

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Faculdade de Direito

Escola do Porto



“O Poder Sancionatório das Entidades Públicas nos
Contratos de Empreitada de Obras Públicas”

Por:

João Pinto dos Santos

Mestrado em Direito Administrativo

Orientação: Professora Doutora Filipa Calvão

Porto

2014

Agradecimentos:

À minha orientadora, Professora Doutora Filipa Calvão, pelo seus conhecimentos, pela disponibilidade, paciência e apoio constante.

À minha família que sempre esteve a meu lado, pela força e pelo alento em todas as fazes da minha vida. Ao meu irmão que foi, é, e sempre será um exemplo de trabalho e de vida.

À Rosa Almeida pelo amor, ajuda, apoio e compreensão em todos os momentos.

Aos meus amigos que tanto me apoiaram nesta fase importante da minha vida académica.

Abreviaturas:

CRP – Constituição da República Portuguesa

CC – Código Civil

CPC – Código dos Contratos Públicos

CPA – Código do Procedimento Administrativo

RJEOP – Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas

UE – União Europeia

EM – Estado Membro

CEE – Comunidade Económica Europeia

CE – Comunidade Europeia

Cfr – Confronte

ÍNDICE

1 – INTRODUÇÃO.....	5
1.1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA: EM ESPECIAL, O CCP	5
1.2 - DELIMITAÇÃO DE CONCEITOS.....	8
2 - OS PODERES DE CONFORMAÇÃO DA RELAÇÃO CONTRATUAL	10
2.1 - O CUMPRIMENTO E INCUMPRIMENTO DO CONTRATO	12
2.2 – MANIFESTAÇÃO DO PODER SANCIONATÓRIO	12
2.2.1 - SANÇÃO PECUNIÁRIA COMPULSÓRIA	14
2.2.2 - RESOLUÇÃO SANCIONATÓRIA DO CONTRATO.....	15
2.2.3 - REALIZAÇÃO COATIVA DAS PRESTAÇÕES CONTRATUAIS EM FALTA	17
3 - O CONTRATO DE EMPREITADA NO DIREITO PRIVADO: ANÁLISE DO REGIME JURÍDICO ...	20
4 - COMPARAÇÃO ENTRE OS DOIS REGIMES: PÚBLICO VS. PRIVADO	26
4.1. PRINCIPAIS ASPETOS DE REGIME EM COMUM E DIVERGENTES	26
4.2 - O (DES)EQUILÍBRIO NA RELAÇÃO CONTRATUAL PÚBLICA EM COMPARAÇÃO COM A RELAÇÃO CONTRATUAL PRIVADA	28
5 – SÍNTESE CONCLUSIVA.....	31
BIBLIOGRAFIA.....	35

1 – Introdução

O presente estudo versa sobre os poderes de conformação da relação contratual, mais propriamente sobre o poder sancionatório que as entidades públicas detêm no contrato administrativo de empreitada de obras públicas. Pretendemos perceber as inovações de regime que o Código dos Contratos Públicos trouxe a este matéria e a relação com o regime geral do Código Civil. E também encontrar explicação para as diferenças que porventura no final se detetem.

A escolha deste tema prende-se com a importância que este contrato tem no comércio jurídico e com a especificidade dos mesmos. Apesar de o observatório para as obras públicas¹ indicar que as empreitadas de obras públicas, a par das empreitadas de obras privadas terem vindo a diminuir nos últimos anos, não deixam de ser uma figura vital para a evolução da nossa economia.

A primeira parte deste estudo terá como objetivo primordial traçar o quadro normativo do tema que nos propomos analisar, com específica referência à evolução histórica de tal quadro à influência do direito comunitário. Não se deixará de enunciar alguns conceitos gerais desta matéria, para que possamos com maior precisão e rigor analisar as questões a que nos propomos.

Numa segunda parte iremos analisar o regime jurídico do contrato administrativo de empreitada de obras públicas, especificamente a forma como o poder sancionatório se aplica àqueles e de que forma podem contribuir para uma melhor defesa do interesse público.

A análise do contrato de empreitada prevista no Código Civil também será objeto de estudo, por forma a estabelecer uma comparação entre os dois regimes, a saber, o público e o privado. E, assim, perceber se se justifica a manutenção de regimes jurídicos diferenciados para o mesmo tipo contratual

1.1 – Evolução histórica: em especial, o CCP

Ao longo da nossa história os contratos de empreitada de obras públicas tiveram uma regulamentação autónoma. Nomeadamente em 1969 foi aprovado o Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas (doravante RJEOP), através do Decreto-lei nº 48871 de 19 de Fevereiro sendo este, posteriormente, alvo de inúmeras alterações (em 1993, 1999 e revogado em 2008 pelo Código dos Contratos Públicos - doravante CCP). Sendo o RJEOP um diploma legal muito completo, este serviu de base a outros contratos públicos, e também foi utilizado para regular contratos de empreitada no sector privado.

No artigo 189º do CPA, que é o último artigo do capítulo referente à disciplina dos contratos administrativos, encontramos uma remissão para normas que regulam áreas específicas de contratação pública, ou seja, remete tudo aquilo que não está regulado naquele código, para normas disciplinadoras de contratos públicos em específico, como

¹ Através da publicação do relatório sobre o sector da construção em Portugal, elaborado pelo INCI – Instituto Nacional da Construção e do Imobiliário.

o RJEOP. Isto possibilitou a aplicabilidade do referido RJEOP a outros contratos públicos, dando este artigo, cobertura legal a uma prática reiterada, levada a cabo pelos agentes envolvidos, principalmente no que concerne à matéria pré-contratual,² isto porque na vida prática muitos particulares recorriam ao RJEOP para disciplinar contratos no âmbito do direito privado.

Atualmente, o CCP não regula apenas a fase pré contratual dos contratos de empreitada de obras públicas, regula igualmente a sua parte substantiva, assim como disciplina outro tipo de contratos administrativos.

O direito comunitário é uma das fontes mais importantes no nosso ordenamento jurídico. Assim sendo, como membro integrante da União Europeia (UE), Portugal está sujeito às normas emanadas por aquela União.

Para que pudesse ser possível a “construção” de um mercado único europeu, achou-se necessário implementar um conjunto de medidas com vista a uma maior harmonização dos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros (EM). Com a Diretiva 71/305/CEE do Conselho de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, surgiu o primeiro impulso nesse sentido.

O seu intuito primordial era a eliminação das restrições à liberdade de estabelecimento e prestação de serviços. Desta forma, um mercado único europeu mais eficaz e livre estaria mais próximo. Para além disto, esta Diretiva tinha como outro objetivo claro a coordenação dos processos nacionais de adjudicação de empreitada de obras públicas. Estes deveriam ser pautados pelos princípios da proibição das especificações técnicas discriminatórias, obrigatoriedade de publicidade suficiente dos concursos e a criação/elaboração de um processo que permitisse a fiscalização da observância destes mesmos princípios. Adicionalmente, este diploma comunitário fixou o limite a partir do qual se aplicava esta Diretiva, a saber, 1 000 000 de unidades de conta. Quer isto dizer que, aos contratos abaixo deste valor não se aplicava a referida Diretiva.

Ao longo dos anos subsequentes foram surgindo algumas alterações e complementos, como a Diretiva 92/50/CEE relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços e a Diretiva 93/37/CEE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitada de obras públicas.

Mais recentemente, em 31 de Março de 2004, foi publicada a Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, respeitante à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. Esta Diretiva veio responder às exigências de uma maior simplificação e modernização, que vinham sendo reclamadas pelas entidades adjudicantes e pelos próprios operadores económicos.

Esta Diretiva 2004/18/CE em conjunto com a Diretiva 2004/17 de 31 de Março de 2004 referente à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, compilou um vasto conjunto de Diretivas dispersas. Assim, a construção de um mercado único europeu mais eficaz

² Cfr Artigo: “A empreitada de obras públicas no código dos contratos públicos” – CJA n°64, julho/agosto 2007. Pág. 56.

tornava-se mais próximo, possibilitando a abertura destes procedimentos concursais à concorrência e à harmonização das legislações dos vários Estados Membros. Em suma, estes dois diplomas comunitários vieram fixar algumas diretrizes transversais a todo o tipo de contratos, das quais se destaca, a qualificação das entidades adjudicantes.

No fundo estas diretivas foram uma das razões do surgimento do Código dos Contratos Públicos em 2008, que procedeu à sua transposição para o ordenamento jurídico português, conforme podemos constatar no considerando n.º 1, 3.º parágrafo, do preâmbulo do Decreto-lei que procedeu à aprovação do Código dos Contratos Públicos (DL n.º 18/2008, de 29 de Janeiro). Debruçar-nos-emos sobre esta matéria no ponto seguinte do presente estudo.

Recentemente surgiram as Diretivas 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE, e a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, referente aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Estas Diretivas surgiram com o objetivo de rever, modernizar e também com o intuito de aumentar a eficiência da despesa pública. Em particular, facilitando a participação das pequenas e médias empresas (PME) na contratação pública, e permitindo também, que os adquirentes utilizassem de forma mais eficaz os contratos públicos para apoiar objetivos sociais comuns. De igual forma, estas diretivas, pretendiam esclarecer noções e conceitos básicos para garantir a segurança jurídica, incorporar neste domínio alguns aspetos da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia.³

Estas Diretivas, nomeadamente, a Diretiva 2014/24/EU, pretende definir de forma mais precisa e objetiva o conceito de contratação pública, embora esta não pretenda alargar o seu âmbito de aplicação à matéria da Diretiva 2014/25/UE. Não pretende igualmente abranger todas as formas de despesa pública, senão unicamente a aquisição de obras e fornecimentos ou serviços públicos, a título oneroso. Esta é aplicável nestas matérias, quer esteja em causa uma compra, locação financeira ou qualquer outra forma contratual.

O regime jurídico do contrato de empreitada de obras públicas vem previsto no artigo 343.º e ss do CCP, inserindo-se no título II, capítulo I e secção I a que se referem aos contratos administrativos, em especial, empreitada de obras públicas e disposições gerais, respetivamente.

O CCP teve, com já foi referido anteriormente, como um dos seus objetivos transpor para a nossa ordem jurídica as Diretivas 2004/17 e 2004/18, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho. Contudo, essa transposição implicava alguma margem de decisão concedida ao legislador de cada Estado Membro para concretizar de uma forma mais eficaz a cada ordenamento jurídico. Teve também o objetivo de compilar em si alguns diplomas legais dispersos e passar a prever a regulamentação de outros procedimentos que, mesmo não cabendo dentro do âmbito de aplicação das diretivas referidas, se revestem de natureza de procedimentos públicos pré contratuais.

³ Cfr considerando (2) da Diretiva 2014/24/UE.

“(…) O CCP representa um esforço de modernização, visível, aliás, a três níveis fundamentais: (i) no plano da investigação, o CCP prescreve que relativamente a contratos de valor igual ou superior a € 25 000 000 o adjudicatário é obrigado a elaborar um ou vários projetos de investigação e desenvolvimento diretamente relacionados com as prestações que constituem o objeto desse contrato, (..) (ii) no plano da permeabilidade à evolução tecnológica e às possibilidades oferecidas pelas vias eletrónicas, o CCP adequa o regime da contratação pública às exigências da atualidade, (...) (iii) no plano da própria evolução jurídica e a sua articulação com áreas conexas, o CCP procura, entre outras coisas, ajustar o regime da contratação e da execução dos contratos por ele abrangidos às técnicas de financiamento hoje em dia correntes, (...)”⁴

Um das inovações que surgiram com o CCP, e que são importantes no presente estudo, tem que ver com o artigo 307º n.º 2, que confere natureza de ato administrativo às declarações do contraente público sobre a execução do contrato, traduzindo-se em: a) ordens, diretivas ou instruções no exercício de poderes de direção e fiscalização; b) modificação unilateral das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato, por razões de interesse público; c) aplicação das sanções previstas para a inexecução do contrato; d) resolução unilateral do contrato.

No entanto esta qualificação das declarações do contraente público como ato administrativo é, segundo aquele artigo, uma exceção, visto que a regra consiste em que as mesmas consubstanciem meras declarações negociais o que, na falta de acordo do cocontratante, obriga o primeiro a recorrer à ação administrativa comum para que as possa fazer valer, conforme o n.º1 do artigo 307º.

1.2 - Delimitação de conceitos

Tendo em conta que o contrato alvo de estudo neste trabalho é o contrato administrativo de empreitada de obras públicas, convém esclarecer em que consistem os conceitos de contrato administrativo e o de obras públicas.

O contrato administrativo “(…) é o contrato pelo qual uma pessoa se obriga para com a Administração a colaborar temporariamente no desempenho de atribuições administrativas sujeitando-se às exigências do interesse público definidas por atos do poder, mediante remuneração a perceber nas bases estipuladas.”⁵

Mais recentemente podemos definir como contrato administrativo “(…) todos os contratos celebrados por entidades públicas – atenuando, entretanto, as implicações que dessa qualificação decorram, do ponto de vista da submissão do contraente privado a um exacerbado estatuto de autoridade na esfera do contraente público.”⁶

⁴ Cfr. Considerando (1) do preâmbulo do DL n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

⁵ Caetano, Marcello - “Manual de Direito Administrativo” 2ª Edição – 1947. Pág. 494

⁶ Cfr. Mário Aroso de Almeida – “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos” in CJA n.º 66. Novembro/Dezembro 2007. Pág. 9.

Segundo Marcello Caetano⁷ “A expressão «obras públicas» é daquelas que, à força de serem quotidianamente usadas são por todos entendidas sem que ninguém as saiba definir. (...) São obras públicas, *os trabalhos de construção, conservação e adaptação de bens imoveis, feitos pela Administração para fins de utilidade pública.*”

Por regra estas obras públicas são desenvolvidas e realizadas por empresa privadas, através dos contratos de empreitada, ao entender-se que será a forma mais eficaz e económica. Neste seguimento surgem os contratos administrativos de empreitada de obras públicas que o autor⁸ define recorrendo ao artigo 1396º do CC de então, onde preceituava que, os contratos de empreitada surgiam quando algum ou alguns agentes se encarregavam de fazer certa obra para outrem, com materiais fornecidos pelo dono da obra ou pelo próprio empreiteiro, mediante um preço proporcional ao trabalho executado.

Os contratos de empreitada de obras públicas “(...) podem ser *gerais* ou *parciais*, conformem dizem respeito à execução da obra completa ou secção dela, ou à execução das diferentes partes de que a obra ou secção componham.”⁹

⁷ Caetano, Marcello - “Manual de Direito Administrativo” 2ª Edição – 1947. Pág. 375 e 376.

⁸ Caetano, Marcello - “Manual de Direito Administrativo” 2ª Edição – 1947. Pág. 379.

⁹ Cfr. Idem.

2 - Os Poderes de Conformação da Relação Contratual¹⁰

O presente estudo centra-se num dos poderes de conformação da relação contratual, no poder sancionatório. Este poder é um dos cinco poderes de conformação da relação contratual que se encontram ao dispor da entidade pública, conforme dita o artigo 302º do CCP, a saber: dirigir o modo de execução das prestações; fiscalizar o modo de execução do contrato; modificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato, por razões de interesse público; aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato; e resolver unilateralmente o contrato.

O atual regime caracteriza-se, segundo Mário Aroso de Almeida “(...) por conferir à entidade pública uma posição de *supremacia jurídica* sobre o seu contratante, mediante a qual ela ficava investida em prerrogativas que as partes estão colocadas no âmbito de uma relação de *poder público vs. sujeição* (e não de direito vs. dever)”¹¹

Conforme o preceituado no referido artigo 302º do CCP, os poderes de conformação da relação contratual que o contraente público tem ao seu dispor podem ser completados e densificados no próprio contrato celebrado, no entanto, “... o CCP fixa claramente os poderes do contraente público no contrato administrativo regulando-os e, por vezes, com alguma minúcia. Desta forma, o legislador demonstra de forma clara e inequívoca a sua preocupação em detalhar estes poderes.

Esta possibilidade de densificação dos referidos poderes em sede contratual não pretende desregular a determinação daqueles poderes, mas sim, conferir às partes a possibilidade de que estas possam completar e densificar aqueles poderes, alinhando-os ao contrato em específico. É certo que na prática esta possibilidade de densificação dos referidos poderes recai primordialmente sobre o ente público, uma vez que em grande parte dos contratos existe um procedimento pré-contratual onde o ente público promotor do concurso fixa o caderno de encargos, quer isto dizer, o conteúdo do contrato a celebrar. Excluindo o âmbito da possibilidade de densificação contratual, poderão enquadrar-se os poderes de modificação unilateral do conteúdo e do modo de execução das prestações contratuais por razões de interesse público. Adicionalmente, o poder de

¹⁰ Para percebermos melhor o regime do contrato de empreita de obras públicas, e a forma como podem ser aplicados os poderes de conformação da relação contratual por parte da entidade pública, será necessário perceber como é que as partes se fazem representar, e como estas se relacionam.

Durante a execução do contrato o dono da obra (entidade pública) encontra-se representado pelo diretor de fiscalização da obra que, ao abrigo do CCP, tem um estatuto pleno, ou melhor, quase pleno, estabelecendo o n.º 2 do artigo 344º CCP, que durante a execução do contrato aquele é representado pelo diretor de fiscalização da obra, salvo em matérias que, em virtude da lei ou de estipulação contratual, se estabeleça diferente mecanismo de representação, delimitando, pela negativa, os seus poderes: sem prejuízo de outras limitações previstas no contrato, o diretor de fiscalização da obra não tem poderes de representação do dono da obra em matéria de modificação, resolução ou revogação do contrato. Em suma, o CCP estabelece limitações imediatas aos poderes do diretor de fiscalização da obra, estando também inibido do exercício dos poderes unilaterais de modificação do contrato (artigos 311º a 315º), de resolução ou revogação do contrato (artigos 330º, 331º, 333º, 334º e 335º), bem como o poder de aplicar sanções (artigos 329º e 403º), que cabem em exclusivo, ao dono da obra. Cfr Estudos de contratação pública II “Alguns aspetos do Contrato de Empreitada de Obras Públicas.” Pág. 387.

¹¹ Cfr. Mário Aroso de Almeida – “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos” in CJA n.º 66. Novembro/Dezembro 2007 pág. 9.

resolução unilateral do contrato com o fundamento no interesse público também se pode enquadrar, visto que estes se encontram disciplinados de forma precisa e completa no CCP, não deixando margem para essa densificação.

No entanto, segundo o artigo seguinte daquele diploma legal, artigo 303º nº2, o exercício daqueles poderes, de direção e de fiscalização, deve salvaguardar a autonomia do cocontratante, limitando-se ao estritamente necessário, nomeadamente à prossecução do interesse público.¹² O poder de fiscalização vem enunciado no artigo 305º do CCP onde, no seu nº 1, refere que o contraente público dispõe de poderes de fiscalização técnica, financeira e jurídica do modo de execução do contrato, com vista a determinar as necessárias correções e aplicar as devidas sanções se a elas houver lugar. Segundo o nº 2 daquele preceito legal, este controlo, esta fiscalização, deve prender-se apenas com o modo de execução do contrato, podendo materializar-se através de inspeção ao local, equipamentos, documentação, registos informáticos e contabilidade ou mediante pedidos de informações.

Estes poderes estão de certa forma interligados, complementando-se, sobretudo no que aos poderes de direção e de fiscalização dizem respeito. Significa que o dono da obra tem um papel mais ativo quanto ao “modus faciendi”¹³ na execução das prestações contratuais e, só através destes poderes, o dono da obra pode verificar alguma falha ou incumprimento, que poderá dar origem à aplicação de sanções.

Relativamente ao poder de direção, apenas de referir que, segundo a autora Maria João Estorninho¹⁴, este poder não significa que o ente público assista passivamente ao cumprimento das obrigações contratuais, implica a possibilidade que este tem de dar ordens ao cocontratante relativamente aos processos a adotar na execução do contrato, para garantir maior economia e perfeição, quanto ao modo de acondicionamento, depósito e remoção de materiais, bens, e ainda quanto à contabilidade.

Estes poderes de conformação da relação contratual, designadamente, o poder de aplicar sanções, não consiste numa garantia de cumprimento da obrigação, mas antes, um forte incentivo para o mesmo, ou seja, acaba por representar uma forma de forçar o cocontratante a cumprir a sua obrigação, abrindo assim a possibilidade de responsabilização do cocontratante com o objetivo de proteger o interesse público que justificou o contrato. Tendo em conta o acima referido quanto à qualificação das declarações do contraente público, a decisão de aplicar sanções reveste o carácter de ato administrativo que, segundo o artigo 309º nº 1 do CCP, constitui um título executivo, ressalvando-se o preceituado no nº 2 do mesmo artigo, onde encontramos as situações em que o contraente público não pode impor coercivamente ao cocontratante as obrigações previstas no nº 1 do mesmo artigo se não estiverem em causa atos que determinem, em geral, a resolução do contrato ou, em especial, o sequestro e o resgate de concessões, como também as situações previstas na lei. Será importante referir que, ainda que estas sanções contratuais não tenham um carácter indemnizatório, apresentam essencialmente um carácter punitivo e coercivo, com o objetivo de castigar o

¹² Cfr artigo 303º nº 2 CCP.

¹³ Cfr “Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos” – Pedro Miguel Matias Pereira pág. 7

¹⁴ In Curso de Direito dos Contratos Públicos – Pág. 490.

cocontratante que não cumpriu e, ao mesmo tempo, obrigá-lo a cumprir as obrigações emergentes do contrato.

Esta responsabilização é importante, visto que o dono da obra poderá aplicar sanções contratuais e pode desde logo executar a caução que foi prestada pela contraparte, aquando da adjudicação do contrato, para satisfazer a sua pretensão. Verificando-se tal cenário, este último terá que a renovar. Resumidamente, havendo caução e havendo aplicação de uma sanção pecuniária o ente público pode utilizar a caução para ver satisfeito o valor desta e, de seguida, ao abrigo do artigo 296º nº 2 CCP, o cocontratante terá de efetuar a renovação da mesma no prazo de 15 dias a contar da notificação do contraente público para esse mesmo efeito.

2.1 - O Cumprimento e Incumprimento do Contrato

Uma matéria que nos parece importante no presente estudo diz respeito ao cumprimento e às formas de incumprimento. O cumprimento consiste na perfeição da relação contratual, seja ela no direito público ou privado, e constitui o ato de cumprir observando todas as obrigações emergentes do contrato. Já o incumprimento define-se como a mora, incumprimento definitivo e o cumprimento defeituoso. Ora, segundo Licínio Lopes “o incumprimento diz-se definitivo quando a prestação em falta se torna impossível ou quando o contraente público tenha (objetivamente) perdido o interesse na prestação em falta (...)”¹⁵, podendo originar neste caso a aplicabilidade da resolução sancionatória prevista na alínea a) do nº 1 do artigo 333º CCP. Ainda segundo este autor, tem-se por mora, “(...) o mero retardamento, a demora ou o atraso no cumprimento de uma obrigação contratual – v. g., o fornecedor não entrega os computadores adquiridos dentro do prazo a que se vinculou (*cf.* artigo 441.º) ou o empreiteiro atrasa o início ou a conclusão da obra (*cf.* artigo 403.º).”¹⁶ Por último, aquele autor define como cumprimento defeituoso, “ (...) uma execução não correta, imperfeita ou irregular da prestação contratual – v. g. o empreiteiro entrega a obra com defeitos: sobre o regime dos “defeitos da obra”, *cf.* artigo 396.º; sobre a “reposição da conformidade” dos bens fornecidos, *cf.* artigo 444.º, obrigação de correção de defeitos: caução: artigo 296.º”¹⁷ Estas definições são importantes porque são situações que podem originar o recurso ao poder sancionatório para poder repor a correta prestação por parte do cocontratante ou, no limite, o recurso à sanção prevista no artigo 333º do CCP, resolução sancionatória.

2.2 – Manifestação do Poder Sancionatório

Antes de entrar na análise do poder sancionatório propriamente dito, parece-nos importante atender à figura da caução que já foi referida anteriormente, e que será referida ao longo deste estudo, enquadrada no poder sancionatório.

¹⁵ Cfr Licínio Lopes, in Estudos da Contratação Pública – I, pág. 593.

¹⁶ Cfr Licínio Lopes, in Estudos da Contratação Pública – I, pág. 593.

¹⁷ Idem

Esta figura da caução não se consubstancia como uma sanção contratual, isto é, consiste numa forma que o ente público tem de garantir o cumprimento pontual das prestações por parte do cocontratante. Esta garantia do cumprimento do contrato encontra-se regulada no artigo 88º e seguintes do CCP, onde podemos constatar no n.º 1 desse preceito legal que havendo lugar a um contrato que implique o pagamento de um preço pela entidade pública, deve ser exigida ao adjudicatário a prestação de uma caução com vista a garantir a celebração do dito contrato, assim como o seu pontual cumprimento. No artigo 90º deste mesmo diploma, vem disposto o modo de prestação da caução que, segundo o n.º 1, “O adjudicatário deve prestar a caução no prazo de 10 dias a contar da notificação prevista no n.º 2 do artigo 77º, devendo comprovar essa prestação junto da entidade adjudicante no dia imediatamente subsequente.”¹⁸ No artigo 91º do CCP que tem com epígrafe a “Não prestação da caução”, preceitua o n.º 1 que a falta de prestação da caução por parte do cocontratante importa a caducidade da adjudicação e nova adjudicação ao concorrente classificado no lugar imediatamente subsequente ao daquele. Nos artigos 294º, 295º e 296º do CCP, encontramos a substituição, a liberação e execução da caução, respetivamente. No âmbito do capítulo referente aos contratos administrativos de empreitada de obras públicas, encontramos referência à caução no artigo 353º do mesmo diploma legal, que regula o reforço daquela, nomeadamente, a forma de o fazer.

Como não temos referência naquele capítulo específico, aplicar-se-ão as disposições comuns, a tudo o que não esteja regulado naquele capítulo em específico, ou seja, aplicar-se-ão os artigos acima referidos. Para este estudo importa referir o artigo 296º em específico, visto que trata da questão da execução da caução que, como já referido, não consubstancia uma sanção contratual, mas sim uma forma de garantir o correto cumprimento do contrato.

A função principal da caução consiste na possibilidade que a entidade pública tem para poder efetivar uma sanção pecuniária. Quando por algum motivo é aplicada ao cocontratante uma sanção pecuniária, pode, desde logo, o dono da obra deduzir o valor da mesma à caução. No fundo, torna mais eficaz a aplicação de sanções e constitui “(...) uma garantia de que dispõe o contraente público para o cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que o cocontratante assume com a celebração do contrato, a mesma pode ser executada segundo o disposto no artigo 296º, para a satisfação de quaisquer importâncias que se mostrem devidas por força do incumprimento daquelas obrigações pelo cocontratante, sem necessidade de prévia decisão judicial ou arbitral.”¹⁹

Relativamente ao poder sancionatório “ (...) o contraente público não está direta e imediatamente habilitado pela lei a aplicar, sem mais, sanções. Na verdade, o próprio inciso legal denota que as sanções a aplicar têm que estar previstas no contrato ou na lei, como se encontra claramente previsto no art.º 329.º n.º 1.”²⁰ Ou seja, as entidades públicas estão subordinadas ao princípio da separação de poderes, que consagra a distinção das funções do Estado, estando também limitada pelo princípio da legalidade e

¹⁸ Cfr artigo 90º n.º 1 do CCP

¹⁹ Cfr – Ana Luísa Guimarães “O caráter excecional do ato administrativo contratual” Pág. 126.

²⁰ Cfr – Pedro Miguel Matias Pereira, “Os poderes da Entidade Adjudicante na Conformação da Relação contratual” pág. 58.

da proporcionalidade. Podem, portanto, ser aplicadas sanções contratuais pela inexecução das obrigações emergentes do contrato em causa, mas nunca poderão surgir sanções contratuais pelo não cumprimento de obrigações impostas por lei ou por ato administrativo.

O princípio da legalidade, acima referido, não serve apenas como limite da atividade administrativa, mas sim como seu fundamento, isto porque “(...) a prática de atos administrativos encontra-se, de um modo especial e decisivo, marcada pelo princípio da legalidade, na vertente de reserva de lei, que impõe, como se viu anteriormente, a existência de uma norma que habilite a prática de atos administrativos.”²¹ O que não quer dizer que tenha que existir uma norma jurídica habilitando expressamente a faculdade de empregar a forma de ato administrativo.

Em suma, em relação às sanções contratuais, com exceção das sanções que se encontram previstas no CCP, o dono da obra só as poderá aplicar se aquelas estiverem previstas no contrato e, pelo não cumprimento das obrigações emergentes do contrato, não podendo aplicar sanções pelo incumprimento de obrigações impostas pela lei ou ato administrativo.

Conforme o disposto no ponto referente às inovações introduzidas no nosso ordenamento jurídico pelo CCP, encontramos a natureza de ato administrativo que revestem as declarações do contraente público, sempre que esteja em causa, nomeadamente, a aplicação de sanções previstas para o incumprimento das obrigações contratuais, como decorre do artigo 307º n° 2 alínea c) do CCP. O que confere executividade, título executivo desses mesmos atos administrativos importando, portanto, a possibilidade que assiste ao contraente público de executar as suas próprias decisões, designadamente, quando se trate de sanções pecuniárias, executando-as de imediato através da caução prestada pelo cocontratante no início da execução do contrato.

2.2.1 - Sanção pecuniária compulsória

Os artigos 372º n° 4 al. a) e artigo 403º n° 1 ambos do CCP referem a possibilidade de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória, por cada dia de atraso, no valor de 1 por mil do preço do contrato²². No entanto, o contrato pode prever montantes diferentes, podendo ser inferior ou superior ao valor referido nos artigos acima mencionados. Desta forma, com base nestes artigos, as entidades públicas apresentam-se com uma clara posição dominante, no que ao poder sancionatório diz respeito.

Segundo Pedro Miguel Matias Pereira²³, esta figura surge revestida de carácter sancionatório, apesar de a doutrina não ser clara quanto a esta posição. Este tipo de sanções revestem nos termos da lei a natureza de sanções contratuais e são de natureza

²¹ Cfr – Ana Luísa Guimarães “O carácter excecional do ato administrativo contratual”. Pág. 76.

²² O preço contratual consiste no preço a pagar, em resultado da proposta adjudicada, pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato, definição segundo nota de rodapé n° 3 in “Empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos – breve nota sobre algumas das principais novidades” CJA n° 64. Julho/Agosto 2007.

²³ In – Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos – Pág. 78.

pecuniária. Segundo os artigos supra referidos, ao aplicar sanções pecuniárias ali referidas, estará o contraente público a exercer o seu poder sancionatório. Portanto, regendo-se aquelas declarações segundo o preceituado no artigo 307º n° 2 do CCP, estamos perante um ato administrativo. Anteriormente, o artigo 180º al. a) do CPA previa somente a possibilidade do contraente público aplicar as sanções previstas, sem qualquer tipo de especificação.

Já segundo o atual regime, o CCP, para além do que já se previa no referido artigo 180º do CPA, prevê diretamente a resolução sancionatória do contrato, as sanções contratuais de natureza pecuniária e as sanções pecuniárias compulsórias. Em suma, mesmo não havendo estipulação contratual ou em lei especial, o contraente público encontra-se sempre munido do seu poder sancionatório em conformidade com o preceituado no CCP.

Todavia, o contraente público não pode aplicar sanções pecuniárias sem qualquer tipo de limite. Assim, de acordo com o artigo 329º n° 2 do CCP, estas sanções têm como limite máximo o valor acumulado de 20% do preço contratual, sem prejuízo do direito de resolução do contrato. Este limite é elevado para 30% se o contraente público decidir não proceder à resolução do contrato, por dela resultar grave dano para o interesse público, pilar base de qualquer contrato. Mas, se esse valor de 30% do preço contratual, for ultrapassado, segundo o artigo 333º n° 1 alínea e) CCP terá que haver lugar à resolução sancionatória do contrato.

2.2.2 - Resolução sancionatória do contrato

A figura resolução sancionatória vem regulada no artigo 333º do CCP e é uma das manifestações claras do poder sancionatório previsto naquele diploma legal e, naquele artigo encontramos as situações em que o contraente público pode lançar mão daquele tipo de resolução.

Ana Luísa Guimarães defende que este tipo de resolução sancionatória “Trata-se, a par do poder de modificação unilateral, de um dos poderes em que a nota de exorbitância é mais evidente, pois é verdadeiramente nesse terreno que o «regime jurídico da execução do contrato administrativo se afasta ao máximo do dos contratos de direito privado (...) e onde parece mais difícil conciliar a própria noção de contrato com a de privilégios de direito público sem sacrificar algo da primeira».”²⁴ Surge, então, esta figura revestida sob a forma sancionatória para responder ao incumprimento e/ou faltas do cocontratante.

Uma das situações nas quais a entidade pública pode recorrer a esta sanção é, quando interpelado para renovar o valor da caução após a execução da mesma no âmbito da aplicação de uma sanção pecuniária, o cocontratante não o faça, conforme o preceituado na alínea g) do n° 1 do referido artigo 333º do CCP. No entanto, para que o ente público possa usar desta faculdade com base no incumprimento definitivo, terá que notificar o cocontratante para que este cumpra a obrigação em falta, num prazo razoável, com o objetivo de se poder considerar aquele incumprimento como definitivo. Se se tratar de

²⁴ Cfr. “O carácter excepcional do ato administrativo contratual” – Ana Luísa Guimarães. Pág. 105.

incumprimento inicial, este constitui apenas mora por parte do cocontratante e, para que se possa recorrer a resolução sancionatória, temos que tornar aquela mora em incumprimento definitivo, para tal transformação basta, como acima referido, a notificação por parte da entidade pública à contraparte para cumprir.

Esta notificação para o cumprimento das obrigações não transforma por si só a mora em incumprimento definitivo. Nesta fase, caso a situação de incumprimento se mantenha, ou seja, depois de notificada a parte faltosa se esta se mantiver em falta, aí sim, já estaremos perante um incumprimento definitivo e, portanto, poderemos recorrer à figura do artigo 333º nº 1 alínea a) do CCP.

Tendo em conta o que já se abordou, no que diz respeito ao incumprimento dos prazos por exemplo no atraso do início da obra por parte do empreiteiro²⁵, importa referir que este incumprimento não pode, em regra, considerar por si só, a prestação impossível, para efeitos de autorizar imediatamente a resolução do contrato. Neste caso, estaremos perante uma situação de simples mora por parte do empreiteiro, o que obriga o dono da obra a notificá-lo para cumprir. Para que se possa considerar o incumprimento como definitivo, é necessário que o incumprimento daquele se materialize num lapso temporal superior ao limite de 1/40 do prazo total da obra, e nesse caso, poderemos recorrer à resolução do contrato.

“Na verdade, o interesse público prosseguido através do contrato administrativo supõe o cumprimento pontual das obrigações contratuais, sendo que, no caso daquele não se verificar, interesse público pode fundar aplicação da sanção de resolução do contrato por se ter tornado pernicioso para aquele a manutenção do contrato que, não está a ser cumprido ou no qual o cocontratante tem vindo a assumir comportamentos faltosos.”²⁶

Este direito de resolução sancionatória não afasta o direito de indemnização que assiste ao contraente público, segundo o preceituado no nº2 do artigo 333º do CCP, referindo sobretudo o direito de indemnização pela adoção de um novo procedimento concursal e, consequentemente, a celebração de um novo contrato.

Esta figura da resolução sancionatória é importante. No entanto, é um mecanismo a que se deverá recorrer em última *ratio*, tendo em conta todas as circunstâncias relevantes, especialmente se aquele incumprimento por parte do cocontratante tiver relevância suficiente para se recorrer àquela figura, se aquela prestação tem ou não carácter essencial no contrato e, acima de tudo, o interesse público. Em suma, só avaliando a situação em concreto, isto é, só avaliando a falta do cocontratante é que se poderá aferir em bom rigor se é ou não proporcional ao incumprimento o recurso da resolução sancionatória.

Esta figura da resolução sancionatória, terá sempre que ser utilizada com alguma cautela. Isto porque o recurso a tal figura não significa, apenas, um castigo aplicado ao

²⁵ Conforme o artigo 405º nº1 al. c) do CCP, tem o, dono da obra, direito a resolver o contrato se ocorrer um atraso no início da execução dos trabalhos imputável ao empreiteiro que seja superior a 1/40 do prazo de execução da obra.

²⁶ Cfr – Pedro Miguel Matias Pereira “Os poderes da Entidade Adjudicante na Conformação da Relação contratual” pág. 81.

cocontratante por este não ter cumprido devidamente as suas obrigações contratuais. Esta figura poderá acarretar alguns custos significativos para o contraente público.

Numa outra perspectiva, o contraente público decide em determinado contrato recorrer a esta sanção contratual para sancionar o não cumprimento devido das obrigações contratuais pela outra parte, e a obra objeto daquele contrato ainda não está concluída. Portanto, ao recorrer à resolução sancionatória, o dono da obra terá que levar a cabo um novo concurso para escolha de novo parceiro para a conclusão daquela obra o que exige *a desmontagem do contrato e a substituição do cocontratante*²⁷.

A resolução sancionatória implica o cálculo final do preço a pagar pelo dono da obra pelas prestações que foram levadas a cabo pelo cocontratante, sem esquecer as indemnizações que possam ser devidas nos termos da lei e do contrato. No fundo, recorrendo a esta figura, terá que se proceder à liquidação do contrato em causa. Nesta altura, poderia colocar-se a questão de saber se, ao ser aplicada a sanção de resolução sancionatória do contrato, a caução prestada pelo cocontratante, seria desde logo perdida, ou seja, se a resolução sancionatória implicava, per si, a perda automática da caução. Esta situação poderá verificar-se se tal estiver previsto no contrato, ou seja, ocorrerá a perda automática da caução, pela aplicação daquela resolução, se tal estiver previsto no contrato como consequência do incumprimento contratual e correspondente resolução sancionatória.

Em jeito de conclusão poderá dizer-se que as sanções passíveis de serem aplicadas pelo ente público se cingem à relação contratual, visto que, “embora provoque um “potente impact” no cocontratante, a sanção resolutória não conhece, em princípio, efeitos extracontratuais, designadamente quanto à inabilitação daquele para contratar com a Administração.”²⁸

Segundo Pedro Gonçalves²⁹ e como pudemos constatar anteriormente as sanções contratuais têm uma função imediata de castigar, punir e reagir a uma conduta censurável do cocontratante. Ainda segundo este autor, esta figura introduz “(...) um elemento *desproporcional* – na medida em que representam um custo que acresce ao que decorre da indemnização de prejuízos, cumprem ainda uma função coercitiva, de constrangimento ao cumprimento (...)”³⁰

2.2.3 - Realização coativa das prestações contratuais em falta

Todo o contrato pressupõe o pontual cumprimento das obrigações emergentes daquele pelas partes signatárias, designadamente nos contratos sinalagmáticos onde, ambas as partes se comprometem perante a outra a realizar pontualmente as suas prestações e, o contrato administrativo não é exceção, sobretudo no contrato administrativo de

²⁷ In Licínio Lopes, cumprimento e incumprimento do contrato administrativo – Estudos de contratação Pública I, pág. 612.

²⁸ Cf. Pedro Gonçalves - “Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo”. Pág. 613 e 614.

²⁹ In Pedro Gonçalves – “Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo”. Pág. 601.

³⁰ Idem.

empreitada de obras públicas, onde ambas as partes se comprometem a realizar as suas prestações de forma pontual.

No artigo 325º do CCP, sob epígrafe “Incumprimento por facto imputável ao cocontratante”, no seu nº2 vem prevista a possibilidade de o contraente público, no caso de o cocontratante não cumprir as suas obrigações, poder efetivar as referidas prestações por si ou por terceiro. Esta faculdade que se encontra ao serviço do dono da obra, no âmbito dos contratos administrativos, não se rege pelos mesmos moldes do direito civil, onde é necessária a intervenção de um tribunal. Nestes casos basta estarmos perante um incumprimento de uma prestação fungível e, a lei reconhece ao contraente público a faculdade de, por este incumprimento e sem necessidade de intervenção judicial, optar pela efetivação das prestações em falta por si ou através de um terceiro. “Trata-se, pois, de um caso de poder administrativo autotutela executiva, de substituição coativa do cocontratante, que, agora com o CCP, se estende ao cumprimento coativo das obrigações contratuais (e não apenas das obrigações emergentes de atos administrativos de conformação da relação contratual).”³¹ Este poder consiste numa inovação introduzida pelo CCP, visto que, anteriormente, para que pudesse o contraente público recorrer a esta figura, este só o poderia fazer através do recurso aos tribunais administrativos, conforme preceituava o artigo 187º do CPA. Em síntese, com a entrada em vigor do CCP, tratando-se do incumprimento de prestações fungíveis por parte do cocontratante, pode o ente público efetivar as prestações em falta, recaindo sobre o cocontratante faltoso os custos inerentes à referida efetivação das prestações. Significa isto que o contrato administrativo, relativamente às obrigações contratuais fungíveis, constitui um título executivo, podendo mesmo legitimar a sua execução coativa por via administrativa que, como já foi supra referido, também pode dar lugar à resolução sancionatória e à aplicação de sanções pecuniárias tendo carácter executivo, dada a possibilidade que o ente público dispõe de reter os valores em causa através da caução prestada.

Esta realização coativa não tem um efeito automático, significando isto que não se aplica de forma automática a todo o incumprimento, como por exemplo o incumprimento definitivo inicial. Nas situações em que o contraente público decida optar pela resolução ou, também nas situações em que o contraente público perde o interesse na prestação, a realização coativa das prestações deve surgir para permitir a execução pontual de algumas prestações em falta ou para permitir a execução de prestações com carácter continuado e sucessivo, durante um curto espaço de tempo indispensável, até que a vigência daquele contrato termine.

No âmbito do contrato administrativo de empreitada de obras públicas, esta possibilidade de execução coativa das prestações vem prevista no artigo 404º do CCP. Este artigo diz respeito ao desvio do plano de trabalhos, que tem que ver com as situações em que o empreiteiro não cumpre, injustificadamente, o plano de trabalhos e coloca em risco o cumprimento do prazo de execução da obra ou os respetivos prazos parcelares. Situação em que o dono da obra notifica o empreiteiro para que apresente, no prazo de 10 dias, um plano de trabalhos modificado, adotando as medidas

³¹ In Licínio Lopes – cumprimento e incumprimento do contrato administrativo – Estudos de contratação Pública I, pág. 615.

necessárias à correção e recuperação do atraso verificado.³² Caso o empreiteiro apresente um plano que não seja adequado ou não apresente de todo, pode o dono da obra elaborar um novo plano, acompanhado de uma memória justificativa da sua viabilidade, notificando o primeiro.³³ No n° 3 daquele preceito legal surge a possibilidade de, caso se constatem novos desvios relativamente ao plano de trabalhos elaborado por qualquer das partes, o dono da obra pode tomar posse administrativa da obra, bem como todos os bens móveis e imóveis adstritos a ela, proceder a execução da obra por si ou por terceiro segundo o preceituado nos n°s 2 a 4 do artigo 325° do CCP que regula esta possibilidade de execução coativa das prestações. Refira-se que esta figura ao ser utilizada, apenas se mantém durante o período necessário para se perceber qual o motivo do não cumprimento por parte do cocontratante, terminando com “(...) a normalização da atitude do particular, pela ordem administrativa de retoma do serviço dada ao particular, ou pela resolução do contrato)».³⁴

Esta medida, à semelhança da resolução sancionatória, para que possa ser aplicável, carece da notificação por parte do ente público ao cocontratante, com vista ao cumprimento num prazo razoável, não bastando o incumprimento inicial. A notificação para cumprir surge como uma última oportunidade dada ao cocontratante para o cumprimento das suas obrigações, ressaltando-se as situações de incumprimento definitivo. A falta de cumprimento inicial apenas corresponde a mora, só se convertendo em não cumprimento definitivo após a referida notificação para cumprir dentro de um prazo razoável.

Estas prestações realizadas coativamente podem ser executadas, como já foi supra mencionado, pelo próprio ente público (dono da obra) ou podem ser mesmo realizadas por terceiro. Nesta última hipótese, o procedimento de adjudicação do contrato a celebrar com o terceiro é regulado pela Parte II do CCP, conforme o preceituado pelo n° 3 do artigo 325° do CCP.

Em jeito de conclusão, esta medida que o ente público pode adotar perante o cocontratante não se pode qualificar como sanção.

Esta figura da realização coativa das prestações levanta algumas questões sobre a sua qualificação como uma sanção contratual, mesmo surgindo após o incumprimento por parte do cocontratante. No entanto, a doutrina já identificou esta figura como um poder instrumental do poder de fiscalização, como surge também o poder de aplicar sanções, ou seja, não é uma sanção propriamente dita, mas sim uma forma de garantir a perfeita execução das prestações como o poder, em abstrato, de aplicar sanções.

³² Artigo 404° n° 1 CCP.

³³ Artigo 404° n° 2 CCP.

³⁴ Cfr. Maria João Estorninho – “Curso de Direito dos Contratos Públicos.” Pág. 499.

3 - O contrato de empreitada no direito privado: análise do regime jurídico

O contrato de empreitada no direito civil vem regulado no artigo 1207º e seguintes do Código Civil (doravante CC). O próprio artigo 1207º, começa por definir este conceito, da seguinte forma: “empreitada é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço.”³⁵

Segundo Vaz SERRA³⁶ “no nosso Código, o contrato de empreitada é definido como sendo aquele em que algum ou alguns indivíduos se encarregam de fazer certa obra para outrem, com materiais subministrados, quer pelo dono da obra, quer pelo empreiteiro, mediante certa retribuição proporcionada à quantidade de trabalho executado (...).”

O contrato de empreitada, tal como o contrato administrativo de empreitada de obras públicas, é um contrato muito relevante para o comércio jurídico, na medida em que são variados os fins que se podem alcançar através desta figura.

Neste contrato, o dono da obra tem o direito de, no prazo acordado com o empreiteiro, receber a obra realizada nos termos estabelecidos no contrato.

No artigo 1209º nº 1 do CC vem consagrada a possibilidade de o dono da obra fiscalizar a forma como se encontra a ser realizada a obra. Esta fiscalização é efetuada por conta deste, podendo levá-la a cabo sempre que não perturbe o normal desenrolar dos trabalhos do empreiteiro. Segundo o nº 2 do mesmo artigo do CC (1209º), o dono da obra pode, à semelhança do previsto no artigo 344º nº 2 do CCP, fazer-se representar pelo comissário. Tal como no contrato de empreitada de obras públicas em que o dono da obra se encontra representado pelo diretor de fiscalização, no contrato de empreitada civil o dono da obra poderá fazer-se representar pelo comissário para exercer o seu direito de fiscalização da obra. Este terá como missão averiguar se as obrigações contratuais estão a ser pontualmente cumpridas, nomeadamente, “(...) segundo as regras da arte, se o empreiteiro não ocultou vícios dificilmente detetáveis depois de concluída e se os materiais empregues são da qualidade acordada.”³⁷

No entanto, para Pedro Romano Martinez³⁸ este poder de fiscalização deve ter limites. O autor defende que, em determinados casos, deverá mesmo ser excluído, uma vez que o dono da obra ou o seu comissário têm acesso a dados técnicos a que o empreiteiro pode não estar interessado em revelar, como por exemplo, novas técnicas de construção. Portanto, este reitera que em determinadas situações, o direito de fiscalização que assiste ao dono da obra deve ser reduzido ou até mesmo excluído, não se justificando que as liberdades e os direitos das partes possam ser afetadas, claro está, se os motivos forem justificados.

Esta fiscalização levada a cabo pelo dono da obra não prejudica a possibilidade de o dono da obra poder, no final do contrato, invocar a responsabilidade do empreiteiro por defeitos, visto que o nº 2 do artigo 1209º do CC dispõe que “a fiscalização feita pelo

³⁵ Cfr artigo 1207º do Código Civil.

³⁶ In “Empreitada” 1965.

³⁷ Martinez, Pedro Romano, Direito das obrigações Parte Especial: Contratos: Compra e Venda; Locação; Empreitada. Pág. 369.

³⁸ Idem. Pág. 370

dono da obra, ou por comissário, não impede aquele, findo o contrato, de fazer valer os seus direitos contra o empreiteiro, (...).”.

Claro que a boa-fé está intimamente ligada a qualquer relação jurídica e esta não é exceção, principalmente quando esteja em causa o poder de fiscalização, visto que na hipótese de que o comissário encontre alguns defeitos ao fiscalizar a obra este deve indicá-los ao empreiteiro de imediato. Caso não o faça e, no final do contrato, se aproveite dessa situação para responsabilizar a contraparte, estaremos perante uma situação de *venire contra factum proprium*³⁹, decorrendo desta situação a responsabilidade do dono da obra perante o empreiteiro pelos danos sofridos por este⁴⁰.

No caso de o dono da obra ou o comissário, por si designado, detetar algum vício na execução das prestações, deve, desde logo, comunicar os mesmos ao empreiteiro para que este os possa corrigir. Contudo, não pode exigir de imediato a sua reparação. Caso os vícios detetados sejam defeitos de que a obra já sofre, estaremos perante uma situação de impossibilidade de execução da referida obra e, portanto, pode o dono da obra resolver aquele contrato antes da sua conclusão, conforme o preceituado no artigo 801º nº 1 do CC.

Em qualquer contrato existe um dever e uma obrigação, de colaboração entre as partes. Neste tipo de contrato, o dever de colaboração também é explícito. Por exemplo, consiste em disponibilizar o terreno para a construção em causa, colaborar na obtenção de autorizações. Esta colaboração não importa uma real obrigação, no entanto, caso não haja lugar a esta colaboração incorrerá o dono da obra em “mora *accipiendi*”⁴¹ conforme o preceituado no artigo 813º e ss. CC.⁴²

Uma das figuras relevantes deste contrato consiste no direito de retenção, que vem previsto no artigo 754º e ss do CC. Esta possibilidade surge perante o não cumprimento por parte do dono da obra, do incumprimento de deveres contratuais e, portanto, goza o empreiteiro desta garantia para ver-se ressarcido do preço e de certas indemnizações decorrentes daquele incumprimento. Segundo os artigos 758º e 759º ambos do CC, o direito de retenção poderá incidir sobre bens móveis ou imóveis⁴³. Este direito não pode ser exercido contra um terceiro estranho ao negócio. De acordo com Pedro Romano

³⁹ Segundo João de Matos Antunes Varela, *Venire contra factum proprium* consiste nos “(...) casos em que a pessoa pretende destruir uma relação jurídica ou um negócio, invocando por exemplo, determinada causa de nulidade, anulação, resolução ou denúncia de um contrato, depois de fazer crer à contraparte que não lançaria mão de tal direito ou depois de ter dado causa ao facto invocado como fundamento da extinção da relação ou do contrato.”

⁴⁰ Neste sentido, Pedro Romano Martinez, *Direito das obrigações Parte Especial: Contratos: Compra e Venda; Locação; Empreitada* pág. 371.

⁴¹ Cfr. Martinez, Pedro Romano, “*Direito das obrigações Parte Especial: Contratos: Compra e Venda; Locação; Empreitada*”. Pág. 373.

⁴² Segundo Martinez, Pedro Romano, in “*Direito das obrigações Parte Especial: Contratos: Compra e Venda; Locação; Empreitada*”, pág. 374, esta obrigação de colaboração, não importa a faculdade do empreiteiro exigir do dono da obra esta colaboração, contudo, se o dono da obra não prestar colaboração de forma espontânea, é facultado ao empreiteiro a possibilidade de invocar a exceção de não cumprimento, exigir indemnização ou poderá, se existir motivos para tal, recorrer à condição resolutiva tácita, conforme o disposto no artigo 801º nº 2 do CC

⁴³ Historicamente, nomeadamente no Código Civil de 1867, o empreiteiro apenas tinha possibilidade de reter bens moveis como garantia do cumprimento do dono da obra. Atualmente, reconhece-se o direito de retenção do empreiteiro quer estejam em causa bens moveis ou imoveis, desde que cumpridos os requisitos do artigo 754º do CC.

Martinez⁴⁴, “(...) o direito de retenção só poderá ser exercido «(...) contra o seu credor (...)», pelo que o empreiteiro não fica titulado para exigir o pagamento a terceiro; ou seja, o princípio da relatividade nos contratos não é alterado. Deste modo e a título de exemplo, o subempreiteiro que goza de direito de retenção contra o empreiteiro, não tem legitimidade de reter a coisa para exigir o pagamento do preço ao dono da obra.”

O preceituado no artigo 1216^{o45} do CC é uma das exceções ao artigo 406^o n^o 1 do CC, de onde decorre a obrigação do cumprimento pontual do contrato e da necessidade de acordo das partes para a sua alteração. Esta exceção justifica-se com o facto de o dono da obra ser a parte com maior interesse no resultado e na forma de realização da empreitada e, por isso, lhe seja permitido realizar alterações ao plano, em função dos seus interesses. Esta possibilidade de alteração unilateral das obrigações contratuais é apenas possível ao dono da obra, isto porque, ao abrigo do artigo 1214^o do CC, o empreiteiro não pode alterar o plano convencionado sem autorização do dono da obra. No caso de o empreiteiro proceder a qualquer alteração ao plano e não existir autorização expressa do dono da obra, esta é tida como defeituosa.

Também no direito civil é importante termos presente aquilo que referimos sobre o cumprimento e incumprimento do contrato administrativo de empreitada de obras públicas, visto que, também poderemos estar perante três tipos de incumprimento, o incumprimento, a mora e o cumprimento defeituoso. Apesar de, segundo Pedro Romano Martinez, “Como o Código Civil não se refere, em termos gerais, à terceira possibilidade de incumprimento (para além de uma mera referencia que lhe é feita no art. 799^o, n^o 1), poder-se-ia pensar que o cumprimento defeituoso não se encontra previsto na parte geral do direito das obrigações. Contudo, o legislador português, nos arts. 798^o e 799^o, admitiu a figura do incumprimento entendido em sentido amplo.”⁴⁶ Este enquadramento é de máxima importância, como também o é nos contratos administrativos de empreitada de obras públicas, para que se possa aferir o grau de responsabilidade que se pode imputar ao empreiteiro.

No âmbito do direito privado importa, igualmente, salientar a forma de relacionamento entre as partes, isto é, importante perceber como responde o empreiteiro perante o dono da obra, quando da parte daquele surgir algum incumprimento e, a responsabilidade decorrente deste tipo de situações é a responsabilidade contratual.

No caso de se verificar uma situação de incumprimento por parte do empreiteiro, dispõe o artigo 799^o n^o 1 do CC que recai sobre o devedor (empreiteiro) o ónus de provar que o não cumprimento ou o cumprimento defeituoso não procede de culpa sua.

Segundo Pedro Romano Martinez⁴⁷ “na apreciação da existência da culpa do empreiteiro, o pressuposto geral de atuar com a diligência de um bom pai de família

⁴⁴ In Martinez, Pedro Romano, “Direito das obrigações Parte Especial: Contratos: Compra e Venda; Locação; Empreitada”. Pág. 379.

⁴⁵ Consiste na faculdade conferida ao dono da obra para exigir alterações ao plano de trabalhos, sendo que esta alteração não pode importar um valor superior a uma quinta parte do preço total estabelecido para aquela obra e, aquela alteração, não signifique uma alteração da natureza da obra. A variação do preço final a pagar ao empreiteiro, tendo em conta a alteração introduzida pelo dono da obra, encontra-se regulado nos n^{os} 2 e 3 do artigo 1216^o do CC.

⁴⁶ In “Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada”. Pág. 121.

⁴⁷ In “Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada”. Pág. 463.

(art. 487º, n.º 2 CC) deve ser aferido tendo, além do mais, em conta que, ao realizar uma obra, o executante deve respeitar as regras da arte vigentes naquele domínio.”

O não cumprimento tem-se por definitivo quando, no caso de a obra não estar concluída, já não puder ser pelo facto de o dono da obra perder o interesse na mesma ou esta não ter sido concluída dentro do prazo razoavelmente fixado pelo dono da obra, conforme o disposto nos artigos 801º n.º 1 1ª parte e 801º n.º 1 2ª parte, respetivamente.

Perante estas situações, ou outras que importem o incumprimento definitivo⁴⁸, pode o dono da obra, ao abrigo do artigo 801º n.º 2 do CC, não obstante a indemnização que haverá lugar e a restituição do que já foi pago se for caso disso, resolver o contrato em causa.

Outra figura importante é a mora do empreiteiro. Esta situação verifica-se quando o empreiteiro não entrega a obra na data acordada com o dono da mesma, continuando este com interesse na prestação.

Ainda assim, o devedor (empreiteiro) apenas entra automaticamente em mora na eventualidade de ter sido fixado um prazo para a entrega do bem ou da prestação. No caso de não haver um prazo pré-estabelecido, do prazo, o empreiteiro incorre em mora só após o credor o interpelar para cumprir, respeitando, claro está, o prazo razoavelmente necessário para que o devedor possa cumprir executar a obra, conforme o previsto no artigo 777º n.º 1 e n.º 2 do CC. Após o empreiteiro incorrer em mora, este pode efetuar o cumprimento atrasado, desde que indemnize o dono da obra pelos danos causados em virtude do referido atraso.

Uma figura que surge com frequência neste tipo de contrato é a cláusula penal, figura que se encontra regulada nos artigos 810º e ss do CC. Estes artigos permitem perceber que esta figura surge por acordo, onde as partes fixam o montante da indemnização exigível para o caso de incumprimento das obrigações. Este instituto surge, maioritariamente para as situações de não cumprimento definitivo, conforme o previsto no artigo 811º do CC, onde se percebe que o credor, existindo cláusula penal, não pode exigir cumulativamente o cumprimento coercivo da obrigação e o pagamento daquela cláusula.

Recentemente, segundo Pedro Romano Martinez⁴⁹ os agentes económicos neste tipo de contrato, muito pela influencia do anterior RJEOP,⁵⁰ têm recorrido à figura da caução, ou seja, “(...) verifica-se que, em muitos contratos de empreitada, a forma de abonar o cumprimento pontual da obrigação de realizar a obra se obtém mediante uma garantia bancária.”. Posto isto, na eventualidade de o empreiteiro não cumprir a sua obrigação no prazo acordado ou cumprir a mesma dentro do prazo mas com defeitos, o garante, que por regra será uma entidade bancária, pagará uma indemnização ao dono da obra correspondente à mora, ao cumprimento defeituoso ou ao não cumprimento. Poderá surgir também a possibilidade desta indemnização paga ter um montante pré-definido, seja qual for o motivo de entre aqueles três acima referidos.

⁴⁸ Como por exemplo a hipótese em que o empreiteiro nega-se a cumprir a sua parte no negócio e, portanto, não constrói a obra devida.

⁴⁹ In “Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada”. Pág. 467.

⁵⁰ (REOP) Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas que foi revogado em 2008 pelo Código dos Contratos Públicos.

No âmbito do contrato de empreitada civil tal como no direito público, a figura da resolução do contrato também está presente. Esta figura vem regulada no artigo 1222º do CC e surge em conjunto com a possibilidade de redução do preço. O dono da obra pode recorrer a uma destas hipóteses, na eventualidade de existirem defeitos que não tenham sido eliminados ou mesmo a obra não ter sido realizada de novo e, para o caso da resolução do contrato, estes tornarem a obra desapropriada para o fim a que se destina.

A escolha entre uma e outra figura, para além da diferença enunciada, fica ao critério do dono da obra. Sendo que é o interesse do credor que se encontra em causa, portanto, este é quem poderá aferir se tais defeitos não eliminados o fazem ou não perder o interesse na prestação. Esta perda do interesse do credor é apreciada objetivamente, conforme o estatuído no nº 2 do artigo 808º do CC. O nº 1 do mesmo artigo refere que a mora pode considerar a prestação como não cumprida e dar origem à resolução do contrato, se a mora implicar a perda de interesse na prestação por parte do credor.

Ainda sobre esta questão, é pertinente, referir a possibilidade conferida ao dono da obra, no artigo 1229º do CC, de este desistir da mesma. No entanto, nesta situação, preceitua aquele artigo que caso no dono da obra desistir daquela este terá que indemnizar o empreiteiro pelos seus gastos, trabalho e pelos proveitos que poderia retirar daquela obra.

Relativamente aos efeitos da resolução, esta rege-se pelas regras gerais do direito civil que se encontram nos artigos 432º e ss do CC. Com a resolução do contrato o dono da obra fica exonerado de pagar o preço e, se já tiver pago parte do preço, poderá pedir a restituição desse valor por inteiro, de acordo com o previsto no artigo 289º do CC.

Pode surgir a situação onde o empreiteiro corrige os erros da obra, no entanto, esta correção não prejudica o direito do dono da obra a uma indemnização em virtude daqueles. Quer isto dizer que, segundo o previsto no artigo 1223º do CC, o facto de os defeitos terem sido eliminados, tenha havido redução do preço ou até mesmo a obra tenha sido realizada de novo, não prejudica o direito a ser indemnizado nos termos gerais pelos prejuízos sofridos que podem não terem sido completamente reparados. Esta indemnização, como acima referido, é regulada nos termos do artigo 801º nº 2 do CC.

Segundo Pedro Romano Martinez,⁵¹ a indemnização prevista no artigo 1223º do CC poderá surgir com dois objetivos distintos. O primeiro, com o intuito de para reparar o interesse contratual negativo e ser cumulado com a resolução do contrato, tendo como finalidade a colocação do dono da obra na situação em que estaria se não tivesse celebrado aquele negócio. O segundo, com o objetivo de reparar o interesse contratual positivo e ser cumulado com a eliminação dos defeitos, realização de nova obra e de redução do preço, tendo como meta colocar o comitente na situação em que estaria se o contrato em causa fosse pontualmente cumprido. A este direito de indemnização previsto no artigo 1223º do CC, são aplicáveis as regras gerais constantes dos artigos 562º e ss do CC.

⁵¹ In “Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada”. Pág. 463.

Por fim, a realização coativa das prestações é a outra figura presente no contrato de empreitada de direito civil. Esta figura vem prevista no artigo 828º do CC, onde podemos constatar que “o credor da prestação de facto fungível tem a faculdade de requerer, em execução, que o facto seja prestado por outrem à custa do devedor.”.

Como referimos anteriormente, a doutrina não considera esta figura como sanção contratual. No entanto, esta figura surge como forma de compelir a contraparte a cumprir. Pedro Romano Martinez fala desta figura reportando-se à eliminação dos defeitos da obra, indicando que se “(...) o empreiteiro se encontrar em mora quanto ao dever de eliminar os defeitos, como *nemo ad factum praecise cogi potest*, a contraparte poderá requerer, judicialmente, que a prestação, sendo fungível, seja efetuada por outrem à custa do faltoso (art. 828º)”⁵².

Em suma, o dono da obra para poder recorrer a esta figura terá que requerer judicialmente que a efetivação da prestação em falta seja realizada por terceiro. O dono da obra por si ou por terceiro e sem recurso à via judicial não tem possibilidade de eliminar tais defeitos e, mais tarde, vir a exigir do empreiteiro faltoso o pagamento de tais serviços. Mesmo havendo decisão judicial favorável, não pode o dono da obra, fazê-lo por si, ou seja, este terá sempre recorrer a um terceiro, caso contrário estaríamos perante uma situação de autotutela executiva, conforme o artigo 828º CC.

⁵² In “Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada”. Pág. 463.

4 - Comparação entre os dois regimes: Público vs. Privado

4.1. Principais aspetos de regime em comum e divergentes

Ao longo do presente estudo fomos analisando cada uma destas figuras, nomeadamente, a relação entre o dono da obra e a contraparte, assim como a aplicação de sanções por parte do primeiro, tanto no contrato administrativo de empreitada de obras públicas, como também no contrato de empreitada regida pelo nosso Código Civil.

No contrato de empreitada de obras públicas encontramos um artigo específico, o artigo 302º do CCP, que estabelece os poderes do contraente público nos contratos em que sejam parte, o que não acontece no CC, ou seja, nas empreitadas de obras privadas regidas por este diploma não encontramos um artigo semelhante, onde confira ao dono da obra, poderes semelhantes. O mais próximo que podemos encontrar no CC, relativamente à intervenção do dono da obra durante a execução do contrato, é o artigo 1216º do CC que regula as alterações exigidas pelo dono da obra, onde preceitua no seu n.º 1 que “o dono da obra pode exigir que sejam feitas alterações ao plano convencionado, desde que o seu valor não exceda a quinta parte do preço estipulado e não haja modificação da natureza da obra.”.

Estas alterações ao plano de trabalho cingem-se às alterações deste mesmo plano e não implicam ordens ou diretrizes relativamente ao modo de execução das prestações por parte do empreiteiro, isto é, o dono da obra poderá proceder à alteração do plano de trabalho mas não pode dar ordens, diretivas ou instruções no que respeita à forma de execução das prestações. Nos contratos de empreitada de direito público, segundo o artigo 304º n.º 1 do CCP, “o contraente público dispõe do poder de direção do modo de execução das prestações do cocontratante no que respeita a matérias necessárias à execução do contrato carentes de regulamentação ou insuficientemente reguladas de forma a impedir que o contrato seja executado de modo inconveniente ou inoportuno para o interesse público (...)”, ressaltando-se, como já acima mencionado, a autonomia técnica ou de gestão do cocontratante.

Sinteticamente, no que ao poder de direção do modo de execução das prestações diz respeito, podemos dizer que não se encontra paralelo no direito civil português, ficando clara, por isso, a diferença de poderes ao dispor do ente público em contraposição com o dono da obra no direito privado.

No que respeita ao poder sancionatório e às sanções passíveis de serem aplicadas pelo contraente público à contraparte durante a vigência do contrato, que referimos aquando da análise do regime jurídico daquele contrato, não conseguimos encontrar correspondência no direito civil, ou seja, não conseguimos descortinar nas normas que regulam o contrato de empreitada civil que confira ao dono da obra poderes similares aos conferidos à entidade pública contratante nos contratos de empreitada de obras públicas.

Relativamente a este último encontramos expressamente previsto na lei a possibilidade de o ente público aplicar sanções mesmo que não estejam previstas no contrato, como é o caso da resolução sancionatória no artigo 333º do CCP, sanção pecuniária compulsória nos artigos 372º n.º 4 al. a) e 403º n.º 1 ambos do CCP, então, no que diz

respeito a estas sanções, o ente público estará, desde logo, a lançar mão delas mesmo que não estejam previstas expressamente no contrato.

A nosso ver existem alguns pontos de contacto entre os dois regimes jurídicos no que diz respeito à sanção pecuniária compulsória e à cláusula penal.

No que concerne à primeira figura, ela vem prevista nos artigos 372º nº 4 al. a) e 403º nº 1, ambos do CCP, e a cláusula penal surge regulada no artigo 810º e ss do CC.

Estas duas figuras são diferentes. O artigo 810º nº 1 do CC preceitua que as partes podem, por acordo, fixar o montante da indemnização exigível, isto é, esta figura surge com o objetivo principal de indemnizar o dono da obra, por exemplo, pelo não cumprimento da prestação por parte do empreiteiro, tendo portanto, como principal objetivo, o ressarcimento do prejuízo sofrido pelo dono da obra. Ao passo que a sanção pecuniária compulsória prevista para os contratos administrativos de empreitada de obras públicas nos artigos acima referidos, surge com vista a compelir o cocontratante a cumprir as suas obrigações, não tendo como finalidade essencial o ressarcimento. No entanto, estas duas figuras na realidade acabam por visar o mesmo fim que é o de o dono da obra receber, dentro do prazo acordado, a obra isenta de quaisquer defeitos.

Uma figura que detém uma grande importância nos contratos administrativos de empreitada de obras públicas é a resolução sancionatória prevista no artigo 333º do CCP que, não obstante situações de grave violação das obrigações por parte do cocontratante previstas no contrato, confere a possibilidade ao contraente público de resolver o contrato nas situações previstas naquele artigo. No regime jurídico das empreitadas de obras privadas não existe esta possibilidade. A resolução do contrato neste regime surge prevista nos artigos 1222º e 1229º do CC. Todavia não preveem aqueles artigos as hipóteses do artigo 333º do CCP. No direito civil, o dono da obra apenas poderá colocar termo ao contrato se os defeitos encontrados não forem eliminados ou construída nova obra e, igualmente, se estes defeitos tornarem a obra inadequada relativamente ao fim a que se destina. Existe ainda a possibilidade de o dono da obra desistir da mesma qualquer momento, mas neste caso terá que indemnizar o empreiteiro. Em suma, comparativamente com o dono da obra no direito civil, as entidades públicas nos seus contratos, detêm a possibilidade de resolver o contrato com o objetivo de sancionar o cocontratante pelo seu não cumprimento. Chamamos atenção para a diferença de regimes em sede de resolução do contrato por parte do dono da obra, visto que no direito civil não existe a possibilidade de resolução sancionatória podendo apenas, o dono da obra, naqueles contratos resolver os mesmos nas situações acima referidas.

No nosso Código Civil não encontramos qualquer artigo que seja equiparável ao 302º do CCP no qual vêm previstos os poderes de conformação da relação jurídica, poderes que conferem ao contraente público a possibilidade de ter uma intervenção direta na execução das prestações da outra parte. Os poderes previstos no artigo 302º CCP são uma característica específica dos contratos administrativos de empreitada de obras públicas e, a nosso ver, servem para que compreendamos a posição de supremacia detida pelas entidades públicas em confronto com os intervenientes nos contratos de empreitada de direito civil. Fica claro que a relação contratual decorrente destes contratos de direito público é uma relação desequilibrada no sentido em que o contraente privado acaba por ter uma posição de sujeição perante o contraente público.

Dessa forma o contraente privado sujeita-se a ordens, diretivas ou instruções que o ente público pode indicar no exercício do seu poder de direção e fiscalização segundo o artigo 307º n° 2 al. a) do CCP.

4.2 - O (Des)equilíbrio na relação contratual pública em comparação com a relação contratual privada

Como podemos constatar no ponto precedente, fica clara a diferença entre o regime jurídico da empreitada de obras públicas e o regime jurídico das empreitadas de obras privadas.

É notória a diferença dos poderes conferidos ao dono da obra consoante estejamos perante um contrato de empreitada regido pelo Código Civil ou estejamos perante um contrato regido pelo Código dos Contratos Públicos. No contrato administrativo de empreitada de obras públicas, o dono da obra, a entidade pública, detém uma panóplia de poderes que não tem correspondência com os poderes conferidos ao dono da obra de direito civil, detendo a primeira uma posição de supremacia naquele contrato. Perante esta diferença de posições podemos dizer que o princípio da igualdade das partes em sede contratual, de certa forma, não é respeitado na sua plenitude. O agente que contratar com uma entidade pública, no âmbito de um contrato administrativo, nomeadamente, no âmbito de um contrato administrativo de empreitada de obras públicas, acaba por ficar sujeito a um conjunto de poderes que origina uma desigualdade entre as partes do contrato, favorecendo a entidade pública.

É certo que, as entidades públicas, o Estado em geral, têm como uma das suas principais funções a prossecução do interesse público e, por isso, devem ter algumas faculdades, alguns direitos específicos que lhes permitam a defesa desses interesses de forma eficaz.

Conforme o referido anteriormente, na definição de Marcello Caetano sobre contrato administrativo, o contraente privado sujeita-se às exigências do interesse público definidos por atos de poder, ou seja, tendo em conta o interesse público prosseguido pelo Estado. Nos contratos administrativos de empreitada de obras públicas as entidades públicas, detêm poderes específicos, por exemplo os previstos no artigo 307º n° 2 do CCP para que possam fazer valer essa sua incumbência.

Poderá levantar-se a questão de saber se o interesse público a prosseguir pela entidade pública justifica esta posição de supremacia perante o contraente privado e o sacrifício de direitos por parte deste.

O interesse público vem constitucionalmente previsto no artigo 266º n° 1 CRP, onde podemos constatar que a Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

Segundo Sérvulo Correia⁵³ “o conceito de interesse público é daqueles cuja evidência intuitiva não facilita em muito a definição. Embora seja a ideia dominante de todas as normas jurídico-administrativas, ele não é, como observa Rivero, aconselhável como

⁵³ In *Noções de Direito Administrativo*” Vol. I, Editora Danubio, Lda., Lisboa.

elemento caracterizador do Direito Administrativo, visto que, quando a Administração Pública utiliza meios de Direito Privado, e ainda o interesse público a guiá-la.”.

Em suma, segundo João Caupers⁵⁴, “(...) o interesse público é o interesse de uma comunidade, ligado à satisfação das necessidades coletivas desta (o «bem comum»); a variabilidade e o crescimento destas necessidades constituem uma das características do Estado social de direito, determinado, por seu turno, a expansão quantitativa dos interesses públicos, com a crescente dificuldade da distinção entre estes e os interesses privados.”.

Segundo Marcelo Caetano⁵⁵, “o interesse público é em relação à Administração, uma ideia transcendente, que não depende dela, pelo contrário, exerce sobre ela o seu império. (...) Daí uma especial *cláusula de sujeição* do contraente particular ao interesse público, implícita na definição do contrato administrativo e que em geral aparece estipulada em cada caso, ou inserta nas condições gerais imperativas de cada categoria.”, defende ainda que “(...) também o contraente público se encontra submetido ao interesse público; não existe por conseguinte colaboração possível entre as duas partes sem essa comum sujeição.”.

Segundo João Caupers⁵⁶, esta possibilidade de vinculação através de contrato pela Administração nem sempre se admitiu, em virtude de esta figura ser típica do direito privado, por assentar numa relação de paridade e surgir com base na vontade das partes. Algo que não se conseguia ligar à atividade da Administração pelo facto de se associar a esta, a ideia de autoridade, e que se considerava também a unilateralidade como uma característica daquela.

Atualmente reconhece-se à Administração Pública a faculdade de recorrer com maior regularidade à figura dos contratos⁵⁷, no entanto, aquele autor defende que a Administração não se vincula ao contrato em termos idênticos aos agentes de direito privado, indicando ainda que aqueles contratos “(...) constituíam necessariamente uma espécie de contratos diferentes dos outros, contratos típicos da Administração Pública, *contratos administrativos*, enfim (o princípio da igualdade das partes parecia dificilmente conciliável com a autoridade da Administração)”. Neste sentido, também José Eduardo Figueiredo Dias e Fernanda Paula Oliveira⁵⁸ quando defendem que “as reservas colocadas não se consubstanciam, porém, apenas na natureza da relação a estabelecer entre particular e Administração, mas também na sujeição ao *interesse público*: é necessário não esquecer que as entidades administrativas existem para prosseguir interesses públicos heteronomamente fixados, (...)”, defendendo ainda que em virtude daqueles interesses a que estão adstritos, não pode a Administração estar

⁵⁴ Caupers, João, Introdução ao Direito Administrativo, 10ª ed., Âncora Editora, 2009, pág. 85.

⁵⁵ In “Manual de Direito Administrativo” 10ª ed., pág. 588 e 589.

⁵⁶ Cfr. Caupers, João, Introdução ao Direito Administrativo, 10ª ed., Âncora Editora, 2009, pág. 278.

⁵⁷ Esta situação justifica-se com o facto de Administração desenvolver “(...) diversas atividades cada vez mais diversificadas, muitas delas de prestação e de conformação, e intensifica o apelo à colaboração dos cidadãos na prossecução dos interesses públicos – tendendo, por isso mesmo, a exibir cada vez menos os «galões» da sua autoridade (...)” Cfr. Caupers, João, Introdução ao Direito Administrativo, 10ª ed., Âncora Editora, 2009, pág. 278.

⁵⁸ In – Noções fundamentais de direito administrativo, 2ª ed., Almedina, 2010.

dependente da vontade das partes, visto que deve desenvolver a sua atividade de acordo com as exigências do interesse público.

E desta reflexão sobre o interesse público decorre que os poderes conferidos às entidades públicas, mais precisamente no artigo 302º do CCP em relação ao contrato administrativo de empreitada de obras públicas, justifica-se pelo facto de aquelas entidades se encontrarem subordinadas ao interesse público, tendo que o prosseguir em toda a sua atividade.

5 – Síntese conclusiva

O poder sancionatório é uns dos poderes conferidos às entidades públicas contratantes no âmbito dos contratos públicos, nomeadamente, nos contratos de empreitada de obras públicas, conforme a al. d) do artigo 302º do CCP. Este poder surge com o objetivo primordial de auxiliar ao pontual cumprimento do contrato celebrado. As decisões do contraente público de aplicar sanções reveste caráter de ato administrativo de acordo com o previsto no artigo 307º n.º 2 al. c) do CCP, constituindo por isso título executivo. Ou seja, este poder tem como fim sancionar as faltas em que o cocontratante possa incorrer durante a vigência do contrato, sendo também um instrumento bastante útil para compelir o cocontratante a cumprir as suas obrigações contratuais de forma perfeita.

Um contrato, no caso o contrato administrativo de empreitada de obras públicas, poderá culminar sob três formas, o cumprimento pontual, o cumprimento defeituoso e poderá surgir a modalidade da mora do empreiteiro. Esta mora por parte do cocontratante, consiste no atraso da prestação por parte do cocontratante e, pode dar origem ao incumprimento definitivo do referido contrato. Isto no caso o dono da obra notificar aquele para cumprir num prazo razoável e o mesmo se mantém em mora, transformando-se, por isso, aquela mora em incumprimento definitivo, se cumpridos os requisitos já referidos.

Uma figura que tem forte relevo neste contrato é a caução, que vem regulada no artigo 88º e ss do CCP. Esta figura não reveste o caráter de sanção contratual, no entanto, é de extrema importância para o dono da obra neste capítulo, na medida em que a caução consiste numa garantia prestada pelo cocontratante aquando da outorga do contrato e pode, o ente público, executá-la para efetivar uma aplicação de uma sanção pecuniária. Mesmo não tendo um caráter sancionatório, acaba por castigar o cocontratante, quando sendo-lhe aplicada uma sanção pecuniária e o seu valor deduzido à caução, tendo posteriormente que a repor, acaba por ser um forte incentivo ao cumprimento do contrato.

No que ao poder de aplicar sanções diz respeito, o regime anterior previa no artigo 180º al. a) do CPA a possibilidade aplicar sanções, sem qualquer tipo de especificação, deixando ao critério dos outorgantes a fixação de tal regime.

As sanções pecuniárias têm como limite máximo 20% podendo ir até aos 30% do preço do contratual, dependendo, este aumento do limite máximo, do facto de o ente público entender que a resolução do contrato resultar em grave dano para o interesse público, sendo que o limite dos 30% não pode ser ultrapassado e quando atingido acarreta a referida resolução do contrato.

Neste tipo de contrato, a sanção pecuniária compulsória que vem prevista nos artigos 372º n.º 4 al. a) e artigo 403º n.º 1 ambos do CCP, é uma sanção bastante utilizada. Na eventualidade de o cocontratante se atrasar no cumprimento das suas obrigações, pode o dono da obra aplicar-lhe uma sanção pecuniária por cada dia de atraso no valor de 1 por mil do preço contratual, podendo o montante prever um montante diverso.

Esta figura da resolução, mais propriamente a resolução sancionatória, defende Ana Luísa Guimarães, “Trata-se, a par do poder de modificação unilateral, de um dos poderes em que a nota de exorbitância é mais evidente (...)”⁵⁹. Esta reveste forma sancionatória para responder ao incumprimento e/ou faltas do cocontratante, que pela sua gravidade justificam o recurso a esta sanção. Deve ser um mecanismo a que se deverá recorrer em última *ratio*.

A realização coativa das prestações contratuais em falta, ainda que não seja considerada como uma sanção contratual, merece algum destaque, visto que se apresenta como um meio muito importante para poder assegurar que as prestações do contrato sejam cumpridas, ainda que o cocontratante não as cumpra. Esta realização coativa das prestações significa que, não cumprindo as suas obrigações contratuais, o empreiteiro irá suportar os custos dos trabalhos que serão levados a cabo ou pelo ente público ou por terceiro.

Seguidamente, em análise ao regime jurídico do contrato de empreitada no direito civil sob o ponto de vista da relação entre as partes, o dono da obra detém alguns poderes como o de fiscalização, em que os custos inerentes a este poder são suportados por aquele. Este poder deve ter alguns limites para que não interfira no normal desenrolar dos trabalhos, havendo quem defenda que este deve ser, em certas situações, restringido e até mesmo excluído.

Um instituto que tem bastante relevância nestes contratos é o direito de retenção. Este direito consiste numa defesa que o empreiteiro tem para com o dono da obra para o caso daquele não cumprir as suas obrigações. O empreiteiro apenas poderá fazer uso deste direito contra o seu credor, funcionando como forma de o dono da obra cumprir as suas obrigações, nomeadamente, o pagamento do preço.

Uma das situações em que o dono da obra se poderá “superiorizar” ao empreiteiro é na hipótese prevista no artigo 1216º do CC, em que o dono da obra pode exigir aquele que altere o plano convencionado, desde que essa alteração não acarrete um aumento do preço superior à quinta parte do preço estipulado e não haja modificação da natureza da obra.

A possibilidade de prestação de caução por parte do empreiteiro neste contrato regido pelo Código Civil também tem ganho alguma importância. Esta situação verifica-se por influência dos contratos públicos e em especial o anterior regime, o RJOE. Este serviu de base a muitos contratos de empreitada do direito civil, em consequência de, em muitas situações os contraentes remeterem alguns pontos do contrato para o preceituado naquele diploma.

Também nestes contratos a possibilidade conferida ao dono da obra de realizar coativamente as prestações da contraparte, quando esta não as cumpre, está bem presente. No entanto, o direito civil tem como particularidade a obrigatoriedade de essas prestações serem levadas a cabo por um terceiro e não por si, visto que, neste caso estaríamos perante um caso de autotutela executiva que não é permitida no direito privado. Com a devida ressalva para as situações em que haja um sério risco de a coisa

⁵⁹ Cfr. “O carácter excepcional do ato administrativo contratual” – Ana Luísa Guimarães. Pág. 105.

se deteriorar, e aí pode o dono da obra levar a cabo os trabalhos necessários para evitar tal resultado.

O mais semelhante que nestes contratos podemos encontrar com a figura da resolução contratual, nos contratos de empreitada de obras públicas, é a possibilidade que o dono da obra tem de ao abrigo do artigo 1229º do CC desistir da obra. Mas neste caso, terá que indemnizar o empreiteiro pelos seus gastos, trabalho realizado e pelos lucros que deixou de auferir.

Ao longo do presente estudo verifica-se que o contrato de empreitada de obras públicas e o contrato de empreitada de direito civil, são contratos bastante similares. No entanto, estes têm regimes jurídicos distintos principalmente no que concerne aos poderes conferidos ao dono da obra, nomeadamente, poderes sancionatórios.

De facto, estes contratos que, no fundo, são muito similares no seu objeto e fim a que se destinam, têm regimes jurídicos diferentes, o que se justifica com base no interesse público a que a Administração Pública se encontra sujeita, sendo que ao abrigo do artigo 266º nº 1 da CRP, aquela visa a prossecução daquele interesse. Este facto justifica a diferença de posições presente nos contratos de empreitada de obras públicas, uma vez que, como João Caupers⁶⁰ defende, a dificuldade de prossecução deste «bem comum» e a sua crescente complexidade, veio permitir uma aceitação da vinculação da Administração através de contrato com particulares que, quando contratam com aquela já têm presente esta obrigação de sujeição perante o interesse a prosseguir pelas mesmas.

Em suma, este interesse público prosseguido pela Administração Pública justifica este desequilíbrio na relação contratual de direito público, isto porque, o interesse comum parece justificar uma posição de superioridade por parte do ente público. No entanto, esta posição de supremacia não deve servir de base a um abuso da mesma por parte daquele sobre o contraente privado. Assim, a entidade pública deve limitar-se ao que for necessário para prosseguir a sua atividade, sem nunca sacrificar os direitos do privado, sem que exista um motivo suficientemente forte a defender.

⁶⁰ Caupers, João, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10ª ed., Âncora Editora, 2009, pág. 85.

Bibliografia

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos, Cadernos de Justiça Administrativa, nº 66, Novembro/Dezembro 2007.

CAETANO, MARCELLO, Manual de Direito Administrativo, 2ª Edição, Coimbra editora, 1947.

CAETANO, MARCELLO, Manual de Direito Administrativo, 10ª Edição, Almedina, 2001.

CAUPERS, JOÃO, Introdução ao Direito Administrativo, 10ª ed., Âncora Editora, Lisboa, 2009.

CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO, Noções de Direito Administrativo, Vol. I, Danubio, Lisboa, 1982.

DIAS, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO e OLIVEIRA, FERNANDA PAULA, Noções Fundamentais de Direito Administrativo, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.

ESTORNINHO, MARIA JOÃO, Curso de Direito dos Contratos Públicos: por uma contratação sustentável, Coimbra, Almedina, 2012.

GONÇALVES, PEDRO, Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo, Estudos da Contratação Pública – I, org. Pedro Gonçalves, Coimbra Editora, 2008.

GUIMARÃES, ANA LUÍSA, O carácter excepcional do ato administrativo contratual, Almedina, 2012.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, Direito das obrigações Parte Especial: Contratos: Compra e Venda; Locação; Empreitada, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2001.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO, Cumprimento Defeituoso em Especial na Compra e Venda e na Empreitada, Almedina, Coimbra, 2001.

MARTINS, LICÍNIO LOPES, Contrato público e organização administrativa, Estudos da Contratação Pública – I, org. Pedro Gonçalves, Coimbra Editora, 2008.

MARTINS, LICÍNIO LOPES, Alguns aspetos do contrato de empreitadas de obras públicas no código dos contratos públicos – I, Estudos da Contratação Pública – II, org. Pedro Gonçalves, Coimbra Editora, 2010.

PEREIRA, PEDRO MIGUEL MATIAS, Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos, Coimbra Editora, 2011.

SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ, Empreitada, Lisboa, 1965.

TORGAL, LINO, A empreitada de obras públicas no código dos contratos públicos, Cadernos de Justiça Administrativa, nº 64, julho/agosto 2007.

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, Das Obrigações em Geral, 6ª ed., Vol. I, Almedina, Coimbra, 1989.