



Rafael Silva Rocha

Contrato de Subempreitada

DOI: [https://doi.org/10.21788/issn.2183-5705\(24\)2019.ic-04](https://doi.org/10.21788/issn.2183-5705(24)2019.ic-04)

Secção I

Investigação Científica*

* Os artigos presentes nesta secção foram sujeitos a processo de revisão segundo o método *blind peer review*.

Contrato de Subempreitada

Subcontract Contract

Rafael Silva ROCHA¹

RESUMO: O contrato de empreitada tem um papel relevante no comércio jurídico, na medida em que são variados os fins que se podem alcançar através do recurso a este negócio. Esta modalidade contratual, é na maior parte das vezes, associada à construção de edifícios. Mas, o objeto do contrato de empreitada não se esgota na construção e reparação de edifícios. Como sabemos, os negócios mediante os quais se promete a construção ou reparação de bens móveis, tais como automóveis, navios, mobiliário, também se enquadram na noção de empreitada.

PALAVRAS-CHAVE: subempreita de direito público; subempreitada de direito privado; direito de retenção.

ABSTRACT: The processing contract has a relevant role in the legal trade, insofar as they are varied purposes that can be achieve by using this deal. This contractual modality is most often associated with the construction of buildings, and a lot of those buildings built by contractors, related to the owners of the land through the conclusion of contracts. But the object of the contract does not end in the construction and repair of buildings. As we know, the business through which promises the construction or repair of moveable goods, such as automobiles, ships, furniture, also fall under the notion of enterprise.

KEYWORDS: subcontracting of public Law; subcontracting of private law; Right of retention.

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo estudar a problemática do contrato de empreitada e, neste âmbito em particular. O direito de retenção.

Para que possamos distinguir uma subempreitada de direito público de subempreitada de direito privado, temos que atender à qualidade do sujeito, uma vez que foi o critério clássico utilizado pelo nosso legislador.

¹ Mestrando em Direito- Especialização em Ciências Jurídico-Administrativas e Tributárias – Universidade Portucalense Infante D. Henrique; Porto, Portugal. rafaelrocha_20@live.com.pt.

Como teremos oportunidade de verificar, existe algum desequilíbrio, no que diz respeito à igualdade nos contratos de subempreitada de direito civil ou de obras públicas. Outra questão com muito relevo, e que achamos pertinente abordar no presente trabalho, diz respeito à divergência doutrinal existente, entre nós, no que respeita ao direito de retenção.

Em suma, o nosso trabalho será estruturado da seguinte forma: num primeiro momento, iremos distinguir as duas modalidades de subempreitadas supra referidas; num segundo momento, iremos estudar a ação direta e fazer um paralelismo com o artigo 1063.º do Código Civil, que trata da sublocação; numa terceira parte, irão estudar-se os mecanismos “protetores” do subempreiteiro, ou seja, o direito de retenção.

1. Contrato de subempreitada – enquadramento

1.1 Distinção entre subempreitada de direito público e subempreitada de direito privado

O contrato de subempreitada, tal como acontece com respeito à empreitada, também encontra uma definição legal (artigo 1213.º, nº-1 do CC). Da definição legal depreende-se que são pressupostos deste negócio jurídico: a existência de um contrato prévio, nos termos do qual alguém (o empreiteiro) se vincula a realizar uma obra; e a celebração de um segundo negócio jurídico, por cujos termos um terceiro se obriga, para com o empreiteiro, a realizar toda ou parte da obra.

Deste modo, podemos definir a subempreitada como o contrato subordinado a um negócio jurídico precedente. Nas palavras de PEDRO ROMANO MARTÍNEZ², é uma empreitada de “segunda mão”, que entra na categoria geral do subcontrato³, e em que o subempreiteiro se apresenta como um “empreiteiro do empreiteiro”, também adstrito a uma obrigação de resultado.

² Martínez, Pedro Romano, *O Subcontrato*, Coimbra, 1989, pp.185 e ss.

³ Carvalho Fernandes, Luís A., *Da Subempreitada*, Direito e Justiça, Vol.XII (1998), pp.79 e ss.

Na senda do mesmo autor⁴, os contratos de empreitada e de subempreitada não se fundem num único negócio jurídico; antes pelo contrário, mantêm-se distintos e individualizados. O empreiteiro, que como sabemos é o dono da obra no contrato de subempreitada) continua adstrito para com o dono da obra principal a todas as obrigações emergentes deste negócio jurídico. O subempreiteiro, por via do contrato de subempreitada, vincula-se a realizar uma prestação (uma obra) relacionada com a obra (dita principal).

Cumprе salientar que tal como refere PEDRO ROMANO MARTÍNEZ⁵, os dois contratos (empreitada e subempreitada) não só prosseguem, por via de regra, uma finalidade económica comum, como sobretudo têm identidade, pelo menos parcial, de conteúdo e de objeto.

Além disso, a subempreitada encontra-se subordinada ao contrato de empreitada⁶, daí que a relação existente entre a empreitada e a subempreitada seja a de uma união de contratos unilaterais, funcional e necessária⁷; noutra perspetiva dir-se-á que, em tal caso, a união de contratos será processual, vertical, homogénea e hierárquica⁸.

Como sabemos, quer o contrato de empreitada quer o de subempreitada prosseguem a mesma finalidade que se reconduz, na realização do interesse do dono da obra.

Após esta breve contextualização acerca da subempreitada no direito privado, importa agora, lançar mão à subempreitada de direito público. A subempreitada de obras públicas vinha definida no artigo 266.º, nº-1 do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas (Decreto-lei nº 59/99, de 02/03, tendo sido revogado pelo Código dos Contratos Públicos), como

⁴ Martínez, Pedro Romano, *Direito das Obrigações (Parte Especial): Contratos: Compra e Venda; Locação; Empreitada*, Almedina, p.404.

⁵ Martínez, Pedro Romano, *Direito das Obrigações (...)*, 1989, p.404.

⁶ Martínez, Pedro Romano, *O Subcontrato*, Coimbra, 1989, p.195

⁷ Martínez, Pedro Romano, *Direito das Obrigações (...)*, 1989, p.404.

⁸ Martínez, Pedro Romano, *O Subcontrato*, Coimbra, 1989, pp.195 a 197.

contrato de empreitada subsequente a uma empreitada de obras públicas, direta ou indiretamente ajustada pelo primeiro empreiteiro⁹⁻¹⁰.

Importa referir que o contrato de subempreitada é formal, tem de ser reduzido a escrito, contendo as formalidades constantes do artigo 384.º, n.º-1, alíneas a) a F) do CCP. Para além da falta de forma implicar a nulidade do contrato, nos termos gerais (artigo 220.º do CC) e reiterado pelo n.º-1 do artigo 384.º do CCP, da falta de formalidades elencadas neste preceito também decorre a nulidade (artigo 384.º, n.º1 do CCP).

Mas, aqui neste caso, trata-se de uma nulidade atípica, para ambas as situações, uma vez que não pode ser invocada pelo empreiteiro que deu a obra de subempreitada, tal como preceitua o n.º-2 do artigo 384.º do CCP.

Outra diferença muito importante face ao regime da subempreitada de direito privado, é que na subempreitada de obras públicas, o empreiteiro não pode dar de subempreitada mais de 75% da obra adjudicada, querendo com isto, dizer que está proibida a subempreitada total, tal como alude o n.º-2 do artigo 383.º do respetivo Código.

Tal como refere PEDRO ROMANO MARTÍNEZ¹¹, para que a empreitada seja de obras públicas, isto é, para qualificar o contrato como de direito administrativo, o legislador seguiu o critério clássico da qualidade do sujeito, ou mais propriamente, da natureza jurídica de uma das partes, o dono da obra.

Às empreitadas de obras públicas, em tudo o que não esteja previsto no seu regime, nas leis e regulamentos administrativos que prevejam casos análogos e nos princípios gerais de direito administrativo, aplicam-se as disposições do Código Civil (artigo 280.º, n.º-4 do CCP)¹².

⁹ Sobre a subempreitada de obras públicas podem ver-se algumas explicações em OLIVEIRA ANTUNES/COSTA POUSEIRO, *Subempreitas de Obras Públicas e Subcontratação*, Lisboa, 2001, pp.21 e ss.

¹⁰ Martínez, Pedro Romano, *Direito das Obrigações (...)*, 1989, pp.411 e ss.

¹¹ Martínez, Pedro Romano, *Contrato de Empreitada*, 1994, Almedina, p.19.

¹² Martínez, Pedro Romano, *Contrato de Empreitada*, 1994, Almedina, p.19.

1.2 Principais aspetos de regime em comum e divergentes

No contrato de empreitada de obras públicas encontramos um artigo específico, o artigo 302.º 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, no qual se 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 1216.º do CC que regula as alterações exigidas pelo dono da obra, o qual preceitua no seu nº- 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 304.º nº- 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 (...)*”, ressalvando-se, como já acima mencionado, a autonomia técnica ou de gestão do cocontratante¹³.

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

¹³ Texto facultado pela Prof^a Doutora Cláudia Viana, no âmbito da Unidade Curricular de Contratos Públicos, lecionada no 2º-Ciclo de Estudos em Direito, na Especialização em Ciências Jurídico-Administrativas e Tributárias.

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 do ente público aplicar sanções mesmo que não estejam previstas no contrato, como é o caso da resolução sancionatória prevista no artigo 333.º do CCP, e a sanção pecuniária compulsória consagrada nos artigos 372.º, nº- 4 al. a) e 403.º nº- 1 ambos do CCP. 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.

Uma figura que detém uma grande importância nos contratos administrativos de empreitada de obras públicas é a resolução sancionatória prevista no artigo 333.º 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 1222.º e 1229.º do CC. Todavia não preveem aqueles artigos as hipóteses do artigo 333.º 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 302.º do CCP no qual vêm previstos os poderes de conformação da relação jurídica, poderes esses que conferem ao contraente público a possibilidade de ter uma intervenção direta na execução das prestações da outra parte.

Os poderes previstos no artigo 302.º 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 público¹⁴.

1.3 O (Des) equilíbrio na relação contratual pública em comparação com a relação contratual privada – breve nota

Como é possível discernir face ao que antecede, existe claramente diferenças entre o regime jurídico da empreitada de obras públicas e o regime jurídico das empreitadas de obras privadas. Ora, assim sendo, tal 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

¹⁴ Santos, João Pintos dos, “*O Poder Sancionatório das Entidades Públicas nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas*”, Dissertação proferida no âmbito do Mestrado em Direito Administrativo, na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto, 2014.

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 principal intuito a prossecução do interesse público e, por isso, devem ter algumas faculdades, alguns poderes específicos que lhes permitam a defesa desses interesses de forma eficaz. 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 266.º n.º-1 da CRP, onde podemos constatar que a Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

2. Ação direta

A admissibilidade de uma relação entre o dono da obra e o subempreiteiro contraria a tradicional doutrina da relatividade dos contratos¹⁵. Por conseguinte, o dono da obra, como credor de uma determinada prestação pode exigir o seu cumprimento ou a responsabilidade derivada do incumprimento ao subempreiteiro, em razão da íntima conexão existente entre os dois negócios jurídicos que visam a prossecução do mesmo fim¹⁶.

Da mesma forma, ao subempreiteiro deve ser concedida uma ação

¹⁵ Martínez, Pedro Romano, *Contrato de Empreitada*, 1994, Almedina, pp.128 e ss.

¹⁶ Martínez, Pedro Romano, *O Subcontrato (...)*, pp.174 e ss.

direta contra o dono da obra para exigir o pagamento do preço da obra realizada em subempreitada¹⁷. Contudo, caso este não seja pago, nada obsta a que o empreiteiro exerça o direito de retenção com respeito à parte da obra por ele executada, mesmo que esta seja propriedade do primeiro contraente, o que iremos deixar claro no ponto seguinte do presente trabalho.

Posto isto, levanta-se a questão de saber, qual a *ratio* deste mecanismo facultado ao subempreiteiro. Para PEDRO ROMANO MARTÍNEZ¹⁸, a ação direta encontra-se legitimada por motivos de ordem económico-social, uma vez que, ao promover o estreitamento de relações entre quem não é parte no mesmo contrato, cria uma maior confiança entre os sujeitos e favorece o estabelecimento de relações contratuais, ao mesmo tempo que evita uma duplicação de pagamentos, o que tem toda a lógica.

Outro aspeto muito importante, é que esta ação direta, encontra-se mais adequada com a realidade porque, por via de regra, eles não se consideram entre si verdadeiramente como terceiros. Por conseguinte, não poderíamos terminar este tópico, sem abordar a analogia existente com o subarrendamento, plasmado no artigo 1063.º do CC. De acordo com o preceituado, quando o locatário e o sublocatário estiverem em mora relativamente ao cumprimento da sua obrigação de retribuição de gozo, este último funciona como devedor solidário das quantias devidas por quele, garantindo o seu cumprimento, podendo o locador, por isso, exigir-lhe a entrega da renda ou aluguer em atraso até ao limite “do seu próprio crédito”.

Se assim suceder, e na respetiva medida, fica o sublocatário, depois, com direito de regresso contra o locatário por aquilo que tiver prestado (artigo 524.º do CC). Está aqui em causa a chamada *ação direta* do credor: atuação dirigida ao cumprimento de uma obrigação que, em vez de defrontar o seu devedor, se vira diretamente contra um terceiro – o subcontratado¹⁹.

Trata-se de um poder concedido a certo credor (neste caso, o locador) para demandar o devedor (sublocatário) do seu devedor imediato (locatário)

¹⁷ Martínez, Pedro Romano, *Contrato de Empreitada*, 1994, Almedina, p.129.

¹⁸ Martínez, Pedro Romano, *Contrato de Empreitada*, 1994, Almedina, p.129.

¹⁹ González, José Alberto, *Código Civil Anotado, Vol. III – Contratos em Especial*, Quid Juris, 2014, p.236.

sem necessidade de interposição deste. É um modo de atuação que, pelo menos expressamente, não se atribui ao credor em todos os casos de subcontrato; em geral, apenas lhe compete, como meio similar para atingir finalidade análoga, o *commodum representationis* (artigos 794.º e 803.º do CC).

Entre este e aquela a distinção radica basicamente no seguinte ponto: enquanto através do *commodum* o credor exerce um direito do respetivo devedor contra o seu devedor, na dita ação direta o credor atua contra o terceiro devedor por direito próprio.

3. Meios de reação do subempreiteiro

3.1 Direito de retenção: principais controvérsias

Uma das figuras relevantes deste contrato consiste no direito de retenção, que vem previsto no artigo 754.º 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 758.º e 759.º ambos do CC, o direito de retenção poderá incidir sobre bens móveis ou imóveis²⁰.

Cumprido salientar que este direito não pode ser exercido contra um terceiro estranho ao negócio. De acordo com PEDRO ROMANO MARTÍNEZ²¹, “ (...) 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.”

²⁰ Atualmente, reconhece-se o direito de retenção do empreiteiro quer estejam em causa bens moveis ou imoveis, desde que cumpridos os requisitos do artigo 754.º do CC.

²¹ Martinez, Pedro Romano, *Direito das obrigações Parte Especial: Contratos: Compra e Venda; Locação; Empreitada*, p. 379.

A questão de determinar se o empreiteiro goza ou não de direito de retenção sobre coisa móvel ou imóvel – artigos 758.º e 759.º do Código Civil) da obra que constrói tem sido controversa na doutrina.

Neste sentido, e que para que possamos chegamos a um entendimento mais unânime, vimos a posição de alguns autores: “a proposta de VAZ SERRA, anteprojecto que esteve na base do Código Civil, contemplava expressamente a atribuição de direito de retenção ao empreiteiro”²². Essa proposta não passaria, no entanto, para a versão final do Código, o que leva PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA a sustentar a inexistência de direito de retenção do empreiteiro. Para estes autores, o direito de retenção constitui uma garantia excepcional, pelo que só se poderá aplicar nos casos previstos na lei, sendo que o direito de retenção do empreiteiro não se encontra previsto no artigo 755.º, nem se pode considerar incluído no artigo 754.º, uma vez que este artigo limita a atribuição do direito de retenção às despesas feitas por causa da coisa ou danos por ela causados, não abrangendo assim a situação do empreiteiro, que reclama antes o preço da empreitada, sendo este um crédito de natureza diferente dos créditos por despesas ou por danos causados²³.

Por outras palavras, estes autores “prendem-se” em demasia à letra da lei, mais concretamente aos vocábulos “despesas feitas por causa da coisa”, e daí não concedem à subempreitada o direito de retenção, por entender mal, do nosso ponto de vista, que as respetivas despesas não abrangem a situação do empreiteiro.

Esta posição é, no entanto, rejeitada pela maioria da doutrina que claramente se pronuncia no sentido da concessão de direito de retenção ao empreiteiro. Argumenta-se neste sentido que o pagamento da empreitada não

²² “Cfr. Pires de Lima/ Antunes Varela, op. cit. II, sub art. 1211.º, n.º- 4, p.875 – 876, disponível em “Direito das obrigações – contratos em especial”, Volume III, 6.a ed., de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, p. 527”.

²³ “Cfr. Inocêncio Galvão Telles, “O direito de retenção no contrato de empreitada”, em Dir. 106 – 119 (1974/1987), pp. 13 – 34, Ferrer Correia/ Sousa Ribeiro, “Direito de retenção. Empreiteiro”., em CJ 13 (1988), 1, pp. 17 – 23, CALVÃO DA SILVA, Cumprimento, pp. 342 e ss., Romano Martínez, Obrigações, pp.376 e ss e Luís Carvalho Fernandes, “Da Subempreitada”, em DJ 12 (1998), pp. 79 – 102 (100), disponível em “Direito das obrigações – contratos em especial”, Volume III, 6.a ed., de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, p.528”.

deixa de construir uma despesa feita por causa da coisa, uma vez que o preço corresponde à contrapartida pela incorporação na obra de materiais, trabalho e serviços pelo empreiteiro, sendo que o empreiteiro suporta sempre gastos que inclui na retribuição, para além da sua margem de lucro, não devendo esta, no entanto, ser excluída do direito de retenção, uma vez que não faria sentido autorizar o dono a pagar apenas parte do preço da mesma para receber a obra.

Parece-nos que é esta última posição a correta, pelo que sustentamos igualmente a atribuição de direito de retenção ao empreiteiro.

Caso não seja pago o preço, o empreiteiro poderá reter a coisa até que o pagamento se realize. O empreiteiro também pode recorrer às ações de defesa da posse, em caso de perturbação e esbulho contra o dono da obra, segundo o artigo 670.º, alínea a) e por força do disposto nos artigos 758.º e 759.º, n.º 3 do Código Civil, podendo executar a coisa retida, nos termos do artigo 675.º e consoante o disposto no artigo 758.º e 759.º, todos do Código Civil.

O empreiteiro também pode ser pago com preferência sobre os demais credores do devedor segundo o disposto no artigo 666.º e por força dos artigos 758.º e 759.º do Código Civil. Desde que constituam objeto da empreitada, o direito de retenção do empreiteiro tanto pode incidir sobre coisas da propriedade do dono da obra, como pode incidir sobre coisas da propriedade de terceiro. «Alguma doutrina tem sustentado que o direito de retenção do empreiteiro não poderia ser exercido sobre coisas da propriedade deste, como acontecerá no caso de coisa móvel com materiais fornecidos pelo empreiteiro (artigo 1212.º, n.º1), com o argumento de que só há direito de retenção sobre coisa alheia e não sobre coisa própria²⁴».

No que concerne à subempreitada de obras públicas o cenário é totalmente oposto, uma vez que, existe o artigo 328.º do CCP que consagra expressamente a ação direta, apesar de epigrafado de direito de retenção, e

²⁴ Cfr. Vaz Serra, no BMJ 145 (1965), p.56, Galvão Telles, Dir. 106 – 119 (1974/1987), pp. 21-22, ROMANO MARTINEZ, Obrigações, p. 379 e Luís Carvalho Fernandes, DJ 12 (1988), p.101, disponível em “Direito das obrigações – contratos em especial”, Volume III, 6.a ed., de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, p.528.

assim, o subempreiteiro pode reclamar ao dono da obra pagamentos em atraso que sejam devidos pelo empreiteiro.

Neste caso de ação direta há sujeição de dois patrimónios (o do dono da obra e o do empreiteiro) ao pagamento do mesmo crédito, pressupondo algo próximo da figura da "solidariedade passiva". Importa referir que o preceito anteriormente mencionado, coloca o dono da obra e o subempreiteiro numa relação jurídica direta.

Importa referir que caso o empreiteiro não proceda ao pagamento nos 15 dias subsequentes à notificação que o dono da obra lhe faça para o efeito, este paga diretamente ao subempreiteiro. Como mencionámos anteriormente, a solução na empreitada de obras públicas encontra-se solucionada no que concerne ao direito de retenção.

A jurisprudência²⁵ vai no mesmo sentido, isto é, concede ao subempreiteiro, o instituto do direito de retenção para exigir o pagamento do preço da obra realizada em subempreitada. Contudo, existe um acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA), datado de 21.10.2004, proc. nº-01750/03, em que o respetivo Tribunal, não concedeu ao subempreiteiro o direito de retenção.

Não podemos concordar com a decisão proferida pelo STA, uma vez que, se prendem, tal como PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, à letra da lei; "para garantia do crédito resultante das despesas com a execução da obra que executou, o empreiteiro **não goza de direito de retenção**, previsto no artigo 754.º, do CC., uma vez que não se trata de despesas efetuadas por causa da "coisa" que se pretender reter, pelo que a invocação do interesse em assegurar esse direito para garantia da cobrança daquele crédito, não é um "interesse legítimo".

3.2 Pequeno *study-case*

²⁵ Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do STJ, proc. nº 05A4160, datado de 24.01.2006, entre outros, disponível em www.dgsi.pt.

Face ao que antecede, achamos pertinente analisar um acórdão, a fim de apuramos, se efetivamente apesar do CCP, consagrar expressamente o *direito de retenção* (artigo 328.º) se os nossos Tribunais andam ou não a fazer uso dessa figura.

O caso em apreço, remonta aos anos de 2002 e 2003²⁶, havendo decisão só em 2015, e versa sobre o seguinte: uma câmara municipal adjudicou a uma empresa de construção civil a execução de obras de reabilitação de quatro escolas primárias e pré-escolares do concelho. Essa empresa subcontratou outra que ficou encarregue da construção.

Entretanto a câmara municipal e o empreiteiro chegaram a acordo para a resolução amigável do contrato, tendo o subempreiteiro exigido diretamente do município o pagamento das dívidas que o empreiteiro tinha para com ele, relacionadas com a execução da obra.

Como o município recusou qualquer responsabilidade pelo pagamento das dívidas do empreiteiro, e este acabou por ser declarado insolvente, o subempreiteiro recorreu a tribunal.

Este condenou o município a pagar ao subempreiteiro os valores que se provaria que o empreiteiro lhe ficara a dever, decisão com a qual aquele não se conformou e que motivou o seu recurso para o TCAS. O mesmo fez o subempreiteiro, reclamando o pagamento da totalidade da dívida e não apenas daquela que tinha exigido do município antes da entrada da ação em tribunal.

Deste modo, o TCAS julgou improcedentes ambos os recursos tendo defendido que o subempreiteiro de obras públicas pode exigir diretamente do dono da obra o pagamento de dívidas do empreiteiro decorrente da realização e execução dos trabalhos subempreitados e incorporados em obra.

Segundo o TCAS, a lei consagra expressamente a possibilidade dos subempreiteiros reclamarem junto do dono da obra pelos pagamentos em atraso que sejam devidos pelo empreiteiro, podendo aquele exercer o direito de retenção de quantias do mesmo montante devidas ao empreiteiro e decorrentes do contrato de empreitada de obra pública.

²⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, proferido no processo n.º 05275/09, de 12 de fevereiro de 2015.

Essa possibilidade do subempreiteiro de obras públicas se socorrer de uma ação direta contra o dono da obra, exigindo deste o pagamento de dívidas do empreiteiro que estejam relacionadas com a obra, não está dependente do facto do dono da obra exercer ou não esse seu direito de retenção, já que este é sempre facultativo.

O que significa que o subempreiteiro não fica impedido de exercer a ação direta quando o dono da obra não proceda à retenção das quantias em dívida na sequência da reclamação apresentada por aquele para pagamento.

Mas para ser pago o subempreiteiro terá de provar a existência de pagamentos em atraso que sejam devidos pelo empreiteiro e que reclamar esse pagamento junto do dono da obra antes de o exigir judicialmente.

O TCAS afirmou, ainda, não haver lugar ao pagamento ao subempreiteiro, além dos valores por ele demonstrados e previamente reclamados, com fundamento em enriquecimento sem causa do município que tenha beneficiado dos trabalhos realizados e não integralmente pagos pelo empreiteiro.

Isto porque o instituto do enriquecimento sem causa tem natureza subsidiária, não podendo operar quando, face à falência do empreiteiro, o subempreiteiro pudesse ter reclamado o seu crédito no processo de insolvência. E também porque se exige que haja um nexo causal entre a vantagem patrimonial auferida por um e o sacrifício sofrido pelo outro, de modo a que se possa afirmar que o benefício obtido pelo enriquecido resultou direta e imediatamente de um prejuízo do empobrecido, sem a intervenção de qualquer intermediário. O que não ocorre quando o empobrecimento do subempreiteiro tenha sido determinado diretamente pelo não cumprimento das obrigações do empreiteiro e não por parte do município.

3.3 Inoponibilidade à penhora e à apreensão judicial

Após termo feito um excursão pelo direito de retenção, importa agora, ver ainda a propósito deste instituto, o que o Código de Processo Civil (CPC), prevê quanto à penhora. Deste modo, procuraremos indagar se é possível aos

titulares do direito de retenção lançar mão do meio de defesa dos embargos de terceiro, quando estão na detenção de determinado bem, normalmente imóvel, que foi alvo de penhora.

Tal como referem ROMANO MARTÍNEZ E FUZETA DA PONTE²⁷, a situação mais frequente diz respeito a promitentes-compradores que, como titulares de um contrato-promessa de compra e venda de uma fração autónoma que lhes foi entregue para a sua habitação, veem tal fração ser penhorada em execução instaurada contra o promitente vendedor.

É neste contexto em que caso a penhora ofenda a posse de terceiro, tem o lesado o poder de exigir a restituição da posse, deduzindo embargos de terceiros, nos termos dos artigos 1285.º do CC e 342.º e ss do CPC. Por outro lado, a execução específica do contrato-promessa não é garantida pelo direito de retenção do promitente comprador, com tradição, ou seja, o crédito resultante do não cumprimento imputável ao promitente vendedor, previsto na alínea f) do artigo 755.º do CC, sendo o crédito indemnizatório do dobro do sinal ou do valor da coisa à data do incumprimento e não a pretensão da execução específica²⁸.

Contudo, isso implica que o direito de retenção só a este é oponível, por conseguinte, apenas pode ser invocado pelo promitente comprador contra o promitente vendedor, enquanto não cumprir as obrigações decorrentes do seu incumprimento²⁹.

ROMANO MARTÍNEZ e FUZETA DA PONTE³⁰, entendem e bem, que o direito de retenção não colide com a penhora decretada na execução, não obstando ou até impedindo a mesma, isto porque, como sabemos, o direito de retenção é um direito real de garantia e não um mero direito real de gozo, uma vez que o credor, não pode alienar o bem; a finalidade do direito de retenção é, efetivamente, a realização, pelo titular, de certo valor pecuniário à custa da

²⁷ Martínez, Pedro Romano /Fuzeta, Pedro Ponte da, *Garantias de Cumprimento*, 5ª edição, 2010, Almedina, pp.230 e ss.

²⁸ Martínez, Pedro Romano /Fuzeta, Pedro Ponte da, *Garantias de Cumprimento*, 5ª edição, 2010, Almedina, pp.230.

²⁹ Cfr. Acórdão da Relação de Évora, datado de 22.01.2004, *Coletânea de Jurisprudência*, XXIX (2004), T.I, p.242.

³⁰ Martínez, Pedro Romano /Fuzeta, Pedro Ponte da, *Garantias de Cumprimento*, 5ª edição, 2010, Almedina, pp.232.

coisa sobre qual incide.

Na execução em que foi efetuada a penhora, o titular do direito de retenção pode acorrer ao chamamento da convocação de credores e verificação dos créditos, nos termos do artigo 788.º e ss do CPC, com o intuito de fazer valer os seus direitos.

Contudo, aqui não poderá deduzir embargos de terceiro, invocando que a penhora ofendeu a sua posse; querendo com isto dizer que, o seu direito de retenção não envolve nenhum direito real de gozo sobre o imóvel suscetível de ser ofendido pela apreensão judicial dos bens à ordem do tribunal para satisfação dos credores³¹.

Neste sentido, equipara-se o titular do direito de retenção ao credor pignoratício a que aludem os artigos 758.º e 759.º do CC e, tal como se tem entendido, em relação ao penhor, a existência do direito de retenção não subtrai o respetivo objeto da massa patrimonial, que é legalmente afeta à garantia comum dos credores (artigo 601.º do CC)³².

Em suma, o direito de retenção não releva contra terceiros, designadamente contra os adquirentes em sede de ação executiva movida contra o promitente vendedor, não podendo ser invocado pelo promitente-comprador para justificar a recusa da entrega a quem adquiriu em execução³³.

De acordo com o preceituado no n.º-2 do artigo 824.º do CC, como direito real de garantia que é, o direito de retenção caduca com a venda executiva, dado que os bens são transmitidos livres dos direitos de garantia que os oneram.

Conclusão

Com o presente trabalho, podemos concluir que existem muitas similitudes entre a subempreitada de direito público e subempreitada de direito privado.

³¹ Especificamente neste sentido, Antunes Varela, ob. cit., p.352.

³² Martínez, Pedro Romano /Fuzeta, Pedro Ponte da, *Garantias de Cumprimento*, 5ª edição, 2010, Almedina, p.232.

³³ Cfr. o já citado Acórdão da Relação de Évora de 22.01.2004.

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 266.º n.º- 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 Caupers³⁴ 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.

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

Cumprir referir que o contrato de subempreitada de obras públicas, apesar de constituir um instrumento jurídico muito utilizado na generalidade das empreitadas de obras públicas, não tem merecido, por parte da doutrina administrativa, um estudo mais aprofundado que permita conhecer, com maior detalhe, esta figura contratual, bem como alguns dos problemas jurídicos que a

³⁴ Caupers, João, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10a ed., Âncora Editora, 2015, p. 85.

mesma suscita.

Agradecimento

À Exma. Senhora Doutora Mónica Romano e Martínez Leite de Campos pelo incentivo à publicação do presente artigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Almeida, Mário Aroso, “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº- 66, novembro/dezembro 2007;

Caupers, João, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10a ed., Âncora Editora, Lisboa, 2015;

Martínez, Pedro Romano /Ponte, Pedro Fuzeta da, *Garantias de Cumprimento*, 5ª-edição, Almedina, Coimbra, 2010;

Martínez, Pedro Romano, *Direito das obrigações Parte Especial: Contratos: Compra e Venda; Locação; Empreitada*, 2ª- edição., Almedina, Coimbra, 2001;

Torgal, Lino, “A empreitada de obras públicas no código dos contratos públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, no 64, julho/agosto 2007;

Martins, António – Relator do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07/03/2013 – Processo 6385/04.2, disponível em <http://www.dgsi.pt>;

Marques, Manuel – Relator do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20/11/2012 – Processo 16016/11.9, disponível em <http://www.dgsi.pt>;

Gomes, Soares Tomé Manuel – Relator do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27/11/2012 – Processo 1669/12.9, disponível em <http://www.dgsi.pt>;

Fernandes, Magalhães – Relator do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24/01/2006 – Processo 05A4160, disponível em <http://www.dgsi.pt>;

Silvestre, Conceição – Relatora do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 12/02/2015 – Processo 05275/09, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Abreviaturas

CPC – Código de Processo Civil

CC – Código Civil

CPP – Código dos Contratos Públicos

CRP – Constituição da República Portuguesa

CFR – Confrontar

TCAN – Tribunal Central Administrativo Norte

TCAS- Tribunal Central Administrativo Sul

STA- Supremo Tribunal Administrativo

STJ- Supremo Tribunal de Justiça
RJEOP – Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas

Data de submissão do artigo: 08/09/2017

Data de aprovação do artigo: 28/03/2019

Edição e propriedade:

Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL

Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 - 4200-072 Porto

Email: upt@upt.pt