REVISTA OA | DOUTRINA

Doutrina

Processo	Data do documento	Relator
963029eddf55df3f7454_IN	31 de dezembro de 2020	Diogo Duarte de Campos e Joana Brandão

DESCRITORES

“o Reequilíbrio Económico-financeiro Dos Contratos de Empreitada Decorrentes da Maior Permanência em Obra”

SUMÁRIO

N.D.

TEXTO INTEGRAL

o ReequiLíbRio econóMico-finAnceiRo doS contRAtoS de eMPReitAdA decoRRenteS dA MAioR PeRMAnênciA eM obRA Por diogo duarte de campos Joana brandão(1) Sumário: 1. Introdução. 2. Elementos de complexificação. 2.1. distinção de figuras afins: a revisão ordinária de preços. 2.2. A ausência de caso-base e a repartição do risco. 3. Extensão do prazo de execução e/ou consequências monetárias. 3.1. considerações gerais. 3.2. caminho crítico, atraso e perturbação. 3.3. Métodos de determinação de atraso em empreitadas. 3.4. Síntese conclusiva. 4. Compensação por prolongamento. 4.1. custos indiretos. 4.2. custos financeiros. 4.3. encargos de sede e perda de lucro.

1. Introdução embora seja um fenómeno congénito a qualquer contrato público,

a prática vem demonstrando que o contrato de empreitada é particularmente sujeito à ocorrência de vicissitudes(2) de diversa ordem que, de forma mais (1) Advogados na PLMJ Advogados, SP, RL. As opiniões expressas neste artigo são pessoais e em caso algum vinculam a PLMJ. (2) Anotando, também, esta constatação empírica, veja-se Licínio LoPeS MARtinS, Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no código dos contratos Públicos ii: em especial, a reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato e a determinação dos danos, in estudos de contratação Pública, 2010, p. 340, o qual identifica como potenciais fontes perturbadoras do equilíbrio contratual atuações do "dono da obra, a intervenção de terceiras entidades, ocorrência de factos naturais alheios à vontade das partes, etc". o mesmo autor identifica, ainda, perturbações de

direta ou mais indireta, podem determinar uma situação(3) de desequilíbrio contratual das prestações, com a consequente necessidade de proceder à reposição do equilíbrio financeiro do contrato. os contratos de empreitada são, com frequência, contratos cuja execução se prolonga no tempo e que podem envolver montantes significativos e a conjugação de diversos elementos (mão de obra, equipamento, materiais, projeto, local da obra, condições do solo, acessibilidades, etc.), o que, per si, potencia a possibilidade de ocorrência e, bem assim, os impactos de tais vicissitudes. o racional subjacente à reposição do equilíbrio financeiro do contrato é o de que quando o empreiteiro seja impedido de executar os trabalhos (i) nos termos e condições inicialmente planeadas e (ii) tal alteração esteja para além do risco assumido pelo empreiteiro no respetivo contrato, este deverá ser reequilibrado, aqui entendido em sentido amplíssimo. ora, se sobre a necessidade de reequilibrar um contrato cuja execução foi perturbada nos termos descritos acima, conquanto exista previsão legal ou contratual nesse sentido(4), não restam grandes dúvidas, já

sobre o concreto modo de reequilíbrio, as dúvidas são mais que muitas(5). diferente natureza tais como “necessidades supervenientes que obrigam a uma reponderação da execução dos trabalhos, refaseamento do plano de execução dos trabalhos, retardamento do plano de execução dos trabalhos, retardamentos de consignações, incluindo as parciais, resolução de indefinições e/ou alterações ao projecto de execução, etc.”. (3) Sem prejuízo da importância prática desta matéria, a mesma não tem despertado significativo interesse da doutrina. em todo o caso, veja-se PAuLo oteRo, Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas, in Revista da ordem dos Advogados, Ano 56, Vol. iii, dez. 1996; Licínio LoPeS MARtinS, Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos i, in estudos de contratação Pública ii, 2010; Rui MedeiRoS, o controle de custos nas empreitadas de obras públicas através do novo regime de trabalhos de suprimento de erros e omissões de trabalhos a mais, in estudos de contratação Pública ii, 2010; Licínio LoPeS MARtinS, Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos ii: em especial, a reposição do equilíbrio económicofinanceiro do contrato e a determinação dos danos, in estudos de contratação Pública, 2010; tiAgo AMoRiM, A reposição do equilíbrio financeiro do contrato de empreitada de obras públicas, in estudos em Homenagem a Rui Pena, p. 1091 e ss; PAuLo LinHAReS diAS, responsabilidade pelos trabalhos de supressão de erros e omissões, in Revista de direito Administrativo n.º 4, 2019 e MigueL ASSiS RAiMundo, Erros e omissões das peças do procedimentos e posição do c-contraente, ou a vida difícil da boa-fé na contratação pública, in Revista de direito Administrativo n.º 4, 2019. (4) nos termos do ccP apenas há lugar à reposição do equilíbrio financeiro nos casos especialmente previstos na lei ou, a título excecional, no próprio contrato (art. 282, n.º 1 do ccP). (5) no presente artigo não se pretende analisar os pressupostos legais ou contratuais para que o reequilíbrio financeiro do contrato de empreitada tenha lugar, mas

sim atentar às diversas modalidades de reequilíbrio disponíveis e, mesmo dentro destas, exclusivamente no que se refere à maior permanência em obra.

o ReequiLíbRio econóMico-finAnceiRo doS contRAtoS

97

com efeito, reequilibrar neste sentido amplo tanto poderá significar uma mera extensão do prazo de execução dos trabalhos (em que os (sobre)custos de cada uma das partes são internalizados)(6) como poderá, sem contradição, significar uma mera compensação equitativa que não tem, verdadeiramente, em vista colocar o cocontraente precisamente no ponto de equilíbrio inicial(7) (mas tão só distribuir entre os contraentes as (6) que consistirá na há muito conhecida como "prorrogação graciosa", que é muito utilizada na prática. (7) A este propósito é muito interessante cotejar o regime jurídico que decorre, por um lado, do n.º 1 do art. 314.º e do art. 354.º do ccP, com o regime constante do n.º 2 do art. 314.º, por outro. com efeito, se no primeiro grupo de casos, expressamente se estabelece o direito do empreiteiro ao reequilíbrio financeiro do contrato caso, por um banda, o dono da obra pratique ou dê causa a facto donde resulte maior dificuldade na execução da obra, com agravamento dos encargos respetivos (art. 354.º) ou, por outra banda, se imponha a modificação do contrato por (i) alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público; (ii) razões de interesse público (art. 314.º, n.º 1); no segundo grupo (art. 314.º, n.º 2) estabelece-se que nos "demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias", o cocontratante apenas terá "direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade". ou seja, a lei distingue, claramente, os casos em que a alteração do contrato ou a maior onerosidade na execução do mesmo é imputável ao contraente público, dos casos em que, pese embora não seja possível tal imputação, há (objetivamente) uma alteração das circunstâncias, reconhecendo o direito do empreiteiro a ser compensado equitativamente — o que, no fundo, pressupõe a divisão

(equitativa) entre as partes das consequências decorrentes dessa mesma alteração. Sobre o juízo decisório equitativo que não arbitrário, cotejando-o com a discricionariedade administrativa, veja-se JoSé MAnueL SéRVuLo coRReiA, margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas: as afinidades e os seus limites, in escritos de direito Público, Vol. i, p. 186 e ss. decorrem do que se vem de explicitar duas importantes consequências típicas da empreitada pública, pelo que dificilmente transponíveis para contratos puramente privados. Por um lado, a responsabilidade do contraente público em compensar o cocontraente por uma alteração das circunstâncias que não lhe seja imputável. não se veja aqui qualquer favorecimento do cocontraente: é precisamente o interesse público que impõe esta solução. com efeito, o interesse público reclama, obviamente, acima de tudo, a finalização da obra em curso que — presume-se — tem em vista satisfazer uma necessidade coletiva. ora, é este facto que, simultaneamente, justifica que, em geral, a resolução por iniciativa do empreiteiro apenas possa ser realizada por via judicial ou arbitral e que o empreiteiro não assuma sozinho o risco pela alteração das circunstâncias em que as partes negociaram o contrato. com efeito, seria demasiado violento que o regime aplicável, ao mesmo tempo que, na prática, impossibilita o cocontratante de resolver o contrato (porque o interesse público impõe a realização da obra), também lhe imputasse o encargo de suportar sozinho as consequências decorrentes de vicissitudes imprevistas na execução da obra. de resto, é também do interesse público, não só que a obra seja finalizada, mas que seja executada sem interrupções, mantendo-se os padrões de qualidade e sem defeitos, o que não será certamente compatível com uma situação de desequilíbrio contratual em desfavor do empreiteiro. Se o empreiteiro for colocado numa situação de manifesto desequilíbrio da sua prestação, por manifesta onerosidade, a probabilidade de incumprimento do contrato, seja por suspensão da sua execução, seja por execução defeituosa cresce exponencialmente com prejuízo para o interesse público que a obra visava

satisfazer. Por outro lado, parece também decorrer deste regime — e de outros como a obrigação (naturalmente mandatória) de sujeitar a revisão ordinária de preços todos os contratos administrativos (art. 382.º, n.º 1) — um princípio geral de que não se pretende que o tempo seja um risco assumido exclusivamente pelo empreiteiro, o que, uma vez mais, se fundará em razões de interesse público que impõe que a prioridade seja a construção da obra. ou seja, o risco do

98

diogo duARte de cAMPoS / JoAnA bRAndão

repercussões de um determinado evento), como também poderá significar um verdadeiro reequilíbrio económico-financeiro do contrato em que o cocontraente é colocado precisamente no mesmo ponto de equilíbrio(8) que o contrato inicial lhe proporcionava(9).

empreiteiro será, neste circunspecto, aquele que decorre do momento inicial e não o decurso do tempo, o que se percebe bem dentro da lógica de que os contratos públicos — desde logo pela natureza relativa dos contraentes — levam ínsita em si mesma uma ideia de equilíbrio das respetivas prestações. (8) como se alcança sem necessidade de qualquer explicação adicional, este é, obviamente, o regime mais favorável de todos para o empreiteiro, na medida em que todos os sobrecustos e demais riscos decorrentes de uma qualquer decisão ou circunstância imprevista do dono da obra são por este integralmente suportados. como contrapartida desse regime, o legislador estabeleceu um mecanismo particularmente exigente para que uma reclamação de reequilíbrio possa ser considerada pela entidade pública, impondo um conjunto de ónus ao empreiteiro que pretenda ver o seu contrato reequilibrado económica e financeiramente (ónus que, obviamente, não são aplicáveis, por exemplo, à apresentação de uma reclamação de acordo com o art. 314.º, n.º 1 do ccP, mas que, em contrapartida, apenas confere direito a uma compensação equitativa). Assim, o referido direito caduca se não for exercido no prazo de “30 dias a

contar do evento que o constitua ou do momento em que o empreiteiro dele tome conhecimento". Para esse efeito, o empreiteiro deverá reclamar os "danos correspondentes (...)", mediante requerimento no qual "o empreiteiro deve expor os fundamentos de facto e de direito e oferecer os documentos ou outros meios de prova que considere convenientes". naturalmente, esta exigência levanta um conjunto de problemas (que, manifestamente, justificariam um outro artigo), mas que não deixam de se apontar ainda que topicamente e perfunctoriamente. Assim, em primeiro lugar, sobretudo em eventos continuados não é claro qual deva ser o momento essencial a ter em consideração para efeito do início de contagem dos 30 dias. dir-se-á, naturalmente (até por uma questão de cautela), que se deverá contar desde o início do evento em causa, seja ele uma tempestade ou uma pandemia como se vive atualmente ou a instrução para executar uma diferente solução de projecto. Porém, a verdade é que, não raras vezes, é a continuação do evento que impõe um dano e não o evento por si só, pelo que seria totalmente desrazoável impor ao empreiteiro que, relativamente a todos os potenciais eventos, apresente uma reclamação, ainda que à cautela. donde, em relação a eventos continuados, propendemos a considerar, ainda que com cautelas, que o momento relevante apenas poderá ser o final daquele. com efeito, não é igual, por exemplo, o empreiteiro receber uma instrução que implica a olho nu uma maior onerosidade na execução dos trabalhos ou, por exemplo, o atual estado de pandemia que nem se sabe bem quando verdadeiramente começou e que tem efeitos cumulativos e, por isso, só se pode afirmar a existência de um dano com a continuação do evento. Por outro lado, também não é claro o significado normativo da exigência no sentido de que "o empreiteiro deve expor os fundamentos de facto e de direito e oferecer os documentos ou outros meios de prova que considere convenientes". Se, por uma banda, deste segmento normativo se pode retirar uma exigência acrescida sobre o empreiteiro de fundamentação da sua reclamação, por outra banda, verdadeiramente, não se

parece retirar que sobre o mesmo impenda uma exigência de, desde logo, contabilizar todos os seus danos, sendo admissível que o mesmo se limite a reservar os seus direitos (seja de extensão de prazo seja monetário). com efeito, a lei ao impor expressamente que o empreiteiro apresente uma reclamação sobre os danos ainda que desconheça a extensão integral dos mesmos, não pode ao mesmo tempo impor que nessa reclamação, desde logo, se liquidem todos os danos que podem até ainda não ser conhecidos. também nesse sentido aponta uma interpretação teleológica da norma, como facilmente se demonstra. o problema pressuposto pela norma prende-se, em geral, em não acumular eventos indemnizatórios na esfera jurídica do dono da obra. como muito bem se compreende sem uma norma como aquela em análise, o dono da obra poderia ser confrontado, a final, com um conjunto de reclamações relativamente a eventos que não sabia suscetíveis de criar danos (e que por isso não documentou

o ReequiLíbRio econóMico-finAnceiRo doS contRAtoS

99

com o presente estudo pretende-se, de um ponto de vista eminentemente prático, discutir as principais preocupações e cuidados que tanto os advogados como os julgadores (seja em tribunais estaduais seja em tribunais arbitrais) deverão ter nesta matéria. é sabido que, tradicionalmente, a definição do concreto método (e quantum) de reequilíbrio dos contratos de empreitada tem sido, pelo menos em grande medida, delegada em peritos(10). ora, ainda que muitos dos cálculos sejam, obviamente, matéria técnica que está para além dos normais conhecimentos dos juristas, tudo o resto é (também) jurídico. é precisamente a disseminação desse conhecimento de base pelos juristas que se espera com o presente trabalho. Para esse efeito, nos pontos subsequentes, analisaremos um conjunto de figuras afins para, posteriormente, nos centrarmos na ideia de atraso (que implica uma maior permanência em obra do empreiteiro), com vista a definir, primeiro, quais os métodos disponíveis para o

seu cálculo e, seguidamente, a respectiva valorização.

ou teve em especial consideração). ora, para responder ao problema pressuposto pela norma não se exige mais do que a descrição do concreto evento e das potenciais consequências, sejam monetárias sejam no prazo de execução do contrato, mas já nos parece excessivo a sua liquidação final (que pode até não ser possível). Acresce, por último, que a uma imposição maior sobre o empreiteiro implicaria, no fundo, negar-lhe o direito a ser ressarcido por potenciais danos por se terem de considerar caducos, o que significa sempre aceitar um enriquecimento do dono da obra. uma nota final para dar nota que, em todo o caso, não será irrelevante a forma como a reclamação é instruída. com efeito, de acordo com o n.º 4 do art. 354.º do ccP, "o dono da obra aprecia e decide a reclamação no prazo de 90 dias, podendo este prazo ser prorrogado por decisão daquele, caso se revele necessário proceder à realização de diligências complementares", o que significa que quanto menos bem instruída se apresentar a reclamação, naturalmente, maior será a hipótese de ser rejeitada pelo dono da obra (o que implicará que apenas em sede judicial a mesma venha a ser apreciada). Pese embora o requerimento apresentado pelo cocontratante espolete um subprocedimento administrativo em que o legislador (art. 354.º, n.º 5) expressamente prevê que a respetiva "decisão, ou a sua omissão (…), pode ser objeto de impugnação nos tribunais administrativos, nos termos do Código de Processo nos Tribunais administrativos", impõe-se deixar claro que não se está perante um verdadeiro ato administrativo, mas tão só perante um uma declaração de vontade. donde, a impugnação aqui prevista não está sujeita ao prazo de 3 meses constante do art. 58.º do cPtA, devendo antes considerar-se que se trata de uma acção sobre contratos, logo não sujeita a qualquer prazo nos termos do art. 37.º, n.º 1, alínea l do cPtA. Precisamente no mesmo sentido gonçALo gueRRA tAVAReS, Comentário ao Código dos Contratos Públicos, 2019, p. 834. (9) Sem qualquer surpresa o n.º 6.º do art. 282.º do ccP estipula que a "reposição do equilíbrio financeiro não pode colocar

qualquer das partes em situação mais favorável que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido, não podendo cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou eram inerentes ao risco próprio do contrato". no mesmo sentido, construction Law Society, delay and disruption Protocol, 2017, disponível em , p. 8. enfatizando esta questão, veja-se Licínio LoPeS MARtinS, Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos ii, cit., p. 364 e ss. (10) Licínio LoPeS MARtinS, Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos ii, cit., p. 341; MARceLo RebeLo de SouSA e AndRé SALgAdo MAtoS, Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral, tomo iii, p. 145.

100

diogo duARte de cAMPoS / JoAnA bRAndão

2. Elementos de complexificação 2.1.

distinção de figuras afins: a revisão ordinária de preços

À questão já de si particularmente complexa de definir o concreto método (e quantum) de reequilíbrio, devemos juntar, ainda, dois elementos essenciais e que, não surpreendentemente, a complexificam ainda mais. Assim, em primeiro lugar, deve ter-se presente que, por imposição legal(11), todos os contratos de empreitada em Portugal se encontram sujeitos a revisão (ordinária) de preços, o que, pese embora não se deva confundir com reequilíbrio do contrato(12), também contribuiu para a manutenção deste equilíbrio: o efeito do mero decurso do tempo sobre o custos de elementos relevantes da empreitada (mão de obra, materiais e equipamentos) deverá, à partida, estar mitigado por força da revisão ordinária de preços. com efeito, no âmbito das regras especialmente aplicáveis às empreitadas de obras públicas, o ccP determina que o preço fixado no contrato para os trabalhos de execução da obra é obrigatoriamente revisto nos termos contratualmente estabelecidos e de acordo com o disposto na lei. este instituto da revisão de preços contratuais é tido como uma modificação objetiva dos contratos ordinária, que deverá verificar-se sempre.

esta figura não se confunde nem com a revisão de preço nas empreitadas de obras públicas enquanto mecanismo de reposição do equilíbrio, prevista nos arts. 314.º e 354.º do ccP de que vimos falando, nem com a revisão de preços que decorre da partilha de benefícios do contraente privado com o contraente público nas parcerias público-privadas (art. 341.º do ccP). Ao contrário de outras figuras legais, que visam preservar ou repor o equilíbrio contratual entre o dono da obra e o empreiteiro, a revisão de preços não é motivada por circunstâncias anormais, excecionais ou extraordinárias, mas é uma decorrência normal e necessária do efeito, na execução contratual, da evolução do mercado da construção ao longo do tempo. com a revisão de preços, pretende-se que estes acompanhem sempre os movimentos estruturais de mercado, nos aspetos que influenciem os custos e os preços dos contratos de empreitada de obras públicas, de forma a pre-

(11) de acordo com o art. 382.º, n.º 1, do ccP "Sem prejuízo do disposto nos arts. 282.º, 300.º e 341.º, o preço fixado no contrato para os trabalhos de execução da obra é obrigatoriamente revisto nos termos contratualmente estabelecidos e de acordo com o disposto em lei". (12) Sem prejuízo, é possível ler-se o art. 282.º, n.º 3, como contemplando a revisão ordinária de preço entre o catálogo das medidas suscetíveis de proceder ao reequilíbrio do contrato.

servar o equilíbrio contratual que foi querido e assumido pelas partes. Além disso, a revisão de preços não é contingente, mas obrigatória, devendo atender-se ao que dispõe o contrato e a lei. A revisão de preços garante a manutenção, ao longo da execução do contrato, dos pressupostos económicos que presidiram à elaboração e apresentação da proposta pelo empreiteiro. Assim, a revisão de preços confronta os custos das principais especialidades da obra ao tempo da apresentação das propostas (relevando os custos de mão-de-obra, dos materiais e dos equipamentos de apoio), com aqueles que vigoram no

momento da execução dos trabalhos, adequando o preço a pagar pelo dono da obra à nova realidade económica. A revisão de preços pretende, assim, por um lado, garantir que os empreiteiros não assumem, economicamente, mais responsabilidades do que aquelas que assumiram com a apresentação da proposta. Mas, por outro, também pretende assegurar que os empreiteiros não colhem, economicamente, mais benefícios do que aqueles que previam com a apresentação das propostas. Assim, a revisão de preços, ao contrário da reposição do equilíbrio financeiro do contrato, funciona tanto "para mais", como "para menos", quer aumentando os preços, quer reduzindo-os(13). embora, conforme referido, não se confunda com os mecanismos de reposição do equilíbrio financeiro sob análise, que assumem uma natureza excecional, ou pelo menos contingente, a verdade é que, tratando-se de um mecanismo ordinário (e de resto obrigatório) de revisão de preços, o mesmo pode obviar ou limitar a necessidade de recurso aos referidos mecanismos, uma vez que contribui, de forma tendencial, para a manutenção do equilíbrio contratual. Assim, só fará sentido falar-se em reposição do equilíbrio financeiro do contrato, se e na medida em que esse equilíbrio não seja alcançado através do regime ordinário de revisão dos preços.

2.2.

A ausência de caso-base e a repartição do risco

em segundo lugar, pese embora se pretenda reequilibrar os contratos, a verdade é que as partes, por norma, não se comprometeram expressa-

(13) embora assim seja em geral, não deixa de haver casos problemáticos, porventura susceptíveis de uma apreciação diferentes no caso concreto, designadamente, quando o empreiteiro demonstre que já havia adquirido os materiais em momento anterior e que, portanto, a sua revisão negativa significa não um equilíbrio da equação financeira, mas um verdadeiro empobrecimento.

mente com nenhum equilíbrio inicial de que ambas tivessem tido conhecimento e que tivesse sido aceite também por ambas. com efeito, ao contrário dos contratos de concessão que têm sempre acoplado um caso base(14) que define com precisão os termos da equação económica sobre a qual está construído o acordo(15), tipicamente, num contrato de empreitada em sede pré-contratual, o empreiteiro apenas define os preços unitários de cada atividade ou material, mas já não, por exemplo, a produtividade expectada, margem de lucro, encargos financeiros ou encargos de sede(16). Sem prejuízo, um dos critérios essenciais que preside à reposição do equilíbrio financeiro do contrato é a repartição do risco entre as partes. com efeito, a reposição do equilíbrio financeiro não visa anular os riscos do contrato, sob pena de se adulterar a vontade das partes, com prejuízo manifesto para o interesse público. A contratação, em geral, e os contratos de empreitada, em particular, implicam, via de regra, a assunção de riscos pelas partes. Aliás, atento o sinalagma subjacente aos contratos, essa assunção de riscos deverá, em princípio, obedecer a uma repartição, mais ou menos equilibrada, dos riscos contratuais que, inclusivamente, estará refletida no preço do contrato e que não deverá, do nosso ponto de vista, ser adulterada. ora, se as partes pretenderam que o empreiteiro assumisse um nível de risco mais elevado, designadamente em troca de um preço mais alto, tal acordo de vontades deverá, por princípio, ser respeitado. em regra, a assunção de um nível de risco mais elevado deverá corresponder a um preço mais elevado. Aliás, a lei é clara quanto à relevância do risco em matéria de reposição do equilíbrio financeiro do contrato, estipulando que a “reposição do equilíbrio financeiro não pode colocar qualquer das partes em situação mais favorável que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido, não podendo cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou eram inerentes ao risco próprio do contrato”.

(14) Sobre a importância do caso base nos contratos de concessão veja-Se PedRo Leite ALVeS, o Caso Base, in estudo em Homenagem a Mário esteves de

oliveira, p. 83 e ss. (15) Licínio LoPeS MARtinS, Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos ii, cit., p. 341. considera que esta é um verdadeiro pressuposto do direito de acesso ao instituto do reequilibro financeiro. em sentido contrário MARceLo RebeLo de SouSA e AndRé SALgAdo MAtoS, Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral, tomo iii, p. 145. (16) do nosso ponto de vista e como melhor se explicitará mais à frente, a referência a reequilíbrio financeiro do contrato afasta-se da concepção tradicional de mera contabilização de danos emergentes e lucros cessantes. em sentido, aparentemente diferente veja-se Licínio LoPeS MARtinS, Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos ii, cit., p. 340.

o ReequiLíbRio econóMico-finAnceiRo doS contRAtoS

103

em todo o caso, a denominada teoria da imprevisibilidade, desenvolvida pela doutrina francesa, assume, aqui, particular relevância, pois, só podemos falar de uma verdadeira transferência de risco contratual para o particular, se estivermos perante riscos que tiverem (ou, pelo menos, pudessem ter) sido previstos pelo particular. dito de outro modo, para que a verificação de um risco permita a reposição do equilíbrio financeiro do contrato é necessário que a mesma afete os “pressupostos nos quais o cocontratante determinou o valor das prestações a que se obrigou”. Mas mesmo isso não chegará, exige-se que “o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos”. o contrato de empreitada por, normalmente, ser de execução longa e poder envolver montantes financeiros muito elevados, por definição, pressupõe a assunção de riscos pelas partes. A definição da repartição dos riscos há-de ser feita, caso a caso, dependendo da tipologia, duração, modo de execução e cláusulas contratuais, em especial as cláusulas de salvaguarda. questão diferente é saber se é válida a transferência da totalidade do risco da imprevisibilidade contratual para o particular. Aqui temos dúvidas. de facto, a

alocação de riscos no contrato há-de relevar quer na determinação da necessidade de reequilibrar o contrato, quer eventualmente no quantum desse reequilíbrio, mas não se crê que possa ser de tal forma que um evento absolutamente imprevisível e gerador de um desequilíbrio extremo das prestações possa ficar na esfera jurídica do empreiteiro, sob pena de este se colocar numa situação potenciadora do incumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato, o que é manifestamente prejudicial para o interesse público.

3. Extensão do prazo de execução e/ou consequências monetárias 3.1.

considerações gerais

na determinação das consequências de qualquer evento que tenha repercussões na execução dos trabalhos subjacentes a um contrato de empreitada, a primeira preocupação será aferir se tal evento apenas impõe a extensão do prazo de execução dos trabalhos (e como tal extensão deverá ser determinada) ou, se tal evento apenas impõe uma consequência monetária, sendo certo que, talvez na maioria dos casos, se imponham ambas.

104

diogo duARte de cAMPoS / JoAnA bRAndão

em todo o caso — e esta será, porventura, a primeira conclusão a que se chega — embora, em geral, tempo seja dinheiro, há eventos que apenas impõem uma extensão do prazo de execução do contrato (libertando o empreiteiro de eventuais multas), como há eventos que apenas impõem um ressarcimento económico e não qualquer prorrogação do prazo de execução do contrato (o que implica dizer que o empreiteiro continuará sujeito à aplicação de multas em caso de atraso na execução dos trabalhos). obviamente, como se disse, muitos eventos — porventura a sua maioria — implicarão a conjugação de ambos. A lei portuguesa claramente permite que o reequilíbrio se efetue por qualquer um dos modos acima referidos. com efeito, decorre de forma clara do art. 282.º, n.º 3 do ccP(17) que o contrato se reequilibrará nos termos e condições que

constarem do próprio contrato (o que equivale a reconhecer uma liberdade contratual); na sua falta, valerá qualquer dos modos, aliás, exemplificativamente previstos naquela norma, onde se inclui quer a possível extensão de prazo quer o ressarcimento económico (e donde não resulta qualquer impedimento de os mesmos serem combinados).

3.2.

caminho crítico, atraso e perturbação

em geral, com a expressão atraso na execução dos trabalhos quer-se evidenciar que determinada atividade não está a ser executada no prazo previsto para a mesma. Porém, como o foco é a data de término da obra, nem todas as atividades relevarão(18) para a definição de um atraso normativamente relevante, mas apenas aquelas que se situem no caminho crítico da empreitada, ou seja, que possam impactar com data final por serem

(17) o qual estipula que "A reposição do equilíbrio financeiro produz os seus efeitos desde a data da ocorrência do facto que alterou os pressupostos referidos no número anterior, sendo efectuada, na falta de estipulação contratual, designadamente, através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, da revisão de preços ou da assunção, por parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato". (18) tipicamente numa empreitada há dezenas de actividades que correm em paralelo com outras actividades e que não estão interligadas com nenhuma outra (ou seja, que a sua conclusão não condiciona a execução das demais). exemplo de escola de actividade que, em princípio, não condiciona o final da obra serão os arranjos exteriores, sendo, portanto, em princípio, irrelevante um atraso na sua execução — desde que seja cumprido o prazo final da empreitada. Precisamente ao contrário pense-se na actividade de fundações ou na realização da fachada de um edifício que, geralmente, condiciona um conjunto

de actividade a jusante, pelo que qualquer atraso na mesma bolirá com outras actividades.

o ReequiLíbRio econóMico-finAnceiRo doS contRAtoS

105

essenciais (consequenciais) à realização do caminho de execução mais racional da empreitada(19). Porém, isto não quer dizer que apenas as atividades que se encontrem no caminho crítico da empreitada sejam relevantes na determinação do reequilíbrio da empreitada. com efeito, se quando falamos de atraso apenas relevarão as atividades que se encontram no caminho critico da empreitada, sempre que o empreiteiro não pode executar os trabalhos tal como razoavelmente planeados, é expectável que a produtividade baixe e, consequentemente, tais atividades (sejam ou não críticas) se tenham tornado mais onerosas. neste caso, a doutrina internacional tem usado o termo “disruption”(20), cujo melhor significado em português será perturbação. Sem prejuízo da possibilidade e até mesmo da necessidade de distinguir analiticamente “atraso” de “perturbação”, é evidente que as duas figuras se encontram intimamente interligadas e, não raras vezes, se sobrepõem, pelo que apenas o seu domínio evitará duplicações. nesse sentido, por um lado, uma perturbação implicará sempre um maior período de tempo para executar uma atividade e, consequentemente, se e na medida em que a atividade esteja no caminho crítico, de gerar um atraso juridicamente relevante. Porém, também poderá muito bem suceder que a perturbação não atinja qualquer atividade crítica e, consequentemente, não gere um atraso juridicamente relevante, caso em que o empreiteiro terá direito a ser ressarcido dos sobrecustos decorrentes da perturbação, mas não terá direito a qualquer prorrogação do prazo de execução dos trabalhos, caso em que ficará sujeito a multas contratuais. Assim se compreende que, como dissemos acima, um evento possa gerar um sobrecusto, mas não uma extensão do prazo de execução dos trabalhos. Por outro lado, um atraso também poderá levar a uma perturbação, na medida em

que se o empreiteiro tem menos tempo para terminar os trabalhos e implementar medidas de aceleração (trabalho noturno, por exemplo), obviamente que o mesmo tenderá a ser menos produtivo(21).

(19) deixando-se desde já claro que este caminho não é estático, mas sim dinâmico, podendo alterar-se em função do próprio desenrolar da obra, o que implica reconhecer que uma actividade que não era critica se possa vir a ser.

(20) construction Law Society, delay and disruption, cit., p. 9. como aí se concluiu "disruption is concerned with an analysis of work activities, irrespective of whether those activities are on critical path to completion of works". As consequências de uma perturbação — que são essencialmente económicas — encontram-se fora do âmbito do presente estudo. (21) chegando precisamente à mesma conclusão construction Law Society, delay and disruption, cit., p. 10.

A definição de um método para calcular o atraso relevante é, obviamente, uma questão técnica. Ainda mais assim será o seu desenvolvimento em concreto (o correr do respetivo software). Porém, esta tecnicidade não pode afastar o jurista do mesmo, o que significaria dar como bom qualquer resultado, ainda que fosse intolerável do ponto de vista da justiça e do direito. ora, sempre sem prejuízo da referida tecnicidade, conhecer as várias soluções possíveis, as suas vantagens e os defeitos comparativos, permitirá ao julgador (mas também a quem aconselha as partes) uma vantagem competitiva na discussão que sempre se terá de seguir(22). como se detalhará seguidamente(23), têm vindo a ser identificados, seis diferentes métodos de cálculo do impacto de um evento no prazo de execução de um trabalho (o que equivale a dizer para calcular um atraso). comum a todos os métodos é a necessidade de identificação do caminho crítico, porquanto, como já se deixou demonstrado, apenas o atraso que impacte o caminho crítico será juridicamente relevante. Porém, como também já se referiu muito sumariamente atrás, o caminho crítico de qualquer

obra não é estático, podendo ser encontrado prospetivamente, contemporaneamente ou restrospetivamente(24). Por outro lado, também o atraso em si mesmo poderá ser identificado prospetivamente, contemporaneamente ou restrospetivamente e de forma independente do caminho crítico, permitindo-se, assim, um conjunto de abordagens complementares, com vista à melhor definição possível do atraso(25). Vejamos então cada um dos métodos.

(22) também relevante será saber o tratamento jurídico a considerar quer para a concorrência de atraso imputáveis ao empreiteiro e ao dono da obra quer o regime para a utilização de folgas que, não raras vezes, são contempladas nos cronogramas e que, posteriormente, geram grande discussão entre as Partes. Mais uma vez, estas sãos questões que poderiam ser tratadas antecipadamente em sede contratual, mas que a nossa experiência demonstra ser uma possibilidade particularmente remota tal tratamento ocorrer. (23) Seguimos de perto nesta matéria construction Law Society, delay and disruption, cit., pp. 32 a 37. (24) consoante seja determinado, respetivamente, com base no planeamento inicial, na evolução histórica ou após o término da obra e de acordo com as suas incidências. (25) A este propósito convém deixar claro que no âmbito de processos de reequilíbrio de empreitadas há que ter sempre em conta que é simplesmente impossível determinar com absoluta precisão o número de dias de atraso que um evento provoca (assim como o exato sobrecusto), o que obviamente levanta dificuldades ao julgador que terá de julgar, quase sempre, com projecções ou estimativas.

o ReequiLíbRio econóMico-finAnceiRo doS contRAtoS

3.3. A)

107

Métodos de determinação de atraso em empreitadas Método Impacted as-planned

neste método de determinação de um atraso, tanto o caminho crítico como o

atraso são encontrados prospetivamente. e é unanimemente considerado o método mais simples, mas também mais falível, não sendo considerado como um método razoável, por si só, para determinar um atraso. o recurso a este método poderá ocorrer se os eventos em causa ocorrerem logo no início dos trabalhos ou se o único cronograma de trabalhos disponível para análise for o inicial, por este não ter sido atualizado e não for possível proceder à sua atualização de forma retrospetiva ou se o projeto e a disputa forem simples e o dono da obra e o empreiteiro pouco sofisticados. neste método, os novos eventos ou os eventos impactados são transportados para a programação inicial, com vista a determinar o atraso na data final inicialmente programada, pressupondo constante tudo o resto. ou seja, este método pressupõe que, até à ocorrência do evento que determina a necessidade de reequilíbrio, os trabalhos decorreram de acordo com o planeado, ignorando a progressão real dos trabalhos. ora, na maioria dos casos, senão mesmo em todos, os trabalhos não decorreram exatamente de acordo com o cronograma de trabalhos inicial. este método também não leva em consideração atrasos simultâneos que possam concorrer para um mesmo resultado e que são frequentes. também do nosso ponto de vista, temos as maiores dúvidas que este método possa ser utilizado para determinar um atraso juridicamente relevante, sobretudo porque ao simplesmente aditar os novos eventos (ou os eventos impactados) à programação inicial, no fundo “limpam-se” todos os atrasos intermédios, que até podem ser da responsabilidade do empreiteiro. Pensemos numa obra em que se previu que as luminárias seriam colocadas entre 1 e 31 de janeiro e que tem um atraso de 120 dias imputável ao empreiteiro, se o dono da obra der uma instrução de alteração, em 1 de março, daquelas mesmas luminárias para uma atividade a ser iniciada em 1 de abril, aquela instrução, com toda a probabilidade, faria com que deixasse de haver atraso imputável ao empreiteiro, o que obviamente não faz qualquer sentido. Assim é porque quer o caminho crítico quer o atraso são encontrados prospetivamente, logo sem

qualquer consideração pelo real estado de execução dos trabalhos no momento em que é ordenada uma determinada instrução ou há um determinado evento.

108

diogo duARte de cAMPoS / JoAnA bRAndão

B)

Método Time impact

A grande diferença para o método anterior — mas que é uma diferença juridicamente relevante — consiste no facto de o caminho crítico já não ser encontrado prospectivamente — ou seja, de acordo com o programa ou cronograma de trabalhos contratual — mas sim de acordo com um programa de trabalhos revisto que reflicta o decurso dos trabalhos até esse momento e, porventura sobretudo, os novos encadeamentos e sequências lógicas das atividades em função do que de facto sucedeu em obra. este método permite determinar a extensão do impacto de possíveis atrasos. essa avaliação é feita usando os cronogramas atualizados com todas as informações relacionadas aí inseridas para demonstrar os possíveis efeitos destas no cronograma inicial. Será neste programa de trabalhos revisto que se repercutirão os novos eventos ou os eventos impactados, respeitando quer atrasos anteriores quer a formação de um novo caminho crítico, na medida em que este como se referiu não é estático. este método envolve a inserção ou adição de atividades indicando atrasos ou alterações num cronograma que representa o progresso dos trabalhos até ao momento em que ocorreu um evento de atraso. Por esta via é possível uma avaliação do impacto dessas atividades. A análise de impacto de tempo tem a vantagem de poder ser usada na generalidade dos projetos de construção. Porventura a única crítica que se poderá fazer a este modelo consiste no facto de as novas atividades ou as atividades impactadas relevarem na data final pelo seu prazo expectável e não pelo seu prazo real que poderá ser diferente(26) (porquanto, embora o caminho crítico seja encontrado contemporaneamente, o atraso continua a ser analisado prospetivamente). C)

Método time-slice

neste método o caminho crítico continua a ser encontrado contemporaneamente, mas o atraso é analisado retrospetivamente (pelo que, ao contrário do método anterior a duração efetiva de cada nova atividade ou atividade impactada é tida em consideração). este método permite avaliar o

(26) como se sabe, em geral, sobre o empreiteiro em atraso recai uma obrigação, pelo menos, de mitigação dos atrasos e, não raras vezes, de aceleração que não será capturada por este método. em todo o caso, a verdade é que também se poderá defender que embora sobre o empreiteiro recaia uma obrigação geral de mitigação e aceleração, a mesma não é aplicável a novas actividades ou a actividades impactas pelo próprio dono da obra, porquanto implicaria uma obrigação de interiorizar um sobrecusto em actividades onde não teve intervenção.

atraso e determinar quais as concretas atividades afetadas, o que facilita a identificação das causas. Porém, este método é bastante mais complexo e exige, por um lado, vários programas contemporâneos credíveis que permitam "fatiar" o tempo em diversas janelas e, por outro lado, registos claros que permitam em cada janela perceber se o desvio se deveu a eventos imputáveis ao empreiteiro ao dono da obra ou até, eventualmente, a terceiros. D)

Método as-planned versus as built

como o próprio nome indica, este método também implica a criação de uma janela temporal, mas não se baseia na existência de programa de trabalhos atualizados e outros dados contemporâneos a serem determinados por via de software especializado. neste caso, o que tentará fazer é, através da reconstituição de datas chaves ou outros balizamentos, reconstituir qual teria sido o caminho crítico em cada momento. naturalmente, posteriormente comparar-se-á o caminho crítico assim encontrado e os seus atrasos com o

programa de trabalhos contratual, tentando perceber quais os eventos que terão causado aqueles impactos (e a quem são imputáveis), o que significa que também neste método o atraso é encontrado retrospetivamente. este método é bastante exigente em termos de recolha e tratamento de informação e, como tal, poderá ser demasiado time consuming. Poderá ser necessário recolher informação junto da equipa responsável pelos trabalhos, rever relatórios de progresso, livros de obra e outros registos disponíveis. As datas as built que sejam, por essa via, determinadas são depois comparadas com o cronograma de trabalhos de referência por forma a aferir os atrasos ocorridos (o que também implica um nível elevado de interpretação humana na definição dos atrasos). este método pressupõe que as atividades impactadas estejam claramente no caminho crítico e que o evento de atraso esteja perfeitamente definido. Assim, embora seja um método barato e relativamente simples de usar só poderá ser utilizado em projetos de construção mais simples, não sendo sensível a atrasos simultâneos, paralelos ou consequentes ou aos efeitos de medidas eventuais de mitigação e/ou aceleração adotadas. E)

Método retrospective longest path

este é o primeiro método em que quer o caminho crítico quer o atraso são encontrados retrospetivamente. Para esse efeito, parte-se do programa

110

diogo duARte de cAMPoS / JoAnA bRAndão

de trabalhos detalhado da obra tal como esta foi de facto executada (as built), para se determinar retrospetivamente do fim da obra para o seu início o caminho crítico tal como construído. uma vez determinado este caminho crítico o mesmo é comparado com um conjunto de datas chaves do cronograma de trabalhos contratual, com vista a identificar os atrasos no caminho crítico e imputá-los a cada uma das partes(27). este método requer igualmente um cronograma de trabalhos as built atualizado ou registos que permitam que tal cronograma seja elaborado. F)

Collapsed as-built

este último método também propõe, tal como o imediatamente anterior, determinar o caminho crítico e o atraso retrospetivamente, ou seja, partindo do plano de trabalhos as built. neste caso, o racional é partindo desse programa de trabalhos retirar os eventos impactados com vista a determinar o que teria acontecido se tais eventos não tivessem ocorrido. como é evidente, retirando esses eventos seria possível determinar o atraso líquido daqueles, conseguindo-se determinar qual teria sido o atraso do empreiteiro se não tivesse sido impactado por determinados eventos. em todo o caso, tal como no anterior, este método é puramente abstrato, na medida em que quer o caminho crítico quer o atraso é determinado do momento atual para trás e não ao contrário. este método requer igualmente um cronograma de trabalhos as built atualizado ou registos que permitam que tal cronograma seja elaborado.

3.4.

Síntese conclusiva

naturalmente, não se pretende neste texto fazer uma hierarquia de métodos técnicos até porque todos terão os seus méritos e, obviamente, também os seus defeitos. o que se pretende é sim dar conhecer, ainda que de forma necessariamente sintética, as principais características de cada

(27) o que, obviamente significa que quer o caminho crítico quer mesmo os atrasos encontrados são puramente abstractos e relativos porque apenas encontrados de foram retrospetiva. embora se perceba bem a racionalidade de tentar encontrar retrospectivamente atrasos e o caminho crítico (o que significa expurgar da análise erros humanos em cada momento), parece-nos que esta solução também implica desconstruir o nível de risco que cada agente em cada momento assumiu e, por isso, não consideramos aconselhável.

um deles para que, em cada caso concreto, seja possível aferir, com o maior

rigor possível, aquele que será mais adequado à avaliação do atraso da obra (que até poderá resultar da utilização combinada de vários destes métodos). como sempre temos vindo a deixar claro, à escolha de um ou outro método não será indiferente o clausulado contratual acordado pelas partes. é verdade que, em Portugal, é raro os contratos fazerem esta referência (até porque em sede contratual nenhuma das partes quer aceitar que venha a existir qualquer atraso, preferindo acreditar — mesmo contra as regras da experiência — que esse será o contrato em que tudo será executado de forma imaculada). Porém, sobretudo em obras infraestruturais de grande envergadura, deixar esta decisão indefinida pode ter um custo muito relevante à frente, o que obviamente não se pode aconselhar. A antecipação do método tem ainda a vantagem de permitir, durante a execução da obra, reunir a informação necessária e tratá-la de forma adequada uma vez que, como vimos, a questão documental não é indiferente para a possibilidade de recorrer a cada um dos métodos. Sem prejuízo de tudo quanto se vem a explicar, na nossa opinião, os métodos suscetíveis de melhor retratar, de forma juridicamente relevante, os atrasos serão os métodos denominados time impact e time slice, na medida em que em ambos os casos o caminho crítico é encontrado de forma contemporânea e parece-nos ser esse o relevante, porque o que se pretende avaliar é o atraso que um evento causa naquela concreta situação e não numa situação abstrata. A grande diferença entre ambos concerne à forma como é determinado o impacto de cada evento, respetivamente de forma prospetiva ou retrospetiva. ora, embora se admita perfeitamente qualquer um dos dois, tendemos a considerar que o mais adequado será o primeiro método (time impact). com efeito, mais do que avaliar qual o tempo efetivamente gasto com uma atividade perturbada ou com uma nova atividade que impactou com o caminho crítico da obra, o relevante é determinar o tempo razoável que o empreiteiro teria. Se conseguiu ser mais rápido e com isso recuperou algum atraso acumulado ou se, pelo contrário, mesmo aí foi ineficiente ou pouco

produtivo, serão sempre matérias que não relevam para este efeito.

112

diogo duARte de cAMPoS / JoAnA bRAndão

4. Compensação por prolongamento uma vez analisados os métodos com base nos quais se pode calcular um atraso, cumpre saber quais os danos que poderão ser indemnizados ou compensados em função desse mesmo atraso(28). dir-se-á que é um facto público e notório que a maior permanência em obra implica sempre um sobrecusto para o empreiteiro, pelo que não levanta qualquer questão tal asserção. Já o seu cálculo apresenta diversas dificuldades(29). Para esse efeito, vamo-nos focar em 4 grandes grupos de sobrecustos que, para além dos diretos, geralmente estão presentes em reclamações deste género: (i) custos indiretos; (ii) custos financeiros; (iii) custos fixos não absorvidos ou encargos de sede; e (iv) lucros cessantes(30). Porém, ainda antes dessa empreitada final, duas notas metodológicas relevantes. uma primeira nota para sublinhar que apenas em raríssimas ocasiões estas questões são tratadas contratualmente, quando obviamente o poderiam ser, minimizando em muito a litigância subsequente que, não raras vezes, decorre sobretudo da utilização de métodos de cálculo dife-

(28) Saliente-se que, no presente estudo, se tem apenas em vista estudar como deve ser determina um atraso e, consequentemente, como é que se deve calcular a compensação por essa maior permanência em obra. fora do nosso estudo fica a determinação da compensação por perturbação, ou seja, pela menor produtividade em obra (que, não raras vezes, também decorre de atrasos). em todo o caso, não se pode deixar de assinar que estes danos são claramente indemnizáveis. também Licínio LoPeS MARtinS, Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos ii, cit., p. 380) considera que os sobrecustos nos custos diretos (mão de obra, equipamentos e materiais), incluindo a quebra de produtividade dos mesmos são indemnizáveis. questão diversa, mas também fora do presente estudo —

mas que esperamos vir a tratar a breve trecho — se inclui o tratamento das denominadas global claims, ou seja, quando não é possível estabelecer um nexo de causalidade adequada entre os eventos e as suas consequências. embora com alguma relutância, mais recentemente, nos sistemas anglo-saxónicos tem-se vindo a admitir tais reclamações. Percebe-se bem que assim seja, pois, sobretudo em obra em grande perturbação onde não é possível seguir minimamente um programa de trabalhos, as frentes de trabalho vão atuando onde é possível ou onde há frentes de trabalho disponíveis torna-se difícil apresentar um absoluto nexo de causalidade, mas nem por isso seria razoável, por si só, negar o direito a ser ressarcido do empreiteiro. esta questão tem vindo a ser muito discutida internacionalmente. Por todos, veja-se ALi HAidAR, Global Claims in Construction, Springer, 2011. (29) como se refere em construction Law Society, delay and disruption, cit., p. 51, "compensation for prolongation should not be paid for anything other than work actually done, time actually taken up or loss and/or expanse actually suffered. in other words, the compensation for prolongation caused other than by variations is based on the actual additional cost incurred by the Contractor. The objective is to put the Contractor in the same financial position it would have been if the Employer risk Event had not occurred". ou seja, o empreiteiro deve ser indemnizado por todos os sobrecustos decorrentes do prolongamento na execução da obra, mas apenas por esse, sendo que o racional subjacente é tornar a equação económica neutra para o empreiteiro em relação ao equilíbrio inicial. (30) Por uma questão puramente prática subsequentemente agruparemos estas duas últimas categorias, na medida em que as questões que se levantam são comuns a ambas.

rentes (ou quando não impedisse a litigância seguramente tornaria aquela substancialmente mais simples e menos dispendiosa)(31). uma segunda nota

para sublinhar que também aqui é necessário recorrer, com muita frequência, a relatórios periciais, sendo que, geralmente, os mesmos se fazem valer, na determinação dos danos, de um conjunto de fórmulas, presunções ou equações económicas, gerando-se várias vezes controvérsia sobre a sua suficiência(32). ora, em nossa opinião, não só, verdadeiramente, não existe outra forma de contabilizar os danos(33) numa empreitada, como esta sempre será, em qualquer caso, a forma mais precisa de o fazer. efetivamente, numa normal empreitada, como já se disse, não existe um caso base que fixe os pressupostos da equação original, mas apenas, geralmente, uma lista de preços unitários nos quais se diluíram vários custos, designadamente, de estaleiro, sede e lucro. Assim sendo, é evidente que uma das partes da equação — os montantes estimados pelo empreiteiro para os diversos grupos de potenciais sobrecustos — terão eles próprios que ser encontrados com base numa estimativa. ora, se o montante que o empreiteiro se predispunha a gastar não é nem pode ser encontrado ao absoluto cêntimo, seria evidentemente uma ficção que os sobrecustos também o fossem. Acresce que, as mais das vezes, uma análise com os gastos efetivos em obra (i.e., uma análise fatura a fatura), para além de difícil contabilização, implica estar-se a indemnizar o empreiteiro pela sua própria ineficiên(31) como sublinha construction Law Society, delay and disruption, cit., p. 51 “arguments about proof of loss could be reduced or avoided altogether if the contract contained an agreed amount per day that can be applied to each day of prolongation. This is the reverse of normal Employer’s liquidated damages provision”. Mais: não apenas em relação aos danos indirectos ou de estaleiro seria possível antecipar problemas; também em relação a custos financeiros ou custos de sede não absorvidos seria possível antecipar as percentagens a ter em consideração em caso de prolongamento da obra. (32) Licínio LoPeS MARtinS, Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos ii, cit., pp. 390 e 391 refere que “não raras vezes se verifica (...) que, nos relatórios apresentados em sede de

resolução de litígios deste tipo de contratos, os encargos com o estaleiro surgem em termos globais. Problema que tem a ver com as equações económica-financeiras em que se estribam os relatórios, que são juridicamente inapropriadas para permitir, em termos jurídicos, quer a determinação da existência de danos quer a respectiva quantificação. mais uma vez repetimos: o dano é um conceito jurídico e não económico ou financeiro". Manifestamente, não podemos subscrever esta posição, a qual, na nossa opinião, não equaciona, desde logo, que o relevante é, precisamente, um reequilíbrio económico financeiro do contrato, ou seja, precisamente uma equação financeira à qual o direito se deve abrir. (33) o que, em primeiro lugar, impõe sobre o julgador um esforço acrescido de controlo, valoração e ponderação dos pressupostos utilizados e, em segundo lugar, não prejudica uma valoração iminentemente jurídica sobre o resultado alcançado se necessário for com recurso à equidade nos termos do art. 566.º, n.º 3 do código civil.

114

diogo duARte de cAMPoS / JoAnA bRAndão

cia ou improdutividade, na medida em que este poderá demonstrar gastos superiores ao que seria razoável esperar de um empreiteiro colocado naquela posição, precisamente porque foi ineficiente. Assim, contrariamente ao que muitas vezes é entendido e discutido, desde que os julgadores sejam capazes de uma forma crítica examinar, controlar e valorar os pressupostos utilizados nos relatórios perícias e, se for caso disso, ajustar algumas das suas premissas ou conclusões, esta será a forma adequada de valorar este género de danos que, pela sua própria natureza, não são susceptíveis de avaliação ao detalhe do cêntimo nem é essa ordem de grandeza que conduz a qualquer equilíbrio da equação financeira.

4.1.

custos indiretos

nos custos indiretos incluir-se-ão todos os custos que não relacionados

diretamente com a frente obra (mão de obra direta ou equipamentos), mas sim de enquadramento da mesma(34). no fundo, trata-se do estaleiro (em sentido amplo) que é necessário montar para permitir o desenvolvimento e apoio de cada obra. Sendo estes gastos que na sua esmagadora maioria variam diretamente com o tempo decorrido em obra, a sua ressarcibilidade não levanta qualquer dúvida. Mais complexa é a definição do momento temporal relevante para efeitos de contabilização dos sobrecustos de estaleiro. A questão coloca-se porque não é indiferente prolongar um estaleiro em pleno emprego, ou seja, em pleno desenvolvimento da obra ou o estaleiro no seu final, na medida em que um e outro terão custos mensais completamente diferentes. Assim, por hipótese, numa obra de 30 meses, com dois eventos imputáveis ao dono da obra, o primeiro ocorrido no mês 15 e o segundo no mês 28, que impõem o prolongamento da obra por 30 dias cada um (o que significará que a obra, por simplificação, durará mais 2 meses), não podem ser tratados da mesma forma.

(34) Por exemplo, Licínio LoPeS MARtinS, Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos ii, cit., p. 390 inclui neste item "encargos com enquadramento, logística e mão-de-obra indirecta; encargos com instalações e equipamentos de estaleiro; gastos gerais da obra; seguros; garantias da obra". genericamente, incluindo os mesmos gastos veja-se ALi d. HAideR e PeteR bARneS, Delay and Disruption, claims in Construction, ice, 2014, p. 54.

como facilmente se percebe, um evento que ocorre ao mês 15, precisamente no meio da obra, presume-se que com o estaleiro em pleno funcionamento, e um evento ocorrido ao mês 28, quando (em normalidade) parte do estaleiro previsto já foi desmobilizado, terão uma repercussão económica também diversa. do exposto facilmente se compreende que a regra geral é que o sobrecusto deverá ser aferido à data em que o evento impactou — implicou o

prolongamento — dos custos indiretos e não no fim do contrato(35).

4.2.

custos financeiros

também em relação aos custos financeiros a discussão prende-se mais com o seu cálculo do que com a sua admissibilidade. é comummente aceite que sobre o empreiteiro não incorre um ónus de financiar a empreitada, pelo que a maior onerosidade da obra (decorrente quer da realização de trabalhos não previstos quer do prolongamento dos trabalhos), implicará um dano para o empreiteiro (se e na medida em que tenha sido este a financiar a empreitada), pelo qual tem de ser ressarcido. A este propósito consideramos ser irrelevante se o empreiteiro se financiou mediante endividamento (bancário ou outro) ou mediante o aporte de capitais próprios: a única diferença a este propósito será apenas a maior facilidade na demonstração do custo do dinheiro, caso exista endividamento bancário. questão relevante prende-se com a determinação do momento a partir do qual o dono da obra será responsável por encargos financeiros. numa primeira aproximação ao tema, dir-se-ia, que o dono da obra seria responsável pelos encargos financeiros subsequentes ao momento em que a despesa foi incorrida. Porém, considerando que os pedidos de reequilíbrio financeiro têm que ser reclamados, parece-nos que só haverá mora do dono da obra a partir desse momento. e, mesmo neste caso, apenas haverá mora a partir do momento em que o empreiteiro efetivamente liquide os seus prejuízos: se o empreiteiro na sua reclamação não o fizer — limitando-se a reservar os seus direitos para momento posterior — parece-nos também claro que o

(35) Precisamente no mesmo sentido construction Law Society, delay and disruption, cit., pp. 52 e 53 e ALi d. HAideR e PeteR bARneS, delay and, cit., p. 55.

dono da obra não estará ainda em mora e, consequentemente, não será

responsável pelos respetivos encargos financeiros.

4.3.

encargos de sede e perda de lucro

Ao contrário dos dois grupos anteriores, para além das muitas dificuldades no seu cálculo, neste caso a própria susceptibilidade de serem considerados danos ressarcíveis é colocada em evidência por vários autores(36). Percebe-se bem que assim seja (embora não se subscreva integralmente): argumenta-se que os danos de sede, no fundo, respeitam ao próprio funcionamento da empresa do empreiteiro e que, portanto, sempre ocorreriam(37); argumenta-se, ainda, que a perda de lucro, sendo um dano cessante, apenas poderia ser considerado no âmbito do interesse contratual positivo (mas este apenas poderia ser considerado caso o empreiteiro cessasse o contrato e não quando o contrato é executado)(38). não há qualquer dúvida que o assunto é delicado e não nos choca que a solução também seja encontrada tendo em consideração a duração do prolongamento do contrato e outras circunstâncias relevantes, como os concretos meios imobilizados. no entanto, não consideramos juridicamente sustentável excluir, a priori, a susceptibilidade de indemnização destes dois grupos de danos, porquanto não nos convencem os argumentos utilizados. em relação aos encargos de sede, parece-nos evidente que não se pode simplesmente dizer que estes seriam encargos da empresa e que, portanto, sempre ocorriam, nem é essa verdadeiramente a questão. como se compreende, nem nenhuma empreitada é totalmente autónoma que não recorra em nenhum momento a serviços da sede(39), nem nenhuma sede é, em princípio, financiada por outras atividades que não seja a execução de emprei-

(36) em todo o caso, na doutrina internacional o foco é colocado, sobretudo, no seu cálculo e não na sua admissibilidade. (37) nesse sentido, Licínio LoPeS MARtinS, Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos ii, cit., p. 388. (38) neste sentido, Licínio LoPeS MARtinS, Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no

Código dos Contratos Públicos ii, cit., p. 370. (39) uma lista bastante compreensiva dos itens geralmente relacionados como custos de sede pode ser encontrado em ALi d. HAideR e PeteR bARneS, delay and, cit., p. 58, incluindo serviços jurídicos e financeiros, publicidade, custos administrativos, administração, rendas, manutenção, orçamentistas, laboratório, entre muitos outros.

tadas. Por isso mesmo, se trata de uma percentagem adstrita a cada projeto relativamente pequena, precisamente porque será o seu conjunto que as financia. ora, se a empreitada se prolonga é evidente que os recursos contabilizados na sede de cada empresa também serão utilizados por mais tempo — ou, pelo menos, estarão ao dispor daquele projeto durante mais tempo — sendo, portanto, um encargo (e consequentemente um dano) como qualquer outro. Acresce ainda que, como se viu atrás, ao contrário dos trabalhos a mais (hoje, complementares) que serão executados de acordo com a lista de preços unitários (pelo que os respetivos custos já incluirão quer uma margem de lucro quer uma margem para encargos de sede), o ressarcimento dos sobrecustos decorrentes da maior permanência em obra são líquidos desse montante. ora, só não há qualquer razão para tratar diferentemente sobrecustos como principalmente não há como justificar que o empreiteiro tenha que permanecer em obra mais tempo sem estar a executar trabalhos lucrativos (sendo apenas ressarcido do seu custo efetivo) e ainda tenha que manter a sede unicamente à custa de outros projetos. do mesmo modo, relativamente à perda de lucros, do nosso ponto de vista, mais do que saber se o empreiteiro teria outros projetos disponíveis, por um lado, e que não pode apresentar proposta por ter os seus bens imobilizados, a questão é que nos parece desrazoável impor ao empreiteiro que tenha meios imobilizados sem deles retirar mais do que o seu custo de operação. Por último, como

salientámos no início deste estudo, dizer-se que o empreiteiro aceita manter-se na execução do contrato e que, portanto, tomou uma opção de livre vontade, não está de acordo com o bloco de legalidade aplicável. com efeito, como se sabe, o empreiteiro apenas poderá rescindir um contrato administrativo (excepto se por falta de pagamento) mediante ação arbitral ou judicial intentada para o efeito, o que significa que não existe uma verdadeira opção, mas antes uma linha (legítima, perceba-se) de defesa do interesse público, mas que não poderá deixar de ter, como sempre, as respetivas consequências do ponto de vista jurídico.

Fonte: https://portal.oa.pt