

O DIREITO DE FISCALIZAÇÃO DO DONO DA OBRA (ART. 1209.º DO CC)*

*Nuno Sousa e Silva***

O artigo 1209.º do Código Civil¹, inserido no corpo regulamentar do tipo contratual empreitada, consagra um direito do dono da obra à fiscalização da mesma. Neste curto trabalho pretendo analisar este direito no que respeita ao seu fundamento, natureza, modo e consequências do seu exercício, delimitando assim o seu conteúdo. De fora do âmbito deste texto ficam as possíveis reacções do dono da obra a vícios que detecte pelo exercício do seu direito de fiscalização.

* O presente texto constitui um pequeno trabalho escrito em 2011 no âmbito da disciplina de Mestrado "Contratos Cíveis" leccionado pela Doutora Ana Afonso. Agradeço a oportunidade da publicação ao Doutor Raul Guichard.

** Mestre em Direito, LL.M. IP (MIPLC), Advogado-estagiário. Docente convidado da Universidade Católica Portuguesa (Porto) e do ISCAP. E-mail: nsousaesilva@gmail.com

¹ Como serão todas as disposições doravante mencionadas sem qualquer referência adicional. Preceito semelhante encontra-se no art. 1662 do CC Italiano, na secção 2117 do CC do Quebec, no art. 1135º do CC Cabo-verdiano e no CC Etíope – art. 3028.º. Não se encontra no CC Brasileiro (arts. 610 a 626), no BGB (§631 a §651), no CC Espanhol (arts. 1588 a 1600), no CC Filipino (arts. 1713 a 1731), no CC russo (arts. 702 a 729), no ABGB (§1165 a §1171) nem no CC francês (arts. 1779 e 1780).

FUNDAMENTO(S)

Ensinavam PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA² que o fim principal deste direito é impedir que o empreiteiro oculte vícios de difícil verificação no momento da entrega e referem a possibilidade que a fiscalização dá ao dono da obra de avisar o empreiteiro das alterações necessárias (art. 1215.º). O direito de fiscalização serve ainda, acrescenta MENEZES LEITÃO³, para a eventualidade de o dono da obra se aperceber que deseja alterar o plano e exercer a faculdade que a lei lhe dispensa no art. 1216.º. Este direito visa pois, conceder ao dono da obra a faculdade de se inteirar do andamento do processo de satisfação do seu interesse: a produção da obra⁴. É, por isso, uma faculdade que visa garantir que, caso o dono da obra queira, disporá de informações relevantes para exercer as outras prerrogativas que a lei lhe confere.⁵

AUTONOMIA DO EMPREITEIRO NA REALIZAÇÃO DA OBRA

A existência deste direito por parte do dono da obra não contende de forma alguma com a autonomia do empreiteiro na realização da mesma: este agirá sobre sua própria direcção, estando obrigado a produzir a obra (o resultado), como melhor achar, desde que o faça no respeito pelo plano contratual e sem vícios. A empreitada é uma modalidade do contrato de prestação de serviços,

² *Código Civil Anotado*, vol. II, 4ª edição, Coimbra Ed., p. 870.

³ *Direito das Obrigações*, vol. III, 7ª edição, Almedina, p.523.

⁴ A obrigação principal do empreiteiro é configurada (tipicamente) como uma obrigação de resultado (CURA MARIANO, *Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*, 4ª edição, Almedina, p.46 a 49) se bem que, como sublinham ENECERUS/LEHMANN (*Derecho de Obligaciones*, vol.II, 3ª edição (tradução da 35ª edição alemã), Bosch, p. 273), este resultado tanto pode ser visto como um primeiro resultado (a operação pelo médico) ou como um resultado final (a cura). Saliente-se neste âmbito que o *Werkvertrag* alemão tem um escopo mais alargado do que a nossa doutrina e jurisprudência maioritárias atribuem à empreitada, pelo que, a operação, em Portugal, resultaria de um contrato de prestação de serviços inominado (e já não de uma empreitada). Perante um exemplo em tudo análogo considera BRANDÃO PROENÇA (*Lições de Cumprimento e Não cumprimento das Obrigações*, Coimbra Ed., p. 225) estarmos perante uma obrigação de meios. Mais uma vez tudo dependerá da concreta configuração que as partes dêem a prestação; assim no Ac. da Relação de Lisboa de 23-10-2007, considerou-se a laqueação de trompas como uma obrigação de resultado (in www.dgsi.pt). Porém, a utilidade desta distinção é muito relativa (BRANDÃO PROENÇA (*Ob. Cit.*, p. 227)).

⁵ Por isso me parece que, nesta função de "garantia", se assemelha de alguma forma às obrigações de transparência e publicidade características do exercício de poderes públicos.

sendo que este contrato se distingue do contrato de trabalho pela autonomia que o prestador de serviços tem na organização e gestão da sua actividade. O art. 11.º do Código do Trabalho (e 1152.º do CC) define contrato de trabalho como aquele em que “uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade (E) no âmbito de organização e sob a autoridade desta”. Ora, na empreitada, nem o contraente tem que ser pessoa singular, nem a obrigação é de meios (de disponibilização da sua força de trabalho), nem tem que ser feita no âmbito da organização do dono da obra e, muito menos sob a autoridade deste⁶. É aliás nota distintiva do contrato de empreitada a autonomia do empreiteiro.⁷ A única influência que o direito de fiscalização terá no comportamento do empreiteiro é a óbvia obrigação correspondente de permitir o seu exercício⁸. Por isso mesmo não se poderá afirmar que o empreiteiro é comissário do dono da obra⁹.

Questão distinta é a possibilidade – expressamente contemplada (e muito frequente em obras de complexidade técnica e grande importância) – de o dono da obra efectuar a fiscalização por meio de comissário, circunstância em que, naturalmente, poderá estar sujeito à responsabilidade objectiva prevista no art. 500.º.

⁶ Sobre a distinção ver, por todos, JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, vol. I, Coimbra Ed., p.81 a 130.

⁷ É disso ilustrativa a remissão constante art. 2222 do CC Italiano que, no livro V (*Del Lavoro*), manda aplicar ao trabalho autónomo as regras do contrato *d'appalto*, ou seja empreitada. VAZ SERRA (BMJ nº145, p.34) refere a autonomia do prestador de serviço como distinção que se dá por estabelecida.

⁸ Como frisa o Ac. do STJ de 17-06-2003 (in www.dgsi.pt) trata-se de um direito do dono da obra e não de um dever de vigilância sobre o empreiteiro, que actua com autonomia.

⁹ Assim por exemplo o Ac. STJ de 07-04-2011 e, a propósito da subempreitada, o Ac. STJ de 09-12-2004, excluem a responsabilidade do dono da obra ao abrigo do artigo 500.º. Questão diferente é a responsabilidade por escavações em que o autor para efeitos do artigo 1348.º nº2 será o dono da obra (independentemente de ser proprietário); assim decidiu o Ac. do STJ de 05-06-2008 afirmando que é totalmente irrelevante, na perspectiva do vizinho lesado, que a obra seja levada a cabo pessoalmente pelo dono do prédio (ou através de pessoal que dele dependa por vínculo laboral) ou antes por empreiteiro contratado (sob a direcção do próprio empreiteiro e sem vínculo de subordinação ao dono da obra); em qualquer das hipóteses, o dono responde pelos mencionados danos. Todos in www.dgsi.pt.

MODO E CONSEQUÊNCIAS DO EXERCÍCIO

Como explicita o n.º 2 do art. 1209.º, a fiscalização não implica a aceitação (e consequente desresponsabilização do empreiteiro (1219.º)) dos vícios da coisa ou da notória má execução do contrato. Parece, por isso, não recair qualquer ónus de reacção/comunicação aquando da descoberta dos defeitos sobre o dono da obra, que poderá, findo o contrato, vir fazer valer os seus direitos contra o empreiteiro.

No entanto, defende ROMANO MARTINEZ¹⁰ que, caso o dono da obra não comunique os defeitos de que se aperceba, estará a *venire contra factum proprium*; e que, nessa hipótese, fazendo o dono da obra valer os seus direitos a final poderá o empreiteiro vir a exigir uma indemnização por maiores encargos.¹¹

Analisemos um pouco mais detidamente esta posição.

Cumprе notar que, se falamos de vícios da coisa e notória má execução da obra, sendo (ou devendo ser) eles do conhecimento do empreiteiro, este último é que não poderá vir invocar qualquer responsabilidade do dono da obra pela sua não comunicação, constituindo, isso sim e indubitavelmente, abuso de direito.¹²

A admissibilidade de uma indemnização, caso o dono da obra fiscalize, encontre e não comunique vício ou má execução do contrato, ou pressupõe a existência de um dever lateral de conduta¹³ de comunicação do defeito, que resultará da boa fé e do efeito "irradiante" das obrigações [art. 762.º] [1.ª hipótese], ou então de um exercício abusivo de um direito [334.º], fundamentando uma pretensão indemnizatória¹⁴ [2.ª hipótese].

¹⁰ *Direito das Obrigações (parte especial)*, 2.ª edição, Almedina, p. 371.

¹¹ Embora, como frisam PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (*Ob. Cit.*, p. 871), seja de supor que, por ser do seu interesse, o dono da obra comunique voluntariamente os defeitos ao empreiteiro.

¹² São muitas as tipologias possíveis em termos de abuso do direito. Prefiro a sistematização adoptada por MENEZES CORDEIRO em *Tratado de Direito Civil Português*, I – Parte geral, Tomo IV, Almedina, p.240 e ss. Entenderei, no entanto, a expressão *venire contra factum proprium* empregue por ROMANO MARTINEZ como sinónimo de abuso do direito (categoria geral na qual se poderá incluir igualmente a *supressio* ou *Verwirkung*).

¹³ Cujá violação é, refere BRANDÃO PROENÇA (*Ob. Cit.*, p. 219), fonte possível de responsabilidade obrigacional. Curiosamente explica MENEZES CORDEIRO (*Ob. Cit.*, p. 281) que, se é certo que a violação do contrato envolve, só por si, um *venire contra factum proprium*, a terminologia tem sido usado num sentido restritivo havendo quem afirme que o *venire* tem um carácter subsidiário. Conclui-se assim que o abuso do direito se refere ao *exercício disfuncional de posições jurídicas* (p. 372), apenas *determináveis in concreto* (p. 366).

¹⁴ Entende CARNEIRO DA FRADA (*A responsabilidade pela confiança nos 35 anos do Código Civil*

A segunda hipótese (a responsabilidade extra-contratual) encontra várias dificuldades. É admissível fundar uma pretensão indemnizatória em abuso de direito¹⁵? De que direito estaremos a abusar? Do direito de fiscalização? Esse exercício (que na verdade se configura como uma omissão) excede manifestamente os ditames da boa fé? Como falamos de uma omissão, nos termos do art. 486.º esta apenas relevará existindo um dever de agir (existe?). Atento o carácter excepcional do abuso do direito e os requisitos apertados para a sua actuação, parece difícil fazer uma afirmação categórica desta natureza. Mas, mesmo que se considerasse, indubitavelmente e em abstracto, existente o abuso, sendo este instituto puramente objectivo¹⁶, a sua verificação não bastaria para fundamentar uma pretensão indemnizatória (mas tão somente para afirmar a ilicitude daquele concreto comportamento¹⁷). Mais ainda parece desnecessário recorrer a uma hipótese de responsabilidade delitual no âmbito do exercício de um direito de cariz contratual, usando de dois regimes distintos no seio de uma única situação fáctica¹⁸. Assim, na verdade, as duas hipóteses são reconduzíveis a uma só questão: saber se ocorre violação de ditames da boa fé por omissão. Importa pois indagar da existência de um dever de comunicar os defeitos, resultante desses mesmos ditames da boa fé.

Parece resultar da lei (seja do nº2 do art. 1209.º, seja da configuração textual do nº1 "pode") que este direito é concedido em favor do dono da obra e é igualmente certo que não vingou a proposta de VAZ SERRA¹⁹ de consagrar uma

in *Comemorações dos 35 Anos do CC*, vol.III, Coimbra Ed., p.296 e ss.) não se tratar de responsabilidade pela confiança (o "quarto trilho") mas de responsabilidade por violação da regra de conduta da boa fé ("a terceira pista"). MENEZES CORDEIRO (*Ob. Cit.*, p. 282) defende que o abuso do direito protagoniza ele mesmo uma tutela da confiança (p.290) e uma expressão dos *vectores fundamentais do próprio sistema que atribui os direitos em causa* (p.372), mas, contrapõe CARNEIRO DA FRADA (*Ob. Cit.*, p. 298), não ser a tutela da confiança o *derradeiro fundamento* da regra da boa fé mas antes a *valoração da conduta do ponto de vista da sua conformidade com padrões de comportamento ético-juridicamente correctos*. Não deixa MENEZES CORDEIRO de reconhecer uma tendência nesse sentido (p.296).

¹⁵ Opõe-se a esta ideia HEINRICH HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português*, Almedina, p. 288.

¹⁶ MENEZES CORDEIRO, *Ob. Cit.*, p. 373.

¹⁷ SINDE MONTEIRO (*Responsabilidade delitual. Da ilicitude in Comemorações dos 35 Anos do CC*, vol.III, Coimbra Ed., p. 478) fala de uma norma [o art 334.º] concebida em termos puramente objectivos que haverá que adaptar ou transformar numa norma delitual.

¹⁸ Ainda que muito se propugne pela sua unificação ou defenda a sua unicidade.

¹⁹ Anteprojecto [art.9.º nº3] em que se lia: "Se, porém, o dono da obra descobrir, no decurso dos trabalhos, um defeito e não o denunciar logo ao empreiteiro, só o fazendo valer quando da verificação final, tem o empreiteiro o direito de exigir que aquele facto seja tido em conta, para o efeito de não ter de suportar, total ou parcialmente, o encargo derivado de ter de eliminar ulteriormente

sanção para o dono da obra que descobrisse defeito e não o denunciar. Por outro lado – *ubi commoda, ibi incommoda* – não choca que se exija mais a quem decida exercer o direito de fiscalização. Nos caminhos da boa fé é da “natureza das coisas” não se conseguir defender uma posição peremptória, por isso, só ante os concretos elementos da situação poderemos apurar da existência de uma violação de deveres laterais de conduta [ou, noutra configuração (extracontratual), “um mau uso da liberdade de agir”²⁰]. E, afirmando-a, cumprirá ainda verificar a existência dos restantes requisitos para se poder sustentar uma pretensão indemnizatória.

Podendo obter-se o mesmo efeito que pela invocação de uma [outra] responsabilidade do dono da obra por maiores encargos, e encontrando menos óbices, parece-me ser de considerar a aplicabilidade do art. 570.º à pretensão indemnizatória que sustente o dono da obra contra o empreiteiro. Como frisa BRANDÃO PROENÇA²¹ resulta desde logo da inserção sistemática deste normativo a sua aplicação ao âmbito negocial, constituindo um princípio geral. Assim, a indemnização a que o dono da obra tenha direito não cobrirá os danos que este poderia ter evitado. Por isso caberá ao tribunal, perante os factos concretos [e tendo em mente que será o empreiteiro que, à partida e em virtude dos seus especiais conhecimentos técnicos, terá uma obrigação agravada de detecção de defeitos], determinar o eventual concurso de culpa do lesado podendo reduzir ou excluir a indemnização a que o dono da obra tenha direito. Esta solução permite igualmente uma consideração de justiça concreta sem esbarrar nas inúmeras dificuldades de sustentar uma pretensão indemnizatória [sejam as maiores da via delitual, sejam as menores da via negocial].

A boa fé como princípio fundamental do nosso direito privado, como *critério normativo em diálogo e contraponto permanente* com a autonomia privada²², exerce uma função paramétrica²³, impondo limites ao exercício de qualquer direito. Daí que se afirme justamente que *a fiscalização só poderá exercer-se desde que não perturbe o andamento ordinário da empreitada*.²⁴

o defeito.” (BMJ n.º 146, p. 221 e 222). Consideraram PLIMA/VARELA (*ob. e loc. cit.*) que esta solução implicaria um *onus excessivo* para o dono da obra.

²⁰ Expressão de SINDE MONTEIRO (*Ob. e loc. cit.*).

²¹ *Ob. Cit.*, p. 241.

²² MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, Coimbra Ed., p. 125.

²³ Expressão de RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Os princípios gerais da Contratação Pública in Estudos da Contratação Pública*, vol I, Coimbra Ed., p. 51 e ss.

²⁴ VAZ SERRA (BMJ n.º 145, p. 129 e 130) refere também que não pode ser realizada com *espírito vexatório*.

NATUREZA

Assumindo que o conceito de *obra* na tipificação do contrato de empreitada (em Portugal²⁵) se limita à obra corpórea²⁶, poder-se-ia ensaiar a configuração deste direito de fiscalização como uma obrigação própria da coisa (*propter rem*). Tal entendimento poderia obviar aos problemas que se colocam quanto ao seu alcance (é ou não oponível ao subempreiteiro?) e à sua derogabilidade. Essa hipótese soçobra de imediato pela circunstância de o direito se associar, não à propriedade²⁷ da coisa (obra, neste caso), mas apenas à qualidade de dono da obra; e claudica também uma vez que esta é uma obrigação de conteúdo negativo.²⁸ Estamos, pois, perante um direito associado a um estatuto contratual. Questão diferente é saber se a norma que consagra este direito é imperativa ou apenas supletiva.

Vaz Serra²⁹ defende o carácter injuntivo desta disposição, entendendo que deverá ser nula a cláusula que exclua este direito por ser *contrário à natureza da relação* e poder facilmente ser imposta por *empreiteiro experiente a comitentes inexperientes*.

Por seu turno Romano Martinez³⁰ entende que, apesar de este ser um *direito inerente à qualidade de dono da obra*, poderá ser afastado *havendo motivos plausíveis*, como evitar que o dono da obra tome *conhecimento dos processos técnicos* que o empreiteiro utilize.

A mim parece-me que este direito é da disponibilidade do dono da obra, sendo que se poderá sempre comprometer contratualmente ao seu não exer-

²⁵ Assim não é na maior parte das legislações mencionadas na nota 1, ainda quem muitos casos a obra intelectual ou artística tenha regulamentação especial. Na nossa experiência histórica o artigo 1409º do Código Visconde de Seabra contemplava "o contrato de prestação de serviços no exercício das artes e profissões liberais" o que contribuiu também para que a doutrina maioritária adopte uma visão mais reduzida do âmbito deste tipo contratual.

²⁶ Sobre a discussão, vide, ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (parte especial)*, 2ª edição, Almedina, p. 386 e ss. e as indicações jurisprudenciais constantes de CURA MARIANO, *Ob. cit.*, p. 48 a 51.

²⁷ Ou titularidade de qualquer outro direito real. A propriedade da obra, regulada no art. 1212.º, tanto pode ser do empreiteiro como do dono da obra (ou até de terceiro, hipótese que a lei não contempla):

²⁸ Como frisa CARVALHO FERNANDES (*Lições de Direitos Reais*, 5ª edição, Quid Juris, 2007, p.180) as obrigações *ob rem* devem confinar-se a obrigações de conteúdo positivo.

²⁹ BMJ, nº 145, p.130. Assim também AGOSTINHO GUEDES, *A responsabilidade do construtor no contrato de empreitada in Contratos: Actualidade e Evolução*, UCP Ed., p. 319 e 320.

³⁰ *Direito das Obrigações (parte especial)*, cit., p. 369 e 370.

cício, seja para acautelar o segredo industrial ou mera "privacidade" técnica do empreiteiro, seja porventura para garantir maior autonomia e "sossego" na execução da obra. Este interesse pode revelar-se particularmente relevante se a obra (ainda que corpórea ou consubstanciada num *corpus mechanicum*) tiver um carácter artístico. Basta pensar na hipótese do dono da obra querer ler os rascunhos de um escritor ou admirar os esboços do pintor para que se perceba facilmente a eventual necessidade de excluir a possibilidade de fiscalização (sendo até um elemento essencial para a conclusão do contrato por parte do escritor ou do pintor). E, como resulta do nº2 do art. 1209.º, a exclusão deste direito não configura qualquer exclusão convencional da responsabilidade; bem antes pelo contrário. Pelo que, como vimos *supra*, em sede de responsabilidade, será maior o interesse do empreiteiro em que o dono da obra exerça o direito de fiscalização do que em que não exerça; razão pela qual não adiro aos argumentos expendidos por VAZ SERRA³¹.

³¹ Ressalve-se que esta argumentação pressupunha uma configuração legal diferente, que não passou na primeira revisão ministerial.