e, ainda sem ser exaustivo, nas relações contratuais das quais emergem para uma das partes deveres para com terceiros. Em suma, na medida em que a delimitação entre tipos de responsabilidade civil é particularmente difícil, na previsão legal da cobertura não bastará indicar «tout court» que o seguro cobre a responsabilidade civil extracontratual ou contratual. Ainda que falível, será conveniente indicar outros elementos coadjuvantes, dependendo do seguro em causa, como o tipo de factos geradores de responsabilidade, a delimitação dos potenciais lesados, etc.. E havendo cobertura de danos contratuais é necessário distinguir os que derivam do regime comum, daqueles que decorrem do incumprimento de cláusulas especiais, nomeadamente, de cláusula penal, acordadas entre as partes. Estes últimos danos, atenta a sua imprevisibilidade, podem ser de difícil enquadramento no cálculo de probabilidades em que assenta o seguro.

b.3.) Pagamento do sinistro e pluralidade de seguros

I. A responsabilidade civil, seja contratual ou extracontratual, assenta na culpa, mas salvo situações especiais, é irrelevante que a conduta do agente seja meramente culposa ou dolosa. Por via de regra, independentemente de mera culpa ou dolo do lesante, a obrigação de indemnizar fundada em responsabilidade civil tem o mesmo parâmetro: o lesado deverá ser indemnizado por todos os danos sofridos em consequência da lesão (art. 562.º do CC).

Não cabe ao seguro alterar os pressupostos da responsabilidade civil, remetendo-se na LCS (art. 138.º) para a lei geral em relação aos danos, podendo concluir-se que vale inclusive para a determinação da responsabilidade civil. Apesar de não caber ao seguro alterar os pressupostos da responsabilidade civil, pode limitar a cobertura, por exemplo, circunscrevendo-a só a actos culposos, não cobrindo danos dolosamente causados pelo segurado. A não cobertura de actos dolosos encontra uma origem histórica, tendo em vista viabilizar o seguro de responsabilidade civil, entendido como inadmissível por contrariar valores jurídico-sociais, mormente, da assunção pessoal da responsabilidade pelos actos praticados, e uma justificação actual, com uma base histórica modernizada e uma fundamentação económica, actuarial. Razão pela qual, tanto no plano nacional como no internacional, o seguro de responsabilidade civil não cobre actos dolosos. Pode até dizer-se que há uma natural aversão do seguro a comportamentos dolosos (art. 46.º da LCS). Sem entrar nesta discussão, tendo em conta o disposto no art. 148.º da LCS, pode um seguro obrigatório de responsabilidade civil abranger a cobertura de actos dolosos.

Tratando-se de um seguro obrigatório de responsabilidade civil — como o previsto no art. 24.º, n.º 1, da Lei n.º 31/2009 —, em caso de sinistro, mesmo doloso, há cobertura (art. 148.º, n.º 1, da LCS). Mas, sendo o seguro facultativo, não há cobertura de actos dolosos. Assim, se o defeito de construção assentar em dolo do director de obra, o seguro constituído nos termos do n.º 1 do art. 24.º da Lei n.º 31/2009 cobre o sinistro, mas o seguro do empreiteiro, relativo a essa obra, como é facultativo (art. 11.º, n.º 3, e art. 28.º, n.º 1, alínea *b*), da Lei n.º 41/2015), não inclui tal cobertura.

Nas situações excepcionais em que o legislador, ao arripio da tradição e da prática generalizada no seguro, determine a cobertura de actos dolosos, importa atender ao direito de regresso do segurador contra o segurado ou tomador do seguro que tenha causado dolosamente o dano.

A cobertura de actos dolosos tem em vista exclusivamente a tutela do lesado, em que o seguro assume a finalidade de garantia do pagamento da indemnização, que é devida pelo segurado. Ora, de modo a evitar o risco moral, assegurando o pagamento de indemnizações quando o segurado actua com dolo, além da ponderação das situações em que tal cobertura deve ser admitida — justificando-se, assim, a sua exclusão no seguro de armas —, haverá vantagem em delimitar os danos em função do dolo do segurado, de molde a impedir que, por esta via, se abra o caminho a fraudes e a outros comportamentos criminais com cobertura do seguro.

Em caso de sinistro, é relevante a delimitação dos danos cobertos. A LCS (arts. 128.º e 138.º) remete para o regime geral e haverá de ter em conta as regras constantes dos arts. 562.º e ss. do CC, para além de outras normas gerais respeitantes à fixação da indemnização (p. ex., art. 496.º do CC) ou regras específicas como as constantes dos regimes jurídicos de empreitada.

Por via de regra, o seguro de responsabilidade civil cobre danos patrimoniais e não patrimoniais, assim como danos emergentes e lucros cessantes, ou danos presentes e futuros, nos termos gerais.

II. No que respeita à cobertura de um seguro de responsabilidade civil, além das questões já referidas, cabe atender à interligação entre vários seguros. O mesmo dano poderá encontrar-se na previsão de cobertura de dois ou mais seguros obrigatórios de responsabilidade civil. Pense-se na confluência dos danos cobertos pelo seguro profissional do empreiteiro e o seguro do condomínio ou no caso de concurso entre o seguro do projectista e do empreiteiro.

A multiplicidade de situações de cobertura múltipla de diferentes seguros justificaria a realização de um estudo sobre estes seguros, analisando as hipóteses de sobreposição. Mas a pluralidade de seguros não constitui um óbice e, em termos gerais, não se pode ir muito além da genérica proibição de cumulação de indemnizações sempre que exista pluralidade de seguros que leve à cobertura do mesmo risco, com o dever de informação constante do regime geral (art. 133.º da LCS). É evidente que este regime, previsto para os seguros de danos, deverá adaptar-se no caso de pluralidade de seguros de responsabilidade civil, nomeadamente, impondo a mesma informação ao terceiro

lesado; contudo, este último poderá desconhecer legitimamente a referida pluralidade de seguros, tornando-se difícil a aplicação da referida norma.

Por outro lado, justificando-se que ao segurado, havendo pluralidade de seguros, caiba a escolha do segurador que pagará a indemnização (art. 133.º, n.º 3, da LCS), a mesma razão pode não assistir ao terceiro lesado. Na hipótese de pluralidade de seguros de responsabilidade civil com identidade de segurado, o preceito em questão pode ser interpretado no sentido de a escolha competir ao segurado e não ao terceiro lesado. Mas havendo pluralidade de seguros de responsabilidade civil com segurados distintos, deixa de fazer sentido a escolha do segurado e poder-se-ia entender que seria interpretada a expressão como: escolha do beneficiário da prestação, isto é, do terceiro lesado. Mas tal sentido contraria a lógica do preceito: o segurado tinha riscos cobertos por diferentes seguros, pelo que pode optar nos termos previstos no n.º 3 do art. 133.º da LCS; o que não ocorre em relação ao lesado. É, assim, duvidosa a interpretação adaptada do preceito no sentido de, em seguros de responsabilidade civil, a escolha caber ao terceiro lesado.

Há, ainda, uma questão a ponderar no caso de pluralidade de seguros de responsabilidade civil. Nos termos do n.º 4 do art. 133.º da LCS, prevê-se a existência de convenção em contrário, relativamente à repartição proporcional da quantia devida entre seguradores. Ora, em caso de seguro de responsabilidade civil, pergunta-se se tal acordo pode ser invocado perante o terceiro lesado.

Em suma, além da aplicação adaptada da norma, com pertinentes dúvidas, e da reiteração da inadmissibilidade de enriquecimento do lesado, na falta de um estudo consolidado dos diferentes seguros obrigatórios de responsabilidade civil relacionados com uma obra, a pluralidade de tais seguros com cobertura do mesmo risco tem de solucionar-se entre seguradores, nomeadamente pela via da sub-rogação. Nada obsta à pluralidade de seguros — cuja previsão legal consta do art. 133.º da LCS —, mas, sendo seguros obrigatórios, deve evitar-se a duplicação de cobertura, esclarecendo dois aspectos: que a escolha não cabe ao lesado e em que medida pode haver convenção que determine diferente repartição de pagamentos entre seguradores, nomeadamente, a oponibilidade de protocolos de auto-regulação entre seguradores.

c) Seguro-caução

I. A prestação de caução (arts. 623.º e ss. do CC) é uma garantia que prossegue duas finalidades.

Pode servir para assegurar o cumprimento de eventuais obrigações, que não se sabe ainda se se virão a constituir. As situações mais frequentes em que se recorre à prestação de caução com esta finalidade são aquelas em que se visa compensar os prejuízos decorrentes de um (eventual) futuro incumprimento contratual, em especial, no domínio do contrato de empreitada.

Em segundo lugar, a prestação de caução pode ter em vista assegurar o cumprimento de obrigações de montante indeterminado. Como as partes (credor e devedor) ainda não têm possibilidade de avaliar a amplitude exacta da obrigação, podem acordar quanto à constituição de uma caução.

A prestação de caução corresponde a uma garantia que se estabelece de múltiplas formas. Pode constituir-se mediante a prestação de outras garantias pessoais, por exemplo, fiança, ou reais, designadamente, hipoteca. O depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos como caução (art. 623.º, n.º 1, do CC) é havido como penhor, nos termos do n.º 2 do artigo 666.º do CC. Tendo isto em conta, poder-se-á dizer que a caução constitui uma garantia especial mista, um *tertium genus* entre as garantias pessoais e reais, apesar de as categorias «garantias pessoais» e «garantias reais» excluírem qualquer tipo de combinação.

Para além dos casos em que a caução está relacionada com a prestação de garantias pessoais ou reais, são de referir as situações em que ela se constitui mediante um seguro-caução.

II. O seguro-caução corresponde a uma garantia prestada por um segurador, mediante o pagamento de uma comissão, a que se dá o nome de prémio. Como se refere no art. 162.º da LCS, o segurador obriga-se a indemnizar o segurado em caso de falta de cumprimento ou de mora do tomador do seguro; e, acrescenta-se no art. 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 183/88, de 24 de Maio, «[o] seguro de caução cobre, directa ou indirectamente, o risco de incumprimento ou atraso no cumprimento das obrigações que, por lei ou convenção, sejam susceptíveis de caução, fiança ou aval».

O seguro-caução é um contrato de seguro, mas com uma função de garantia de cumprimento, apresentando aspectos práticos muito idênticos às de uma garantia pessoal; o problema está em saber se, quanto à figura em apreço, se verifica o pressuposto da acessoriedade, próprio da fiança, ou o da autonomia, característico do aval e da garantia autónoma. Quando se acordar, como é frequente, que o seguro-caução funciona «*on first demand*», estabelece-se uma autonomia com fonte contratual; na falta de tal cláusula, sem descurar a causalidade, própria do direito português, há que atender às especificidades do regime do seguro e aos termos acordados.

Quando surge a subscrição do seguro-caução como garantia autónoma e automática (*on first demand*), isto traz consequências imediatas na invocação dos meios de defesa pelo garante. Assim, a nulidade da relação contratual donde emergiu o crédito garantido não permite que o segurador oponha essa excepção ao credor que lhe exija o pagamento daquele crédito, visto que esse segurador assumiu uma obrigação própria desligada do contrato base.

O seguro-caução tem um peso significativo no domínio da empreitada de obras públicas, na medida em que, desde o Decreto-Lei n.º 48 871, de 19 de Fevereiro de 1969 (arts. 97.º e ss.) até ao actual CCP (arts. 88.º e ss., 254.º e 353.º), se impôs aos empreiteiros, a quem são adjudicadas empreitadas de obras públicas, o dever de prestar caução, designadamente, por via

de um seguro-caução. Em tal caso, o seguro-caução garante ao credor (dono da obra), na eventualidade de a obra não ser executada ou de o ser de forma defeituosa, o pagamento da correspondente indemnização.

Por força deste seguro, caso o empreiteiro não termine a obra no prazo acordado ou a execute com defeitos, o garante (segurador) paga ao dono de obra uma indemnização correspondente ao incumprimento definitivo, à mora ou ao cumprimento defeituoso, consoante os casos, ou uma prestação fixa independentemente do tipo de não cumprimento. O recurso ao seguro-caução tem como desvantagem o facto de encarecer a obra, mas funciona como uma garantia expedita de bom cumprimento da empreitada.