

APLICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DAS EMPREITADAS DE OBRAS PÚBLICAS ÀS EMPREITADAS PARTICULARES (*)

Pelo Dr. José Manuel Costa Marçal Roubaud y Pujol

SUMÁRIO:

- I — Objecto e sistematização adoptada
- II — Aplicação do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas a empreitadas particulares em resultado de convenção das partes
 - A) Pontos de contacto dos dois regimes
 - A.1 — Aplicação analógica?
 - B) Restrições à aplicação do RJEOP
- III — Identificação do interesse público no Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas
 - A) Concurso Público na Formação do contrato
 - B) Carácter especialmente rigoroso do princípio da pontualidade
 - C) Natureza pessoal da relação
 - D) Primazia das sanções pecuniárias

(*) O presente estudo reproduz, com pequenas alterações, o relatório de mestrado apresentado em Outubro de 1993, no âmbito do seminário de Direito Civil, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Parece-nos de elementar justiça lembrar, agradecendo, que o tema foi proposto pelo coordenador do seminário, o Sr. Professor Doutor António Menezes Cordeiro. E que, em muito contribuíram para enriquecer este trabalho as diversas críticas e sugestões do Sr. Professor Doutor Pedro Romano Martinez e dos colegas mestrados, bem como, o diálogo mantido com o Sr. Engenheiro Manuel Agria, colaborador, tal como o autor, da ANEOP.

- E) Inexistência da excepção do não cumprimento e mitigação da possibilidade de resolução do contrato por incumprimento
- F) Possibilidade de imposição de sanções coercivas
- G) Regime da resolução do contrato

IV — Nota de jurisprudência

I—OBJECTO E SISTEMATIZAÇÃO ADOPTADA

O objecto do presente relatório é a aplicação do Regime Jurídico da Empreitada de Obras Públicas ⁽¹⁾ às empreitadas particulares.

A sistematização seguida passa por um enquadramento do tema e por algumas considerações sobre o seu interesse e actualidade e, já no tema propriamente, a abordagem das seguintes questões:

- Regime do Concurso Público para a formação de um contrato de Direito Privado;
- A não aplicação de algumas normas pela sua natureza pública;
- A possibilidade de aplicação analógica do RJEOP para integrar, quer o regime da empreitada civil, quer para integrar a vontade negocial das partes.
- A identificação do Interesse Público e as suas principais manifestações no RJEOP — sua admissibilidade na empreitada civil;
- Orientação e tendências da principal doutrina e jurisprudência sobre a matéria; o aprofundamento do objecto do presente relatório passa necessariamente pela comparação da disciplina de cada um dos dois regimes, por um lado o Regime da Empreitada Civil e, por outro, o Regime da Empreitada de Obras Públicas.

A Empreitada Civil, cujo regime se aplica aos contratos de empreitada celebrados entre particulares, encontra-se regulada no

⁽¹⁾ Que por facilidade de redacção passaremos a designar por RJEOP.

Capítulo XII (Artigos 1207.º a 1230.º) do Título II (Dos contratos em especial) do livro II do Código Civil Português e nas disposições deste diploma sobre obrigações em geral ⁽²⁾.

A Empreitada de Obras Públicas encontra-se actualmente regulamentada entre nós no Dec.-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto que veio suceder ao Dec.-Lei n.º 48871, de 19 de Fevereiro de 1969 ⁽³⁾.

Assim, e considerando os dois extremos, se constatarmos que existe entre estes dois regimes um total divórcio e ausência de pontos de contacto pela sua ratio, pela sua evolução histórica, pela sua função e pela sua utilização, seremos forçados a concluir pela inadmissibilidade da aplicação do RJEOP às empreitadas particulares ainda que exista convenção das partes nesse sentido.

Se, pelo contrário, resultar do confronto dos dois regimes uma aproximação histórica do processo legislativo dos diplomas em causa, a identidade de muitas das soluções consagradas e uma intenção comum do legislador subjacente a muitas das disposições e ainda, uma compatibilidade dessas soluções com o arsenal juscivilístico em matéria contratual podemos, no outro extremo, ser levados a considerar a possibilidade da aplicação analógica do RJEOP às empreitadas particulares.

Esta aplicação é justificada, como veremos, por uma maior completude ⁽⁴⁾ deste regime em face da empreitada civil resultante do facto da empreitada de obras públicas ser objecto de um

⁽²⁾ Deve ter-se presente que a empreitada surge, nos termos do Art. 1155.º C.C., como uma modalidade de Contrato de Prestação de Serviço, além do Mandato e do Depósito, e que à empreitada devem ser aplicadas, com as necessárias adaptações, as disposições sobre o mandato — Art. 1156.º C.C.

⁽³⁾ Este diploma veio pôr termo à vigência do Decreto de 9 de Maio de 1906 ao qual antecedeu a Portaria de 28 de Abril de 1887 com a denominação de «Cláusulas e Condições Gerais para Empreitadas».

Contudo, aquando da promulgação do nosso primeiro Código Civil, em Julho de 1867, já por Portaria de 8 de Março de 1861 haviam sido aprovadas as primeiras «Cláusulas e Condições Gerais das Empreitadas e dos Fornecimentos de Obras Públicas» com normas exorbitantes do direito comum. É, pois, manifesto que esse Código Civil não se aplica às Empreitadas de Obras Públicas, mormente depois do Código Administrativo de 1940 lhes atribuir a natureza de Contrato Administrativo, como observa ALFREDO MENDES DE ALMEIDA FERRÃO (cfr. Empreitadas de Obras Públicas, Vol. 1.º, p. 5).

⁽⁴⁾ A propósito da maior completude do Regime das Empreitadas Públicas, em Itália ver DOMENICO RUBINO, L'Appalto, Torino, 1958, p. 3.

diploma autónomo o qual tem merecido do legislador uma atenção no sentido da sua constante actualização e desenvolvimento em grande parte devidos à importância económica deste contrato, que rege cerca de 21% do volume total do investimento em construção no nosso país ⁽⁵⁾.

O maior desenvolvimento do contrato de empreitada pública ⁽⁶⁾ prende-se também, naturalmente, com a maior dificuldade de actualização e revisão de um contrato como o da empreitada civil cujo regime se encontra inserido numa codificação mais ampla, com a cristalização e maior grau de generalidade que caracteriza as codificações nos sistemas Romano-Germânicos ⁽⁷⁾.

II — APLICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DAS EMPREITADAS DE OBRAS PÚBLICAS A EMPREITADAS PARTICULARES EM RESULTADO DE CONVENÇÃO DAS PARTES

A) PONTOS DE CONTACTO DOS DOIS REGIMES

Não cabe no objecto do presente relatório a comparação dos regimes da empreitada pública e da empreitada civil enquanto figuras respectivamente de Direito Público e de Direito Civil, questão que nos levaria a uma das discussões mais polémicas de

⁽⁵⁾ No que concerne à importância económica do Contrato da Empreitada de Obras Públicas, vd. ANTÓNIO MANZONI, *Construção Civil Que Realidade?*, p. 20, Publicações ANEOP, 1991. Nesta obra são desagregados estes valores, correspondendo 8% a obras promovidas pela Administração Local e 13% às obras da Administração Central.

É de sublinhar que o volume da empreitada de obras públicas realizadas corresponde a cerca de 1,6% do Produto Interno Bruto Nacional (obra citada, p. 8).

⁽⁶⁾ Realidade semelhante à encontrada também no ordenamento francês como está bem patente em toda a obra de FRANÇOIS LLORENS, *Contrat d'Entreprise et Marché de Travaux Publics*, Paris, 1981.

⁽⁷⁾ Sobre as desvantagens do fenómeno da codificação, vd. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Introdução e Teoria Geral*, Lisboa, 1984, p. 288. Em que observa «Será preciso não considerar os Códigos uma espécie de Tábuas Sagradas» e mais adiante, «As leis só são úteis se se adaptarem; essa adaptação tem de se fazer frequentemente, porque a mudança da vida é constante».

que se ocupam os publicistas — a do critério de distinção dos contratos administrativos em face do direito privado.

Adoptamos assim como ponto de partida que o Contrato da Empreitada de Obras Públicas é um Contrato Administrativo Típico, expressamente enumerado na al. a) do n.º 2 do Art. 178.º do Código do Procedimento Administrativo (8), com o seu regime definido autónomamente através do Dec.-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto.

Não abordamos as questões tipicamente de Direito Público para entrarmos directamente no confronto dos regimes adoptados, quer na fase da formação com o recurso à figura do concurso público, quer na fase da execução do contrato.

Em primeiro lugar, há que salientar que, como sublinha MARCELLO CAETANO (9), o contrato administrativo da empreitada de Obras Públicas é antes de mais um contrato, integrando-se no género a que pertence o contrato civil e definindo-se pelos mesmos elementos essenciais: capacidade dos contraentes, mútuo consenso e objecto possível.

Este autor observa, ainda, que é reservado ao Estado o poder mais ou menos extenso de determinação das prestações em que os deveres dos particulares se hão-de concretizar, «de acordo com as exigências do interesse público e nas condições que estiverem estabelecidas — o que é perfeitamente conciliável com o conceito civilístico de contrato» (10) (11).

E, continua o mesmo autor «o Estado actua como dono, como representante do interesse público que domina a relação, exactamente como a lei civil permite que actue o dono da obra».

Aliás, também a Jurisprudência so Supremo Tribunal Administrativo, em Decisão de 15 de Março de 1963 (12) acolhe esta permissão ao afirmar que o contrato administrativo, embora se enqua-

(8) E já anteriormente no Art. 9.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (Dec.-Lei n.º 129/84, de 27 de Abril).

(9) Vd. Manual de Direito Administrativo, Almedina, Coimbra, 1991 (10.ª ed.), Vol. I, p. 578.

(10) *Idem*, p. 579.

(11) No mesmo sentido no que concerne ao Direito Italiano vd. GIOVANNI TORREGROSSA, *La Capacità Di Diritto Privato Degli Pubblici Economici e La Disciplina Degli Appalti Pubblici*.

(12) A.D.S.T.A., XXIX, p. 322.

dre ou integre no género a que pertence o «Contrato Civil» e se defina pelos mesmos elementos essenciais, distingue-se deste pela sujeição do contraente particular ao interesse público.

Nestes termos, é inquestionável que o contrato de Empreitada de Obras Públicas, enquanto Contrato Administrativo Típico com objecto passível de Contrato de Direito Privado ⁽¹³⁾ apresenta como observa MARIA JOÃO ESTORNINHO ⁽¹⁴⁾, acolhendo nesta matéria GARCIA DE ENTERRIA, numerosos traços característicos que não são incompatíveis ou exorbitantes do direito privado, nomeadamente:

- A tipicidade e pré-elaboração do próprio contrato e das peças principais, mediante a criação, por via regulamentar, de modelos de anúncios; convites para concursos públicos, cadernos de encargos tipo ... ⁽¹⁵⁾.

De resto, o próprio Art. 232.º do RJEOP ao mandar aplicar as disposições da lei civil, subsidiariamente, nas matérias não previstas nesse diploma nem nos regulamentos administrativos ou nos princípios gerais de direito administrativo, tem em última análise, em vista o que o contrato de empreitada constitui uma instituição que visa a cabal realização do interesse público, mas com garantia para o empreiteiro, nas condições normais de risco, da justa remuneração do seu trabalho ^(15ª).

A pré-elaboração é uma consequência da necessidade de simplificação da actuação jurídico-privada à qual o direito civil não se tem mostrado alheio, em particular, ao acolher a figura do contrato por adesão que, enquanto restrição à liberdade de estipulação, se configura em termos gerais como um conjunto de actos unilaterais cujo

⁽¹³⁾ De acordo com a sistematização adoptada pelo Prof. Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, pp. 428, 615 e 593.

⁽¹⁴⁾ *Requiem Pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 144.

⁽¹⁵⁾ Veja-se a título de exemplo a Portaria n.º 605/86 de 16 de Outubro, que aprova os modelos de anúncios de concurso e de convites, os programas de concurso tipo e os cadernos de encargo tipo, para serem adoptados nas empreitadas de obras públicas.

^(15ª) JORGE ANDRADE DA SILVA, *Regime Jurídico das empreitadas de Obras Públicas Anotado e Comentado*, Coimbra, 1992, p. 577.

conteúdo, é, simplesmente, submetido por uma das partes á outra, que pode, apenas aceitar ou não, sem hipótese de sugerir alterações ⁽¹⁶⁾.

- Certas derrogações às regras privadas, num sentido mais favorável ao contraente particular. Entre estas derrogações encontramos, a título de exemplo nas Empreitadas de Obras Públicas, a obrigatoriedade de realização de revisões de preços quando tenham decorrido mais de 180 dias entre a data da apresentação da proposta e o momento da assinatura do contrato ⁽¹⁷⁾; a obrigatoriedade de pagamento de Juros de Mora no caso de atraso no pagamento por parte da administração pública ⁽¹⁸⁾.

A exigência de forma escrita que é feita para os contratos administrativos, nos termos do Art. 184.º do Código do Procedimento Administrativo ⁽¹⁹⁾, mas que é permitida pelas disposições da lei civil sobre a adopção convencional de forma especial para as declarações negociais como resulta do Art. 223.º do Código Civil ao estabelecer que «Podem as partes estipular uma forma especial para a declaração» e que «presume-se, neste caso, que as partes se não querem vincular senão pela forma convencional».

- Certas prerrogativas do poder público que não são afinal mais do que cláusulas pouco habituais nos contratos privados, já que o poder de dirigir o modo de execução das prestações (cfr. al. b) do Art. 180.º do Cód. Proc. Adm.) ou poder de direcção está também presente no contrato de trabalho nos termos do Art. 1.º da LCT ⁽²⁰⁾; o poder de fis-

⁽¹⁶⁾ Vd. MENEZES CORDEIRO, Direito das Obrigações, 1.º Vol., Lisboa, 1986, p. 97. Ver também a este propósito o Dec.-Lei n.º 46/85, de 25 de Outubro.

⁽¹⁷⁾ Vd. Art. 36.º do Dec.-Lei n.º 235/86 de 18 de Agosto. Esta obrigatoriedade resulta ainda do n.º 3 do Art. 1.º do Dec.-Lei n.º 348-A/86, de 16 de Outubro e, também, ainda que indirectamente, da al. i) do n.º 1 do Art. 106.º do Dec.-Lei n.º 235/86 que prevê que o contrato contenha obrigatoriamente uma cláusula sobre revisões de preços.

⁽¹⁸⁾ Vd. n.º 1 do Art. 190.º do RJEOP.

⁽¹⁹⁾ E, em particular na Empreitada de Obras Públicas de acordo com o disposto no Art. 107.º do RJEOP.

⁽²⁰⁾ Vd. MARIA JOÃO ESTORNINHO, obra citada, p. 144; Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho (Dec.-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969) e que

calização⁽²¹⁾ encontra-se também na empreitada civil, como decorre do Art. 1209.º do Cód. Civil que dispõe no seu n.º 1 «O dono da obra pode fiscalizar, à sua custa, a execução dela, desde que não perturbe o andamento ordinário da empreitada»; e ainda o poder de modificação unilateral da prestação acordada, que está previsto no n.º 1 do Art. 1216.º do Cód. Civil⁽²²⁾.

- O próprio concurso na formação do contrato, obrigatório por força do Art. 182.º do Cód. Proc. Adm. e dos Arts. 48.º e ss. do RJEOP, pode ser adoptado na formação de um contrato de direito privado como adiante desenvolveremos.

Aliás, o esbatimento das diferenças entre as Empreitadas de Obras Públicas e a empreitada Privada é entre nós defendida por MARIA JOÃO ESTORNINHO ao observar que a «aproximação entre os contratos administrativos e os contratos privados pode exemplificar-se através da comparação entre o regime jurídico-público e jurídico-privado do contrato de empreitada, sendo certo que a empreitada de obras públicas era tradicionalmente encarada como o protótipo do contrato administrativo, exorbitante em relação ao Direito Civil. É hoje possível afirmar que as divergências entre a empreitada de obras públicas e a empreitada privada foram quase totalmente eliminadas, ao ponto de a concepção tradicional acerca da especificidade da primeira estar irremediavelmente ultrapassada»⁽²³⁾.

se desdobra no poder determinativo da função, no poder comparativo da prestação, no poder regulamentar e no poder disciplinar (cfr. MONTEIRO FERNANDES, *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*, Vol. 1, Almedina, Coimbra, 1981, pp. 122 e 123).

(21) Vd. al. d) do Art. 180.º do Cód. Proc. Adm.: «Fiscalizar o modo de execução do contrato» e Art. 157.º a 161.º do RJEOP.

(22) Em sentido contrário SÉRVULO CORREIA que considera o poder de modificação unilateral do contrato como exclusivo do Contrato Administrativo, Vd. *Dir. Jur. da Adm. Púb., Contrato Administrativo*, p. 63.

(23) Vd. *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 142 e 143.

É esta, também, a principal conclusão do estudo de FRANÇOIS LLORENS sobre o Contrat d' entreprise et Marché de Travaux Publics (contribution à la comparaison entre Contrat de Droit Privé e Contrat Administratif) (24).

Este autor observa, entre outros, os seguintes traços de aproximação do contrato de empreitada de obras públicas e da empreitada civil (25).

- O fenómeno da utilização nas empreitadas particulares, na maioria dos casos, de cadernos de encargos (26) uniformizados destinados às empreitadas de obras públicas, provoca por via da estipulação contratual uma identidade quase absoluta;
- A aplicação de muitas disposições da lei civil ao Contrato de Empreitada de Obras Públicas (27) e a similitude de muitas regras técnicas aplicadas à empreitada civil e à empreitada de obras públicas.

Também na Doutrina Italiana, em que apesar de não existir a figura do contrato administrativo, existem regulamentações diferenciadas para a empreitada civil e para o appalto público, a aproximação destes dois regimes tem sido objecto de meditação por parte da doutrina. Em particular, depois da entrada em vigor da lei n.º 584 de 8 de Agosto de 1977, em que são transpostas para o ordenamento interno as normas sobre procedimento de adjudicação das empreitadas de obras públicas, das directivas comunitárias (28).

A relevância desta questão acentua-se com as disposições contidas na lei n.º 741 de 10 de Dezembro de 1981, que vem introduzir inovações na disciplina da empreitada pública com a inten-

(24) Paris, 1981.

(25) FRANÇOIS LLORENZ, obra citada, pp. 652 e ss.

(26) «Documento que contém, ordenadas por artigos numerados, as cláusulas jurídicas e técnicas, gerais e especiais a incluir no contrato a celebrar», cfr. n.º 1 do Art. 61.º do Dec.-Lei n.º 235/86..

(27) Também entre nós por força do Art. 232.º do Dec.-Lei n.º 235/86.

(28) Em particular da Directiva 71/305/CEE, J.O. n.º L 185 de 16 de Agosto de 1971.

ção, nem sempre conseguida, de acelerar a execução das obras públicas.

E que se traduz, como observa GIOVANNI TORREGROSSA⁽²⁹⁾, numa profunda modificação num sentido mais favorável à posição contratual do empreiteiro, nomeadamente no que concerne à liquidação de juros de mora em caso de atraso de pagamento pela administração (Art. 4.º), à nova modalidade de programa de trabalhos e a consequente incidência em matéria de revisão de preços (Art. 1.º); aos prémios por antecipação na execução (Art. 3.º) e aos termos e modalidades da verificação e aceitação da obra (Art. 5.º).

Nestes termos, o citado autor é levado a considerar como simples desvios da disciplina do direito comum as derrogações que encontramos, em alguns aspectos, quer da formação, quer da execução do contrato da empreitada pública, fundamentando tal identidade na evolução histórica dos diplomas⁽³⁰⁾, ao observar que o código civil italiano de 1942, que veio completar as poucas disposições sobre o appalto do código civil de 1865, adoptou muitas disposições anteriormente existentes no appalto público.

A título exemplificativo refira-se o Art. 1661.º que veio conceder ao dono da obra privado, à semelhança do que já acontecia na empreitada pública, a faculdade de introduzir variações ao projecto ou, o Art. 1671.º que veio confirmar a faculdade de desistência do dono da obra, já anteriormente permitida à administração na empreitada pública pela lei n.º 2248 de 1865.

GIOVANNI TORREGROSSA acaba por concluir que o appalto público se diferenciaria do privado por uma diversidade de causas⁽³¹⁾ que seria, num caso, uma razão de interesse geral na realização de uma obra pública, e no outro, pelo contrário, o facto de nos encontrarmos perante dois interesses de natureza exclusivamente privatística.

A evolução testemunhada por este autor no ordenamento italiano é, aliás, semelhante à verificada no Direito Português quanto à possibilidade de introdução de alterações ao projecto, que não

⁽²⁹⁾ Vd. obra citada, pp. 44 e ss.

⁽³⁰⁾ Obra citada, p. 58.

⁽³¹⁾ Obra citada, p. 59.

existia no Código Civil de 1867, mas já existia no Art. 35.º das Cláusulas e Condições Gerais de Empreitadas e Fornecimentos de Obras Públicas (32) que dispunha nos seguintes termos:

«O empreiteiro é obrigado a dar execução a todas as alterações nas obras que lhe forem ordenadas, por escrito, pelo director ou chefe de serviços...»

Esta faculdade, verdadeira excepção à regra segundo a qual os contratos de direito civil, uma vez celebrados, só por mútuo consenso podem ser alterados (33), veio a ser acolhida no Art. 1216.º do Código Civil actual.

Extrapolando a constatação de TORREGROSSA, no sentido da aproximação dos dois regimes é interessante verificar que o movimento contrário, de aproximação do RJEOP ao que é comumente praticado na empreitada particular, também é uma realidade. Já que, por exemplo, o Actual Art. 211.º do Dec.-Lei n.º 235/86, prevê a indemnização dos danos emergentes e dos lucros cessantes resultantes da rescisão por interesse do Dono da Obra, como já o fazia o Art. 208.º Dec.-Lei n.º 48.871, de 1968. Por oposição ao anteriormente disposto na legislação de 1906 que previa que a indemnização a receber pelo empreiteiro, em caso de rescisão pelo dono da obra, não poderia exceder a correspondente a dez por cento da diferença entre a importância total da empreitada e a dos trabalhos executados.

O regime do Art. 208.º do Dec.-Lei n.º 48.871, de 1969 e do Art. 211.º do Dec.-Lei n.º 235/86 veio acolher, nesta matéria, a parte final do Art. 1229.º do Código Civil que data de 1966, e que dispõe:

«O dono da obra pode desistir da empreitada a todo o tempo, ainda que tenha sido iniciada a sua execução, contando que indemnize o empreiteiro dos seus gastos e trabalhos e do proveito que poderia tirar da obra».

Ainda a propósito da rescisão é interessante verificar também que o n.º 3 do Art. 211.º do RJEOP, consagra a regra que resulta do

(32) Decreto de 9 de Maio de 1906.

(33) Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, II, p. 810.

Art. 406.º Código Civil segundo a qual quem dá causa à rescisão incorre na obrigação de indemnizar, a outra parte, do prejuízo ⁽³⁴⁾.

Esta linha de aproximação dos dois regimes em análise é mantida no actual anteprojecto de revisão do Dec.-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto que logo seu prefácio faz referência à intenção de equilibrar os interesses em jogo na Empreitada de Obras Públicas. Em concreto observa-se:

- Uma aproximação das taxas de juros de mora por atraso nos pagamentos pelo Dono da Obra, às praticadas normalmente nos contratos de direito privado ⁽³⁵⁾;
- Uma descompressão da excepção do não cumprimento ao diminuir o prazo actualmente previsto para a suspensão dos trabalhos por falta de pagamento da administração, dos actuais 3 meses para 22 dias úteis ⁽³⁶⁾;
- Diminuição para 5% dos limites máximos das cauções e quantias retidas para garantia de pagamento, que actualmente podem ser fixadas discricionariamente pelo Dono da Obra;
- Harmonização do prazo de responsabilidade do empreiteiro por vícios da construção que ocasionem ruína, defeito grave ou perigo de ruína com o actual prazo de 5 anos previsto no Art. 1225.º do Código Civil.

A terminar a enunciação de características comuns ou não incompatíveis aos dois regimes e, reforçando a linha de argumentação no sentido da sua aproximação cabe observar que apesar do tendencial desequilíbrio da posição das partes própria do Direito Administrativo, como bem lembra SÉRVULO CORREIA, desde GRÓCIO que se encontra esclarecido que a aequalitas prosuuposta pelo contrato não se refere à posição das partes, mas ao equilíbrio

⁽³⁴⁾ Como observa JORGE ANDRADE DA SILVA, obra citada, p. 534; no Direito Francês, FRANÇOIS LLORENZ, obra citada, p. 454.

⁽³⁵⁾ Esta alteração não viria a ser acolhida no Dec.-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro, apesar de constar do seu anteprojecto.

⁽³⁶⁾ Actual Art. 162.º, que na nova numeração do anteprojecto é o Art. 167.º.

das prestações, devendo este ser mantido no Contrato Administrativo figura bilateral e convencional ⁽³⁷⁾.

Partilhando deste entendimento e legislados do Dec.-Lei n.º 273-B/75, de 3 de Junho ⁽³⁸⁾ observa no preâmbulo do diploma:

«Como administrativo que é, o contrato da empreitada de obras públicas visa a realização de um interesse público, sendo regulado, prioritariamente, por normas de direito público. Não obstante, estruturalmente e no que respeita aos seus elementos essenciais, *não há diferenças significativas entre aquele contrato administrativo e o contrato de empreitada civil*. Certo sendo que naquele o fim público que visa realizar é determinante da sua disciplina jurídica, que em regra, se impõe a ambas as partes contratantes, a submissão do interesse particular do empreiteiro ao interesse público do contrato não é total nem incondicional; não é irrelevante para o dono da obra, por exemplo, a sorte económica do contrato no seu desenvolvimento e conclusão, *antes havendo uma preocupação de salvaguardar o equilíbrio das respectivas contraprestações*».

E, sendo certo que o princípio do equilíbrio económico das prestações é próprio do contrato administrativo e não rege a disciplina dos contratos civis, nestes está presente a ideia de equidade por exemplo na determinação do preço, como se extrai do inciso contido no n.º 1 do Art. 883.º do Código Civil:

«Se o preço não estiver fixado por entidade pública, e as partes o não determinarem nem convencionarem o modo de ser determinado, vale como preço contratual o que o vendedor normalmente pratica à data da conclusão do contrato ou, na falta dele, o do mercado ou bolsa no momento do contrato e no lugar em que o comprador deve comprar; *pelo Tribunal, segundo juízos de equidade*».

⁽³⁷⁾ Cfr. Dicionário Jurídico de Administração Pública, Contrato Administrativo, p. 81.

⁽³⁸⁾ Diploma que estabelecia o regime das revisões de preços nas empreitadas de Obras Públicas e que foi substituído pelo Dec.-Lei n.º 348-A/86, de 16 de Outubro.

Também a alteração das circunstâncias pode, em certas condições, dar lugar à modificação do contrato segundo juízos de equidade (cfr. n.º 1 do Art. 437.º Código Civil), devendo neste caso atender-se às expectativas das partes ao fim do contrato, às situações das partes e ao *equilíbrio das prestações* ⁽³⁹⁾.

A.1. — APLICAÇÃO ANALÓGICA?

Todavia, apesar desta tendencial aproximação dos dois regimes—o da empreitada de obras públicas e da empreitada de obras particulares—não tem procedido entre nós o entendimento segundo o qual é possível *aplicar analógicamente o regime de direito público para preencher as lacunas do regime do contrato de empreitada civil*.

Assim, tem apenas sido entendido que na falta de disposição especial do Código Civil sobre o contrato de empreitada e apesar dos desvios e adaptações próprias desse contrato, se aplicam as disposições gerais das obrigações, por exemplo em:

- Ac. RPt de 12 de Julho de 1979 ⁽⁴⁰⁾, quanto ao prazo de cumprimento, na esteira do Ac. STJ de 21 de Dezembro de 1965 ⁽⁴¹⁾;
- Ac. RCb de 20 de Junho de 1973 ⁽⁴²⁾, sobre o lugar de pagamento aplicando o disposto no Art. 744.º do Código Civil;
- Ac. STJ de 29 de Julho de 1969 ⁽⁴³⁾, que remete para a aplicação do Art. 709.º do Código Civil, possibilitando ao dono da obra exigir do empreiteiro faltoso uma indemnização pelos danos sofridos;

⁽³⁹⁾ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, Lisboa, 1986, p. 150.

⁽⁴⁰⁾ C.J., 1979, IV, p. 1258.

⁽⁴¹⁾ B.M.J., 155, p. 165.

⁽⁴²⁾ B.M.J., 230, p. 162.

⁽⁴³⁾ B.M.J., 189, p. 282.

- Ac. Rev. de 14 de Abril de 1983 em que se recusa a aplicação das fórmulas de revisões de preços das empreitadas de obras públicas para integrar o Art. 437.º do Código Civil, na determinação do quantum da modificação dos preços a operar em consequência da verificação de um aumento anormal e imprevisível da taxa de inflação, durante a execução de um contrato de empreitada de obras particulares⁽⁴¹⁾.

Apesar de, por exemplo, entre a doutrina italiana DOMENICO RUBINO⁽⁴²⁾ entender que «Siccome la legislazione sugli appalti pubblici è molto piú complessa che non quiella sugli appalti privati, sorge il problema se, in qualche punto che non sia stato appositamente regolato dalla legge a proposito degli appalti privati, possano essere estese norme dettate per gli appalti pubblici. Ora la disciplina di questi ultimi si ispira al raggiungimento dell'interesse pubblico che in essi interviene, e Alle conseguente preminenza della posizione del committente (ente pubblico) sull'appaltatore. *In quanto tutelano questo stato di cose, queste norme sono speciali rispetto agli appalti privati, e quindi ad essi inestensibili. Ma per ciò stesso, quelle norme che non si ispirano alle esigenze e agli scopi anzidetti sono a nostro avviso estensibili analogicamente agli appalti privati; sempre, naturalmente, quando il punto no sia stato appositamente regolato per questi ultimi, e quando non si tratti di norme per altro verso decisamente eccezionale*».

Assim, entende este autor que quando não esteja em causa a prossecução de um interesse público, e quando não estejamos perante uma norma excepcional (cfr. Art. 11.º Código Civil) e nós acrescentaríamos, quando a norma pela sua natureza administrativa não seja inaplicável, é possível a sua aplicação analógica à empreitada de obras particulares quando exista uma lacuna no direito civil.

⁽⁴⁴⁾ C.J., 1983, T. II, p. 291 e ss.

⁽⁴⁵⁾ Vd. L'Appalto, cit., p. 3.

A maior dificuldade que se coloca é, em nosso entender, identificar em cada norma se esta é ou não ditada pelo interesse público, não repugnando à técnica jurídica, apurar casuísticamente segundo adequados critérios hermanêuticos se a norma se adequa apenas às empreitadas de obras públicas e ao fim da prossecução do interesse público.

A maior dificuldade que se coloca é, em nosso entender, identificar em cada norma se esta é ou não ditada pelo interesse público, não repugnando a técnica jurídica, apurar causisticamente segundo adequados critérios hermanêuticos se a norma se adequa apenas às empreitadas de obras públicas e ao fim da prossecução do interesse público.

Nesta linha, e atendendo à impossibilidade prática, neste relatório, de uma análise de todas as normas do RJEOP passíveis de serem assimiladas no direito civil, tentámos, em capítulo autónomo analisar as principais manifestações do interesse público na empreitada de obras públicas.

Também entre nós, não vemos razões que ditem a não aplicação dessas normas para integrar o regime empreitada de obras particulares, não colhendo uma concepção ottomayeriana de estanquidade absoluta entre o Direito Público e o Direito Privado nem a negação da existência de institutos públicos com efeitos civis já que, como observa MENEZES CORDEIRO «Tais entendimentos, que corresponderam a uma necessidade histórica de auto-afirmação do publicismo, não colhem, embora tenham deixado sequelas na literatura posterior. Normas privadas e públicas entrelaçam-se e modificam-se no espaço jurídico, desmentindo qualquer isolamento de sectores. A nível científico, o Direito privado só tem ganho com os contributos recebidos do publicismo» (46).

Aliás, esta interpenetração dos regimes da empreitada pública e civil está bem patente no próprio RJEOP, que no seu Art. 232.º do Dec.-Lei n.º 235/86 manda aplicar em tudo o que não esteja especialmente previsto nesse diploma, as leis e regulamentos administrativos, os princípios gerais de direito administrativo e, na sua falta ou insuficiência, as *disposições da lei civil*.

(46) Cfr. Da boa-fé..., cit., p. 383 (453).

Assim, e nos numerosos casos em que procedam as mesmas razões justificativas da regulamentação, haverá analogia nos termos do Art. 10.º Código Civil, já que, quer se queira quer não estamos perante um caso análogo e, está preenchida a exigência basililar em que repousa o recurso a esta disposição: o tratamento igual de casos semelhantes.

Há também, uma similitude de situações de facto, o que é determinante para a existência de analogia ⁽⁴⁷⁾.

O que importa, é que estejamos perante uma regra actual, que tanto pode ser legal, como consuetudinária, como jurisprudencial ⁽⁴⁸⁾. O que nos leva a concluir que ainda que repugne adoptar a analogia para uma regra de direito público, muitas das normas do RJEOP impõem-se entre os particulares por força do costume pela maior completude, pormenorização e técnica de que se reveste esse regime, sendo também nesse caso possível proceder a uma aplicação analógica de uma regra consuetudinária.

Não é defensável que as regras do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas são excepcionais, em bloco, relativamente às normas do Código Civil sobre a empreitada, e em consequência da sua natureza excepcional não é admitida a analogia nos termos do Art. 11.º Código Civil. Já que, esta excepcionalidade, se está presente em algumas normas do RJEOP, nomeadamente as que prosseguem o interesse público ou que concedem prerrogativas de autoridade ao dono da obra, não está presente na maioria das suas disposições ⁽⁴⁹⁾ em que simplesmente são previstas situações não contempladas na empreitada civil, e se regulam essas situações sem carácter de excepcionalidade. Até porque, como observa OLIVEIRA ASCENSÃO ⁽⁵⁰⁾ as regras substancial-

⁽⁴⁷⁾ Cfr. JOSÉ M. SARAIVA, Apostilha Crítica ao Projecto do Código Civil, p. 127 e ss., Sep. R.O.A..

⁽⁴⁸⁾ Cfr. Oliveira Ascensão, Introdução e Teoria Geral, p. 360.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. CASTRO MENDES, Direito Civil, I, Lisboa 1978, p. 31 em que a propósito da distinção entre direito público e direito privado ensina que além da empreitada de direito civil regulada no Art. 1.207.º e ss. Código Civil, «existe também a empreitada de obras públicas... neste contrato, manifesta-se por vezes a superioridade da parte pública sobre o empreiteiro».

⁽⁵⁰⁾ Cfr. obra citada, p. 362.

mente excepcionais, correspondentes ao *ius singulare romano*, são aquelas que, além de contradizerem outra regra, vão contra os princípios gerais informadores de qualquer sector do sistema jurídico. Ora tal não acontece com muitas normas do RJEOP, não sendo com esse fundamento vedada a analogia. Pois como ensina AFONSO QUEIRÓ: «Uma orientação já antiga, que reduzia o direito administrativo a um conjunto muito extenso de normas especiais em relação às gerais do direito privado, que seria o direito comum, inclinava-se para a impossibilidade absoluta de aplicação analógica deste às hipóteses cobertas pelo ordenamento administrativo. Este seria, todo ele dominado por exigências e princípios específicos, e tal facto universalizaria qualquer extensão analógica dos preceitos de Direito Privado ao campo das relações jurídicas administrativas. *Esta concepção do direito administrativo como direito especial está superada* (51). E, como observa ESTEVES DE OLIVEIRA, não é novidade o recurso a normas de direito público, por parte dos civilistas, que já o fazem quando querem determinar o âmbito de previsão da alínea a) do n.º 1 do Art. 747.º Código Civil ou quando nos termos do n.º 2 do Art. 202.º do Código Civil necessitam de concretizar o conceito de bens do domínio público (52). Aliás existem nos dois ramos de direito, conceitos, princípios e regras que lhes são comuns como o de contrato, de propriedade, de boa-fé, de responsabilidade...

Nem existem razões para ir buscar mais longe e numa realidade porventura mais subjectiva (53) — a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema, nos termos do n.º 3 do Art. 10.º Código Civil — as regras que preencham as lacunas da empreitada civil, quando esta está expressa e objectivada num regime legal mais extenso e mais complexo.

(51) Cfr. *Noções de Direito Administrativo*, pp. 187 e 188.

(52) Cfr. *Direito Administrativo*, cit., p. 76.

(53) Para PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, p. 59 mas não para OLIVEIRA ASCENSÃO, cfr. *A Integração das Lacunas da Lei e o Novo Código Civil*, o *Direito*, 1968, Ano 100.º, p. 285.

Considerando a interpretação *lato sensu*, como compreendendo a própria integração, e situando-a no processo geral de realização concreta do direito ⁽⁵⁴⁾ em que o aplicador há muito deixou de ser um autônomo, que se limita a uma aplicação subsuntiva, para passar a adoptar modelos de decisão jurídica, em que mercê dos vários argumentos relevantes para o caso vai realizar o Direito em cada decisão concreta, atendendo e ponderando as consequências dessa decisão de uma forma sinéptica ⁽⁵⁵⁾, parece-nos pertinente a aplicação do RJEOP para integrar o regime da empreitada civil, nomeadamente nas seguintes hipóteses:

I — O Art. 1215.º Código Civil remete para o tribunal a fixação da modificação do prazo de execução da obra no caso de alterações necessárias.

Ora o Art. 129.º do RJEOP prevê que sempre que haja lugar à realização de trabalhos a mais, o prazo contratual para a conclusão da obra será prorrogado, na proporção do valor desses trabalhos relativamente ao valor da empreitada.

II — O Art. 1216.º, n.º 2 Código Civil em que também se prevê um prolongamento do prazo para a execução da obra sem nada permitir concluir quanto à determinação desse prolongamento.

III — O Art. 1202.º do Código Civil permite a existência de fiscalização por parte do dono da obra em relação à actividade do empreiteiro, durante a execução da obra. Se esta fiscalização, numa obra de grandes dimensões, fôr exercida por dois ou mais fiscais e se esses fiscais emitirem ordens ou instruções contraditórias?

O Art. 156.º do RJEOP, prevê que nesse caso o dono da obra indique sempre qual dos fiscais chefia a fiscalização, ficando o empreiteiro apenas vinculado às ordens e instruções por este transmitidas.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, *Integração de Lacunas*, Enc. Polis, p. 608.

⁽⁵⁵⁾ Sobre esta questão Vd. MENEZES CORDEIRO, *Tendências Actuais da Interpretação da Lei: Do Juiz-autómato aos Modelos de Decisão Jurídica*, Revista Jurídica, p. 7 e ss.

B — RESTRIÇÕES À APLICAÇÃO DO RJEOP

Em princípio o regime do Dec.-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto, enquanto regime de direito público destina-se a ser aplicado apenas às empreitadas de obras públicas definidas nos n.ºs 1 e 2 do Art. 1.º desse diploma desde que coexistam os três elementos nele referidos:

- *Elemento material*— que respeita ao objecto da empreitada e que deve traduzir-se em trabalhos de construção, reconstrução, restauro, reparação, conservação ou adaptação de imóveis;
- *Elemento intencional*— que se traduz no fim de interesse colectivo que com a obra se visa satisfazer;
- *Elemento pessoal*— em função do qual a obra deve decorrer, no todo ou em parte, por conta do Estado, de associação pública ou de instituto público (56).

Além destas empreitadas, coloca-se a questão de considerar verdadeiras empreitadas de obras públicas (57) aquelas a que, em virtude da portaria do Ministro competente, também se aplique o RJEOP quando os donos da obra sejam empresas públicas, de economia mista ou concessionárias do Estado ou outra entidade pública, nos termos do n.º 3 do Art. 1.º do citado diploma.

Atentando na redacção do referido inciso não nos parece que seja lícito extrair tal conclusão, já que a referida disposição apenas prevê que «a aplicação deste diploma (o Dec.-Lei n.º 235/86) às empresas públicas, de economia mista ou concessionárias do Estado ou de outras entidades públicas, depende de portaria do ministro competente».

O que nos deixa concluir antes, por uma hipótese de aplicação do RJEOP e não uma verdadeira empreitada de obras públicas, com a configuração que a lei lhe dá, sendo nestes casos a aplicação do

(56) ANDRADE DA SILVA, «Regime Jurídico...», p. 26.

(57) Assim PEDRO ROMANO MARTINEZ, «Empreitada», Direito das Obrigações, III, sob a coordenação do Prof. António Menezes Cordeiro, A.A.F.D.L., 1991, p. 413.

RJEOP sujeita a algumas restrições. Nomeadamente, no que diz respeito às disposições que se traduzem numa simples reprodução de normas ou princípios de direito público que atribuem à parte pública poderes administrativos no âmbito das quais podem e devem ser praticados actos administrativos definitivos e executórios. São de um modo geral, as cláusulas que autorizam a parte pública, em razão de um interesse público a tomar decisões unilaterais que se impõem à contraparte ou a terceiros como as decisões de tomar posse administrativa da obra ou de expropriar, em determinadas circunstâncias imóveis onde se realizarão os trabalhos ⁽⁵⁸⁾.

Tais restrições não se verificam nos casos em que de acordo com o disposto no n.º 2 do Art. 3.º do Estatuto das Empresas Públicas ⁽⁵⁹⁾ essas empresas ou as concessionárias que exploram serviços públicos, asseguram actividades que interessem fundamentalmente à defesa nacional ou exerçam a sua actividade em situação de monopólio, porquanto nestes casos estas podem submeter determinados aspectos do seu funcionamento a um regime de direito público ou possuir especiais privilégios ou prerrogativas de autoridade.

Já no caso das empresas públicas que não sejam, como as referidas, empresas públicas políticas ou empresas públicas de

⁽⁵⁸⁾ O AC. do S.T.J. de 21 de Dezembro de 1986 (B.M.J. 361.º, p. 347) propõe uma classificação de três grandes zonas materiais no contrato de empreitadas de obras públicas:

- a) As normas de direito público que atribuem à parte pública poderes administrativos ... no âmbito destas cláusulas podem e devem ser praticados actos administrativos;
- b) Cláusulas resultantes do acordo das partes, ou que por virtude de disposição legal ou de princípios gerais de direito administrativo se presumem integradas no texto dos contratos, mas cujo conteúdo e efeitos jurídicos estão prefixados, total ou parcialmente na lei.
Neste caso, a parte pública poderá praticar actos administrativos definitivos, mas não executórios.
- c) Cláusulas que revelam na sua génese e na modelação do respectivo conteúdo e efeitos, da autonomia da vontade das partes.
Neste caso não se produzem actos administrativos, mas simples declarações de vontade negociais...

⁽⁵⁹⁾ Dec.-Lei n.º 260/76 de 8 de Abril.

direito público com *abstracto* empresarial mas gozando de privilégios, prerrogativas e poderes de autoridade («*jus imperii*») ⁽⁶⁰⁾ mas que se configurem antes como pessoas colectivas de direito privado ⁽⁶¹⁾ e que são a generalidades das empresas públicas, o RJEOP não deve ser aplicado na parte em que confere poderes de autoridade ou a possibilidade de praticar actos administrativos, já que o regime—regra que lhes é aplicável é, nos termos do Art. 3.º, n.º 1 do Estatuto das Empresas Públicas, o do direito privado, isto é, o direito civil, o direito comercial e o direito laboral ⁽⁶²⁾, como tal incompatível com o regime de direito público que é o regime das empreitadas de obras públicas. Mas não já incompatível com as disposições deste regime que se encontrem na esfera da autonomia privada.

A distinção proposta ganha particular importância quando as empresas públicas levem a cabo a sua actividade orientadas pelas regras da gestão privada em concorrência com empresas privadas, em que considerarmos as suas empreitadas, empreitadas de obras públicas e não casos de aplicação do RJEOP acompanhadas das precauções e restrições que se impõem na sua aplicação entre particulares, ocasionaria o exercício de prerrogativas incompatíveis com o seu estatuto e com o facto do fim imediato prosseguido não ser o interesse público.

Por outro lado, colocá-las-ia em vantagem competitiva, ocasionando distorções na concorrência já que o conceito de empreitada de obras públicas surge relacionado com um bloco legislativo extremamente favorável para o dono da obra, que a título de exemplo as dispensa de licenciamento municipal e lhes aplica um regime fiscal atenuado em sede de I.V.A. ⁽⁶³⁾.

⁽⁶⁰⁾ De acordo com a sistematização e terminologia de NUNO SÁ GOMES, *Notas Sobre a Função e Regime Jurídico Das Pessoas Colectivas Públicas de Direito Privado*, *Cadernos de Ciências e Técnicas Fiscal*, 153, p. 131 e 156.

⁽⁶¹⁾ Vd. NUNO SÁ GOMES, obra citada p. 156.

⁽⁶²⁾ NUNO SÁ GOMES, obra citada, p. 73.

⁽⁶³⁾ Cfr. Verba 3.6 da Lista II anexa ao Código do I.V.A. que prevê a aplicação da taxa reduzida de liquidação em I.V.A. às «empreitadas de bens imóveis», em que são donos das obras pessoas colectivas de direito público com excepção das empresas públicas.

Entretanto, cabe referir que tal questão perdeu alguma actualidade apesar de se manter o interesse da distinção, em virtude de a referida verba ter sido alterada passando

Emquadrar-se-ia nesta situação a Empresa Pública de Urbanização de Lisboa que se dedica à promoção imobiliária em concorrência com muitas outras empresas privadas (64).

Fora destes casos de aplicação do RJEOP por força do disposto no N.º 3 do Art. 1.º do próprio diploma o Dec.-Lei n.º 235/86 aplica-se a numerosas empreitadas por força de legislação avulsa e que passamos a referir a título exemplificativo:

- Às empreitadas para construção de habitação social, nos termos do Dec.-Lei n.º 183/92, de 22 de Agosto;
- Às empreitadas de obras públicas promovidas pelos órgãos autárquicos, de acordo com o disposto no Art. 15.º do Dec.-Lei n.º 390/82 de 17 de Setembro e como resulta actualmente do n.º 2 do Art. do Dec.-Lei n.º 235/86.

Aplica-se ainda quando existam decisões nesse sentido tomadas pela administração para determinado ministério ou conjunto de entidades. É exemplo dessa remissão a Instrução Genérica n.º 2/89 do Ministério das Obras Públicas Transportes e Comunicações que previa:

«Devem os Srs. Administradores das Empresas Públicas, das empresas maioritariamente participadas pelo Estado, ou empresas que hajam celebrado contratos de concessão de obras ou de Serviços públicos com Estado, aplicar as normas do Decreto Lei n.º 235/86 nas empreitadas em que figurem como dono da obra...».

também as empreitadas de obras públicas a estar sujeitas à taxa normal (cfr. Art. 81 da Lei n.º 2/92, de 9 de Março).

(64) Este caso concreto foi objecto de um officio da D.G.C.I. de Maio de 1991 (Proc. n.º E15191062), que prevê a aplicação da taxa reduzida do I.V.A.-8% em vez da taxa normal de 16%-apenas às empreitadas de bens imóveis em que são donos da obra pessoas colectivas de direito público *com excepção das empresas públicas...* Tal entendimento extrai-se do disposto no Art. 5.º do Dec.-Lei n.º 195/89, de 12 de Junho, que procedeu à alteração da verba 3.6. da Lista II anexa ao CIVA.

Fora das situações acima referidas da aplicação do RJEOP surgem então os casos de aplicação do RJEOP às empreitadas particulares por expressa remissão global das partes nesse sentido.

Introduzindo a esta questão, cabe antes de mais observar que a situação em que as partes, numa empreitada particular, remetem para a aplicação do RJEOP é cada vez mais frequente ⁽⁶⁵⁾ e suscita as seguintes considerações:

- A frequência de tal remissão pode causar estranheza pelo facto de as partes suscitarem a aplicação de um regime de Direito Público e logo tendencialmente desequilibrado e prejudicial ou menos favorável para o empreiteiro;
- Ainda assim, as partes preferem a maior segurança jurídica de um regime mais pormenorizado, o que é compreensível em particular nas empreitadas de construção, atendendo à maior especificidade do RJEOP relativamente a estas ⁽⁶⁶⁾ e ao maior grau de generalidade e como tal de mais difícil concretização das disposições sobre o Contrato de Empreitadas do Código Civil, aplicável em princípio à realização de qualquer obra, ainda que de coisa incorporável ⁽⁶⁷⁾ como defende alguma doutrina.
- Milita a favor dessa maior segurança jurídica o carácter de maior preocupação técnica quase regulamentar do RJEOP, que face à evolução da ciência juscivilística pode mesmo representar um recuo:

a) Pelas imprecisões terminológicas que contém por exemplo no Art. 211.º ao referir «*rescisão* de con-

⁽⁶⁵⁾ Sobre a frequência deste fenómeno no Direito Público FAUSTO DE QUADROS, constata a tendência generalizada da Administração pública e especialmente das empresas públicas para conduzirem o processo de formação dos contratos administrativos, segundo o regime das empreitadas de obras públicas, regulado pelo Dec.-Lei n.º 235/86 e, observa: «Este caminho é manifestamente errado e ilegal, porque equivale a reconhecer que tal diploma regula o regime ou comum dos contratos administrativos». (Cfr. O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo, R.O.A., Ano 47, p. 713).

⁽⁶⁶⁾ Cfr. Art. 1.º, n.º 1-º... empreitadas destinadas à realização de trabalhos de construção, e construção, restauro, reparação, conservação ou adaptação *de bens imóveis...*.

⁽⁶⁷⁾ Sobre esta questão vd. PEDRO ROMANO MARTINEZ, obra citada pp. 462 a 467.

veniência do dono da obra» o que na realidade não é uma verdadeira rescisão em sentido técnico como veremos;

- b) Pela má sistematização, com frequentes repetições e desarticulação de soluções para casos análogos, como a que resulta do confronto entre o n.º 2 do Art. 211.º e n.º 1 do Art. 37.º, prevendo-se neste caso uma indemnização por redução dos trabalhos adjudicados de 10% do valor da diferença entre os trabalhos realizados e os trabalhos que haviam sido objecto do contrato. Enquanto que no n.º 2 do Art. 211.º se prevê que o empreiteiro seja indemnizado dos danos emergentes e dos lucros cessantes que sofra em consequência da redução do volume de trabalhos adjudicados, que naturalmente poderá ser superior a 10% da diferença verificada.
- c) Pelo próprio fim «pedagógico» e excessivamente concretizado de muitas disposições, ditadas pela necessidade da sua compreensão, aquando da promoção e da realização do acto público de concursos levados a cabo por técnicos sem formação jurídica ⁽⁶⁸⁾ descendo por isso a pormenores de regulamentação que só por si é incompatível com um maior grau de abstracção, generalidade e sistematização que devem presidir à elaboração de uma codificação.

Assim e perante a crescente importância económica da aplicação deste regime a empreitadas particulares ⁽⁶⁹⁾, parece-nos

⁽⁶⁸⁾ Actas de revisão da comissão de revisão do Dec.-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto.

⁽⁶⁹⁾ Neste sentido, FRANÇOIS LLORENS (obra citada, p. 653) que escreve: «En effet, on aurait du mal à déceler entre les documents normalement applicables au contrat d'entreprise et ceux destinés à régir les marchés de travaux publics la moindre différence notable. Sans doute un examen attentif révélerait sur tel ou tel point d'importance numérique des divergences de détail. Mais on chercherait en vain une différence fondamentale qui justifierait l'opposition entre les deux contrats. L'identité est évidente lorsque les cahiers des charges conçus pour régir certains contrast d'entreprise sont purement et simplement calqués sur les documents types de caractère administratif. Mais sans même s'en tenir à cet

lícito concluir que a maior segurança jurídica e carácter mais exaustivo e, logo, menos lacunoso que inspira um contrato pleno de especificidades e com cada vez maior complexidade técnica ⁽⁷⁰⁾ associado à transparência do seu processo de formação se sobrepõem ao maior apuro juscientífico e maior equilíbrio, pelo menos tendencial, do recurso às regras da empreitada civil e das obrigações em geral.

Contudo, e apesar de se poder afirmar que o Direito das Obrigações tem em bloco e como regra, natureza supletiva ⁽⁷¹⁾, dependendo o seu funcionamento da inexistência de qualquer outro comando aplicável a um caso que caia sob a sua previsão ⁽⁷²⁾, surge como obstáculo à aplicação do RJEOP a injuntividade de algumas normas não apenas sobre empreitadas em especial, mas também da parte geral deste ramo do direito.

De facto, a natureza, supletiva ou injuntiva, das normas aplicáveis ao contrato de empreitadas tem de ser averiguada disposição a disposição, podendo estar consagrada explicitamente ⁽⁷³⁾. Como nos Arts. 1 210, n.º 1, 1 210.º, n.º 2 e 1 211, n.º 2 que dispõem, respectivamente, nos seguintes termos: «Salvo convenção ou uso em contrário», «No silêncio do Contrato» e «Não havendo cláusula ou uso em contrário». Ou, implicitamente, casos em que há que apurar se o regime contido no Código Civil, nos Arts. 1 207.º a 1 230.º é ou não um regime supletivo, mas em que não havendo indícios seguros que inculquem a natureza injuntiva

aspect particulier de la comparaison, force est de constater que les principes qui animent les modèles de prime les plus opposés, les cahiers des charges sont identiques. Les règles techniques qu'ils prévoient également».

⁽⁷⁰⁾ De que é testemunho a aplicação do RJEOP não apenas a empreitadas de construção mas também de execução de numerosas sub-empreitadas que pressupõem a incorporação de equipamentos na construção nomeadamente os ascensores, as telecomunicações, a ventilação, o aquecimento ou o condicionamento de ar.

Compreendendo a importância destes trabalhos o FIDIC (Federation Internationale Des Ingenieurs — Conseils) publicou recentemente, o «YELLOW BOOK» — Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works. Apesar das condições gerais mais divulgadas e de maior utilização em empreitadas internacionais continuar a ser o «RED BOOL» — Condition of Contract for Works of Civil Engineering Construction.

⁽⁷¹⁾ Cfr. MENEZES CORDEIRO, Direito das Obrigações, I, p. 73.

⁽⁷²⁾ Cfr. obra citada, p. 71.

⁽⁷³⁾ MENEZES CORDEIRO, obra citada, p. 73.

das normas, estas devem ser consideradas supletivas ⁽⁷⁴⁾.

Devendo ser considerados indícios de não supletividade, segundo MENEZES CORDEIRO:

- A existência de normas ou princípios de nível normativo superior que imponham certa solução;
- O visarem, as normas de cuja natureza se trate, a protecção do âmbito da autonomia de terceiros, por só a estes caber pactuar sobre o campo que a lei lhes reserva;
- A existência de princípios de idêntico nível normativo que inculquem, como forçosa, determinada orientação ⁽⁷⁵⁾.

Nesta linha, o Acórdão da Relação do Porto de 17 de Novembro de 1992 ⁽⁷⁶⁾ postula: «Se as partes podem estabelecer livremente cláusulas divergentes da regulamentação contida no Código Civil, nada impede que as suas cláusulas reproduzam o regime legal estabelecido noutro diploma, designadamente naquele Dec.-Lei (referindo-se ao Dec.-Lei n.º 235/86, podendo prevalecer naturalmente uma cláusula de reenvio ⁽⁷⁷⁾).

Tratando-se unicamente, segundo ANTUNES VARELA ⁽⁷⁸⁾, de distinguir entre as normas vigentes e normas supletivas:

«As primeiras são normas de interesse e ordem pública, e são formuladas sempre com carácter imperativo, pelo facto de a sua violação ofender particularmente a vida social; as outras são normas de interesse privado, de natureza facultativa, por visarem preponderantemente a defesa de interesses individuais (de relações patrimoniais, sobretudo, entre os cidadãos)». O que para MENEZES CORDEIRO se trata de uma asserção, hoje insatisfatória atendendo à socialização da economia e à defesa efectiva, pelo Direito, da posição dos

⁽⁷⁴⁾ MENEZES CORDEIRO, obra citada, p. 74.

⁽⁷⁵⁾ Obra e loc. cit., p. 74

⁽⁷⁶⁾ C.J., 1992, V, p. 222.

⁽⁷⁷⁾ Que no aresto em análise tinha a seguinte redacção: «Em tudo o que se encontra omissio neste contrato aplica-se (sic) as disposições legais previstas no Dec.-Lei n.º 235/86 de 18 de Agosto».

⁽⁷⁸⁾ Noções Fundamentais de Direito Civil, I Vol., p. 25.

cidadãos que confere aos interesses privados inegável relevância social, indutora de interesse público. Podendo-se concluir apenas que é possível afirmar a existência de áreas onde o interesse colectivo é prosseguido pelo estado, contrapostas a outras onde tal se consegue pela actividade dos particulares ⁽⁷⁹⁾. Remetendo a resolução da questão para a averiguação dos já referidos indícios de não supletividade.

A este propósito a relação do Porto, na já citada decisão, fundamenta a razão de ser da existência de normas vigentes ou imperativas no domínio do direito obrigacional, na salvaguarda de interesses de ordem pública, entre os quais se insere a protecção da parte mais fraca, que, pela situação em que se encontra, poderia ser forçada, muitas vezes, a aceitar cláusulas manifestamente desfavoráveis impostas pelo outro contraente, colocado em situação melhor, como no caso da protecção do arrendatário no contrato de arrendamento e a do trabalhador no contrato de trabalho ⁽⁸⁰⁾.

Ou, acrescentariamos nós, a protecção do dono da obra, que pela sua inexperiência, facilmente poderia ser lesado contra determinados expedientes do empreiteiro destinados a elevar o custo da obra ⁽⁸¹⁾.

Em conclusão, e a título exemplificativo, a mesma decisão ⁽⁸²⁾ pronuncia-se pela injuntividade do Art. 1221.º (Eliminação dos Defeitos) e, em consequência, pela impossibilidade de aplicação da disposição correspondente do RJEOP, o Art. 205.º de que resulta a possibilidade do dono da obra, no caso desta apresentar defeitos, desde logo, por si ou por intermédio de terceiros, eliminar esses defeitos ou reconstruir a obra à custa do empreiteiro. Enquanto que no regime do Código Civil o dono da obra só pode, em execução para prestação de facto fungível, pedir que a eliminação dos defeitos ou a reconstrução da obra se façam por intermédio de terceiros à custa do empreiteiro ⁽⁸³⁾.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. obra citada, p. 74.

⁽⁸⁰⁾ C.T., 1992, V, p. 222.

⁽⁸¹⁾ PEDRO ROMANDO MARTINEZ, obra citada, n.º 485;
PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, obra citada, p. 807.

⁽⁸²⁾ C.J., 1992, V, p. 223.

⁽⁸³⁾ Cfr. Art. 828.º do Código Civil e 933.º e seg.s Código Proc. Civil.

E, decide nestes termos por entender estarmos perante uma norma (o Art. 1211.º) ditada pelo interesse de ordem pública de realização da justiça mais equitativa, através da solução éticamente mais razoável, na busca de um maior equilíbrio dos interesses em conflito.

Contudo, se no presente caso os indícios de não supletividade funcionam, mais do que a contraposição interesse público — interesse privado na determinação de imperatividade da norma do Art. 1221.º, pois permitem detectar normas e princípios que impõem como forçosa, a orientação segundo a qual a ordem jurídica supõe uma condenação prévia do empreiteiro, na sequência da qual o dono pode exigir a eliminação do defeito ou a nova construção por terceiros, à custa do devedor, não se justificando no caso especial da empreitada, que se prescindisse da via judicial entrando-se directamente numa execução específica ⁽⁸⁴⁾; casos existem em que prevalece a autonomia privada enquanto pedra angular do direito das obrigações, tornando impossível ilidir a natureza tendencialmente supletiva das suas normas. Nesses casos, as disposições do Código Civil podem ser afastadas porque são supletivas, ou seja, podem ser substituídas na regulamentação de um caso, pelas estatuições que as partes façam, mercê da autonomia privada.

Porém, além da imperatividade das normas do Código Civil ou da sua supletividade, configura-se uma terceira hipótese em que apesar de estarmos perante uma norma supletiva a estipulação das partes não pode, ainda, aplicar-se, pelo desajustamento do seu conteúdo ou pela sua natureza administrativa, à regulação de um contrato celebrado entre particulares. O que é bastante frequente no caso de um reenvio em bloco para o RJEOP, e ocasiona, naturalmente, uma invalidade dessa disposição e uma devolução para a norma que inicialmente as parte pretendiam afastar, a norma supletiva do Código Civil.

Estamos assim, perante situações de impossibilidade de aplicação do RJEOP ainda que exista um reenvio das partes nesse sentido, que não dizem já respeito à imperatividade ou supletividade

⁽⁸⁴⁾ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, II, p. 821.

das normas de direito civil que regem o contrato de empreitada, mas que se destinam às hipóteses em que, apesar de as normas do Código Civil que regem este contrato serem supletivas e permitirem uma estipulação ou um reenvio das partes, tal reenvio não é possível em virtude do próprio conteúdo do regime da empreitada pública e da sua incompatibilidade com as regras gerais sobre obrigações porque, ditado pela prossecução do interesse público, subjacente ao Dec.-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto.

Assim, apesar da aproximação entre os dois regimes em análise, acima constatado, existem traços característicos importantes, em que tentámos agrupar as manifestações do interesse público no contrato de empreitadas de Obras Públicas. Já que, ao serem ditados por esse interesse, são muitas vezes caracterizados por uma exorbitância deste em relação ao regime privado. E, esta exorbitância é o principal óbice à aplicação deste regime às empreitadas particulares, ainda que exista convenção das partes nesse sentido.

Antes de entrar na análise pormenorizada das manifestações do Interesse Público no RJEOP, cabe sublinhar que é esse escopo — A prossecução do interesse público — que impede a aplicação de determinadas normas às empreitadas particulares.

Como veremos, a doutrina, por caminhos diversos mas com resultados idênticos postula a não aplicação pura e simples das cláusulas do RJEOP cujo conteúdo seja ditado por esse escopo, contrariando a remissão feita pelas partes, para o regime de direito público, aquando da estipulação contratual.

A este respeito VAZ SERRA, ⁽⁸⁵⁾ observa oportunamente que «as (empreitadas) públicas, têm um regime especial, que, dado o seu fim próprio, não é aplicável geralmente às privadas; e, *ainda quando estas contenham cláusulas que remetam*, quanto a certos aspectos, *para as disposições relativas às empreitadas públicas*, a remissão, em princípio, deve considerar-se *aplicável só na medida em que a norma indicada não fôr inspirada especificamente na defesa do interesse público*».

O citado mestre acolhe, desta forma, entre nós, quase literalmente a posição defendida, no direito italiano, por DOMENICO

(85) Vd. «Empreitada», B.M.J., 145, p. 75.

BARBERO ⁽⁸⁶⁾. Autor que apesar de não se alargar em argumentos, é talvez mais generoso na análise desta questão, ao fazer notar que o comitente público tem uma posição de preeminência, de superioridade, em relação ao empreiteiro, em virtude do interesse público que prossegue e que está envolvido na relação jurídica, em consequência do qual o contrato assume uma natureza de contrato de direito público ⁽⁸⁷⁾.

E, conclui BARBERO, que atendendo à sua especificidade e ao seu fim particular, as normas sobre a empreitada pública não são geralmente aplicáveis às empreitadas privadas e, mesmo quando os contratos por que se regem estas últimas contenham cláusulas que reenviam para a aplicação das normas sobre empreitadas públicas, esse reenvio só se mantém válido se a norma a que reporta a remissão *não se inspirar especificamente na salvaguarda do interesse público*.

Por sua vez, este autor remete para a obra de DOMENICO RUBINO sobre o contrato de appalto, que também refere, que o reenvio para o regime da empreitada pública não pode ser válido sem algumas adaptações, cabendo ao intérprete acolhê-lo com cautela e com reserva, em particular, se se tratar de um reenvio genérico e não de um reenvio específico para uma determinada norma ⁽⁸⁸⁾, nestes termos conclui:

«Non Sarabbe invece valido un rinvio generico, che intenda sostituire l'intera disciplina di un tipo di appalto publico o un intero settore di essa, alla disciplina dell'appalto privato; o anche che ciò voglia fare in linea di massima, basciando salve solo singole norma dell'appalto privato, specificamente eccettuate, o che non consenta di individuare l'estensione del rinvio».

Continua o mesmo autor, sublinhando que a norma da Empreitada Pública objecto da remissão, ao passar dessa emprei-

⁽⁸⁶⁾ Vd. Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano, 5.^a ed., 1958, II, p. 775.

⁽⁸⁷⁾ Razão porque alguns autores não lhe reconhecem natureza contratual, mas de verdadeiro acto administrativo. Nesta matéria BARBERO remete para MESSINEO, Teoria Generale del Contrato, p. 31.

⁽⁸⁸⁾ Vd. DOMENICO RUBINO, L'Appalto, Torino, 1958, p. 3.

tada para a privada, perde a sua natureza, isto é, não mais se aplica pela via da autoridade mas como disposição contratual. Postulando a sua nulidade quando a consequência da sua aplicação seja a concessão desses poderes de autoridade ou quando, pela sua natureza, essas normas sejam de aplicação impossível ⁽⁸⁹⁾.

Testando esta construção, retornando à decisão da relação do Porto de 17 de Novembro de 1992 ⁽⁹⁰⁾ em que o tribunal se pronuncia pela imperatividade do Art. 1221.º do Código Civil sobre eliminação dos defeitos da obra e consequente impossibilidade de aplicação por estipulação das partes dos Artigos correspondentes do RJEOP — 195.º e 205.º — estamos agora aptos a afirmar que ainda que se entendesse como supletivo tal preceito do Código Civil ou não se conseguisse demonstrar, num ramo de direito de natureza tendencialmente supletivo, a imperatividade deste inciso, ainda assim, não se aplicaria o disposto nos n.º 4 do Art. 195.º e no Art. 205.º do RJEOP atendendo à sua natureza e ao seu escopo de direito público.

É que, essas disposições não apenas são corolários da especial exigência do princípio da pontualidade na execução de um contrato administrativo, por estar em causa a prossecução de um interesse público, como só fazem sentido no âmbito do Direito Administrativo em que, ao vigorar o privilégio da execução prévia ⁽⁹¹⁾, sendo permitido ao ente público antecipar-se às decisões dos tribunais e, independentemente da condenação judicial do empreiteiro em execução para prestação de facto fungível, substituir-se a este e entrar directamente na execução específica do contrato, ao «mandar efectuar de conta do empreiteiro» as modificações em reparações necessárias, debitando a este as importâncias pendidas.

⁽⁸⁹⁾ Obra citada p. 4.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. C.J., 1992, V, pp. 220 e ss.

⁽⁹¹⁾ Cfr. MARCELLO CAETANO, Manual de Direito Administrativo, 10.ª ed., 1980, I, p. 447: «A administração pública é um poder paralelo ao judiciário, os órgãos administrativos podem tomar decisões obrigatórias para os particulares e que em caso de não observância são impostas coercivamente. A este poder da Administração, que para a execução dos interesses públicos a coloca no mesmo plano da justiça e em situação privilegiada, chama-se privilégio da execução prévia a fim de sublinhar que a execução pode em tais casos ser anterior à discussão contenciosa e à decisão jurisdicional».

Exemplificando, entre nós, no que diz respeito ao RJEOP podemos encontrar diversas normas que pela sua natureza não se podem destinar à empreitada de direito civil:

- Art. 81.º, n.º 2 — ao prevêr a presença no acto público do concurso do Procurador-Geral da República ou de um seu representante,
- Art. 93.º, n.º 6 — que prevê, em determinadas conjunturas, a proibição da adjudicação a propostas abaixo de determinado valor;
- Art. 107.º — ao postular a obrigatoriedade de registo dos contratos de empreitada em livros do ministério;
- Art. 109.º — sobre formalidades subsequentes à celebração do contrato como o Visto do Tribunal de Contas e o registo na Direcção-Geral da Contabilidade Pública;
- Art. 146.º — que prevê a possibilidade do empreiteiro requerer a expropriação por utilidade pública, de determinados prédios;
- Art. 213.º — que prevê a posse administrativa das obras;
- Art. 220.º — sobre competência dos tribunais administrativos.

Se bem que quanto ao n.º 3 desta última disposição DOMENICO RUBINO ⁽⁹²⁾ entenda que na mesma medida em que é permitida a intervenção de um Tribunal Arbitral entre particulares, também, nos termos do n.º 3 do Art. 220.º do RJEOP, na empreitada particular, as partes podem acordar em submeter o litígio a um tribunal arbitral. Apesar desta norma não assumir por si a natureza da cláusula compromissória ⁽⁹³⁾ como acontece no direito italiano, já que apenas prevê a possibilidade das partes acordarem em sub-

⁽⁹²⁾ V.l. L'Appalto, p. 3.

É de notar que a norma do ordenamento italiano que regula esta matéria, estipula desde logo a obrigatoriedade da solução arbitral e prevê também a composição desse tribunal.

⁽⁹³⁾ Ou, instrumento pelo qual as partes se comprometem a submeter a arbitragem os litígios que venham no futuro a surgir de determinado acto ou facto jurídico (cfr. RAÚL VENTURA, ROA, 46.º Tomo 1, p. 8.

meter o litígio a um tribunal arbitral, e não a sua obrigatoriedade; quando articulada com o disposto no n.º 1 do Art. 226.º do RJEOP tem validade na parte em que este regime prevê os termos a observar quanto às normas do processo arbitral—articulados testemunhas e discussão⁽⁹⁴⁾.

Também no que concerne aos restantes casos de impossibilidade de aplicação do RJEOP, quer porque está em causa um interesse público, situações que a seguir serão individualizadas e desenvolvidas, quer porque pela sua natureza as normas não são passíveis de serem aplicadas às relações entre particulares, quando nos confrontarmos com a invalidade de certas cláusulas, relativamente à empreitada particular, naturalmente não será inválido todo o contrato, aplicando-se o direito supletivo no lugar das cláusulas afastadas, como resulta da ressalva inicial do Art. 239.º Código Civil, sobre a integração das declarações negociais. Porquanto só na falta de norma supletiva, das obrigações em geral ou dos contratos em especial capaz de preencher a lacuna negocial é que, se deve recorrer ao critério geral fixado referido Art. 239.º⁽⁹⁵⁾. Ou, operar-se a redução do negócio subsistindo este na ordem jurídica com a parte que é saudável, ou não viciada⁽⁹⁶⁾, de acordo com o disposto no Art. 292.º Código Civil.

Contudo, não se operará tal redução, quando, como prevê a parte final do Art. 292.º do Código Civil, a vontade conjectural ou hipotética das partes fosse no sentido da não conclusão do negócio sem a parte viciada.

Ainda assim, na linha do que é defendido por MOTA PINTO⁽⁹⁷⁾ são admitidas excepções, que consistem em dever-se admitir a

⁽⁹⁴⁾ Em termos semelhantes aos que no ordenamento italiano, RUBINO entende que no caso de reenvio para a norma sobre o sistema arbitral esta servirá para determinar a composição do tribunal arbitral, e em tudo o resto não impede que se continue a aplicar a disciplina da arbitragem entre particulares.

⁽⁹⁵⁾ Vd. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, 4.ª ed., I, p. 226.

⁽⁹⁶⁾ Vd. CARVALHO FERNENDES, Teoria Geral do Direito Civil, II; AAFDL, Lisboa, 1983, p. 500 e 501.

⁽⁹⁷⁾ Teoria Geral do Direito Civil, 3.º ed., Coimbra Editora, 1986, pp. 626 a 630.

redução, ainda que a vontade conjectural ou hipotética das partes fosse no sentido oposto, nos seguintes casos específicos:

- a) Quando a invalidade parcial resultar da infracção de uma norma destinada a proteger uma parte contra a outra, ou que atribua um direito a uma só das partes ou funcione exclusivamente a favor de uma delas, como parece acontecer na maioria das disposições do RJEOP que concedem determinadas prerrogativas ao dono de obra público;
- b) Quando, verificada a invalidade parcial, seja conforme à boa-fé, numa apreciação actual, que o restante conteúdo do negócio se mantenha, ainda que a vontade hipotética, reportada ao momento da conclusão do negócio, fosse diversa, com base no regime dos Arts. 239.º e 762.º Código Civil;
- c) Nos contratos de adesão, verificada a nulidade de certas cláusulas por violarem o Art. 280.º, não é nulo todo o contrato, entrando o direito supletivo no lugar das cláusulas nulas, por ser essa a única solução favorável ao interesse da parte *que não elaborou os dispositivos contratuais* e por ser esse o interesse que está na base da nulidade das cláusulas.

Nestes termos, atendendo ao desequilíbrio tendencial da empreitada pública referida na alínea a) e à similitude da questão objecto deste estudo, ou seja, da problemática do reenvio para o RJEOP, com a configuração jurídica das cláusulas contratuais gerais em virtude da sua *pré-elaboração* — por serem anteriores ao negócio; *rigidez* — porquanto as condições gerais da contratação, fixadas por uma parte, devem ser em bloco recebidas ou rejeitadas pela outra parte, que não tem possibilidade de modelar o conteúdo do acto que pretende celebrar; e *generalidade* — uma vez que, no contrato por adesão, e ao contrário do que sucede no contrato comum, uma das intervenções negociais não é especificamente, dirigida a uma determinada pessoa, mas sim a uma generalidade abstracta, seja ela constituída por todos os cidadãos, seja por aqueles que se encontram em determinada situação ⁽⁹⁵⁾; somos

⁽⁹⁸⁾ Vd. MENEZES CORDEIRO, Direito das Obrigações, I, p. 99.

levados a concluir pela manutenção do negócio contra a vontade hipotética das partes, quando seja conforme à boa-fé, uma apreciação actual, que o restante conteúdo do negócio se mantenha, com apoio no regime dos Art. 239.º Código Civil (Integração) e 762.º Código Civil (Cumprimento, Boa-Fé) e na própria cláusula geral do abuso do direito. Caso contrário frustrar-se-ia a finalidade protectora da norma que prevê a nulidade de determinada cláusula, sendo esta a única solução favorável ao interesse da parte que não elaborou os dispositivos contratuais, sendo certo que é esse interesse que está na base da nulidade das cláusulas⁽⁹⁹⁾. Está em causa uma redução teleológica determinada pela necessidade de alcançar plenamente as finalidades visadas pela norma imperativa infringida.

Excepções à manutenção do contrato, contra a vontade hipotética das partes serão as situações em que se verifique, à imagem do que se prevê quanto às Cláusulas Contratuais Gerais, uma indeterminação insuprível dos aspectos essenciais do contrato, que resulta também da regra do n.º 1 do Art. 280.º Código Civil ou, um desequilíbrio nas prestações gravemente atentório da boa-fé como resultado do Art. 9.º do diploma sobre Cláusulas Contratuais Gerais⁽¹⁰⁰⁾.

A terminar cabe referir que além dos casos acima vistos de impossibilidade de aplicação do RJEOP a empreitadas particulares — a existência de normas obrigacionais injutivas; o objecto da remissão incidir sobre disposições desse regime que se inspirem especificamente na salvaguarda do interesse público; e, a natureza administrativa de algumas do regime da empreitada pública — iremos defrontarmos, na análise das manifestações mais típicas do interesse público no contrato administrativo, com hipóteses em que esse interesse público não é, em princípio, incompatível num contrato de direito civil. Como, por exemplo, no que concerna ao concurso público na formação do contrato, à natureza pessoal da relação, ao regime da resolução do contrato e ao carácter especialmente rigoroso do princípio da pontualidade com as consequências que acarreta.

⁽⁹⁹⁾ Como observa MOTA PINTO, obra citada, p. 630.

⁽¹⁰⁰⁾ Dec.-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

Nestes casos há, ainda assim, que fazer algumas ressalvas. Devemos, em primeiro lugar considerar estas hipóteses como um campo por excelência para a aplicação do princípio da ponderação da materialidade subjacente cabendo indagar em cada caso, se em vez do interesse público que dita determinadas particularidades do regime nas Empreitadas de Obras Públicas, encontramos um interesse da parte contratante ou, se pelo contrário, nos deparamos com um entrave, ou uma dificuldade acrescida ao cumprimento da prestação e à realização dos objectivos prosseguidos pelas partes, evitando meros desempenhos formais que sem justificação legítima e em violação da boa-fé, contrariam, dificultam ou impedem esses objectivos e que apenas exteriormente correspondam aos valores em presença.

A boa-fé deve desempenhar, nesta matéria, um papel primordial combatendo o formalismo, ponderando a realidade subjacente e, atendendo aos objectivos particulares efectivamente prosseguidos pelo direito e às particularidades do caso concreto ⁽¹⁰¹⁾. Este instituto está também presente na tutela da confiança legítima ao proporcionar uma tutela eficaz às pessoas que confiam na bondade da própria posição jurídica, ou crêem não atingir os direitos de terceiros, regimes mais favoráveis do que os correspondentes a situações normais ⁽¹⁰²⁾.

Impõe-se também, nesta matéria, com particular acuidade analisar a incompatibilidade da colaboração intersubjectiva com uma exigência literal ou farisaica do cumprimento das obrigações que o interesse público justifica mas que a boa-fé não permite. Não se devendo esquecer que o fim último do contrato é a satisfação efectiva do credor devendo deixar-se ao tacto jurídico e ao sentido prático do juiz a decisão de quando e em que medida cabe apartar-se da letra do contrato em vista das circunstâncias do caso con-

⁽¹⁰¹⁾ Sobre esta questão vd. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, II, Coimbra, 1984, pp. 1.252 e ss.

⁽¹⁰²⁾ Em particular quando remetem para o regime das empreitadas públicas, não o prefigurando como um regime exorbitante do direito privado, estabelecendo especiais prerrogativas a favor do dono da obra, mas pelo contrário como um regime dotado de uma especial idoneidade, completude e rigor técnico associado à própria actividade e ideia de Estado.

creto (103). Até porque, independentemente de alterações contratuais, qualquer prestação pode ser alterada ou, até, suprimida, quando a sua exigibilidade ofenda gravemente os princípios da boa-fé (104).

Por fim há que atentar na semelhança entre o reenvio para o regime das empreitadas de obras públicas e a problemática dos contratos de adesão e das cláusulas contratuais gerais, em consequência da sua pré-elaboração, porquanto este regime é anterior à celebração da empreitada entre particulares; rigidez, pois o seu conteúdo não é alterado pelas partes; e, generalidade porque se destinam a casos indeterminados.

Em particular, esta semelhança sobressai no caso de remissão em bloco para o RJEOP, situação que, como ensina DOMENICO RUBINO, deve ser rodeada de cuidados especiais e restringindo a sua aplicação às empreitadas particulares, cuidados esses bastante mais intensos do que no caso de um reenvio específico para uma determinada norma (105).

De facto, a ratio que preside à limitação da possibilidade de aplicação de algumas cláusulas contratuais gerais encontra-se também na hipótese de reenvio genérico para o regime da empreitada pública. Nomeadamente a inexistência de uma fase negociatória anterior à celebração do contrato, ou pelo menos a sua menor ponderação pelas partes no caso de um reenvio genérico; a falta, muitas vezes, de discussão ou de introdução de modificações ao cláusulado; e, a necessidade de celeridade e precisão na celebração, aliada à impossibilidade, por parte dos contratantes, de um conhecimento rigoroso de todas as implicações do RJEOP quando para ele remetem (106).

A aplicação, directa ou tendencial, das regras destinadas a regular as cláusulas contratuais gerais a negócios rígidos (celebrados entre pessoas determinadas, mas assentes em proposta pré-ela-

(103) VON TUHR, *La buena fé en el derecho romano y en el derecho actual*, n.º 341, citado por MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, cit. I, n.º 149.

(104) MENEZES CORDEIRO, *Direito da Obrigações*, cit., I, p. 151.

(105) Vd. DOMENICO RUBINO, *L'Appalto*, cit. p. 3.

(106) Vd. preâmbulo do Dec.-Lei n.º 446/85, de 23 de Outubro que rege a disciplina das cláusulas contratuais gerais.

borada e sem possibilidade de negociação) é possível e defensável, neste campo, uma vez que boa parte das valorizações feitas pelo Direito em torno das cláusulas contratuais gerais, filiam-se não na sua generalidade, mas na rigidez ⁽¹⁰⁷⁾. De resto, não impede a aplicação dessas regras, o facto de estarmos perante uma remissão para um cláusulado que não foi elaborado pelas partes, já que a própria lei das cláusulas contratuais gerais inclui no seu âmbito de aplicação todas as que como tais se apresentem, independentemente de terem sido elaboradas pelo proponente, pelo destinatário ou, mesmo, por terceiros ⁽¹⁰⁸⁾ de acordo com o disposto no Art. 1.º in fine, do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro.

No sentido de serem aplicadas as regras constantes do diploma sobre cláusulas contratuais gerais, pronuncia-se também, PEDRO ROMANO MARTINEZ, já que muitas vezes, as propostas apresentadas pelos empreiteiros constam de formulários por eles elaborados de antemão ⁽¹⁰⁹⁾.

Nestes termos, entendemos ser de aplicar o catálogo de cláusulas proibidas e utilizar as fórmulas destinadas a prevenir e recurso a tais cláusulas quando estejam em causa, nomeadamente, as seguintes estipulações, algumas delas como veremos, características do RJEOP:

- Exclusão da excepção do não cumprimento do contrato ou a resolução deste por incumprimento, nos casos em que as regras gerais sobre obrigações não sejam suficientes;
- Estipulação de prazos excessivos para o cumprimento sem mora das obrigações assumidas;
- Colocação na disponibilidade de uma das partes da possibilidade de denúncia, sem compensação adequada, do

⁽¹⁰⁷⁾ Vd. MENEZES CORDEIRO, Teoria Geral do Direito Civil, II, 1987 (polic.), p. 269 e ss. Vd. também, do mesmo autor, Da abertura de concurso para a celebração de um contrato no direito privado, B.M.J., n.º 369 (1987), p. 51. Em que se defende a aplicação em certas circunstâncias do diploma sobre Cláusulas Contratuais Gerais aos concursos para celebração de contratos no direito privado.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. ALMEIDA COSTA/MENEZES CORDEIRO, Cláusulas Contratuais Gerais, Anotação do Dec.-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, Coimbra, 1986, p. 19 e ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr., Direito das Obrigações, III, cit., p. 481, citando neste sentido LARENZ, Lehrbuch Schuldrechts, II, p. 345; MEDILUS, SHULDRECHT, II, P. 155.

contrato, quando este tenha exigido à contraparte investimentos ou outros dispêndios consideráveis;

— Alteração das regras respeitantes à distribuição do risco.

III — IDENTIFICAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO NO REGIME JURÍDICO DAS EMPREITADAS DE OBRAS PÚBLICAS

A identificação das principais manifestações do interesse público ⁽¹¹⁰⁾ no RJEOP impõe-se enquanto principal problema de aplicação das já expostas doutrinas que referem a prossecução desse interesse como principal óbice à aplicação das normas deste regime a empreitadas particulares. Visa, pois, o presente capítulo apurar se o recurso à figura do interesse público é mais do que uma referência linguística, e quais as situações em que, apesar de estar em causa o interesse público, o regime da empreitada pública não é incompatível com o direito civil ou sendo-o se podem pura e simplesmente enquadrar na hipótese já caracterizada de normas ou princípios de direito das obrigações que impeçam ou limitem a autonomia contratual das partes em determinadas matérias, ainda que os contratantes tivessem pretendido exercer tal autonomia ao estipular a aplicação, em bloco, de um regime de direito público.

⁽¹¹⁰⁾ Recorremos, na concretização deste conceito, às características próprias do regime dos Contratos Administrativos sintetizados por MARIA JPÃO ESTRONINHO (cfr. Princípio da Legalidade e Contratos da Administração, separata do B.M.J. n.º 368, Lisboa, 1987, pp. 26 e 27); a FRANÇOIS LLORENZ (ob. cit.ada pp. 341 e ss. quanto ao carácter especialmente rigoroso do princípio da pontualidade; pp. 306 e ss. a propósito da natureza pessoal da relação; pp. 430 e ss. sobre a inexistência da excepção do não cumprimento); a ANDRÉ DE LAUBADÈRE (Traité des Contrats Administratifs, Tome Second, pp. 11 e ss. também a propósito da natureza pessoal da relação; pp. 102 e ss. sobre as sanções pecuniárias nos contratos administrativos; pp. 144 e ss. sobre a possibilidade da imposição de sanções coercivas; e, pp. 155 e ss. em que trata a rescisão do contrato; aos poderes da Administração na execução do Contrato Administrativo previstos no art. 180.º doigo do Procedimento Administrativo.

A) CONCURSO PÚBLICO NA FORMAÇÃO DO CONTRATO

As normas sobre o concurso público na formação do contrato consubstanciam-se num conjunto de disposições que limitam a autonomia contratual da administração pública, na medida em que obrigam à escolha do co-contratante privado.

Essas regras não são, contudo, impossíveis de acolher aquando da celebração de uma empreitada particular.

Aliás, é relativamente frequente a abertura de concursos públicos para a celebração de contratos no direito privado como sublinha MENEZES CORDEIRO ⁽¹¹¹⁾ de forma a possibilitar uma melhor escolha da proposta mais favorável ⁽¹¹²⁾, e ainda:

- A escolha de um parceiro mais idóneo;
- O aproveitamento dos mecanismos da concorrência;
- A legitimação da escolha;
- A procura da melhor gestão.

Nada impede, que com as necessárias adaptações, um particular adopte como regulamento de um concurso público, por si aberto, as disposições do Regime das Empreitadas de Obras Públicas sobre formação do contrato, a ele ficando vinculado. E, incorrendo em responsabilidade o promotor do concurso que em violação desse regulamento actue ao arrepio dos ditames da boa-fé na sua abertura, no seu decurso e no seu epílogo, nomeadamente alterando os termos do concurso ou incorrendo em comportamentos que frustrem as expectativas criadas e atinjam valores ligados à lealdade, ao respeito pela confiança e à própria igualdade dos intervenientes ⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. Da abertura de concurso... cit. p. 33.

⁽¹¹²⁾ Que não é necessariamente a que oferece um preço mais baixo; sobre estes assunto vd. PEDRO ROMANO MARTINEZ, Direito das Obrigações, III, cit. p. 480.

⁽¹¹³⁾ Cfr. MENEZES CORDEIRO, Da Abertura de Concurso para Celebração de Contrato no Direito Privado, B.M.J., n.º 369 (1987), p. 58. Ver Arts. 59.º e ss. do Dec.-Lei n.º 235/86 e art. 182.º do Código do Procedimento Administrativo — Dec.-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro.

PEDRO ROMANO MARTINEZ, defende a aplicação do regime do Art. 463.º do Código Civil ⁽¹¹⁴⁾ ao concurso para formação de um contrato no direito privado.

Diferentemente MENEZES CORDEIRO ensina que tal disposição se refere a um concurso, sim mas com outro objectivo que não o da celebração de um contrato, mas antes, o da oferta de um prémio a quem o vença. Apesar de existirem pontos de contacto entre o concurso para atribuição de um prémio e o concurso para a celebração dum contrato e, o conceito de prémio poder muito simplesmente ser considerado qualquer vantagem, à qual pode ser assimilada a celebração dum contrato.

Verifica-se uma diferença de finalidades que justifica a autonomia relativa dos dois, que é reforçada por num caso estar em jogo a prática de uma actividade jurídica e não um mero desempenho material. Por outro lado, enquanto o concurso a que se refere o Art. 463.º tem natureza unilateral ⁽¹¹⁵⁾, o concurso para celebração de um contrato pode assumir uma feição contratual, se tal fôr acordado ⁽¹¹⁶⁾.

Parece-nos que à imagem do que se passa no Dec.-Lei n.º 235/86 o promotor do concurso pode reservar-se o direito de não adjudicar, disso se distinguindo esta figura relativamente à oferta ao público, cuja revogação é regulada pelo Art. 230.º do Código Civil e da promessa pública, que fazem nascer na esfera jurídica dos potenciais interessados, o direito protestativo de, pela aceitação, concluir o negócio.

É, assim, admissível no direito civil a cláusula segundo a qual, de acordo com o disposto no Dec.-Lei n.º 235/86, o seu autor possa não celebrar o contrato com qualquer dos concorrentes, desde que em concreto não atente contra valores fundamentais em jogo, designadamente, a boa-fé, os bons costumes ou a ordem pública ⁽¹¹⁷⁾. Em sentido contrário, pronuncia-se ESTEVES DE OLIVEIRA, quando a falta de adjudicação se funde em razões alheias às propostas dos concorrentes, caso em que este autor defende existir responsabili-

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. Direito das Obrigações, III, cit. p. 480.

⁽¹¹⁵⁾ Utilizando o texto legal a expressão «promitente», cfr. Art. 463.º, n.º 2 in fine.

⁽¹¹⁶⁾ Neste sentido MENEZES CORDEIRO, Da abertura de concurso... cit. p. 41 e ss.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. MENEZES CORDEIRO, obra citada, p. 58.

dade por facto lícito e o dever de indemnizar os proponentes das despesas razoáveis efectuadas que hajam suportado para se apresentarem a concurso ⁽¹¹⁸⁾.

Diferentemente, SÉRVULO CORREIA, utilizando um argumento que mantém a sua validade na empreitada particular, entende que, se o Dono da Obra pode «rescindir» (nas empreitadas particulares «desistir») da empreitada em qualquer momento, também pode fazê-lo antes de adjudicar, e depois de ter recolhido as propostas. Com base neste argumento estaria posta em causa a vinculabilidade do concurso, no caso de nada se dizer sobre a possibilidade de não adjudicação.

Cabe sublinhar, por fim, que a violação das normas do concurso a que as partes se vincularam, na hipótese em análise mediante remissão para o Dec.-Lei n.º 235/86, representam antes de mais uma violação da ordem jurídica ⁽¹¹⁹⁾, e implica uma violação dos deveres próprios do concurso para a celebração do contrato, envolvendo responsabilidade obrigacional e sanções creditícias típicas como a execução específica. E, se a violação fôr anterior à celebração do contrato estão também em causa deveres que decorrem da boa-fé, vocacionada para intervir em esquemas pré-contratuais através da culpa in contrahendo.

B) CARÁCTER ESPECIALMENTE RIGOROSO DO PRINCÍPIO DA PONTUALIDADE

O carácter especialmente rigoroso do princípio da pontualidade justifica-se no contrato administrativo atendendo ao interesse público prosseguindo, e possibilitado por todo o formalismo que rodeia a celebração do Contrato de Empreitada Pública em virtude da obrigatoriedade de existência de programas de concurso, caderno de encargos, peças escritas e desenhadas do projecto, proposta, mapas de medições, plano de trabalhos e cronograma financeiro, assumindo desta forma, a regra da pontualidade no cumprimentos das obrigações um carácter muito mais rigoroso ⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. Direito Administrativo, I, Coimbra 1984, p. 673.

⁽¹¹⁹⁾ MENEZES CORDEIRO, da Abertura de Concurso..., cit. p. 75.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, Princípio..., p. 27.

Estas peças consideram-se integradas no contrato a celebrar, de acordo com o disposto nos Arts. 61.º, n.º 1 e 105.º do RJEOP e, é sancionada com a nulidade, nos termos do Art. 117.º, n.º 2, a falta de indicação no contrato dos seguintes elementos:

- Trabalhos que constituam objecto do contrato, com referência ao respectivo projecto;
- Prazo dentro do qual os trabalhos deverão ficar concluídos;
- Estipulações especiais sobre a forma de pagamento.

Sendo também nulo o contrato, se deste não constar, nem do Caderno de Encargos, a expressa indicação da data prevista para os respectivos início e termo de execução, o teor das condições da proposta, sempre que se trate de proposta condicionada e as condições vinculativas do programa de trabalhos.

Resulta ainda do carácter especialmente rigoroso do princípio da pontualidade, mas que se encontra na esfera da autonomia privada das partes, na empreitada particular:

- A exigência de cauções a acompanhar a proposta, assegurando que esta é firme e irrevogável;
- Os descontos para garantia do cumprimento, a efectuar em cada pagamento ⁽¹²¹⁾.

Já no que se refere às multas por retardamento da consignação, atraso no cumprimento do plano de trabalhos ou suspensão destes, levanta algumas reservas a sua aplicação às empreitadas entre particulares de todo o sistema de multas por retardamento da consignação, bem como da possibilidade de «rescisão» pelo dono da obra no caso do empreiteiro não iniciar os trabalhos no dia previsto ⁽¹²²⁾. E, tais dívidas suscitam-se principalmente quando não exista por parte do dono da obra um interesse que fundamente, no momento da celebração, essa especial exigência. Tal tem sido, aliás, a orientação da nossa jurisprudência ⁽¹²³⁾.

⁽¹²¹⁾ E que, como se refere no Art. 100.º do Dec.-Lei n.º 235/86, visam garantir o exacto e pontual cumprimento das obrigações assumidas.

⁽¹²²⁾ Cfr. Art. 140.º, n.º 3 do Dec.-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto.

⁽¹²³⁾ Decisões do S.T.J. de 12 de Maio de 1983 publicada no B.M.J., 237, p. 642 e ss e Relação do Porto em 21 de Março de 1975, pub. no B.M.J., 246, p. 186 e ss.

Da análise de decisões do S.T.J. e da relação do Porto conclui-se que no contrato de empreitadas é facultada ao credor a possibilidade de designação do prazo do cumprimento da obrigação, mas não a data do começo desse cumprimento. Não sendo pois, em princípio, permitido ao dono da obra intimar o empreiteiro, nomeadamente quando esteja em mora, a iniciar ou reiniciar os trabalhos em determinada data ou dentro de certo prazo.

A impossibilidade de aplicação destas cláusulas às empreitadas particulares prende-se com o facto de nestas estar mais em evidência que o que é exigido é o resultado e que, apesar dos poderes de fiscalização, ao empreiteiro é deixada uma certa margem de liberdade de programação, de escolha dos meios e da data de início dos trabalhos tendo em vista a realização desse resultado.

C) NATUREZA PESSOAL DA RELAÇÃO

A natureza pessoal da relação, nas empreitadas de obras públicas, resulta do n.º 3 do Art. 7.º do Dec.-Lei n.º 100/88, de 23 de Março, que dispõe que as empresas aproveitam das autorizações do alvará concedidas às empresas subcontratantes, ficando vinculadas a estas últimas tanto para a execução dos trabalhos correspondentes como para a realização dos de natureza acessória ou complementar dos mesmos. E, quer a realização da prestação por terceiros quer o trespasse da empreitada, nos termos do Art. 127.º do RJEOP, encontram-se sujeitos a prévia autorização do dono da obra em consequência do facto de os contratos administrativos serem celebrados «intuitu personae», tendo em atenção as qualidades, idoneidade e garantias de certo indivíduo ou empresa.

Diferente é o regime das obrigações em geral, em que de acordo com o disposto no Art. 767.º, n.º 1 do Código Civil se permite o cumprimento pelo devedor ou por terceiros, excepcionadas as hipóteses em que a substituição prejudique o credor ou em que tenham sido tornadas em conta, no acto da celebração, as qualidades pessoais do empreiteiro nos termos da parte final do n.º 2 do Art. 767.º do Código Civil ⁽¹²⁴⁾.

⁽¹²⁴⁾ Nestes termos MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10ª ed., Coimbra, 1991, p. 615; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Princípio...*, pp. 27.

Contudo, no contrato de empreitada em especial é aplicável o Art. 264.º do Código Civil, ex vi 123.º, n.º 2 do mesmo diploma, que requer a permissão do dono da obra, porque o cumprimento por terceiro pode prejudicar o credor, se a obrigação provier dum contrato de prestação de serviços em qualquer das modalidades típicas em que ele se desdobra (mandato, depósito ou empreitada) ⁽¹²⁵⁾. Logo este regime não difere sobremaneira do regime da Empreitada de Obras Públicas, sendo por isso, nesta matéria, a remissão redundante.

D) PRIMAZIA DAS SANÇÕES PECUNIÁRIAS

No caso de incumprimento, em vez das sanções características do direito civil — a excepção do não cumprimento e a condenação judicial a uma indemnização — encontramos, na empreitada de obras públicas, um sistema de sanções pecuniárias que, mais do que compensar o dono da obra pelos prejuízos sofridos, visam compelir o particular a cumprir ou a rescindir o contrato, de modo a não afectar a regularidade da satisfação do interesse público ⁽¹²⁶⁾. Estas sanções, longe de visarem objectivos indemnizatórios, têm intuitos intimidatórios para o empreiteiro, no sentido de o determinar ao cumprimento pontual do contrato, única forma de interesse público ser satisfeito pelo modo próprio e em tempo oportuno.

Como refere ESTEVES DE OLIVEIRA, as sanções típicas do direito civil contratual (excepção de não cumprimento e a condenação judicial pelos danos sofridos) são manifestamente insuficientes para responder às peculiaridades dos contratos administrativos, já que aqui a sanção, mais do que reprimir as violações contratuais, tem por objectivo garantir a satisfação da necessidade colectiva, do interesse público, no qual o particular foi chamado a colaborar activa e directamente ⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²⁵⁾ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA. Código Civil Anotado, cit., II, p. 13.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Obra citada*, p. 28.

⁽¹²⁷⁾ Vd. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 697.

Por isso se verifica uma prevalência das sanções pecuniárias como as multas que passamos a referir:

- Multa por violação dos prazos contratuais (Art. 177.º do RJEOP);
- Multa por falta de início dos trabalhos conforme o plano (Art. 140.º);
- Multa por ausência do empreiteiro quando exigida a sua comparência (Art. 121.º).

Aproximam-se assim as multas do RJEOP, das sanções compulsórias previstas no Art. 829.º-A do Código Civil ⁽¹²⁸⁾ a que o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor, e que consistem no pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento, sendo fixada sem prejuízo da indemnização a que houver lugar ⁽¹²⁹⁾. Este é também o regime da cláusula penal sancionatória, visando, não a pré-fixação da indemnização, mas a coacção do devedor, mediante a ameaça de uma sanção pecuniária, a cumprir pontualmente a obrigação que assumiu ⁽¹³⁰⁾. Se estamos perante uma cláusula penal de natureza indemnizatória ou, diferentemente, de natureza compulsória, é matéria de interpretação do negócio jurídico, tendo em conta o Art. 236.º Código Civil ⁽¹³¹⁾.

Afasta-se aqui a regra geral dos Arts. 804.º e 798.º Código Civil segundo os quais a simples mora constitui o devedor na obrigação de reparar os danos causados ao credor e, o incumprimento imputável ao devedor faz recair sobre este *apenas* o prejuízo que causa ao credor.

⁽¹²⁸⁾ Introduzido pelo Dec.-Lei n.º 262/83, de 16 de Junho.

⁽¹²⁹⁾ A sanção compulsória visa compelir psicologicamente o infractor a cumprir, ainda que tardiamente, mediante a inflação de um mal continuado ou reiterado que cessará com tal cumprimento. Têm, pois, natureza e finalidade diversas da cláusula penal, pois esta fixa o quando da indemnização, não são algo que se some a esta (cfr. GALVÃO TELLES, Direito das Obrigações, 5.ª ed., p. 427).

⁽¹³⁰⁾ Vd. SERRA, pena Convencionada, Sep. B.M.J., 67, p. 8.

⁽¹³¹⁾ Neste sentido, Ac. S.T.J. de 3 de Novembro de 1983, B.M.J. 331, p. 489 e, Ac. Rp., de 8 de Abril de 1991, C.J., XVI, T. 2, p. 256 e ss.

De resto, as cláusulas penais pecuniárias, reconduzidas à figura da cláusula penal com fins indemnizatórios, não são incompatíveis com o contrato de direito civil desde que se contenham nos limites, construídos pela doutrina e pela jurisprudência, da responsabilidade convencional ou estipulada ⁽¹³²⁾. E, desde que seja em substituição do regime geral da responsabilidade civil e não cumulativamente, dentro dos limites do n.º 3 do Art. 811.º do Código Civil que prevê que não possa, em caso algum, exigir uma indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal. Sendo certo que tal conclusão poder-se-ia também extrair do Art. 812.º Código Civil que prevê a redução equitativa da cláusula penal ⁽¹³³⁾.

E, apesar da última alteração ao Art. 812.º do Código Civil ⁽¹³⁴⁾ deixar indiciar no sentido da possibilidade de redução equitativa da pena até um valor inferior ao dano efectivamente sofrido pelo credor ⁽¹³⁵⁾ esta interpretação não deve ser acolhida, na opinião de MENEZES CORDEIRO que propõe a sua interpretação aproximando-o do n.º 1 do Art. 437.º do Código Civil ⁽¹³⁶⁾ por, caso contrário, se estar a atentar contra a autonomia privada, em particular quando determinados contratos exijam cláusulas penais elevadas. Devendo contudo ser respeitada a cláusula se dela resultar uma limitação da responsabilidade civil ⁽¹³⁷⁾, desde que não represente uma fraude à lei no sentido da renúncia ou eliminação da responsabilidade civil, como proíbe o Art. 809.º do Código Civil ⁽¹³⁸⁾.

Se, de facto, as sanções pecuniárias excederem o dano efectivamente sofrido pelo credor e não se contiverem dentro do que é permitido à luz do direito civil, há que proceder à sua redução, por não estarmos já perante o carácter especialmente compulsório do direito público e da satisfação do interesse público, presente no

⁽¹³²⁾ MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, cit., p. 424.

⁽¹³³⁾ PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil*, cit. II, p. 79.

⁽¹³⁴⁾ Pelo Dec.-Lei 262/83, de 16 de Junho.

⁽¹³⁵⁾ Vd. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil*, cit., p. 86

⁽¹³⁶⁾ Vd. *Direito das Obrigações*, cit. II, p. 248.

⁽¹³⁷⁾ MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, cit., p. 426.

⁽¹³⁸⁾ PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, obra citada, II, p. 74.

RJEOP. É neste sentido que se tem pronunciado a jurisprudência da Relação do Porto, nomeadamente no acórdão de 8 de Abril de 1991 (139) em que é admitido o conhecimento da excessiva onerosidade da cláusula penal desde que exista pedido concreto nesse sentido por via da acção ou da reconvenção.

E) A INEXISTÊNCIA DA EXCEPÇÃO DO NÃO CUMPRIMENTO E A MITIGAÇÃO DO DIREITO DE RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR INCUMPRIMENTO

A excepção de não cumprimento do contrato, que decorre do Art. 428.º Código Civil, aplica-se aos contratos bilaterais ou sinalmáticos e, pode ser invocada, apesar da redacção da citada disposição, ainda que o cumprimento das prestações esteja sujeito a prazos diferentes, pelo contratante cuja prestação deva ser efectuada posteriormente, só não podendo ser oposta pela parte que devia cumprir primeiro (140).

Esta excepção, na medida em que não funciona como sanção, mas como um processo lógico de assegurar, mediante o cumprimento simultâneo, o equilíbrio em que assenta o esquema do contrato bilateral (141), não existe no contrato da empreitada de obras públicas em que a prossecução do interesse público se sobrepõe à possibilidade de exercício de exceptio. De facto, o empreiteiro não pode, na empreitada pública, alegar a falta de pagamento por falta do dono da obra para se eximir ao cumprimento, podendo apenas, de acordo com o disposto no Art. 162.º, n.º 2 alínea c), suspender a realização dos trabalhos decorridos 3 meses sobre a data de vencimento do prazo de pagamento (que de acordo com o Dec.-Lei n.º 235/86 são 2 meses), ou seja, 5 meses depois da realização dos trabalhos (142).

(139) C.J., Ano XVII, T. 2, p. 256.

(140) Neste sentido PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, Código Civil..., cit., p. 405, que citam também VAZ SERRA E CALVÃO DA SILVA.

(141) PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, obra citada, p. 406.

(142) Este inciso foi alterado pela alínea c) do n.º 2 do art. 166.º do Dec.-Lei n.º 405/93, que prevê a possibilidade de suspensão da execução da obra decorrida 22 dias sobre a data do vencimento da obrigação de pagamento.

Ainda assim, esta suspensão deverá ser antecedida de comunicação ao dono da obra, mediante notificação judicial ou carta registada, de acordo com o previsto no n.º 3.º da mesma disposição.

Assim, atendendo a que ratio da excepção de não cumprimento do contrato é a salvaguarda do equilíbrio em que assenta o contrato bilateral, por dele decorrerem prestações correspectivas, correlativas ou interdependentes, este escopo não se encontra assegurado na empreitada de obras públicas, por se encontrar comprimida a possibilidade de suspensão (passados 5 meses sobre o momento da realização dos trabalhos) o que, se entretanto os trabalhos continuarem, compromete irremediavelmente esse equilíbrio ⁽¹⁴³⁾.

Tal desequilíbrio, fora do contrato de direito público, viria, na empreitada no direito civil, comprometer o esquema básico de funcionamento dos contratos bilaterais, pela substancial desvantagem de uma das partes que daí resultaria. Deve pois, concluir-se do disposto n.º 2 do Art. 428.º, pela invalidade da convenção no sentido de afastar esta excepção, até porque, no direito contratual prevalece o entendimento, com origem na antiga bona fides romana, segundo o qual não é correcto a uma das partes, exigir da outra, o cumprimento duma prestação quando ela própria estivesse em falta ⁽¹⁴⁴⁾ quando precisamente, num contrato sinalagmático, cada parte promete a sua prestação a troco da contraprestação.

A possibilidade de resolução do contrato, pelo empreiteiro, que existe no direito civil, no caso de incumprimento definitivo quer em consequência de a prestação não ter sido acatada pelo devedor e se ter tornado impossível ou, de o credor ter perdido o interesse objectivo na sua efectivação; quer quando havendo mora do devedor, este não cumpra no prazo que razoavelmente lhe fôr fixado pelo credor. E que, confere ao credor a faculdade de resolver o contrato por incumprimento ou por inexecução parcial, de

⁽¹⁴³⁾ É de prever nesta matéria uma aproximação do regime da Empreitada de Obras Públicas com a das obrigações em geral, pelo substancial encurtamento deste prazo no ante-projecto de revisão do RJEOP.

⁽¹⁴⁴⁾ Vd. MENEZES CORDEIRO, Direito das Obrigações, cit. II, p. 460 e Da Boa Fé no Direito Civil, cit., p. 737 (350).

acordo com o disposto, respectivamente nos Arts. 801.º, n.º 1 e 802.º Código Civil ⁽¹⁴⁵⁾ e, exigir a restituição do que houver prestado, aplicando-se esta faculdade aos casos de incumprimento propriamente dito e não apenas quando ocorra impossibilidade de cumprimento ⁽¹⁴⁶⁾. Diferentemente no regime da empreitada e obras públicas, esta faculdade surge bastante mitigada, por só ser permitida a «rescisão» ⁽¹⁴⁷⁾ por falta de pagamento se o atraso do dono da obra se prolongar por mais de seis meses, além dos dois meses de prazo para pagamento.

Esta faculdade fica ainda mais mitigada, ou quase eliminada, em virtude do disposto no Art. 215.º do RJEOP, que prevê que em caso algum pode o empreiteiro paralisar os trabalhos ou alterar o cumprimento do plano da empreitada em curso, sem que seja deferido o requerimento feito ao dono da obra solicitando tal rescisão. E, se tal requerimento fôr indeferido, o empreiteiro terá de requerer ao tribunal administrativo de círculo que o dono da obra seja notificado a aceitar a rescisão do contrato ⁽¹⁴⁸⁾.

Parece-nos que esta mitigação da possibilidade de resolução do contrato por incumprimento não é de aceitar no âmbito das empreitadas de obras particulares, em que são nulas nos termos do Art. 809.º Código Civil, as cláusulas pelas quais o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados em virtude da falta de cumprimento ou de impossibilidade imputável ao devedor e de mora do credor. Estão pois incluídas neste inciso, não apenas a faculdade de resolução do

⁽¹⁴⁵⁾ PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, cit., II, p. 59.

⁽¹⁴⁶⁾ Nestes termos MENEZES CORDEIRO, Direito das Obrigações, cit., p. 459.

⁽¹⁴⁷⁾ Termo utilizado de forma pouco feliz no Art. 190.º, n.º 2 do EJEOP.

⁽¹⁴⁸⁾ Refere-se a este propósito a sentença, não publicada da Auditoria Administrativa do Porto de 15 de Maio de 1984, que acolheu o atendimento segundo o qual, em Direito Administrativo, *não vigora a exceptio non adimpleti contractus*, incorrendo nas sanções legais o particular que abandonar a execução do contrato — E fundamenta: «é que no contrato administrativo, como é o da empreitada de obras públicas o contraente particular fica sujeito ao interesse público e, por isso, não pode prevalecer-se das faltas contratuais da Administração para suspender a execução do contrato. Mesmo quando o empreiteiro opte pela rescisão do contrato, é obrigado a continuar as obras enquanto a Administração não despachar o seu requerimento».

contrato mas também, de acordo com a ligação de PESSOA JORGE:

- A presunção de culpa do devedor (Art. 799.º, n.º 1 Código Civil);
- Direito à indemnização por todos os prejuízos derivados do incumprimento ilícito (Art. 790.º Código Civil), da impossibilidade imputável ao devedor (Art. 801.º, n.º 1 Código Civil) e da mora (Art. 804.º, n.º 1 Código Civil);
- Direito ao «commodum representationis» (Art. 803.º Código Civil);
- Direito à transferência do risco por perda ou deterioração da coisa do credor que devesse ser entregue e não o tenha sido (Art. 807.º, n.º 1 Código Civil) ⁽¹⁴⁹⁾.

F) POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES COERCIVAS

Entre as sanções susceptíveis de serem aplicadas coactivamente de que dispõe o dono da obra no RJEOP surge, por exemplo, o sequestro — direito conferido ao dono da obra de se substituir ao contraente que abandona o exercício da prestação a que estava obrigado, executando ele próprio as respectivas tarefas, mas à custa do empreiteiro, que assim terá de suportar as correspondentes despesas ⁽¹⁵⁰⁾ — é uma sanção coerciva que se apresenta com as vestes de uma autêntica execução específica ⁽¹⁵¹⁾.

No contrato administrativo, a imposição de sanções coercivas é admissível, por dever prevalecer a prossecução do interesse público no qual o particular se obriga a colaborar activa e directamente. Logo, estas sanções são de natureza diversa das sanções contratuais privadas, não estando em causa repressão das violações do contrato, mas a garantia do objectivo da satisfação das necessidades colectivas.

⁽¹⁴⁹⁾ Citado por MENEZES CORDEIRO. Direito das Obrigações, cit., II, p. 425.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. FREITAS DO AMARAL, Manual..., cit. III, p. 464.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. ESTEVES DE OLIVEIRA, obra citada, p. 697.

Por isso, se utilizam, como vimos, as multas independentemente da existência de prejuízos e as sanções coercivas, privilegiando a execução específica: sequestro e a substituição da prestação do co-contratante pela de terceiro, à custa do património daquele, a própria posse administrativa das obras, bem como dos materiais, edificações, estaleiros, ferramentas, máquinas e veículos, nos termos do n.º 4 do Art. 139.º do RJEOP ⁽¹⁵²⁾. Estas sanções só são possíveis porque a Administração dispõe do privilégio de execução prévia, aplicando-as através da prática de actos administrativos, que está muitas vezes prevista nos próprios contratos e que se configuram como um privilégio da administração.

Nestes termos, estas sanções, pela sua própria natureza são impossíveis de assimilar na empreitada civil em que o dono da obra não pode socorrer-se de sequestro ou de substituição da prestação do co-contratante pela de terceiro, mas deverá através de uma acção de cumprimento, mediante recurso aos tribunais e através da força estadual, conseguir as vantagens que o direito lhe atribui e o devedor lhe recusa. Ou ainda, no caso de prestação de facto fungível, requerer que o facto seja prestado por outrem à custa do devedor em execução para prestação de facto fungível ⁽¹⁵³⁾.

Em conclusão, as partes podem estipular a execução da prestação, por outrem, no caso de incumprimento, mas esta só pode ser coactivamente imposta mediante decisão judicial.

G) REGIME DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO

Já o Código de Seabra previa no seu Art. 1402.º que o dono da obra desistisse da empreitada, contando que indemnizasse o empreiteiro de todos os seus gastos e trabalho, e do proveito que este poderia tirar da obra. Solução que veio a ser acolhida no Art. 1229.º Código Civil actual, como excepção à regra do

⁽¹⁵²⁾ Vd. ESTEVES DE OLIVEIRA, obra citada, p. 697; MARIA JOÃO ESTORINHO, obra citada, p. 28.

⁽¹⁵³⁾ Vd. o que ficou dito sobre o privilégio de execução prévia e a impossibilidade da sua assimilação à empreitada civil no Capítulo II-B).

Art. 406.º, n.º 1 ⁽¹⁵⁴⁾, segundo a qual os contratos só podem extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes.

Este regime não se afasta substancialmente do aplicável às empreitadas de obras públicas em que é prevista, com pouco rigor terminológico no Art. 211.º a «rescisão» por conveniência do dono da obra com a respectiva indemnização do empreiteiro dos danos emergentes e dos lucros cessantes que em consequência sofra, enquanto causa de extinção do contrato «Sui Generis» discricionária (não necessita de fundamento), com eficácia ex nunc (não opera retroactivamente).

Na verdade não se trata de rescisão ou resolução por não ser condicionada mas livre, pois só depende do dono da obra; por ser tendencialmente vinculada, mas antes discricionária, visto que não necessita para a sua actuação de um fundamente específico. Além disso é insusceptível de apreciação judicial ⁽¹⁵⁵⁾ e, não opera retroactivamente, ou seja, só produz efeitos para o futuro, ressaltando-se todos aqueles já advenientes da fonte, durante a sua subsistência. Só não se tratando de uma resolução por não ter natureza bilateral ⁽¹⁵⁶⁾.

Em termos de regime, a desistência do contrato de empreitada de obras públicas e do direito civil coincidem e são, afinal, ditados pela mesma ratio:

- A perda de interesse na realização do resultado;
- Intenção de continuar a obra com outro empreiteiro porque, por exemplo, perdeu a confiança no primeiro;
- Decisão de realizar a obra por outra forma, nomeadamente por administração directa.

Diferentes são os seus efeitos quando, no âmbito da empreitada de obras públicas, a rescisão fôr decidida, pelo dono da obra, à título de sanção aplicável por lei ao empreiteiro, e em que este suportará inteiramente as respectivas consequências legais e natu-

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. PEDRO ROMANDO MARTINEZ, obra citada, p. 513.

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, obra citada, p. 514.

⁽¹⁵⁶⁾ Vd. MENEZES CORDEIRO, Direito das Obrigações, cit., p. 164.

rais ⁽¹⁵⁷⁾ de acordo com o disposto no Art. 211.º, n.º 3. Estamos já perante uma forma de supressão do contrato condicionada, porque só é admissível quando fundada na lei. E, configura-se como uma sanção-limite ⁽¹⁵⁸⁾ aplicável ao empreiteiro nas seguintes hipóteses previstas no RJEOP:

- Trespasse da empreitada sem autorização — Art. 127.º;
- Retardamento da execução do plano de trabalhos — Art. 139.º;
- Não comparência no dia da consignação — Art. 130.º;
- Falta de início das obras de acordo com o plano de trabalhos — Art. 140.º;
- Suspensão dos trabalhos por período superior a 10 dias — Art. 162.º;
- Não conclusão dos trabalhos no prazo legal — Art. 177.º;
- Inscrição dolosa de obras não efectuadas no mapa de trabalhos — Art. 184.º.

Tendo sempre em atenção as imposições da boa-fé e a sua incompatibilidade com o extremar do princípio da pontualidade, as hipóteses referidas de resolução do contrato são admissíveis no direito civil, desde que fundadas na lei ou convenção, que não terá efeitos retroactivos se fôr essa a vontade das partes, conforme dispõe o n.º 1 do Art. 432.º e o n.º 1 do Art. 433.º Código Civil. Não são de aceitar, porém, na empreitada de obras particulares os efeitos tipicamente administrativos dessa resolução—o sequestro ou a posse administrativa da obra — aliás, já acima repudiados pela sua natureza.

⁽¹⁵⁷⁾ Esta expressão, bastante imprecisa que tem sido entendida no sentido de que, salvo nos casos especialmente previstos, quem deu origem à «rescisão» incorrer na obrigação de indemnizar a outra parte dos prejuízos — danos emergentes e lucros cessantes — que com esse facto causou.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. A. GONÇALVES, Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, Anotado e Comentado, p. 236.

IV — NOTA DE JURISPRUDÊNCIA

A questão da aplicação do regime jurídico das empreitadas de obras públicas a empreitadas de obras particulares, em que se cruzam e algumas vezes opõem princípios basilares como o da autonomia privada e o da boa-fé pode ser grandemente clarificada, e complementada na busca de soluções concretas, através da análise das decisões jurisprudenciais que sobre ela se debruçam.

A maioria das decisões encontradas sobre a aplicação convencional do RJEOP diz respeito ao problema das revisões e actualizações dos preços contratuais. Este regime prevê, no Art. 36.º, a obrigatoriedade de realização de correcções de preços quando a assinatura do contrato tenha lugar decorridos mais de 180 dias sobre a data da apresentação da proposta, por causa não imputável ao empreiteiro e, prevê ainda no n.º 2 do Art. 175.º a obrigatoriedade de revisão de preços, durante a execução do contrato, nos termos da lei especial aplicável.

As actualizações de preços da empreitada de obras públicas, regem-se actualmente pelo Dec.-Lei n.º 348-A/86, de 16 de Outubro, que prevê a obrigatoriedade da realização dessa revisão e do qual constam as fórmulas a que esta deve obedecer, e que devem ser aplicadas tomando por referência o cronograma financeiro da obra, no caso de omissão do caderno de encargos.

Prevê ainda este diploma que a revisão de preços se faça, quer para mais, quer para menos, atendendo às variações dos custos da mão-de-obra, dos materiais e dos equipamentos de apoio.

Quanto ao regime do Código Civil, VAZ SERRA, defendia, nesta matéria, a inclusão de uma disposição nos contratos em especial, que previsse a correcção do preço, à imagem do que existe no Código Civil italiano. Até porque já o Código de Seabra com as alterações introduzidas em 1930, previa uma disposição sobre devalorização da moeda. O citado mestre segue quanto a esta questão, como em tantas outras, a solução perfilhada pela legislação transalpina ⁽¹⁵⁹⁾, até porque, como fundamenta, esta revisão é a saída menos prejudicial, pois se o contrato fosse resolvido, com toda a

(159) Vd. PEDRO ROMANDO MARTINEZ, obra citada, p. 475.

probabilidade se veria impôr por um novo empreiteiro preços superiores aos que na relação originária resultariam depois da revisão ⁽¹⁶⁰⁾.

No direito civil, aplica-se supletivamente à revisão de preços convencional o Dec.-Lei n.º 474/77, de 12 de Novembro, perante a inoperância nesta matéria da possibilidade de modificação do contrato e de revisão de preços por alteração das circunstâncias, nos termos do Art. 437.º do Código Civil, quando não se verifique uma anormal alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. Procura-se assim cobrir uma zona em que ainda não opera a modificação do contrato por alteração das circunstâncias mas em que face aos riscos próprios do contrato, ou seja, a álea de flutuação deste, pode ser posto em causa o equilíbrio das prestações, já que como observa PEDRO ROMANO MARTINEZ ⁽¹⁶¹⁾, apesar de o contrato de empreitada não ser um contrato aleatório, é, todavia, um negócio jurídico em que a margem de risco é muito elevada ⁽¹⁶²⁾.

Porém, quando as partes remetem expressamente para a aplicação do Dec.-Lei n.º 235/86, levanta-se a questão desse diploma prevalecer sobre o Dec.-Lei n.º 474/77, que como já se viu é meramente supletivo.

Depois de termos procedido ao enquadramento legal do problema das revisões de preços nas empreitadas de obras públicas e nas empreitadas no direito civil, passamos então à análise das decisões.

A) ACÓRDÃO DA RELAÇÃO DE ÉVORA DE 14 DE ABRIL DE 1983 ⁽¹⁶³⁾

Está em discussão a aplicação do regime de revisão de preços das empreitadas de obras públicas ⁽¹⁶⁴⁾ a uma empreitada par-

⁽¹⁶⁰⁾ Vd., Empreitada, B.M.J., 145, p. 144.

⁽¹⁶¹⁾ Obra e loc. citados.

⁽¹⁶²⁾ Obra e loc. citados.

⁽¹⁶³⁾ C.J., 1983, T. II, p. 291 e ss.

⁽¹⁶⁴⁾ À data regulado pelo 273-B/75.

particular, apesar de não existir convenção das partes nesse sentido. Apenas se recorre às fórmulas de revisão desse diploma para determinar a quantum da modificação do preço do contrato da empreitada, por alteração das circunstâncias nos termos do Art. 437.º Código Civil.

A 1.ª Instância pronuncia-se pela aplicação do Art. 437.º Código Civil em resultado do aumento de preço do contrato da empreitada que havia sido celebrado, por alteração das circunstâncias em que as partes basearam a decisão de contratar, recorrendo às fórmulas da revisão de preços do RJEOP e legislação complementar. Recorre, por isso, a esse regime para colmatar uma lacuna, existente na altura, quanto à determinação do montante da revisão de preços da empreitada particular ⁽¹⁶⁵⁾.

A aplicação analógica do RJEOP a empreitadas particulares foi rejeitada pela Relação de Évora invocando que, apesar da revisão dos preços das empreitadas de obras públicas denunciar o processo inflacionário comum, nada demonstra quanto à construção realizada, e que o autor apenas se podia socorrer do Art. 437.º do Código Civil para obter uma modificação do preço da empreitada se demonstrasse um prejuízo real, o que poderia ter feito através de recibos ou outros elementos de prova de que se fosse munindo com a finalidade de o demonstrar.

Mas, este tribunal admite, quando haja convenção das partes, na empreitada de obras particulares, a aplicação do regime de revisão de preços da empreitada de obras públicas.

Saliente-se, quanto à decisão da 1.ª Instância, que esta incorreu também, em nossa opinião, no erro de não deduzir o aumento do preço compreendido nos riscos próprios do contrato—neste caso, a taxa de inflação previsível. Já que, o Art. 437.º Código Civil não cobre todo o maior custo sobrevindo para o executor, mas apenas aquele que resulte de uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar.

⁽¹⁶⁵⁾ Já que o Dec.-Lei n.º 474/77, de 12 de Novembro, diploma que veio regular a revisão de preços de contratos de empreitada de obras particulares, só se aplica aos contratos que tenham sido celebrados após a sua entrada em vigor.

B) ACÓRDÃO DA RELAÇÃO DE ÉVORA DE 13 DE OUTUBRO DE 1983 ⁽¹⁶⁶⁾

Neste caso, as partes estipularam, num contrato de empreitada que, no omissis, aplicar-se-iam as regras e normas reguladoras dos contratos de empreitada de obras públicas.

Nesta data as revisões de preços nas empreitadas de obras públicas, contrariamente ao que acontece hoje, não eram obrigatórias. Assim, o tribunal entendeu dever-se aplicar o princípio geral da modificação contratual por alteração anormal das circunstâncias e, negar a aplicação da fórmula de revisão de preços das empreitadas de obras públicas por a medida da modificação do preço não poder ser determinada em função desses índices, sob pena de se entrar em linha de conta com os factos que já terão sido considerados, para a formação do preço, na previsão da normal evolução futura dos custos. Pois, na revisão só deverá ser considerado o aumento do que excede a medida da subida previsível na data do contrato, porque esta já terá sido levada em conta na formação do preço fixo da empreitada.

Entende, de resto, que a convenção relativa á revisão deverá constar obrigatoriamente do contrato, nada impedindo que nesse caso se estipule expressamente a aplicação da fórmula de revisão de preços das empreitadas de obras públicas.

C) ACÓRDÃO DA RELAÇÃO DE COIMBRA DE 11 DE JUNHO DE 1989 ⁽¹⁶⁷⁾

Num contrato de empreitada de obras particulares as partes acordaram expressamente que «o preço apresentado está sujeito a revisão por fórmula, nos termos em vigor para as obras do Estado».

A relação de Coimbra interpreta restritivamente esta cláusula, entendendo que os preços podem ser revistos mas que deve

⁽¹⁶⁶⁾ C.J., 1983, T. IV, p. 324 e ss.

⁽¹⁶⁷⁾ Processo n.º 43/89; decisão não publicada.

ser aplicado o regime de revisão de preços supletivo das empreitadas particulares, o Dec.-Lei n.º 474/77, de 12 de Novembro, e não o regime de revisão de preços das empreitadas de obras públicas, o Dec.-Lei n.º 273-B/75, de 3 de Junho.

D) ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE 3 DE MAIO DE 1990 ⁽¹⁶⁸⁾

Esta decisão contraria o acórdão acima referido da Relação de Coimbra de 11 de Junho de 1989, por estarem em causa normas supletivas e, por entender estarmos no domínio da «liberdade de contratar».

Assim, as partes acordaram que as quantias respeitantes a todos os pagamentos a efectuar ficariam sujeitos a revisão de preços de acordo com os índices estabelecidos para o Estado, ou seja, para as empreitadas de obras públicas; daqui não resulta que seja aplicável ao contrato, directamente, o Dec.-Lei n.º 273-B/75, mas apenas que é afastado pelas partes o Dec.-Lei n.º 474/77, que regula supletivamente esta matéria nas empreitadas particulares, com a consideração de que a revisão terá em conta os índices estabelecidos para o Estado no Dec.-Lei n.º 273-B/75.

E) ACÓRDÃO DA RELAÇÃO DO PORTO DE 17 DE NOVEMBRO DE 1992 ⁽¹⁶⁹⁾

Num contrato em que as partes haviam estipulado que, «em tudo o que se encontre omissa neste contrato aplica-se (sic) as disposições legais previstas no Dec.-Lei n.º 235/86 de 16 de Agosto», a presente decisão entende que no regime do contrato de empreitada estabelecido no Código Civil há normas de interesse e ordem

⁽¹⁶⁸⁾ Processo n.º 78767; Relator: Cura Mariano, Decisão não publicada.

⁽¹⁶⁹⁾ C.J., 1992, T. V, p. 220 e ss., a presente decisão foi sobejamente analisada quando se procedeu à análise da questão da injuntividade ou supletividade das normas do Código Civil que regem o contrato da empreitada.

pública, não sendo, por isso, válida quanto a elas, a cláusula inserta em contrato nos termos citados.

Nomeadamente, considera ditados pelo interesse de ordem pública da realização da justiça mais equitativa e como tal injuntivas, as seguintes disposições do Código Civil:

- Art. 1221.º — Eliminação dos defeitos;
- Art. 1208.º — Dever de execução da obra pelo empreiteiro;
- Art. 1220.º — Denúncia dos defeitos;
- Art. 1222.º — Redução do preço e resolução do contrato;
- Art. 1223 — Indemnização;
- Art. 1224; n.º 1 — Caducidade;
- Art. 1225.º — Imóveis destinados a longa duração.

De toda esta casuística resultam conclusões não muito distantes daquelas a que vimos chegando ao longo do presente relatório:

- A aplicação cautelosa e restritiva da remissão, em bloco pelas partes, para o regime da empreitada de obras públicas;
- O reforço e esclarecimento da vontade das partes quando seja feito um reenvio específico para determinada norma do regime da empreitada de obras públicas e em particular quando esta seja transcrita no contrato;
- Inadmissibilidade da aplicação analógica do regime das empreitadas de obras públicas a empreitadas particulares, no caso de omissão do contrato e, aplicação, nessa hipótese, das regras gerais sobre obrigações;
- As dificuldades de articulação do regime da empreitada de obras públicas com as normas sobre obrigações no direito civil, nomeadamente com as normas sobre alteração anormal das circunstâncias;
- Injuntividade de algumas normas sobre o contrato de empreitada da lei civil, e consequentemente impossibilidade de aplicação do RJEOP às questões por elas reguladas, ainda que as partes remetam expressamente para a aplicação desse regime de direito público.

- Indiferença jurisprudencial ao critério do «interesse público», proposto pela doutrina (RUBINO, BARBERO, VAZ SERRA)—para impedir a aplicação de algumas normas do RJEOP às empreitadas particulares.

Bibliografia

- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA — O Direito /Introdução e Teoria Geral, Lisboa, 1984.
- BARBERO, DOMENICO — Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano, II, 5.ª ed., 1958.
- CAETANO, MARCELLO — Manual de Direito Administrativo, 10.ª ed, I e II, Coimbra, 1991.
- CHORÃO, MÁRIO BIGOTTE — Integração de Lacunas, Enciclopédia Polis, p. 608.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES — Da Boa Fé no Direito Civil, I e II, Coimbra, 1984.
- /ALMEIDA COSTA, MÁRIO JÚLIO, Cláusulas Contratuais Gerais, Anotação ao Dec.-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, Coimbra, 1986.
- Direito das Obrigações, I e II (reimp.), Lisboa, 1987.
- Da Abertura de Concurso para a Celebração de um Contrato no Direito Privado, B.M.J., n.º 369, 1987.
- Do Jufz—Autómato aos Modelos de Decisão Jurídica, Revista Jurídica, p. 7 e ss. Direito do Trabalho, 1, 2.ª ed. Revista e Actualizada, Lisboa, 1987/88.
- CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO—Contrato Administrativo, dicionário Jurídico da Administração Pública, III, pp. 54-89.
- Noções de Direito Administrativo, Coimbra, 1984.
- Legalidade e autonomia Contratual nos Contratos Administrativos, Coimbra, 1987.
- ESTORNINHO, MARIA JOÃO—Requiem pelo Contrato Administrativo, Coimbra, 1990. — Princípio de Legalidade e Contratos de Administração; B.M.J. n.º 368.
- FERNANDES, ANTÓNIO DE LEMOS MONTEIRO — Noções Fundamentais de Direito do Trabalho, I, 4.ª ed., Coimbra, 1981.
- FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO — Teoria Geral do Direito Civil, II (reimp.), Lisboa, 1983.
- FERRÃO, ALFREDO MENDES DE ALMEIDA — Empreitadas de Obras Públicas, I e II, Coimbra, 1960.
- GOMES, NUNO SÁ — Notas Sobre a Função e Regime Jurídico das Pessoas Colectivas Públicas de Direito Privado, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1987.
- GONÇALVES, ARNALDO — O Novo Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas, Comentado e Anotado, Lisboa, 1986.
- LIMA, FERNANDO PIRES DE e JOÃO ANTUNES VARELA — Código Civil Anotado, I e II, 4.ª ed., Coimbra, 1987.

- LLORENZ, FRANÇOIS — *Contrat D'Entreprise et Marché de Travaux Publics (Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, Paris, 1981.
- MANZONI, ANTÓNIO — *Construção Civil Que Realidade?*, publicações Aneop, 1991.
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO — *Contrato de Empreitada, Direito das Obrigações, III (Contratos em Especial) sob a Coordenação de António Menezes Cordeiro*, Lisboa, 1991.
- MENDES, CASTRO — *Direito Civil, I*, Lisboa, 1987.
- OLIVEIRA, ESTEVES DE — *Manual de Direito Administrativo, I*, Coimbra, 1980.
- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA — *Teoria Geral do Direito Civil, 3.ª ed.*, Coimbra, 1986.
- QUADROS, FAUSTO DE — *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Sep. R.O.A., Ano 47, Lisboa, 1987.
- QUEIRÓ, A. RODRIGUES — *Lições de Direito Administrativo (polic.) I*, Coimbra, 1976.
- RUBINO, DOMENICO — *L'Appalto*, Torino, 1958 (Trattato de Diritto Civile Italiano redatto da diversi giuristi Sotto la direzione di FILIPPO VASSALI).
- SARAIVA, JOSÉ H. — *Apostilha Crítica ao Projecto do Código Civil*, Sep. R.O.A., Lisboa, 1966.
- SERRA, ADRIANO VAZ — *Empreitada*, Boletim do Ministério da Justiça, 145, pp. 19 a 190 e 146, pp. 33 a 247.
Pena Convencionada, Sep. B.M.J., 67, pp. 8 e ss.
- SILVA, JORGE ANDADE DA — *Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*, Anotado e Comentado, Coimbra, 1992.
- TELES, GALVÃO — *Direito das Obrigações, 5.ª ed.*, p. 427.
- TORREGROSSA, GIOVANNI — *La Capacità Di Diritto Privato Degli Enti Pubblici Economici e La Disciplina Degli Appalti Pubblici*, Rivista de Diritto Privado, 1988, n.º 1.
- VARELA, ANTUNES — *Noções Fundamentais de Direito Civil, I*, p. 25.