

ESTABILIDADE CONTRATUAL, MODIFICAÇÃO UNILATERAL E EQUILÍBRIO FINANCEIRO EM CONTRATO DE EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS

Pelo Prof. Doutor Paulo Otero

SUMÁRIO:

CONSULTA
PARECER

- I EQUAÇÃO DO PROBLEMA
 - A) Empreitadas de obras públicas e verba de estaleiro
 - B) Sequência
- II OBJECTO DO CONTRATO E REALIZAÇÃO DE TRABALHOS A MAIS
 - A) Princípio da estabilidade do objecto do contrato de empreitada de obras públicas?
 - B) Natureza da «execução de trabalhos a mais» pelo empreiteiro
 - C) Posição jurídica do empreiteiro
- III TRABALHOS A MAIS, ESTALEIRO E EQUILÍBRIO FINANCEIRO
 - A) Trabalhos a mais e equilíbrio financeiro
 - B) Verba de estaleiro e equilíbrio financeiro
 - C) Uma solução residual: o enriquecimento sem causa
- IV CONCLUSÕES

Consulta

Tendo como base o regime jurídico das empreitadas de obras públicas resultante do Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto, foi

solicitado o nosso parecer jurídico sobre a seguinte questão: numa empreitada de obras públicas, será que a componente variável da verba de «estaleiro e acessos», fixada em termos de preço global, habilita validamente o empreiteiro a reclamar junto do dono da obra um valor suplementar pelo custo do estaleiro correspondente aos trabalhos a mais a executar (ou já executados) na respectiva obra?

Parecer

I

EQUAÇÃO DO PROBLEMA

A) *Empreitadas de obras públicas e verba de estaleiro*

1.1. A tipologia das empreitadas de obras públicas, segundo decorre do regime jurídico fixado pelo Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto, baseia-se no modo de retribuição do empreiteiro (¹). Neste âmbito, podem distinguir-se quatro tipos de empreitadas de obras públicas:

- (i) a empreitada por preço global (²);
- (ii) a empreitada por série de preços (³);

(¹) Cfr. artigo 6.º.

Este mesmo critério continua hoje em vigor no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro, que revogou o regime jurídico das obras públicas decorrente do Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto. Aliás, este critério resultava já do Decreto-Lei n.º 48 871, de 19 de Fevereiro de 1969 (cfr., neste último sentido, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, II, 9.ª ed., Coimbra, 1980, p. 1006).

(²) Na empreitada por preço global, a remuneração do empreiteiro está antecipadamente determinada numa soma certa, correspondendo esta à realização de todos os trabalhos necessários para a execução da obra ou de parte desta (cfr. artigos 7.º a 16.º e, além disso, também os artigos 22.º a 41.º). Sobre esta e outras modalidades de fixação do preço em contrato de empreitada, cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, Coimbra, 1994, p. 105 seg.

(³) Na empreitada por série de preços, observa-se que a remuneração do empreiteiro resulta da aplicação dos preços unitários previstos no contrato para cada espécie de trabalho a realizar às quantidades de tais trabalhos realmente executadas (cfr. artigos 17.º a 21.º e, por outro lado, também os artigos 22.º a 41.º).

- (iii) a empreitada por percentagem ⁽⁴⁾;
- (iv) a empreitada mista ⁽⁵⁾.

No que diz respeito ao estaleiro da obra, enquanto designação correspondente à verba que se refere ao custo, transporte, montagem e desmontagem de todo um conjunto de instalações e serviços de apoio afectos à execução da obra (v. g., armazéns, oficinas, dormitórios e refeitórios destinados ao pessoal da obra, escritórios, casa do guarda permanente, redes provisórias de água, esgotos, electricidade, telefone), qualquer que seja a modalidade escolhida de retribuição do empreiteiro, a lei fixa-lhe como obrigação, salvo estipulação em contrário, a execução dos trabalhos de construção do estaleiro da obra, dos seus acessos e das respectivas serventias internas ⁽⁶⁾.

Todavia, se é certo que a lei cria a favor do empreiteiro uma obrigação *de facere* no que respeita aos aspectos da construção e desmontagem do estaleiro e acessos da obra, a verdade é que o suporte de todos os inerentes custos financeiros constitui a base de uma verba integrante do valor da remuneração do empreiteiro por parte do dono da obra. Há aqui, porém, e isto sem tomar agora em consideração as empreitadas mistas — isto é, aquelas que conjugam diferentes modos de remuneração para várias partes ou tipos de trabalho da obra —, a possibilidade de se configurarem três diferentes hipóteses de remuneração da verba de estaleiro:

1.^a) — Verificando-se uma hipótese de empreitada por preço global, a verba de estaleiro surge como valor autónomo, ainda que integrado na soma certa total que está subjacente à remuneração antecipadamente determinada do empreiteiro;

2.^a) — Pelo contrário, na hipótese de empreitada por série de preços, o valor da verba de estaleiro não assume

⁽⁴⁾ Na empreitada por percentagem, verifica-se que o empreiteiro assume a obrigação de executar a obra pelo preço correspondente ao seu custo, acrescido de uma percentagem destinada a cobrir os encargos de administração e a remuneração normal da empresa (cfr. artigos 42.º a 47.º).

⁽⁵⁾ A empreitada mista, como a própria designação deixa adivinhar, consiste na adopção de diversos modos de retribuição do empreiteiro para distintas partes da obra ou diferentes tipos de trabalhos de um mesmo contrato de empreitada (cfr. artigo 6.º, n.º 2).

⁽⁶⁾ Cfr. Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto, artigo 25.º, n.º 2, alíneas a) e c).

carácter autónomo, antes constitui uma percentagem integrante do valor dos preços unitários previstos para cada espécie de trabalho a realizar tendo em vista a execução do objecto do contrato, sendo a remuneração do empreiteiro o resultado da aplicação de tais preços às quantidades de trabalhos efectivamente executadas;

3.^a) — Na hipótese de uma empreitada por percentagem, como resulta expressamente do artigo 43.º, n.º 1, o dispêndio com os estaleiros é um elemento integrante do custo dos trabalhos que o empreiteiro assume a obrigação de executar pelo respectivo preço, isto sem prejuízo de vir a acrescentar ao total dos custos uma percentagem destinada a cobrir os encargos de administração e a remuneração normal da empresa.

1.2. Perante o quadro remuneratório traçado, pode bem perguntar-se o seguinte: será que a designada verba de estaleiro é homogénea? Ou seja, será que o valor das componentes de uma tal verba é totalmente independente das quantidades de trabalho envolvidas pela execução da empreitada de obras públicas?

Segundo informações técnicas recolhidas, o valor respeitante ao estaleiro compreende duas componentes:

1.^a) — Por um lado, a verba de estaleiro envolve uma componente *fixa*, isto é, independente de qualquer quantidade de trabalho a executar, sendo esta constituída pelos custos decorrentes do transporte, montagem e desmontagem de instalações e equipamentos, execução das redes de abastecimento de água e energia, além dos acessos;

2.^a) — Por outro lado, a verba de estaleiro comporta uma componente *variável*, ou seja, todo o restante conjunto de custos directamente dependentes da quantidade de trabalho efectivamente executada ou previsivelmente a executar pelo empreiteiro.

1.3. A dicotomia da verba de estaleiro numa componente fixa e numa componente variável comporta inevitáveis efeitos jurídicos que urge salientar:

a) Em primeiro lugar, é com base nos valores respeitantes às quantidades de trabalho previstas no objecto do contrato

de empreitada — e em relação às quais foi aberto concurso público — que o empreiteiro, ainda enquanto concorrente, elabora a proposta que apresenta a concurso, aqui se incluindo, obviamente, o cálculo e a fixação de uma determinada verba de estaleiro. Em consequência, para uma certa quantidade de trabalho — além de um custo das componentes fixas, isto qualquer que fosse a quantidade de trabalho a executar —, irá corresponder um determinado custo de tais componentes variáveis de estaleiro e, conseqüentemente, um certo valor (variável) da verba de estaleiro, podendo esta assumir três configurações (v. *supra*, n.º 1.1.):

- (i) Se a empreitada é por preço global, a componente variável da verba de estaleiro reflectir-se-á no valor autónomo a esta destinado e depois incluído no total da soma certa antecipadamente determinada;
 - (ii) Se a empreitada é por série de preços, a componente variável da verba de estaleiro será proporcionalmente reflectida na percentagem integrante do valor dos preços unitários previstos para cada espécie de trabalho a realizar;
 - (iii) Se a empreitada é por percentagem, a componente variável da verba de estaleiro projectar-se-á directamente no custo dos trabalhos que o empreiteiro assume a obrigação de executar pelo respectivo preço;
- b) Em segundo lugar, se a quantidade de trabalho realizada (ou a realizar) se reflecte directamente sobre a componente variável da verba de estaleiro, uma outra conclusão importa extrair: uma alteração do objecto do contrato de empreitada ou, mais especificamente, das prestações a que está vinculado o empreiteiro e, deste modo, da quantidade de trabalho, provoca inevitáveis efeitos sobre a componente variável de custos integrantes da verba de estaleiro e, por consequência, sobre a base ou os pressupostos de cálculo do total da verba de estaleiro apresentada pelo

empregueiro. Nestes termos, podem extrair-se as duas seguintes regras:

- (i) Quanto maior for o volume de trabalho da empreitada, maior será o montante de custos da componente variável da verba de estaleiro;
 - (ii) Pelo contrário, quanto menor for o volume do trabalho da empreitada, sem prejuízo dos custos invariáveis decorrentes das componentes fixas da verba de estaleiro, menor será o montante de custos da componente variável da verba de estaleiro;
- c) Em terceiro lugar, se a quantidade de trabalho realizada (ou a realizar) constitui a base ou o pressuposto de cálculo da verba das componentes variáveis de estaleiro apresentada pelo empregueiro, qualquer vicissitude ou alteração na indicação ou determinação da quantidade de trabalho envolvida pela execução da empreitada vai reflectir-se no montante calculado para as componentes variáveis incluídas na verba de estaleiro:
- (i) O erro na indicação ou determinação da quantidade de trabalho gerará um erro subsequente no valor das componentes variáveis da verba de estaleiro indicada (ou pressuposta) pelo empregueiro na sua proposta;
 - (ii) A realização de trabalhos a mais ou a menos dos previstos no objecto do contrato de empreitada, tal como resultava do respectivo caderno de encargos, determinará, respectivamente, um acréscimo ou uma diminuição no valor das componentes variáveis da verba de estaleiro;
- d) Em quarto lugar, envolvendo a realização de trabalhos a mais, relativamente aos previstos no contrato de empreitada, um inevitável acréscimo no valor das componentes variáveis da verba de estaleiro, a sua repercussão financeira sobre o dono da obra está automaticamente assegurada na empreitada por percentagem. Todavia, nas

empreitadas por série de preços e por preço global o problema ganha relevância:

- (i) Na empreitada por série de preços, será que o acréscimo da componente variável da verba de estaleiro resultante dos trabalhos a mais deverá ser proporcionalmente reflectido na percentagem integrante do valor dos preços unitários previstos para cada espécie de trabalho a mais a realizar?
- (ii) Na empreitada por preço global, por outro lado, será que o acréscimo da componente variável da verba de estaleiro resultante dos trabalhos a mais deverá reflectir-se num valor autónomo suplementar a exigir ao dono da obra na sequência da execução dos trabalhos a mais?

1.4. Como facilmente se pode verificar, a última interrogação colocada está directamente relacionada com o objecto central da presente Consulta:

Perante uma verba de «estaleiro e acessos» fixada em termos de preço global — isto independentemente da existência de outros regimes remuneratórios na mesma empreitada de obras públicas, enquanto empreitada mista (v. *supra*, n.º 1.1.) —, será que o empreiteiro pode validamente reclamar junto do dono da obra um valor suplementar pelo custo acrescido das componentes variáveis do estaleiro decorrente de todos os trabalhos a mais que executou na obra?

Eis o problema que cumpre indagar.

B) Sequência

1.5. Traçado o enquadramento jurídico subjacente à questão colocada pela Consulta, importa agora indicar o itinerário de investigação a percorrer:

- a) Em primeiro lugar, procuramos esclarecer as implicações jurídicas decorrentes da relação existente entre o objecto

do contrato de empreitada de obras públicas e a realização de trabalhos a mais por parte do empreiteiro;

- b) Em segundo lugar, debruçar-nos-emos sobre os efeitos da eventual aplicabilidade ao problema do princípio do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos, em especial da sua relevância perante os trabalhos a mais e a verba de estaleiro.

Encerraremos o presente estudo apresentando uma síntese das principais conclusões resultantes da investigação.

II

OBJECTO DO CONTRATO E REALIZAÇÃO DE TRABALHOS A MAIS

- A) *Princípio da estabilidade do objecto do contrato de empreitada de obras públicas?*

2.1. Numa empreitada de obras públicas precedida de concurso público, tal como sucedeu no caso subjacente à presente Consulta, os «elementos que servem de base ao concurso» ^(?), em especial o respectivo caderno de encargos, definem o objecto material do futuro contrato de empreitada: o contrato não poderá ter por objecto material uma realidade diferente daquela que em concreto foi objecto de concurso público.

Exemplificando: se, por hipótese, foi aberto concurso público para uma empreitada de obras públicas referente à construção de uma estrada entre as localidades *A* e *B*, não pode o contrato de empreitada resultante do respectivo acto de adjudicação estabelecer como objecto material dessa empreitada que a mesma compreende também (ou em substituição) a construção da estrada

^(?) Trata-se de uma expressão que consta da epígrafe do artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto, compreendendo a mesma o projecto, o caderno de encargos e o programa de concurso que estão na base do concurso público.

entre as localidades *B* e *C* ou, pura e simplesmente, «converter» essa empreitada na construção de uma rede de rega entre as localidades *A* e *B*.

Com efeito, o contrato de empreitada de obras públicas tem por objecto a proposta escolhida e aceite pelo dono da obra no acto de adjudicação, a qual, por sua vez, havia sido anteriormente elaborada e apresentada a concurso tendo como ponto de partida os citados «elementos que servem de base ao concurso».

A exigência de uma relação directa de conformidade entre o objecto do contrato de empreitada de obras públicas e o objecto dos «elementos que servem de base ao concurso», especialmente do caderno de encargos, constitui um corolário da própria exigência de concurso público e dos princípios da imparcialidade e da melhor prossecução do interesse público ou boa administração.

Afinal, bem vistas as coisas, se assim não fosse, a exigência de concurso público seria uma mera formalidade sem qualquer conteúdo ou utilidade: de que serviria a exigência de concurso público para uma determinada empreitada de obras públicas se, depois de aberto o concurso e adjudicada a obra, o objecto material do contrato de empreitada acabasse por nada (ou muito pouco) ter a ver com o objecto da empreitada para o qual foi aberto concurso público?

Por outro lado, além de aspectos de legalidade com uma natural incidência objectivista, há aqui também uma vertente garantística ou subjectivista que importa realçar: como se poderia tutelar a confiança dos concorrentes a um concurso público se, depois do acto de adjudicação, o objecto material do contrato a celebrar fosse passível de mudar, nada (ou muito pouco) tendo já de identificável com o objecto da empreitada para a qual foi aberto concurso público e eles apresentaram as suas propostas?

Em bom rigor, uma tal utilização fraudulenta do concurso público deve ser equiparada, pura e simplesmente, a ausência de concurso público: se é aberto concurso público para o objecto *X* e o contrato de empreitada consequente ao respectivo acto procedimental de adjudicação tem por objecto *X + Y* ou *Z*, tudo se passa

como se para o objecto material efectivo deste contrato não tivesse existido concurso público ⁽⁸⁾.

Há aqui, por tudo isto, um verdadeiro princípio geral de identidade entre o objecto material do contrato de empreitada e o objecto material do concurso público que está subjacente ao procedimento prévio à celebração do respectivo contrato.

2.2. Se podemos dizer que o objecto material do contrato de empreitada de obras públicas se encontra já definido pelos elementos que servem de base ao concurso público, especialmente pelo caderno de encargos, a verdade é que, isto já desde momento anterior, segundo decorre do princípio da protecção da confiança, a Administração Pública não pode alterar os termos da proposta contratual ou convite para contratar, afastando-se, consequentemente, do quadro por ela própria pré-estabelecido ⁽⁹⁾. Há aqui, reconheça-se, um verdadeiro princípio de estabilidade decisória procedimental pré-contratual por parte da Administração.

Deste modo, salvo perante eventuais casos de ilegalidade da sua própria autovinculação ⁽¹⁰⁾, a Administração carece de um poder unilateral para modificar as autovinculações que vai criando na sequência da abertura de um concurso público.

De igual modo, como se acabou de observar (v. *supra*, n.º 2.1.), à data da celebração do contrato de empreitada de obras públicas precedido de concurso público, a Administração carece de qualquer poder para se afastar do objecto material da empreitada em relação ao qual foi aberto o respectivo procedimento do concurso público que terminou no acto de adjudicação ao concorrente agora co-contratante.

⁽⁸⁾ Sobre a violação do princípio da legalidade em matéria de concurso público referente à formação de contrato administrativo, cfr. FAUSTO DE QUADROS, *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, sep. da *Revista da Ordem dos Advogados*, 1987, em especial, p. 710 seg. Especificamente sobre a função do concurso público como limite à autonomia contratual da Administração, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, 1987, p. 690 seg.

⁽⁹⁾ Neste último sentido, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Lisboa, 1994, p. 30-31.

⁽¹⁰⁾ Cfr. PIERA MARIA VIPIANA, *L'Autolimito della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1990, p. 333.

Resta saber, acrescente-se, se depois da celebração do contrato administrativo, isto é, já durante a fase da respectiva execução, a Administração goza de algum poder de intervenção sobre o objecto material do contrato ou o conteúdo das prestações.

Tudo está em determinar, afinal, se perante os contratos administrativos já celebrados, designadamente os contratos de empreitada de obras públicas, existe e, caso assim suceda, qual o grau de operatividade do princípio da força vinculativa dos contratos e, muito em especial, do princípio da estabilidade contratual ⁽¹¹⁾.

2.3. Nos termos do artigo 406.º, n.º 1, do Código Civil, «o contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei», aqui residindo a sede legal do princípio da força vinculativa ou da obrigatoriedade dos contratos de Direito Privado.

Significa isto, por outras palavras, os dois seguintes aspectos ⁽¹²⁾:

- a) Em primeiro lugar, os contratos devem ser executados ou cumpridos «ponto por ponto», isto é, na íntegra, seja em termos temporais ou materiais, tanto quanto aos seus elementos essenciais como em relação aos elementos acessórios, nisto consistindo o princípio da pontualidade;
- b) Em segundo lugar, os contratos estão também sujeitos ao princípio da estabilidade do respectivo vínculo, aspecto este que assume duas manifestações:
 - (i) Por um lado, tendo por base os princípios da segurança e da tutela da confiança, os vínculos contratuais são irretratáveis ou irrevogáveis, salvo, como se refere no artigo 406.º, n.º 1, do Código Civil, «por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei»;

⁽¹¹⁾ Para um desenvolvimento de tais princípios ao nível do Direito Privado, cfr., por todos, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 5.ª ed., Coimbra, 1991, p. 244 seg.

⁽¹²⁾ Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 244-245.

- (ii) Por outro lado, os contratos estão também sujeitos a uma regra de intangibilidade do seu conteúdo, podendo dizer-se que há um verdadeiro congelamento do objecto ou conteúdo do contrato, salvo, uma vez mais, «mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei».

Centrado a nossa análise nos aspectos referentes ao princípio da estabilidade do vínculo contratual, sempre importa saber se o mesmo se configura como verdadeiro princípio geral de Direito Comum e, conseqüentemente, também aplicável em Direito Administrativo.

Utilizando as palavras de MARCELO REBELO DE SOUSA, pode dizer-se que «os contratos administrativos, também eles, obedecem ao princípio da força vinculativa, inclusive à sua componente de estabilidade contratual e, fora as situações excepcionais em que ela pode ser afastada pelas partes, pela lei ou por decisão jurisdicional, qualquer conduta que se choque com o princípio e sua componente é geradora de responsabilidade contratual» ⁽¹³⁾.

2.4. Firmada a configuração do princípio da estabilidade contratual como princípio geral de Direito Comum e, por isso mesmo, como sendo um princípio aplicável aos contratos administrativos, importa reconhecer que também aqui, tal como sucede em relação aos contratos de direito privado, este princípio sofre excepções ou desvios provocados «por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei».

Duas observações, todavia, importa fazer ⁽¹⁴⁾:

- a) Em primeiro lugar, os desvios ao princípio da estabilidade contratual, sejam eles à irrevogabilidade do vínculo ou à intangibilidade do seu conteúdo, sempre que resultantes

⁽¹³⁾ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *O Concurso Público...*, p. 54.

⁽¹⁴⁾ Tratam-se de observações que, de alguma forma, marcam as diferenças de operatividade de um tal princípio da estabilidade contratual e dos seus desvios em (i) contratos entre entidades privadas e (ii) em contratos administrativos ou, pelo menos, em contratos que tenham a Administração como contraente, tenham estes sido celebrados no exercício de uma actividade de gestão pública ou de gestão privada.

de mútuo consentimento dos contraentes não podem deixar de estar pautados por três principais regras:

1.^a) — Todos os desvios têm de se nortear ainda (e sempre) pela prossecução do interesse público, enquanto princípio constitucional vinculativo do agir da Administração Pública (CRP, artigo 266.º, n.º 1);

2.^a) — Os desvios não podem colocar em causa a identidade entre o objecto material do contrato de empreitada e o objecto material do concurso público que esteve subjacente ao procedimento prévio de celebração do respectivo contrato (v. *supra*, n.º 2.1.);

3.^a) — O próprio consentimento mútuo na introdução de desvios ao princípio da estabilidade contratual pressupõe uma formação perfeita da vontade de ambos os contraentes;

- b) Em segundo lugar, o princípio da estabilidade contratual em Direito Administrativo pode também sofrer desvios ou excepções «nos casos admitidos na lei». Sem tomar agora em consideração o caso de resolução ou alteração introduzida por via jurisdicional na sequência de pedido do contraente privado verificando-se, por exemplo, alteração das circunstâncias, a verdade é que a Administração Pública goza, bem ao contrário do contraente privado, de um poder *geral* de «modificar unilateralmente o conteúdo das prestações, desde que seja respeitado o objecto do contrato e o seu equilíbrio financeiro» (15). Significa isto o seguinte:

- (i) A lei — e já antes um verdadeiro princípio geral de Direito Administrativo (16) — reconhece à Administração Pública um genérico poder unilateral de modificação dos contratos administrativos ou,

(15) Cfr. Código do Procedimento Administrativo, artigo 180.º, alínea a).

(16) Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10.ª ed., reimp., Coimbra, 1980, p. 618 seg.; SÉRVULO CORREIA, *Contrato Administrativo*, sep. do *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Coimbra, 1970, p. 31; IDEM, *Legalidade ...*, p. 733.

- melhor, de modificação do conteúdo das prestações decorrentes de tais contratos ⁽¹⁷⁾ ⁽¹⁸⁾;
- (ii) O poder de modificação unilateral da Administração, além de se encontrar sempre sujeito ao princípio da prossecução do interesse público, ao princípio da proporcionalidade — designadamente na sua vertente de proibição do excesso ou princípio da necessidade — ⁽¹⁹⁾ e ao dever de fundamentação ⁽²⁰⁾, está especialmente limitado pelo respeito ao objecto do contrato ⁽²¹⁾ e ao respectivo equilíbrio financeiro ⁽²²⁾;
- (iii) O contrato de empreitada de obras públicas, enquanto contrato administrativo — e sem prejuízo de todas as especialidades pormenorizadas resultantes do específico regime legal —, está também ele sujeito ao poder unilateral de intervenção modificativa do conteúdo das prestações do empreiteiro por

⁽¹⁷⁾ Trata-se, segundo uma sugestiva designação da doutrina espanhola, de um *ius variendi* titulado pela Administração, cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA / TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 4.ª ed., Madrid, 1984, p. 637 e 6474 seg.; RAMÓN PARADA, *Derecho Administrativo*, I, 4.ª ed., Madrid, 1992, 274 seg. Ainda sobre a origem e evolução do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, 1990, p. 130 seg.

⁽¹⁸⁾ Especificamente sobre o sentido da expressão legal «conteúdo das prestações», cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO COSTA GONÇALVES / J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, II, Coimbra, 1995, p. 353.

⁽¹⁹⁾ Para um primeiro afloramento de tais ideias, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, I, p. 620.

⁽²⁰⁾ Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA / TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ, *Curso...*, I, p. 674; RAMÓN PARADA, *Derecho...*, I, p. 275

⁽²¹⁾ Para uma síntese do problema da tangibilidade ou intangibilidade do objecto do contrato administrativo por efeito do poder de modificação unilateral das prestações por parte da Administração, cfr., por todos, e antes do Código do Procedimento Administrativo, AUGUSTO DE ATAÍDE, *Para uma Teoria do Contrato Administrativo: limites e efeitos do exercício do poder de modificação unilateral pela Administração*, in *Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano*, Lisboa, 1974, p. 76 seg.

⁽²²⁾ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Contrato Administrativo*, p. 33; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, III, Policop., Lisboa, 1988, p. 460 seg.

parte do dono da obra, havendo aqui a salientar os dois já mencionados aspectos:

- Primeiro: as modificações unilaterais ao conteúdo das prestações do empreiteiro têm de respeitar o objecto do contrato, existindo aqui uma expressa consagração da regra de intangibilidade e uma sequela do princípio de identidade entre o objecto material do contrato de empreitada e o objecto material do respectivo concurso público (v. *supra*, n.º 2.1.);
- Segundo: as citadas modificações unilaterais ao conteúdo das prestações têm de respeitar o equilíbrio financeiro do contrato, enquanto decorrência directa do princípio da justiça.

2.5. Atendendo a uma outra perspectiva, pode dizer-se que o reconhecimento à Administração Pública, enquanto entidade contraente, de um genérico poder unilateral de modificar o conteúdo das prestações contratuais — sem embargo de todas as limitações materiais existentes e da sempre presente garantia de recurso jurisdicional do respectivo acto — permite extrair uma importante conclusão: em Direito Administrativo, bem ao contrário do que *normalmente* sucede em Direito Privado ⁽²³⁾, o princípio da estabilidade contratual deve sempre ser entendido sem prejuízo do poder unilateral de modificação do conteúdo das prestações contratuais por parte da Administração Pública ⁽²⁴⁾.

É que, cumpre justificar, o exercício pela Administração Pública de uma actividade sob a forma contratual não pode deixar de se pautar — sob pena de ilegalidade — pela prossecução do interesse público. Em consequência, como bem refere MARCELLO CAETANO, a Administração «(...) não pode exonerar-se do dever de procurar sempre os melhores processos técnicos e os meios materiais e

⁽²³⁾ V. *infra*, n.º 2.7., nota n.º 35.

⁽²⁴⁾ Há mesmo quem diga que «face à imutabilidade e à rigidez do contrato privado, pode falar-se da mutabilidade e da flexibilidade do contrato administrativo», cfr. PROSPER WEIL, *O Direito Administrativo*, Coimbra, 1977, p. 68.

jurídicos de realizá-lo» (25). Se assim não fosse, seria a própria colectividade que acarretaria as consequências de uma deficiente prossecução do interesse público (26). Aqui reside, afinal, o fundamento de um genérico poder unilateral de modificar o conteúdo das prestações contratuais por parte da Administração Pública e a inerente debilitação substancial do princípio da estabilidade dos contratos.

Por outras palavras, o princípio da estabilidade contratual em matéria de empreitadas de obras públicas, tal como em qualquer outra vinculação contratual da Administração Pública, atendendo a razões decorrentes da prevalência do princípio da prossecução do interesse público, goza de uma eficácia seriamente debilitada: o poder unilateral da Administração modificar o conteúdo das prestações do empreiteiro permite observar que, verificadas certas condições, a lei acaba por colocar nas mãos do dono da obra a exacta concretização do princípio da estabilidade contratual.

Perante o contrato de empreitada de obras públicas, e dentro dos limites legais, pode concluir-se que a titularidade pelo dono da obra de um genérico poder unilateral de modificar o conteúdo das prestações do empreiteiro faz do princípio da estabilidade contratual uma verdadeira regra na disponibilidade da Administração: o princípio da estabilidade contratual apenas é aplicável *enquanto* o dono da obra, sempre no âmbito da legalidade, assim o entenda na prossecução do interesse público.

B) *Natureza da «execução de trabalhos a mais» pelo empreiteiro*

2.6. Nos termos do regime jurídico das empreitadas de obras públicas, estabelece-se que o empreiteiro tem a obrigação de executar «trabalhos a mais ou de espécie diversa dos previstos no contrato» (27), isto dentro dos três seguintes requisitos:

- 1.º) — Os trabalhos em causa têm de se destinar à realização da mesma empreitada;

(25) Cfr. *Manual...*, I, p. 619.

(26) Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA / TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ, *Curso...*, I, p. 675.

(27) Cfr. artigo 27.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto.

- 2.º) — Tais trabalhos têm de ser ordenados ao empreiteiro através de forma escrita pelo dono da obra;
- 3.º) — O fiscal da obra tem de fornecer ao empreiteiro todo um conjunto de elementos de natureza técnica que habilitem a execução dos citados trabalhos.

Centrando a atenção no primeiro requisito apontado, verifica-se que os trabalhos a mais a executar por parte do empreiteiro, apesar de passíveis de serem de espécie diferente dos inicialmente previstos no contrato, têm sempre de se relacionar com o objecto material do mesmo, isto é, serem respeitantes à mesma empreitada de obras públicas. Há aqui, por conseguinte, a afirmação clara de respeito pelo objecto material do contrato (v. *supra*, n.º 2.4.): os trabalhos a mais só são exigíveis se não violarem o princípio da intangibilidade do conteúdo (ou objecto) material do contrato de empreitada de obras públicas.

Por outro lado, atendendo à sua origem e configuração, podem existir, segundo a lei ⁽²⁸⁾, dois tipos diferentes de trabalhos a mais:

- (i) Por um lado, temos os trabalhos a mais de espécie diferente das incluídas no contrato de empreitada, ou seja, aqueles que em absoluto não foram inicialmente previstos;
- (ii) Por outro lado, podemos deparar com simples trabalhos em quantidades superiores às indicadas no contrato de empreitada, isto é, trabalhos que incidem sobre espécies aí já previstas só que em quantidades inferiores.

Note-se, todavia, que os trabalhos a mais, além de se fundamentarem sempre numa razão de necessidade relativamente a uma circunstância imprevista ou respeitante ao próprio acabamento da obra, não devem ter uma autonomia técnica ou económica que permita serem separados do contrato da empreitada principal ⁽²⁹⁾. Caso contrário — e isto sempre sem prejuízo de eventuais limites

⁽²⁸⁾ Cfr. artigo 27.º-A, aditado pelo Decreto-Lei n.º 320/90, de 15 de Outubro.

⁽²⁹⁾ Cfr. artigo 27.º-A, aditado pelo Decreto-Lei n.º 320/90, de 15 de Outubro.

financeiros quanto ao montante dos trabalhos a mais susceptíveis de serem exigidos pelo dono da obra ⁽³⁰⁾ —, a exigência de realização de tais trabalhos poder-se-ia tornar numa forma de fraude à obrigatoriedade de concurso público ou numa forma de obter uma obra distinta da que foi objecto de adjudicação ⁽³¹⁾.

Em síntese, tendo como base a lei ⁽³²⁾ e a jurisprudência ⁽³³⁾, pode dizer-se que são trabalhos a mais todos aqueles que, dentro da natureza ou objecto material da obra, não foram incluídos no texto inicial do contrato de empreitada de obras públicas, tendo a sua posterior necessidade justificado, segundo os termos da lei, a respectiva exigência ao empreiteiro por parte do dono da obra.

2.7. Como se pode facilmente concluir, a possibilidade legal de o dono da obra exigir ao empreiteiro a execução de trabalhos a mais, isto relativamente aos que inicialmente resultavam do contrato de empreitada — ainda que dentro do objecto material da mesma empreitada —, configura a expressão de um poder unilateral da Administração em modificar o conteúdo das prestações do empreiteiro (v. *supra*, n.ºs 2.4. e 2.5.) ⁽³⁴⁾.

Exigindo a realização de trabalhos a mais, enquanto prestações de espécie ou quantidade não incluídas no texto inicial do contrato, a lei faculta ao dono da obra — ainda e sempre na prossecução do interesse público — uma faculdade unilateral de redefinição parcial da posição jurídica do empreiteiro e, deste modo, do próprio conteúdo de certas cláusulas do contrato administrativo de

⁽³⁰⁾ Neste preciso sentido, cfr. o artigo 26.º, n.º 2, do novo regime jurídico das empreitadas de obras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro. Quanto ao regime aplicável às alterações ao contrato de empreitada regulado pelo Código Civil, cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, p. 144.

⁽³¹⁾ Neste último sentido, cfr. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*, 4.ª ed., Coimbra, 1995, p. 70.

⁽³²⁾ Cfr. artigo 27.º-A, aditado pelo Decreto-Lei n.º 320/90, de 15 de Outubro.

⁽³³⁾ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, (1.ª Secção), de 23 de Janeiro de 1970, in *Acórdão Doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo*, n.º 102, p. 801 seg.

⁽³⁴⁾ Neste sentido, ainda que através de uma referência incidental, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA / PEDRO COSTA GONÇALVES / J. PACHECO DE AMORIM, *Código...*, II, p. 353-354.

empreitada de obras públicas. Há aqui, por isso mesmo, a expressão exemplificativa da debilidade operativa do princípio da estabilidade contratual em Direito Administrativo (v. *supra*, n.º 2.5.) ⁽³⁵⁾.

Com efeito, sendo a exigência de trabalhos a mais uma manifestação do poder unilateral de modificação do conteúdo das prestações a que o empreiteiro estava obrigado pela execução do texto inicial do contrato de empreitada, verifica-se que uma tal exigência de trabalhos a mais comporta juridicamente uma verdadeira modificação sobre o próprio texto primitivo do contrato de empreitada de obras públicas.

Aliás, compreende-se, por isso mesmo, que o artigo 27.º, n.º 7, do Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto, refira que a ordem de execução dos trabalhos a mais deva ser «averbada ao contrato como suplemento deste». Significa isto, em boa verdade, que ao texto inicial do contrato se tenha de juntar uma apostilha ou suplemento ⁽³⁶⁾, isto de tal forma que a interpretação e execução do texto primitivo devam agora ser feitas nos termos do sentido e das cláusulas resultantes do suplemento averbado.

Podem recortar-se, todavia, duas formas típicas de introdução de modificações à versão inicial do contrato:

- 1.ª) — Sempre que os trabalhos a mais se traduzam num simples aumento de quantidades de espécies já anteriormente previstas no contrato, estaremos perante a revogação substitutiva de disposições do texto inicial do contrato (= modificação secundária ou revogatória);
- 2.ª) — Se, pelo contrário, os trabalhos a mais vão ao ponto de envolver a criação de novas espécies de prestações, isto é, de trabalhos a mais de espécie diferente dos

⁽³⁵⁾ Curiosa e excepcionalmente, também ao nível do contrato de empreitada de direito privado, o artigo 1216.º, n.º 1, do Código Civil confere ao dono da obra um poder unilateral de exigir ao empreiteiro alterações sobre o plano de obras convencionado. Neste último sentido, reconhecendo estar-se aqui perante «uma verdadeira excepção à regra segundo a qual os contratos, uma vez celebrados, só por mútuo consenso podem ser alterados», cfr. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II, 2.ª ed., Coimbra, 1981, p. 723. Ainda sobre o assunto, cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, p. 143 seg.

⁽³⁶⁾ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, I, p. 618.

anteriormente previstos no texto do contrato, estaremos perante um aditamento complementar sem natureza revogatória (= modificação primária).

Sem prejuízo da susceptibilidade de combinação das duas referidas formas de modificação do contrato de empreitada por efeito da exigência unilateral pela Administração da execução de trabalhos a mais, verifica-se que o empreiteiro ao celebrar o contrato de empreitada se encontra vinculado a dois tipos de obrigações: (i) as obrigações que decorrem directamente do vínculo contratual e (ii) todas aquelas que, tendo por fundamento directo a lei, venham a ser exigidas pela Administração ao abrigo do seu poder unilateral de modificação do conteúdo das prestações.

As últimas obrigações referenciadas traduzem, afinal, a consequência de o contraente privado ao celebrar o contrato administrativo ter também firmado um «pacto de colaboração» com a Administração ⁽³⁷⁾ para a realização de imperativos de interesse público a que esta está directa e permanentemente vinculada.

Importa, todavia, colocar a seguinte questão: dizendo a lei que «o empreiteiro é obrigado a executar trabalhos a mais ou de espécie diversa dos previstos no contrato» ⁽³⁸⁾, e enquadrada uma tal exigência da Administração no seu poder unilateral de modificar o conteúdo das prestações do contraente privado, quais os direitos que assistem ao empreiteiro? Como pode o empreiteiro, segundo outras palavras, verificando-se a exigência de realização de trabalhos a mais, tutelar a sua situação jurídica?

Eis o que iremos averiguar de imediato.

C) *Posição jurídica do empreiteiro*

2.8. Em termos esquemáticos, pode dizer-se que perante a exigência de realização de trabalhos a mais, não obstante a lei refe-

⁽³⁷⁾ Cfr. MARCELO CAETANO, *Manual...*, I, p. 620.

⁽³⁸⁾ Cfr. artigo 27.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto (sublinhado nosso).

rir que o empreiteiro é obrigado a executar tais trabalhos ⁽³⁹⁾, é possível recortar cinco principais cenários diferentes:

- 1) Atendendo a razões decorrentes do valor acumulado de realização dos trabalhos a mais exigidos pelo dono da obra, isto no contexto do preço da adjudicação, a lei faculta ao empreiteiro o direito de solicitar a rescisão do contrato ⁽⁴⁰⁾;
- 2) Perante trabalhos a mais de espécie diferente dos previstos no contrato — e não, sublinhe-se, em caso de simples aumento de quantidades de espécies já previstas no contrato —, a circunstância de o empreiteiro não possuir o equipamento indispensável para a sua execução pode constituir, verificando-se o procedimento legal adequado ⁽⁴¹⁾, causa legítima para a inexecução (lícita) de tal obrigação;
- 3) No caso de ser exigida a realização de trabalhos a mais relativamente aos quais tenham sido violadas as exigências materiais e formais previstas no artigo 27.º, n.º 1 ⁽⁴²⁾, não se chegou a constituir qualquer obrigação na esfera do empreiteiro, daí que, em bom rigor, nem sequer exista uma situação de causa legítima de inexecução lícita — aqui, pura e simplesmente, repete-se, não há qualquer obrigação;
- 4) O empreiteiro, podendo ou não obter a rescisão do contrato ou a invocação de causa legítima para a inexecução

⁽³⁹⁾ Cfr. Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto, artigo 27.º, n.º 1.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Decreto-Lei n.º 235/86 de 18 de Agosto, artigos 28.º, n.º 2, 32.º, n.º 1, e 45.º.

⁽⁴¹⁾ Cfr. Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto, artigo 27.º, n.º 2, 2.ª parte.

⁽⁴²⁾ Recorde-se que são três tais exigências:

- (i) Destinarem-se os trabalhos a mais à realização da mesma empreitada;
- (ii) Existir comunicação por escrito ao dono da obra de uma tal ordem e, por outro lado, esta ser regular e proveniente da autoridade administrativa competente (neste último sentido, cfr. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Regime...*, p. 72);
- (iii) Fornecimento pelo fiscal da obra de todos os elementos técnicos necessários.

lícita da obrigação de realizar os trabalhos a mais, vem posteriormente colocar-se numa situação de incumprimento (total ou parcial) da obrigação de os executar;

5) O empreiteiro executa todos os trabalhos a mais que lhe foram exigidos pelo dono da obra, podendo aqui descortinarem-se, porém, três hipóteses:

1.^a) — Os trabalhos a mais são validamente exigíveis pela Administração e, estando o empreiteiro a eles legalmente vinculado, cumpriu pontualmente a respectiva obrigação;

2.^a) — Apesar de serem exigíveis os trabalhos a mais, o empreiteiro gozava no caso concreto da possibilidade de rescisão do contrato [cenário 1)] ou de invocar causa legítima para a inexecução lícita de tal obrigação [cenário 2)], todavia, conscientemente ou por preclusão dos prazos de exercício de tais faculdades, acabou por os realizar;

3.^a) — Não obstante os trabalhos a mais não serem validamente exigíveis por parte da Administração, isto é, apesar de não existir a obrigação de tais trabalhos serem realizados pelo empreiteiro, carecendo de fundamento legal uma tal vinculação, a verdade é que o empreiteiro os realizou.

O quinto e último cenário apresentado — em qualquer uma das três hipóteses expostas, segundo impõe um tratamento jurídico baseado nos princípios da justiça e da igualdade — coloca a temática dos efeitos decorrentes da execução dos trabalhos a mais pelo empreiteiro. Uma vez que é este o cenário subjacente à presente Consulta, a ele restringiremos as considerações subseqüentes sobre a posição do empreiteiro.

2.9. A execução dos trabalhos a mais por parte do empreiteiro provoca, inevitavelmente, uma alteração dos custos variáveis inicialmente previstos e tidos como pressuposto durante a preparação e apresentação da respectiva proposta a concurso, a qual viria a ser objecto de adjudicação e, em momento subseqüente, convertida em contrato de empreitada.

Com efeito, alterado o texto inicial do contrato por efeito da exigência de trabalhos a mais (v. *supra*, n.º 2.7.), aumentado o número ou a espécie de prestações a que primitivamente o empreiteiro estava vinculado, há toda uma modificação dos pressupostos existentes à data da celebração do contrato. Por outras palavras, já não pode ser válido o valor do resultado da equação inicialmente estabelecida entre a quantidade de trabalho e o custo das componentes variáveis para efeitos de realização do respectivo trabalho: como já tivemos oportunidade de referir (v. *supra*, n.º 1.3.), quanto maior for o volume de trabalho da empreitada, maior será o montante de custos variáveis.

Ora, é aqui precisamente que se coloca o problema da componente variável da verba de «estaleiro e acessos» subjacente à presente Consulta.

2.10. Na realidade, a verba de estaleiro, se é certo que integra uma componente fixa (v. *supra*, n.º 1.2.) — ou seja, um conjunto de custos invariáveis com a quantidade de trabalho e, por isso mesmo, sem qualquer modificação pela execução de trabalhos a mais ordenados pelo dono da obra —, também compreende uma componente variável, esta sim directamente dependente da quantidade de trabalho executada ou a executar na empreitada (v. *supra*, n.º 1.3.). É, pois, em relação a esta última que se discute a susceptibilidade de o empreiteiro reclamar junto do dono da obra um valor suplementar pelo custo acrescido das componentes variáveis do estaleiro decorrente de todos os trabalhos a mais que executou na obra (v. *supra*, n.º 1.4.).

Tendo subjacente tudo o que se disse até agora, importa, todavia, esclarecer o seguinte:

- a) Em primeiro lugar, a questão colocada a propósito da componente variável da verba de estaleiro não é diferente de qualquer outra questão sobre a remuneração financeira do empreiteiro por custos de componentes variáveis na sequência de execução de trabalhos a mais exigidos pelo dono da obra;
- b) Em segundo lugar, uma vez que a exigência de trabalhos a mais se enquadra no âmbito do exercício pela Administração de um poder unilateral de modificação do conteúdo

das prestações a que o contraente privado está inicialmente vinculado (v. *supra*, n.º 2.7.), a temática da remuneração pelos custos das componentes variáveis da verba de estaleiro deverá ser analisada à luz dos efeitos de um tal poder unilateral do dono da obra de introduzir desvios ao princípio da estabilidade contratual (v. *supra*, n.ºs 2.4. e 2.5.);

- c) Em terceiro lugar, exactamente porque a questão da componente variável da verba de estaleiro deve ser analisada à luz dos efeitos do poder unilateral da Administração modificar o conteúdo das prestações contratuais inicialmente estipuladas, enquanto explicação jurídica da exigência formulada pelo dono da obra de execução de trabalhos a mais pelo empreiteiro (v. *supra*, n.º 2.7.), carece de sentido invocar o texto primitivo do contrato ou os termos do caderno de encargos para daí extrair que compete ao empreiteiro suportar tais custos acrescidos:
- (i) Por um lado, todas as referências aí previstas às quantidades de trabalho necessárias à execução da empreitada se referem, lógica e obviamente, aos termos do objecto das prestações fixadas pelo texto inicial do contrato, tal como resultou do respectivo procedimento de concurso público, sem tomar em consideração o suplemento averbado ao contrato decorrente da ordem de execução de trabalhos a mais (v. *supra*, n.º 2.7.);
 - (ii) Por outro lado, o facto de o caderno de encargos — seguindo o preceituado no artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto — determinar para o empreiteiro a obrigação de realizar à sua custa todo um conjunto de trabalhos referentes ao estaleiro da obra, sempre que não envolva uma actividade sobre componentes fixas, também só pode ter por base ou pressuposto as quantidades de trabalho que foram objecto do prévio concurso público e não aquelas que resultam de trabalhos a mais determinados pelo dono da obra já durante a execução da empreitada;

- d) Em quarto lugar, a própria circunstância de a lei impor ao empreiteiro a obrigação de executar trabalhos a mais não constitui habilitação para que se possa extrair ser este que deve suportar os custos acrescidos, decorrentes das componentes variáveis da verba de estaleiro: uma coisa é o empreiteiro estar obrigado a executar os trabalhos a mais, outra bem diferente é ter de ser ele a suportar ainda os custos financeiros de uma tal obrigação superveniente, surgida no decurso da execução do contrato e dando expressão a um poder unilateral e exorbitante do dono da obra;
- e) Em quinto e último lugar, observando algumas das regras legais sobre o regime das empreitadas de obras públicas⁽⁴³⁾ e do próprio contrato de empreitada regulado no Código Civil⁽⁴⁴⁾, verifica-se que, segundo uma elementar regra decorrente dos princípios da justiça e da equidade, recai sempre sobre o dono da obra os custos acrescidos resultantes da execução dos trabalhos a mais⁽⁴⁵⁾, isto mesmo que o preço da obra tenha sido antecipadamente determinado em termos globais⁽⁴⁶⁾, aplicando-se, deste modo, o princípio segundo o qual «o exercício do poder de modificação unilateral implica sempre a alteração pro-

(43) Segundo o Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto, cfr., em sentido expresse, os artigos 15.º, 27.º, n.ºs 4, 5 e 6; e, em sentido implícito, os artigos 21.º e 30.º.

(44) Nos termos do artigo 1216.º, n.º 2, confere-se ao empreiteiro o «direito a um aumento do preço estipulado, correspondente ao acréscimo de despesa e trabalho (...)», cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, p. 145-146.

Esta mesma solução encontra acolhimento ao nível do direito civil italiano, sendo considerada um princípio geral também aplicável às empreitadas de obras públicas, cfr. EUGÉNIO PICOZZA, *I Lavori Pubblici: l'esecuzione*, in GIUSEPPE SANTANIELLO, *Trattato do Diritto Amministrativo*, X, Padova, 1990, p. 431.

(45) A mesma regra vale, aliás, segundo o artigo 138.º, n.º 1, do regime jurídico das empreitadas de obras públicas para a modificação do plano de trabalhos por parte do dono da obra: o empreiteiro tem, numa tal situação, «o direito de ser indemnizado dos danos sofridos em consequência dessa alteração».

(46) Neste mesmo sentido ao nível do direito italiano, enquanto regra do direito civil com o valor de princípio geral e aplicável, por isso mesmo, às empreitadas de obras públicas, cfr. EUGÉNIO PICOZZA, *I Lavori Pubblici...*, p. 431.

Igual solução se encontra ao nível da doutrina francesa, isto perante a realização de trabalhos imprevistos e excepcionais que excedam os previstos no contrato, cfr. RENÉ CHAPUS, *Droit Administratif Général*, II, 5.ª ed., Paris, 1991, p. 481.

porcional das contrapartidas económicas previstas no contrato a favor daquele que tem que suportar as consequências desse exercício» (47).

Há aqui, pode afirmar-se, um princípio geral que faz imputar à Administração Pública todos os custos adicionais decorrentes do exercício do seu poder unilateral de modificação do conteúdo das prestações dos contraentes privados, traduzindo um verdadeiro ónus ou encargo que, segundo uma regra de justiça, decorre do exercício de um tal poder exorbitante e derogatório do princípio da estabilidade contratual.

Deste modo, e em síntese, envolvendo a realização de trabalhos a mais um acréscimo de custos de investimento na componente variável da verba de estaleiro, deve este custo — assim como quaisquer outros custos adicionais resultantes da realização de trabalhos a mais — ser imputado ao dono da obra, enquanto titular do mencionado poder unilateral de modificação das prestações a que o empreiteiro estava vinculado pelo inicial texto do contrato sujeito a concurso público.

Aqui reside, afinal, um primeiro fundamento habilitador da reivindicação de um direito de crédito do empreiteiro junto do dono da obra pelos custos acrescidos da componente variável da verba de estaleiro decorrente da execução dos trabalhos a mais.

Será que a esta mesma conclusão se chegará por efeito da ideia de equilíbrio financeiro do contrato?

Eis o que, seguidamente, se procurará averiguar.

III

TRABALHO A MAIS, ESTALEIRO E EQUILÍBRIO FINANCEIRO

A) *Trabalhos a mais e equilíbrio financeiro*

3.1. Como tivemos oportunidade de referir (v. *supra*, n.º 2.4.), as modificações unilaterais introduzidas pela Administra-

(47) Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, I, 2.ª reimp., Coimbra, 1984, p. 702.

ção no conteúdo das prestações a que o contraente privado está vinculado pelo texto inicial do contrato administrativo — tal como sucede com a exigência pelo dono da obra de trabalhos a mais ao empreiteiro no âmbito do contrato de empreitada de obras públicas (v. *supra*, n.º 2.7.) — envolve o respeito pelo equilíbrio financeiro do contrato.

Neste preciso sentido, o art. 180.º, n.º 1, al. a), do Código do Procedimento Administrativo constitui a expressão de um princípio geral, naturalmente também aplicável do regime dos contratos de empreitada de obras públicas regulados pelo Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto (48). Note-se, porém, que uma tal exigência de respeito pelo princípio do equilíbrio financeiro do contrato, enquanto contrapartida indemnizatória decorrente do exercício do poder da Administração introduzir modificações unilaterais no conteúdo das prestações contratuais (49), é muito anterior ao Código do Procedimento Administrativo (50).

Desde os primeiros anos do século XX (51), a doutrina e a jurisprudência entenderam existir uma obrigação de indemnização do contraente que sofresse todo e qualquer prejuízo decorrente da modificação introduzida unilateralmente pela Administração. Porém, não se tratando de um caso fundamentável na teoria de responsabilidade contratual, foi construída uma explicação baseada na teoria do equilíbrio financeiro ao contrato administrativo (52): à data da celebração do contrato, as obrigações das partes foram acordadas tendo por base um determinado equilíbrio financeiro entre si, sendo precisamente esse equilíbrio que, em princí-

(48) Sobre a adequação da interpretação da lei mais antiga à legislação mais moderna, cfr. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2.ª ed., Lisboa, 1989, p. 408.

(49) Cfr. ANDRÉ DE LAUBADÈRE/JEAN-CLAUDE VENEZIA/YVES GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, I, 11.ª ed., Paris, 1990, p. 647.

(50) Neste sentido, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, I, p. 620 e segs.; SÉRVULO CORREIA, *Contrato Administrativo*, p. 33 e segs.; AUGUSTO DE ATAÍDE, *Para uma Teoria...*, p. 91 e segs.; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, I, p. 702-703 e 706 e segs.

(51) Sobre a sua origem no direito francês, cfr. JEAN RIVERO, *Direito Administrativo*, Coimbra, 1981, p. 145-146.

(52) Neste sentido, cfr. AUGUSTO DE ATAÍDE, *Para uma Teoria...*, p. 91.

pio, se deve manter durante a vigência do contrato, designadamente quando a Administração resolve modificar em termos unilaterais o conteúdo das prestações a que o contraente privado estava inicialmente vinculado.

Sem prejuízo da aplicabilidade do princípio do equilíbrio financeiro do contrato administrativo a outras situações não subsumíveis ao exercício do poder unilateral de modificação do contrato pela Administração ⁽⁵³⁾, a verdade é que um tal princípio surge aqui como se tratasse de um preço que a Administração tem de pagar por derrogar, dentro dos limites da lei — pois, caso contrário, havia responsabilidade contratual (v. *supra*, n.º 2.3.) —, o princípio da estabilidade dos contratos (v. *supra*, n.º 2.5.).

Num outro sentido, observa-se que o princípio do equilíbrio financeiro do contrato assume a natureza de fonte de um direito indemnizatório titulado pelo contraente privado ⁽⁵⁴⁾: à obrigação de suportar as alterações unilaterais introduzidas pela Administração, o contraente privado adquire a faculdade de exigir o ressarcimento pelos respectivos prejuízos, enquanto expressão de uma ideia de equilíbrio ou proporcionalidade equitativa inicial das prestações ⁽⁵⁵⁾ ou ainda, segundo diferente formulação, da ideia de um todo de interesses das partes que mutuamente em interdependência se condicionam e que, por efeito das modificações unilaterais introduzidas, é posto em causa ⁽⁵⁶⁾. Trata-se, deste modo, de um direito do contraente privado que se baseia no entendimento de que este tem de «sair economicamente indemne desta aventura contratual» ⁽⁵⁷⁾.

Ainda de diferente perspectiva, sempre se poderá dizer que o poder de a Administração ordenar as modificações unilaterais ao conteúdo das prestações do contraente privado corresponde a for-

⁽⁵³⁾ Cfr., entre muitos outros, JEAN RIVERO, *Direito Administrativo*, p. 148 e segs.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. ANDRÉ DE LAUBADÈRE/JEAN-CLAUDE VENEZIA/YVES GAUDEMET, *Traité...*, I, p. 649.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, p. 671.

⁽⁵⁶⁾ Sobre o princípio da interdependência de interesses no contrato administrativo e a sua lesão pelo poder da Administração de modificação unilateral das prestações, cfr. AUGUSTO DE ATAÍDE, *Para uma Teoria...*, p. 98.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. RAMON PARADA, *Derecho...*, I, p. 276.

mação de um dever de satisfazer o direito do contraente privado a ver reposto o equilíbrio financeiro do contrato.

Do exposto, três ilações imediatas se podem extrair:

1.^a) — Sempre que numa empreitada de obras públicas o dono da obra exija a execução de trabalhos a mais, o empreiteiro adquire o direito a ser indemnizado pelas novas prestações que lhe são impostas e que comprometem o equilíbrio financeiro do contrato;

2.^a) — Em consequência, se da realização de trabalhos a mais o empreiteiro teve encargos aumentados de investimento no âmbito das componentes variáveis da verba de «estaleiro e acessos», compete ao dono da obra suportar os inerentes custos financeiros acrescidos, enquanto expressão do equilíbrio financeiro do contrato;

3.^a) — Fundamenta-se, por tudo isto, a existência de um direito do empreiteiro a reclamar junto do dono da obra um valor suplementar pelos custos acrescidos da componente variável da verba de estaleiro (⁵⁸).

3.2. Sabendo-se que alterado ou modificado o conteúdo das prestações do contraente privado, a Administração se constitui na obrigação de repor o equilíbrio financeiro do contrato, sempre importa indagar os termos em que uma tal reposição deve ser feita.

A este propósito, sem prejuízo da prevalência aplicativa de eventuais regras convencionais prevendo a regulamentação de uma tal matéria, são duas as principais teses em confronto:

- a) Uma primeira posição consiste em entender que a obrigação de repor o equilíbrio financeiro do contrato por efeito do exercício do poder unilateral de modificação pela Administração deve ser feita tal qual ele resultava do momento em que foi celebrado o respectivo contrato.

(⁵⁸) Isto, note-se, sem prejuízo de uma tal verba ter sido inicialmente fixada em termos de preço global. Como já se salientou (v. *supra*, n.º 2.10.), essa remuneração inicial referia-se, única e exclusivamente, às prestações resultantes do texto primitivo do contrato de empreitada que foi objecto de concurso público, sem poder tomar em consideração, logicamente, os trabalhos a mais só exigidos durante a posterior execução do contrato (v. *infra*, n.º 3.6.).

Como escreve MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, «(...) a imposição de novos encargos ao co-contratante tem de ser remunerada de acordo com a proporção entre sacrifícios e benefícios que subjaz ao acordo inicial» ⁽⁵⁹⁾. Assim, se para a prestação X a Administração se comprometeu a pagar Y , e isto constitui a base ou pressuposto para que o particular contratasse com a Administração, «(...) é lógico e equitativo que, agora, se se lhe exige que preste $X+X$, se lhe pague, igualmente $Y+Y$ » ⁽⁶⁰⁾.

Nestes termos, pode formular-se a seguinte regra: o equilíbrio financeiro dos contratos administrativos envolve a obrigação de a Administração pagar ao contraente cuja execução das prestações objecto de modificação unilateral pela Administração foi financeiramente agravada «não o *custo* que ele suporta pela prestação suplementar, mas sim o *preço* que ele provavelmente quereria se, no momento da celebração, tal prestação lhe tivesse sido exigida» ⁽⁶¹⁾.

- b) Uma segunda posição, partindo da ideia de que importa assegurar um efectivo ressarcimento pelos prejuízos sofridos pela realização das prestações suplementares, diz-nos que nem sempre a anterior formulação matemática da teoria do equilíbrio financeiro pode conduzir a uma reparação integral dos prejuízos sofridos ⁽⁶²⁾.

Assim, se antes da modificação unilateral o contraente particular já estava a sofrer um prejuízo na sequência, por exemplo, de erro no cálculo dos preços subjacentes à proposta por si apresentada a concurso, depois objecto de adjudicação e que esteve na base da celebração do contrato, deve entender-se que ele não deverá agora

⁽⁵⁹⁾ In *Direito Administrativo*, I, p. 710.

No mesmo sentido, apesar de lhe introduzir ligeiras alterações, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código...*, II, p. 353.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, I, p. 710.

⁽⁶¹⁾ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, I, p. 711.

⁽⁶²⁾ Cfr. AUGUSTO DE ATAÍDE, *Para uma Teoria...*, p. 94 e segs.

querer ser remunerado quanto às novas prestações nos termos da relação de proporção fixada à data da celebração do contrato. Aqui vale, por consequência, uma regra de indemnização integral do contraente particular pelos prejuízos sofridos com a modificação unilateral do conteúdo das prestações a que inicialmente estava obrigado, isto ainda, repita-se, que o novo valor achado seja superior ao que resultaria da aplicação mecânica da formulação matemática de teoria do equilíbrio financeiro. Só assim, afinal, se assegura uma solução justa e equitativa, baseada na ideia de «honesta equivalência das prestações»⁽⁶³⁾.

Que pensar das teses em confronto?

Será o que procuraremos ver de imediato.

3.3. Fundando-se a regra do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos, enquanto fonte de um direito indemnizatório do contraente particular ou contrapartida ao poder unilateral da Administração modificar o conteúdo das prestações contratuais inicialmente fixadas (v. *supra*, n.º 3.1.), nos princípios da justiça e da equidade⁽⁶⁴⁾, entendemos que a primeira tese exposta se deve completar com a segunda tese (v. *supra*, n.º 3.2.). Significa isto, sempre que não existam específicas normas convencionais sobre a matéria — as quais terão, em princípio, uma aplicação preferencial — o seguinte:

1.º — Em termos de regra geral, perante o exercício pela Administração do poder unilateral de modificação das prestações contratuais, o equilíbrio financeiro dos contratos deve efectuar-se através da remuneração dos sacrifícios acres-

(63) Cfr. AUGUSTO DE ATAÍDE, *Para uma Teoria...*, p. 96.

Para uma indicação histórica da génese da ideia de «honesta equivalência das prestações» no direito francês, cfr. ANDRÉ DE LAUBADÈRE/JEAN-CLAUDE VENEZIA/YVES GAUDEMET, *Traité...*, I, p. 650; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso...*, I, P. 679.

(64) Cfr. AUGUSTO DE ATAÍDE, *Para uma Teoria...*, p. 96.

Ainda sobre a aplicação do princípio da justiça aos aspectos remuneratórios dos contratos administrativos, cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, I, p. 628-629.

cidos segundo a proporção entre sacrifícios e benefícios fixada à data da celebração do texto inicial do contrato ⁽⁶⁵⁾;

2.º — No entanto, segundo a ideia de «honesta equivalência das prestações», a regra anterior não terá aplicabilidade sempre que o contraente particular demonstrar que a aplicação da mesma não será suficiente para assegurar um efectivo ressarcimento pelos prejuízos sofridos através da execução das novas ou diferentes prestações unilateralmente exigidas pela Administração;

3.º — Verificando-se esta última hipótese, o valor da indemnização integral ou do efectivo ressarcimento dos prejuízos compreende a cobertura dos danos emergentes e dos lucros cessantes ⁽⁶⁶⁾, enquanto provável preço que o contraente privado quererá se, à data da celebração do contrato, essa mesma prestação lhe tivesse sido solicitada ⁽⁶⁷⁾.

Uma tal solução de harmonia entre as duas teses em presença sobre a teoria do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos, tendo sempre como critério subjacente a efectividade do ressarcimento dos prejuízos do contraente particular decorrentes do poder unilateral da Administração em modificar o conteúdo das prestações, fundamenta-se em três argumentos de natureza constitucional:

- a) Em primeiro lugar, entendido em termos constitucionais o direito de propriedade como, seguindo as palavras de BADURA, «toda a posição jurídica de valor patrimonial que serve de base ao modo pessoal de vida ou à actuação

⁽⁶⁵⁾ Sobre a matéria, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO COSTA GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código...* II, p. 353.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. AUGSUTO DE ATAÍDE, *Para uma Teoria...*, p. 101-102.

Igualmente neste sentido, isto é, afirmado que a indemnização fundada no princípio do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos na sequência do exercício pela Administração do seu poder unilateral de modificação do conteúdo das prestações contratuais compreende os danos emergentes e os lucros cessantes, cfr. RAMON PARADA, *Derecho...*, I, p. 276.

⁽⁶⁷⁾ Neste último sentido, ainda que num enquadramento diferente (v. *supra*, n.º 3.2.), cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, I, p. 711.

económica» ⁽⁶⁸⁾, verifica-se que perante um comportamento da Administração traduzido na criação unilateral de uma nova obrigação ao contraente privado que — originando um acréscimo de custos em relação aos que inicialmente foram previstos à data da celebração do contrato — não seja integralmente ressarcida por quem lhe deu origem, haverá uma lesão na posição jurídica patrimonial que serve de base à actuação económica deste contraente. O mesmo é dizer, por outras palavras, que a Administração estará a lesar o respectivo direito de propriedade, enquanto direito fundamental objecto de tutela constitucional (C.R.P., art. 62.º), e ao qual as entidades públicas se encontram directa e imediatamente vinculadas (C.R.P., art. 18.º, n.º 1), uma vez que se trata de um direito fundamental dotado de natureza análoga aos constantes do Título II da Parte I da Constituição ⁽⁶⁹⁾;

- b) Em segundo lugar, estabelecendo o art. 62.º, n.º 2, o direito à justa indemnização pela ablação por acto público do direito de propriedade privada ⁽⁷⁰⁾, enquanto expressão da protecção da confiança pelos danos resultantes da intervenção dos poderes públicos sobre um direito de valor patrimonial dos particulares ⁽⁷¹⁾, pode daí extrair-se

⁽⁶⁸⁾ Cit. por KARL LARENZ, *Metodologia...*, p. 270.

Adoptando também um conceito amplo de propriedade, cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Polycop., Lisboa, 1991, p. 21; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 2.ª ed., 2.ª reimp., AAFDL, Lisboa, 1990, p. 430; MARCELO REBELO DE SOUSA/PAULO OTERO, *O Regime do Transporte e Difusão do Sinal de Televisão*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1994, I, p. 422-423.

⁽⁶⁹⁾ Neste último sentido, cfr., entre outros, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, p. 142; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 2.ª ed., Coimbra, 1993, p. 143.

⁽⁷⁰⁾ Dizendo que se está aqui perante «a expressão particular do princípio geral, ínsito no princípio do Estado de direito democrático, de indemnização pelos actos lesivos de direitos e pelos danos causados a outrem», cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição...*, p. 336.

⁽⁷¹⁾ Sobre a relação entre o direito à indemnização e o princípio da protecção da confiança, cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *As Garantias do Particular na Expropriação por Utilidade Pública*, Coimbra, 1982, p. 161-162.

que qualquer construção do princípio do equilíbrio financeiro do contrato administrativo que, em situações de exercício pela Administração do poder unilateral de modificação do conteúdo das prestações, deixe por ressarcir prejuízos — sejam eles danos emergentes ou lucros cessantes —, se mostra violadora do mencionado direito fundamental — também ele dotado de natureza análoga, isto nos termos e para os efeitos do art. 17.º da Constituição ⁽⁷²⁾ — e da protecção da confiança;

- c) Em terceiro lugar, estando a Administração Pública vinculada pela Constituição a prosseguir o interesse público no *respeito* pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares (C.R.P., art. 266.º, n.º 1), a solução defendida para a configuração operativa do princípio do equilíbrio financeiro do contrato administrativo é a única adequada e justa em termos constitucionais para, sem prejuízo de assegurar sempre o interesse público através da admissibilidade genérica de derrogação do princípio da estabilidade contratual, tutelar, simultaneamente, os direitos de propriedade e à justa indemnização do contraente privado que pode ver lesada a sua esfera patrimonial pela intervenção unilateral da Administração modificativa das prestações a que ele de início estava contratualmente obrigado.

3.4. Formulada nos termos expostos a teoria do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos, importa dela extrair os efeitos para o contrato de empreitada de obras públicas e, muito em particular, para o caso subjacente à presente Consulta:

- a) A execução dos trabalhos a mais, enquanto exigência do dono da obra concretizadora do seu poder unilateral de modificação do conteúdo das prestações, envolvendo um acréscimo de custos (ou diminuição de receitas) ao empreiteiro, determina, segundo a ideia de «honesta equivalência das prestações» (v. *supra*, n.º 3.3.), o dever de o

⁽⁷²⁾ Neste último sentido, cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, p. 141.

dono da obra indemnizar o empreiteiro por todos os danos emergentes e os lucros cessantes resultantes do cumprimento das novas prestações;

- b) Em termos de regime indemnizatório resultante do Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto, o ressarcimento do empreiteiro pelos custos acrescidos resultantes da execução dos trabalhos a mais obedece aos seguintes principais postulados:
- (i) Caso exista uma anterior estipulação sobre a matéria, será esta aplicável ⁽⁷³⁾ ou, em alternativa, poderá vir a formar-se um acordo que processe a remuneração dos trabalhos a mais em regime de percentagem ⁽⁷⁴⁾;
 - (ii) Não se verificando qualquer das hipóteses anteriores, devem ser tomados em consideração os preços resultantes do contrato ou aqueles que já tenham sido acordados para trabalhos da mesma espécie e a executar nas mesmas condições ⁽⁷⁵⁾;
 - (iii) Ocorrendo a anterior situação, o empreiteiro não está impedido, todavia, segundo a ideia de «honesta equivalência das prestações» (v. *supra*, n.º 3.3.), de reclamar contra os referidos preços ⁽⁷⁶⁾, podendo abrir-se uma fase litigiosa resolúvel por via judicial ou arbitragem ⁽⁷⁷⁾;
- c) A componente variável da verba de estaleiro, enquanto valor financeiro dependente da quantidade de trabalho a

⁽⁷³⁾ Cfr. art. 27.º, n.º 4.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. art. 27.º, n.º 6.

Note-se, porém, que esta última possibilidade deixou de ter hoje consagração legal expressa no novo regime jurídico das empreitadas de obras públicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro (cfr. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Regime...*, p. 69).

⁽⁷⁵⁾ Cfr. art. 27.º, n.º 4.

A lei consagra, por outro lado, um regime específico para os casos em que do projecto ou da ordem de execução não constem os preços unitários, cfr. art. 30.º, n.ºs 6 e 7.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. art. 30.º, n.º 1.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. art. 30.º, n.º 4.

realizar ou já realizado (v. *supra*, n.º 1.3.), uma vez que resulta acrescida nos seus custos de investimento pela execução dos trabalhos a mais exigidos ao empreiteiro, deve ser integralmente indemnizada pelo dono da obra nos termos anteriormente expostos pela ideia de «honesta equivalência das prestações» subjacente ao princípio do equilíbrio financeiro do contrato (v. *supra*, n.º 3.3.). Se a Administração assim não entender, uma tal recusa de indemnização integral dos custos acrescidos decorrentes do exercício pelo dono da obra de um poder unilateral de modificação do conteúdo das prestações contratuais do empreiteiro, além de contrariar o mencionado princípio geral de Direito Administrativo hoje formalmente consagrado no art. 180.º, n.º 1, al. a), do Código do Procedimento Administrativo (v. *supra*, n.º 3.1.), consubstância uma violação dos direitos fundamentais de propriedade e de justa indemnização pela lesão de direitos de valor patrimonial infligida pelo poder público, além de desprestigiar os princípios da protecção da confiança e da prossecução pela Administração do interesse público *no respeito* pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares (v. *supra*, n.º 3.3.).

Chegados a este ponto da nossa investigação, sempre importa ver alguns outros aspectos relacionados com a verba de estaleiro e o equilíbrio financeiro do contrato de empreitada de obras públicas.

Disso nos ocuparemos em seguida.

B) *Verba de estaleiro e equilíbrio financeiro*

3.5. O critério anteriormente exposto de ressarcimento integral do empreiteiro pelos custos acrescidos decorrentes da execução de trabalhos a mais unilateralmente impostos pelo dono da obra (v. *supra*, n.ºs 3.3. e 3.4.), se é certo que não gera efeitos sobre a componente fixa da verba de estaleiro (v. *supra*, n.º 1.2.), implica, todavia, um dever de indemnizar os custos acrescidos de investimento no âmbito da respectiva componente variável.

Neste sentido, inexistindo anterior convenção sobre o preço a pagar pelos trabalhos a mais ou não tendo sido convencionado o seu pagamento em regime de percentagem (v. *supra*, n.º 3.4.), tomando como ponto de partida o valor atribuído à componente variável da verba de «estaleiro e acessos» fixada à data da celebração do texto inicial do contrato de empreitada (v. *supra*, n.ºs 3.3. e 3.4.) — enquanto valor determinado pela simples subtracção ao valor total da verba de «estaleiro e acessos» do montante da componente fixa de uma tal verba —, o cálculo da indemnização a pagar pelo dono da obra pelo acréscimo de custos da componente variável da verba de estaleiro na sequência da realização dos trabalhos a mais deve ser determinado nos seguintes termos:

- Se para o valor do volume de trabalho *A*, expressando este a quantidade determinada inicialmente pelo texto do contrato, corresponde o valor *X* da componente variável da verba de estaleiro, segundo a remuneração fixada também à data da celebração de tal contrato, pode daqui extrair-se uma relação percentual entre os dois valores;
- Assim, para o valor do volume de trabalho *B*, enquanto quantidade de trabalhos a mais exigida pelo dono da obra, haverá que corresponder um valor *Y* da componente variável da verba de estaleiro, valor este directamente proporcional ao valor percentual subjacente à relação existente entre *A* e *X*, segundo a remuneração fixada à data da celebração do contrato de empreitada;
- Exemplificando: se o valor *X* representa 10% do valor de *A*, significando ser este o custo percentual da componente variável da verba de estaleiro no contexto do valor da quantidade de trabalhos inicialmente prevista no contrato, então *Y*, enquanto custo da componente variável integrante da verba de estaleiro referente aos trabalhos a mais, deverá também representar 10% do valor de *B*.

Deste modo, em conclusão, assegura-se ao nível das componentes variáveis da verba de estaleiro uma «honesta equivalência das prestações» ou equilíbrio financeiro do contrato por efeito da exigência de trabalhos a mais, suportando o dono da obra o provável preço que o empreiteiro quererá por tais componentes variáveis de

estaleiro se, à data da celebração do contrato, esses mesmos trabalhos a mais tivessem já integrados no objecto da empreitada de obras públicas durante a fase de concurso público (v. *supra*, n.º 3.3.).

3.6. Em sentido contrário ao entendimento exposto sobre o cálculo indemnizatório pela realização de trabalhos a mais e seus efeitos sobre a componente variável da verba de estaleiro (v. *supra*, n.º 3.5.) não vale utilizar dois tipos de possíveis contra-argumentos:

- (i) Por um lado, o facto de o contrato de empreitada determinar que as importâncias referentes à montagem e desmontagem das instalações de estaleiro e acessos tenham sido pagas numa única prestação, ainda antes do início dos trabalhos;
- (ii) Por outro lado, a ideia de que nos termos do caderno de encargos (e do próprio contrato) o empreiteiro tem a obrigação de realizar à sua custa a montagem, exploração e desmontagem do estaleiro, incluindo as correspondentes instalações, redes provisórias de água, de esgotos, electricidade e telefones, além dos acessos.

Vejamos as razões da improcedência de uma tal ordem de argumentação:

- a) Em primeiro lugar, como já antes se deixou sublinhado (v. *supra*, n.º 2.10.), carece de sentido invocar o texto primitivo do contrato ou os termos do caderno de encargos para daí extrair que compete ao empreiteiro suportar os custos acrescidos decorrentes da realização de trabalhos a mais exigidos pelo dono da obra, enquanto verdadeira modificação ao texto inicial do contrato de empreitada (v. *supra*, n.º 2.7.); as referências feitas no caderno de encargos e no contrato de empreitada dizem respeito apenas às quantidades de trabalho e às inerentes prestações aí previstas e que foram objecto de concurso público;
- b) Em segundo lugar, sem prejuízo da realização de trabalhos a mais não justificar uma indemnização pelos custos fixos da empreitada relativos à verba de estaleiro, a verdade é que o dono da obra não pode invocar os termos do contrato ou do caderno de encargos para se furtar ao paga-

mento dos custos variáveis decorrentes da execução de trabalhos a mais — sejam eles integrantes da verba de estaleiro ou de outra qualquer —, isto por duas razões:

1.^a) — Por um lado, como se acabou de ver, o contrato e o caderno de encargos devem sempre ser interpretados, até segundo um elementar princípio da boa fé, tendo em conta a quantidade de trabalho sujeita a concurso público e que lhes serve de objecto;

2.^a) — Por outro lado, mesmo que por hipótese fosse teoricamente admissível a interpretação do dono da obra, importa sublinhar que a mesma seria violadora do princípio do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos e, por isso mesmo, inválida (v. *supra*, n.º 3.4.);

- c) Em terceiro lugar, mostra-se também improcedente a ideia de que pelo facto de ter sido paga numa única prestação a verba de estaleiro, isto após o visto do Tribunal de Contas e ainda antes do início dos trabalhos, agora o empreiteiro não poderia reclamar um valor suplementar decorrente do agravamento de custos na componente variável da verba de estaleiro pela realização de trabalhos a mais. Fundamentamos esta posição em três ordens de razões:

1.^a) — Nos termos da lei e da jurisprudência, um tal facto não constitui qualquer impedimento limitativo da operatividade do princípio do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos;

2.^a) — O princípio da igualdade, especialmente na sua vertente de proibição do arbítrio⁽⁷⁸⁾, impede que o empreiteiro fique sem o ressarcimento de danos resultantes do poder unilateral da Administração modificar o vínculo contratual com base no argumento exposto. É que, bem vistas as coisas, não há nenhum «funda-

⁽⁷⁸⁾ Sobre o princípio da igualdade como proibição do arbítrio, cfr. FERNANDO ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, 1989, p. 419 e segs.; MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Da Igualdade — Introdução à jurisprudência*, Coimbra, 1993, p. 334-335.

mento material razoável» ou «bastante» ⁽⁷⁹⁾ que justifique uma discriminação baseada no modo de remuneração da verba de estaleiro, daí resultando a arbitrariedade de uma tal posição da Administração: porque motivo, pode perguntar-se, sem ser o puro arbítrio, se a verba de estaleiro fosse paga de maneira diferente já teria o empregado direito a ver pago o aumento dos custos da componente variável dessa mesma verba pela realização de trabalhos a mais? Ou, visto de diferente ângulo, qual a razão pela qual a circunstância de aquela verba ter sido paga ao empregado numa única prestação (ou antes do início dos trabalhos) constituir argumento para lhe ser agora negado o respectivo direito indemnizatório?

3.^a) — Numa outra perspectiva, o princípio da igualdade impede ainda que se utilize o facto de estarmos perante uma verba fixada em termos globais para excluir o direito do empregado a uma verba suplementar pelo custo da componente variável da verba de estaleiro correspondente aos trabalhos a mais realizados: o tipo de remuneração deste aspecto de uma empreitada não confere «fundamento material bastante ou suficiente» ou «justificação racional» ⁽⁸⁰⁾ para um tratamento discriminatório quanto ao ressarcimento dos custos decorrentes da execução de trabalhos a mais. Poderá questionar-se, por isso mesmo, qual pode ser a fundamentação válida que justifica que se a verba de estaleiro não fosse fixada em termos de preço global — mas antes, por exemplo, fosse integrada no âmbito de uma empreitada por série de preços ou por percentagem —, o empregado já teria direito (expresso ou implícito) a ver ressarcidos os danos resultantes dos trabalhos a mais sobre a componente

⁽⁷⁹⁾ Expressões utilizadas pelo Tribunal Constitucional, a propósito da proibição do arbítrio, cfr. MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Da Igualdade...*, p. 334-335.

⁽⁸⁰⁾ Ambas as expressões resultam da jurisprudência do Tribunal Constitucional, cfr. MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Da Igualdade...*, p. 334-335.

variável da verba de estaleiro? Porque motivo, afinal, uma verba de estaleiro fixada através de preço global nega aquilo que um diferente modo de remuneração de tal verba confere? Qual o fundamento justificativo para uma tal discriminação senão, e uma vez mais, a pura arbitrariedade administrativa?

3.7. Afastados os possíveis argumentos contrários ao entendimento exposto sobre o cálculo indemnizatório pela realização de trabalhos a mais e seus efeitos sobre a componente variável da verba de estaleiro (v. *supra*, n.º 3.5.), importa sublinhar que existem ainda dois últimos argumentos que militam a favor da solução proposta:

- a) Desde logo, negar o direito de o empreiteiro a obter do dono da obra uma verba suplementar pela componente variável da verba de estaleiro que tenha sofrido aumento de custos pela execução de trabalhos a mais ordenados pelo dono da obra (v. *supra*, n.º 3.3.) seria, em boa verdade, frustrar o princípio do equilíbrio financeiro e, muito em particular, a ideia de «honesta equivalência das prestações»: afinal, bem vistas as coisas, se os custos de uma tal componente da verba de estaleiro não fossem passíveis de indemnização pelo dono da obra na sequência de alterações às quantidades de trabalho, bastaria a Administração abrir concurso público para um determinado objecto mínimo de empreitada e depois, muito calmamente — e isto sem entrar agora em conta com os limites relativamente ao valor da adjudicação —, pedir sucessivos trabalhos a mais;
- b) Por outro lado, a validade do entendimento de que o dono da obra deve ressarcir o empreiteiro pelos custos agravados da componente variável da verba de estaleiro, isto por efeito da realização de trabalhos a mais, justifica-se também à luz da ideia de equivalência em hipótese inversa: se, em vez de trabalhos a mais, se verificasse um caso de trabalhos a menos ⁽⁸¹⁾, sem prejuízo da indemnização

⁽⁸¹⁾ Cfr. Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto, artigo 28.º

devida pelo dono da obra ao empreiteiro ⁽⁸²⁾, deve entender-se que, salva a intervenção ponderativa de outro elemento, o dono da obra adquirirá o direito à correspondente verba da componente variável do estaleiro que não chegou a ser utilizada pela redução da quantidade de trabalho inicialmente estipulada pelo contrato (v. *supra*, n.º 1.3.). Mesmo que a verba de estaleiro tivesse sido fixada em termos globais e paga antes do início dos trabalhos, nem por isso o empreiteiro estaria exonerado de devolver a correspondente percentagem da mencionada componente variável da verba de estaleiro, isto segundo os termos da relação de proporcionalidade anteriormente exposta para a situação de trabalhos a mais (v. *supra*, n.º 3.5.).

C) *Uma solução residual: o enriquecimento sem causa*

3.8. Mesmo que por mera hipótese académica se rejeitasse o princípio do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos como fundamento autónomo para o direito do empreiteiro ao ressarcimento pelo dono da obra dos custos agravados da componente variável da verba de estaleiro nos termos anteriormente expostos (v. *supra*, n.º 3.3.), a verdade é que, subsidiariamente, a ordem jurídica sempre reconheceria ao empreiteiro uma outra fonte habilitadora do seu direito de crédito sobre o dono da obra: o instituto do enriquecimento sem causa.

Com efeito, a proibição do locupletamento à custa alheia deve ser entendida como princípio geral de Direito comum e, por conseguinte, também ele é dotado de força vinculativa para a Administração Pública ⁽⁸³⁾. Deste modo, sempre que se verificarem os pressupostos legais do enriquecimento sem causa, a Administração

⁽⁸²⁾ Cfr. Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto, artigo 37.º, n.º 1.

⁽⁸³⁾ Reconhecendo a aplicabilidade das regras gerais do instituto do enriquecimento sem causa à actividade da Administração Pública, cfr. AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, I, Polycop., Coimbra, 1976, p. 310; GUIDO ZANOBINI, *Corso de Diritto Amministrativo*, I, 8.ª ed., Milano, 1958, p. 237 e segs.; ALDO M. SAN-

Pública constitui-se na obrigação de restituir ao lesado aquilo com que indevidamente se locupletou.

Independentemente da sua natureza residual ⁽⁸⁴⁾, verifica-se que no presente caso se encontram preenchidos todos os pressupostos legais da figura do enriquecimento sem causa ⁽⁸⁵⁾:

- (i) O dono da obra obteve uma vantagem patrimonial com a realização dos trabalhos a mais pelo empreiteiro;
- (ii) Esse mesmo enriquecimento foi feito à custa do empreiteiro que teve de suportar os custos de um acréscimo de investimento na componente variável da verba de estaleiro;
- (iii) Não existe qualquer causa justificativa para o referido enriquecimento, antes o mesmo se funda na violação pelo dono da obra do princípio do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos.

Por tudo isto, em conclusão, ainda que não fosse reconhecido pelo dono da obra a aplicação do princípio do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos como fundamento directo ou autónomo do direito do empreiteiro a reclamar o ressarcimento do custo da componente variável da verba de estaleiro por efeito da execução de trabalhos a mais, sem prejuízo da possibilidade de

DULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, I, 15.^a ed., Napoli, 1989, p. 170-171; GUIDO LANDI/GIUSEPPE POTENZA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 9.^a ed., Milano, 1990, p. 722; FRANCO BASSI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 1984, p. 131-132; ANDRÉ GRISSEL, *Traité de Droit Administratif*, II, Neuchatel, 1984, p. 618 e segs.; PIERRE MOOR, *Droit Administratif*, II, Berne, 1991, p. 100 e segs.; BLAISE KNAPP, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, Basel, 1992, p. 20 e 172-173.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. Código Civil, art. 474.^o

⁽⁸⁵⁾ Sobre os pressupostos ou requisitos do enriquecimento sem causa, cfr., entre outros autores, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, p. 391 e segs.; FERNANDO PESSOA JORGE, *Lições de Direito das Obrigações*, I, Policop., AAFDL, Lisboa, 1966-67, p. 250 e segs.; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 4.^a ed., Coimbra, 1982, p. 133 e segs.; ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, 4.^a ed., Coimbra, 1982, p. 401 e segs.; MOTA PINTO, *Direito das Obrigações* (lições coligidas por Encarnação Cabral e Jorge de Amorim), Policop., Coimbra, 1973, p. 346 e segs.; RUI DE ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, Policop., Coimbra, 1983, p. 183 e segs.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, Reimp., AAFDL, Lisboa, 1990, p. 52 e segs..

acesso ao tribunal (administrativo ou arbitral), observa-se que a ordem jurídica confere ainda ao empreiteiro através do instituto do enriquecimento sem causa um fundamento subsidiário habilitador do seu direito de crédito sobre o dono da obra.

IV CONCLUSÕES

4.1. O desenvolvido estudo realizado em torno da questão colocada pela presente Consulta, não obstante o facto de todas as sínteses revelarem sempre uma «amputação» argumentativa do discurso, permite extrair as seguintes principais conclusões:

1) — Em Direito Administrativo, o princípio da estabilidade contratual é fortemente debilitado por um genérico poder unilateral da Administração que, tendo sempre em vista a prossecução do interesse público, lhe permite modificar o conteúdo das prestações do contraente privado fixadas no texto inicial do contrato administrativo;

2) — Na empreitada de obras públicas, a exigência ao empreiteiro pelo dono da obra de realização de trabalhos a mais configura o exercício de um poder unilateral de modificação das prestações a que aquele estava inicialmente vinculado pelo texto do contrato de empreitada, envolvendo, por isso mesmo, um suplemento modificativo a este último;

3) — Uma vez que o facto de o empreiteiro estar obrigado a executar os trabalhos a mais não permite extrair que tenha também o encargo de suportar o respectivo acréscimo de custos, deve entender-se que vigora aqui em matéria de custos adicionais, segundo uma solução de justiça e equidade, o seguinte princípio geral: o exercício pela Administração Pública do poder unilateral de modificação do conteúdo das prestações do contraente privado envolve o ónus ou encargo de ser ela a suportar todas as inerentes consequências financeiras;

4) — O poder unilateral da Administração modificar o conteúdo das prestações do contraente privado, incluindo os casos de trabalhos a mais exigidos pelo dono da obra na

empreitada de obras públicas, confere sempre ao contraente privado, segundo o princípio geral do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos — hoje objecto de expressa consagração legal no Código do Procedimento Administrativo —, um direito ao ressarcimento integral dos danos emergentes e dos lucros cessantes pelas modificações introduzidas;

5) — Compreendendo a verba de estaleiro nas empreitadas de obras públicas uma componente fixa e uma componente variável, a circunstância de esta última aumentar com a realização dos trabalhos a mais confere ao empreiteiro, segundo a ideia de uma «honesta equivalência das prestações» subjacente ao princípio do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos, o direito a reclamar junto do dono da obra uma compensação financeira;

6) — Fundando-se a ideia de uma «honesta equivalência das prestações» subjacente ao princípio do equilíbrio financeiro na tutela constitucional do direito de propriedade e do direito a uma justa indemnização pela ablação por acto público de uma posição jurídica de valor patrimonial, além de corresponder à concretização dos princípios da protecção da confiança e da prossecução do interesse público no *respeito* pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares, a recusa do dono da obra na satisfação do direito do empreiteiro a ver ressarcidos os custos da componente variável da verba estaleiro pela execução de trabalhos a mais constitui a violação de tais valores constitucionais e do próprio princípio do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos;

7) — Inexistindo convenção das partes em contrário, o cálculo da indemnização a pagar pelo dono da obra pelo acréscimo de custos da componente variável da verba de estaleiro na sequência da realização dos trabalhos a mais, segundo uma «honesta equivalência das prestações», deve ser determinado em termos que o dono da obra suporte o provável preço que o empreiteiro quereria por tais componentes variáveis de estaleiro se, à data da celebração do contrato, esses mesmos trabalhos a mais tivessem já integrados no objecto da empreitada de obras públicas durante a fase de concurso público;

8) — Mesmo que por mera hipótese académica se negasse ao princípio do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos fundamento habilitador autónomo ao direito do empreiteiro junto do dono da obra sobre os custos acrescidos da componente variável da verba de estaleiro por efeito da execução de trabalhos a mais, sempre o instituto do enriquecimento sem causa, sem prejuízo da sua natureza residual, serviria de fundamento ao direito de crédito do empreiteiro sobre o dono da obra.

4.2. Resumindo e concluindo a resposta à pergunta formulada na Consulta: numa empreitada de obras públicas, o empreiteiro pode validamente reclamar junto do dono da obra um valor suplementar pelo custo da componente variável da verba de «estaleiro e acessos» correspondente aos trabalhos a mais a executar (ou já executados) na respectiva obra. Para o efeito, são três os possíveis fundamentos habilitadores em abstracto do respectivo direito de crédito:

- (i) O princípio de que são imputáveis à Administração Pública todos os custos adicionais decorrentes do exercício do seu poder de derrogação da estabilidade contratual através da modificação unilateral do conteúdo das prestações do contraente privado;
- (ii) O princípio do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos, segundo a ideia de uma «honesta equivalência das prestações» que conduz ao ressarcimento integral dos danos emergentes e dos lucros cessantes decorrentes das alterações introduzidas, e enquanto expressão de valores tutelados pela Constituição;
- (iii) O princípio do não locupletamento à custa alheia, ainda que a aplicação do instituto do enriquecimento sem causa se faça sempre em termos subsidiários ou residuais.

Tal é, salvo melhor opinião, o parecer de

PAULO OTERO

(Professor da Faculdade de Direito de Lisboa)