

ASSUNTO:	Substituição da retenção prevista no artigo 88.º/3 do CCP por seguro-caução.
Parecer n.º:	INF_USJAAL_TL_7033/2024
Data:	03-07-2024

Solicita o Município consulente o seguinte esclarecimento jurídico:

«No âmbito de uma empreitada de obras públicas em que não foi exigida a prestação de caução por o preço contratual ser inferior a 500 000,00 € [tendo a entidade adjudicante optado por proceder à retenção de 10% do valor dos pagamentos a efetuar, ao abrigo do disposto no artigo 88.º, n.º 3, do Código dos Contratos Públicos (CCP)], veio o adjudicatário solicitar a substituição das retenções pela prestação de seguro-caução.

Notando que "caução" e "retenção" são realidades jurídicas distintas, embora comunguem da mesma finalidade, enquanto garantia da boa execução do contrato, pronuncia-se Pedro Costa Gonçalves ("Direito dos Contratos Públicos", 5.ª edição, Coimbra, 2021, p. 962). Este insigne professor enfatiza que a opção do CCP é a de distinguir a "retenção" da "caução", não obstante a retenção se tratar, em rigor, de uma garantia, que, como é próprio da caução, tem o objetivo de garantir a boa execução do contrato.

A diferenciação entre as duas figuras jurídicas ("caução" e "retenção") é patente no tratamento que o CCP confere a cada qual, por exemplo, no domínio da substituição da caução e no que tange ao reforço da caução.

No que concerne ao reforço da caução, basta ver que os descontos nos pagamentos a que alude o artigo 353.º do CCP apenas são admissíveis caso tenha sido prestada caução pelo adjudicatário. Assim, quando não tenha sido exigida prestação de caução pelo adjudicatário, mas a entidade adjudicante opte por proceder à retenção do valor dos pagamentos, não poderá adotar o mecanismo do reforço de caução (neste sentido, Luís M. Alves e Rui Duarte, "O reforço da caução nos contratos de empreitada de obras públicas: breves notas", publicado na "Revista de Direito Administrativo Especial #3"). Entendem os referidos autores que a previsão desta norma é feita assentar pelo legislador no pressuposto da efetiva prestação de caução, coisa que não sucede, evidentemente, no caso em que esta é substituída pela retenção de 10% em cada um dos valores a pagar ao empreiteiro – donde a impossibilidade de "reforço da caução", nos termos do artigo 353.º do CCP, quando a entidade adjudicante tiver prescindido da caução pela retenção dos pagamentos.

O mesmo vale, "mutatis mutandis", para a substituição da caução prevista no artigo 294.º, que pressupõe, inarredavelmente, a efetiva prestação de caução. Sem caução, não pode haver...substituição de caução!

Não é pela razão de partilharem a mesma finalidade que se pode, por analogia, por similitude ou por vocação de qualquer outro cânone hermenêutico, aplicar às retenções nos pagamentos do artigo 88.º, n.º 3, do CCP, o mesmo regime que o Código previu, exclusivamente, para os casos em que tenha sido prestada

caução. Na verdade, o legislador apenas previu a possibilidade de substituição da caução e não já a substituição das retenções dos pagamentos. Se o quisesse ter feito, tê-lo-ia feito! Não pode o intérprete distinguir onde a lei não distinguiu, sendo o elemento gramatical o primeiro e principal ponto de partida na interpretação da lei (artigo 9.º do Código Civil). O intérprete deve presumir que o legislador soube consagrar na lei o seu pensamento em termos adequados e não pode retirar do elemento literal aquilo que lá não consta.

Comungando da posição dos mencionados autores e invocando, na ingente tarefa exegética que constitui o seu múnus, o brocado latino "ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus", o Jurista do Município entende que não é legalmente possível proceder à substituição da retenção de 10% do valor dos pagamentos a efetuar pela prestação de seguro-caução.

Ante o quadro de facto e de direito assim entretecido, requer-se a prolação de parecer jurídico que se pronuncie sobre a seguinte pergunta:

É possível, nos casos em que a entidade adjudicante não tenha exigido a prestação de caução por o preço contratual ser inferior a 500 000,00 €, mas tenha optado por proceder à retenção de 10% do valor dos pagamentos a efetuar, ao abrigo do disposto no artigo 88.º, n.º 3, do Código dos Contratos Públicos (CCP)], proceder à substituição dessas retenções pela prestação de seguro-caução?».

Neste sentido, cumpre emitir pronúncia, como segue:

I – Nota prévia: questão a resolver

Como decorre do enunciado da Consulta, a resposta à questão que vem colocada – da admissibilidade, ou não, no quadro legal de referência, da substituição, por seguro-caução, da retenção no valor dos pagamentos a efetuar pela entidade adjudicante ao abrigo e nos termos do n.º 3 do artigo 88.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)¹ – requer que nos debruçemos previamente sobre a natureza dessa retenção e das figuras da caução e do seguro-caução, à luz do regime jurídico em geral e em particular do das aquisições e contratos consagrado no referido Código.

E não obstante a clareza e fundada justificação da solução preconizada na Consulta, afigura-se-nos – com o máximo respeito pela opinião expendida – que não pode a solução decorrer apenas da análise do regime que no CCP se debruça sobre a caução, sob pena de fugirmos à

¹ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na redação atual.

questão a decidir, pois que, naturalmente, o regime da caução não intenta regular, ao menos diretamente, a retenção e por isso mesmo, como com toda a lógica se defende na Consulta, não se encontra nele referência à retenção, obviamente porque incidindo em aspetos que a esta se não dirigem, do que se retira, por exemplo, não fazer sentido haver reforço de caução se não houver caução. Só que, salvo o devido respeito, o que, no caso, se procura saber é se a retenção aqui em causa (a prevista no n.º 3 do artigo 88.º do CCP) – como garantia que é, natureza essa que vem expressamente reconhecida na Consulta – pode ser substituída por outra forma de garantia, como seja o seguro-caução, pelo que será redundante, afigura-se-nos, reconduzir a questão à aplicabilidade de normas que disso não tratam, ou, parece, ao menos à primeira vista, não tratarem e por isso se não poderem aplicar-se-lhe (à retenção).

Sendo certo, aliás, como também se reconhece na Consulta, que a retenção aqui em análise é substitutiva² da caução, permitimo-nos adiantar afigurar-se-nos *prima facie* que se a caução pode ser legalmente prestada pela forma de seguro-caução, ao permitir-se substituir a retenção por seguro-caução nada se estará afinal a subverter na razão de ser que preside ao regime legal em matéria de garantias dos contratos públicos.

Desenvolvendo:

² No sentido de que a retenção é substitutiva da caução pode ver-se a Orientação Técnica 07-CCP do IMPIC, de 17 de janeiro de 2022, onde, embora a propósito do regime especial da Lei n.º 30/2021, se diz (https://www.impic.pt/impic/assets/misc/img/circulares_informacoes/OrientacaoTecnicaIMPIC_07CCP.pdf):

«Nestes casos, em que a caução sendo exigível não será prestada, estabelece o n.º 2 do artigo 15.º da Lei n.º 30/2021 que seja feita uma retenção do valor dos pagamentos a efetuar nos termos do n.º 3 do artigo 88.º do CCP, o que significa que a caução será substituída, por força da lei, por uma retenção do valor dos pagamentos a efetuar. Sucede que este normativo só poderia ser utilizado (por aplicação direta do CCP) se tal previsão constasse do caderno de encargos, devendo a referida retenção ser fixada nesta peça num valor até 10%. Como no âmbito das medidas especiais a retenção pode ocorrer ainda que a sua previsão não conste no caderno de encargos (bem como a respetiva percentagem), pois só assim se justifica este instrumento substitutivo da caução, deve-se aplicar supletivamente a percentagem de retenção de 10% do valor dos pagamentos a efetuar».

No domínio do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março (regime jurídico das empreitadas de obras públicas, RJEOP), que antecedeu e foi revogado pelo CCP, o n.º 3 do artigo 112.º referia-o expressamente (transcreve-se com sublinhado acrescentado):

«Artigo 112.º [revogado - Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro]

Função da caução

1- O adjudicatário garantirá, por caução, o exacto e pontual cumprimento das obrigações que assume com a celebração do contrato de empreitada e eventuais contratos adicionais.

2- O dono da obra poderá recorrer à caução, independentemente de decisão judicial, nos casos em que o empreiteiro não pague, nem conteste no prazo legal, as multas contratuais aplicadas ou não cumpra as obrigações legais ou contratuais líquidas e certas.

3- Em obras de valor inferior a 5000 contos, a caução pode ser substituída pela retenção de 10% dos pagamentos a efectuar».

II – Enquadramento legal

Quanto ao regime da caução em geral encontram-se no Código Civil os preceitos a ela relativos, no contexto das garantias especiais das obrigações, a saber os artigos 623.º a 626.º³. Por outro lado, do CCP retêm-se com relevo para a presente análise os preceitos citados no parecer que integra a Consulta, do quais, na verdade, nenhum se refere à retenção substitutiva da caução de que aqui tratamos, mas estando prevista a possibilidade de substituição do reforço da caução por outras modalidades de garantia *nos mesmos termos estabelecidos para a caução destinada a garantir o exato e pontual cumprimento das obrigações contratuais*, isso conforme n.º 2 do artigo 353.º do CCP, como se transcreve:

«Artigo 353.º

Reforço da caução

1- Para reforço da caução prestada com vista a garantir o exato e pontual cumprimento das obrigações contratuais, às importâncias que o empreiteiro tiver a receber em cada um dos pagamentos parciais previstos é deduzido o montante correspondente a 5 /prct. desse pagamento, salvo se o contrato fixar percentagem inferior ou dispensar tal dedução.

2- A dedução prevista no número anterior pode ser substituída por títulos emitidos ou garantidos pelo Estado, por garantia bancária à primeira solicitação ou por seguro-caução, nos mesmos termos estabelecidos para a caução destinada a garantir o exato e pontual cumprimento das obrigações contratuais».

³ Transcrevem-se, para facilidade de exposição, os artigos 623.º a 626.º do Código Civil:

«Artigo 623.º

Caução imposta ou autorizada por lei

1. Se alguém for obrigado ou autorizado por lei a prestar caução, sem se designar a espécie que ela deve revestir, pode a garantia ser prestada por meio de depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos, ou por penhor, hipoteca ou fiança bancária.

2. Se a caução não puder ser prestada por nenhum dos meios referidos, é lícita a prestação de outra espécie de fiança, desde que o fiador renuncie ao benefício da excussão.

3. Cabe ao tribunal apreciar a idoneidade da caução, sempre que não haja acordo dos interessados.

Artigo 624.º

Caução resultante de negócio jurídico ou determinação do tribunal

1. Se alguém for obrigado ou autorizado por negócio jurídico a prestar caução, ou esta for imposta pelo tribunal, é permitido prestá-la por meio de qualquer garantia, real ou pessoal.

2. É aplicável, nestes casos, o disposto no n.º 3 do artigo anterior.

Artigo 625.º

Falta de prestação de caução

1. Se a pessoa obrigada à caução a não prestar, o credor tem o direito de requerer o registo de hipoteca sobre os bens do devedor, ou outra cautela idónea, salvo se for diferente a solução especialmente fixada na lei.

2. A garantia limita-se aos bens suficientes para assegurar o direito do credor.

Artigo 626.º

Insuficiência ou impropriedade da caução

Quando a caução prestada se torne insuficiente ou imprópria, por causa não imputável ao credor, tem este o direito de exigir que ela seja reforçada ou que seja prestada outra forma de caução».

O n.º 2 transcrito segue afinal – embora neste artigo 353.º se não falando de retenção mas de dedução, dedução esta também de natureza garantística – a mesma opção que subjaz aos artigos que, no Capítulo próprio⁴, o CCP dedica à caução, ou seja, a de admitir várias modalidades *alternativas* de garantia, quando igualmente idóneas ao fim que preside à sua exigibilidade legal⁵ /⁶, o que, aliás, está em consonância com o regime geral dos artigos do Código Civil acima citados.

Debruçando-nos, agora, sobre o regime do artigo 88.º do CCP⁷, salientamos os seguintes aspetos com relevo para aqui:

⁴ Capítulo IX do Título II da Parte II do CCP.

⁵ Nesse sentido, destaque-se o artigo 90.º do CCP:

«Artigo 90.º

Modo de prestação da caução

1- O adjudicatário deve prestar a caução no prazo de 10 dias a contar da notificação prevista no n.º 2 do artigo 77.º, devendo comprovar essa prestação junto da entidade adjudicante no dia imediatamente subsequente.

2- A caução é prestada por depósito em dinheiro ou em títulos emitidos ou garantidos pelo Estado, ou mediante garantia bancária ou seguro-caução.

3- O depósito em dinheiro ou títulos é efetuado em Portugal, em qualquer instituição de crédito, à ordem da entidade que for indicada no programa do procedimento, devendo ser especificado o fim a que se destina.

4- Quando o depósito for efetuado em títulos, estes são avaliados pelo respetivo valor nominal, salvo se, nos últimos três meses, a média da cotação na bolsa de valores ficar abaixo do par, caso em que a avaliação é feita em 90 /prct. dessa média.

5- O programa do procedimento deve conter os modelos referentes à caução que venha a ser prestada por garantia bancária, por seguro-caução ou por depósito em dinheiro ou títulos.

6- Se o adjudicatário prestar a caução mediante garantia bancária, deve apresentar um documento pelo qual um estabelecimento bancário legalmente autorizado assegure, até ao limite do valor da caução, o imediato pagamento de quaisquer importâncias exigidas pela entidade adjudicante em virtude do incumprimento de quaisquer obrigações a que a garantia respeita.

7- Tratando-se de seguro-caução, o programa do procedimento pode exigir a apresentação de apólice pela qual uma entidade legalmente autorizada a realizar este seguro assumira, até ao limite do valor da caução, o encargo de satisfazer de imediato quaisquer importâncias exigidas pela entidade adjudicante em virtude do incumprimento de quaisquer obrigações a que o seguro respeita.

8- Das condições da garantia bancária ou da apólice de seguro-caução não pode, em caso algum, resultar uma diminuição das garantias da entidade adjudicante, nos moldes em que são asseguradas pelas outras formas admitidas de prestação da caução.

9- Todas as despesas relativas à prestação da caução são da responsabilidade do adjudicatário».

⁶ Sem prejuízo de que, como diz Manuel Januário da Costa Gomes, "Garantias bancárias no Código dos contratos públicos: breves notas", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, FDUL, Lisboa, 2010: «Há, pois, uma "tipicidade taxativa" quanto aos modos de prestação da caução pelo adjudicatário, não podendo a caução ser prestada por qualquer outro meio que não algum dos legalmente previstos».

⁷ Artigo que dispõe:

«Artigo 88.º

Função da caução

1- No caso de contratos que impliquem o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, deve ser exigida ao adjudicatário a prestação de uma caução destinada a garantir a sua celebração, bem como o exato e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que assume com essa celebração.

2- Pode não ser exigida prestação de caução:

a) Quando o preço contratual for inferior a (euro) 500 000;

b) Quando se trate de contratos em que o adjudicatário seja uma entidade prevista nos artigos 2.º ou 7.º; ou

- A caução (quando exigível) destina-se a garantir a celebração do contrato por parte do adjudicatário, bem como o exato e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que o mesmo adjudicatário assume com essa celebração – n.º 1 do 88.º⁸;
- Nos casos previstos no n.º 2 do artigo 88.º *pode não ser exigida* prestação de caução;
- No caso de, podendo legalmente não ser exigida, *não ter sido exigida* a prestação de caução, *pode a entidade adjudicante, se o considerar conveniente, proceder à retenção de até 10 /prct. do valor dos pagamentos a efetuar, desde que tal faculdade seja prevista no caderno de encargos* – n.º 3 do artigo 88.º.

Daqui se extrai que a retenção, ao abrigo do n.º 3 do artigo 88.º do CCP, é uma faculdade legalmente concedida à entidade adjudicante, quando reunidas as condições do n.º 2 anterior, por isso podendo esta não usar dessa faculdade, e para a usar, tendo que o ter previsto no caderno de encargos. Onde, esta retenção assume a natureza substitutiva da caução – ainda que de menor alcance, desde logo porque se reconduz a apenas uma percentagem das parcelas que vão sendo pagas e não a um valor percentual sobre o preço do contrato⁹ – mas, por isso

c) Quando se trate dos contratos previstos na alínea c) do n.º 1 do artigo 95.º, ainda que exista contrato escrito.

3- Quando, no caso previsto no número anterior, não tenha sido exigida a prestação de caução, pode a entidade adjudicante, se o considerar conveniente, proceder à retenção de até 10 /prct. do valor dos pagamentos a efetuar, desde que tal faculdade seja prevista no caderno de encargos.

4- Pode não ser exigida a prestação de caução, nos termos previstos no programa do procedimento ou no convite, quando o adjudicatário apresente seguro da execução do contrato a celebrar, emitido por entidade seguradora, que cubra o respetivo preço contratual, ou declaração de assunção de responsabilidade solidária com o adjudicatário, pelo mesmo montante, emitida por entidade bancária, desde que essa entidade apresente documento comprovativo de que possui sede ou sucursal em Estado membro da União Europeia, emitido pela entidade que nesse Estado exerça a supervisão seguradora ou bancária, respetivamente».

⁸ Em consonância, veja-se o artigo 296.º do CCP:

«Artigo 296.º

Execução da caução

1- As cauções prestadas pelo cocontratante podem ser executadas pelo contraente público, sem necessidade de prévia decisão judicial ou arbitral, para satisfação de quaisquer importâncias que se mostrem devidas por força do não cumprimento por aquele das obrigações legais ou contratuais, designadamente as seguintes:

a) Sanções pecuniárias aplicadas nos termos previstos no contrato;

b) Prejuízos incorridos pelo contraente público, por força do incumprimento do contrato;

c) Importâncias fixadas no contrato a título de cláusulas penais.

2- A execução parcial ou total de caução prestada pelo cocontratante implica a renovação do respetivo valor, no prazo de 15 dias após a notificação pelo contraente público para esse efeito.

3- A execução indevida da caução confere ao cocontratante o direito a indemnização pelos prejuízos daí advenientes».

⁹ Como se pode ler no artigo 89.º do CCP:

«Artigo 89.º

Valor da caução

mesmo, é ela própria (retenção) uma garantia, sendo certo que a entidade adjudicante deve reter essas quantias e não pode sequer usá-las em seu proveito no tempo que medeia até as libertar a favor do adjudicatário¹⁰ (salvo, naturalmente, se houver lugar à execução da garantia que a retenção representa).

Ora, como se deduz ser o caso objeto da Consulta, se o adjudicatário se propuser predispor ao adjudicante uma garantia de idoneidade/valor igual, ou, porventura, de valor reforçado, em relação à retenção – a qual, repete-se é até uma mera faculdade que o adjudicante pode nem sequer usar – não fica preenchido o fim legal que presidiu à sua admissibilidade legal? Afigura-se-nos que sim, aliás com solução paralela, em circunstâncias de maior rigorismo legal, ao da possibilidade de substituição da caução e do reforço da caução/dedução nos termos do artigo 353.º do CCP por garantias igualmente idóneas como decorre dos preceitos do CCP a propósito antes citados.

E essa solução parece, aliás, corresponder ao disposto, em geral, nos artigos 623.º e 624.º do Código Civil, mais propriamente, parece-nos, nos termos do n.º 1 do artigo 624.º porque no caso aqui em análise se trata de mera faculdade de a exigir:

«Artigo 623.º

Caução imposta ou autorizada por lei

1. Se alguém for obrigado ou autorizado por lei a prestar caução, sem se designar a espécie que ela deve revestir, pode a garantia ser prestada por meio de depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos, ou por penhor, hipoteca ou fiança bancária.

1- Sem prejuízo do disposto no n.º 5, o valor da caução é, no máximo, de 5 /prct. do preço contratual, devendo ser fixado em função da complexidade e expressão financeira do respetivo contrato.

2- Sem prejuízo do disposto no n.º 5, quando o preço total resultante da proposta adjudicada seja considerado anormalmente baixo por aplicação do disposto no n.º 1 do artigo 71.º, o valor da caução a prestar pelo adjudicatário é, no máximo, de 10 /prct. do preço contratual.

3- Quando, em contratos que não impliquem o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, for exigida a prestação de caução, o valor desta não pode ser superior a 2 /prct. do montante correspondente à utilidade económica imediata do contrato para a entidade adjudicante.

4- Quando o contrato previr renovações, o valor da caução tem por referência o preço do seu período de vigência inicial e cada renovação deve ser condicionada à prestação de nova caução, que terá por referência o preço de cada um dos respetivos períodos de vigência.

5- No caso de contratos de execução duradoura superior a cinco anos, o valor de referência para a aplicação das percentagens referidas nos n.ºs 1 e 2 limita-se ao primeiro terço da duração do contrato.

6- Na falta de fixação, o valor da caução previsto nos n.os 1 e 2 é de 5 /prct. ou de 10 /prct. do preço contratual, respetivamente».

¹⁰ Nas condições estabelecidas no artigo 295.º do CCP.

2. Se a caução não puder ser prestada por nenhum dos meios referidos, é lícita a prestação de outra espécie de fiança, desde que o fiador renuncie ao benefício da excussão.

3. Cabe ao tribunal apreciar a idoneidade da caução, sempre que não haja acordo dos interessados.

Artigo 624.º

Caução resultante de negócio jurídico ou determinação do tribunal

1. Se alguém for obrigado ou autorizado por negócio jurídico a prestar caução, ou esta for imposta pelo tribunal, é permitido prestá-la por meio de qualquer garantia, real ou pessoal.

2. É aplicável, nestes casos, o disposto no n.º 3 do artigo anterior».

E quanto ao seguro-caução rege o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 183/88, de 24 de maio¹¹, como se transcreve:

«Artigo 6.º

Riscos seguráveis

1- O seguro de caução cobre, directa ou indirectamente, o risco de incumprimento ou atraso no cumprimento das obrigações que, por lei ou convenção, sejam susceptíveis de caução, fiança ou aval.

2- O Estado, seus estabelecimentos, organismos e serviços civis ou militares, ainda que personalizados, os tribunais, os institutos e empresas públicas, as autarquias locais, suas federações e uniões e as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa não podem recusar apólices de seguro de caução nos casos em que, por disposição legal, despacho genérico ou deliberação de órgãos de gestão ou de corpos administrativos ou sociais de entidades dos sectores público ou empresarial do Estado, exista a obrigação de caucionar ou afiançar e seja devido, designadamente, o depósito de numerário, títulos ou outros valores, garantias bancárias ou fiança para assegurar o cumprimento de obrigações legais ou contratuais.

3- Para efeito do disposto no número anterior, devem as respectivas apólices salvaguardar os direitos dos segurados nos precisos termos da garantia substituída. (...).».

¹¹ Decreto-Lei que estabelece o quadro legal do seguro de créditos, na redação atual.

Claro que ainda aqui se poderá defender – como, quanto aos preceitos do CCP, faz a posição expressa na Consulta – que os artigos citados do Código Civil se referem à caução e não à retenção. Porém, permitimo-nos reafirmar, a retenção é, ainda que de menor força ou alcance do que a caução, uma forma de garantir as obrigações do adjudicatário, pelo que não se vê razão para que se lhe não aplique, aliás, por maioria de razão, o regime legal que permite a substituição da caução por garantia de igual ou maior idoneidade. Se a própria caução é, nos termos do n.º 2 do artigo 90.º do CCP «*prestada por depósito em dinheiro ou em títulos emitidos ou garantidos pelo Estado, ou mediante garantia bancária ou seguro-caução*», como não admitir que a retenção que pode ser exigida quando não haja lugar à caução, não possa sê-lo também, como a caução, por depósito em dinheiro ou em títulos emitidos ou garantidos pelo Estado, ou mediante garantia bancária ou seguro-caução? Isso até porque não pode deixar de atender-se a que a entidade adjudicante tem, ao abrigo do n.º 2 do artigo 88.º do CCP, uma mera faculdade que pode não usar, isto é, que a entidade adjudicante mesmo nesses casos em que a possa não exigir pode exigir a prestação de caução. Como dizem Pedro Santos Azevedo, Pedro Costa Gonçalves, Licínio Lopes Martins¹², referindo-se nesse passo ao regime do artigo 88.º do CCP:

«(...) o concorrente não pode, em qualquer procedimento, recusar-se a prestar caução se o contrato for, por exemplo, inferior a 500.000 euros e a entidade adjudicante determinar a prestação dessa caução. O que acontece, na realidade, e é isso que a lei determina, é que existe uma permissão normativa para a entidade adjudicante abdicar da solicitação de caução nesses casos».

Aliás, em abono do entendimento que perfilhamos, pode acrescentar-se que a retenção aqui em análise não deixa de ser ou de preencher os mesmos pressupostos de um depósito em dinheiro¹³, sendo este uma das formas de prestar caução, pelo que é por essa perspetiva

¹² “As Medidas Especiais de Contratação Pública – Anotadas”, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2024, p. 108.

¹³ Na pesquisa efetuada encontrou-se neste sentido o Acórdão da Relação de Guimarães (Proc. 1473/09.1TBRRG.G1), de 11.10.2010, onde, embora no domínio de legislação anterior ao CCP e tratando-se de obra particular, se diz:

«No caso concreto, como vimos, foi convencionado que a retenção da percentagem sobre o valor facturado, para efeitos de garantia de boa execução do contrato, podia ser substituída por garantia bancária, na modalidade «on first demand», o que nos auxilia na determinação do seu enquadramento jurídico.

Com efeito, importa averiguar que tipo de garantia pode configurar esta retenção de uma percentagem sobre o valor facturado.

Trata-se, sem dúvida, de uma caução, tal como está estabelecida para as empreitadas de obras públicas – artigos 104.º e ss do REOP – e prevista no artigo 623.º e 624.º do Código Civil como garantia especial das obrigações. Os diversos modos de prestação de caução aí previstos destinam-se sempre a desempenhar a mesma função: garantir o cumprimento das obrigações assumidas pelo empreiteiro ou, como no nosso caso, pelo subempreiteiro.

Podendo o depósito em dinheiro (retenção de percentagem sobre o valor facturado) ser substituído por garantia bancária, há que considerar que, desempenhando ambos a assinalada função de caução, têm uma natureza autónoma e não acessória da obrigação que garantem, caso em que estaríamos perante uma fiança e não uma garantia bancária, ou depósito em dinheiro através da retenção de percentagens».

também uma garantia e uma forma de prestação de caução ainda que nos termos “atenuados” que a lei (para ela retenção) prevê¹⁴.

Tudo se diz no pressuposto de que a substituição da retenção pelo seguro-caução é proposta pelo adjudicatário (segundo a Consulta, *veio o adjudicatário solicitar a substituição das retenções pela prestação de seguro-caução*) e aceite pela entidade adjudicante depois de verificado que o seguro-caução reúne exigências paralelas às requeridas para a substituição da caução pelo n.º 7 do artigo 90.º do CCP¹⁵ (cf. também a última parte do n.º 2 do artigo 353.º)¹⁶, designadamente que a(s) respetiva(s) apólices salvaguarda(m) os direitos do Município Consulente nos precisos termos da garantia substituída, no caso a garantia consubstanciada na(s) correspondente(s) retenção(ões).

III – Conclusão

1. Nos casos previstos no n.º 2 do artigo 88.º do CCP em que não tenha sido exigida a prestação de caução existe a faculdade, nos termos do n.º 3 seguinte, de, desde que prevista no caderno de encargos, a entidade adjudicante proceder à retenção de até 10% do valor dos pagamentos a efetuar.

2. Sendo modalidade de natureza garantística igualmente idónea ao fim legal que presidiu àquela faculdade afigura-se-nos que pode o adjudicatário, em alternativa à retenção referida no ponto anterior, prestar seguro-caução, em consonância com o regime legal do CCP que permite a substituição de caução por garantia de igual idoneidade, bem como com o regime da garantia das obrigações previsto no Código Civil, desde que, nos termos desses regimes, o seguro-caução reúna exigências paralelas às requeridas para a substituição da caução pelo n.º 7 do artigo 90.º do CCP, designadamente que a(s) respetiva(s) apólices salvaguarde(m) os direitos do Município Consulente nos precisos termos da garantia substituída, no caso a garantia consubstanciada na(s) correspondente(s) retenção(ões).

¹⁴ Embora, reafirma-se, a retenção tenha um alcance menor em relação à caução propriamente dita.

¹⁵ Que preceitua: «*Tratando-se de seguro-caução, o programa do procedimento pode exigir a apresentação de apólice pela qual uma entidade legalmente autorizada a realizar este seguro assumo, até ao limite do valor da caução, o encargo de satisfazer de imediato quaisquer importâncias exigidas pela entidade adjudicante em virtude do incumprimento de quaisquer obrigações a que o seguro respeita*».

¹⁶ Como, aliás, se prevê no n.º 6.º do Decreto-Lei n.º 183/88, de 24 de maio, acima transcrito no texto.

