

Doutrina

Topicamente – e a quatro mãos... – sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas

CARLA AMADO GOMES | Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO | Assistente da Faculdade de Direito da universidade de Lisboa. Advogado

Visto do Tribunal de Contas, Alguns Problemas

DIOGO DUARTE CAMPOS | Advogado

PEDRO MELO | Advogado

O contrato de empreitada por preço global no Código dos Contratos Públicos

LICÍNIO LOPES MARTINS | Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra

O instituto da convalidação da tutela cautelar em tutela final urgente consagrado no artigo 121.º do CPTA

MARLENE SENNEWALD | Advogada

Alterações ao Código dos Contratos Públicos – O Decreto-Lei nº 278/2009, de 2 de Outubro

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO | Assistente da Faculdade de Direito da universidade de Lisboa. Advogado

Decretamento provisório de providências cautelares no contencioso administrativo

SOFIA VENTURA | Advogada

Revisitando a garantia da tutela jurisdicional efectiva dos administrados

SUZANA TAVARES DA SILVA | Professora da Faculdade de Direito de Coimbra

Informações



Faculdade de Direito
Universidade de Coimbra

5

Março de 2010

O contrato de empreitada por preço global no Código dos Contratos Públicos

Licínio Lopes Martins

Com o presente texto é apenas nosso objectivo tentar contribuir para o esclarecimento da seguinte questão: no âmbito da realização de uma empreitada, cujo contrato foi celebrado por preço global, como deve ser efectuado o pagamento ao empreiteiro no âmbito do regime do Código dos Contratos Públicos, naquelas situações em que se verifiquem erros de medição, por excesso, da obra a realizar?

Para facilitar o esclarecimento da questão colocada, vamos partir de uma hipótese prática.

Suponha-se que numa empreitada por preço global se apurou um erro de medição da estrutura do edifício objecto da obra correspondente em mais de 5% do valor global da obra, representando um custo na ordem de quinhentos mil euros. Este valor em excesso deve ser pago ao empreiteiro por se tratar de um contrato de empreitada por preço global, não obstante não se tenha efectivamente reflectido na realização de trabalhos, em virtude da verificação daquele erro de medição por excesso? Ou dito de outro modo: numa empreitada por preço global deve o empreiteiro ser pago pela totalidade do preço contratual naquelas situações em que, por erro de cálculo do projecto, se verifique uma evidente desnecessidade de executar trabalhos?

1. A classificação das empreitadas em função do modo de pagamento ao empreiteiro

Segundo uma classificação que já se pode considerar clássica, quer na lei, quer na doutrina, as empreitadas de obras públicas, quando ao modo de remuneração do empreiteiro distinguem-se segundo os termos a seguir enumerados.

A empreitada é por preço global – também designada por preço único e fixo, a corpo, à *forfait ou per avisionem* - quando a remuneração é fixada adiantadamente numa soma

certa, correspondente à realização de todos os trabalhos necessários para a execução da obra, objecto do contrato.

Será por série de preços - também designada por medição - quando a remuneração resultar da aplicação dos preços unitários previstos no contrato para cada espécie de trabalho a realizar, às quantidades desse trabalho realmente executadas, segundo se comprovar por medição periódica.

Por último, a empreitada é por percentagem quando o empreiteiro assume a obrigação de executar a obra por preço correspondente ao seu custo, acrescido de uma percentagem destinada a cobrir os encargos de administração e a remuneração normal da empresa^{1 2}.

Das classificações referidas, as que se afirmaram mais importantes na prática foram, sem dúvida, as empreitadas por preço global e por série de preços.

Olhando para cada uma destas classificações do ponto de vista do risco, isto é, do ponto de vista da repartição do risco entre o dono da obra e o empreiteiro, é unânime a conclusão de que a primeira – a empreitada por preço global - é (ou era) aquela que menos riscos transferia ou implicava para o dono da obra, uma vez que este ficava a saber de antemão – ou seja, no momento da celebração do contrato -, o valor/montante da remuneração que teria de pagar ao empreiteiro, sem prejuízo, naturalmente, da sua posterior alteração em virtude quer de uma possível revisão de preços, quer da necessidade de proceder a trabalhos a mais e/ou a trabalhos de suprimentos de erros e omissões.

E quanto ao empreiteiro, dizia-se que, por força da álea do risco, poderia ficar (ou vir) a ganhar ou ficar (vir) a perder, tudo dependendo da sua diligência em conseguir ganhos de economia ao longo da execução da obra. E porque assim é, esta dinâmica contratual na empreitada por preço global era lapidarmente traduzida por um autor, tantas vezes citado a este propósito, do seguinte modo: o preço aleatório ou à *forfait* é um preço global e invariável, apesar da variabilidade das quantidades; é uma noção de preço e de risco, de tal sorte que o empreiteiro, nem poderá reclamar aumento de preço, se a obra ficar mais cara do que fora calculada, nem está sujeito à redução, se ela sair mais barata³.

Contudo, e continuando a seguir o raciocínio do mesmo Autor, dado que, na prática, as alterações às quantidades de trabalho previstas se traduziam geralmente num aumento

¹ Cfr. Marcelo Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, 2.º volume, Almedina, pág. 1006.

² As classificações referidas no texto foram acolhidas na lei pelo menos a partir de 1969, tendo tido seguimento no Decreto-Lei n.º 48.871 (artigo 2.º), no Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto (artigo 6.º), no Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro (artigo 6.º) e no Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março (artigo 8.º).

³ Cfr. Luiz da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, VII, Coimbra, 1934, pág. 613.

das quantidades realmente utilizadas e quase nunca numa diminuição delas, a empreitada por preço global apresentava-se, por regra, como mais vantajosa para o dono da obra, porque ficava, desde logo, a conhecer o preço que lhe seria exigido. Pelo lado do empreiteiro, os riscos seriam maiores na medida em que teria de se sujeitar a suportar eventuais maiores despesas se a sua previsão, quanto à realização de toda a obra, não estava correcta.

Pelo contrário, já a empreitada por série de preços implica maiores riscos para o dono da obra, pois que lhe é impossível saber com segurança, no momento da celebração do contrato (embora pudesse e devesse fazer uma estimativa), o preço que teria de suportar no final da obra, na medida em que dono da obra sabe os preços unitários dos tipos de trabalhos e materiais a utilizar, mas desconhece em termos exactos a quantidade dos mesmos – a quantidade necessária para a execução da obra –, pelo que o preço a pagar terá sempre de ser apenas o estimado⁴.

Refira-se que no regime imediatamente anterior ao Código dos Contratos Públicos havia uma preferência legal pelas empreitadas por preço global, tendo o legislador determinado, através da Lei n.º 163/99, de 14 de Setembro, que deviam ser contratadas por preço global as obras cujos projectos permitissem determinar a natureza e as quantidades dos trabalhos a executar, bem como os custos dos materiais e da mão-de-obra a empregar.

3. O Código dos Contratos Públicos e as modalidades das empreitadas de obras públicas em função da retribuição do empreiteiro

Ao contrário do regime anterior, o Código dos Contratos Públicos não estabelece uma classificação das empreitadas em função do modo de remuneração do empreiteiro, o que significa que deixa tal matéria para a autonomia contratual das partes, ou melhor, para a autonomia pública contratual da Administração que, nas peças do procedimento – no caderno de encargos –, há-de definir os termos em que se propõe pagar ao contratante.

Efectivamente, o Código, na parte especificamente dedicada ao contrato de empreitadas de obras públicas (Parte III, artigos 343.º e segs.), em parte alguma se refere às respectivas modalidades em função do modo de retribuição do empreiteiro.

⁴ Para uma excelente síntese das posições a que se faz referência no texto, Rui Medeiros, *O Controlo de custos nas empreitadas de obras públicas através do novo regime de trabalhos de suprimento de erros e omissões e de trabalhos a mais*, in *Estudos de Contratação Pública, II*, Coimbra Editora, 2010.

Consequentemente, haverá que procurar na Parte Geral do Código as disposições que tenham por objecto a fixação contratual do preço. Disposições estas que, por serem gerais, abrangem também o contrato em causa, salvo a existência de disposição legal que expressamente as afaste.

E, nesta Parte Geral, o Código dos Contratos Públicos, na alínea d) do n.º 1 do artigo 96.º, sob a epígrafe “**Conteúdo do contrato**”, determina que faz parte integrante do contrato – de todos os contratos públicos e não apenas dos contratos administrativos -, quando este for reduzido a escrito, um clausulado que deve conter, sob pena de nulidade daquele, entre outros elementos, “O preço contratual ou o preço a receber pela entidade adjudicante ou, *na impossibilidade do seu cálculo*, os elementos necessários à sua determinação” (alínea d).

Resulta desta alínea que a remuneração pode ser fixada de duas maneiras:

- a) Por via da estipulação de preço contratual;
- ou
- b) Na impossibilidade do seu cálculo – ou seja, na impossibilidade de fixar de antemão um preço – através da definição dos elementos necessários à sua determinação.

O Código, no artigo 97.º, n.º 1, dá também a *definição de preço contratual*, estabelecendo que é o preço a pagar, pela entidade adjudicante, em resultado da proposta adjudicada, pela execução de todas as prestações que constituem o objecto do contrato.

As disposições citadas são aplicáveis ao contrato de empreitadas de obras públicas, salvo, como se referiu, a existência de lei especial que expressamente as afaste.

Significa isto que também nos contratos de empreitadas de obras públicas a regra há-de ser a da fixação de um preço contratual, o que se traduz no preço a pagar pelo contraente público ao empreiteiro ***pela execução de todas as prestações que constituem o objecto do contrato***. Termos, portanto, semelhantes ao que vimos suceder na empreitada por preço global.

Em todo caso, o Código dos Contratos Públicos não deixou, pelo menos em parte, de replicar o que se previa no regime jurídico das empreitadas de obras públicas, permitindo, quando não seja desde logo possível determinar o preço contratual, que do contrato constem apenas os elementos necessários à respectiva determinação⁵.

⁵ No fundo, o Código dos Contratos Públicos generalizou o anterior regime do contrato de empreitadas de obras públicas à generalidade dos contratos públicos, como, aliás, o próprio legislador confessa no preâmbulo do diploma do Código.

Portanto, o Código dos Contratos Públicos permite pelo menos a fixação de dois modos de remuneração do empreiteiro:

- a) A modalidade da empreitada por preço global;
- b) E, nos termos referidos – isto é, na medida em que não seja possível a definição do preço contratual por não existirem dados ou elementos suficientes no momento em que é celebrado o contrato -, a modalidade de empreitada por série de preços.

3. Na empreitada por preço global a entidade adjudicante é sempre obrigada a pagar o preço contratual?

A questão, em termos gerais, pode ser enunciada conforme o título deste ponto do texto. Mas o nosso âmbito é mais específico, consistindo tão só em saber se a entidade adjudicante está obrigada a pagar ao empreiteiro o preço contratualmente ajustado naquelas situações em que, por erro do projecto, se previu uma determinada quantidade de trabalhos que, na realidade, não existem, isto é, que na realidade não fazem parte da obra a executar.

3.1. Os dados do Código dos Contratos Públicos

Como ponto prévio, deverá desde já dizer-se que o facto de o Código dos Contratos Públicos não conter uma norma semelhante ao anterior regime do contrato de empreitadas de obras públicas em nada altera, como se verá, a solução que por nós será adiantada.

Efectivamente, sobre a empreitada por preço global dizia o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, que “se realizados todos os trabalhos, subsistir ainda um saldo a favor do empreiteiro, ser-lhe-á pago com a última liquidação”.

Esta disposição, segundo a interpretação doutrinal que dela era feita, traduzia expressivamente o modo como se procedia à repartição do risco na empreitada por preço global, uma vez que o empreiteiro ficava obrigado a executar a obra projectada pelo preço contratualmente definido, ficando, conseqüentemente, onerado com o risco que naturalmente daí poderia advir. Assim, se para a boa execução da obra, o empreiteiro se visse “forçado” a utilizar mais quantidades de material ou a mobilizar mais recursos, de pessoal, financeiros ou outros, para além dos previstos nas peças de programação da obra, o risco – o mesmo é dizer, o prejuízo – seria por conta dele, dado que, precisamente, se tinha obrigado a executar a obra nos termos programados e pelo preço contratualmente ajustado. Aliás, este preço até tinha resultado de uma proposta que ele apresentou a concurso.

Mas se, eventualmente, o empreiteiro conseguisse mobilizar menos recursos e, portanto, ter menos dispêndios na execução da obra dos que os programados, então já seria ele a recolher os benefícios do risco que havia assumido.

Mas isto, obviamente, tudo ponderado num *quadro de normalidade contratual*, ficando de fora todas as situações que, segundo a lei ou até a equidade contratual, fugissem aos riscos próprios do contrato. Por isso, dizia-se que, por força da álea do risco, o empreiteiro poderia ficar (ou vir) a ganhar ou ficar (vir) a perder, tudo dependendo da sua diligência em conseguir ganhos de economia ao longo da execução da obra. Fora desta lógica ficariam, conseqüentemente, de fora as *situações que pudessem adulterar o equilíbrio económico do contrato* e conduzir a um *injusto enriquecimento* do dono da obra, *sem causa e à custa* do empreiteiro, ou do empreiteiro, também *sem causa e à custa* do dono da obra, o mesmo é dizer *à custa* do erário público. Ou seja, *a empreitada por preço global não tem de ser um preço firme, inalterável*⁶.

O Código dos Contratos Públicos não acolheu a disposição citada do anterior regime - “se realizados todos os trabalhos, subsistir ainda um saldo a favor do empreiteiro, ser-lhe-á pago com a última liquidação” -, o que só por si poderia indiciar uma indicação decisiva do Código, isto é, a indicação de que no contrato de empreitadas de obras públicas a entidade adjudicante apenas deverá pagar os trabalhos efectivamente executados pelo empreiteiro.

Algumas indicações literais do Código poderiam levar, *ab initio*, àquela conclusão, ou seja, à conclusão de que o contraente público se encontraria impedido de pagar os trabalhos que não fossem executados e, portanto, não fossem medidos. Tal conclusão levaria a que em todos os casos em que houvesse trabalhos previstos no projecto, mas não fossem necessários à execução/conclusão da obra, em caso algum deveriam ser liquidados e, portanto, pagos ao empreiteiro, contrariando-se assim a lógica do preço contratual resultante do artigo 97.º daquele Código – *et pour cause* – a lógica das empreitadas por preço global.

Esta interpretação poderia ainda encontrar reforço em alguns artigos do regime substantivo do contrato de empreitadas de obras públicas constante do Código dos Contratos Públicos, designadamente:

- 1) Do artigo 387.º, nos termos do qual o dono da obra deve proceder à medição de todos os trabalhos executados, incluindo os trabalhos não previstos ou não devidamente ordenados pelo dono da obra;

⁶ Neste sentido, embora acentuando a parte do empreiteiro, Jorge Andrade da Silva, *Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*, 10ª ed., Coimbra, Almedina, págs. 54 e segs.

- 2) Do artigo 392.º, n.º 1, nos termos do qual, após a assinatura, pelo empreiteiro, dos documentos que constituem a situação dos trabalhos, promove-se a liquidação dos preços correspondente às quantidades de trabalhos medidos sobre as quais não haja divergências, depois de deduzidos os descontos a que houver lugar nos termos contratuais, notificando-se o empreiteiro dessa liquidação para o efeito do respectivo pagamento, no prazo estipulado;
- 3) E do artigo 400.º, por força do qual na conta final da empreitada devem constar os dados seguintes:
 - uma conta corrente à qual são levados, por verbas globais, os valores de todas as medições e revisões ou acertos decorrentes de reclamações decididas, o prémio por cumprimento antecipado do contrato e as sanções contratuais aplicadas;
 - um mapa dos trabalhos a mais, dos trabalhos de suprimento de erros e omissões e dos trabalhos a menos, com a indicação dos preços unitários pelos quais se procedeu à sua liquidação;
 - um mapa de todos os trabalhos e valores sobre os quais subsistem reclamações ou reservas do empreiteiro ainda não decididas, com expressa referência ao mapa da alínea anterior, sempre que os mesmos também constem daquele.

Tudo somado poderia então concluir-se que o Código dos Contratos Públicos teria definitivamente assumido uma nova doutrina quanto à empreitada por preço global.

Por nós, não vamos tão longe.

Em primeiro lugar, por decorrer do próprio tráfego jurídico e económico, que é inerente ao universo contratual, uma dose de risco; o risco que é próprio a qualquer contrato, seja no universo civil, seja no universo dos contratos administrativos⁷.

Em segundo lugar, este risco é naturalmente acrescido nos contratos em que o preço é fixado de antemão, designadamente nos contratos que implicam investimentos avultados e que, de algum modo, a respectiva execução implica diversos factores produtivos, incluindo uma especial habilitação técnica, a pressupor, portanto, uma diligência qualificada do executante. É o que sucede com o contrato de empreitadas de obras públicas.

Neste tipo de contratos o benefício que resultar para o executante emerge como uma decorrência natural ou normal do risco que, de antemão, assume, assim como surge, do mesmo modo, como uma decorrência natural ou normal o prejuízo que desse risco resultar. Tudo isto pode suceder no contrato de empreitada por preço global. Efectivamente, nesta modalidade, o empreiteiro tanto pode vir a ganhar como a perder, tudo dependen-

⁷ Para uma abordagem geral dos riscos nos contratos de direito civil, Nuno Aureliano, *O Risco nos Contratos de Alienação*, Coimbra, Almedina, 2010.

do do modo como decorrer a execução do contrato, podendo ou não o empreiteiro conseguir economizar ou obter poupanças ou ganhos de economia ao longo da execução da obra⁸.

Mas isto é assim por tal circunstância ser inerente à natureza própria do contrato, ou melhor, à natureza da modalidade de empreitada adoptada em função do modo de remuneração do empreiteiro. Mas já não faz sentido ser assim quando ocorram *situações de patologia ou de anomalia contratual*, que, por assumirem esta configuração, excedem ou ficam excluídos daquele quadro de normalidade contratual, seja por razões ligadas à formação do contrato, seja por razões ocorridas na respectiva execução. É isto que sucede, como é sabido, mesmo nos contratos de empreitadas por preço global, em que *são excluídos dos riscos próprios do contrato* os trabalhos a mais e, designadamente, os erros e omissões, que, conduzindo a trabalhos de suprimento, têm por pressuposto o princípio geral de que os mesmos não devem correr por conta do empreiteiro, salvo nas hipóteses legalmente previstas⁹.

Nestes termos, se, por *princípio geral*, o empreiteiro – mesmo, repetimos, num contrato de empreitadas por preço global –, não deve suportar o risco resultante de erros e omissões do projecto – excepto, como é natural, nas empreitadas de concepção-construção –, justamente *por se entender que são erros – isto é, anomalias contratuais – e não riscos próprios do contrato*, então por que razão o empreiteiro já deve ser pago pela totalidade do preço contratual nos casos em que por erro de projecto se previu a realização de trabalhos que, na realidade, se veio a verificar serem absolutamente desnecessários à execução da obra?

3.2. O erro contratual *versus* o risco contratual

A resposta à pergunta anteriormente formulada não dispensa a convocação da doutrina geral do erro no contrato, ou melhor, na formação do contrato, seja do contrato de direito civil, seja de direito administrativo.

E aqui fazemos nossas as palavras de Rui Medeiros, a propósito dos erros e omissões no contrato de empreitadas de obras públicas, fixando como doutrina de que também aqui o erro constitui um errada (ou falsa) representação da realidade actual, da realidade presente ou contemporânea da formação do contrato¹⁰.

⁸ Cfr. Marcelo Caetano e Luiz Cunha Gonçalves, *Obs. cit.*

⁹ Para uma visão da repartição da responsabilidade pelos trabalhos de suprimento por erros e omissões, Licínio Lopes Martins, *Alguns aspectos do contrato de empreitadas de obras públicas I*, in *Estudos de Contratação Pública II*, Coimbra Editora, 2010.

¹⁰ Cfr. Rui Medeiros, *O Controlo de custos...*

Esta errada ou falsa representação da realidade subjacente à formação do contrato determina um regime próprio em termos de trabalhos de suprimentos por erros e omissões e da respectiva responsabilidade.

E o Código dos Contratos Públicos apenas se ocupou de uma parte dos erros e omissões, por, justamente, em termos práticos, ser o tipo de erros e omissões os que, por tradição, conduzem a uma derrapagem dos custos das obras públicas. A força da tradição, como é consabido, tem levado a que o legislador apenas se preocupe em disciplinar os erros e omissões que se traduzem em acréscimos de custos, não se ocupando dos casos em que tais erros consistam numa previsão por excesso, isto é, numa previsão de realização de obra superior à realmente necessária.

Mas – repetimos – a responsabilidade por aqueles primeiros erros e omissões fica excluída dos riscos próprios do contrato, isto é, não são transferidos para o empreiteiro pelo mero efeito do contrato mesmo tratando-se de um contrato de empreitada por preço global, tendo, pelo contrário, um regime específico ao nível da respectiva responsabilidade, tal como sucede com os trabalhos a mais.

E bem vistas as coisas, o regime legal para os erros e omissões até poderia ser outro.

Efectivamente, e tomando por base a aplicação que Rui Medeiros faz da doutrina do erro ao contrato de empreitadas de obras públicas, para distinguir, no plano científico, os erros e omissões dos trabalhos a mais, então a coerência desta doutrina poderia levar-nos a outras consequências de regime diferentes daquelas que o legislador tem adoptado para o efeito.

Na verdade, se o erro constitui uma errada (ou falsa) representação da realidade actual, da realidade presente ou contemporânea da formação do contrato¹¹, a sequência natural seria a inserção desta problemática, como sucede no direito civil, no domínio do erro na formação do contrato e, portanto, no âmbito das invalidades contratuais. Solução que, em geral, foi igualmente transposta para o contrato administrativo, no passado pelo Código do Procedimento Administrativo (artigo 185.º n.º 2)¹² e hoje pelo Código dos Contratos Públicos, estabelecendo o n.º 2 do artigo 285.º que *“Aos demais contratos administrativos [entre os quais se inclui o contrato de empreitadas de obras públicas por ser um contrato administrativo por força da lei, não sendo substituível por acto administrativo] é aplicável o regime de invalidades consagrado no direito civil”*.

¹¹ Cfr. Rui Medeiros, *O Controlo de custos...*

¹² Por força do n.º 2 do artigo 185.º do Código do Procedimento Administrativo *“São [eram] aplicáveis a todos os contratos administrativos as disposições do Código Civil relativas à falta e vícios da vontade”*.

Em todo o caso, por razões práticas, o legislador tem afastado tal solução do contrato de empreitadas de obras públicas, estabelecendo para o efeito um regime específico. Regime este que exclui também os erros e omissões dos riscos próprios do contrato mesmo que se trate de um contrato de empreitadas por preço global. *E assim sucede por, justamente, se tratar de erros e não de riscos próprios ou conaturais ao contrato.*

Ora, se assim é nas situações tipicamente configurados pelo legislador, mesmo – repetimos – nos contratos de empreitada por preço global, por que razão ou razões uma entidade adjudicante - quando faz, através dos seus próprios serviços ou através de uma encomenda ao exterior, um projecto no qual se prevêem medições superiores à realidade da obra a executar, o que tecnicamente se traduz num erro – já será obrigada a pagar o preço contratual ao empreiteiro só porque a empreitada é por preço global?

São muitas as razões que inequivocamente nos conduzem a uma resposta negativa. Nas palavras seguintes adiantamos apenas algumas.

3.3. A relevância do “erro contratual” e o juízo de prognose “retrospectivo” sobre a ordenação das propostas

Em primeiro lugar, não prevendo o Código dos Contratos Públicos, como se salientou, um regime específico para as situações em que a entidade adjudicante faz uma errada representação da realidade, constituindo esta errada representação a causa directa da realização de trabalhos absolutamente desnecessários para a execução da obra, por não haver uma correspondência entre as medições projectadas e a realidade da obra a executar, então necessário se torna fazer apelo à teoria do erro na formação dos contratos.

Na verdade, como igualmente já se salientou, também nestes casos o erro constitui uma errada (ou falsa) representação da realidade actual, da realidade presente ou contemporânea da formação do contrato. Só que o Código dos Contratos Públicos não prevê para eles, no âmbito do regime substantivo do contrato de empreitadas de obras públicas, um regime próprio ou específico.

Ora, tratando-se tecnicamente de um erro na formação do contrato, por consubstanciar uma “representação inexacta”¹³ da realidade que constitui objecto do contrato, forçoso é, para o aplicador do Código e para o intérprete, ter de seguir a pauta metódica que o mesmo impõe para as situações do género.

Desde logo, a indicação que resulta do n.º 3 do artigo 280.º, sob a epígrafe “Direito aplicável” (entenda-se direito aplicável ao contrato administrativo), nos termos do qual “Em tudo quanto não estiver regulado no presente Código ou em lei especial e não for sufi-

¹³ Cfr. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 505.

cientemente disciplinado por aplicação dos princípios gerais de direito administrativo, são subsidiariamente aplicáveis às relações contratuais jurídicas administrativas, com as necessárias adaptações, as restantes normas de direito administrativo *e, na falta destas, o direito civil*”.

Por força desta disposição, constando-se a falta de regras de direito administrativo, somos, pois, remetidos para o direito civil e, dentro deste, para o regime que no caso se afigura aplicável, ou seja, o que disciplina a formação da vontade contratual.

Mas sobre a matéria o Código contém outras disposições ainda mais decisivas. Trata-se do artigo 285.º, relativo ao regime da invalidade do contrato administrativo. Diz-nos este artigo o seguinte:

“1 — Aos contratos com objecto passível de acto administrativo e outros contratos sobre o exercício de poderes públicos é aplicável o regime de invalidade previsto para o acto com o mesmo objecto e idêntica regulamentação da situação concreta.

2 — Aos demais contratos administrativos é aplicável o regime de invalidade consagrado no direito civil.

3 — ***Todos os contratos administrativos são susceptíveis de redução e conversão, nos termos do disposto nos artigos 292.º e 293.º do Código Civil, independentemente do respectivo desvalor jurídico***”.

Aplicando esta disposição à hipótese prática de que partimos, é de concluir que nela se verifica uma representação inexacta – ou seja, um erro – concretizada no seguinte: no edifício, em vez de ser medida ou calculada a altura real da estrutura que seria objecto da obra a realizar, foi calculada erradamente uma altura muito superior, correspondente à altura total do edifício, o que conduziu ao encarecimento da obra em mais de quinhentos mil euros.

Segundo a doutrina geral do direito civil, estamos, no caso, ante uma situação em que o erro, na perspectiva da entidade adjudicante, assume a qualidade de erro como vício da vontade¹⁴. A entidade adjudicante sempre teria celebrado o contrato de empreitada, mas nunca nos termos em que o celebrou, desde logo quanto ao preço contratual adjudicado.

Ora, se em situações deste género o Código dos Contratos Públicos manda recorrer ao direito civil, tal remissão traduz-se na aplicação do regime que o Código Civil prevê em matéria de erro na (ou da) formação da vontade.

¹⁴ Sobre a caracterização e relevância do erro como vício da vontade, Mota Pinto, *Ob. cit.*, págs. 504 e segs.

Em todo caso, tendo o Código dos Contratos Públicos acolhido também a doutrina da conservação do negócio jurídico, deve, conseqüentemente, proceder-se nos termos indicados no n.º 3 do artigo 285.º, segundo o qual *“Todos os contratos administrativos são susceptíveis de redução e conversão, nos termos do disposto nos artigos 292.º e 293.º do Código Civil, independentemente do respectivo desvalor jurídico”*.

Sendo possível, na realidade, identificar a parte sobre que incide o erro, deve haver lugar à redução do contrato de empreitada naquela parte, que coincide, precisamente, com a parte em que a formação da vontade da entidade adjudicante não se formou de forma correcta e são.

E contra o que aqui sugerimos não procede um eventual argumento de que a redução do contrato teria sempre de ser equacionada com o facto de saber se a mesma não poderia ter alguma consequência ao nível da ordenação das propostas na fase da selecção.

Como nos parece ser óbvio, esta questão não faz sentido ser colocada nesta sede. Desde logo, por não estar em causa um problema de ordenação de propostas, mas um problema de “extrair” do contrato uma parte viciada. Depois porque é o próprio Código dos Contratos Públicos que admite a redução (e a conversão) do contrato administrativo nos termos gerais e, portanto, com ampla latitude. Por último, aquele mesmo Código admite que entre trabalhos a mais e erros e omissões se perfaça 50% do preço contratual, o que pode ir para além do preço base que foi concursado, não curando no caso de saber se tal circunstância bule com uma eventual ordenação das propostas obtida no concurso que precedeu a celebração do contrato. Conseqüentemente, não faz sentido mobilizar tal argumento nas situações em que, por um erro do projecto, se peca por excesso, isto é, por excesso de medição relativamente à efectiva realidade da obra a executar.

3.4. O locupletamento sem causa, a justiça contratual e o princípio da boa fé

Mesmo que, eventualmente, se entendesse que as razões anteriormente expostas não procederiam, sempre teria de se enfrentar um outro problema.

Já nos referimos ao facto de a Administração, na empreitada por preço global, não dever locupletar-se sem causa e à custa do empreiteiro. Ora, no plano da justiça contratual, também o mesmo princípio deve valer para o empreiteiro. No domínio contratual, o princípio do equilíbrio económico-financeiro do contrato não é unilateral; a equidade e a justiça contratual impõem que seja bilateral. Um contrato, qualquer que seja a sua natureza – civil ou administrativa – assenta estruturalmente na justiça comutativa, no sinalagma do “dou para que me dê”, traduzindo expressivamente o princípio do equilíbrio económico-financeiro do contrato.

Referindo-se a esta dimensão do contrato de empreitada por preço global, mas apenas na perspectiva do empreiteiro, escreve Jorge Andrade da Silva o seguinte: “Porém, tudo isto só em princípio, já que, na realidade, o processo não pode desenvolver-se com uma rigidez total, sob pena de, injustamente, se adulterar o *equilíbrio económico-financeiro do contrato* e conduzir a um injusto enriquecimento do dono da obra, sem causa e à custa do empreiteiro que, assim, em vez de ser um colaborador da Administração na realização de determinado fim de interesse público, acabaria por ser submetido a um sacrifício superior ao exigido à generalidade dos cidadãos, transformando-o num contribuinte especial relativamente àquele interesse público. (...). Assim, não será justo fazer o empreiteiro suportar as consequências onerosas de erros de concepção e até de medição se estes lhe não forem imputáveis; as flutuações dos preços dos elementos de produção são aleatórios (...) a que o empreiteiro é totalmente alheio (...), e alheio será o empreiteiro à verificação” de outras situações. “Por isso, só em termos relativos se pode afirmar que, na empreitada por preço global, tal preço está desde logo fixado. O preço global não tem, pois, que ser um preço firme, inalterável”¹⁵.

Tudo isto vale do lado do empreiteiro, não valendo, portanto, em relação a ele a rigidez do contrato por preço global. Mas se assim é, então o mesmo deve valer quando a questão for colocada do lado da entidade adjudicante. Se a rigidez da empreitada por preço global não pode funcionar para o empreiteiro, por isso ser exigido por um elementar princípio de justiça contratual, o mesmo princípio deve funcionar quando o problema seja equacionado pelo lado da Administração, isto é, do contraente público. Como é óbvio, o facto de se tratar de um contraente com a qualidade de entidade adjudicante não pode transformar um problema estruturalmente contratual, e, portanto, de natureza bilateral, num problema de uma só parte, no caso o co-contratante, ficcionando que só para este valeria o desvio à rigidez do contrato por preço global, ficando a entidade adjudicante, sucedesse o que sucedesse, eternamente aprisionada ao preço global!

O que se vem dizendo torna-se ainda mais consistente *quando o erro de projecto, concretizado na previsão de medições, de quantidades de trabalhos ou de cálculos se revelem manifestos ou de relativa facilidade de percepção para um empreiteiro médio colocado na concreta ou real posição do empreiteiro contratado*. Na verdade, estando em causa um erro de medição de estruturas físicas existentes na obra a executar, a qualquer empreiteiro minimamente diligente, colocado na real posição do empreiteiro contratado, seria, com a mínima diligência, de acessível detecção; senão ante o projecto, pelo menos quando confrontado, no local da obra, com a real dimensão e configuração do respectivo edifício.

¹⁵ Cfr. Jorge Andrade da Silva, *Ob. cit.*, pág. 55.

A este aspecto está inevitavelmente associado um outro.

Na verdade, a qualquer cidadão que contrata com a Administração deve ser exigido um patamar mínimo de boa fé, quer na fase da formação do contrato, quer sobretudo na fase da sua execução. Esta máxima, como é sabido, não precisaria de estar positivada em norma legal; ela resulta dos princípios gerais do direito, quer no plano civil, quer no plano administrativo. Trata-se da relevância do princípio da boa fé na fase de formação do contrato e na sua execução, a impor uma particular conduta às respectivas partes, no caso ao empreiteiro e ao dono da obra¹⁶.

Se, ante os dados concretos da realidade da obra, um empreiteiro minimamente diligente e pautado pelo espírito de boa fé na execução do contrato, colocado na real posição do contraente, teria percepcionado o erro em que incorreu a entidade adjudicante, “aler-tando” o dono da obra para o erro de medição do projecto, isto é, para o facto de este – o dono da obra – ter feito uma errada representação da realidade, então é de concluir que o real contraente, ao não proceder de tal modo, não pauta a sua conduta pelo princípio da boa fé na execução dos contratos administrativos.

Nestes termos, a defender-se a tese de que num contrato de empreitada por preço global o dono de obra tem sempre de pagar o preço contratual pode facilmente correr-se o risco de estar a “legitimar” a atribuição de um prémio aos co-contraentes que não pautam a sua conduta segundo o princípio da boa fé.

3.5. A empreitada por preço global e a legalidade financeira

Uma eventual interpretação que defenda que a entidade adjudicante, numa empreitada por preço global, tem sempre de pagar o preço contratual, mesmo naquelas situações que objectivamente não cabem no risco normal do contrato, como é o caso em que aquela faz uma errada representação da realidade, designadamente quando prevê a realização de trabalhos que, a qualquer empreiteiro medianamente diligente, se apresentem como desnecessários à execução da obra, tem de confrontar-se com um *sério problema de legalidade financeira*, pois um agente administrativo que injustificadamente ordene o pagamento de trabalhos que em nada beneficiam o interesse público, antes onerando o erário público, terá sempre ante si um possível *problema da responsabilidade financeira* em sede de reintegração do património financeiro público por despesa ilegalmente realizada. Assim sucederá quando o projecto for da autoria da própria entidade adjudicante, isto é, quando o projecto for concebido nos seus próprios serviços. Mas não deixará de

¹⁶ Sobre a relevância do princípio da boa fé no domínio contratual, António Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 1997.

ser assim mesmo naquelas situações em que encomende a respectiva concepção “fora de portas”, desde logo se o erro tiver resultado dos elementos que forneceu à equipa de projectistas.

3.6. Ainda os dados do Código dos Contratos Públicos

Por último, e apoiando o que vimos dizendo, é o próprio Código dos Contratos Públicos que, no artigo 97.º, n.º 1, dá a noção de preço justo, *ao definir o preço contratual*, como aquele que a entidade adjudicante tem de pagar à proposta adjudicada *pela execução de todas as prestações que constituem o objecto do contrato*.

Note-se que o Código não fala (apenas) em prestações objecto do contrato; *fala* expressa e inequivocamente *na execução de todas as prestações*, isto é, na execução de todas as prestações previstas no contrato. Redacção que, pela sua clareza e imperatividade, tem forçosamente de excluir pelo menos as prestações que, de forma originária ou superveniente, se tornaram impossíveis de executar, seja por erro do projecto, seja por outra circunstância juridicamente relevante. Com tal redacção, o Código dos Contratos Públicos não pretende, naturalmente, eliminar o já mencionado risco contratual, que é inerente à generalidade dos contratos, especialmente daqueles que, por regra, assumem alguma complexidade e um risco de investimento. É o que sucede, como vimos, com o contrato de empreitada por preço global. Mas seguramente, a disposição citada do Código dos Contratos Públicos já não abrangerá aquelas situações em que o dono da obra, por evidente erro do seu projecto, prevê uma medição de obra a executar que excede visivelmente a obra real.

Ora, em situações como esta, que, claramente, não cabem no risco próprio ou normal do contrato, será legítimo defender que a entidade adjudicante, mesmo assim, tenha de pagar o preço contratual ao empreiteiro só porque se parte da lógica geométrica e formal de que estamos ante uma empreitada por preço global, sendo que o Código dos Contratos Públicos até impõe à entidade adjudicante que *apenas pague a execução* das prestações contratuais?

Por último, como nos parece óbvio, contra o que se vem dizendo, não vale o argumento de que no regime de erros e omissões previsto no Código o empreiteiro, quando lhe seja imputável, também é responsável, cujo montante da responsabilidade pode variar entre 50% e 100%. Então, por contraposição, num contrato de empreitada por preço global, também deveria ser pago por todo preço contratual, mesmo naquelas situações em que existe tecnicamente um erro-vício na formação do contrato, por inexacta representação da realidade, podendo, conseqüentemente, receber mais 20%, 30%, 40%, 50% ou, levan-

do a lógica formal ao cúmulo, até em mais 100%, ou seja, receber todo o preço contratual sem executar qualquer obra!

Conclusão final

Quando, por erro de projecto, a entidade adjudicante fizer uma errada representação da realidade da obra executar, originada por um excesso de medição relativamente à obra que efectivamente deve ser executada, estamos ante uma *situação de patologia ou de anormalidade contratual*, que cai fora dos riscos próprios do contrato, sendo, consequentemente, ilegítimo defender que o empreiteiro mesmo assim deve ser pago pelo preço contratual quando a empreitada for por preço global. O empreiteiro só deve ser prejudicado pelo risco que assume quando este for próprio ou normal ao contrato que celebra; de igual modo só deve beneficiar dele em iguais circunstâncias, e não quando ocorram situações de anomalia ou patologia contratual, *maxime* quando elas são originárias, traduzindo-se tecnicamente num “erro contratual” por representação inexacta da realidade. Quando assim suceda, o Código dos Contratos Públicos impõe a aplicação do regime civil, o que, em termos práticos, obriga a uma redução (parcial) do contrato, desde que a natureza deste não se oponha a tal redução. Num contrato de empreitada por preço global, tendo havido por parte da entidade adjudicante, na fase do projecto, uma representação inexacta, por excesso, da realidade da obra a executar, e não se opondo a natureza do contrato ao mecanismo da redução, deve, consequentemente, proceder-se nos termos do regime que aquele Código prevê para tais situações, ou seja, que se proceda à redução do contrato nos termos do Código Civil. Naturalmente que o facto de o contrato de empreitadas de obras públicas poder assumir, quanto ao modo de pagamento do empreiteiro, a modalidade de empreitada por preço global não constitui argumento válido que obste à realização daquela operação metódica. □