

O REGIME DA RESPONSABILIDADE POR ERROS E OMISSÕES DO PROJECTO NAS EMPREITADAS DE CONCEPÇÃO/CONSTRUÇÃO EM FACE DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

*Pelo Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia e
Dr. António Cadilha*

SUMÁRIO:

I. Introdução. II. Da distribuição do risco nas empreitadas de concepção/construção: explanação do regime legal. III. Da distribuição do risco nas empreitadas de concepção/construção: interpretação e articulação dos preceitos relevantes do regime legal: A) O regime da responsabilidade por erros e omissões do projecto nas empreitadas de concepção/construção em face do princípio da culpa; B) O regime da responsabilidade por erros e omissões do projecto nas empreitadas de concepção/construção em face do princípio do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos: B.1) O princípio do equilíbrio financeiro e o problema do risco imprevisível nos contratos administrativos; B.2) O princípio do equilíbrio financeiro e os seus efeitos na interpretação do regime dos erros e omissões nas empreitadas de concepção/construção; C) Da articulação do regime da responsabilidade por erros e omissões do projecto e do regime dos trabalhos a mais nas empreitadas de concepção/construção. IV. Síntese conclusiva.

I. INTRODUÇÃO

1. É sabido que os contratos administrativos (de empreitada, prestação de serviços ou fornecimento) trazem consigo, normal-

mente, múltiplos riscos. Constituem, em regra, acordos de extensa duração e grande volume económico, cuja execução requer a coordenação de muitos e variados elementos, no que se pode designar como uma complexa morfologia empresarial. Pense-se, em particular, nas grandes obras públicas: a sua natureza e volume, a complexidade técnica da sua execução, os condicionalismos do local de implementação e a sua grande duração, fazem com que se verifiquem, com frequência, alterações importantes entre o momento de contratar as obras e o momento de as realizar. Alterações que, por vezes, são determinadas pela própria Administração ou são consequência de circunstâncias imprevisíveis de ordem económica ou puramente organizativa, mas que, noutros casos, são resultado de factores imprevisíveis de ordem natural — em comum, todos têm o facto de poderem provocar modificações relevantes na base económica que presidiu à celebração do contrato.

Neste quadro, constitui elemento referencial decisivo, quer na formação, quer na execução de qualquer empreitada de obra pública, a determinação do *modelo de distribuição de riscos* entre as partes — o qual se reconduz, no fundo, à questão de saber quem deve suportar as *consequências negativas* resultantes de os trabalhos necessários à execução de uma obra pública, por circunstâncias exteriores aos contratantes, não corresponderem à qualidade projectada, à quantidade prevista ou ao custo orçamentado.

A questão assume particular configuração no âmbito dos *contratos de empreitada em que o projecto de execução é elaborado pelo empreiteiro*, acordos que o Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, vem admitir em casos excepcionais em que o adjudicatário deva assumir “*obrigações de resultado relativas à utilização da obra a realizar*”, ou “*nos quais a complexidade técnica do processo construtivo da obra a realizar requeira, em razão da tecnicidade própria dos concorrentes, a especial ligação destes à concepção daquela*” (cf. artigo 43.º, n.º 3). Tal particular configuração resulta da circunstância de, nestas empreitadas de concepção/construção ⁽¹⁾, o documento que contém a previsão das espécies e das

⁽¹⁾ A expressão concepção-construção procura traduzir, precisamente, a ideia de junção, num único contrato, das missões de concepção e de execução da obra, correspon-

quantidades dos trabalhos necessários para a execução da obra (o *projecto de execução*) ser da responsabilidade do empreiteiro, cabendo apenas ao dono da obra definir, no *programa*, os objectivos, as características orgânicas e funcionais e os condicionamentos financeiros da obra [cf. artigo 43.º, n.º 3 e n.º 4, alínea b), do CCP e artigo 1.º, alínea n), da Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de Julho].

Neste tipo de empreitadas, em que o objecto da prestação a que o empreiteiro se aceitou vincular é o da obtenção de um *resultado* que inclui a concepção e construção de uma obra (sendo que a primeira destas fases implica a indicação da natureza e da quantidade dos trabalhos necessários para a sua execução) poderá sustentar-se que devem correr integralmente a cargo do empreiteiro — que acordou em tal obrigação — os riscos decorrentes i) da *impossibilidade de realização da obra*, ii) da *deterioração ou perda da coisa construída antes da sua entrega ao dono da obra*, e iii) da *maior onerosidade da prestação* em resultado de um acréscimo de dificuldade na sua execução. Este último risco deriva do contraponto entre a normal *invariabilidade* do preço estabelecido e a *variabilidade* do custo inerente à produção do resultado pretendido ⁽²⁾.

Poderá, no entanto, contrapor-se — apelando a valores de justiça comutativa, boa-fé e equidade, e à sua especial configuração nos contratos administrativos — que, mesmo neste género de empreitadas, a assunção pelo empreiteiro dos riscos associados à variação na qualidade, quantidade e custo dos trabalhos necessários à produção do resultado prometido deve encontrar uma limitação, quando aquela resulte de causas que reúnam as características de *imprevisibilidade*, *inevitabilidade* e *exterioridade* face à

dendo à tradução do conceito inglês *Design and Build*, pelo qual se designam os contratos em que o empreiteiro se compromete a elaborar os planos e as especificações da obra (*design*) e a realizá-la (*build*) (cf. PANAYOTIS GLAVINIS, *Le contrat international de construction*, Paris, 1993, p. 282).

⁽²⁾ A qual pode ter várias causas: a variabilidade do rendimento concreto das energias empregues face ao seu rendimento potencial; a qualidade e quantidade das resistências encontradas na execução; a irregularidade ou deficiência dos procedimentos técnicos adoptados; a produtividade dos instrumentos e meios empregues; o aumento do preço dos vários elementos necessários à execução da obra.

relação contratual, à organização da empresa e ao complexo de relações jurídico-patrimoniais que a rodeiam.

O escopo deste artigo é o de identificar qual destes dois paradigmas — o que remete apenas para a vontade contratual a distribuição dos riscos associados à execução da obra e o que propende para a ponderação, nessa delimitação, de valores jurídicos externos à relação contratual — se deve considerar consagrado na lei portuguesa. Para o efeito, começamos por explanar o regime jurídico contido no CCP sobre a matéria (II), para depois proceder à sua interpretação no quadro global desse diploma e da ordem jurídica nacional (III).

II. DA DISTRIBUIÇÃO DO RISCO NAS EMPREITADAS DE CONCEPÇÃO/CONSTRUÇÃO: EXPLANAÇÃO DO REGIME LEGAL

2. O regime legal de distribuição de risco relativo à *quantidade, qualidade e custo dos trabalhos necessários à execução de uma obra* que constitui objecto de uma empreitada de obras públicas resulta de um conjunto de normas plasmadas no CCP, quer na parte relativa à disciplina da contratação pública (Parte II), quer naquela que consagra o regime substantivo dos contratos administrativos (Parte III). Tais normas modelam aquele regime de distribuição do risco a partir de dois institutos, há muito enraizados na legislação nacional que versa sobre as empreitadas de obras públicas: referimo-nos aos *erros e omissões* e aos *trabalhos a mais*.

Relativamente aos erros e omissões, as soluções contidas no CCP partem de uma diferenciação básica entre *i) empreitadas em que o projecto de execução da obra seja elaborado pelo dono de obra* — e, constitua, portanto um dos elementos integrados no caderno de encargos do procedimento tendente à formação de tal contrato — e *ii) empreitadas de concepção/construção* (que constituem elemento central do presente estudo), em que a elaboração de tal projecto compete ao empreiteiro.

3. No que concerne ao primeiro destes tipos de empreitadas, importa começar por destacar o artigo 61.º, preceito que, respei-

tando à fase de formação dos contratos públicos, impõe aos interessados o dever de, até ao termo do quinto sexto do prazo fixado para a apresentação das propostas, apresentarem ao órgão competente para a decisão de contratar uma lista na qual identifiquem expressamente os *erros e as omissões do caderno de encargos* detectados e que digam respeito a: “a) *aspectos ou dados que se revelem desconformes com a realidade*; b) *espécie ou quantidade de prestações estritamente necessárias à integral execução do objecto do contrato a celebrar*; ou c) *condições técnicas de execução do objecto do contrato a celebrar que o interessado não considere exequíveis*” (cf. artigo 61.º, n.º 1).

Tal dever é, no entanto, afastado quanto aos erros e omissões que os concorrentes, “*actuando com a diligência objectivamente exigível em face das circunstâncias concretas, apenas pudessem detectar na fase de execução do contrato*” (cf. artigo 61.º, n.º 2). No que respeita aos erros e omissões que forem identificados até ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, o órgão competente para a decisão de contratar deve pronunciar-se sobre eles, podendo aceitá-los ou rejeitá-los — sendo que a falta de pronúncia corresponde, tacitamente, a uma rejeição (cf. artigo 61.º, n.º 5). Esta decisão é publicitada na plataforma electrónica utilizada pela entidade adjudicante e junta às peças do procedimento que se encontram patentes para consulta, competindo então aos concorrentes, relativamente aos erros e omissões que sejam aceites, identificar nas suas propostas os respectivos termos do suprimento e o valor, incorporado no preço, atribuído a cada um desses trabalhos de suprimento (cf. artigo 61.º, n.ºs 6 e 7).

A articulação entre este regime e o artigo 378.º do CCP — norma que, no âmbito da regulação substantiva dos contratos administrativos (Parte III), disciplina, quanto aos contratos de empreitada de obras públicas, a responsabilidade pelos trabalhos de suprimento de erros e omissões — revela-nos que o encargo que impende sobre os interessados de identificarem, durante o período de apresentação de propostas, os erros e omissões do caderno de encargos, configura um verdadeiro ónus. Com efeito, dispõe o n.º 3 do artigo 378.º que, quanto aos erros e omissões cuja detecção era exigível na fase de formação do contrato ao abrigo do artigo 61.º, n.ºs 1 e 2, a *responsabilidade pelos trabalhos de seu*

suprimento impende sobre o empreiteiro — ou seja, será este que terá de suportar os respectivos encargos ⁽³⁾. Ao invés, quanto aos erros e omissões do caderno de encargos cuja detecção, sendo exigível, foi efectivamente realizada mas rejeitada pela entidade adjudicante, *a responsabilidade recai, em exclusivo, sobre esta entidade* (cf. 2.ª parte do n.º 3 do artigo 378.º).

Por seu turno, quanto aos erros e omissões que os interessados, actuando com a diligência devida face às circunstâncias concretas, não era exigível que detectassem na fase de formação do contrato, o legislador veio atribuir à entidade adjudicante *a responsabilidade pelos trabalhos necessários ao seu suprimento* — bastando para tal que, no momento da execução do contrato, o empreiteiro identifique tais erros no prazo de 30 dias a partir da data em que lhe fosse exigível essa detecção (cf. artigo 378.º, n.º 4) ⁽⁴⁾.

5. Do regime dos erros e omissões a que estão sujeitas as *empreitadas em que o projecto de execução da obra seja elaborado pelo dono de obra* distingue-se, como referimos, aquele que incide sobre as *empreitadas de concepção/construção*. Com efeito, a distribuição do risco da quantidade, qualidade e custo dos trabalhos, neste tipo contratual, não se pode concretizar com base no artigo 61.º do CCP, porque o caderno de encargos do procedimento de formação do contrato de empreitada não contém o elemento — projecto de execução — no qual o interessado possa identificar os erros e as omissões que digam respeito a aspectos ou dados que se revelem desconformes com a realidade e que possam influenciar a espécie ou quantidade de prestações necessárias à integral execução do objecto do contrato a celebrar.

Em conformidade com a inaplicabilidade do artigo 61.º às empreitadas de concepção/construção, o artigo 378.º, n.º 2, ao regular a responsabilidade pelos trabalhos de suprimento de erros

⁽³⁾ Embora não na integralidade, pois o n.º 5 do artigo 378.º limita esse encargo a metade do preço dos trabalhos de suprimento, atribuindo a responsabilidade pelo restante à entidade adjudicante.

⁽⁴⁾ Se o empreiteiro não cumprir este prazo de 30 dias, a responsabilidade inverte-se, passando a recair sobre este contraente privado (cf. artigo 378.º, n.º 4).

e omissões, estabelece que, quando o empreiteiro tenha a obrigação de elaborar o projecto de execução, *“é o mesmo responsável pelos trabalhos de suprimento dos respectivos erros e omissões, excepto quando estes sejam induzidos pelos elementos elaborados ou disponibilizados pelo dono da obra”*.

6. Um segundo instituto através do qual o CCP interfere na distribuição de risco entre as partes num contrato de empreitada de obras públicas é regulado nos artigos 370.º e seguintes, a propósito das modificações objectivas deste contrato administrativo — referimo-nos aos *trabalhos a mais*.

Em termos sucintos, podemos afirmar que aquele bloco normativo consagra a regra de que os trabalhos que não estejam previstos no contrato mas se tornem *supervenientemente necessários à execução da obra* devem ser remunerados autonomamente (sendo o respectivo preço acrescido ao preço contratual), desde que cumpridos os seguintes requisitos: a) *“se tenham tornado necessários à execução da mesma obra na sequência de uma circunstância imprevista”*; e b) *“não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objecto do contrato sem inconvenientes graves para o dono da obra ou, embora separáveis, sejam estritamente necessários à conclusão da obra”* (cf. artigos 370.º, n.º 1, e 373.º).

Tal regra só é, contudo, susceptível de ser aplicada em certo tipo de contratos de empreitadas de obras públicas, que o n.º 2 do artigo 378.º delimita, recorrendo aos critérios i) do *procedimento* que esteve na base da formação do contrato e ii) do *preço* desses trabalhos, comparativamente com o preço contratual e com o preço de outros trabalhos a mais/trabalhos de suprimento de erros e omissões que incidam sobre a mesma empreitada.

Regra relevante, neste regime dos trabalhos a mais, é ainda a que consta do n.º 4 do artigo 370.º, o qual determina que *“não são considerados trabalhos a mais aqueles que sejam necessários ao suprimento de erros ou omissões, independentemente da parte responsável pelos mesmos”*.

III. DA DISTRIBUIÇÃO DO RISCO NAS EMPREITADAS DE CONCEPÇÃO/CONSTRUÇÃO: INTERPRETAÇÃO E ARTICULAÇÃO DOS PRECEITOS RELEVANTES DO REGIME LEGAL

7. Do quadro normativo que acabamos de apresentar — em especial das normas cuja aplicação é convocada sempre que a manifestação contratual de vontade das partes for no sentido de celebrar um contrato de concepção/construção —, parece resultar, pelo menos numa interpretação literal e isolada de tais preceitos, que a questão que colocámos no início deste texto — a de saber quem deve suportar as consequências negativas resultantes de os trabalhos necessários à execução de uma obra pública não corresponderem à qualidade projectada, à quantidade prevista ou ao custo orçamentado — deve ser respondida em sentido desfavorável ao empreiteiro.

Com efeito, em face dos artigos 61.º e 378.º, n.º 2, do CCP, dir-se-á, à partida, que cabe, na íntegra, ao empreiteiro a responsabilidade por quaisquer incorrecções do projecto por si apresentado (com única excepção das que resultem directamente de deficiências de dados fornecidos pelo dono da obra). Assim, competir-lhe-ia, designadamente, suportar todos os encargos decorrentes da *necessidade de realizar trabalhos em quantidade ou qualidade diferente da prevista no projecto de execução*, em resultado de uma divergência entre os dados estimados sobre o local de implementação da obra (que serviram de base a essa previsão) e as condições reais da obra verificadas em fase de execução. Excluídos do risco a suportar pelo empreiteiro estariam apenas os trabalhos cuja necessidade de realização decorra de uma *circunstância imprevista ocorrida posteriormente à celebração do contrato*, pois nesse caso não estaríamos perante um erro ou omissão do projecto, sendo aplicável o regime dos trabalhos a mais.

Esta interpretação não é, contudo, de aceitar por se revelar contrária às irradiações normativas decorrentes de dois princípios que devem constituir referencial interpretativo na aplicação das normas contratuais e legais que regulam as consequências das alterações nas condições de execução dos contratos de empreitada de obras públicas: o *princípio da culpa* e o *princípio do equilíbrio*

financeiro dos contratos administrativos. Estes princípios — um de carácter transversal às diferentes áreas do Direito e outro de influência limitada ao especial ordenamento que regula a actividade administrativa — modelam o conteúdo do direito vigente, penetrando e cimentando os elementos normativos, dando-lhes um sentido e assinalando-lhes uma função, e, como tal, são relevantes critérios de determinação do alcance das normas à luz do *elemento sistemático* da interpretação (enquanto subsídio interpretativo baseado no postulado da coerência intrínseca do ordenamento, segundo o qual as normas contidas numa codificação não constituem um conjunto desordenado de preceitos avulsos, desprovidos de conexão, mas são manifestação de princípios fundamentais que conferem unidade ao sistema) ⁽⁵⁾.

A) O regime da responsabilidade por erros e omissões do projecto nas empreitadas de concepção/ construção em face do princípio da culpa

8. Na verdade, a interpretação que parece resultar da aplicação literal do regime contido nos artigos 61.º e 378.º do CCP — segundo a qual, quando o projecto de execução for da sua autoria, o empreiteiro suportará sempre os *danos resultantes de erros ou omissões desse projecto* que não resultem de deficiências dos dados fornecidos pelo dono da obra —, na medida em que abrange, indiscriminadamente, mesmo os casos em que tais erros ou omissões não lhe sejam subjectivamente imputáveis, não resiste a uma ponderação em face do *princípio da culpa*.

O princípio da culpa é aqui convocado desde logo porque as normas que disciplinam o regime dos erros e omissões do projecto são normas de *responsabilidade civil*, ou seja, regras que estabelecem uma obrigação reintegratória dos prejuízos causados por um determinado facto. Na verdade, vigora no Direito uma regra básica segundo a qual um dano ou prejuízo — traduzido na supressão ou diminuição de uma situação favorável que estava protegida pelo

⁽⁵⁾ Cf. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1987, 2.ª reimpressão, p. 182.

ordenamento — deve ser suportado pelo própria esfera onde ocorra. Tal só não sucederá se tal regra for desviada por normas diversas que obrigam à sua imputação — isto é, à sua atribuição — a outras esferas: surge, aqui, a responsabilidade civil. Esta pode ser definida como a ocorrência jurídica na qual um dano registado numa esfera é imputado a outra, através de uma obrigação de indemnização — a qual visa colocar o lesado na situação em que se encontraria se não fosse o facto produtor do dano, privilegiando-se, para o efeito, a via da *reconstituição natural* (cr. artigos 563.º e 566.º do Código Civil). Ora, o referido regime da responsabilidade por erros e omissões integra-se neste quadro conceptual: nele, um determinado *facto* — no caso, uma previsão inexacta constante do projecto de uma empreitada — gera um *dano* — o cumprimento imperfeito da execução da obra, não tendo a prestação a efectuar de acordo com essa previsão os requisitos idóneos a fazê-la coincidir com o conteúdo final do programa obrigacional. Daí advém uma *obrigação de indemnizar* a cargo de quem praticou esse facto, a qual reúne as características próprias da obrigação de indemnizar fundada em responsabilidade civil: com efeito, possui uma fonte específica (a imputação de um dano a outrem), um conteúdo próprio (a prestação de equivalente ao dano sofrido, cabendo ao empreiteiro suportar os trabalhos destinados a suprir a inexactidão qualitativa ou quantitativa da prestação) e um objectivo particular (a protecção do interesse do credor na eliminação do dano).

Ora, neste contexto, ou se admite que o artigo 378.º, n.º 2, consagra um regime de responsabilidade civil *objectiva* — atribuindo a um agente o dever de indemnizar todo e qualquer dano, independentemente do carácter culposos do acto que o produziu — e, então, estaremos perante regras que determinam prescrições indirectas de conduta ⁽⁶⁾ não justificáveis constitucionalmente, por não associadas a decorrências sociais ou pessoalmente graves.

⁽⁶⁾ Na verdade, a presença de imputações objectivas não é valorativamente neutra. Ao impô-las, o legislador pretende que não haja acidentes ou ocorrências danosas, ainda que ressarcíveis pelos esquemas indemnizatórios baseados no risco. Mas tal significa que as prescrições objectivas equivalem a prescrições indirectas de condutas — com efeito, embora sem incorrer em desvios de conduta, está-se a afirmar que o objectivamente imputado “deveria” ter tomado as medidas necessárias à prevenção do dano.

Com efeito, como sustenta MENEZES CORDEIRO, a responsabilidade objectiva de particulares “deve manter-se típica: o legislador terá de arcar com o ónus de definir condutas obrigatórias ou, em alternativa, de caracterizar, com precisão, as ocorrências socialmente danosas, que possam ser imputadas a pessoas — singulares ou colectivas — individualmente tomadas: a não haver justificação objectiva para as imputações pelo risco, perfila-se, clara, uma inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade e da propriedade privada” (7). Ou, em alternativa, como nos parece ser o entendimento mais correcto, será necessário sustentar que aquele preceito pressupõe a aplicação do *princípio da culpa*, exigindo-se, para a atribuição ao contraente particular da responsabilidade por um erro ou omissão do projecto, que este lhe seja *subjectivamente imputável*. Só este título de imputação justifica, em termos jurídicos, a imputação a tal agente dos danos sofridos na esfera do dono da obra.

A *culpa* constitui um pressuposto da responsabilidade civil, que postula um nexo entre um facto ilícito e a vontade do autor, de forma a que se possa dizer que o comportamento adoptado merece a *reprovação* ou *censura* do direito (8). Para que a ordem jurídica possa formular este juízo valorativo, concluindo-se que um determinado facto é imputável a um sujeito, é necessário que se verifiquem um conjunto de elementos: entre eles destaca-se o da *exigibilidade de um comportamento diverso*. Com efeito, a censura da culpabilidade só pode ser feita ao agente de um facto se ele, ao praticá-lo, não agiu de outro modo, conformando-se às exigências do Direito, quando, nas circunstâncias concretas, não só o *podia ter feito* como lhe era *exigível que o fizesse*. Neste sentido, tal juízo de censura deve ser excluído, por exemplo, quando se verifica, no processo volitivo do acto, um motivo falso ou um motivo anómalo, e se concluir que o agente neles incorreu *não obstante ter actuado como lhe exigia o dever de diligência* (9).

(7) Cf. *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa, 1997, p. 484.

(8) Cf. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, Coimbra, 2009, p. 571.

(9) Cf. PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Lisboa, 1972, pp. 343 e ss..

Ora, este princípio da culpa está subjacente à modelação do regime da responsabilidade por erros e omissões do CCP. Tal resulta claramente da aplicação conjugada dos artigos 61.º e 378.º aos casos em que o projecto de execução é elaborado pelo dono da obra, da qual resulta que o empreiteiro só está obrigado a suportar os trabalhos de suprimento de incorrecções do projecto constante do caderno de encargos se, actuando com o padrão de diligência que era devido nas circunstâncias do caso concreto, lhe *fosse exigível que identificasse tais incorrecções na fase de formação do contrato*. Se o facto que origina a incorrecção — e a consequente necessidade de realizar trabalhos quantitativa ou qualitativamente não previstos — não podia ter sido avaliado antecipadamente pelo concorrente usando da diligência exigível a um agente nas suas circunstâncias, a lei determina que a maior onerosidade na execução não seja suportada pelo empreiteiro, mas pelo dono da obra. Este elemento da censurabilidade da conduta do concorrente/empreiteiro como pressuposto da sua responsabilização não é, contudo, aplicado — pelo menos expressamente — às relações entre o dono da obra e o empreiteiro quando o projecto de execução seja por este elaborado.

Neste quadro — e inexistindo, como vimos, qualquer justificação para a responsabilização objectiva (por regra excepcional) em que redundaria tal diferenciação — entendemos que devem aplicar-se os elementos constitutivos do princípio da culpa, que enformam o regime dos *erros e omissões do projecto*, a *todas as dimensões deste regime*. Assim, terá sentido que o empreiteiro não possa reclamar a remuneração dos trabalhos de suprimento das incorrecções do projecto tornados necessários na sequência de uma circunstância que, não só existia no momento da preparação da proposta, como também já era exigível que fosse conhecida por um empreiteiro diligente. Por outras palavras, como sustenta VAZ SERRA, “*se há culpa do empreiteiro (...), ao modificar a obra ele limita-se a reparar a sua culpa, não tendo direito a um aumento da retribuição pelos trabalhos para tanto necessários, e sendo obrigado a indemnizar o comitente dos danos que a eliminação do defeito não suprima*” ⁽¹⁰⁾. Se, pelo contrário, a necessidade de exe-

⁽¹⁰⁾ Cf. VAZ SERRA, “Empreitada”, in *BMJ*, n.º 146, p. 103.

cução de novos trabalhos se ficar a dever a uma imperfeição ou a uma insuficiência do plano que não lhe seja *subjectivamente imputável* — tendo o agente actuado, na elaboração de tal plano, com a diligência que lhe era exigível nas circunstâncias do caso —, o princípio da culpa (aliado ao do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos, como veremos) postula que o empreiteiro *seja remunerado dos trabalhos que resultem da rectificação das incorrecções do projecto*. Mais tarde, se apreciará como se deve processar esta remuneração (C)).

B) O regime da responsabilidade por erros e omissões do projecto nas empreitadas de concepção/construção em face do princípio do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos

B.1) O princípio do equilíbrio financeiro e o problema do risco imprevisível nos contratos administrativos

9. Na tarefa de delimitação do risco que corre por conta do empreiteiro numa empreitada de concepção/construção é também elemento relevante um princípio que integra o regime do contrato administrativo, constituindo a verdadeira chave hermenêutica desta instituição, da sua interpretação e das suas soluções peculiares — trata-se do princípio do *equilíbrio financeiro*.

Na verdade, tal princípio constitui uma característica essencial dos contratos de índole administrativa — assumindo-se como uma contrapartida dos poderes exorbitantes que a Administração dispõe nestes acordos —, tendo tido a sua origem na jurisprudência francesa no início do séc. XX. Foi o comissário L. BLUM que, em 1910, no processo *Compagnie Française des Tramways*, perante o *Conseil d'Etat*, formulou, pela primeira vez, tal princípio, nos seguintes termos: “a essência de todo o contrato de concessão é buscar e realizar, na medida do possível, uma igualdade entre as vantagens que se atribuem ao concessionário e as obrigações que lhe são impostas. As vantagens e as obrigações devem compensar-se para formar a contrapartida entre os benefícios pro-

váveis e as perdas previsíveis. Em todo o contrato de concessão está implícita, como um cálculo, a *equivalência honesta* entre aquilo que é acordado como benefício do concessionário e aquilo que lhe é exigido. É aquilo que se chama equivalência comercial, a *equação financeira do contrato de concessão*" ⁽¹¹⁾ (sublinhado nosso).

Este princípio da *reciprocidade dos interesses* ou do *equilíbrio comutativo das prestações* assenta na ideia de que, num contrato administrativo, a colaboração do interesse privado na realização do interesse público é prestada livremente, sem sacrifício daquele, e, portanto, deve garantir-se, no decurso da relação contratual, a manutenção da realidade económico-financeira na qual se fundou a adesão das partes ⁽¹²⁾. Na verdade, porque a "lógica da função administrativa", que preside a qualquer contrato administrativo, não preclude a sua base e natureza contratual, não pode a realização do interesse público justificar que se atinja a equação em que as partes fizeram assentar o seu compromisso sinalagmático.

De facto, a supremacia e variabilidade do interesse público justificam, neste tipo de contratos, uma posição de autoridade do contraente público e a correspondente sujeição do particular, concretizada na sua submissão às leis, regulamentos e actos administrativos que, durante a execução contratual, exprimam as exigências do interesse público prosseguido, quanto ao objecto nele estipulado. Neste contexto, o princípio do equivalente económico é "aquilo que nos permite continuar a falar de contrato, pois através dele se realiza administrativamente a igualdade entre as partes, o reconhecimento dos direitos adquiridos e a reciprocidade das prestações" ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ Cf. LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Tomo I, Paris, 1984, p. 717.

⁽¹²⁾ Sobre este princípio, cf. GASPÀR ORTIZ, *Teoria del Equivalente Economico en los Contratos Administrativos*, Madrid, 1968, pp. 241 e ss.; L. VIDAL, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, 2005, pp. 118 e ss..

⁽¹³⁾ Cf. GASPÀR ORTIZ, *Teoria cit.*, p. 229.

10. Para garantir o princípio do equilíbrio financeiro, a jurisprudência do *Conseil d'Etat* identificou um conjunto de situações típicas em que a *alteração das condições de execução do contrato durante a sua vigência* justifica o direito do contraente particular a uma compensação financeira.

Assim, por um lado, para as alterações contratuais que integram a designada “*álea administrativa*”, e que resultam de uma acção unilateral da Administração, no uso dos poderes legislativos ou contratuais de que está investida, foram desenvolvidos dois mecanismos compensatórios:

- i) O *ius variandi*, aplicável quando a modificação do objecto do contrato seja imposta unilateralmente por acto administrativo;
- ii) O *factum principis*, sempre que se verifique uma medida administrativa de carácter geral que, ainda que produzida fora do âmbito contratual, se repercute sobre ele, tornando a sua execução mais onerosa para o particular.

Por outro lado, para alterações que não sejam imputáveis a qualquer das partes, mas sim a factos ou acontecimentos que reúnam as características de imprevisibilidade e exterioridade face à relação contratual, o *Conseil d'Etat* desenvolveu a teoria do risco imprevisível, que se traduz em dois institutos jurídicos: a *teoria da imprevisão* (“*théorie de l'imprévision*”) e a doutrina das “*sujétions imprévues*” ⁽¹⁴⁾. A primeira visa dar resposta às situações

⁽¹⁴⁾ A *teoria do risco imprevisível*, concretizada nos dois institutos jurídicos referidos, tem o seu fundamento último no princípio do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos, mas está intimamente ligada a outros valores: com efeito, esta assenta também, por um lado, nos princípios da *justiça comutativa*, *boa-fé* e *equidade*, que devem presidir a qualquer vínculo contratual; mas justifica-se, igualmente, à luz de outros princípios específicos do direito administrativo, tal como o *princípio da continuidade dos serviços públicos*. Com efeito, quando o co-contratante da Administração, em virtude de circunstâncias excepcionais e imprevisíveis, é colocado numa situação em que o cumprimento estrito e literal dos compromissos assumidos se revela excessivamente oneroso, tenderá, com elevada probabilidade, a *cumpri-los defeituosamente*, com evidente prejuízo para a qualidade dos serviços prestados, ou a *interromper a execução contratual* — obrigando a Administração a procurar a colaboração de outro particular e a aceitar, afinal, condições idênticas às que representariam a modificação do anterior contrato. Assim,

de desequilíbrio contratual causadas por *alterações das condições económicas externas* de execução do contrato — que integram a designada “álea económica ou conjuntural” (será o caso, por exemplo, dos aumentos do custo das matérias-primas ou mão de obra como efeito de uma modificação geral das circunstâncias económicas ou técnicas do mercado). Nos casos em que a alteração no equilíbrio das prestações, tal como foi inicialmente pactuado, é motivada por *dificuldades materiais na execução do contrato*, com um carácter imprevisível, a jurisprudência francesa tem vindo a reconhecer um direito do co-contratante a ser indemnizado, com base na doutrina das “*sujétions imprévues*” ⁽¹⁵⁾.

11. Inicialmente concebido pela doutrina e jurisprudência jus-administrativas francesas, este princípio do equilíbrio financeiro — e os institutos que o visam garantir — expandiu-se, depois, por diferentes ordenamentos jurídicos, obtendo reconhecimento legislativo.

Entre nós, aquele princípio revela-se um dos fundamentos inspiradores do regime substantivo dos contratos administrativos, contendo o CCP — que disciplina, actualmente, tal regime — *diversas normas que consagram e repercutem as suas diferentes refacções*.

Referimo-nos, por exemplo, ao direito de reposição do equilíbrio financeiro concedido ao contraente privado no caso de *modificação unilateral do contrato administrativo por razões de inte-*

desde a sua origem, o princípio da prossecução do interesse público — traduzido na exigência de funcionamento regular e contínuo dos serviços públicos — foi decisivo para justificar a teoria da imprevisão, impondo à Administração que colabore com o particular, repartindo as perdas da exploração, por forma a evitar a brusca interrupção da gestão do serviço concedido. Mas o mesmo interesse público que exige o regular e contínuo funcionamento dos serviços públicos concedidos a particulares, impõe, de igual modo, o bom e pontual cumprimento de prestações contratuais que visam a satisfação — ainda que mediata — de necessidades colectivas: aplicando-se, por exemplo, ao contrato de empreitada de obras públicas (cf. LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité cit.*, pp. 562 e ss).

⁽¹⁵⁾ Cf. JEAN RIVERO/JEAN WALLINE, *Droit Administratif*, 20.^a ed., Paris, 2004, p. 112; LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité cit.*, pp. 506 e ss..

resse público — designadamente decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes [cf. artigos 311.º, n.º 2, 312.º, alínea b), e 314.º, n.º 1, alínea b)]. De igual modo, tal direito está consagrado para as situações em que se verifique uma modificação do contrato (operada por acordo entre as partes ou decisão judicial) motivada por uma *alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar* que seja imputável a um acto público adoptado fora do exercício dos poderes de conformação da relação contratual, mas que se repercuta de modo específico na situação contratual do co-contratante [cf. artigos 311.º, n.º 1 e 314.º, n.º 1, alínea a)]. Estes preceitos, que visam tutelar o contraente privado contra os encargos resultantes de circunstâncias integrantes na designada “*álea administrativa*” dos contratos, conferem-lhe direito a um valor de reposição do equilíbrio financeiro que, nos termos do n.º 5 do artigo 282.º do CCP, “*corresponde ao necessário para repor a proporção financeira em que assentou inicialmente o contrato e é calculado em função do valor das prestações a que as partes se obrigaram e dos efeitos resultantes do facto gerador do direito à reposição no valor dessas mesmas prestações*”.

Um outro conjunto de normativos que acolhem, indiscutivelmente, o princípio do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos, são os que conferem ao co-contratante da Administração o direito à modificação do contrato ou a uma compensação segundo a equidade nos casos de *alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, que não seja resultante de uma medida administrativa de carácter geral* — o que abrangerá todos os casos de superveniência de circunstâncias económicas excepcionais imprevisíveis à data da celebração do contrato administrativo e que tornem excessivamente onerosa a sua execução pelo contraente particular, justificando a reparação dos encargos excepcionais (cf. artigos 312.º e 314.º, n.º 2).

Também no específico domínio do contrato de empreitada de obras públicas se verifica existirem institutos fortemente inspirados pelo princípio do equilíbrio financeiro. Com efeito, é com o intuito de garantir a *reciprocidade dos interesses e equivalência*

B.2) O princípio do equilíbrio financeiro e os seus efeitos na interpretação do regime dos erros e omissões nas empreitadas de concepção/construção

12. Neste quadro, julgamos ser evidente que o princípio do equilíbrio financeiro constitui alicerce de todas as normas legais que regulam as *consequências das alterações nas condições de execução dos contratos administrativos* — dando a essas normas um sentido e uma função comum —, e, como tal, deve constituir referencial interpretativo na sua aplicação.

Ora, não se coaduna com o princípio do *equilíbrio financeiro* dos contratos administrativos — enquanto princípio que confere unidade às normas contidas numa codificação, com o conteúdo preceptivo atrás enunciado —, que a quebra na equivalência material das prestações, resultante da necessidade de suportar o custo de trabalhos de suprimento de incorrecções do projecto da obra, quando estas sejam causadas por *circunstâncias caracterizadas pela imprevisibilidade e exterioridade* face à relação contratual, seja integralmente suportada pelo empreiteiro — como sucederia nas empreitadas de concepção/construção, à luz de uma interpretação literal isolada do n.º 2 do artigo 378.º do CCP. Na verdade, num contrato deste tipo, se este contraente não obtém o lucro que, quando decidiu livremente colaborar na realização do interesse público, visava obter, por se ter verificado um defeito na previsão das espécies e quantidades de trabalhos necessários à execução da obra, por ignorância do negócio ou má gestão, deverá considerar-se que estamos perante uma *consequência natural do risco assumido por uma empresa económica* ⁽¹⁷⁾, ou seja, uma circunstância que se integra na “*álea empresarial normal*” que um empreiteiro, que reúne e organiza factores de produção e gere por sua conta essa combinação técnica e económica, deve suportar. Mas se o prejuízo do empreiteiro é efeito exclusivo de uma circunstância de ordem técnica ou natural *que não se conhecia nem se podia razoavelmente conhecer no momento da celebração do contrato*, parece-nos que já se ultrapassa aquela álea, sendo posto em causa um prin-

⁽¹⁷⁾ A terminologia é de MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 10.ª ed., vol., p. 629.

cípio de *reciprocidade dos interesses e equivalência honesta* entre aquilo que é acordado como benefício do empreiteiro e aquilo que lhe é exigido. Ora, para este efeito, é irrelevante que tal circunstância fosse já existente (mas incognoscível) no momento da preparação do contrato ou que tenha supervenientemente ocorrido. Não se justifica, pois, à luz de uma interpretação que apele à coerência intrínseca do sistema, que o empreiteiro que elabore o projecto seja remunerado pelos trabalhos que se tornem necessários em resultado de um facto imprevisto ocorrido posteriormente à celebração do contrato (por via do instituto dos trabalhos a mais), mas *já tenha de suportar integralmente os custos dos trabalhos motivados por circunstâncias imprevistas*, já existentes num momento pré-contratual, mas cuja verificação *não era possível avaliar antecipadamente*.

É evidente que estes contratos de concepção/construção contêm em si uma margem de incerteza, sobretudo quando são celebrados por preço global, pela dificuldade inerente ao cálculo prévio da remuneração para os trabalhos necessários à execução da obra, cuja quantidade e espécie compete ao próprio empreiteiro estimar. Ela significa que o *valor real* da coisa objecto do contrato, que apenas será determinável *a posteriori* em função da actividade e dos meios que tiver sido necessário empregar na sua execução, pode ou não coincidir com o preço (*valor oficial*) fixado de antemão. A diferença entre ambos pode implicar um ganho ou uma perda para o contraente particular, conforme haja acertado ou errado no seu cálculo — se de um errado cálculo resultarem perdas não há que invocar o princípio do equilíbrio financeiro, pois ele não impõe um determinado saldo para o contraente particular, apenas a manutenção da equação financeira inicialmente estabelecida, ainda que incorrectamente avaliada pelo particular. Mas se as diferenças verificadas resultam de a obra ter sido sujeita a dificuldades de execução de um *carácter absolutamente anormal*, que não podiam razoavelmente ter sido previstas pelas partes, permitir que a Administração possa fazer o empreiteiro suportar esta onerosidade sobrevinda significaria que o resultado económico de um contrato administrativo dependeria de um elemento de sorte ou azar não equacionado pelas partes, o que seria totalmente contrário ao espírito de colaboração recíproca que deve presidir a estes con-

tratos, afectando a referida *equação financeira* à luz da qual se devem desenvolver as relações contratuais.

C) Da articulação do regime da responsabilidade por erros e omissões do projecto e do regime dos trabalhos a mais nas empreitadas de concepção/construção

13. Neste contexto, concluímos que sempre que, tendo o empreiteiro elaborado o projecto da obra, se verifica a necessidade de execução de novos trabalhos em resultado de uma imperfeição ou uma insuficiência do plano que não lhe seja *subjectivamente imputável* — tendo o agente actuado, na elaboração de tal plano, com a diligência que lhe era exigível nas circunstâncias do caso — o princípio da culpa, aliado ao do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos, postulam que o empreiteiro *seja remunerado dos trabalhos que resultem da rectificação das incorrecções do projecto*.

A forma de obter este resultado — imposto pela necessidade de interpretar as normas do CCP que regulam as *consequências das alterações nas condições de execução dos contratos de empreitada* em consonância com o espírito unitário do diploma, revelado pelos princípios que fundam e ligam tais normativos — radica na articulação entre as figuras dos trabalhos de suprimento de *erros ou omissões do projecto* e dos *trabalhos a mais*.

Um primeiro modo de diferenciação entre estas duas situações poderia residir no *momento temporal em que se verifica a circunstância que torna necessários tais trabalhos*. Se ela já existia no momento em que foi elaborado o projecto, mas era desconhecida, estaríamos perante um erro ou omissão do projecto — ou seja, a incorrecta quantificação (*erro*) de um trabalho ou mesmo a falta de referência (*omissão*) a um trabalho que, já na altura, em face das condições existentes no local da obra, seria necessário à finalização da empreitada. Neste quadro, a noção de trabalho a mais ficaria reservada para os trabalhos que se tornem necessários na sequência de uma *circunstância superveniente* em relação ao momento de elaboração do projecto.

No âmbito das empreitadas de concepção/construção parecem-nos, no entanto, que o entendimento a adoptar — único com idoneidade para se conformar com as irradiações normativas que advém dos princípios da culpa e do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos — é o de que, além dos casos de superveniência objectiva, podem também ser considerados trabalhos a mais aqueles que se tenham tornado necessários na sequência de uma circunstância que, embora desconhecida pelas partes, já existia no momento da preparação do contrato (casos de *superveniência subjectiva*). Necessário é que se possa fundadamente afirmar que a circunstância causadora das dificuldades materiais que justificam os novos trabalhos, não só não fora prevista, como nem sequer era previsível, à luz de um *padrão de diligência exigível* a determinar no caso concreto ⁽¹⁸⁾.

Assim, propendemos a considerar que a distinção entre as figuras dos trabalhos necessários ao suprimento de *erros ou omissões do projecto* e dos *trabalhos a mais*, no âmbito das empreitadas de concepção/construção, se deverá construir a partir da con-

⁽¹⁸⁾ Sublinhe-se que um problema análogo é bem conhecido no âmbito das empreitadas privadas. O artigo 1215.º do Código Civil, a propósito das alterações ao plano convencionado, estabelece que, “*se, para execução da obra, for necessário, em consequência de direitos de terceiro ou de regras técnicas, introduzir alterações ao plano convencionado, e as partes não vierem a acordo, compete ao tribunal determinar essas alterações e fixar as correspondentes modificações quanto ao preço e prazo de execução*”. Ora, como é geralmente reconhecido, a necessidade de alteração do plano pode provir de uma necessidade técnica desconhecida mas já existente no momento da conclusão do contrato. Como há muito ensinava CUNHA GONÇALVES, o empreiteiro tem direito à indemnização dos trabalhos suplementares, mesmo depois de executados, “*quando as obras extraordinárias foram exigidas pela natureza do solo, diversa da prevista*”, como sucede, por exemplo, no caso de empreitadas de estradas, quando os cadernos de encargos se referiam a uma certa quantidade de *terras a remover*, sendo certo que o solo das mesmas estradas era constituído por extenso banco de xisto ou continha rochas de excepcional dureza (cf. LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, VII, Coimbra, 1934, pp. 629 e 630); Ou, para utilizar um exemplo dado por PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, a necessidade de alteração do plano pode resultar do facto de se encontrar “uma mina ou um poço no sítio onde deviam ser construídos os alicerces ou um pilar do edifício” (cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, II, Coimbra, 1986, pp. 808 e 809.). Ora, embora as soluções adoptadas no Direito Civil não possam ser sem mais transpostas para a matéria dos contratos administrativos, a verdade é que, neste domínio concreto, e em face das exigências do próprio Direito Administrativo, não se vislumbra qualquer razão para repudiar o entendimento adoptado pelos civilistas — antes pelo contrário, tais exigências reforçam a aplicabilidade desta solução.

traposição entre a *previsibilidade/imprevisibilidade* do facto que constitui causa de tais trabalhos, tendo por referência uma ideia de *exigibilidade da previsão* à luz do princípio da culpa.

Se o facto que origina a necessidade dos novos trabalhos, existente no momento prévio à elaboração do contrato ou ocorrido posteriormente, podia ter sido *avaliado antecipadamente se o contraente tivesse usado do padrão de diligência exigível a um agente nas suas circunstâncias*, estamos perante um *erro ou omissão do projecto*. Justifica-se, então, a aplicação do regime do artigo 378.º, n.º 2, que tem por objectivo imputar as consequências negativas da incorrecta previsão à parte a quem ela seja subjectivamente imputável (que será, em princípio, a parte a quem competia a elaboração do projecto).

Se, pelo contrário, à luz daquele que seja, nas circunstâncias do caso concreto, o *padrão de diligência* devido ao empreiteiro na avaliação antecipada da ocorrência de factos que possam influir na execução da obra, não era exigível que ele tivesse previsto a existência ou posterior verificação da circunstância que torna necessários os novos trabalhos, então estaremos perante *trabalhos a mais*. Registe-se que esta interpretação não conflitua com o disposto no n.º 4 do artigo 370.º, segundo o qual não podem ser considerados trabalhos a mais aqueles que sejam necessários ao suprimento de erros e omissões. Na verdade, o objectivo que preside à estatuição do artigo 378.º é o de responsabilizar pelas incorrectas previsões consubstanciadas em erros ou omissões do projecto a pessoa a quem elas sejam directamente imputáveis — ora, se não era exigível a qualquer das partes que tivesse antecipadamente previsto a circunstância que motivou a incorrectação, não é possível formular o *juízo de censura* que é pressuposto da imputação do facto ao agente, pelo que não se justifica a aplicação daquele regime (ou seja, neste caso, não estamos verdadeiramente perante um *erro ou omissão do projecto*). Ao invés, deparamo-nos com uma *circunstância imprevista* para efeito de aplicação do artigo 370.º (no sentido de circunstância que não poderia ter sido prevista por um agente usando da diligência exigível), cujas consequências, ao abrigo do princípio da equivalência financeira como mecanismo de protecção do interesse do particular que colabora com a Adminis-

tração, é ao dono da obra que cabe suportar, nos termos daquele preceito ⁽¹⁹⁾.

14. Na concretização casuística desta tese — que, julgamos, terá sobretudo aplicação nas *obras normalmente sujeitas a dificuldades de execução decorrentes da natureza do subsolo*, designadamente da constituição geológica dos terrenos, da presença de elementos hídricos ou causas similares — revela-se como elemento decisivo a prévia definição daquele que será, nas circunstâncias do caso concreto, o *padrão de diligência* exigível ao empreiteiro na avaliação antecipada da ocorrência de factos que possam influir na execução da obra. Para a fixação desse padrão devem ser ponderados diversos factores, designadamente: i) a configuração das estipulações contratuais relativas ao preço, condições de execução da obra e responsabilidade pelos estudos prévios ⁽²⁰⁾, ii) o tipo de trabalhos que esteja em causa e a experiência e perícia normalmente exigida a um empreiteiro para a sua projecção, iii) o comportamento do dono da obra na disponibilização dos elementos informativos de que disponha.

A este propósito, podemos retirar alguns ensinamentos da ampla doutrina e jurisprudência que, tendo origem em França ou Itália, desde há muito se debruçam sobre esta matéria, consagrando

⁽¹⁹⁾ O Tribunal de Contas — ainda que a propósito do anterior regime jurídico das empreitadas de obras públicas (Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março) — já sufragou, implicitamente, este entendimento quanto à distinção entre as figuras dos *trabalhos a mais e erros e omissões do projecto*. Assim, no Acórdão n.º 22/06 (Proc. n.º 2500/05), concluiu aquele Tribunal que só os trabalhos que se tornem necessários na sequência de uma circunstância imprevista — entendida “como uma circunstância que um decisor público normal colocado na posição do real decisor não podia ter previsto” — se integram no conceito de “trabalhos a mais”; ao invés, se estamos perante circunstâncias que “podendo e devendo ter sido previstas, não o foram efectivamente”, verifica-se um “erro ou omissão do projecto inicial”, não sendo de qualificar os trabalhos de suprimento de tais deficiências como trabalhos a mais.

⁽²⁰⁾ Assim, por exemplo, se o *comportamento devido* quanto ao tipo e grau de profundidade dos estudos prévios a realizar for definido em termos precisos nestas fontes contratuais, dir-se-á, perante o seu conteúdo responsabilizante, que o grau de esforço exigível ao empreiteiro será máximo, obrigando-o a realizar, na fase pré-contratual, todos os levantamentos e reconhecimentos do local de execução das obras — independentemente do seu custo, tempo de duração ou modo de execução — necessários à definição, com total exactidão, das condições que aí serão encontradas.

soluções que tendem a tutelar a posição do contraente privado nos casos em que o equilíbrio das prestações, tal como inicialmente configurado, é alterado devido a dificuldades materiais na execução do contrato, com carácter imprevisível ⁽²¹⁾ ⁽²²⁾. Por exemplo, uma das questões mais debatidas neste contexto é a do modo como a configuração da cláusula do preço pode influir na apreciação da imprevisibilidade das circunstâncias causadoras dessas dificuldades materiais de execução. A regra é a de que, quanto mais precisos forem os termos estipulados no que respeita à fixação do preço e às condições de execução da obra que este abrange ⁽²³⁾, maior

⁽²¹⁾ Em França, tais soluções resultam da aplicação da referida doutrina das “*sujétions imprévues*” ao campo das *empreitadas de obras públicas*. Como explica L. RICHER, no momento em que estes acordos são celebrados, o “empreiteiro é, em princípio, capaz de avaliar as dificuldades de realização da sua tarefa e o dono da obra deve fornecer-lhe, de boa-fé, as informações de que dispõe — contudo, não obstante estas precauções, poderão surgir dificuldades na realização dos trabalhos que não foram previstas nem podiam ter sido previstas no momento inicial”, caso em que “o empreiteiro deve prosseguir na execução, apesar da situação imprevista, mas tem direito a ser indemnizado do prejuízo sofrido” (cf. *Droit des Contrats Administratifs*, 5.^a ed., 2006, p. 266). A aplicação da teoria das “*sujétions imprévues*” está, pois, dependente da verificação de um conjunto de condições: i) em primeiro lugar, o facto imprevisto deve consistir numa *dificuldade de ordem material*; em regra, ela resulta de um fenómeno natural, sendo exemplo típico o do estado do sub-solo no local de execução dos trabalhos (o qual pode ter uma natureza, configuração ou volume distintos dos previstos — v.g., rocha em vez de terra, lençóis de água que seja necessário drenar); ii) depois tal facto deve resultar de uma *circunstância exterior* às partes; iii) finalmente, as dificuldades de ordem material tem ainda de assumir uma *natureza imprevisível*; tal sucederá quando se situarem numa “*álea extraordinária*”, relativamente “ao qual não se pode razoavelmente afirmar que as partes a deviam ter tido em conta nas suas previsões” (cf. LAUBADÈRE/ /MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité cit.*, pp. 507 e 585).

⁽²²⁾ No direito italiano, a doutrina e jurisprudência têm construído um limite ao risco assumido pelo particular, numa empreitada de obras públicas, quanto às *dificuldades de execução causadas por circunstâncias imprevistas* (“*teoria dell'imprevedibile*”). Tal limite, fundado em valores de equidade e boa-fé, tem sido aplicado por via da sujeição ao artigo 1667.º do Código Civil italiano, o qual determina que “*se no decurso de uma obra se manifestarem dificuldades de execução derivadas de causas geológicas, hídricas ou similares, não previstas pelas partes e que tornem excessivamente onerosa a prestação do empreiteiro, este tem direito a uma compensação equitativa*”. Entre aquilo que devem considerar-se *causas previstas*, não geradoras de compensação, entende-se deverem incluir-se as circunstâncias não equacionadas pelo empreiteiro mas “*previsíveis segundo a experiência e perícia que devam considerar-se compreendidas no contrato*” (cf. ANTONIO CIANFLORE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, pp. 15 e ss. e 761 e ss.).

⁽²³⁾ Por exemplo, uma hipótese em que o contrato apenas estabeleça que o preço acordado pressupõe a realização de todos os trabalhos necessários à execução da obra será diferente daquela em que expressamente se preveja um preço *à forfait* aplicável “quaisquer

será o grau de diligência exigível ao co-contratante privado na antecipação de tais circunstâncias. Mas, registre-se, a jurisprudência francesa tem-se pronunciado maioritariamente no sentido de que, mesmo na presença de uma cláusula de preço fixo (também designado de *à forfait*) para a realização de todos os trabalhos necessários à execução da empreitada, a remuneração não tem necessariamente natureza *ne varietur*, devendo modelar-se às eventualidades que, não sendo imputáveis a qualquer das partes, provoquem alterações relevantes na economia contratual. Há quem sustente, aliás, que a doutrina das “*sujétions imprévues*” foi construída exactamente para estes casos, ou seja, como mecanismo “destinado a corrigir as consequências inequitativas da conduta criticável das entidades públicas que, tirando partido da concorrência que se vive no mundo empresarial, procuram impor aos empreiteiros que trabalham por sua conta estipulações contratuais tendentes a transferir-lhe totalmente a carga inerente a certos riscos, em especial os relacionados com dificuldades geológicas que tornem mais onerosa a execução contratual” ⁽²⁴⁾. Neste quadro, é entendimento generalizado que a previsão de uma cláusula *à forfait* não obsta a que o empreiteiro possa reclamar uma indemnização por “*sujétions imprévues*” — apenas determina que se torne mais exigente a verificação dos seus pressupostos ⁽²⁵⁾.

IV. SÍNTESE CONCLUSIVA

15. Em síntese, e respondendo à questão que colocamos no início deste texto, podemos concluir que o programa normativo

que sejam as dificuldades encontradas” ou, mais preciso ainda, a propósito da composição dos terrenos que possa ser encontrada pelo empreiteiro, um preço aplicável “qualquer que seja a natureza do terreno”. Do mesmo modo, uma cláusula que apenas vincule o empreiteiro a realizar todos os reconhecimentos geológicos necessários à determinação da natureza do solo terá um impacto diferente, na determinação do grau de diligência exigível, do que uma cláusula do mesmo tipo que afaste expressamente qualquer reclamação posterior do empreiteiro sobre a real condição do terreno.

⁽²⁴⁾ Cf. JACQUES CATZ, *Les constructeurs et le risque du sol*, Paris, 1985, p. 452.

⁽²⁵⁾ Cf. LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité cit.*, p. 504 ; L. VIDAL, *L'équilibre financier cit.*, pp. 452 e ss..

consagrado no CCP impõe, mesmo nas empreitadas de concepção/construção, uma limitação à assunção contratual, pelo empreiteiro, dos riscos associados à variabilidade na qualidade, quantidade e custo dos trabalhos necessários à produção do resultado prometido, quando a maior onerosidade resultar de dificuldades materiais de execução que reúnam as características de *imprevisibilidade*, *inevitabilidade* e *exterioridade* face à relação contratual.

Tal programa normativo — resultante de um processo de concretização que, partindo do enunciado linguístico, assenta fundamentalmente na interpretação sistemática do texto normativo à luz dos princípios enformadores da culpa e do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos — implica, consoante os casos, duas diferentes soluções jurídicas: se o empreiteiro que elaborou o projecto, utilizando a diligência que lhe era exigida na situação concreta, pudesse ter previsto a existência do facto gerador de maior onerosidade, tal previsão passa a estar incluída no comportamento que lhe era devido, existindo um *erro ou omissão* do projecto, cuja correcção lhe cabe suportar por aplicação do disposto no artigo 378.º, n.º 2, do CPP; se, à luz desse padrão de diligência, não lhe puder ser imputável a falta de previsão da existência ou futura ocorrência do facto gerador do agravamento das condições económicas do contrato, estamos perante uma circunstância imprevista, justificadora da aplicação do regime dos *trabalhos a mais*, nos termos consignados no artigo 370.º desse diploma.