

Aplicação de normas substantivas de direito público a contratos de empreitada de obra particular: um caso de fuga para o direito público?

PEDRO VIEIRA DA GAMA LOBO XAVIER*

VASCO XAVIER DA GAMA LOBO RIBEIRO DE MESQUITA**

1. Razão de ordem

Nas relações jurídicas de natureza privada as partes detêm ampla liberdade para definirem o conteúdo dos contratos que celebram, de acordo, aliás, com o princípio da liberdade contratual estabelecido no artigo 405.º do Código Civil. A autonomia privada apenas é restringida por força de normas imperativas ou injuntivas e de princípios gerais de direito.

Alguns tipos contratuais de matriz privatística encontram-se especialmente previstos na lei em razão da sua frequente utilização no tráfego jurídico ou por traduzirem a existência de um interesse público. A previsão de normas imperativas no direito privado destina-se a acautelar interesses de terceiros (afectados por um negócio jurídico ao qual são alheios), a

* Jurista no Banco de Portugal.

Foi quase um «imperativo categórico» que me levou a participar nesta homenagem a meu Pai, por tudo aquilo que me tem ensinado sobre as leis: as do direito, as da vida e as de Deus.

** Advogado na Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados, R.L.

Associo-me a esta homenagem a meu Tio Bernardo, a quem tanto devo, com muito orgulho de o fazer ao lado do Pedro.

proteger a parte mais fraca, ou, ainda e excepcionalmente, a exigir que determinado acto seja fundamentado para além da sua justificação na vontade. Um exemplo típico (que, aliás, tem afinidades com o contrato de empreitada¹) é o contrato de trabalho que, de acordo com o previsto no artigo 1153.º do Código Civil, «está sujeito a legislação especial». Como sustenta BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, «o *Direito do Trabalho parte da constatação de situações reais de restrição de liberdade e de desigualdade, pelo que se afasta de uma perspectiva contratualista, em que se tomam as partes como iguais e livres*»².

As partes podem assim alterar livremente o conteúdo de um contrato que esteja especialmente tipificado na lei, desde que essas alterações não colidam com normas de natureza imperativa nem com princípios gerais de direito.

Por regra, a conformação do conteúdo do contrato poderá ser realizada pelas partes, no essencial, pelo recurso a cláusulas atípicas especificamente concebidas para aquela relação contratual, através da reunião de regras constantes de regimes contratuais previstos na lei e ainda mediante a mera remissão genérica para esses mesmos regimes.

Relativamente à regulação de alguns contratos tipificados na lei civil, sucede que as partes podem ainda acordar na aplicação de normas constantes de regimes substantivos de direito público, como seja o regime jurídico das empreitadas de obras públicas que actualmente se encontra previsto no Código dos Contratos Públicos (artigos 343.º a 406.º). Com efeito, apesar de o contrato de empreitada de obra particular se encontrar especificamente regulado no Código Civil (artigos 1207.º a 1230.º), é assaz frequente que as partes determinem a aplicação do regime jurídico previsto para as empreitadas de obras públicas.

¹ Sobre as diferenças e similitudes destes dois tipos contratuais, cfr. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo, 2.ª edição, 2014, pp. 344-346. De acordo com o Ilustre Autor «a *distinção deste contrato [de empreitada] do contrato de trabalho está, sobretudo, na circunstância de se prometer um resultado (e não meramente uma actividade) como produto acabado, em que o trabalho é incorporado*», considerando, no entanto, que «*há certas situações de empreitada que estão muito próximas das do contrato de trabalho em termos económico-sociais ou são extremamente semelhantes às que resultam do contrato de trabalho*». Tais poderão ser os casos em que existe *subordinação económica*, pelo facto do prestador do serviço estar «*na dependência económica do beneficiário da actividade*» ou utilizar na sua actividade exclusivamente materiais e utensílios fornecidos pelo dono da obra.

² Cfr. *Manual...*, *ob. cit.*, p. 57.

Isto sucede, as mais das vezes, por o regime contido no Código Civil ser pouco detalhado e por não se encontrar adaptado à complexa realidade das grandes empreitadas, até porque não foi sujeito a qualquer revisão desde a sua publicação³. Para além disso, o regime das empreitadas de direito civil contém essencialmente disposições supletivas, sendo que a jurisprudência e a doutrina apenas têm reconhecido o carácter imperativo das normas contidas no Código Civil quando se esteja na presença de razões de ordem pública⁴.

Por outro lado, pode dizer-se que, por via de regra, a posição jurídica do dono da obra nas empreitadas de obras públicas é tendencialmente objecto de tutela mais reforçada na medida em que a conformação deste regime está associada à prossecução do interesse público. Os empreiteiros não deixam contudo de estar mais familiarizados com este regime, o qual é susceptível de conferir maior certeza e segurança jurídica na aplicação do direito, ao invés do que sucederia, por exemplo, na sujeição do contrato a um regime *ad hoc* especialmente desenhado no contexto específico de uma empreitada e destinado a integrar determinados termos ou condições não previstos no Código Civil.

Nos contratos de empreitada estabelecidos entre privados pressupõe-se, em regra, que as partes se encontram numa posição de paridade. Quando assim não seja, o papel do legislador, como regulador das relações contratuais, justifica-se por motivos de ordem pública conotados com a protecção da posição jurídica da parte mais fraca. Por outro lado, nos contratos de empreitada celebrados entre contraentes públicos

³ O regime de empreitada civil que foi aprovado pelo Código Civil de 1966 «conviveu» até à data com seis regimes jurídicos de empreitadas de obras públicas: o Decreto de 9 de Maio de 1906; o Decreto-Lei n.º 48.871, de 19 de Fevereiro de 1969; o Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto; o Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro; o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março; e o Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro (que aprovou o actual Código dos Contratos Públicos).

⁴ Cfr., neste sentido, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10/19/2003, processo n.º 04B2742; e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10/16/2012, processo n.º 159/08.9TVLSB.L1-1 (ambos disponíveis in www.dgsi.pt); cfr., ainda, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Volume II, 4.ª Edição revista e actualizada (reimpressão), Coimbra Editora, pp. 863 ss.; Pedro Romano Martinez, *Autonomia Privada no Contrato de Empreitada*, em *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais* (Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier), Volume III, Coimbra Editora, 2007, pp. 979 e ss.; e José Pujol, *Aplicação do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas às Empreitadas Particulares*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 54, Julho 1994, pp. 505 e ss.

e co-contratantes privados os primeiros encontram-se numa posição de supremacia com vista à satisfação de um determinado interesse público. Nessa medida, a conformação da relação contratual nas empreitadas de obras públicas encontra-se marcada pela atribuição de poderes exorbitantes ao contraente público, embora o contrato constitua, também para o co-contratante, uma situação subjectiva que deve ser exercida e cumprida em conformidade com os ditames do interesse público (cfr. artigo 286.º do Código dos Contratos Públicos).

Deste modo, a aplicação de um regime substantivo de direito público a relações jurídicas privadas terá de ser devidamente adequada, de modo a que sejam expurgadas do contrato de empreitada disposições que tenham uma função eminentemente pública. Na verdade, uma relação jurídica de natureza privada é por definição alheia à satisfação de necessidades públicas, pelo que os interesses subjacentes a uma decisão de contratar entre privados não se prendem com finalidades públicas.

No entanto, importa considerar que certas empreitadas de natureza privada estão destinadas à prossecução de interesses gerais ou colectivos de uma comunidade específica, razão pela qual tais projectos são frequentemente apoiados por fundos provenientes do erário público e da União Europeia ou incentivados através da concessão de benefícios e da previsão de isenções de natureza fiscal. Daí que se possa conceber a aplicação de determinadas disposições que tenham uma função eminentemente pública a esses contratos, ainda que de uma forma ajustada, considerando o seu reconhecido interesse geral ou colectivo. Nestes casos caberá ao intérprete determinar qual será a norma que deverá prevalecer dentro do espírito do sistema, tendo em conta a natureza de tais normas, a vontade presumida das partes na celebração do contrato e os demais elementos interpretativos relevantes.

Serve assim o presente estudo para encetar uma análise, ainda que em traços gerais, sobre os parâmetros que devem ser observados no contexto da integração e aplicação de normas substantivas de direito público a relações jurídico-contratuais estabelecidas entre sujeitos privados, em particular no âmbito de um contrato de empreitada de obra particular, os quais passam, não só mas sobretudo, pelos princípios gerais de direito aplicáveis à formação, celebração e execução de tais contratos.

2. Autonomia contratual nos contratos de empreitada

Uma das principais dicotomias presentes no mundo jurídico é a que separa o direito público do direito privado, assistindo-se actualmente a uma propensão da Administração para se servir do direito privado em ordem à prossecução dos seus fins e interesses públicos, invadindo, instrumentalizando e funcionalizando o direito privado e os seus conceitos tradicionais⁵.

É assim sobejamente conhecida a tendência, que já não é assim tão recente, da utilização do direito privado pela Administração, num processo que foi caracterizado pela doutrina alemã como *fuga para o direito privado*. Com efeito, a Administração serve-se de formas organizativas e de instrumentos de acção próprios do direito privado, o que provoca uma espécie de *confusão* de princípios e regras de direito público com princípios e regras de direito privado, tratando-se de um fenómeno de *publicização do direito privado utilizado pela Administração*⁶.

Não tão conhecida e já mais recente é a tendência de determinadas relações jurídicas contratuais estabelecidas entre privados se encontrarem submetidas a um regime substantivo de direito público. A aplicação de normas jurídicas de direito público pode resultar exclusivamente da *vontade* das partes que, por qualquer razão, entendem que a satisfação dos seus interesses é melhor prosseguida através da recepção de regimes jurídicos de direito público. Acresce, ainda, que a observância de regras substantivas de direito público pode ser imposta por os contratos serem

⁵ Nem sempre é fácil destrinçar se uma dada relação jurídica é conformada pelo direito público ou pelo direito privado, sendo que a doutrina jurídica tem vindo a desenvolver ao longo dos tempos vários critérios ou teorias, destacando-se a teoria dos interesses (prossecução de interesses públicos *vs.* interesses privados), a teoria da infra-ordenação ou supra-ordenação (relação de supremacia *vs.* relação de igualdade/equivalência entre os sujeitos envolvidos) e a teoria dos sujeitos (invocação de normas que conferem aos titulares de *ius imperii* determinadas prerrogativas para justificar e fundamentar a sua actuação *vs.* invocação de normas que pressupõem a igualdade e que são potencialmente aplicáveis a um universo específico). Decisivo, no entanto, para a distinção de um contrato de direito público e de direito privado, é o respectivo objecto e fim contratuais. A este propósito, cfr. HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, 2000, pp. 36 a 40.

⁶ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *O Contrato Administrativo (Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, 2003, pp. 46 a 49; e MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado*, 1996.

financiados por entidades públicas (entidades adjudicantes)⁷ ou por ser conveniente nos casos em que o cumprimento de regras de contratação pública constituir condição de elegibilidade de despesas efectuadas no âmbito de contratos objecto de co-financiamento comunitário⁸.

Ora, a convocação neste âmbito de um regime jurídico de direito público não provoca qualquer alteração quanto à natureza do contrato celebrado entre os sujeitos privados, que se mantém como um negócio de direito privado, pelo que, apesar de o contrato integrar normas de origem pública, este não deixa de se apresentar como pertencendo ao direito privado. Na verdade, a aplicação de regras de direito público funda-se no acordo das partes que, ao abrigo da liberdade contratual, escolheram um regime jurídico substantivo de direito público para disciplinar a sua relação jurídica, que não se lhes aplicaria não fosse a opção convencional.

Contudo, a integração de um regime de direito público na disciplina do contrato poderá suscitar algumas dificuldades na determinação das normas concretamente aplicáveis ao mesmo, desde logo e sobretudo se esse processo de integração tiver de conviver com a aplicação de um regime constante da lei civil. Trata-se, neste caso, duma faculdade que, embora possa encontrar disposição paralela no direito privado, poderá ser aplicável por não constituir uma manifestação inequívoca do carácter

⁷ Referimo-nos aos contratos subsidiados, previstos no artigo 275.º do Código dos Contratos Públicos, que determina que são aplicáveis as regras previstas no Código relativas à formação de contratos de empreitada de obras públicas à formação de contratos de empreitada celebrados por entidades não referidas no artigo 2.º ou no n.º 1 do artigo 7.º, desde que financiados em mais de 50% por uma entidade do n.º 1 do artigo 2.º (entidade do sector público administrativo) ou por organismo de direito público e o respectivo preço seja igual ou superior ao valor de € 5 186 000. Cfr., neste contexto, LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns Aspectos do Contrato de Empreitadas de Obras Públicas no Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos de Contratação Pública*, II, Coimbra Editora, pp. 345 ss. (p. 357).

⁸ Apesar de nos podermos confrontar com entidades que não se inscrevem no perímetro de entidades adjudicantes normativamente delimitado pelo Código dos Contratos Públicos, o certo é que quando está em causa a aplicação de fundos comunitários se poderá defender a exigência acrescida ou qualificada de respeito pelas normas da contratação pública, pelo que neste caso estaríamos colocados perante a hipótese de aplicação do Código dos Contratos Públicos a entidades equiparadas a organismos de direito público, sempre que contratassem obras, bens ou serviços no quadro do desenvolvimento de acções objecto de co-financiamento comunitário. Exactamente neste sentido, cfr. BERNARDO AZEVEDO, *Contratação Pública e Fundos Comunitários*, in *Revista de Direito Público e Regulação (online)*, n.º 1, 2009, pp. 5 ss. (p. 7).

publicístico da prestação contratual e por não violar os princípios do direito privado.

É o que sucede justamente com o caso da empreitada: o contrato de empreitada de obras públicas encontra-se actualmente regulado nos artigos 343.º e ss. do Código dos Contratos Públicos enquanto o contrato de empreitada de obras particulares se encontra especialmente regulado nos artigos 1207.º e ss. do Código Civil. Do confronto destes dois regimes verifica-se que a definição de empreitada constante do Código Civil é substancialmente mais ampla do que a noção de empreitada de obra pública, uma vez que no primeiro caso basta estar em causa a *realização de uma certa obra*⁹, enquanto no segundo caso é ainda necessário que essa obra *se enquadre nas subcategorias previstas no regime de ingresso e permanência na actividade de construção*¹⁰.

Isto posto, temos que na ausência de estipulação contrária entre os contraentes privados, aplicar-se-ão as disposições constantes do Código Civil, podendo ainda ser aplicáveis as disposições previstas no Código dos Contratos Públicos, e isto desde logo se as partes assim o tiverem previsto expressamente. Com efeito, apesar da tendencial aproximação dos dois regimes, não é de forma alguma evidente que se possa aplicar analogicamente o regime de direito público para preencher as lacunas do regime do contrato de empreitada civil¹¹. Com efeito, as partes poderão sempre argumentar que a ausência de remissão expressa para o regime de direito público, ao contrário do que frequentemente ocorre, terá implícita a vontade das partes em se quererem afastar de tal regime¹².

Contudo, não vemos razões para ditar, de uma forma definitiva, a não aplicação dessas normas do regime de direito público quando as disposições relativas às empreitadas de obras particulares sejam omissas na regulação de uma situação específica¹³. Com efeito, a interpenetração

⁹ Sobre a noção de empreitada traçada no artigo 1207.º do Código Civil, cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código...*, *ob. cit.*, pp. 863 ss.

¹⁰ Sobre o conceito de empreitada de obras públicas previsto no artigo 343.º do Código dos Contratos Públicos, cfr. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, 3ª Edição, Almedina, pp. 844 e ss.

¹¹ Defendendo a aplicação analógica do regime de direito público para preencher as lacunas do regime do contrato de empreitada civil, cfr. JOSÉ PUJOL, *Aplicação...*, *ob. cit.*, p. 518.

¹² Principalmente se o contrato de empreitada estiver amplamente regulado.

¹³ Até porque não parece ser defensável que as regras aplicáveis às empreitadas de obras públicas devam ser consideradas normas excepcionais (que são aquelas que, além de contradizerem outra regra, vão contra os princípios informadores de qualquer sector

dos regimes da empreitada pública e civil continuam actualmente bem patentes no próprio Código dos Contratos Públicos, que no seu artigo 280.º, n.º 3, determina que em que tudo o que não estiver regulado nesse diploma «... ou em lei especial e não for suficientemente disciplinado por aplicação dos princípios gerais de direito administrativo, são aplicáveis às relações jurídicas administrativas, com as necessárias adaptações, as restantes normas de direito administrativo e, na falta destas, o direito civil». Por outro lado, sendo este um regime bastante mais densificado e detalhado e presumindo-se que o legislador *consagrou as soluções mais acertadas* (artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil), parece-nos admissível e até legítimo que um juiz, no momento de interpretar determinada disposição contratual, se socorra da «... norma mais clara e explícita para fixar a interpretação de uma outra norma (paralela) mais obscura ou ambígua»¹⁴. Da mesma forma, nada parece impedir no processo de integração de eventuais lacunas a um caso omissivo se proceda à transposição da regulamentação do regime jurídico das empreitadas de obras públicas no caso análogo, à luz do n.º 2 do artigo 10.º do Código Civil¹⁵.

Caberá por isso aferir nesses casos se através da aplicação de uma norma substantiva de direito público são conferidos a uma das partes poderes excepcionais que encontram justificação unicamente na célere prossecução do interesse público. Este ângulo de abordagem poderá no entanto não ser o mais apropriado, já que a ideia da regulação de um contrato de direito privado através de um regime de direito público visa justamente prever e antecipar as dificuldades com que a entidade contratante se pode deparar na execução de um contrato. Um caminho porventura mais adequado será o de verificar se a aplicação de uma determinada norma do regime do Código dos Contratos Públicos pressuporá, ou não, a posição de *auctoritas* ou de *potestas* do dono da obra. O certo, no entanto, é que a grande maioria das regras constantes do regime jurídico da empreitada de obras públicas não se podem considerar normas com carácter eminentemente público, pelo que à partida deverão

do sistema jurídico), caso em que não seria admitida a analogia nos termos do artigo 11.º do Código Civil; cfr. JOSÉ PUJOL, *Aplicação...*, *ob. cit.*, p. 521.

¹⁴ Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Almedina (21.ª Reimpressão), p. 183.

¹⁵ Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução...*, *ob. cit.*, p. 330.

aplicar-se aos contratos de empreitada de direito privado sempre que as partes assim o tenham expressamente previsto¹⁶.

3. O sentido e alcance da remissão por via de cláusula contratual para o regime jurídico substantivo das empreitadas de obras públicas

É quase uma *cláusula de estilo* prever num contrato de empreitada de obra particular de grande envergadura que nos casos omissos se deverão aplicar as disposições do Código dos Contratos Públicos. Ora, esta remissão, de alcance genérico, determina que se devam ter por aplicáveis desde logo as disposições relativas à empreitada de obras públicas especialmente regulada nos artigos 343.º e ss. do Código dos Contratos Públicos. Tal implica, em princípio, que o *regime substantivo dos contratos administrativos* seja igualmente aplicável ao contrato de empreitada de obra particular, já que as disposições incluídas no título I da Parte III do Código dos Contratos Públicos «... *são subsidiariamente aplicáveis às relações contratuais jurídicas administrativas reguladas em especial no presente Código ou em outra lei, sempre que os tipos dos contratos não afastem as razões justificativas da disciplina em causa*» (artigo 280.º do Código dos Contratos Públicos). Só assim não será se as partes excluírem expressamente a aplicação das normas incluídas no título I da Parte III do Código dos Contratos Públicos ao delimitarem o âmbito da remissão, especificando, por exemplo, que nos casos omissos serão aplicáveis as disposições constantes dos artigos 343.º a 406.º do Código dos Contratos Públicos.

Como vimos, atenta a natureza e a função das normas que regulam as relações contratuais jurídico-administrativas, determinadas disposições constantes no Código dos Contratos Públicos não se devem aplicar. Nessa medida, a identificação das principais manifestações do interesse público no Código dos Contratos Públicos impõe-se enquanto principal obstáculo à aplicação das normas deste regime às empreitadas particulares. No entanto, cabe destringir as situações em que a norma é conformada em razão da invocação do interesse público daquelas situações em que, apesar de estar em causa o interesse público, o regime da empreitada de obra pública não é incompatível com os ditames do direito civil ou

¹⁶ Neste sentido, no que toca ao disposto no Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março (entretanto revogado pelo diploma legal que aprovou o Código dos Contratos Públicos), cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Autonomia...*, ob. cit., p. 984.

com as normas e princípios de direito das obrigações que impedem ou limitam a autonomia contratual das partes em determinadas matérias¹⁷.

Numa análise geral comparativa entre o regime constante na lei civil e o regime de direito público, é possível extrair a conclusão de que grande parte das disposições constantes no Código dos Contratos Públicos poderá ser abstractamente aplicável às relações jurídicas estabelecidas entre sujeitos privados. Além disso, em certos casos consideramos que as normas previstas para a regulação de empreitadas de obras particulares poderão ser interpretadas em conformidade com as disposições que regulam as empreitadas de obras públicas, designadamente quando os contratos de empreitadas sejam pouco detalhados¹⁸, uma vez que as soluções previstas no Código dos Contratos Públicos podem revelar-se as mais acertadas e equilibradas para a justa composição dos interesses das partes. Acresce ainda que, nas situações em que a lei civil não preveja qualquer solução para o caso concreto, admitimos que o intérprete, nomeadamente o juiz, poderá socorrer-se das normas aplicáveis às empreitadas de obras públicas para integrar as lacunas da lei civil, suprindo a ausência de estipulação contratual. Seguidamente identificam-se, a título meramente exemplificativo, determinadas situações que poderão beneficiar da interpretação e aplicação das normas relativas às empreitadas de obras públicas:

i) O artigo 1209.º do Código Civil permite a existência de fiscalização por parte do dono da obra em relação à actividade do empreiteiro durante a respectiva execução, não se delimitando quais os poderes de representação do dono da obra nem se determinando o que deve suceder caso o director de fiscalização da obra se encontrar ausente ou impedido. Os n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 344.º do Código dos Contratos Públicos especificam que o director de fiscalização da obra não é titular de poderes de representação do dono da obra em matéria de modificação, resolução e revogação do contrato¹⁹ e que na sua ausência ou impedimento deve-se fazer substituir pelas pessoas que designe para o efeito, desde que

¹⁷ Cfr. JOSÉ PUJOL, *Aplicação...*, *ob. cit.*, p. 523.

¹⁸ Ao invés, se determinado contrato está intensamente regulado, será mais difícil considerar que o regime das empreitadas de obras públicas poderá servir de elemento interpretativo, uma vez que, tendo as partes estabelecido expressamente um vasto conjunto de normas com vista a regular as vicissitudes contratuais, presumivelmente terão querido afastar-se de «regimes-tipo» como seja aquele que se encontra consagrado no Código dos Contratos Públicos.

¹⁹ Embora se pudesse inferir da lei civil que, na ausência de poderes de representação expressos para a prática de tais actos, nos termos do disposto nos artigos 258.º e ss.

a designação do substituto seja aceite pelo dono da obra e comunicada ao empreiteiro.

ii) O n.º 1 do artigo 1215.º do Código Civil estipula que caso seja necessário introduzir alterações ao plano convencionado e se as partes não estiverem de acordo, compete ao tribunal determinar essas alterações e fixar as correspondentes modificações quanto ao preço e ao prazo de execução. Nesse âmbito, o n.º 1 do artigo 373.º do Código dos Contratos Públicos contempla uma possível solução jurídica quanto às alterações a introduzir no preço e no prazo contratual em situações de trabalhos a mais que poderá, nessa medida, ser integrada no contexto da regulação desta situação específica do contrato, a saber, «a) *Tratando-se de trabalhos da mesma espécie de outros previstos no contrato e a executar em condições semelhantes, são aplicáveis o preço contratual e os prazos parciais de execução previstos no plano de trabalhos para essa espécie de trabalhos;* b) *Tratando-se de trabalhos de espécie diferente ou da mesma espécie de outros previstos no contrato mas a executar em condições diferentes, deve o empreiteiro apresentar uma proposta de preço e de prazo de execução*».

iii) O n.º 2 do artigo 1216.º do Código Civil estipula que em caso de alterações ao plano convencionado o empreiteiro tem direito a um prolongamento do prazo para a conclusão da obra, embora não se determine qualquer critério em ordem à fixação da prorrogação do prazo. Ora, do artigo 374.º do Código dos Contratos Públicos resulta que «... *o prazo de execução da obra é proporcionalmente prorrogado de acordo com os prazos definidos...*», não sendo aplicável quando estejam em causa trabalhos a mais cuja execução não prejudica o normal desenvolvimento do plano de trabalhos.

iv) Os n.ºs 1 e 2 do artigo 1218.º do Código Civil determinam que o dono da obra deve verificar, antes de a aceitar, se ela se encontra nas condições convencionadas ou sem vícios, o que deve ser feito *dentro do prazo usual ou dentro do período que se julgue razoável* depois do empreiteiro colocar o dono da obra em condições de a poder fazer, nada se referindo especificamente quanto aos prazos necessários para que se proceda a essa verificação. O n.º 3 do artigo 394.º do Código dos Contratos Públicos estabelece que, após a obra estar concluída, o dono

do Código Civil, o director de fiscalização da obra nunca os poderia praticar em nome (e por conta) do dono da obra.

da obra convoca o empreiteiro para a realização de vistoria com uma antecedência mínima de cinco dias, estabelecendo o n.º 5 do mesmo artigo que, se a vistoria for solicitada pelo empreiteiro, o dono da obra deve realizá-la no prazo de 30 dias contados da data de recepção da referida solicitação²⁰.

v) O n.º 1 do artigo 1225.º do Código Civil contempla um prazo geral de garantia de cinco anos para reparação de quaisquer defeitos da obra. O n.º 2 do artigo 397.º do Código dos Contratos Públicos estabelece que o prazo de garantia é variável consoante o defeito da obra, que poderá ser aplicável ao contrato de empreitada civil caso as partes remetam para o regime de direito público, nos seguintes termos: «a) 10 anos, no caso de defeitos relativos a elementos construtivos estruturais; b) 5 anos, no caso de defeitos relativos a elementos construtivos não estruturais ou instalações técnicas; c) 2 anos, no caso de defeitos relativos a equipamentos afectos à obra, mas dela autonomizáveis»²¹.

vi) O artigo 1229.º do Código Civil prevê que «o dono da obra pode desistir da empreitada a todo o tempo, ainda que tenha sido iniciada a sua execução, contanto que indemnize o empreiteiro dos seus gastos e trabalho e do proveito que poderia tirar da obra», não se fixando a forfait o montante de indemnização exigível (cláusula penal). Por sua vez, o n.º 1 do artigo 381.º do Código dos Contratos Públicos, sob a epígrafe «Indemnização por supressão de trabalhos», estabelece que «quando em virtude da ordem de supressão de trabalhos ou de outros actos ou factos imputáveis ao dono da obra, os trabalhos executados pelo empreiteiro tenham um valor inferior em mais de 20% ao preço contratual, este tem o direito a uma indemnização correspondente a 10% do valor da diferença verificada»²².

²⁰ Estes prazos poderão então ser considerados como «os prazos usuais e razoáveis» referidos no Código Civil, até porque o legislador os considerou como justos ao aprovar o Código dos Contratos Públicos.

²¹ Apesar de os prazos de garantia previstos no Código dos Contratos Públicos poderem regular de forma mais justa e equitativa os interesses das partes, parece-nos controverso o entendimento que sustenta que, em relação a determinado contrato, o qual não remete para este código, se deveria aplicar os prazos de garantia do Código dos Contratos Públicos em derrogação daquele previsto no Código Civil.

²² Estabelecendo as partes expressamente uma cláusula penal para tal vicissitude, parece que não se poderá aplicar de forma cumulativa a cláusula penal prevista no Código dos Contratos Públicos.

Em face dos exemplos acabados de enunciar, é possível verificar que muitas das disposições previstas no regime substantivo aplicável às empreitadas de obras públicas podem revelar-se adequadas a *concretizar* ou a *densificar* as correspondentes disposições estabelecidas na lei civil ou no título contratual que rege a empreitada de obra particular, até porque poderão conduzir, muitas vezes, ao resultado que seria alcançado pelo intérprete com recurso ao critério da equidade.

Assim sendo, no caso de existir remissão contratual específica para o Código dos Contratos Públicos, não deverão restar grandes dúvidas de que a vontade real das partes manifestada nessa remissão terá sido que as disposições constantes naquele diploma legal se devem ter por aplicáveis, sem prejuízo de normas imperativas previstas na lei civil e das demais cláusulas contratuais. Porém, mesmo na ausência de remissão contratual específica para o regime substantivo de direito público, a sua aplicação poderá ser acolhida pelo intérprete na medida em que seja adequada e conveniente à interpretação e integração da vontade das partes numa situação não prevista no contrato de empreitada de obra particular. Tal entendimento vai ao encontro da regra estabelecida no artigo 239.º do Código Civil, que prevê que «*na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se tivessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta*».

4. A distribuição do risco, em particular em matéria de erros e omissões

No que concerne concretamente à distribuição do risco nos contratos de direito privado, as regras legais incidentes sobre esta matéria assumem também uma natureza supletiva. Com efeito, a distribuição negocial do risco, ou a supletividade das normas legais de distribuição do risco, constitui uma orientação consensual que entronca, justamente, no princípio da autonomia contratual²³.

A este propósito, o artigo 1228.º do Código Civil confirma a regra geral de que o *risco de construção* corre por conta do proprietário (*res perit domino*), excepto se o dono de obra estiver em mora quanto à verificação ou aceitação da coisa, caso em que o risco corre por conta dele.

²³ Cfr. PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*, Almedina, 2011, p. 117.

Em relação às empreitadas de bens imóveis, importa, igualmente, atender ao disposto no artigo 1212.º, que prevê que os materiais incorporados no solo, sendo este pertença do dono da obra, consideram-se adquiridos por este. O risco corre, portanto, por conta dele, quanto à perda ou deterioração, se o facto, evidentemente, não puder ser imputado ao empreiteiro²⁴.

A remissão genérica no contrato de empreitada de obras particulares para o que acha previsto no Código dos Contratos Públicos pode conhecer limitações na sua aplicação em matéria de distribuição do risco no contrato. Desde logo, não nos podemos alhear da relevância do procedimento pré-contratual aplicável que por regra deve ser adoptado pela entidade adjudicante com vista à celebração de um contrato de empreitada de obras públicas²⁵, e que condiciona indelevelmente a vinculação das partes ao modo de execução das prestações objecto do contrato.

A situação paradigmática que está associada à imputação de responsabilidade do empreiteiro na fase de formação do contrato é a da sua responsabilidade por erros e omissões²⁶. Nada parece obstar, numa primeira análise, a que no contrato de empreitada de obra particular as partes prevejam que a *responsabilidade pelos erros e omissões* corre exclusivamente por conta de um dos contraentes²⁷. E também nada parece impedir que a distribuição do risco no contrato seja feita de acordo com o que se encontra estabelecido no regime substantivo aplicável às empreitadas de obras públicas. Neste âmbito, estabelece o n.º 3 do artigo 378.º do Código dos Contratos Públicos, conjugado com os n.ºs 1 e 2

²⁴ Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código...*, *ob. cit.*, págs. 906 e 907.

²⁵ Para uma análise das situações de contratação excluída, cfr. VASCO XAVIER MESQUITA, *Para a compreensão dos critérios delimitadores das relações in house no Novo Código dos Contratos Públicos: contributo da jurisprudência do TJUE e a assunção das relações in house no Sector das Águas em Portugal*, in *Revista de Direito Público*, n.º 4, 2010, Instituto de Direito Público, Almedina, pp. 134 ss.

²⁶ O Código dos Contratos Públicos não fornece qualquer noção de erros e omissões, o que poderia afigurar-se aconselhável, designadamente por autonomizar, quanto ao respectivo regime, os trabalhos a mais e o suprimento por erros e omissões, pondo termo à relativa ambiguidade que se assiste neste domínio. Cfr. LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos...*, *ob. cit.*, p. 399.

²⁷ O legislador do Código dos Contratos Públicos não faz depender o conceito de *erro e omissão* da existência de um dano para o dono da obra, apesar de associar um regime de responsabilidade à existência de *erros e omissões* e à inobservância do ónus da sua detecção. Cfr. JOSÉ PUJOL, *Erros e omissões do Regime de erros e omissões do Código dos Contratos Públicos*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LIV (XXVII), n.ºs 1/3, p. 109.

do artigo 61.º, que o critério de repartição de responsabilidade é o da *exigibilidade de detecção na fase de formação de contrato*. Este regime é justificado em razão de os erros e omissões, designadamente por serem aparentes, poderem ser detectados na fase de formação do contrato, pelo que o empreiteiro, normalmente diligente e tecnicamente conhecedor da matéria, deveria, desde logo por uma questão de boa fé, ter alertado a entidade adjudicante para a existência de tais erros e omissões nos elementos de solução da obra²⁸.

No entanto, sucede que o Código Civil não estabelece qualquer norma equivalente à que respeitante à responsabilidade pelos erros e omissões, apenas prevendo a necessidade de introdução de alterações ao plano convencionado em virtude de direitos de terceiro ou de regras técnicas (artigo 1215.º, n.º 1, do Código Civil)²⁹. Sendo certo que, mesmo no caso de alterações da iniciativa do empreiteiro ao plano convencionado numa obra executada em regime de preço global, em que o dono da obra não tenha dado qualquer autorização por escrito com fixação do aumento do preço em ordem à respectiva execução, o empreiteiro tem direito a uma indemnização correspondente ao enriquecimento do dono da obra (artigo 1214.º, n.º 3, do Código Civil).

É por isso duvidoso que se possa aplicar automaticamente o regime de responsabilidade pelos erros e omissões a um contrato de empreitada de obra particular por força de uma cláusula remissiva constante do título contratual para o Código dos Contratos Públicos. Desde logo porque as normas que disciplinam o regime de *erros e omissões* do Código dos Contratos Públicos são também normas de *responsabilidade civil*, isto é, normas que estabelecem uma obrigação reintegratória dos prejuízos causados por um determinado facto³⁰. E, nesse caso, estaria em causa a imputação de uma responsabilidade sem que se demonstrassem preenchidos

²⁸ Cfr. LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos...*, *ob. cit.*, p. 408.

²⁹ A introdução de alteração ao plano convencionado por necessidades técnicas pode ser motivada, por exemplo, por se verificar que se encontra uma mina ou um poço no sítio onde deviam ser construídos os alicerces ou um pilar do edifício; ou por se alterarem as regras de aplicação de betão armado, sendo a alteração aplicável retroactivamente às obras em curso; ou, ainda, por se descobrirem no projecto imperfeições técnicas, não imputáveis a nenhum dos contraentes, mas que importa corrigir. Cfr., PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código...*, *ob. cit.*, p. 885.

³⁰ Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA e ANTÓNIO CADILHA, *O regime da responsabilidade por erros e omissões*, Separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 69, III/IV, 2009, p. 877.

os respectivos pressupostos³¹. Com efeito, o ónus de detectar atempadamente todos os *erros e omissões* dos projectos poderá ser algumas vezes um dever impossível de cumprir, não podendo ser válida essa obrigação se for excessivamente onerosa para o empreiteiro e contrária aos ditames da boa fé, sob pena de se admitir a existência de uma imputação objectiva *contra legem*³². Além disso, uma vez que a *ratio* do regime de erros e omissões assenta no controlo de custos das empreitadas de obras públicas, tal poderá configurar uma situação de enriquecimento injustificado do dono de obra, por estar em causa uma deslocação patrimonial que ocorre quando o empreiteiro é obrigado a suportar os custos dos trabalhos por si efectuados para suprimento de *erros e omissões*³³. Ora, se os elementos de solução da obra foram exclusivamente fornecidos pelo dono da obra, poderá constituir um verdadeiro abuso de direito a exigência, por parte deste, que o empreiteiro suporte todos os custos. Daí que se tenha de considerar que o regime de *erros e omissões* estabelecido no Código dos Contratos Públicos tem um carácter excepcional. Por esta razão, a derrogação do princípio geral «*de que quem elabora e/ou disponibiliza os elementos de solução da obra é responsável pelos trabalhos de suprimento de erros e omissões*»³⁴ apenas deverá ser transposta para a regulação contratual das empreitadas de obras particulares se no contexto pré-contratual tudo se tiver passado de modo análogo à tramitação prevista no Código dos Contratos Públicos para os procedimentos pré-contratuais, de modo a que o empreiteiro tenha a possibilidade de analisar e de se pronunciar devidamente sobre os elementos de solução da obra.

5. Modificação do contrato de empreitada – a alteração das circunstâncias e a reposição do equilíbrio económico e financeiro

A lei civil dispõe de normas aplicáveis aos contratos entre particulares que permitem, em determinadas circunstâncias, a alteração aos termos contratuais e até a resolução do contrato, em derrogação do princípio geral *pacta sunt servanta* e baseado no princípio *rebus sic standibus*. O Código Civil, no n.º 1 do seu artigo 437.º, dispõe que «*se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem*

³¹ Cfr. JOSÉ PUJOL, *Erros e omissões...*, *ob. cit.*, pp. 111 ss.

³² Cfr. JOSÉ PUJOL, *Erros e omissões...*, *ob. cit.*, p. 115.

³³ No sentido da inconstitucionalidade das normas do regime de *erros e omissões* do Código dos Contratos Públicos, cfr. JOSÉ PUJOL, *Erros e omissões...*, *ob. cit.*, p. 130.

³⁴ Cfr. LICÍNIO LOPES MARTINS, *Alguns aspectos...*, *ob. cit.*, p. 415.

sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato». Por sua vez, o n.º 2 deste preceito prevê que «requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior».

Para se determinar *as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar ter-se-á*, forçosamente, de atentar à fase pré-contratual, nomeadamente às declarações negociais (artigos 217.º e seguintes) e à base e objecto do negócio (cfr. artigos 251.º e 280.º e seguintes). Embora a noção de *alteração anormal* das circunstâncias esteja relacionada com a imprevisibilidade³⁵ de tal alteração, esta poderá não ser suficiente para que a alteração em causa seja considerada *anormal*. Com efeito, em determinados contratos de natureza aleatória, a imprevisibilidade é um dado adquirido³⁶, pelo que o legislador estabelece como condição que o impacto da alteração das circunstâncias nas obrigações a cargo da parte que invoca este instituto «*não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*»³⁷. Este instituto tem assim natureza supletiva perante as normas legais e contratuais de gestão ou distribuição do risco.

Para que possa ser invocado o direito à modificação do contrato é ainda necessário que a exigência das obrigações a cumprir pela parte que o invoca «*afecte gravemente os princípios da boa fé*»³⁸. Segundo MENEZES CORDEIRO³⁹, «*as circunstâncias que, a alterarem-se ou – neste caso – a não se verificarem, justificam a resolução ou modificação do contrato,*

³⁵ Neste sentido, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19 de Maio de 2005, CJ XXX (2005), pp. 545 a 550; cfr. ainda A. MENEZES CORDEIRO, *Da alteração das circunstâncias – a concretização do artigo 437.º do Código Civil, à luz da jurisprudência posterior a 1974*, Separata dos *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1987, p. 67, e *Contratos públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com o exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*, in *Cadernos O Direito*, n.º 2, 2007, Almedina, p. 75.

³⁶ No mesmo sentido, A. MENEZES CORDEIRO, *Da alteração das circunstâncias...*, p. 69.

³⁷ Como os referentes aos contratos com eficácia real, estabelecidos no artigo 796.º do Código Civil. Sobre este tema, v. VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *A alteração das circunstâncias e risco (arts. 437.º e 796.º do Código Civil)*, Colectânea de Jurisprudência, VIII (1983), 5, pp. 17 a 23.

³⁸ Sobre este tema, cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, 2011 (4.ª Reimpressão), pp. 998 a 1186.

³⁹ Cfr. *Da boa fé...*, *ob. cit.*, pp. 1091-1092.

não podem ser determinadas em abstracto e a nível fático mas, tão-só, em concreto e a nível normativo: interessam as circunstâncias que, a serem atingidas, tornariam a exigência das prestações implicadas no negócio gravemente contrária aos princípios da boa fé».

O exemplo paradigmático de alterações anormais de circunstâncias reconduz-se aos casos de valorização ou desvalorização forte e abrupta da moeda⁴⁰. Outro caso relevante consiste na alteração súbita do preço de determinadas matérias-primas essenciais ao cumprimento da obrigação.

Assim, poderá concluir-se que para que um dos contraentes possa invocar o instituto da alteração das circunstâncias como fundamento para requerer, em tribunal, a resolução ou modificação do contrato, é essencial demonstrar-se: por um lado, que as circunstâncias anormalmente alteradas após a celebração do contrato tenham servido de base à sua decisão de contratar, ou pelo menos, ao estabelecimento dos termos essenciais do contrato; e, por outro lado, que a manutenção do contrato, no seu estado actual, produziria um dano considerável ou conduziria a obrigações excessivamente onerosas⁴¹.

Já quanto à modificação do contrato segundo juízos de equidade, a realizar pelo juiz, esta deverá ponderar a vontade das partes e a eficácia da alteração no caso concreto e nas esferas jurídicas dos respectivos contraentes.

No que respeita ao enquadramento temporal na invocação deste instituto a lei civil é omissa. Com efeito, poderia em tese equacionar-se que, já depois de um contrato ter sido cumprido, uma das partes viria alegar uma alteração das circunstâncias, mesmo que anterior à execução do contrato. Neste contexto, a doutrina⁴² e a jurisprudência têm afastado este entendimento, considerando que, em regra, a alegação da alteração das circunstâncias só deverá ser admitida em relação a contratos pen-

⁴⁰ Neste sentido, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Abril de 1975, *Boletim do Ministério da Justiça*, 246, 1975, pp. 138 a 141; Cfr. ainda PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código...*, *ob. cit.*, p. 414; e MENEZES CORDEIRO, *Da alteração...*, *ob. cit.*, pp. 47 e 48.

⁴¹ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1978, *Boletim do Ministério da Justiça*, 276, 1978, pp. 253 a 264, e A. MENEZES CORDEIRO, *Da alteração...*, *ob. cit.*, p. 68.

⁴² Cfr. VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *A alteração...*, *ob. cit.*, p. 21; FERRER CORREIA e VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Contrato de empreitada e cláusula de revisão: interpretação e erro; alteração das circunstâncias e aplicação do artigo 437.º do Código Civil*, *Revista de Direito e Economia*, 1978, 1, p. 125; A. MENEZES CORDEIRO, *Contratos públicos: subsídios...*, *ob. cit.*, p. 78.

dentes (de execução continuada como o contrato de empreitada), uma vez que após o cumprimento qualquer alteração reportar-se-á aos riscos próprios do contrato.

Refira-se ainda que o regime referente ao contrato de empreitada previsto no Código Civil não contempla nenhuma norma especial desta natureza⁴³. Nestes termos, na ausência de qualquer estipulação contratual, para se determinar se um certo evento ocorrido na execução de um contrato de empreitada é susceptível de configurar uma alteração anormal das circunstâncias (e, nessa medida, de conferir a uma das partes o direito à modificação ou resolução do contrato), ter-se-á de recorrer, inevitavelmente, à via interpretativa através da doutrina e jurisprudência, com prejuízo para a certeza e segurança jurídica das relações jurídico-contratuais⁴⁴.

A este propósito, cabe trazer à colação um interessante Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de Janeiro de 1980⁴⁵, cujo sumário se transcreve: «II – Para a existência do direito a resolução ou modificação do contrato nos termos do artigo 437.º do Código Civil é necessária que a alteração incida em circunstâncias basilares para a decisão dos interessados, de modo a modificar ou fazer desaparecer a base do negócio e ainda que tal alteração se não contenha nos limites da álea normal do contrato. III – Dado o carácter economicamente aleatório do contrato de empreitada, especialmente para o empreiteiro, só um aumento imprevisível do custo dos materiais e da mão-de-obra pode justificar a modificação contratual. IV – Alegar-se a alteração das circunstâncias “decorrentes do 25 de Abril”, dizendo que “a partir daquela data ocorreu uma alta inflacionária de todos o factores de produção ligados a construção civil e muito especialmente da mão-de-obra que desequilibrou a economia dos contratos e que era imprevisível na data da celebração do contrato dos autos”, nada revela quanto às circunstâncias basilares da decisão de contratar relativamente a uma possível revisão ulterior do preço quando, porventura, sobreviesse um aumento do custo dos materiais ou

⁴³ Apenas existem regras de repartição do risco, nos termos do disposto no artigo 1228.º, sobre a perda ou deterioração da coisa.

⁴⁴ Em regra, a reduzida regulação sobre esta temática desprotege o empreiteiro, uma vez que é ele quem estará mais sujeito às vicissitudes e alterações. De todo o modo, as partes poderão sempre, por estipulação contratual, estabelecer cláusulas que prevejam a actualização do preço em função da valorização da moeda ou de determinadas matérias prima essenciais.

⁴⁵ In *Boletim do Ministério da Justiça*, 293, Fevereiro, 1980, pp. 301 a 307.

da mão-de-obra superior ao que o fenómeno inflacionário geral poderia fazer prever, nem fornece elementos concretos quanto a esse aumento.» Acompanhamos a doutrina contida neste aresto no entendimento de que a invocação, só por si, de um fenómeno como seja aquele que ocorreu a 25 de Abril de 1974, não é suficiente para considerar preenchidos os pressupostos do instituto da alteração das circunstâncias. No entanto, consideramos que não se poderá ignorar que este episódio político e social teve intensas repercussões na vida económica portuguesa, nomeadamente no custo da mão-de-obra, pelo que admitimos tal repercussão possa, pelo menos em abstracto, constituir fundamento para a modificação do contrato por alteração das circunstâncias. Em nossa opinião, para que em concreto tal modificação possa ser acolhida em tribunal, a *parte lesada* alegar e provar a essencialidade de tal alteração anormal, invocando, por exemplo, que o custo da mão-de-obra é um factor essencial na determinação do custo da empreitada, e deste modo, da decisão de contratar.

Pelo contrário, o regime que disciplina os contratos de empreitada de obras públicas, estabelecido actualmente no Código dos Contratos Públicos, regula diferentemente os termos que poderão dar lugar às alterações contratuais por vontade de apenas uma das partes. A necessidade de se proceder a tal adaptação no Código dos Contratos Públicos justifica-se por o co-contratante assumir o encargo de satisfazer uma necessidade de interesse geral, pelo que a mera sugestão de permitir a sua desvinculação pode ser altamente prejudicial para os interesses da comunidade, por mais relevantes que sejam as circunstâncias por ele invocadas. Contudo, se a desvinculação não pode ser admitida, tão-pouco a manutenção rígida das condições contratuais poderia constituir uma solução plausível; a execução do contrato em condições ruinosas acabaria igualmente por destruir a sustentabilidade do contraente privado, pelo que, de uma forma ou de outra, a satisfação das necessidades colectivas sairia ameaçada⁴⁶.

Assim, a solução para uma ponderação harmónica entre os interesses públicos e privados em presença só poderia consistir: por um lado, na vinculação do contraente privado à preservação da relação contratual; mas, em simultâneo, uma vez que é a Administração a principal interessada na manutenção da relação contratual, a ela cabe partilhar os prejuízos

⁴⁶ Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, LINO TORGAL e P. FERNÁNDEZ SANCHEZ, *Alteração das circunstâncias e modificação de propostas em procedimentos de contratação pública*, in Estudos de Contratação Pública, III (organização Pedro Costa Gonçalves), CEDIPRE, Almedina, 2010, p. 169.

que o seu co-contratante sofreu com a alteração das circunstâncias, compensando-a por *imprevisão* dos danos que lhe foram causados na satisfação de uma necessidade colectiva⁴⁷.

Ora, nos termos do artigo 312.º do Código dos Contratos Públicos, o contrato pode ser modificado, «a) *Quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*»⁴⁸, e ainda, «b) *Por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes*»⁴⁹. Estas normas não diferem substancialmente do artigo 437.º do Código Civil. Com efeito, é apenas adicionado ao regime de direito público o qualificativo de «imprevisível» à alteração que seja considerada relevante, sendo que por via interpretativa sempre se acabaria por chegar à mesma conclusão. Por sua vez, as razões de interesse público dificilmente poderão ser relevadas numa relação entre privados, como anteriormente já referido, pelo que entendemos que este fundamento não será invocável (pelo dono da obra), nos casos em que o contrato de empreitada remeta para o regime substantivo aplicável às empreitadas de obras públicas.

Todavia, é inegável que o regime de direito público é bastante mais detalhado quanto aos termos, limites e consequências das modificações contratuais. De facto, o n.º 1 do artigo 313.º do Código dos Contratos Públicos, referente à parte geral deste código e aplicável à generalidade dos contratos, dispõe que «a modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato»⁵⁰. Além

⁴⁷ Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, LINO TORGAL e P. FERNÁNDEZ SANCHEZ, *Alteração...*, *ob. cit.*, p. 169.

⁴⁸ O empreiteiro e o dono da obra contrato podem também resolver o contrato com base na alteração das circunstâncias, de acordo com o disposto nos artigos 332.º, n.º 1, alínea a), e 335.º, n.º 1, respectivamente.

⁴⁹ Neste caso o contrato pode também ser modificado por acto administrativo do contraente público.

⁵⁰ O disposto na parte final deste número («[a modificação não pode...] *nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato*») e dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo («*salvo quando a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo o justifiquem, a modificação só é permitida quando seja objectivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação*») e

disso, estabelece o artigo seguinte que se o fundamento para a modificação do contrato for *«a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público, adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do co-contratante»*, este último *«tem direito à reposição do equilíbrio financeiro»*⁵¹. Parece-nos que esta norma não pode ser aplicável ou transmudada aos contratos de obra particular, pelo que tal disposição só se aplicará se for concebível que o sujeito privado possa exercer outros poderes para além dos respeitantes à *conformação da relação contratual*, ou seja, se for detentor de poderes de autoridade que lhe permitam *alterar* as circunstâncias, tal como sucede no caso de um contraente público⁵².

Sem prejuízo do acima exposto, o regime especialmente aplicável aos contratos de empreitada de obras públicas determina que *«se o dono da obra praticar ou der causa a facto donde resulte maior dificuldade na execução da obra, com agravamentos dos encargos respectivos, o empreiteiro tem o direito à reposição do equilíbrio financeiro»* (351.º do Código dos Contratos Públicos). A figura do reequilíbrio financeiro está regulada na parte referente aos contratos administrativos em geral, mais concretamente no artigo 282.º, e estabelece determinadas salvaguardas e limites à aplicação deste instituto. Com efeito, o n.º 2 deste preceito prevê que *«o co-contratante [empreiteiro] só tem direito à reposição do equilíbrio financeiro quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais o co-contratante determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público [dono da*

«nos contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, o fundamento previsto na alínea a) do artigo anterior não pode conduzir à modificação do contrato por decisão judicial ou arbitral, quando esta interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa subjacente ao mesmo ou implique a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa») não deverá, em princípio, ser aplicável aos contratos de empreitada de obra privada, uma vez que tratam de disposições relativas à tramitação pré-contratual ou do exercício de poderes públicos.

⁵¹ Nos outros casos, a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias conferem ao empreiteiro o direito à modificação do contrato ou a uma *«compensação financeira, segundo critérios de equidade»*.

⁵² Que poderá ter o poder de emitir actos administrativos ou aprovar normas legais e regulamentares que sejam susceptíveis de alterar as circunstâncias nas quais as partes basearam a sua decisão de contratar.

obra] *conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos*», podendo extrair-se da previsão desta norma os princípios da proporcionalidade e da boa fé.

Já o n.º 3 do mesmo artigo dispõe que *«a reposição do equilíbrio financeiro produz os seus efeitos desde a data da ocorrência do facto que alterou os pressupostos referidos no número anterior, sendo efectuada, na falta de estipulação contratual, designadamente, através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, da revisão de preços ou da assunção, por parte do contraente público [dono da obra], do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato»*.

Finalmente os n.ºs 4 e 5 desta disposição legal determinam, respectivamente, que *«na falta de estipulação contratual, o valor da reposição do equilíbrio financeiro corresponde ao necessário para repor a proporção financeira em que assentou inicialmente o contrato e é calculado em função do valor das prestações a que as partes se obrigaram e dos efeitos resultantes do facto gerador do direito à reposição no valor dessas mesmas prestações»* e que *«a reposição do equilíbrio financeiro não pode colocar qualquer das partes em situação mais favorável que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido, não podendo cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou eram inerentes ao risco próprio do contrato»*.

Ora, em nosso entender estas normas poderão ser perfeitamente aplicáveis às relações entre sujeitos privados, uma vez que não pressupõem claramente a utilização de poderes de autoridade pública. Além disso, o regime previsto neste código permite delimitar, de um modo bem mais preciso e eficaz do que aquele que se acha previsto na lei civil, os termos referentes às modificações do contrato com vista a recompor o equilíbrio contratual entre as partes. No fundo, estas normas têm como escopo a delimitação do risco entre as partes quanto à ocorrência de determinados eventos, sendo usual que contratos de empreitada de obra privada contenham normas *ad hoc* de conteúdo idêntico.

O regime aplicável aos contratos de empreitada de obras públicas prevê ainda, nos termos do artigo 382.º, a *revisão ordinária de preços*, estabelecendo que *«o preço fixado no contrato para os trabalhos de execução da obra é obrigatoriamente revisto nos termos contratualmente estabelecidos e de acordo com o disposto em lei»*, sendo que se o contrato for omissivo quanto à fórmula de revisão de preços *«é aplicável a fórmula*

tipo estabelecida para obras da mesma natureza constante de lei». Ou seja, parece que o legislador impõe que o preço possa ser revisto, mesmo que o contrato seja omissivo quanto a esta possibilidade⁵³, constituindo uma clara diferença face ao regime previsto no Código Civil⁵⁴.

Tudo considerado, verifica-se que o regime previsto na parte substantiva do Código dos Contratos Públicos é bastante mais extenso e completo que o previsto no Código Civil, no que concerne às modificações contratuais. Tendo em conta as insuficiências do regime civilista quanto ao enquadramento destas vicissitudes, parece-nos que o regime publicista se pode revelar mais adequado à justa composição de interesses das partes, com mais acuidade relativamente à posição do empreiteiro, podendo servir como o normativo aplicável a tais relações contratuais, por mera remissão do contrato, ou ainda como referência ou modelo para a redacção de cláusulas de contratos de empreitada de obras particulares.

6. Causas de resolução do contrato de empreitada

Em termos gerais, o contrato de empreitada de obra particular pode ser resolvido por uma das partes se houver incumprimento definitivo por facto imputável à outra parte. Por outro lado, se não forem eliminados os defeitos da obra ou se esta não for construída de novo e se *«os defeitos tornarem a obra inadequada ao fim a que se destina»* (artigo 1222.º do Código Civil), o dono da obra tem o direito à resolução. O direito à resolução deve ser exercido no prazo de um ano a contar da recusa da

⁵³ Sobre cláusulas contratuais de revisão de preços em empreitadas de obras particulares, veja-se notável estudo de FERRER CORREIA e VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Contrato de empreitada...*, *ob. cit.*, pp. 125. Da análise do referido texto retira-se a conclusão de que mesmo a estipulação contratual de cláusulas de revisão de preço, ainda que por remissão para índices públicos, pode ser sujeita a interpretações controvertidas. Assim, ganha renovado interesse a possibilidade de as partes, através da recepção de regimes substantivos de direito público, como o regime aplicável às empreitadas de obras públicas, reduzirem consideravelmente o risco inerente a interpretações diversas, apoiando-se na maior certeza e segurança jurídica conferida pelas normas constantes de tais regimes.

⁵⁴ Com efeito, a actualização de prestações pecuniárias só é possível, na ausência de estipulação contratual, se a lei expressamente o permitir. Dispõe o artigo 551.º do Código Civil que *«quando a lei permitir a actualização das prestações pecuniárias, por virtude das flutuações do valor da moeda, atender-se-á, na falta de outro critério legal, aos índices dos preços, de modo a restabelecer, entre a prestação e a quantidade de mercadorias a que ela equivale, a relação existente na data em que a obrigação se constituiu»*. O caso paradigmático é o da actualização das rendas nos contratos de arrendamento, nos termos do artigo 1077.º

aceitação da obra ou da aceitação com reserva, sob pena de caducidade (artigo 1224.º, n.º 1, do Código Civil).

No caso das empreitadas de obras públicas, o legislador decidiu distinguir as situações em que o empreiteiro e o dono da obra têm o direito de resolver o contrato. O empreiteiro pode resolver o contrato nos casos previstos nos artigos 332.º e 406.º do Código dos Contratos Públicos. Estes casos prendem-se essencialmente com a mora ou incumprimento definitivo de obrigações por parte do contraente público ou com significativos atrasos na execução da obra a este imputáveis. O empreiteiro pode ainda resolver o contrato com fundamento no exercício ilícito, pelo contraente público, «*dos poderes tipificados no capítulo sobre conformação da relação contratual [...] quando tornem contrária à boa fé a exigência pela parte pública da manutenção do contrato*». Em nosso entender, esta causa de resolução poderá não ser aplicável aos contratos de empreitada de obra particular, uma vez que a mesma tem um carácter eminentemente público e pressupõe o exercício de determinados poderes que não se verificam por definição na relação entre privados, pois são próprios e exclusivos do *modo de agir* dos entes públicos.

Relativamente aos casos cuja verificação concedem ao dono da obra (o contraente público) o direito à resolução do contrato, estes encontram-se estabelecidos nos artigos 332.º, 333.º e 405.º do Código dos Contratos Públicos. Estas situações também estão relacionadas com a mora ou incumprimento definitivo de determinadas obrigações contratuais, com atrasos na execução da obra imputáveis ao empreiteiro e ainda com a existência de defeitos da obra que não hajam sido tempestivamente reparados.

Acresce ainda que, nos termos do artigo 334.º do Código dos Contratos Públicos, o contraente público pode igualmente resolver o contrato «*por razões de interesse público, devidamente fundamentado*». Parece-nos claro que esta causa de resolução não será aplicável aos contratos de empreitada de obras particulares, dado o seu carácter eminentemente público.

Os contratos de empreitada, seja de obra pública seja de obra particular, podem ainda ser resolvidos, como referimos acima, com fundamento na existência de alteração das circunstâncias, nos termos do disposto no artigo 332.º n.º 1, alínea *a*), do Código dos Contratos Públicos e no artigo 437.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil, respectivamente. Em ambos os casos o legislador limita este direito. No caso do Código dos Contratos Públicos, só existe direito à resolução do contrato «*quando esta não implique grave prejuízo para a realização do interesse público subjacente*

à relação jurídica contratual ou, caso implique tal prejuízo, quando a manutenção do contrato ponha manifestamente em causa a viabilidade económico-financeira do co-contratante ou se revele excessivamente onerosa, devendo, nesse último caso, ser devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença» (artigo 332.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos). No caso do Código Civil, é estabelecido que *«a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato»*.

Em face do exposto, cumpre atestar, uma vez mais, que o regime substantivo aplicável às empreitadas de obras públicas é bastante mais detalhado do que o constante no Código Civil, agora no que concerne às causas que podem conferir às partes o direito à resolução do contrato. Com efeito, os direitos do empreiteiro e do dono da obra são mais fortemente tutelados no que respeita às violações contratuais pela contraparte, não sendo necessária a invocação de «incumprimento definitivo» ou da «inadequação da obra» em ordem a que possa ser exercido o direito à resolução do contrato. Em contraponto, o facto de o Código dos Contratos Públicos concretizar e identificar com maior precisão as vicissitudes que poderão dar lugar ao direito à resolução do contrato, é susceptível de conferir às partes maior segurança e certeza jurídica.

7. Conclusão

Como já fomos referindo ao longo deste estudo, é relativamente frequente as partes regularem um contrato de empreitada de obra civil de acordo com o estabelecido no regime substantivo aplicável às empreitadas de obras públicas. O que é compreensível, atendendo à circunstância de o contrato de empreitada do direito civil não ser regulado de forma tão detalhada como o contrato de empreitada de obras públicas. Com efeito, este último regime contratual tem vindo a ser objecto de sucessivas revisões nas últimas décadas, revelando a preocupação do legislador em dar resposta aos vários problemas que têm vindo a ser suscitados, traduzidos, nomeadamente, em medidas de controlo de custos de obras públicas. O regime actual das empreitadas de obras públicas é também o resultado da transposição de disposições constantes de directivas da União Europeia.

Por sua vez, o regime da empreitada de direito civil não foi objecto de qualquer revisão desde 1966. No entanto, a consideração das disposições de direito público que regulam a matéria da empreitada num contrato de direito privado poderá suscitar questões da mais variada índole, cabendo

apurar qual o sentido da norma num diferente lugar do sistema jurídico. A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem vindo a definir um critério delimitador em relação à convivência destes dois regimes contratuais. Este critério, estabilizado há vários anos, determina que as normas do regime das empreitadas públicas que tiverem um carácter « eminentemente público » não podem ser aplicadas às relações entre privados. Ou seja, as disposições que confirmam poderes de autoridade ao dono da obra pública com vista à prossecução do interesse público não poderão ser adequadas ou ajustadas a um regime contratual de matriz privada.

No entanto, nem sempre esta orientação dos nossos tribunais se pode revelar a mais adequada para regular todos os casos, uma vez que não é de afastar a hipótese de o interesse público poder ser prosseguido ou promovido através de entidades privadas às quais tenham sido conferidos poderes públicos. Do mesmo modo, poderá dar-se o caso de as partes, ao remeterem expressamente a regulação do contrato para um regime de direito público, terem justamente pretendido integrar no contrato também algumas das normas que se encontram correlacionadas com a prossecução do interesse público.

Nessa medida, entendemos que a aplicação do critério delimitado pelos nossos tribunais não pode deixar de ser ponderado juntamente com uma série de outros factores, ligados ao contexto pré-contratual, à decisão subjacente à vontade em contratar das partes e ao modo de execução das prestações objecto do contrato.

Além disso, e não obstante a ausência de uma estipulação contratual que regule determinada situação ocorrida na execução de um contrato de empreitada de obra particular, pode ser legítimo que o intérprete se baseie nas normas constantes do regime aplicável às empreitadas de obras públicas para interpretar uma disposição ou para integrar uma eventual lacuna nos casos omissos. É que devendo o intérprete socorrer-se de situações análogas para alcançar uma solução justa nos casos omissos, este regime pode ser ajustado no âmbito das relações jurídicas estabelecidas entre sujeitos privados.

Ora, tal constitui uma verdadeira inversão do fenómeno celebrizado como a *fuga para o direito privado* da Administração, pois nestas situações são os próprios contraentes privados que, perante a regulação minimalista dos contratos de empreitada previstos na lei civil, se refugiam num regime de direito público que é susceptível de melhor acautelar as vicissitudes contratuais decorrentes da execução de uma empreitada civil – o regime jurídico substantivo das empreitadas de obras públicas.