



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Jorge de Sousa Dantas

## **A Tutela Efectiva dos Direitos do Dono da Obra no Contrato de Empreitada**

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de  
Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau  
de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Forenses*

Sob a orientação da Professora Doutora Maria Olinda Nunes Garcia

*Coimbra, Abril de 2014*

## Índice

Índice de Abreviaturas .....	5
Introdução .....	7
Capítulo I .....	8
1-Evolução Histórica .....	8
1.1-Código de Hamurabi.....	8
1.2-Direito Romano .....	9
1.3-Ordenações .....	10
1.4-Código Comercial (1833).....	11
1.5-Código de Seabra (1867) .....	11
2-Regime actual .....	13
Capítulo II- Caracterização do Contrato de Empreitada.....	15
1-Conceito de empreitada .....	15
2-Distinção dos contratos de empreitada e compra e venda .....	19
3-Classificação da Empreitada.....	23
4-Sujeitos .....	24
5-Preço .....	25
6-Aceitação .....	27
7-Aceitação da obra/Transferência da Propriedade .....	28
8-Subempreitada .....	31
9-Alterações ao plano convencionado .....	32

10-Desistência.....	34
Capítulo III-Responsabilidade do Empreiteiro pelos defeitos da obra.....	35
1-Nota Prévia .....	35
2-Regime do Código Civil.....	37
2.1-Generalidades .....	37
2.2-Direitos e Prazos.....	39
3-DL n.º67/2003 (redacção do DL n.º84/2008).....	44
3.1-Protecção dos Consumidores.....	44
3.2-Direitos e Prazos.....	45
Capítulo IV .....	49
1-Conclusão Prévia.....	49
Capítulo V.....	50
1-Seguro obrigatório de responsabilidade civil do empreiteiro.....	50
1.1-Distinção seguro obrigatório e facultativo.....	50
1.2-Seguros de responsabilidade civil obrigatórios existentes em Portugal.....	50
2-Defesa de um seguro de responsabilidade civil obrigatório do empreiteiro.....	51
3-A sustentabilidade económica (mecanismos de salvaguarda).....	54
4-DL n.º72/2008 e Contrato de responsabilidade civil obrigatório.....	57
5-Sinistro.....	58
6-Prémio.....	60
7-Contrato .....	60
8-Tutela.....	61

Conclusão.....	63
Bibliografia .....	65

## Lista de Abreviatura

A.C. – Antes de Cristo

ART. – Artigo

BFD – Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra)

BGB – Burgerliches Gesetzbuch

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CCIV – Código Civil

CCOM – Código Comercial

CCP – Código dos Contratos Públicos

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

DGEG – Direcção-Geral de Energia e Geologia

DRE – Direcções Regionais da Economia

DL. – Decreto-Lei

ISP – Instituto de Seguros de Portugal

RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

V.G. – *Verbi Gratia*

## Introdução

Não é o contrato de empreitada “tout court”, o móbil do presente estudo. Será apenas uma questão particular, que carece de estudo e para a qual trilharei um caminho necessário.

Bem presente, como base do estudo, terei o regime legal dos arts. 1207º a 1230º Código Civil e do DL nº67/2003, na redacção que lhe foi dada pelo DL nº84/2008, mormente no que tem que ver com as soluções para os casos em que a “obra” apresenta defeitos.

Porém, e antes de chegar ao ponto principal do presente estudo, levarei a cabo, um breve enquadramento histórico sobre a temática em questão.

Em seguida avançarei para o estudo das soluções gizadas pelo nosso legislador para a problemática dos defeitos da obra.

Prostrado perante a arquitectura do nosso regime sobre os defeitos da obra, isto é, sobre que direitos cabem ao dono da obra perante o incumprimento contratual com base nos defeitos da obra, chegarei à razão de ser do presente estudo.

Razão essa, que tem que ver com a tutela, que se pretende efectiva, dos direitos do dono da obra, perante o problema, que não raras vezes ocorre, que tem que ver com os casos em que o empreiteiro, no momento em que é demandado, se encontra insolvente<sup>1</sup>, sendo pessoa singular, ou sendo o empreiteiro uma empresa, explorada por uma sociedade comercial, se encontra na mesma situação ou então ter sido simplesmente extinta por vontade do(s) sócio(s) que detinha(m) participação na sociedade que explorava a empresa/empreiteira.

---

<sup>1</sup> Não se cuida no presente estudo, a questão concreta da insolvência. A resolução que se procura encontrar, procura operar *ex-ante*, em relação ao momento de uma possível insolvência. Fala-se em insolvência, porque também nestes casos podem ser frustrados os direitos do dono da obra, e é esse o propósito do estudo.

## Capítulo I

### 1- Evolução Histórica

#### 1.1 - Código de Hamurabi

A primeira referência que se conhece, como repetidamente a doutrina<sup>2</sup> especializada faz nota, ao que podem ser os antecedentes do actual contrato de empreitada, é a tradução feita por Scheil de um texto que se atribui ao Rei Hamurabi, que se encontra numa estela de diorito. Sinteticamente, no “código<sup>3</sup>”, e é a Scheil que se deve a denominação de código de Hamurabi, encontram-se 282 parágrafos e em alguns deles são “regulados” alguns direitos do dono da obra. Perante certos acontecimentos, previa-se o *ius talionis*, v.g. se a obra, fruto de defeitos na construção, ruísse, e em consequência disso o dono da obra viesse a falecer, impunha-se a morte do empreiteiro, ou seja, o célebre adágio “olho por olho, dente por dente”.

Importante para o estudo é a regulamentação da responsabilidade do empreiteiro. Naquela obra, (autores enquadram o reinado do rei Hamurabi entre 1728 – 1686 a.c. e outros entre 1792 – 1750 a.c.), se previam quatro direitos genéricos, a saber: a reconstrução, a eliminação dos defeitos, a indemnização pelos danos *extra rem*, ou seja, a indemnização pelos danos causados em coisas do dono da obra fruto dos defeitos da obra, e a existência de um prazo de garantia.

Uma última nota para a referência que a doutrina faz, em jeito de elogio, às temáticas que são solucionadas, no que tem que ver com o tratamento dado à responsabilidade do construtor perante os defeitos da obra. O elogio tem que ver principalmente com o hiato de tempo em que as matérias ficaram sem um tratamento específico. Só com o Bürgerliches Gesetzbuch<sup>4</sup> (1896), se voltou a regular tais questões.

---

<sup>2</sup> Vide, Romano Martinez, Pedro, In, Direito das obrigações: parte especial. Contratos. 2ª ed. Almedina, e Cura Mariano, João, Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra, Almedina; e obras neles citadas.

<sup>3</sup> O uso do termo entre aspas deve-se ao facto de ser controvertida a questão de saber se estamos perante um texto jurídico, ou uma mera enumeração de princípios.

<sup>4</sup> Daqui em diante BGB.

## 1.2 - Direito Romano

Sob a designação de *Locatio-Conductio*, a romanística incorpora três contratos. A *Locatio-Conductio Rei*, que podemos enquadrar na actual locação (arrendamento/aluguer), a *Locatio-Conductio Operarum*, contrato que tem como correspectivo o actual contrato de trabalho e a *Locatio-Conductio Operis Faciendi*, contrato com o qual encontramos similitudes com o contrato de empreitada.

A romanística divide-se<sup>5</sup>, pelo que uns separam os três contratos, teoria designada como das três locações, enquanto outros consideram que embora as prestações concretas possuam objectos diferentes, existem elementos de que comungam os três contratos e portanto embora se fizesse a distinção, estaríamos perante um contrato, onde existiam aspectos diferentes, em função do objecto. Estamos perante a doutrina da unidade contratual. Elementos dos três tipos de *Locatio-Conductio* são o *consensus*, como acordo entre as partes; o *objecto*, que embora sirva para distinguir os três tipos de locação, sendo comum a todos a coisa e ainda a *Merces*, ou seja, a retribuição devida pelo *Locator* (locador) pelo uso da coisa, pelo trabalho efectuado, ou pela obra.

O contrato era pois, oneroso, sendo a *Merces/Pretium* a retribuição. No que à *Locatio-Conductio Operis Faciendi* diz respeito, a *Res* (coisa objecto do contrato) é entregue ao *conductor* (locatário) para ser objecto de obra, v.g. os materiais que seriam utilizados.

O direito romano, na sua prática, detinha a tutela para os direitos que nasciam nas correspectivas esferas jurídicas das partes<sup>6</sup> no contrato através das *Iudicia Bonae Fidei*<sup>7</sup>, acções em que, por oposição às *Iudicia Stricti Iuris* em que apenas se verificava a existência do direito peticionado, se atendia a todas as circunstâncias que merecessem a tutela do direito e da boa-fé entre as partes.

---

<sup>5</sup> Vide Santos Justo, A. In, *A Locatio-Conductio Rei*, BFD 78 (2002), pags, 13-41.

<sup>6</sup> *Actio Locati (Ex Locato)* para tutelar os direitos do *Locator*; *Actio Conducti (Ex Conduto)* que tutelava os direitos do *Conductor*.

<sup>7</sup> Vide Santos Justo, A. In, *Direito Privado Romano – I*, 3ª ed. Coimbra Editora, pág. 247-248.

Ponto bastante relevante para o presente estudo era a possibilidade de que fala parte da doutrina<sup>8</sup>, de o *Locator* poder exigir do *Conductor* a constituição de uma garantia, designada *Praedes*, para precaver um potencial incumprimento do contrato. Seria entregue uma quantia em dinheiro (ou um bem), que seria restituída caso a obra fosse aceite (*Probatio*). No caso de não ser aceite devido a um incumprimento contratual, v.g. um defeito, existindo uma *Inprobatio*, a *Praedes* servia como compensação<sup>9</sup> ou era vendida para satisfação dos danos, através da *Actio Locati*.

### 1.3 - Ordenações

No direito visigótico<sup>10</sup>, como refere a doutrina, não se vislumbra referência ao contrato que hoje podemos determinar por empreitada. Surgem então como objecto de estudo as ordenações portuguesas, ordenação Afonsina, Manuelina e Filipina.

Do ponto de vista material, as ordenações separaram a locação da “condução”, pelo que de um lado surgiu o contrato de “alugueres das casas” e por outro, o contrato de prestação de serviços. No que tem que ver directamente com o contrato de empreitada, este não possuía autonomia nas ordenações, pelo que, ou estávamos perante uma prestação de serviços, ou uma compra e venda, sendo que estávamos perante este último tipo no caso de fornecimento do material e mão-de-obra.

### 1.4 - Código comercial (1833)

Assentou a doutrina<sup>11</sup>, sobre este compêndio, que, por influência francesa<sup>12</sup>, voltou o *nomem iuris* de locação-condução. Porém, apesar de assim apelidado, o seu efectivo regime era o dos contratos de trabalho e prestação de serviços, por remissão legal, que lhe aplicava o regime dos contratos dos feitores, caixeiros, recoveiros e empregados de comércio.

---

<sup>8</sup> Vide Romano Martinez, Pedro, “O contrato de empreitada no direito romano e no antigo direito português”, in, *Direito e justiça*, vol nº7 (1993), pág. 17-33.

<sup>9</sup> Solução que não é possível no nosso direito actual, devido à proibição do pacto comissório, *ex vi* art. 694º CCIV.

<sup>10</sup> Vide Cura Mariano, João, “Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra”

<sup>11</sup> Sigo de perto o que defendem Cura Mariano, João, e Romano Martinez, Pedro.

<sup>12</sup> Influência do Código Comercial Francês de 1807.

O regime protector cingia-se a determinar a responsabilidade civil por defeitos da obra, por referência aos prejuízos fruto do perecimento da obra por vício de construção. Previam-se prazo de caducidade dos direitos do dono da obra.

#### 1.5 - Código de Seabra (1867)

O Código de Seabra distinguiu, na sua sistemática, o contrato de locação, do contrato de prestação de serviços. Como subespécie deste último, podíamos encontrar o contrato de empreitada, desta vez, já legalmente regulado e assim designado.

Estávamos já perante um diploma que, em alguns aspectos, era similar ao regime do nosso actual código civil. Assim, e além do que dissemos supra, existia já, *ex vi*, art.1399º do Código de Seabra, a responsabilização do empreiteiro por alguns defeitos da obra, mas apenas nas empreitadas de edifícios ou construções consideráveis, e sempre que estivesse em causa uma empreitada de materiais e execução, ou na expressão utilizada pelo código: “empreitada de labor e materiais”. O prazo, para efectivação da responsabilidade, era de 5 anos a contar da data da entrega, prazo esse que a doutrina considerava de caducidade para propositura da acção judicial.

Não se tratando das situações que expressamente regulava o art.1399º, estávamos no espaço de vigência do art. 1408º, segundo o qual, “o empreiteiro de labor que, por sua imperícia, inutilizar ou deteriorar os materiais subministrados, ou não fizer a obra conforme o risco e medidas, que lhe forem dados, responderá por todos os prejuízos que causar, ainda que a obra não lhe seja rejeitada.” Não concordo com o que referem Romano Martinez<sup>13</sup> e Cura Mariano<sup>14</sup>, para os quais o acto de recepção da obra, extinguiu a responsabilidade do empreiteiro, com excepção dos casos do art.1399º. Para corroborar, podemos aduzir o que, ainda sob a vigência do diploma, escrevia Cunha Gonçalves<sup>15</sup>, segundo o qual a responsabilidade depois da entrega da obra, era regulada pelos arts. 1399 e 1408º, segundo os quais, existia um prazo especial de 5 anos para propositura de acção, para efectivar defeitos que influíssem com a “segurança e solidez, tanto em razão da qualidade dos materiais, como da firmeza do solo (...)”, isto para

---

<sup>13</sup> Vide, Romano Martinez, Pedro, in “Direito das obrigações: parte especial, pág. 358. ”

<sup>14</sup> Vide, Cura Mariano, João, in “Responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra, pág. 28”

<sup>15</sup> Vide, Cunha Gonçalves, Luiz da, in “Tratado de direito civil, vol vii, pág. 644”

empreitadas de edifícios e construções consideráveis, e estando em causa um empreiteiro “de materiais e execução”, ou seja, de labor e materiais. Por seu turno, o art. 1408º cuidava dos casos de empreitadas de labor “apenas”, e prescrevia que a responsabilidade por “todos os prejuízos” era efectivável mesmo “que a obra lhe não seja rejeitada (mesmo que não fosse rejeitada ao invés do acto de aceitação)”. Assim, o empreiteiro respondia por imperícia, e pelo não cumprimento do projectado que lhe fosse entregue. Na ausência de referências relativas aos prazos, depreende-se que se aplicassem os prazos gerais.

Disciplinava-se a matéria relativa ao risco nos artigos 1397º e 1398º, sendo que, se a empreitada fosse de labor e materiais, o risco corria por conta do empreiteiro até à entrega, caso fosse só de labor, o risco era do dono da obra, risco do perecimento da obra, claro está.

Algumas questões eram tratadas de forma diferente. Questão pertinente é a forma como era tratada a morte do empreiteiro por referência aos efeitos que produzia na execução do contrato. O art.1403º do código de seabra prescrevia que “se o empreiteiro falecer, poderá o contrato ser rescindido, mas deverá o dono da obra indemnizar os herdeiros do dito empreiteiro (*de cuius*), do trabalho e das despesas feitas.” O Professor Doutor Romano Martinez vê aqui o argumento<sup>16</sup> para considerar que o legislador oitocentista considerou o contrato *intuitu personae* no que ao empreiteiro diz respeito. Tendo a concordar com o ilustre jurista, mas não ao ponto em que o mesmo defende que a morte do empreiteiro determinava a rescisão do contrato. A expressão “poderá”, quer significar, salvo melhor opinião, que o legislador previu que a maioria dos contratos seriam *intuitu personae*, e resolveu colocar na norma a solução para essa situação regra. Mas nada na norma invalida<sup>17</sup> a possibilidade de as partes, dono da obra e herdeiros, querendo, cumprir o contrato.

Em caso de morte do dono da obra, tal como hoje, o contrato não se extinguia, sendo que em relação à desistência do contrato, o art.1402º do código de seabra, tinha a mesma doutrina do art.1229º CCIV, ou seja, desistência do dono da obra, contando que pague os gastos e trabalho já efectuados, e o lucro total do contrato.

---

<sup>16</sup> Vide, Romano Martinez, Pedro, in “Direito das obrigações: parte especial”

<sup>17</sup> Vide, no mesmo sentido, Cunha Gonçalves, Luiz da, in Tratado de direito civil, vol vii, pág. 646.

Duas questões relevantes, apenas a título de curiosidade. Uma consubstancia-se na possibilidade que o art. 1405º dava aos “que trabalhem por conta do empreiteiro, ou lhe subministrarem materiais para a obra”, poderem demandar o dono da obra. A outra questão é mais imbricada. Tem que ver com o direito de retenção no âmbito de um contrato de empreitada. O código, no seu art. 1407º dava ao empreiteiro, o direito de retenção pelo pagamento do preço, de qualquer obra mobiliária. Na vigência do mesmo, a doutrina vinha criticando<sup>18</sup> a impossibilidade de o mesmo existir para a obra imobiliária. Cunha Gonçalves refere, em jeito de sucedâneo, que “o empreiteiro podia pedir a constituição de hipoteca a seu favor”, porém, a hipoteca tem fonte contratual, enquanto o direito de retenção, decorre de previsão legal imperativa, razão pela qual era criticada e criticável, a solução.

## 2 - Regime Actual

O regime actual, no que diz respeito ao que rege o contrato de empreitada, é mais completo e não encontra num só diploma a sua regulamentação.

Para que possamos lograr uma resolução correcta dos problemas que podem surgir em torno de um contrato de empreitada é necessário que tenhamos desde logo presente o regime do actual código civil, mas também o DL nº67/2003 na redacção que lhe foi dada pelo DL nº84/2008 no regime da chamada empreitada de consumo que é completado pelo DL nº24/96, a lei de defesa do consumidor. Quanto à forma podemos referir que a empreitada de obras públicas é regida pelo CCP, e este, no seu art.94º exige que a empreitada de obras públicas seja reduzida a escrito. O DL nº201/98 obriga a que, nas empreitadas de construção de navios, a forma seja a escrita. Nas empreitadas de obras particulares, a forma é também a escrita, se estivermos no âmbito do art.29º do DL nº12/2004 na redacção dada pelo DL nº69/2011, sob pena de nulidade, como sempre para a inobservância da forma legal.

---

<sup>18</sup> Vide, Cunha Gonçalves, Luiz da, in “Tratado de direito civil, vol vii, pág. 621”

## Capítulo II

### Caracterização do contrato de empreitada

#### 1- Conceito de empreitada

O contrato de empreitada, na sistemática do código civil de 1966<sup>19</sup>, surge como uma modalidade do contrato de prestação de serviço. Começa por dizer-nos o art.1154º CCIV que o contrato de prestação de serviço ocorre quando “uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho”, seja ele intelectual ou manual, e o art.1155º CCIV diz-nos que são modalidades do contrato supra referido, o mandato, o depósito e a empreitada.

Por sua vez, o art.1207º CCIV define a modalidade de prestação de serviço empreitada como a obrigação de realizar certa obra, mediante um preço. A primeira questão que se nos coloca prende-se com o significado técnico-jurídico de obra. Na vigência do actual CCIV, e para início de definição, deve entender-se que obra possui um sentido não só de construção, como também de reparação/alteração e destruição de algo. Porém, fica sempre a questão sobre que tipos de obras podem caber no conceito. O contrato de prestação de serviço não nos ajuda, porque dele pode ser objecto, tanto a prestação material como intelectual. E verdadeiramente, construir algo por exemplo, não se encontra limitado pela materialidade da construção, porque sempre se pode incluir no conceito de construção as obras intelectuais, dizendo que o artista ou o técnico construíram (no sentido de criação) uma obra intelectual. É já antiga a querela entre os Professores Doutores Antunes Varela<sup>20</sup> e Ferrer Correia/Henrique Mesquita<sup>21</sup> à qual se juntou o Professor Doutor Calvão da Silva<sup>22</sup>, sobre se a obra intelectual é passível de ser objecto de contrato de empreitada, tendo em conta as suas características. Resumidamente, para o primeiro dos ilustres autores, que defendeu a

---

<sup>19</sup> Doravante CCIV.

<sup>20</sup> In “Parecer sobre a prestação da obra intelectual. ROA, ano 45, 1985, pág. 159 segs.”

<sup>21</sup> In “A obra intelectual como objecto do contrato de empreitada. Direito de o dono da obra desistir do contrato e efeitos da desistência. ROA, ano 45, 1985, pág. 129 segs. ”

<sup>22</sup> In “Direitos de autor, cláusula penal e sanção pecuniária compulsória. ROA, ano 47, 1987, pág. 129 segs.”

impossibilidade de a obra intelectual ser objecto de contrato de empreitada, com base no argumento, segundo o qual, por obra devemos entender, algo que se consubstancie num resultado material, e as criações intelectuais são algo que provém do espírito do seu criador, não sendo legítimo fazer a equiparação dos elementos materiais de suporte de uma obra intelectual (o chamado “*corpus mechanicum*”), para com essa equiparação a integrar no conceito de obra e por esse caminho qualificar o contrato com esse objecto como empreitada.

Por outro lado, os Professores Doutores Ferrer Correia e Henrique Mesquita, no parecer supra referido, são da opinião que a obra intelectual é passível de ser objecto de contrato de empreitada, porque a expressão “obra” não excluía essa possibilidade segundo o direito comparado, sendo também que na 2ª revisão ministerial do projecto do CCIV se substituiu a expressão “coisa” por “obra”, significando isso que ao invés de “coisa”, que teria o significado necessário de algo que se teria que materializar<sup>23</sup>, alargando “obra” o conceito, incluindo nele o tipo de obra intelectual. Argumentam também os autores que a sistemática do código permite concluir pela sua posição, uma vez que sendo a empreitada modalidade do contrato de prestação de serviço, e tal contrato se consubstanciar na obrigação de resultado do trabalho intelectual e ou manual, nada permitia concluir que a intelectualidade se encontra excluída.

Mais tarde, o Professor Doutor Calvão da Silva, perspectivou a problemática de forma diferente. Introduziu um novo ponto, que se coloca como fulcral, a saber, o direito de autor da obra intelectual. Na expressão paradigmática do autor, que aqui se empresta para melhor percepção da sua teoria, acompanhamos a argumentação, segundo a qual “... daí ainda a nítida distinção, no conteúdo do direito de autor, entre direitos de natureza pessoal e direitos de carácter patrimonial, com o direito moral a constituir um *prius* sobre o direito patrimonial” (que seria o *posterius*).

É importante referir que a jurisprudência portuguesa foi tendo decisões hesitantes, não esclarecendo, a início, sobretudo como deveria ter feito o nosso Supremo Tribunal de Justiça<sup>24</sup>, qual a qualificação e por essa via o regime que era de aplicar a

---

<sup>23</sup> O argumento não pode colher, porque o conceito técnico-jurídico de coisa inclui o de coisa incorpórea, da qual é claramente integrante o conceito de coisa/obra intelectual.

<sup>24</sup> Doravante STJ.

esta situação. No Acórdão do STJ de 3 de Novembro de 1983<sup>25</sup>, foi estabelecida a doutrina segundo a qual, no âmbito da obra intelectual, era de aplicar a disciplina do contrato de empreitada porque a exigência de materialização da obra estava cumprida pela corporização em suporte mecânico que consubstanciou o objecto no qual se introduziu a criação intelectual. Mais tarde, no Acórdão do STJ de 2 de Fevereiro de 1988<sup>26</sup>, agora no âmbito de uma criação artística (objectivamente uma criação intelectual também), negou-se a qualificação anteriormente atribuída. Porém desde essa data, a jurisprudência do nosso STJ tem sido neste segundo sentido. Paradigmático desta jurisprudência é o Acórdão do STJ de 11 de Julho de 2006<sup>27</sup>. Se algo existe que se deva acrescentar a este ponto de discussão, deve assinalar-se que a discussão permitiu que as melhores soluções fossem sendo descobertas. De facto, o regime que se aplicou no duto acórdão do STJ de 3 de Novembro de 1983 e que gerou o início do estudo desta questão no nosso país, não foi o correcto, mas sempre teve o mérito de servir de referência. Tenho por correcta a linha de orientação, segundo a qual, perante uma obra intelectual, tal como defendeu o Professor Doutor Calvão da Silva, o seu regime é o do código do direito de autor e dos direitos conexos, uma vez que a tutela da obra intelectual é conseguida e querida pelo legislador, naqueles termos. Mas uma coisa são os direitos que o autor de obra intelectual (os direitos de autor), outra é o regime do contrato que as partes estabeleceram. Como bem resulta do acórdão supra citado, a

---

<sup>25</sup> In “BMJ 331, pág. 489 segs.”

<sup>26</sup> In “BMJ 374, pág. 449 segs.”

<sup>27</sup> Processo 06A1434, relatado pelo Conselheiro Sebastião Póvoas.

“1) O regime jurídico da empreitada prende-se com a realização de obras materiais. A realização de uma obra intelectual (literária, artística ou científica) não pode gerar um contrato de empreitada só pelo facto de envolver, como prestação acessória, ou secundária, a entrega de coisa material que lhe sirva de suporte.

2) A obra intelectual é coisa incorpórea distinta do seu suporte material, sendo diversos os direitos que sobre eles incidem.

3) O contrato de edição supõe uma criação intelectual não pré ordenada pelo editor, que a publica, autorizado pelo criador que transmite, ou não, o direito de autor.

4) Encomenda é o contrato em que alguém se obriga a produzir uma obra literária, científica ou artística, para outra pessoa, fora do âmbito de um contrato de trabalho ou do cumprimento de um dever funcional, com ou sem remuneração, presumindo-se ser o criador intelectual.

5) Ao contrato de encomenda aplicam-se as regras do contrato de prestação de serviço e subsidiariamente as do mandato.”

liberdade contratual, *ex vi* art.405º CCIV permite que as partes regulem os seus contratos, dentro dos limites da lei, como lhes aprouver. Parece ser o seguinte o melhor regime. No que for de aplicar as regras do código dos direitos de autor e dos direitos conexos, serão estas regras limites da lei, com excepção das que o autor pode livremente dispor. No que as partes regularem no contrato, será essa a sua lei, com ressalva do postulado no art.280º CCIV, porque nulo seria o contrato física ou legalmente impossível, contrário à lei, indeterminável, contrário à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes.

No que as partes não regularem, dois caminhos se colocam. O de considerar a obra intelectual passível de ser objecto de contrato de empreitada e assim sendo, no que aos direitos de autor disser respeito, regem as regras do código dos direitos de autor e dos direitos conexos sendo que no demais será de aplicar as normas do contrato de empreitada.

No outro caminho, que defendo, não será de considerar contrato de empreitada a obra intelectual. Isto porque, o regime do código civil, muitos autores o já escreveram, foi pensado para obras que possam ser objectivamente controláveis e assim está pensado principalmente o regime, fulcral de resto, dos defeitos. Por objectivamente controlável pretendo significar que numa obra intelectual, onde as qualidades artísticas do autor terão sempre importância central e por essa via, não será possível controlar o que hipoteticamente se perspetive como defeituoso, uma vez que as criações artísticas possuem subjacente a perspectiva pessoal do autor sobre como deve levar a cabo e concretizar determinada obra intelectual.

Onde a obra intelectual for objectivamente controlável, como penso ser no exemplo de escola da tradução de texto, não choca que tal contrato possa ser qualificado como contrato de empreitada e esteja sujeito às regras que o CCIV prescreve.

Uma última nota será importante. Nesta perspectiva das coisas, que tenho por preferível, regras particulares do contrato de empreitada podem ser aplicadas através de analogia<sup>28</sup>, ao contrato que tenha por objecto a obra intelectual. Tal não será regra, e só

---

<sup>28</sup> Analogia porque as regras de um contrato (a empreitada) seriam as normas escolhidas para resolver questões de um outro contrato, seja ele nominado ou não. O raciocínio analógico está justificado, de acordo com o pensamento do Professor Doutor A. Castanheira Neves, in “Metodologia jurídica, pág. 238 segs” porque o raciocínio embora não seja de particular para particular, será ainda de admitir se entendermos que está em causa uma comparação (analogia é sempre comparação) entre o caso concreto e

será metodologicamente correcto para suprir lacunas e onde as razões justificativas da analogia<sup>29</sup> estejam presentes a suportar tal solução.

## 2- Distinção dos contratos de empreitada e compra e venda

A distinção entre os contratos de empreitada e de compra e venda nem sempre é fácil, contudo com as últimas alterações legislativas, se estivermos no âmbito do consumo, muito do interesse que a distinção tinha, deixou de se colocar, uma vez que se fez uma quase equiparação de regimes no interesse e protecção dos direitos do consumidor. Ainda assim, se estivermos fora deste regime de consumo, persiste o interesse na distinção, porque um particular pode ser empreiteiro, embora na vida prática esta situação não ocorra muitas vezes e pode também celebrar contratos de compra e venda.

É corrente dizer-se que a empreitada possui como obrigação principal uma prestação de *facere*, ao passo que na compra e venda a prestação principal é de *dare*<sup>30</sup>. Assim, o empreiteiro obriga-se a uma prestação de facto, a realização da obra e o vendedor transfere a propriedade de uma coisa ou direito.

Assim colocados, interessa dizer o seguinte: vários critérios foram sendo elaborados e acrescentados pela doutrina ao longo do tempo. Começo pelo critério segundo o qual, o contrato seria aquele cuja importância na prestação concreta tivesse maior relevância, isto é, seria compra e venda v.g se o elemento predominante fosse a transferência da propriedade, (melhor dizendo o valor relativo dos materiais cuja propriedade se transmite) e seria empreitada se o elemento fosse a prestação de obra, (melhor dizendo o valor relativo que a prestação tem no valor total do contrato). O critério em análise designa-se por *accessorium sequitur principale* e foi completado pelo

---

o caso hipoteticamente resolvido pela norma, ou seja, entre o contrato cujo objecto se consubstancia em obra intelectual e os casos que a norma resolve, mormente no âmbito do contrato de empreitada.

<sup>29</sup> Ainda segundo o Ilustre Professor, a justificação da analogia encontra-se nos princípios da igualdade e universalidade. Os casos resolvidos com a norma reguladora do contrato de empreitada são semelhantes, não iguais, e pela semelhança, ao ser efectuada a comparação a que obriga a analogia, reclama-se que a solução seja a mesma entre eles, por ser a mais justa.

<sup>30</sup> Vide “Código Civil Anotado, Pires de e Varela, Antunes, Vol II, 4ª ed. Pág. 865, anotação 4. Ao art.1207º ”

Professor Doutor Vaz Serra<sup>31</sup> pelo critério que fazia a distinção entre contratos tendo como parâmetro a forma como as partes acordaram o preço, isto é, se tendo em vista o trabalho ou a coisa tal como é entregue. Assim, se as partes acordaram o preço em relação à coisa em si, teríamos compra e venda, mas se acordassem tendo em conta a retribuição do trabalho, estaríamos perante uma empreitada. Para RUBINO<sup>32</sup>, seria compra e venda se a coisa transmitida “já tivesse sido produzida” no momento da declaração negocial e não tivesse “por base encomenda do cliente”.

A nossa jurisprudência tem decidido casos em que as partes discutem, porque lhes interessa para a tutela dos seus direitos e interesses, se o contrato que celebraram foi uma empreitada ou uma compra e venda. Sinteticamente reproduzo os critérios de que tem lançado mão o STJ, transcritos para o sumário do acórdão do STJ de 22/09/2005<sup>33</sup>. O douto acórdão padece de um erro. Na enumeração dos critérios, o transcrito na alínea c) não pode ser de aceitar. Isto porque, se dá a ideia, salvo o devido respeito e melhor opinião<sup>34</sup>, de que a obra objecto do contrato de empreitada terá que ser inovadora de alguma forma, sob pena de estarmos perante uma compra e venda. Para corroborar esta opinião, transcrevo uma pequena parte do acórdão que é por sua vez uma transcrição do que a relação tinha já dito quando chamada a decidir o caso e que segue o seguinte entendimento<sup>35</sup>. A referência à inovação como característica essencial

---

<sup>31</sup> In “BMJ 374, pág. 48.”

<sup>32</sup> Por remissão feita a partir de “Compra E Venda E Empreitada, in Colóquio dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977” Romano Martinez, Pedro, pág. 240.

<sup>33</sup> Relatado pelo Conselheiro Lucas Coelho, referente ao processo: 04B956.

“Embora o elemento típico nuclear do contrato de empreitada consista na realização de uma obra (artigo 1207.º), enquanto o objecto essencial da compra e venda reside na transmissão de um direito, de propriedade ou de outra natureza, o acento tónico da distinção entre as duas espécies, maxime nos casos em que os materiais são fornecidos pelo empreiteiro - os *Werklieferungsverträge* autonomizados na dogmática alemã -, vem sintetizado pela doutrina e jurisprudência comparada nos tópicos seguintes: a) prevalência da obrigação de dare, ou da obrigação de facere, tratando-se naquele caso de compra e venda e neste de empreitada; b) na empreitada, ao invés da venda, a prestação dos materiais constitui um simples meio para a produção da obra, e o trabalho o escopo essencial do negócio; c) além disso, na empreitada o bem produzido representa um *quid novi* relativamente» à produção originária do empreiteiro, implicando a introdução nesta de modificações substanciais concernentes à forma, à medida, à qualidade do objecto fornecido;”

<sup>34</sup> A ter sido querido pelo Exmo. Desembargador significar com inovação, que o dono da obra entrega um projecto à empreiteira e esta como o cumpre, está a inovar, tenho por acertado o critério. Ainda assim, mal expresse porque inovação não significa, pelo menos não possui o significado unívoco de algo que a pessoa da empreiteira nunca fez, mas sim, algo não nunca foi feito em geral.

<sup>35</sup> Acórdão do STJ de 22/09/2005, relatado pelo Conselheiro Lucas Coelho, referente ao processo: 04B956

“O certo é que as litigantes estão inseridas pelo objecto societário que prosseguem no processo de produção industrial mais comum, submetidas à eficiência económica do mercado, procurando margens de benefício através do jogo dos custos e dos preços, com uma pequena margem de inovação (pelo menos,

da empreitada, que deveria ter sido alegado pela autora e não o foi, queixa-se o relator desembargador, impede que se possa caracterizar o contrato como de empreitada. Onde o legislador exige que haja na empreitada uma inovação (como que só de peças únicas pudessem ser objecto de obra na empreitada), é que não se descortina. Nem tão pouco poderia ser assim. Se *v.g.* um mecânico que efectua reparações em automóveis, muitas vezes no mesmo modelo, usando o mesmo método, com peças iguais (que a serem construídas são também passíveis de ser objecto de contrato de empreitada), celebra empreitadas de reparação como modalidade de prestação de serviço, não vemos onde, e a doutrina não o referiu no estudo que dela fez, a necessidade de haver inovação tal como se um empreiteiro constrói vários edifícios submetidos ao regime da propriedade horizontal em que cumpre um só projecto seguindo as regras comuns de construção típicas da época, não se vê onde exista inovação e isso não afasta que se trate *ipso iure* de empreitadas. Apesar de errar ao qualificar o contrato em juízo como compra e venda ao invés de empreitada, a discussão revela-se muito importante, porque parece trazer à berlinda uma questão pouco explorada, a saber: havendo projecto por parte do dono da obra, será grande o indício de que estamos perante uma empreitada. Projecto esse, que no caso do acórdão existia como podemos corroborar pela seguinte transcrição: “Quanto ao elemento objectivo da distinção, vem provado que «o modelo de salto aqui em discussão era um modelo desenhado pelo autora, para que a ré o fabricasse para ela autora, em tantas unidades quantas as encomendadas”. Assim, como explicar que as partes celebraram uma compra e venda, se a autora entregou o projecto dos saltos à ré? De forma nenhuma, salvo melhor opinião. Senão vejamos, a empresa ré dedicava-se, era seu objecto social, a produção de saltos. A empresa autora dedicava-se à produção e venda de calçado. Celebraram entre elas um contrato segundo o qual a empresa ré se obrigava a produzir x pares de saltos segundo projecto elaborado pela autora. Assim sendo, o que as partes celebraram só pode ser classificado como empreitada à luz dos critérios que enunciamos, isto porque, a obrigação principal da ré era produzir, mediante retribuição, os saltos e não e apenas vendê-los, até porque eles ainda não existiam, porque quem os projectou não foi a ré, mas sim a autora. Mais estranha fica a situação se perspectivarmos a questão pelo

---

este aspecto da inovação não foi concretamente alegado pela autora e seria através dele que a qualidade negocial de empreitada poderia vir a firmar-se no contexto do debate da causa).

«Daí que tenhamos de atender à hegemonia dos mecanismos económicos próprios ao sistema, os quais solicitam ao ordenamento jurídico a ferramenta da compra e venda, justamente no âmbito e alcance das preocupações da mobilidade mercantil em segurança trazidas à colação na sentença recorrida: não merece crítica.”

critério que o próprio STJ elencou na alínea b), segundo o qual, na empreitada, ao invés da venda, a prestação dos materiais constitui um simples meio para a produção da obra, e o trabalho o escopo essencial do negócio. Então os materiais que compunham os saltos eram mais importantes do que a prestação que os transformou? Ou ao invés, os materiais foram apenas “meio para a realização da obra<sup>36</sup>”? Com isto penso que se permite concluir, que o projecto entregue pela dona da obra, gera empreitada e não compra e venda. Outros perigos vêm da nossa jurisprudência que já decidiu ser de compra e venda o contrato que tinha por objecto a produção em série de um bem. Depende, mas em regra, o critério de o bem ser fabricado em série não obsta, como vimos a que estejamos perante uma empreitada.

Como bem refere como critério de distinção o acórdão e também a doutrina de forma unanime do recurso à vontade das partes<sup>37</sup>, a estabelecer na ausência de clausulado, pelas normas de interpretação e integração dos negócios jurídicos, *ex vi* arts. 236º a 239º CCIV, será o critério que permitirá traçar a fronteira entre os dois contratos, na falta de critérios objectivos, porque haverá casos em que tais critérios se revelam pouco aptos a servir de apoio à distinção.

### 3- Classificação da empreitada

O contrato de empreitada, excluimos aqui da análise a empreitada de obras públicas, caracteriza-se, desde logo, como oneroso. Oneroso porque na sua noção legal, *ex vi* art. 1207º CCIV, se encontra plasmado que para estarmos perante uma empreitada, o dono da obra tem que se obrigar a pagar um preço. Isto serve apenas para excluir os contratos gratuitos que, por força da disposição legal supra referida, não podem ser qualificados como empreitadas. Oneroso para as partes e não apenas para o dono da obra, isto porque, o empreiteiro também suporta gastos com a execução do contrato,

---

<sup>36</sup> In “Compra E Venda E Empreitada, in Colóquio dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977” Romano Martinez, Pedro, pág. 243”

<sup>37</sup> “III - Acima, porém, de qualquer factor objectivo, o elemento preponderante de distinção é sempre constituído pela vontade dos contraentes, havendo a categorização jurídica do negócio de resultar, em larga medida, do que tiver sido pretendido pelas partes, que não terão deixado em qualquer caso de configurar na sua mente um dos contratos em causa e o seu regime.”

embora seja disso recompensado. Fruto da mesma previsão legal, o contrato é nominado e típico, uma vez que a lei reconhece a sua categoria e estabelece o seu regime. É também um contrato consensual, uma vez que em regra o contrato está perfeito com o consenso das partes, não se exigindo que haja alguma entrega para que o contrato esteja concluído.

O contrato de empreitada é também comutativo, porque as partes conhecem os encargos e ganhos que vão obter com a execução do contrato, não existindo aleatoriedade, isto é, nenhuma das partes espera que algo de possível aconteça para saber que ganhos ou perdas terão que suportar.

Pela mesma razão, o contrato<sup>38</sup> é sinalagmático ou como a nossa doutrina também apelida, bilateral, na medida em que se apresenta como gerador de obrigações para ambas as partes e essas obrigações, a do dono da obra de pagar o preço e a do empreiteiro a de realizar a obra acordada, estão unidas pelo sinalagma, isto é, existe uma relação de reciprocidade e nessa medida é lícito *v.g.* invocar a exceção do não cumprimento do contrato, *exceptio non adimpleti contractus*, *ex vi* art.428º CCIV<sup>39</sup>.

Trata-se em regra de um contrato consensual<sup>40</sup>, com exceção do preceituado no art.29º do DL nº12/2004 de 09 de Janeiro com a redacção que lhe foi dada pelo DL nº18/2008, de 29 de Janeiro, que possui no seu nº1 a obrigação de redução a forma escrita dos contratos que caibam na sua estatuição.

---

<sup>38</sup> Os contratos podem ser unilaterais ou bilaterais na medida em que gerem obrigações apenas para uma das partes ou para ambas, respectivamente. Assim, “Das Obrigações Em Geral, Vol. I Antunes Varela, João De Matos, pág. 396. 10ª ed.”

<sup>39</sup> Vide Código Civil Anotado, Vol. I, 4ª ed. Anotação ao art.428º, Pires de Lima e Antunes Varela.

<sup>40</sup> Isto porque quando a lei não determinar forma especial, vale no nosso sistema jurídico a regra do art. 219º CCIV, que estabelece a regra de acordo com o princípio da consensualidade, ou seja, a regra da liberdade de forma. A declaração negocial é válida verbalmente e o contrato encontra-se perfeito no momento do consenso. Isto não invalida que, como vária doutrina já o tenha dito, o contrato de empreitada de construção de um bem imóvel em prédio do empreiteiro, independentemente do seu valor, tenha que ser reduzido a escritura pública ou documento particular autenticado, atento o art. 875º CCIV, pelo menos para a transmissão do prédio, na medida em que a aceitação não é apta a transmitir a propriedade de um bem imóvel. Portanto, ou as partes transmitem para o dono da obra o prédio antes da construção ou transmitem a obra e o terreno no final que são propriedade do empreiteiro. Nos demais casos, rege a regra do art.1212º CCIV.

#### 4 – Sujeitos

Os sujeitos no contrato de empreitada são, o dono da obra e o empreiteiro. O primeiro pretende que uma obra ingresse no seu património, e para isso contrata com o empreiteiro, que a vai fazer. O dono da obra pode, querendo, fiscalizar a obra durante a sua elaboração, *ex vi* art. 1209º CCIV. Tal fiscalização ocorre à sua custa, mas discute-se se este direito pode ser afastado pela vontade das partes. Pode a norma ser imperativa, ou supletiva, mas parece querer resultar do texto da norma, que, se por um lado o dono da obra “pode fiscalizar”, por maioria de razão, também pode não o fazer. E por outro, se a falta de fiscalização ou mesmo perante vícios aparentes detectados durante a fiscalização o dono da obra nada fizer, tais comportamentos não se voltam contra si, a menos que expressamente concorde com a execução com vícios, então, se nenhum direito é retirado ao dono da obra nem o empreiteiro é colocado em situação mais difícil, parece possível argumentar que as partes podem clausular que o direito de fiscalização do dono da obra se não aplica, ou se afasta. O dono da obra não terá grande interesse nesta específica cláusula, mas o empreiteiro, pode querer guardar alguma espécie de segredo sobre o seu “know-how”, especialmente se a obra é levada a cabo nas suas instalações. Neste aspecto, a particularidade do caso, trilhará a solução mais justa, tendo em conta os interesses das partes, dignos de tutela.

O empreiteiro obriga-se a “executar a obra em conformidade como que foi convencionado, e sem vícios que excluam ou reduzam o valor dela, ou a sua aptidão para o uso ordinário ou previsto no contrato”. Esta norma é farol, no que à obrigação do empreiteiro diz respeito. Muitas interpretações são feitas sobre qual a obrigação de prestação do empreiteiro. Daqui resulta, que o empreiteiro se obriga a realizar a obra que as partes acordaram, isto é, que o dono da obra pretende e como este pretende, mas também como o empreiteiro assume que irá ficar, caso contrário, nem contrato existiria, por falta do consenso que o origina. Importante para o que agora se coloca é a obrigação do empreiteiro. Esta, consubstancia-se numa obra, objectivamente controlável dissemos já, e nos termos do art. 1208º CCIV, sem vícios<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Infra será debatida a questão de saber se a responsabilidade no regime do código civil é uma responsabilidade objectiva ou subjectiva, isto é, se é independente ou não de culpa.

## 5 - Preço

A forma como é determinado o preço do contrato de empreitada é deixada pelo legislador na completa disponibilidade das partes. Só se estas nada acordarem, é que rege a norma supletiva do art. 1211º CCIV, que determina, no seu número 1 a aplicação por remissão legal do art. 883º CCIV. Assim sendo, e com as necessárias adaptações, na falta de convenção das partes, vale o preço que o empreiteiro normalmente praticar, à data da conclusão do contrato, em obras do mesmo género. Se não for possível aplicar este critério, cabe ao tribunal segundo juízos de equidade, a fixação do preço. O preço é devido, *ex vi* nº2 do art. 1211º CCIV, na falta de convenção das partes, no acto de aceitação.

Com a questão do preço encontram-se conexiões dois mecanismos de protecção do empreiteiro. O primeiro, e indiscutível, já supra referido, é a invocação da *exceptio non adimpletis contractus* (excepção do não cumprimento do contrato). Pode o empreiteiro recorrer a este expediente nas situações em que o pagamento do preço foi acordado de forma faseada. Perante o incumprimento de um pagamento por parte do dono da obra, pode o empreiteiro recusar continuar a construção. Requisito para que possa licitamente ocorrer é o incumprimento por parte do dono da obra. O segundo é mais delicado e prende-se com a questão de saber se o empreiteiro pode exercer direito de retenção sobre a obra objecto do contrato. Primeiro e porque se revela necessário, cumpre dizer que o direito de retenção, possui requisitos específicos. São esses requisitos, os seguintes: é necessário que o devedor disponha de um crédito contra o seu credor, isto é, que o empreiteiro, devedor da entrega da obra e credor do preço, disponha de um crédito, que neste caso é o crédito do preço da obra, sobre o seu credor, ou seja, seu credor da entrega da coisa. É também necessário que o crédito, do empreiteiro, resulte, isto é, seja fundado em despesas feitas por causa da coisa (ou danos causados pela mesma). A doutrina divide-se sobre se é legítimo ao empreiteiro exercer direito de retenção. Aduzem para suportar a tese negativa dois grandes argumentos. O primeiro, refere que o direito de retenção tem carácter excepcional e que só pode aplicar-se nos casos expressamente previstos na lei. O segundo, argumenta que o direito do empreiteiro não preenche os requisitos do art.754º CCIV porque não existe total equiparação entre despesas feitas e preço da empreitada.

Cumpra-nos refutar os dois argumentos e nesse sentido se mostra adequado referir que o direito de retenção, seja pela inserção sistemática, seja pela forma como a norma em causa se encontra redigida, nomeadamente por esta se referir a devedor e credor, que indicia claramente que não estamos perante previsão excepcional. Por outro lado, quando se defende que “despesas feitas por causa dela” (significando aqui a coisa) não é a mesma coisa que o preço da obra, embora teoricamente esta distinção seja aceitável, na prática leva a soluções manifestamente injustas. Senão vejamos, v.g. um empreiteiro que constrói uma moradia, em teoria não efectuou despesas feitas por causa da coisa, isto porque, as despesas que efectuou permitiram que a coisa se criasse. Mas, o empreiteiro que, uma vez construída a moradia, efectua obras de reparação, nomeadamente deita uma parede abaixo, é indiscutível que este realizou despesas por coisa da coisa e não é credor do preço da obra. Então, que razão de justiça material existe para suportar que o primeiro não possa exercer retenção e o segundo a possa? Existe ainda o argumento histórico que a nossa doutrina lança mão para corroborar a possibilidade do direito de retenção nestas situações. E este argumento baseia-se no seguinte: durante a vigência do código de seabra, o direito de retenção era de carácter excepcional, e como tal, só existia nos casos expressamente previstos. Acontece que um desses casos era o empreiteiro de obra móvel. Se, como é unânime, o actual código civil pretendeu que o direito fosse genérico, não faz grande sentido, argumentar que, em relação ao empreiteiro existiu um retrocesso.

Por último, cumpre referir que se nos anos oitenta a nossa jurisprudência teve decisões que negaram<sup>42</sup> o direito de retenção ao empreiteiro, actualmente é jurisprudência pacífica que o empreiteiro possui este direito<sup>43</sup>, uma vez cumpridos os requisitos.

---

<sup>42</sup> Acórdão da Relação de Lisboa de 05 de Junho de 1984, disponível in Colectânea de Jurisprudência, ano IX, Tomo III, pág 137.

<sup>43</sup> Processo 8881/11.6TBCSC-A.L1-8 de 18 de Outubro de 2012, do TRL, relatado pela Desembargadora Maria Amélia Ameixoeira, e processo 661/07.0TBVCT-A.G1.S1, do STJ, relatado pelo Conselheiro Gabriel Catarino.

## 6 - Aceitação

A aceitação é o acto através do qual o dono da obra adquire, por via de regra, a propriedade da obra objecto do contrato de empreitada. Antes dela, o dono da obra deve proceder a uma verificação da obra<sup>44</sup>, de modo a que se possa aperceber dos vícios<sup>45</sup> que a mesma possa ter. O que resultar da verificação, que pode ser feita por perito, à custa do dono da obra nos termos do art. 1218º n.º3 CCIV, deve ser comunicado ao empreiteiro. Se nada de errado for encontrado pelo dono da obra ou pelo seu comissário encarregado da verificação, a comunicação<sup>46</sup> (ao empreiteiro) deste resultado negativo ter-se-á como declaração de aceitação da obra, importando a transmissão da propriedade da mesma. Situação contrária ocorre quando o dono da obra ou alguém por si, vislumbra algum vício na construção ou algo que não foi cumprido como o projectado e acordado. Nessas situações, a comunicação visa informar o empreiteiro de que a obra não pode ser aceita e que se encontram denunciados os defeitos. Não existe, salvo melhor opinião, a reserva genérica no sentido em que se aceita a obra com reserva genérica. Isto porque a aceitação com reserva implica, aliás a reserva em si implica que seja reportada a algum vício ou deformidade concreta. Não se rejeita uma obra ou se aceita com reserva, não tendo conhecimento de algum vício em concreto. E não é justo colocar o empreiteiro nessa situação. Sobre ele devem cair as consequências da não-aceitação ou da aceitação com reserva, sendo que neste caso o dono da obra reserva a aceitação para a altura em que o vício em concreto que determina que não aceite a obra de imediato, se encontre sanado. Situação diferente é a previsão do n.º5 do art. 1218º CCIV, visto que aqui se pune a inercia do dono da obra, que ou não verificou ou não comunicou o resultado da verificação. Atento o regime do art. 1228º n.º2 CCIV faz uma divisão entre propriedade e risco da coisa, derogando o regime regra, segundo o qual o risco corre por conta do proprietário. Aí, mesmo sendo o proprietário o empreiteiro, o risco pelo perecimento da coisa corre por conta de quem não é proprietário, *in casu* o dono da obra. Parece então que, não existindo prazo determinado pelas partes para a verificação e comunicação, o dono da obra só estará em mora depois de interpelado admonitoriamente, *ex vi* arts. 805º

---

<sup>44</sup> *Ex vi* art. 1218º CCIV.

<sup>45</sup> Vícios em sentido lato, ou seja, englobando aquilo a que a doutrina designa por defeitos da construção e deformidades ou seja, uma discrepância entre o projectado e acordado e o efectivamente construído.

<sup>46</sup> Comunicação como acto jurídico de acordo com o art. 295º CCIV.

nº1 e 808º CCIV para que no prazo fixado proceda à verificação e comunicação ou só a esta última, sob pena de, *ex vi* art. 1218º nº5 CCIV, a obra se considerar aceita e em consequência disso o dono da obra ficar restringido a apenas poder reagir contra os vícios ocultos, de acordo com o art. 1219º nº1 e 2 CCIV.

## 7 - Aceitação da obra / Transferência da propriedade

A aceitação da obra importa a transferência da propriedade<sup>47</sup> da obra, a não ser que, de acordo com as regras do art.1212º CCIV ela já fosse sua propriedade. Assim, no caso de bens imóveis, estes são propriedade do proprietário do terreno em que são incorporados. Sendo o prédio propriedade do dono da obra, à medida que os materiais, ainda que propriedade do empreiteiro, vão sendo incorporados, este adquire-os também. Caso o prédio seja propriedade do empreiteiro, a obra é sua, mesmo que os materiais sejam adquiridos, e por isso sua propriedade, do dono da obra. Esta segunda situação é discutível, uma vez que o legislador não a regulou expressamente no preceito legal. Mas outra, creio, não poderá ser a solução. Se assim não for, a solução terá que ser encontrada segundo as regras da acessão industrial imobiliária, *ex vi* art. 1340º CCIV, segundo o qual, a propriedade é determinada tendo em conta o valor do terreno por comparação com o valor dos materiais incorporados, o que não faz grande sentido *in casu*, nem a norma que agora se discute foi pensada para estas situações.

Quanto a bens móveis, a sua propriedade, é do empreiteiro se pelo menos a maioria<sup>48</sup> dos materiais forem seus e a propriedade transfere-se com a aceitação por parte do dono da obra. Se os materiais forem propriedade do dono da obra, a propriedade da obra é deste, assim que concluída.

Infra será objecto de estudo outros efeitos jurídicos que a declaração de aceitação por parte do dono da obra tem sobre a relação jurídica, mormente no que diz respeito aos direitos que este possui em caso de incumprimento contratual por parte do

---

<sup>47</sup> Salvo os casos em que, devido a previsão legal, o negócio carece, sob pena de nulidade, de ser celebrado por escritura pública ou documento particular autenticado. Nestes casos, a aceitação, que é acto jurídico e não carece de forma,

<sup>48</sup> Maioria só pode significar maior valor e não maior quantidade. Só assim a norma faz sentido, até pela sua inserção sistemática.

empreiteiro. É de ressaltar que o dono da obra pode rejeitar a obra, ao invés de a aceitar, detectados defeitos durante a verificação que este efectue.

Existe uma situação, para a qual se coloca como necessário que se aplique um regime especial. Na construção de imóveis submetidos ao regime de propriedade horizontal, as partes comuns são propriedade em comunhão<sup>49</sup>, dos condóminos, estes também proprietários exclusivos de cada uma das fracções autónomas. Nestes casos, as partes comuns podem apresentar defeitos, regime que infra será analisado, mas que importa agora referir o seguinte: cabe ao condomínio, o exercício dos direitos contra o construtor-vendedor ou empreiteiro. Mas acontece que nos casos em que o construtor-vendedor é proprietário e vai alienando fracções, os defeitos que apenas se revelam em cada uma das fracções autónomas, tem de ser denunciados e proposta a acção no prazo de cinco anos a contar da transferência da propriedade. Por outro lado, e no que aqui importa, as partes comuns<sup>50</sup> podem elas mesmas sofrer de defeitos (aqui, como sempre neste tipo de defeitos, trata-se de defeitos ocultos, isto é, defeitos que só mais tarde se manifestam) e perante tais, cabe à administração do condomínio, uma vez instituída, exercer os direitos contra o responsável, isto é, contra o construtor-vendedor. Acontece que a jurisprudência tem vindo a discutir a data a partir da qual, o prazo de caducidade para propositura da acção de responsabilidade do construtor-vendedor, começa a correr. Será que se deve entender, como entende o STJ *v.g.* no seu Acórdão de 1 de Junho de 2010, relatado pelo Conselheiro Azevedo Ramos<sup>51</sup>, que “o prazo de garantia de cinco anos começa a correr quando é instituída a administração do condomínio, seja por iniciativa do construtor vendedor, seja por acção dos próprios condóminos.”, ou que a posição preferível será a que foi avançada pelo Tribunal da Relação do Porto no Acórdão de 14 de Maio de 2009, relatado pelo Desembargador Madeira Pinto<sup>52</sup>, segundo a qual “no caso de a acção a que se refere o art. 1225º do CC ser proposta pela administração do condomínio, na sequência de deliberação da respectiva assembleia de condóminos, o prazo máximo de caducidade da acção deverá contar-se desde a data em que os condóminos adquirentes já possuem a maioria do valor do prédio, pois nessa altura poderia a assembleia geral de condóminos deliberar validamente, mesmo sem o voto maioritário do construtor ainda proprietário das fracções autónomas que não alienou, entretanto. O facto de haver administração do condomínio nomeada antes de se encontrarem entregues as fracções que constituam a

---

<sup>49</sup> Assim, *vide* Sandra Passinhas, in “Partes comuns na propriedade horizontal”.

<sup>50</sup> Partes comuns que, através do seu condomínio, deve ser-lhes aplicada o regime mais protector da lei do consumidor e do DL nº67/2003 na redacção do DL nº84/2008, se a maioria das suas fracções forem adquiridas para uso particular pelos seus proprietários.

<sup>51</sup> Processo 4854/03.0TBGDM.P1.S1

<sup>52</sup> Processo:4073/04.9TBMAL.P1

maioria do capital investido não pode ser relevante para o início da contagem do prazo máximo de caducidade da acção, porquanto o construtor-vendedor, enquanto tiver a maioria do capital investido, pode bloquear o exercício de qualquer acção em nome do condomínio.” Parece ser preferível pelas razões aduzidas pelo Exmo. Desembargador da Relação do Porto, a posição explanada no Acórdão por si relatado. Acresce um argumento, que de todo em todo não será necessário, se assim não fosse entendido. Seria relativamente fácil ao construtor com poder económico, sustar a venda de um número de fracções para que mantivesse a maioria do capital investido e assim bloqueasse a assembleia de condomínio. Esta, uma vez bloqueada, não poderia fazer valer contra si os defeitos das partes comuns e, fruto desse comportamento, o construtor poderia escapar às responsabilidades por caducidade do direito, num comportamento em abuso de direito, *ex vi* art. 334º CCIV e também por aí, ilícito, uma vez que tal comportamento, seria o exercício ilegítimo de um direito (o direito do proprietário a não vender as fracções restantes, para, ultrapassada cronologicamente a data em que o condomínio se encontrasse constituído em 5 anos, viesse obstar ao exercício dos direitos dos condóminos, através da caducidade) porque tal comportamento excede manifestamente os limites da boa-fé, ou como MANUEL DE ANDRADE escreveu<sup>53</sup>, “hipóteses em que a invocação e aplicação de um preceito de lei resultaria, no caso concreto, intoleravelmente ofensiva do nosso sentido ético-jurídico, embora lealmente se aceitando como boa e valiosa para o comum dos casos a sua estatuição”, para com esta exemplar frase, significar o sentido útil e mais correcto a dar à válvula de segurança do nosso sistema jurídico que é o abuso de direito.

## 8 – Subempreitada

Subempreitada é o contrato pelo qual um terceiro se obriga perante o empreiteiro a realizar a obra a que este se encontra vinculado, ou apenas parte dela como é mais comum. Reza assim o nº1 do art.1213º CCIV. E o nº2 do mesmo preceito, manda aplicar à subempreitada (e também ao concurso de auxiliares), o disposto no art. 264º CCIV. Assim temos por regime destas situações, que a interpretação do contrato é ponto fulcral para resolução desta problemática. Isto porque, dele resultará se as partes,

---

<sup>53</sup> In “Sobre a validade das cláusulas de liquidação de partes sociais pelo último balanço”, Revista de legislação e jurisprudência, ano 87, pág. 307.

*rectius* se o dono da obra teve em especial atenção qualidades na prestação, que são apenas asseguradas pelo empreiteiro e que por isso o contrato se deva considerar *intuitus personae*. Se estivermos no âmbito de um contrato desta espécie, em que as qualidades do empreiteiro foram tidas em conta e são queridas pelo dono da obra na execução da mesma, qualquer subempreitada carecerá sempre de autorização expressa do dono da obra, uma vez que do contrato resulta efectivamente o contrário. Na prática, se o dono da obra quer aquele empreiteiro, em princípio não aceitará a subempreitada.

Por outro lado, se ao dono da obra apenas interessa a obra, e esta é executável por qualquer empreiteiro que respeite as regras de construção do tipo de obra *in casu*, podemos concluir que o contrato não possui a característica *intuitus personae* e assim sendo, lhe é indiferente quem efectivamente constrói. O regime legal aqui aplicável, sendo o do art. 264º CCIV, com as necessárias adaptações, leva a que, se do contrato não resultar que o mesmo possui as características *intuitus personae*, então será necessário verificar se o mesmo prevê alguma proibição de subempreitada ou o seu contrário. Caso seja omissivo, a interpretação do contrato terá que ir ao nível das declarações tácitas dos contraentes, e deslindar aí, se tacitamente<sup>54</sup>, existe um consentimento para que pelo menos, como normalmente acontece em certos tipos de empreitada, partes da obra puderem ser subempreitadas a especialistas de determinadas áreas.

## 9 – Alterações ao plano convencionado

É relativamente usual, por vários motivos, que durante a execução do contrato, a obra possa sofrer alterações ao seu projecto inicial. Os arts. 1214º a 1217º do CCIV regulam esta problemática.

Começa o art. 1214º CCIV por disciplinar as alterações e suas consequências quando são da iniciativa do empreiteiro. Assim, o empreiteiro tem que obter autorização do dono da obra para alterações na obra, sob pena de esta ser vista (ainda que mais valiosa) como defeituosa, isto para efeitos de aplicação do regime dos arts. 1221º e

---

<sup>54</sup> Como referem Pires de Lima e Antunes Varela, *in* Código Civil Anotado, Vol II, 4ª ed. Pág. 880.

seguintes do CCIV. As alterações não podem então ser feitas sem obter do dono da obra a autorização, e se tal ocorrer várias são as consequências. O dono da obra, se não tiver autorizado pode, alternadamente, ou aceitar a obra como ela foi executada sem ter de pagar mais por isso, *ex vi* art. 1214º nº 1 CCIV, ou aplicar o regime dos defeitos, uma vez que a lei equipara este tipo de situação ao cumprimento defeituoso. Se o dono da obra autorizar as alterações da iniciativa do empreiteiro, o legislador preocupou-se com o preço que o primeiro terá agora que pagar. Distingue então, nos casos em que haja autorização do dono da obra às alterações da iniciativa do empreiteiro, que se o preço da obra for convencionado por medida, é devido ao empreiteiro o preço unitário convencionado. Se o preço da empreitada for global, o legislador distingue duas situações. A primeira ocorre nos casos em que as partes acordam, por escrito, a fixação do novo preço. Nestes casos, o empreiteiro fica credor, uma vez cumprida a sua obrigação, do preço contratualizado na nova fixação. A segunda situação, resolvida pelo nº 3 do preceito em análise, tem que ver com os casos em que a autorização, embora tenha ocorrido, não foi reduzida a escrito. Nestes, o legislador, com intenção de proteger a parte mais fraca no contrato, o dono da obra, e como tal, prescreve que o empreiteiro apenas pode exigir ao dono da obra indemnização pelo enriquecimento sem causa, isto é, o enriquecimento na medida das alterações efectuadas.

O art. 1215º CCIV, sob a epigrafe alterações necessárias, regula, grosso modo, as situações em que, por direitos de terceiro ou regras técnicas (legais ou de acordo com a boa-fé), o projecto da obra, tem que ser alterado. A determinação do preço e demais alterações necessárias nestas situações, se as partes não chegarem a acordo, é efectuada pelo tribunal, existindo porém um limite a partir do qual fica na disponibilidade do empreiteiro prosseguir com a execução da obra. Tal critério tem a sua razão de ser por referência à capacidade, técnica e financeira do empreiteiro. Pode o empreiteiro não ter tempo para concluir a obra de acordo com o novo projecto porque entretanto contratualizou o início de outra em data que impossibilita tal facto. Estabeleceu o legislador o limite de 20%, a partir do qual, é possível ao empreiteiro denunciar o contrato e ainda exigir indemnização equitativa. É pacífico na doutrina que várias alterações podem ser juntas no seu valor para aferição do valor de 20%.

As alterações podem ser exigidas pelo dono da obra, de acordo com o art. 1216º CCIV. Este estabelece que, o dono da obra não pode exigir alterações que alterem

o preço em mais 20%, e entende-se pelas mesmas razões que sustentam o preceito anterior. Está ainda o dono da obra, impedido de alterar a natureza da obra. Se, das alterações resultar poupança para o empreiteiro, tem o dono da obra direito a deduzir aquilo que o empreiteiro não gastou, mas nunca pode ser alterada a margem de lucro inicial.

Ao lado das alterações, podem existir obras novas. Estas, reguladas no art. 1217º CCIV regem-se segundo um princípio muito claro: são havidas como contrato independente e sujeito às regras da empreitada. Obras novas são, no entender de Vaz Serra<sup>55</sup>, “trabalhos que, tendo embora alguma relação, alguma conexão com a obra originária, todavia, não só não são necessários para a realizar, como não podem considerar-se parte dela”.

## 10 – Desistência

Preceito excepcional no nosso código civil é o art. 1229º. Nele o legislador estatui que o dono da obra pode, a todo o tempo, desistir da empreitada, tendo para isso que indemnizar o empreiteiro dos gastos e trabalho, isto é, dos materiais e custos associados e salários, efectivamente já adquiridos e prestados e ainda do proveito que poderia tirar da obra, ou seja, de todo o lucro que teria se o contrato tivesse sido cumprido. Este regime permite ao dono da obra poupar apenas os valores de materiais ainda não adquiridos e ainda os salários que, legalmente, sejam poupados pelo empreiteiro. Tudo o que já existir construído, bem como materiais já adquiridos mas ainda não incorporados, são propriedade do dono da obra.

A desistência pode ser expressa ou tácita, sendo na primeira modalidade sempre que o dono da obra comunica ao empreiteiro que pretende que este pare imediatamente a obra. Este desvio ao princípio da pontualidade dos contratos (*pacta sunt servanda*), *ex vi* art. 406º nº1 CCIV, em que se consubstancia o preceito legal em análise, possui a característica da discricionariedade, e portanto não carece de justificação alguma, embora a norma tenha sido pensada para protecção dos interesses

---

<sup>55</sup> In “BMJ 374”

do dono da obra, que pode perder o interesse num momento ainda anterior ao da conclusão. A regulação dos interesses em disputa ditou que o empreiteiro fosse indemnizado nos termos que supra vimos. Sendo a desistência tácita, e é-o quando “se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam”, esta pode resultar de qualquer comportamento do dono da obra que permita concluir que o mesmo pretende desistir da empreitada<sup>56</sup>, ou pelo menos da empreitada realizada por aquele empreiteiro.

### Capítulo III

#### Responsabilidade do empreiteiro pelos defeitos da obra

##### 1 – Nota prévia

O contrato de empreitada encontra o seu regime disseminado por vários diplomas legislativos. Não encontramos uma regulação unitária do mesmo no nosso sistema jurídico, sendo necessário recorrer, para além do código civil e excluindo a empreitada de obras públicas que se encontra regulada no Código dos Contratos Públicos, a vários diplomas avulsos. Um deles, e que regula aspectos quanto à forma do contrato por derrogação do regime do código civil estando reunidos determinados pressupostos (DL nº12/2004), vimos já supra o que de relevante possui para o estudo do tema. Regulação importante para o contrato de empreitada é o DL nº67/2003 na redacção que lhe foi dada pelo DL nº84/2008, diploma que procedeu à transposição da Directiva nº 1999/44CE, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

Torna-se então necessário balizar que regime se aplica aos contratos de empreitada.

---

<sup>56</sup> No acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra relatado pelo Exmo. Desembargador Jorge Arcanjo, datado de 15 de Fevereiro de 2011, processo:2279/07.8TBOVR.C1, entendeu-se, e bem, como exemplo de desistência tácita, o facto de dono da obra ter contratado outro empreiteiro.

Foi discutido aquando da elaboração dos projectos legislativos que deram origem ao actual código civil se a regulação da empreitada deveria integrar o articulado do código civil. O Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, autor do anteprojecto relativo à parte dos contratos em especial, não incluiu a empreitada no mesmo, fundamentalmente porque achava que a mesma apenas revestia natureza comercial e como tal deveria constar do código comercial. Pesados os prós e contras, foi na altura incumbido o Professor Doutor Vaz Serra de elaborar o anteprojecto do contrato de empreitada para este constar do código civil, como efectivamente veio a acontecer. As propostas do anteprojecto não foram exactamente as que vingaram para texto legal, fruto de alterações levadas a cabo pela 2ª revisão ministerial, mas para o que aqui releva, cumpre dizer que a empreitada continuou regulada no código civil e não no código comercial. Assim sendo e podendo embora ser classificada como comercial, a sua regulação não está prevista no diploma comercial.

Torna-se pois necessário, dizer o seguinte: a empreitada não é acto comercial objectivo, uma vez que não se encontra regulado no código comercial<sup>57</sup>. Resta que a empreitada possa ser considerada subjectivamente comercial<sup>58</sup>. E a empreitada é comercial subjectivamente se for celebrada por uma empresa explorada por uma sociedade comercial cujo objecto social é a celebração de contratos de empreitada. Não restam dúvidas que se o objecto da sociedade forem *v.g.* a construção civil e as obras públicas, as empreitadas que esta celebrar sejam comerciais. E esta sociedade é possível porque não visa com a sua actividade a mera fruição (*ex vi* art. 980º CCIV) e assim sendo é comerciante, *ex vi* art. 13º CCOM. Pode a empresa ser explorada por empresário em nome individual e nesse caso este, se fizer disso profissão é também comerciante, *ex vi* art. 13º CCOM. Sendo comerciante, e *ex vi* art. 2º CCOM 2ª parte, todos os contratos dos comerciantes são comerciais<sup>59</sup>. Rege aqui a regra segundo a qual, são actos de comércio objectivos todos os actos que a lei qualifica como comerciais

---

<sup>57</sup> Nem directa nem indirectamente, uma vez que a doutrina entende que a interpretação do art. 2º CCOM deve ser extensiva, de modo a abarcar as leis que substituem normas do CCOM, as leis que se qualificam como comerciais. Faz ainda a doutrina aplicação analógica de diplomas que disciplinam matérias análogas à do código comercial. Segui de perto aquilo que o Professor Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu defendeu no vol. I do seu Curso de Direito Comercial.

<sup>58</sup> A subjectividade de um acto comercial afere-se pelo sujeito que o pratica. Os actos dos comerciantes são actos subjectivamente comerciais porque por serem por estes praticados.

<sup>59</sup> Excepto se não forem de natureza exclusivamente civil, e se o contrário do próprio acto não resultar.

independentemente de quem os celebra e são subjectivamente actos comerciais todos os que são realizados por comerciantes (em regra).

Acontece que, por um lado não existe regulação, no código comercial do contrato de empreitada, com já disse, e como tal a sua regulação encontra-se no código civil. Importa qualificar o acto como comercial porque o art. 1691º nº1 d) CCIV responsabiliza ambos os cônjuges pelas dívidas contraídas no exercício do comércio, respondendo os bens próprios de ambos (*ex vi* art. 1695º nº1 CCIV), sendo a prova facilitada pela presunção *iuris tantum* do art. 15º CCOM, segundo a qual, quando for um comerciante a contrair dívidas, estas presumem-se contraídas no exercício do comércio, cabendo apenas ao credor provar que o sujeito é comerciante e que a dívida é comercial. Resta ao “devedor” provar que, ou não é comerciante (prova difícil), ou então provar, ao abrigo do art. 2º *in fine* do CCOM, que ou o acto é exclusivamente civil ou dele resulta o contrário, ou seja, resulta que não é comercial. É relevante, para o credor que o acto seja comercial porque os juros devidos neste caso são mais elevados, *ex vi* art. 102º CCOM. As obrigações comerciais de co-obrigados são solidárias na falta de estipulação em contrário, *ex vi* art. 100º CCOM.

Por outro lado, existe hoje legislação que visa a protecção do consumidor<sup>60</sup>. A sua razão de ser, vê-la-emos adiante, porém fica já dada a referência. Esta determina direitos aos consumidores de uma forma mais protectora por comparação com o regime do código civil. E sempre que o dono da obra for consumidor é esta legislação que se aplicará em primeira linha, que não disciplina todas as questões que tem que ver com a empreitada.

---

<sup>60</sup> Para uma visão dos pilares dos direitos do consumidor, *vide*, Os direitos dos Consumidores como direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976, *in* BFD 78, pág. 43 a 64. Ainda a anotação ao art. 60º CRP por J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *in* Constituição da República Portuguesa – Anotada – Vol I – artigos 1º a 107º.

## 2 – Regime do código civil

### 2.1 - Generalidades

Grande parte das questões que se colocam sobre o contrato de empreitada tem que ver com o incumprimento por parte do empreiteiro, incumprimento esse que leva a que a obra apresente defeitos na sua concepção. Não se trata aqui dos problemas que as coisas apresentam pela degradação dita normal que praticamente todos os bens que são transaccionados no comércio jurídico possuem mais tarde ou mais cedo. Trata-se na verdade de incumprimentos do contrato que se revelam em duas alturas, uma aquando da entrega da coisa, e por isso são defeitos aparentes, e outra aquando no momento em que ocorre a entrega da coisa o incumprimento é imperceptível por parte do dono da obra, sendo neste caso os defeitos designados de ocultos<sup>61</sup>.

Disse já, supra, que o dono da obra deve verificar, antes de aceitar, o estado da obra, isto é, se esta está nas condições convencionadas e sem vícios. Este “exame” é um direito do dono da obra, a que não pode obstar o empreiteiro. Porém não estamos perante uma obrigação do primeiro contraente, uma vez que a lei determina as consequências exactas da falta desta valoração. Logica e conseqüentemente, da verificação “nasce” o resultado, que será um de dois. Ou o dono da obra não encontra nenhum vício e verifica expressamente que a obra não possui nenhum vício, pelo menos aparente, e terá que comunicar isso mesmo, de acordo com as regras da boa-fé<sup>62</sup>. Assim, comunicará ao dono da obra, que a obra não apresenta vícios (ao menos aparentes) e como tal a aceita. Vimos já que a aceitação implica a transferência da propriedade das obras que são ainda propriedade do empreiteiro. Encontrado algum vício na coisa, algo que não corresponda com o clausulado ou que não torne apta a coisa para o uso ordinário, isto é, o uso que se dá às coisas do mesmo género<sup>63</sup> quer se trate de vício

---

<sup>61</sup> Nada obsta a que vícios ocultos sejam detectados antes de se manifestarem durante a vida económica do bem. Basta que um perito da arte os detecte aquando da verificação ou mesmo o próprio dono da obra. Não obstante tudo o que vem dito, são vícios que possuem um regime diferente, que adiante será analisado, porque são, ao menos, de mais difícil percepção.

<sup>62</sup> *Ex vi* art. 762º nº2 CCIV

<sup>63</sup> Coisas do mesmo género são aquelas que satisfazem igualmente o interesse do credor, independentemente da coisa em concreto. São a oposição às coisas determinadas, como dizem Pires de

aparente ou oculto<sup>64</sup>, deve, quer porque a isso obriga a boa-fé, quer porque se o não fizer pretere os direitos que a lei lhe consagra, denunciar os defeitos concretos que encontra. Não existe, como alguma doutrina refere, denúncia genérica. Isto porque a denúncia tem que reportar-se a um vício (ou vários), e por isso é sempre concreta.

## 2.2 – Direitos e Prazos

A doutrina, é legítimo dizê-lo, divide-se. Se uns entendem que sob o empreiteiro impende uma responsabilidade objectiva<sup>65</sup>, outros entendem que a responsabilidade é subjectiva<sup>66</sup>, isto é, necessita do requisito da culpa do devedor. Pela minha parte, entendo, salvo melhor opinião, que *de jure condito* outra não pode ser a resposta, isto porque, estamos no âmbito da responsabilidade contratual pelo incumprimento das obrigações e as disposições que regem esta situação são os arts. 798º e 799º CCIV. *De jure condendo*, talvez a posição que uma doutrina que pode hoje chamar-se de minoritária possui, seja defensável. Como paradigmática desta posição sigo aquilo que defende o Professor Doutor Calvão da Silva, segundo o qual, porque o empreiteiro se obriga, nos termos do art.1208º CCIV, isto é, “a executar a obra em conformidade com o que foi convencionado, e sem vícios que excluam ou reduzam o valor dela, ou a sua aptidão para o uso ordinário ou previsto no contrato”, a obrigação que impende sobre o empreiteiro é uma obrigação de resultado e como tal, os direitos que a lei confere ao dono da obra, com excepção do direito a ser indemnizado nos termos gerais, *ex vi* art. 1223º CCIV, não dependem de culpa do empreiteiro e

---

Lima e Antunes Varela no seu código anotado, porque nestas “o objecto está individualizado”. Assim, a distinção entre o que é genérico e individualizado será nestes termos: se a prestação for sobre um livro (aquele livro) a obrigação é específica, se, por outro lado, recair sobre um livro de determinada edição ou determinada obra, a obrigação é genérica. Podemos dizer que na primeira, interessa ao credor o objecto concreto, na segunda interessa a obra em si com aquelas características e como tal qualquer dos livros em concreto satisfaz o seu interesse.

<sup>64</sup> Isto porque qualquer não denuncia de um vicio aparente ou conhecido (efectivamente), gera irresponsabilidade do empreiteiro, *ex vi* art. 1219º CCIV.

<sup>65</sup> Vide, Calvão da Silva, João, *in* “Compra e venda de coisas defeituosas – Conformidade e Segurança, 5ª ed. Almedina. Pág, 102 e *a contrário* depreende-se que o pedido de indemnização carece do requisito da culpa.”

<sup>66</sup> Para a maioria da doutrina nacional, a responsabilidade do empreiteiro é dependente de culpa, isto porque a sistemática do código assim o determina.

consequentemente, o empreiteiro responde uma vez alegados e provados os defeitos independentemente de culpa sua.

No fundo, o que diverge nas duas posições é a de que na primeira se permite, que em determinadas condições, o empreiteiro possa ilidir a presunção de culpa, isto é, admitindo que o defeito existe mas que deriva de erros de outros intervenientes ou que com o actual estado da técnica é impossível construir com melhor qualidade ou chegar ao resultado proposto, ou seja, ao resultado construção sem defeitos. Na segunda posição, embora as mesmas circunstâncias possam ocorrer, ao empreiteiro exige-se que, como profissional da arte em questão, se aperceba dos erros dos outros intervenientes, e que informe o dono da obra que a construção que pretende, no actual (reportado ao momento do contrato) estado da técnica, é impossível de ser realizada, pelo menos do modo pretendido. Assim, assegurando o empreiteiro a obra em questão, responde pelos seus vícios independentemente do estado da técnica e dos erros de terceiro, salvo se o dono da obra, ressalvadas as situações pelo empreiteiro em devido tempo, tiver dado anuência para com a realização da obra naqueles termos<sup>67</sup>. Claro está que, por maioria de razão, esta última circunstância também relevará para aqueles que preferirem balizar a responsabilidade do empreiteiro como subjectiva, porque seria uma das hipóteses em que o empreiteiro conseguiria ilidir a presunção de culpa.

Vários autores tomaram posição sobre esta querela que agora se trata. Vaz Serra tomou partido aquando da elaboração do anteprojecto segundo o qual, “a responsabilidade contratual pode ser dependente ou independente de culpa”, preferindo tomar partido, é a decisão é política não jurídica porque juridicamente as duas posições são defensáveis, no sentido de a responsabilidade do empreiteiro ser independente de culpa, exceptuando o direito à indemnização. Romano Martinez tomou opção contrária, tendo defendido que embora presumida, a culpa do empreiteiro é requisito para o dono

---

<sup>67</sup> Assim Acórdão STJ de 29-05-2012, processo nº392/2002.P1.S1 relatado pelo Conselheiro Alves Velho, segundo o qual, “a responsabilidade do empreiteiro, mesmo no caso de serem aparentes os vícios ou notória a má execução do contrato de empreitada, só é excluída se tiver havido da parte do dono da obra concordância expressa com a obra executada”. Duas coisas resultam do que aqui foi transcrito. A primeira é a de que, para excluir a responsabilidade do empreiteiro é preciso que o dono da obra expressamente (excluindo as declarações tácitas), dê o seu assentimento para a forma como a obra está construída, *rectius* que expressamente aceite os defeitos, para que o empreiteiro não seja responsabilizado. Aplica-se aqui o princípio jurídico da proibição de *venire contra factum proprium*. “Há "venire contra factum proprium" quando alguém exerce uma posição jurídica em contradição com o comportamento pelo mesmo assumido anteriormente” segundo a jurisprudência do STJ, vista no acórdão SJ199807090009281 de 09-07-1998, relatado pelo Conselheiro Garcia Marques.

da obra lançar mão dos direitos que o código civil lhe confere. Pires de Lima e Antunes Varela enveredaram, no seu código civil anotado, pela orientação segundo a qual, é subjectiva a responsabilidade do empreiteiro, embora presumida a culpa, como redundava nas opiniões desta visão das coisas. Estas opiniões têm em comum o facto de terem como elemento preponderante a sistemática do código. Sistemática que leva a que a responsabilidade contratual seja subjectiva, *ex vi* art. 799º CCIV.

Já *supra* tomei posição. Tendo em conta a sistemática do código, que é elemento preponderante na vontade política do legislador, a decisão recaiu sobre a responsabilidade subjectiva, isto é, dependente de culpa. Tudo isto, não obstante, ser difícil, na prática e perante um defeito, o empreiteiro ilidir a presunção. Mas razões e sobretudo situações existem, que merecem que esta porta seja mantida aberta. São elas desde logo os casos em que o dono da obra expressamente concorda com a forma como vai ser construída a obra, apesar dos reparos do empreiteiro. Mal se coadunaria com a tutela da confiança e da boa-fé, situações em que se permitia ao dono da obra violar o princípio já aqui chamado do *venire contra factum proprium*. Mas tirando estas situações, não parece possível, por força da mesma tutela da boa-fé e pelo facto que a doutrina<sup>68</sup> ter há muito assentido que sobre o empreiteiro recai uma obrigação, como técnico da arte em causa que é, de dar conhecimento ao dono da obra de erros que detecte no projecto/caderno de encargos, tudo isto *ex vi* art. 799º CCIV. Assim, só em casos contados será possível negar a responsabilidade do empreiteiro, isto porque, a obrigação do empreiteiro é de resultado e a boa-fé reportada ao técnico que o empreiteiro é, impõe a que só quando estas obrigações não forem cumpridas pelo empreiteiro, e mesmo assim existam defeitos na obra, este possa ser responsabilizado. Isto dito, pode parecer que muitos são os casos em que, na prática, o empreiteiro não responde pelos vícios da coisa. Mas não são assim tantos, pelo que, a culpa presumida do empreiteiro tem aqui toda a razão de ser. Isto porque, na maioria das vezes os defeitos da obra são mesmo culpa do empreiteiro, e como tal, ele deve ser responsabilizado. Isto porque, a culpa do empreiteiro possui como padrão o profissional da arte em questão, profissional diligente médio.

---

<sup>68</sup> Vide Vaz Serra, in BMJ nº 146 págs. 38 a 42. Romano Martinez, Cumprimento Defeituoso em especial na compra e venda e empreitada, pág. 281 e 282. Domenico Rubino, in L'appalto, *apud* Romano Martinez obra citada, pág. 282.

Nada impede que, no espaço de liberdade contratual, *ex vi* art. 405º CCIV, que as partes estipulem que o empreiteiro responde objectivamente pelos defeitos da obra.

O empreiteiro responde objectivamente numa situação, a de os defeitos serem culpa do subempreiteiro, isto porque, a relação de comissão entre ambos faz ser de aplicar aqui o regime do art. 800º CCIV, *ex vi* art. 1213º nº2 CCIV<sup>69</sup>.

Assim sendo, o dono da obra tem o direito de responsabilizar o empreiteiro pelos defeitos da obra, salvo as excepções, raras, que supra referi.

Mas não pode ficar o empreiteiro perpetuamente com a guilhotina no pescoço, à espera que a obra apresente um defeito. Não seria conducente com a segurança jurídica uma espera *ad aeternum* por parte do empreiteiro. Até porque, a responsabilidade do empreiteiro tem que ver com vícios que decorrem da construção da obra, seja por que motivo for, e não com os vícios que surgem, já o disse, nos objectos, fruto do seu uso ou simplesmente pela deterioração que ocorre, *rectius* vai ocorrendo, com o tempo. São vícios, que a coisa possui *ab initio*, desde a sua concepção e que, ou se revelam durante a mesma ou logo que está concluída e por isso se chamam, *grosso modo* aparentes, ou apenas são visíveis mais tarde e por isso são designados de ocultos, mas sempre presentes.

Para efectivação dos direitos do dono da obra o legislador previu prazos de caducidade, sobretudo porque, como nos diz Vaz Serra<sup>70</sup>, “a caducidade é estabelecida com o fim de, dentro de certo prazo, se tornar certa, se consolidar determinada situação jurídica;”, isto é, o legislador previu prazos de caducidade porque o valor da segurança jurídica quis ser tutelado. Porém, reconhecido o direito, ele não caduca, fica antes, e nas palavras de Vaz Serra<sup>71</sup>, “reconhecido o direito e a caducidade do direito fica definitivamente impedida” podendo, como ocorre efectivamente nos casos do contrato de empreitada, *ex vi* arts. 1224º e 1225º CCIV, a lei sujeitar o exercício do direito (já reconhecido), a novo prazo de caducidade<sup>72</sup>. Tudo isto em nome e na tutela da segurança jurídica.

---

<sup>69</sup> Assim, Pires de Lima e Antunes Varela, in Código Civil anotado, Vol II 4ª ed. Pág. 56.

<sup>70</sup> In Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 107º, pág. 24.

<sup>71</sup> *Apud* Pires de Lima e Antunes Varela, in Código civil anotado, vol I. 4ª ed. Pág. 296.

<sup>72</sup> Assim, Pires de Lima e Antunes Varela, in Código civil anotado, vol I. 4ª ed. Pág. 296.

Decorre então do regime legal que o dono da obra possui prazos de caducidade. Primeiro prazo de caducidade para denunciar os defeitos. Assim, *ex vi* art. 1220º CCIV, o dono da obra deve denunciar os defeitos que descubra nos trinta dias seguintes, isto é, o prazo de trinta dias, começa a contar no dia seguinte ao do descobrimento, *ex vi* art. 279º nº1 CCIV. A esta caducidade chama a doutrina e a jurisprudência caducidade de denúncia. Segundo prazo é o prazo para exercício dos direitos, também conhecido como de caducidade da acção. De acordo com este, o dono da obra terá que, após ter denunciado tempestivamente o defeito, um ano para efectivar os direitos que lhe cabem na enumeração legal<sup>73</sup> dos arts. 1221º, 1222º 1223º CCIV. Um ano *ex vi* art. 1224º após a recusa da aceitação ou aceitação com reserva no caso dos defeitos aparentes e um ano a contar da denúncia se os defeitos forem ocultos, mas nunca após dois anos a contar da entrega da coisa.

No caso de estarmos perante um bem imóvel (como objecto), rege a disposição especial, art. 1225º CCIV, que determina que o dono da obra, tenha não dois mas sim, cinco anos a contar da entrega para efectivar os seus direitos, prazo este para o exercício de direitos. Porém, mesmo aqui, o dono da obra tem que aceitar com reserva ou recusar a obra com defeito aparente e terá a contar deste facto, um ano para propor acção contra o dono da obra. Sendo o vício oculto, o dono da obra tem um ano para denunciar os vícios, após o seu descobrimento, sob pena de caducidade. Após ter denunciado os defeitos tem um ano para efectivar os seus direitos *ex vi* art. 1225º nº3 CCIV.

É doutrina assente, e a nossa jurisprudência<sup>74</sup> tem seguido também o mesmo entendimento, que perante um defeito da obra, o dono da obra não pode fazer intervir um terceiro nesta relação creditória, sem que o empreiteiro tenha tido oportunidade de reparar ele mesmo ou a sua ordem os defeitos. Não basta que o devedor, aqui

---

<sup>73</sup> É assente na doutrina e na jurisprudência que estes direitos possuem uma sequência e que por esse motivo não são um “cardápio” para o dono da obra escolher. Ele deve, pedir que os defeitos sejam eliminados. Como sucedâneo desta solução, se os defeitos não puderem ser suprimidos, é autorizado ao dono da obra que exija nova construção, direito que está limitado pela desproporcionalidade em relação ao proveito que nos fala o nº2 do art. 1221º CCIV. Solução que se pode chamar de protectora, e que é por alguma doutrina criticada, sobretudo porque há quem defenda uma unificação do regime. Se nenhuma destas prestações for efectuada pelo empreiteiro, pode, *ex vi* art. 1222º CCIV, o empreiteiro exigir a redução do preço ou a resolução do contrato se os defeitos tornarem a obra inadequada ao fim.

<sup>74</sup> Vide a título de exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo nº 31182/11.5YIPRT.G1, de 06/03/2012, relatado pela Conselheira Rosa Tching, segundo o qual: “O dono da obra não pode, por sua própria iniciativa, proceder ou mandar proceder à reparação, sem dar primeiro ao empreiteiro o conhecimento dos defeitos e a oportunidade de os eliminar.” Ressalva a doutrina e a jurisprudência os casos de situação de urgência, isto é, casos cuja reparação reveste as características do estado de necessidade tal como vem plasmado no art. 339º CCIV.

empreiteiro esteja em mora quanto à reparação dos defeitos, sendo exigível que este se encontre em incumprimento definitivo. Será indicado, na perspectiva do dono da obra, notificar o empreiteiro e ao mesmo tempo levar a cabo a interpelação admonitória, para findo o prazo o empreiteiro se considerar em incumprimento definitivo, ex vi art. 808º CCIV. Findo esse prazo, é legítimo ao empreiteiro intentar acção declarativa, com vista a obter sentença que condene o empreiteiro devedor na prestação de facto em que se consubstancia a reparação dos defeitos. Transitada em julgado esta, e não cumprida a prestação, deve o dono da obra intentar a competente acção executiva para prestação de facto, sendo que normalmente se tratará de facto fungível<sup>75</sup>, isto é, facto que pode ser prestado por terceiro. Sendo este o caso, ex vi art. 828º CCIV, pode o credor “requerer, em execução, que o facto seja prestado por outrem à custa do devedor.” Lograda a pretensão, um terceiro presta o facto e são penhorados bens do empreiteiro para obter o pagamento das despesas, isto ex vi arts. 868º seguintes do Código de Processo Civil<sup>76</sup>. Sucedeaneamente, pode o credor pretender converter a acção em pagamento de quantia certa. Deve para tal, ex vi art. 869º CPC, e nesses termos, findo o prazo para a oposição à execução e se o exequente pretender a indemnização pela dano sofrido, observa-se o disposto no art. 867º CPC que manda liquidar a quantia e feita esta, deve proceder-se à penhora dos bens para o pagamento da quantia apurada.

O art. 1223º CCIV determina o direito a indemnização, nos termos gerais, pelos danos decorrentes do incumprimento do contrato. Carece, como se processa nos termos gerais, do requisito da culpa do empreiteiro, como unanimemente assenta a doutrina. Parece ser de entender que os danos ressarcíveis ao abrigo do plasmado no preceito serão os que não se conseguem obter exercendo os direitos de reparação, nova construção, redução do preço e resolução do contrato.

---

<sup>75</sup> Nos casos de prestação de facto infungível, apenas cabe ao credor, o recurso ao mecanismo compulsório da Sanção pecuniária compulsória, ex vi art. 829-A CCIV.

<sup>76</sup> Doravante CPC.

### 3 – Decreto-Lei nº 67/2003 (redacção do Decreto-Lei nº 84/2008)

#### 3.1 – Protecção dos consumidores

A letra da nossa Constituição da República, no seu art. 60º consagra uma especial protecção dos consumidores. Diz-nos o seu nº1 que: “Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.”

Fruto desta disposição constitucional, o nosso legislador emanou a Lei nº24/96 (Lei de defesa do consumidor). Porém, e porque no espaço europeu o Parlamento Europeu e o Conselho emanaram a Directiva 1999/44/CE, a protecção dos consumidores faz-se, na nossa ordem jurídica, de acordo com os dois diplomas legais, a Lei nº24/96 e o Decreto-lei nº 67/2003 (na redacção que lhe foi dada pelo Decreto Lei nº84/2008), que resulta da transposição da directiva em questão.

O DL nº67/2003 aplica-se à empreitada de consumo por força do seu art. 1º-A nº2.

Importa também e como nota prévia esclarecer que contratos caem no âmbito deste regime, isto é, a que tipos de contratos se vão aplicar este regime protector do consumidor e que nesse sentido derroga o regime do código civil em relação às mesmas matérias. São pois os casos em que o dono da obra é consumidor, isto é, e grosso modo, alguém que vai dar ao objecto do contrato um uso não profissional, ou seja, pessoal/familiar. Por outro lado, terá o empreiteiro que ser um profissional, ou seja, ser alguém que exerce como profissão determinada actividade económica na qual se consubstancia o objecto do contrato *in casu*.

### 3.2 – Direitos e Prazos

Por comparação com a protecção que o código civil oferece ao dono da obra, referirei apenas, em consequência com o que foi dito supra, aquilo em que é derogado o regime do código civil.

A linha mestra que preside ao pensamento da directiva é a teoria da conformidade com o contrato<sup>77</sup>. Assim o que está em causa será sempre a conformidade do bem com o contrato, isto é, o empreiteiro responde pela diferença entre o contratualizado e o prestado (é isto a falta de conformidade), a não ser que, *ex vi art. 2º nº3 DL nº67/2003* o consumidor que é também dono da obra, no momento da celebração do contrato, tiver conhecimento dessa falta de conformidade ou não puder razoavelmente ignorá-la, isto de acordo com o padrão do *bonus pater familias*. Não responde ainda o empreiteiro profissional se a desconformidade decorrer dos materiais fornecidos pelo consumidor, isto porque, de acordo com a boa-fé, não se entenderia que alguém respondesse por desconformidades de materiais que são provenientes do dono da obra<sup>78</sup>. Porém, e como o empreiteiro é, ainda mais aqui, profissional da arte, deve este, porque a boa-fé também obriga a isso, que informe dessa menor qualidade dos materiais, podendo aperceber-se disso. O padrão será o do profissional diligente.

Quanto aos direitos que o dono da obra consumidor possui, diremos que este tem, em opção o direito de reparação da coisa ou a sua substituição, para, em coerência com a teoria da conformidade com o contrato, o bem reparado ou substituído seja conforme esse mesmo contrato, ou seja, aquilo a que o Prof. Doutor Calvão da Silva designa por teoria do cumprimento. Reduzido o preço ou resolvido o contrato, não se pode falar em teoria do cumprimento, por isso estas duas soluções são sucedâneos das duas primeiras, tudo isto *ex vi art.4º DL nº 67/2003*.

---

<sup>77</sup> No mesmo sentido, Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas (conformidade e segurança)*, 5ª ed. Almedina, pág. 170. O autor chama teoria do cumprimento.

<sup>78</sup> Calvão da Silva defende na ob. cit. que o comprador nestas circunstâncias, para o nosso caso leia-se dono da obra, “conhece ou não pode razoavelmente ignorar a não conformidade, no circunstancialismo do caso, do que se trata é da não responsabilização do vendedor por esse defeito. Em última instância, porque o consumidor aceita o produto tal qual é, a sua entrega será conforme o contrato...” Bem vistas as coisas, é impossível conhecer uma não conformidade e a seguir afirmar que a entrega é conforme o contrato. Mas entende-se o que o Prof. Doutor quis dizer, e concordo com a sua opinião, que será, salvo melhor opinião, a de que se o dono da obra conhece a desconformidade com o contrato e aceita nesses termos, é esse novo/segundo contrato que vale, e quanto a esse não haverá nenhuma desconformidade.

Deve, sob pena de caducidade para o exercício dos direitos, dentro do limite temporal de dois ou cinco anos a contar da entrega do bem, caso se trate de bem móvel no primeiro prazo e bem imóvel no segundo, exercer os direitos que o art. 4º DL nº 67/2003 lhe confere. Findos estes prazos os direitos caducam. Devem ser os defeitos denunciados, também sob pena de caducidade, nos prazos de sessenta dias ou um ano a contar do seu descobrimento, *ex vi* art. 5º e 5º-A DL nº67/2003.

O art. 5º-A nº3 plasma a regra de caducidade de acção judicial, a contar da denúncia da desconformidade. Assim, no caso dos bens moveis, todos os direitos caducam passados dois anos, disposição que não faz sentido, porque este prazo terminará sempre depois dos dois anos de “garantia”. Em relação aos bens imoveis, como o prazo de caducidade após a denúncia é de três anos, *ex vi* art. 5º-A nº3 *in fine* DL nº 67/2003, há que ter em atenção este prazo, que poderá terminar antes dos cinco anos de caducidade previstos no art. 5º nº1 DL nº 67/2003.

Uma última referencia à indemnização por danos morais decorrentes do incumprimento do contrato de empreitada numa relação de consumo. Discute a doutrina<sup>79</sup>, se do incumprimento contratual podem decorrer danos morais, isto é, extrapatrimoniais. A posição tradicional, *v.g.* de Pires de Lima e Antunes Varela<sup>80</sup> defende que a indemnização pelos danos morais está excluída no que diz respeito à responsabilidade extracontratual, isto porque a sua inserção sistemática não o permite. Estamos, pela lógica sistemática do código civil de 1966, perante uma responsabilidade que apenas ocorre no âmbito extracontratual e os danos morais resultantes do incumprimento de uma empreitada serão sempre resultantes do incumprimento do contrato e assim sendo, gerará responsabilidade contratual, que o legislador regulou de forma diferente (arts. 798º segs. CCIV). Os danos morais são ressarcíveis nos termos do art. 496º CCIV, e esse é o ponto da discórdia, uma vez que a inserção sistemática do preceito é a Subsecção I, da Secção V, do Capítulo II do Título I do Livro II do Código Civil, isto é, a subsecção que regula a responsabilidade civil por factos ilícitos. Por outro lado, a indemnização pelo incumprimento culposos, isto é, nos casos de responsabilidade contratual encontra-se regulada nos arts. 798º segs. A inserção

---

<sup>79</sup> *Vide* sobre este ponto: O concurso entre a responsabilidade contratual e extracontratual. Almeida Costa, Mário Júlio. *In separata*...

<sup>80</sup> *Vide* Código Civil Anotado – Vol I, anotação nº8 ao art. 496º, pág. 501 e seg.

sistemática do preceito é diferente, pois consta da Subsecção II, da Secção II, do Capítulo VII do Livro II, referente ao não cumprimento das obrigações.

Quiçá para ultrapassar estas dificuldades, o legislador determinou *expressis verbis* no art. 12º da LDC<sup>81</sup>, que “o consumidor tem direito à indemnização danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos.”<sup>82</sup>

Não se esconde que, mesmo no domínio do Código Civil, decisões existem que, no âmbito da responsabilidade contratual, dão provimento a pedidos de reparação de danos morais resultantes de incumprimento contratual<sup>83</sup>. Porém, argumentos existem que permitem a discussão, como *supra* vimos.

---

<sup>81</sup> Lei de Defesa do Consumidor, Lei nº24/96.

<sup>82</sup> Ainda na redacção primitiva do art. 12º LDC, vide o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26-06-2008, processo 0831242, relatado pela Desembargadora Ana Paula Lobo.

<sup>83</sup> Vide “Os danos patrimoniais na jurisprudência das secções cíveis do Supremo Tribunal de Justiça”, consultável on-line [www.stj.pt/ficheiros/jurisp-tematica/cadernodanosnaopatrimoniais-2004-2012.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-tematica/cadernodanosnaopatrimoniais-2004-2012.pdf), pág. 353 e seguintes.

## Capítulo IV

### 1 - Conclusão prévia

Verificamos que, o dono da obra, perante um incumprimento contratual por parte do empreiteiro, pode, *rectius*, tem ao seu dispor, direitos de que pode lançar mão. A reparação surge como direito básico do dono da obra. A substituição, a redução do preço e a resolução do contrato como sucedâneos, que podem ser usados, ainda que cada uma das soluções com as suas particularidades. Vimos que pode o dono da obra sofrer prejuízos e ser indenizado.

Todos estes direitos carecem de um sujeito passivo, que, na relação que estudamos, será o empreiteiro. É sobre ele que impendem as obrigações que são direitos do dono da obra.

Mas, e perante o nosso ordenamento jurídico, *quid iuris* se o sujeito passivo é uma empresa explorada por uma sociedade comercial que entretanto foi extinta pelos seus sócios? Ou se o empreiteiro, pessoa singular, foi já declarado insolvente e já foram feitos os pagamentos aos credores? Outras situações poderiam ser equacionadas. Para o que agora releva, interessa que se dê resposta a um grupo de questões, grupo esse que se consubstancia naquelas situações em que o empreiteiro não pode ser responsabilizado ou não se antolha possível cobrar valor algum.

Será a procura de uma solução para este tipo de problema que me leva para o último capítulo.

## Capítulo V

### 1- Seguro obrigatório de responsabilidade civil do empreiteiro

#### 1.1 – Distinção seguro obrigatório e facultativo

O contrato de seguro pode ser facultativo ou obrigatório. Reveste esta última modalidade quando o estado determina através de diploma legal que determinado risco terá que ser coberto através de um contrato deste tipo. Por sua vez, é facultativo quando não existindo essa obrigação legal, as partes ao abrigo da autonomia da vontade celebram contratos de seguro para cobrir exactamente as mesmas situações. A primeira referencia a fazer prende-se então com a razão da existência de seguros obrigatórios. Nestes, o legislador pondera o risco e toma uma opção que visa a protecção do lesado<sup>84</sup>. Numa palavra, o seguro é normalmente facultativo, só passando a obrigatório perante determinados riscos típicos da vivência em sociedade que o estado pretende ver acautelados nas suas consequências nefastas para os cidadãos.

#### 1.2 – Seguros de responsabilidade civil obrigatórios existentes em Portugal

O DL n° 267/2002, na redacção que lhe foi dada pelo DL n° 217/2012, cujo objecto estabelece os procedimentos e definir as competências para efeitos de licenciamento e fiscalização de instalações e armazenamento de produtos do petróleo e de abastecimento de combustíveis líquidos e gasosos derivados do petróleo e ainda de redes e ramais de distribuição ligadas a reservatórios de gases de petróleo liquefeito determina no seu art.13° n°7, sob epígrafe de aprovação de projecto, que para além de outros possíveis sujeitos também carecerem do mesmo, como o projectista e o responsável pela execução do projecto, o empreiteiro deve “comprovar a existência de seguro de responsabilidade civil que cubra os riscos da respectiva actividade, em

---

<sup>84</sup> Vide, preâmbulo do DL n° 72/2008, ponto V.

montante a definir pela entidade licenciadora.” Quer isto dizer que estamos perante um caso de seguro obrigatório, embora os montantes de capital seguro sejam definidos pelas câmaras municipais, Direcção-Geral de Energia e Geologia (DGEG) e Direcções Regionais da Economia (DRE), *ex vi* arts. 5º e 6º do DL nº 267/2002.

Por sua vez DL nº 291/2007 determina que o proprietário de um veículo<sup>85</sup> está obrigado a cobrir a responsabilidade civil pela possível responsabilidade de reparação de danos corporais ou patrimoniais causados pela condução do veículo, *ex vi* art. 4º DL nº 291/2007.

Como já se disse, existirá uma valoração política sobre a obrigatoriedade de um seguro para cobertura de determinado risco. Nos casos acima vistos, entre as opções de por um lado, não exigir seguro e deixar o património do segurado responder pelos danos causados, o que na maioria dos casos desampararia o lesado com os danos, uma vez que em regra o cidadão comum terá grande dificuldade em pagar os custos inerentes a situações típicas do género e também porque se pretendeu tutelar através da obrigatoriedade de um seguro, os interesses, em primeira linha do lesado mas também do lesante<sup>86</sup>. Sabemos, *ex vi* art. 601º CCIV, que o património do devedor é a garantia geral do credor. Mas prevemos, diz-nos a prática, que existem situações em que os danos, sendo avultados, deixam desprotegidos o lesado/credor de indemnização, porque precisamente esta garantia geral pura e simplesmente não é suficiente, ou não existe mesmo.

## 2 – Defesa de um seguro de responsabilidade civil obrigatório do empreiteiro

A responsabilidade civil contratual do empreiteiro carece, quanto a mim, de um seguro obrigatório. Isto porque assim se obtém vantagens para todas as partes. Vejamos que por um lado, o empreiteiro vê o seu património protegido e o dono da obra vê os seus direitos acautelados. Um seguro obrigatório, como salienta o Professor Doutor

---

<sup>85</sup> Proprietário em regra, porque pode ser o caso de se tratar do usufrutuário, do comprador do veículo numa venda com reserva de propriedade e do locatário financeiro.

<sup>86</sup> A tutela do lesado é evidente, mas também o lesante (segurado) obtém uma tutela, razão pela qual a doutrina fala no benefício de ser segurado. Tutela que, está bom de ver, tem que ver com o facto de o seu património, que corre o risco de ser, face a um acontecimento imprevisto, completamente excutido e de se ver colocado numa situação complicada, económica e socialmente.

Menezes Cordeiro<sup>87</sup>, “torna-se um permanente encargo” no qual “as pessoas pagam para que os seguradores respondam pelos danos causados por uns poucos.” Sempre se poderá questionar se perante esta realidade se coloca como justo sobrecarregar os donos da obra<sup>88</sup> com mais um custo do qual muitas das vezes não retirarão vantagem. A isso se responde com uma razão que me parece de ordem pública. Os seguros conhecem dois mecanismos, designados bónus e agravamentos, que servirão um propósito que entendo como benéfico para todos, o de, num mercado de concorrência se fomentar a construção que não dê azo a responsabilização. Isto porque, o empreiteiro/tomador/segurado que não veja a sua responsabilidade accionada pelo dono da obra/beneficiário, terá um bónus no seu prémio que poderá repercutir em preços mais vantajosos para os seus clientes, ao passo que no caso contrário, isto é, perante um ou mais accionamentos de responsabilidade, verá o seu prémio agravado, coarctando a sua margem de lucro ou mesmo impondo um aumento de preços. Isto visto, torna-se fácil concluir que tal mecanismo irá beneficiar os consumidores porque elimina do mercado os empreiteiros pouco eficientes ou com menor qualidade no trabalho, desde logo porque o preço das suas obras é mais alto.

Por outro lado, como afirma a Doutora Margarida Lima Rego<sup>89</sup>, “a actividade seguradora tem utilidade económico-social na medida em que permite a agregação e consequente redução dos riscos de uma actividade”, defendendo ainda que existem “razões pelas quais o seguro é um modo socialmente positivo de gerir o risco”. Em ultima análise, “na perspectiva da colectividade, entre os benefícios sociais da actividade seguradora está o permitir, globalmente, otimizar os riscos económicos que os seus membros correm.”

Existe ainda, e sempre na esteira da autora, uma outra vantagem que se prende com o facto de “a actividade seguradora reduzir a quantidade total do capital posto de lado sob a forma de reservas para se fazer face a esse risco, aumentando o capital disponível para o investimento, e diminui assim o retorno necessário para tornar aliciantes certas actividades, reduzindo os preços dos correspondentes bens e serviços e tornando disponíveis outros que, de contrário, não o estariam.” Não se nega que exista

---

<sup>87</sup> *In* Direito dos Seguros, Almedina 2012, pág 760.

<sup>88</sup> Porque em última análise o preço dos prémios será repercutido no preço das obras realizadas.

<sup>89</sup> *In* Contrato de Seguro e Terceiros, Coimbra ed. Pág 134.

uma aparente incongruência entre argumentos. Se acima se disse que o preço<sup>90</sup> iria aumentar, aqui diz-se que pode diminuir. São todavia realidades distintas. Nas áreas de desenvolvimento tecnológico a última é verdadeira, mas nas áreas mais estabilizadas no seu desenvolvimento, um prémio de seguro será um custo. Ainda assim, um custo que entendo como benéfico pagar. Advém do contrato de seguro, uma “função seguradora que transforma o seguro num factor de segurança muito importante na vida de cada um. Permite-nos, não somente suportar com maior facilidade e com um estado de espírito mais descansado, os riscos ordinários da nossa existência mas também assumir novos riscos, que de contrário teríamos receio em assumir.”<sup>91</sup>

Os consumidores merecem que o estado fomente sistemas que, directa ou indirectamente, permitam um aumento da qualidade dos produtos. Merece também amparo por parte do estado quem se vê impedido de exercer os seus direitos contra o empreiteiro, seja porque este já não existe seja porque não possui património que lhe permita fazer face a tais responsabilidades.

O seguro, nas palavras do Professor Doutor Menezes Cordeiro<sup>92</sup>, “busca a sua própria legitimidade na transferência do risco para uma entidade profissionalmente habilitada a gerir os meios necessários para lhe suportar as consequências.” No mesmo sentido se posiciona a Doutora Margarida Lima Rego, defendendo que o contrato de seguro pressupõe a empresarialidade no exercício. Diz-nos a autora uma vez mais acompanhada, que “muito dificilmente compreenderíamos a lei em vigor sem dar atenção à natureza profissional ou empresarial do segurador, tal como muito dificilmente compreenderíamos o contrato de depósito bancário sem termos em atenção a natureza profissional ou empresarial do banco.” Quer isto dizer uma coisa muito simples. As empresas de seguros fazem gestão profissional do risco com intuito lucrativo. De outra forma não seria pretendido, nem tão pouco possível, porque perante um prémio pago, que é a receita do segurador e um sinistro, facilmente seria vislumbrável a perda monetária que o segurador teria que suportar. Ninguém aceitaria cobrir um risco, apenas um, sabendo que sendo possível a ocorrência do sinistro, de tal ocorrência resultava a obrigação de pagar muito mais do que aquilo que recebeu. Só

---

<sup>90</sup> Preço como custo.

<sup>91</sup>Fontaine, Assurances, págs. 20 a 23. Apud Contrato de Seguro e Terceiros, Margarida Lima Rego, Coimbra Ed. Pág. 292.

<sup>92</sup> In Direito dos Seguros, Almedina, 2013, pág. 542

numa perspectiva empresarial se coloca como possível explorar o ramo dos seguros. É requisito desta área comercial, a massificação da celebração de contratos de seguro. Só por esse prisma se perspectiva possível do ponto de vista da sustentabilidade económica conceber o contrato de seguro.

### 3 – A sustentabilidade económica (mecanismos de salvaguarda)

Em Portugal o DL n° 94-B/98, na redacção que lhe foi dada pelo DL n° 2/2009, plasma as regras para a actividade seguradora. Quer isto dizer que de acordo com o art. 1° do DL supra citado se regulam as condições de acesso e de exercício da actividade seguradora e resseguradora. Encontram-se reguladas as condições de acesso por um lado e de exercício por outro, da actividade seguradora. No que diz respeito às condições de acesso à actividade, cumpre referir que nos termos do art. 8° n°1 do DL n° 94-B/98 “as empresas de seguros referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo anterior”, que são as sociedades anónimas, mútuas de seguros ou de resseguros, sucursais de empresas de seguros com sede no território de outros estados membros ou com sede fora deste território mas autorizadas nos termos do diploma, empresas de seguros ou empresas de resseguros públicas ou de capitais públicos e sociedades que adoptem a forma de sociedade europeia<sup>93</sup> “são instituições financeiras que têm por objecto exclusivo o exercício da actividade de seguro directo e de resseguro, podendo ainda exercer actividades conexas ou complementares da de seguro ou de resseguro, nomeadamente no que respeita actos e contratos relativos a salvados, à reedificação e reparação de prédios, à reparação de veículos, à manutenção de postos clínicos e à aplicação de provisões, reservas e capitais.”

No que diz respeito às sociedades anónimas de seguros, *ex vi* art. 40° sob epígrafe capitais mínimos, determina-se que uma sociedade deste tipo terá que, de acordo com a alínea b) do n°1 para o caso de explorar ramos<sup>94</sup> “não vida”, possuir € 7 500 000 de capital social mínimo inteiramente realizado, ou caso a sociedade que

---

<sup>93</sup> Sociedade europeia, isto é, sociedade anónima europeia, regulada no DL n° 2/2005 de 4 de Janeiro, e pelo Regulamento CE n° 2157/2001.

<sup>94</sup> Nos termos dos arts. 123° e 124° do DL n° 94-B/98, os seguros dividem-se entre os ramos “não vida” e “vida”. O seguro de responsabilidade civil encontra-se no ramo “não vida”, ponto 13) do art. 123°.

explora a empresa pretenda explorar cumulativamente o ramo “vida” e um ramo “não vida”, o capital social mínimo inteiramente realizado terá de perfazer a quantia de € 15 000 000.

Tais sociedades terão que reservar, nos termos do art. 42º, 10% dos lucros líquidos apurados em cada exercício até à concorrência do capital social.

Nos termos do art. 9º, as empresas de seguros que se proponham a explorar cumulativamente ramos “vida” e “não vida” devem adoptar uma gestão distinta para cada uma dessas actividades, com excepção do nº5 do preceito visto que este permite nos casos de insuficiência de uma das margens de solvência transferência de valores, podendo as medidas previstas para ultrapassar tal situação envolver a autorização para uma transferência de elementos da margem de solvência disponível de uma actividade para outra, sendo pois a regra de contabilidade autónoma, inequívoca e completamente, *ex vi* nº 6.

Para o exercício da actividade seguradora, plasmou o DL nº 94-B/98, no seu art. 68º que, as empresas devem dispor de provisões técnicas, margem de solvência e fundo de garantia.

Nos termos do art. 69º nºs 1 e 2, o montante das provisões técnicas deve, em qualquer momento ser suficiente para a empresa cumprir na medida do razoavelmente previsível, os compromissos decorrentes dos contratos. Existem vários tipos de provisões técnicas obrigatórias, nos termos do art. 70º e seguintes.

Em relação à margem de solvência necessária em permanência, regem os arts. 93º e seguintes, dispondo que esta corresponde ao património da empresa, corporizado nos termos do art. 96º nº 1 ou nº 2 mediante autorização do Instituto de Seguros de Portugal. O cálculo da margem de solvência é efectuado, nos termos do art. 97º nº1 para os ramos de seguros “não vida”, sendo então calculada em relação ao montante anual dos prémios, isto é, das receitas da empresa ou ao valor médio anual dos custos com sinistros nos três últimos exercícios, devendo o seu valor ser igual ao mais elevado dos resultados obtidos pela aplicação do primeiro ou segundo critérios, sendo o primeiro critério regulado no nº 2 e o segundo no nº 3. Para as empresas que explorem os dois ramos de seguros, determina o art. 101º que estas devem dispor de uma margem de solvência para cada uma dessas duas actividades.

O fundo de garantia obrigatório, *ex vi* art. 102º nº1 faz parte integrante da margem de solvência e corresponde a um terço do valor da margem de solvência exigida, não podendo no entanto, ser inferior aos limites fixados. Para as empresas que explorem os ramos “não vida”, *ex vi* nº 3, o fundo deve ter como limite mínimo € 3 000 000, € 2 250 000 ou € 1 500 000, consoante se trate respectivamente de uma empresa pública, sociedade anónima com sede em Portugal, mútua de seguros ou sucursal de empresa de seguros com sede fora do território da UE. Os elementos constitutivos do fundo de garantia são, *ex vi* art. 103º os previstos no art. 96º nºs 1 e 2.

A fiscalização das garantias financeiras de que falamos supra e refere o art. 68º compete ao ISP<sup>95</sup>, *ex vi* art. 105º e seguintes.

Pode ocorrer uma insuficiência das garantias financeiras. Esta situação encontra-se regulada nos arts. 108º e seguintes. Verificada a insuficiência, o ISP pode lançar mão do seu perfil de órgão de supervisão e obrigar a empresa a submeter-se a um plano de reequilíbrio no caso de existir risco de ficar em situação financeira insuficiente. Se a empresa não apresentar, *ex vi* art. 109º nº 1, as garantias financeiras suficientes nos termos que vimos, o ISP pode prescrever alguma das soluções previstas nas alíneas do nº2 art. 109º. Ao abrigo do nº 3 pode o ISP revogar a autorização para o exercício da actividade.

A supervisão do ISP, *ex vi* art. 157º permite a este verificar a conformidade técnica, financeira, legal e fiscal da actividade das empresas de seguros e resseguros e obter informações pormenorizadas sobre a situação das empresas.

#### 4 - Contrato

O contrato de seguro começa por ser sinalagmático, isto porque ao pagamento do prémio corresponde a cobertura do risco<sup>96</sup>. É também oneroso porque ambas as partes suportam custos, visto que o tomador paga o prémio, e o segurador mantém a sua

---

<sup>95</sup> Instituto de Seguros de Portugal.

<sup>96</sup> Assim, Menezes Cordeiro, Direito dos Seguros, Almedina, 2013, pág. 542

estrutura de gestão e paga a indemnização. Sigo de perto o Professor Doutor Menezes Cordeiro, quando afirma que o contrato não é aleatório. Não o é porque para o tomador o preço é sempre devido sendo que quer ocorra ou não o sinistro este retira vantagens uma vez que pode “ordenar a sua vida em função do inerente benefício.” Para o segurador os custos também estão presentes, sendo aleatória a cobertura do risco, mas não os custos de gestão da empresa.

Antes da celebração do contrato, o tomador do seguro ou o segurado encontram-se obrigados, *ex vi* art. 24º nº1 a declarar com exactidão todas as circunstâncias que conheçam e devam ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador. Se estas omissões forem dolosas, isto é, conscientemente provocadas pelo tomador ou segurado o contrato é anulável, *ex vi* art. 25º. Se estivermos perante uma omissão negligente, o segurador pode alterar o contrato ou fazê-lo cessar, ao abrigo do art. 26º nº 1.

O art. 30º regula a representação aparente, prescrevendo a regra da ineficácia em relação ao segurador do contrato feito por mediador, salvo ratificação pelo segurador. Tutela-se no seu nº 3 o tomador ou segurado se existirem razões ponderosas, objectivamente apreciadas tendo em conta as circunstâncias do caso que justifiquem a confiança do tomador de boa-fé na legitimidade do mediador de seguros desde que o segurador tenha igualmente contribuído para fundar a confiança do tomador do seguro no contrato celebrado.

O segurador é obrigado a formalizar o contrato num documento escrito designado apólice e a entregá-la ao tomador do seguro, *ex vi* art. 32º nº2.

5 – DL nº 72/2008<sup>97</sup> e contrato de seguro de responsabilidade civil obrigatório

Por seu turno, no DL nº72/2008 procedeu-se à reforma do direito segurador português. É pois o regime regra, numa área do direito em que as partes possuem larga liberdade contratual. Será à luz deste regime que nos iremos guiar, tendo porém em

---

<sup>97</sup> No presente número, todas as normas legais das quais não constar referência ao respectivo diploma, considera-se feita para o DL nº 72/2008.

conta que se propõe um seguro obrigatório. Por esse motivo, terei que ter em conta algumas soluções que o DL n° 291/2007 determina, diploma que estabelece o regime do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel.

Diz-nos o DL n° 72/2008, que não nos empresta um conceito de contrato de seguro, no seu art. 1º os efeitos do contrato que são: a cobertura de um risco do tomador ou de outrem (que tenha interesse), a obrigação, em caso de ocorrência de sinistro, de pagamento da prestação convencionada e a obrigação, por parte do tomador do seguro, de pagamento do prémio.

Risco, como também o interesse, são pressupostos do contrato de seguro. Grande parte da doutrina entende que são o objecto do contrato, sendo errado esse entendimento<sup>98</sup>. São ambos pressupostos uma vez que não fazem parte do objecto do contrato. O objecto é o bem que o contrato proporciona, sendo o objecto do mesmo neste caso a cobertura. Isto porque o objecto não é o interesse protegido, sendo sim aquilo que ele proporciona, a cobertura. É pois a cobertura que é “transaccionada” por efeito do contrato.

Risco e interesse, não necessariamente por esta ordem, são os dois conceitos relevantes no que ao contrato diz respeito. Por risco devemos entender, em relação ao seguro de responsabilidade civil do empreiteiro, a possibilidade de ocorrência do evento e consequente responsabilização na sua esfera jurídica. É esse o risco para o património do empreiteiro. Que ele seja responsabilizado por incumprimento<sup>99</sup> do contrato, ou seja pelos prejuízos causados ao dono da obra que na sua óptica são um prejuízo patrimonial que lhe interessa obstar. O interesse encontra-se regulado no art. 43º DL n° 72/2008 que nos diz que o segurado, que neste caso é o empreiteiro, porque é na sua esfera jurídica que ocorre o evento danoso, a diminuição pelo menos do seu património, deve ter um interesse digno de protecção legal relativamente ao risco coberto. Diz a doutrina<sup>100</sup> que o requisito, obrigatório uma vez que a sua falta gera nulidade do contrato *ex vi* n° 1 art. 43º, *in fine*, se deve a dois motivos fundamentais, que são o de evitar que “o seguro seja

---

<sup>98</sup> Sigo de perto Margarida Lima Rego. Contrato de Seguro e Terceiros. Págs. 344 e segs.

<sup>99</sup> Ainda que parcial.

<sup>100</sup> *Vide* por todos, Lei do Contrato de Seguro – Anotada, Romano Martinez, Pedro e outros. 2ª ed. Almedina, 2011, pág. 242.

um contrato de jogo<sup>101</sup> e o de não estimular actos danosos ou criminosos com o objectivo de obter vantagem pecuniária através do seguro”.

O contrato de seguro de responsabilidade civil do empreiteiro é por conta própria nos termos do art. 47º nº 1 porque tutela um interesse próprio do tomador do seguro que é também segurado aqui *in casu* o empreiteiro.

O risco releva, no que à responsabilidade civil diz respeito para a insolvência do tomador ou segurado, *in casu* o empreiteiro reúne as duas qualidades. Assim, nos termos do art. 98º nº1 prescreve-se que o seguro subsiste após a declaração de insolvência. O preceito derroga o art. 102º nº1 do CIRE, que estabelece o regime regra segundo o qual, com a declaração de insolvência o cumprimento fica suspenso, quando ainda não haja total cumprimento, nem pelo insolvente nem pela outra parte. Estabelece o nº 2 do art. 98º a presunção de que a declaração de insolvência constitui factor de agravamento do risco<sup>102</sup>. Como bem salienta o Professor Doutor Moitinho de Almeida<sup>103</sup>, “constitui agravamento do risco a superveniência de circunstância que influam na probabilidade ou intensidade do sinistro, aumentando-as”. Outrossim na situação concreta não se concretiza a presunção de agravamento, funcionando antes o regime do art. 741º CCIV, que determina que o crédito do lesado que decorre da responsabilidade civil do tomador/segurado que aqui se encontra insolvente tem privilégio<sup>104</sup> sobre a indemnização devida pelo segurador da responsabilidade. Não se vê como a declaração de insolvência do empreiteiro constitui factor de agravamento do risco, uma vez que o risco aqui é o risco de ocorrência do sinistro e a insolvência do empreiteiro nada tem que ver com esse agravamento.

---

<sup>101</sup> Ver também art. 1245º CCIV que determina a nulidade do contrato de jogo e aposta, em regra.

<sup>102</sup> O Professor Doutor Engrácia Antunes, O contrato de seguro na LCS de 2008, in ROA vol III e IV, ano 2009, defende que a insolvência sujeita o contrato ao regime do agravamento do risco. Não é assim, desde logo porque a letra da lei fala em presunção. E também porque o agravamento do risco tem que ver com outra situação, como acima vimos.

<sup>103</sup> Apud Margarida Lima Rego, Contrato de Seguro e Terceiro, Coimbra ed. pág 133.

<sup>104</sup> Assim, Lei do Contrato de Seguro – Anotada, Romano Martinez, Pedro e outros. 2ª ed. Almedina, 2011, pág. 372.

## 6 – Sinistro

Plasma o art. 99º que este, o sinistro, corresponde à verificação do evento que desencadeia o accionamento da cobertura do risco prevista no contrato. Reportado ao seguro de responsabilidade civil, o sinistro é a responsabilização do empreiteiro pelo incumprimento ou danos causados. Isto significa que o facto que se encontra coberto é a responsabilização do património do empreiteiro e como tal é este o risco coberto pelo contrato, razão pela qual o sinistro, facto que acciona a cobertura é a responsabilização do empreiteiro. Neste sentido dispõe o art. 137º, ao plasmar que “o segurador cobre o risco de constituição, no património do segurado, de uma obrigação de indemnizar terceiros.”

Obrigação de indemnização até ao limite do capital seguro por sinistro, por período de vigência do contrato ou por lesado, de acordo com o art. 138º. O montante de capital seguro, que representa, *ex vi* art. 49º o montante máximo da prestação a pagar pelo segurador, sendo que a regra dos seguros obrigatórios é a existência de um capital mínimo obrigatoriamente seguro, tal como *v.g.* determina o art. 12º DL nº 291/2007.

O dano a atender para efeitos de indemnização é, *ex vi* art. 138º nº 2, o disposto na lei geral, *in casu* a indemnização devida ao dono da obra.

## 7 - Prémio

Prémio é o preço da cobertura do risco, que está a cargo do tomador do seguro, sendo a sua obrigação principal. Nos termos do art. 51º é a contrapartida da cobertura acordada e constitui tudo o que é contratualmente devido pelo tomador ao segurador. A sua falta de pagamento determina, *ex vi* art. 61º, a resolução do contrato a partir da data da celebração, daqui resultando que, se o prémio não for pago não existe cobertura. Nos termos do nº2 a falta de pagamento das anuidades subsequentes impede a prorrogação do contrato.

## 8 - Tutela

No âmbito dos seguros obrigatórios o lesado pode exigir o pagamento da indemnização directamente ao segurador, de acordo com o art. 146º n.º1. Trata-se de um mecanismo que se designa por acção directa porque o normal no direito dos seguros será o lesado demandar o lesante e este, porque transferiu a sua responsabilidade para uma seguradora, suscita a intervenção principal espontânea ao abrigo do art. 311º CPC<sup>105</sup>

A regra em direito dos seguros é a de que os actos dolosos do tomador ou segurado ou beneficiário que sejam a causa dos danos não são segurados. Dispõe neste sentido como regra o art. 46º n.ºs 1 e 2. Assim, perante o dolo, isto é, a consciência e vontade de praticar o facto causador do dano, o segurador não é obrigado a cobrir a responsabilidade. Esta é a regra que se aplica aos seguros facultativos. Vimos que nos seguros obrigatórios, a ratio subjacente à obrigatoriedade do seguro é a tutela do lesado e como tal prescreve-se que o segurador continua a responder perante o lesado. Assim o art. 27º DL n.º 291/2007 que plasma o direito de regresso do segurador contra os causadores dolosos do sinistro.

Porém, por força do art. 144º, nos seguros de responsabilidade civil o segurador tem direito de regresso<sup>106</sup> da quantia despendida, contra o tomador ou segurado, que tenha causado dolosamente o dano ou tenha de outra forma lesado dolosamente o segurador após o sinistro.

O dolo é excluído quando o agente beneficia de causa de exclusão da ilicitude ou da culpa, *ex vi* art. 141º. Sendo que também, por força do art. 148º, nos casos de seguros obrigatórios de responsabilidade civil, a cobertura de actos ou omissões dolosos depende de este se encontrar estabelecido em regime legal ou regulamentar, concluindo,

---

<sup>105</sup> Assim, Acórdão STA de 17-10-2006, processo 0302/04 relatado pelo Conselheiro Rosendo José, aqui referindo que é ao abrigo do art. 320º CPC, actual art. 311º CPC. Ver tabela de correspondência disponibilizada pela Direcção-Geral de Política da Justiça <http://www.dgpj.mj.pt/sections/DestBanner/novo-codigo-de-processo7411>

<sup>106</sup> Direito de regresso, que é um direito *ex novo*, que por aí se diferencia da sub-rogação. Assim Menezes Cordeiro, Direito dos Seguros, Almedina, pág. 703 e José Vasques, Lei do Contrato de Seguro – Anotada, Almedina, 2011, Romano Martinez, Pedro e outros. Pág. 490, anotação ao art. 144º DL n.º 72/2008.

*ex vi* n° 2, caso o diploma seja omissivo, se prescreve a cobertura dos actos e omissões dolosos do segurado.

Havendo pluralidade de lesados, e o valor total de indemnização ultrapassar o capital seguro, as pretensões são proporcionalmente reduzidas até à concorrência desse capital, ou seja são rateadas, por força do art. 142°.

As partes podem atribuir, *de jure condito*, no contrato de seguro de responsabilidade civil, o direito ao lesado de demandar directamente o segurador, direito de lhe exigir a indemnização devida pelos danos imputáveis ao segurado e cobertos pelo contrato. *De jure condendo* propõe-se que este mecanismo seja a regra no contrato de seguro obrigatório. Sendo nestes casos dogmaticamente um contrato de seguro a favor de terceiro<sup>107</sup> regido nos termos da legislação que regule o contrato de seguro de responsabilidade civil do empreiteiro (obrigatório) e subsidiariamente, pelo plasmado nos arts. 443° e seguintes do CCIV.

---

<sup>107</sup> Vide, Margarida Lima Rego, Contrato de Seguro e Terceiros, Coimbra ed. pág. 652.

## Conclusão

Discorremos sobre os direitos que o nosso ordenamento jurídico atribui ao dono da obra em caso de incumprimento contratual, mormente pela incorrecta execução da obra. Essa incorrecta execução redundando nos defeitos da mesma, defeitos que significam um prejuízo para o dono da obra que deve ser corrigido de acordo com as várias soluções que o nosso legislador determinou. De um lado a tutela que confere o Código Civil, de outro a tutela mais forte oferecida aos consumidores pelo DL nº67/2003.

Não se discute aqui a certeza das soluções, mas tão-somente se a tutela que oferecem é efectiva. Verificamos que situações práticas existem em que ao dono da obra pode assistir razão, mesmo comprovada por decisão judicial e ainda assim não lhe ser possível efectivar os seus interesses.

É sobretudo para tutelar esses sujeitos que se propõe que o legislador determine, à semelhança do postulado no DL nº291/2007, que o empreiteiro tenha de ter a sua responsabilidade civil contratual coberta por um contrato de seguro. Daqui decorrem várias vantagens para as partes.

Desde logo, o empreiteiro que não tente ludibriar a lei, terá uma rede de segurança caso alguma obra que realize apresente, dentro do período de garantia, defeitos que lhe caiba reparar ou mesmo outro tipo de solução imposta pelos preceitos legais que estudamos. Para o dono da obra as vantagens também são visíveis, isto porque, vê os seus direitos efectivamente tutelados sem se preocupar com as hipóteses em que pelas razões que vimos, o empreiteiro não poderia responder no momento em que lhe é exigida a reparação dos direitos do primeiro.

Outras soluções serão possíveis para protecção das mesmas situações. Na empreitada de obras públicas, é frequente a constituição de uma garantia bancária autónoma<sup>108</sup>, justamente para protecção do dono da obra. Esta situação gera um problema, porque exigida a garantia, o banco detém um direito de crédito sobre o empreiteiro e este pode não possuir património que permita cumprir essa obrigação.

---

<sup>108</sup> Normalmente garantia bancária autónoma on first demand, que segundo o seu regime regra não permite que o banco recuse o pagamento, com excepção dos casos em que suspeite fundamentadamente de fraude.

Apenas protegemos o dono da obra para desproteger o banco. Porém, provavelmente para a constituição da garantia bancária autónoma a instituição de crédito exigiu garantias, v.g. uma ou várias hipotecas. Incumprida a obrigação do empreiteiro perante o banco, este executará a garantia que *in casu* é uma garantia real e mesmo que o empreiteiro já tenha transmitido os bens sob os quais foi constituída a mesma, o banco pode fazer vender esses imóveis e satisfazer, na medida do possível, o seu crédito sobre o empreiteiro em prejuízo do próprio ou de terceiros.

Por vantagem comparativa em relação à garantia bancária autónoma, o contrato de seguro estanca as perdas no património do segurador. Claro que o preço da obra irá aumentar, de resto como qualquer solução que se coloque para superar esta questão.

Uma vantagem de ordem pública decorre ainda da existência de um contrato de seguro obrigatório. Através dos mecanismos de bónus e agravamentos, o mercado tenderá a eliminar os empreiteiros que sejam responsabilizados. Isto porque quem não accionar a sua cobertura verá o preço da sua apólice baixar por acção do mecanismo de bónus e por outro lado, quem accionar a sua responsabilidade verá o valor do prémio referente a futuras coberturas aumentar e daí decorrerá a maior dificuldade deste empreiteiro em continuar no mercado. Por aqui se estimula a construção de qualidade.

## Bibliografia

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de,

– *Curso de Direito Comercial*, vol.I, 9.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2013

– *Curso de Direito Comercial*, vol.II, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2011

ALMEIDA, António Pereira de, *Direito Privado II (Contrato de Empreitada)*, Lisboa: AAFDL, 1983

ALMEIDA, José Carlos Moitinho de, “A responsabilidade civil do projectista e o seu seguro”, *BMJ*, 228, Julho de 1973

ALMEIDA, Teresa, *Lei de Defesa do Consumidor – Anotada*, 2.<sup>a</sup> edição, Lisboa: Instituto do Consumidor, Dezembro de 2001

ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 78 (LXXVIII), Coimbra, 2002, págs. 43-64

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, Vol. I, artigos 1 a 107, 4.<sup>a</sup> edição revista, Coimbra: Coimbra Editora

CORDEIRO, António Menezes, *Direito dos Seguros*, Almedina, 2013

CORREIA, A. Ferrer, MESQUITA, M. Henrique, “Anotação”, *ROA*, ano 45, vol. I, Abril 1985, págs.129-158

COSTA, Mário Júlio de Almeida, “O concurso da responsabilidade civil contratual e da extracontratual”, in Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda, J. J. Gomes Canotilho (Orgs.) *Ab Vno ad Omnes- 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra: Coimbra editora, Março de 1998, págs.555-565

GOMES, Rui José Simões Bayão de Sá, “Breves notas sobre o cumprimento defeituoso no contrato de empreitada”, in Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda, J. J. Gomes Canotilho (Orgs.) *Ab Vno ad Omnes- 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra: Coimbra editora, Março de 1998, págs.587-639

GONÇALVES, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, volume VII, Coimbra: Coimbra Editora, 1933

GUEDES, Agostinho Cardoso, "A responsabilidade do construtor no contrato de empreitada", in *Contratos: Actualidade de Evolução (Actas do Congresso Internacional sobre Direito dos Contratos promovido pela Universidade Católica Portuguesa na cidade do Porto em Novembro de 1991)*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, págs.315-330

JOSÉ, Rosendo Dias, *Responsabilidade civil do construtor e do vendedor pelos defeitos*, Lisboa Petrony 1984

JUSTO, A. Santos, “A locatio-conductio rei (direito romano)”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 78 (LXXVIII), 2002, págs.13-41

KASER, Max, *Direito Privado Romano*, tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das obrigações. Contratos em especial*, vol. III, 9.<sup>a</sup> edição, Almedina, 2014

LIMA, Pires de, VARELA, Antunes,

– *Código civil anotado*, vol. I, reimpressão da 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Coimbra editora, 2010

– *Código civil anotado*, vol. II, reimpressão da 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Coimbra editora, 2010

MARIANO, João Cura, *A responsabilidade contratual do empreiteiro pelos defeitos da obra*, 3.<sup>a</sup> edição, Coimbra: Almedina, Janeiro de 2008

MARTINEZ, Pedro Romano,

- “Compra e Venda e Empreitada”, in *Colóquio 35 anos do Código Civil e dos 25 da Reforma de 1977*, vol. III (Direito das Obrigações), Coimbra: Coimbra editora, Setembro de 2007, págs. 235-263
- *Cumprimento defeituoso em especial na compra e venda e na empreitada*, Almedina, 2001
- *Direito das Obrigações (Parte Especial): Contratos. Compra e Venda. Locação. Empreitada*, 2ª edição, Coimbra: Almedina, 2001
- “Empreitada de bens de consumo – A transposição da Directiva n.º1999/44/CE pelo Decreto-Lei n.º 67/2003”, in Luís Manuel Teles de Menezes Leitão (coord.) *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Volume II, Almedina, 2004, págs. 11-35
- “Empreitada de consumo”, *Themis*, ano II, n.º4, 2001, págs.155-171
- “O contrato de empreitada no Direito Romano e no antigo Direito Português: contributo para o estudo do conceito de obra na empreitada”, *Direito e Justiça*, Vol.7, ano 1993, págs. 17-33
- “Contrato de empreitada: prazos de garantia; decisão arbitral”, in Ruy de Albuquerque e Martim de Albuquerque (coord.) *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, págs. 697 a 706

NEVES, A. Castanheira, “Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Studia Iuridica, Coimbra: Coimbra Editora, 1993

PASSINHAS, Sandra, “As partes comuns na propriedade horizontal”, in Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda, J. J. Gomes Canotilho (Orgs.) *Ab Vno ad Omnes- 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra: Coimbra editora, Março de 1998, págs.641-660

PEREIRA, Jorge de Brito, “Do conceito de obra no contrato de empreitada”, *ROA*, ano 54, vol. II, Julho 1994, págs.569-622

PINTO, Carlos Mota, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. Coimbra Editora

PINTO, Paulo Mota,

– *Cumprimento Defeituoso do Contrato de Compra e Venda – Anteprojecto de Diploma de Transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português*, Lisboa: Instituto do Consumidor, Fevereiro de 2002

– “Reflexões sobre a transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português”, *Themis*, ano II, n.º4, 2001, págs.195-218

REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros – Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, 2010

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz,

– “Acórdão de 16 de Março de 1973 – Anotação”, *RLJ*, n.º3520 e 3521

– “Empreitada”, *BMJ*, 145, Abril de 1965, págs 19-190

– “Empreitada”, *BMJ*, 146, Maio de 1965, págs 33-247

SILVA, Fernando, “Determinação e transferência da propriedade no contrato de empreitada (análise interpretativa do art. 1212º do Código Civil)”, *Galileu – Revista de Economia e Direito*, vol. VIII, n.º2, 2003, págs.93-100

SILVA, João Calvão da,

– “Anotação: Direito de autor, cláusula penal e sanção pecuniária compulsória”, *ROA*, ano 47, vol. I, Abril 1987, págs.129-156

– *Banca, Bolsa e Seguros*, Tomo I, 3.ª edição, Coimbra: Almedina, 2012

– *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2008

TELLES, Inocêncio Galvão, “O direito de retenção no contrato de empreitada”, *O Direito*, Lisboa, Anos 106.º-119.º, 1974-1987, págs. 13-34

VARELA, Antunes,

– “Parecer”, *ROA*, ano 45, vol. I, Abril 1985, págs.159-197

VILALONGA, José Manuel, “Compra e venda e empreitada – Contributo para a distinção entre os dois contratos”, *ROA*, Ano 57, Vol. I, 1997, págs. 183 a 228