

Parecer	DAJ 167/21
Data	14 de outubro de 2021
Autor	Ana Luzia Lopes

Temáticas abordadas	Execução da empreitada Reposição do equilíbrio financeiro do contrato
----------------------------	--

Notas

Através do ofício, com a refª, de ...-...-..., foi solicitado pelo Presidente da Câmara Municipal da um parecer jurídico sobre determinadas questões suscitadas pelo pedido de compensação financeira, ao abrigo do n.º 2 do artigo 314.º do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 28/2008, de 29 de janeiro, a seguir designado por CCP, que foi apresentado pelo empreiteiro que executa a obra de “.....”.

Nesse pedido, foi solicitada pelo empreiteiro uma compensação financeira “(...) *pelos encargos acrescidos com a execução do contrato, no valor de euros, com a seguinte fundamentação:*

Conforme será certamente do V/ melhor conhecimento, nos últimos meses tem-se verificado uma subida abrupta dos preços dos materiais de construção, em particular, do aço e seus derivados.

Este fenómeno encontra-se relacionado com a pandemia da COVID-19 e consubstancia uma circunstância absolutamente extraordinária e inesperada, e que, pese embora não seja imputável às partes na empreitada em apreço, teve e continua a ter severas repercussões na sua respetiva execução. (...) o anómalo funcionamento dos mercados tem provocado variações abruptas nos preços dos materiais a aplicar nas obras, com repercussões muito significativas no Setor. No caso concreto da obra que a nossa empresa está a executar para V. Exas., esta situação já se verifica em relação à Estrutura e Revestimentos Metálicos.”.

Foram invocados pelo empreiteiro os seguintes factos:

“2.1 – *Estrutura e Revestimentos Metálicos:*

(...)

No presente, e face à necessidade de dar início aos trabalhos de execução da estrutura metálica a foi confrontada, pela empresa selecionada, com a atualização da sua proposta, Anexo III, e recusa em executar os trabalhos pelo preço acordado devido aos, já referidos, avultados aumentos das matérias-primas.”.

2.2 – *Estrutura Metálica para Mecânica de Cena:*

(...)

No presente, e face à necessidade de dar início aos trabalhos de execução da estrutura metálica para mecânica de cena, a foi confrontada, pela empresa selecionada, com a atualização da sua proposta, Anexo VI, que redundava num custo global para a execução dos trabalhos (...)”, sublinhado nosso.

Foi, por isso, entendido pelo empreiteiro que esta situação configura “(...) *uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, enquadrável no regime estabelecido na alínea a) do artigo 312.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) (...) e com as consequências previstas no n.º 2, do artigo 314.º do mesmo Código*”.

Sobre tal pedido, o Município considera que “*Da análise efetuada, e numa situação “normal”, as questões dos ajustamentos dos preços far-se-ia pela revisão (ordinária) dos preços, que serviria para reequilibrar o contrato. No entanto, julgamos, s.m.o., que tendo em consideração os aumentos verificados em várias matérias primas, não ser possível o reequilíbrio do contrato por via desta revisão de preços, que tem associada coeficientes de atualização claramente insuficientes.*

Tratando-se de uma circunstância conjuntural, anormal, excepcional e extraordinária, parece-nos evidente que terá que haver uma repartição do risco entre as partes, e não poderá ser o empreiteiro a assumir este elevado risco e existir um enriquecimento do dono da obra.”.

Pretende, pois, saber o Município “(...) *no que respeita ao correto enquadramento legal, ao procedimento entendido adequado para aferir a equidade do valor da compensação e a possibilidade de se verificarem várias modificações objetivas do mesmo contrato pelos mesmos fundamentos em diversas fases da sua execução.*”.

Cumpra, assim, emitir o solicitado parecer:

A. Enquadramento legal do pedido de compensação financeira

Foi solicitada pelo empreiteiro uma compensação financeira ao abrigo do n.º 2 do artigo 314.º do CCP com fundamento na modificação do contrato por alteração

anormal e imprevisível das circunstâncias nos termos previstos na alínea a) do artigo 312.º do CCP.

Pressupõe-se, por isso, que não foi regulada no clausulado do contrato a repartição do risco numa situação de pandemia, ou de outros eventos semelhantes.

Pois se tivesse sido regulada pelas partes no contrato, o regime nele consagrado prevaleceria sobre o regime legal.

Assim, se por via do contrato não podem ser resolvidas as questões contratuais que surgiram por causa da pandemia do COVID-19, importa saber se o empreiteiro pode invocar a modificação objetiva do contrato, ou seja, a modificação do conteúdo do contrato, cujo regime geral se encontra estabelecido nos artigos 311.º e seguintes do CCP.

Recentemente, este regime sofreu profundas alterações com a publicação da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, que entrou em vigor a 20 de junho.

Desde essa data, tais alterações são aplicáveis, por força do disposto no n.º 2 do artigo 27.º da referida lei, à modificação de contratos que se encontrem em execução nessa data, desde que o fundamento da modificação decorra de facto ocorrido após essa data.

Ora, como vimos, o pedido de compensação financeira do empreiteiro, que deu entrada a ...-...-... no Município da, assentou na presente subida abrupta dos preços dos materiais de construção, em particular, do aço e seus derivados, provocada pela pandemia do COVID-19, com significativo impacto nos custos da execução da cobertura do edifício em estrutura metálica e da estrutura metálica para a mecânica de cena.

Consideramos que é, por isso, aplicável ao pedido o regime da modificação objetiva dos contratos, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 30/2021, para aferir se o empreiteiro tem direito à compensação financeira nos termos previstos no n.º 2 do artigo 314.º do CCP.

Vejamos.

Conforme previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 311.º do CCP, o conteúdo do contrato

pode ser modificado por acordo das partes, que não pode revestir forma menos solene do que a do contrato.

E, como expressamente consta da epígrafe do artigo 312.º do CCP, tal modificação pode ter como fundamento os indicados neste artigo.

Como se pode ler no pedido, foi invocado pelo empreiteiro o seguinte: “(...) o aumento exponencial destes custos não decorre do desenvolvimento previsível de uma situação conhecida à data da celebração do contrato, nem pode, de todo, ser considerado como um risco próprio (e normal) do negócio, com o qual qualquer empresa de construção deve razoavelmente contar, antes configurando, verdadeiramente, uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, enquadrável no regime estabelecido na alínea a) do artigo 312.º do Código dos Contratos Públicos (CCP)”.

Foi, portanto, invocado o fundamento indicado na alínea b) do artigo 312.º do CCP (anterior alínea a) do artigo antes da alteração efetuada pela Lei n.º 30/2021) para justificar a modificação do contrato.

Nessa norma está previsto que o contrato pode ser modificado com o seguinte fundamento: “A alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato;”.

São, pois, pressupostos de aplicação desta norma:

- i) Ocorrer uma alteração das circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar;
- ii) Tratar-se de uma alteração anormal e imprevisível para uma pessoa medianamente informada à data da celebração do contrato;
- iii) A alteração ser prejudicial para uma das partes, tornando o cumprimento do contrato excessivamente oneroso;
- iv) A alteração exceder os riscos normais próprios do contrato;
- v) A exigência das obrigações contratuais ser gravemente contrária à boa fé, ou seja, ser intolerável exigir o cumprimento do contrato à parte prejudicada com a alteração.

Ora, consideramos que não pode deixar de se concluir que se verificam aqueles pressupostos na situação de subida abrupta dos preços dos materiais de construção devido à pandemia mundial do COVID-19.

A pandemia e os seus efeitos conduziram a uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a celebração do contrato da empreitada “.....”, a ...-...-..., antes mesmo do primeiro estado de emergência por causa da pandemia, que foi declarado a 18-03-2020.

Em março de 2020, aquele contrato de empreitada foi celebrado em circunstâncias alheias à pandemia e, portanto, o risco da pandemia não era passível de ser incluído nos riscos próprios do contrato, ou seja, nos riscos assumidos pelo empreiteiro com a sua celebração.

É evidente a imprevisibilidade da subida abrupta dos preços dos materiais de construção propostos pelo empreiteiro para a execução da obra.

Efetivamente, parece-nos que não podia, de modo nenhum, ser prevista pelo empreiteiro a tal subida abrupta dos preços dos materiais de construção.

Assim, se a equação financeira definida no contrato foi alterada extraordinariamente, não tem enquadramento dentro do limite dos riscos do contrato, o designado por lei risco próprio do contrato.

E, por conseguinte, a execução nas condições atuais das obrigações assumidas pelo empreiteiro no contrato afetaria gravemente o princípio da boa-fé.

Seria inaceitável, à luz da boa fé, exigir ao empreiteiro que executasse as prestações objeto do contrato de empreitada tal como nele previstas com um agravamento dos custos que seria danoso para si.

Nestas circunstâncias, está prevista no n.º 2 do artigo 314.º do CCP o direito a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade.

Se a alteração das circunstâncias fosse imputável a decisão do dono da obra ou a

modificação fosse por razões de interesse público a consequência seria a reposição do equilíbrio financeiro do contrato nos termos previstos no n.º 1 do artigo 314.º do CCP.

Mas, sendo por causas alheias às partes, é conferido ao empreiteiro o direito a uma compensação financeira.

Com efeito, pode ler-se no n.º 2 do artigo 314.º do CCP que, nos demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias que não se enquadrem nos casos do n.º 1, é conferido o direito “(...) à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade.”.

Ora, provocando um forte impacto nos custos da obra a subida dos preços dos materiais, optou o empreiteiro pela compensação financeira, segundo critérios de equidade, como modo de manter o equilíbrio do contrato.

Foi, aliás, dito pelo Município que “(...) numa situação “normal”, as questões dos ajustamentos dos preços far-se-ia pela revisão (ordinária) dos preços, que serviria para reequilibrar o contrato. No entanto, julgamos, s.m.o., que tendo em consideração os aumentos verificados em várias matérias primas, não ser possível o reequilíbrio do contrato por via desta revisão de preços, que tem associada coeficientes de atualização claramente insuficientes.”.

Como é sabido, o contrato de empreitada de obras públicas está, por lei, obrigatoriamente sujeito ao mecanismo de revisão ordinária de preços, conforme estabelecido no artigo 382.º do CCP, que contribui também para a manutenção do equilíbrio do contrato.

Sem prejuízo do contratualmente estabelecido quanto à revisão dos preços, esta obedece ao regime consagrado no Decreto-Lei n.º 6/2004, de 6 de janeiro, que foi alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 73/2021, de 18 de agosto, que entrou em vigor em setembro de 2021, mas cujas alterações são apenas aplicáveis aos contratos de empreitada de obras públicas que resultem de procedimentos iniciados após a entrada em vigor, por força do disposto no artigo 6.º do referido Decreto-Lei.

Como já referimos, foi dito pelo Município que o mecanismo ordinário e obrigatório de revisão de preços não é suficiente para manter o equilíbrio do contrato de

empreitada.

Assim, não se alcançando o equilíbrio do contrato por via da revisão ordinária de preços, pode recorrer-se ao mecanismo legal da compensação financeira, que assume natureza excecional.

Aliás, só fará sentido recorrer à compensação financeira quando o equilíbrio do contrato não seja atingido através da revisão ordinária de preços.

Trata-se de institutos jurídicos distintos e nada impede que sejam cumulados se for necessário para manter o equilíbrio do contrato.

Salienta-se, todavia, que a compensação financeira é, por determinação da lei, fixada segundo critérios de equidade.

O que significa, segundo Miguel Lorena de Brito, que *“(...) a compensação não se destina necessariamente a ressarcir de forma integral todos os danos causados pelo evento danoso (colocando o cocontratante na posição em que este estaria se a pandemia não tivesse ocorrido, de acordo com o critério do artigo 562.º do CC), mas principalmente a repartir os efeitos desse evento de forma equitativa e a impedir que os mesmos sejam suportados apenas por um dos contraentes.”*¹

No mesmo texto, este autor cita Pedro Costa Gonçalves que refere *“Embora a lei estabeleça uma alternativa entre modificação ou compensação financeira, a regra é a da compensação financeira; a alteração das circunstâncias tem, na grande maioria dos casos, um impacto nos custos do contrato e reclama um reequilíbrio, que neste caso e a menos que o contrato estabeleça outra coisa, é feito segundo critérios de equidade, com o objetivo de distribuir o impacto dos sobrecustos por ambas as partes” (Direito dos Contratos Públicos, 2015, p. 575).*”

A compensação há de, portanto, permitir repartir os efeitos de forma equitativa, impedindo que só o empreiteiro suporte o acréscimo de custos devido à subida dos preços dos materiais.

No fundo, há de ser atribuída uma compensação financeira adequada que impeça que o

¹ O “Impacto da pandemia Covid-19 na execução dos contratos administrativos”, pág. 273, Revista de Contratos públicos, CEDIPRE, n.º 24, agosto 2020.

empregador assumam todos os custos devido à subida de preços.

Diga-se, por último, que a lei, no artigo 313.º do CCP, sujeita a determinados limites a modificação objetiva dos contratos.

No caso da compensação financeira, a sua fixação segundo critérios de equidade constitui, só por si, um limite.

Mas, como qualquer outra modificação objetiva do contrato, está ainda sujeita ao limite previsto no n.º 1 do artigo 313.º do CCP, que podemos chamar de limite comum.

Nele se prevê que *“1 – A modificação não pode nunca traduzir-se na alteração da natureza global do contrato, considerando as prestações principais que constituem o seu objeto.”*

Ora, respeita este limite a pretensão do empregador no sentido da modificação do contrato que se traduz numa alteração das condições financeiras do contrato, segundo critérios de equidade, pois não está aqui em causa mudar de tipo de contrato.

Já os outros limites estabelecidos nos n.ºs 2 e 3 do artigo 313.º do CCP, na sua redação atual, são específicos da modificação do contrato por razões de interesse público, que não é o caso da situação em análise.

Importa, por fim, referir que o legislador estabeleceu um regime excepcional e temporário de reequilíbrio financeiro no âmbito da pandemia da COVID-19, aplicável aos contratos de execução duradoura em que sejam parte o Estado ou outra entidade pública.

É o regime estabelecido no Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de abril, que, de acordo com o disposto no seu artigo 9.º, está em vigor até *“(…) ao momento em que a Organização Mundial de Saúde determine que a situação epidemiológica do vírus SARS-COV-2 e da doença COVID -19 não configuram uma pandemia.”*

Consideramos, contudo, que os factos subjacentes à situação em análise não se enquadram em tal regime, ainda que respeitem a um contrato de execução duradoura em que é parte uma entidade pública.

Com relevância, leia-se o disposto no n.º 2 do artigo 3.º daquele Decreto-Lei n.º 19-A/2020, que é aplicável aos factos que nele se enquadrem e ocorram depois do fim do estado de emergência, que ocorreu a 02-05-2020.

Dispõe esta norma que *“Sem prejuízo do disposto no número anterior quanto ao período a que se reporta, nos contratos em que se preveja expressamente o direito do contraente ou parceiro privado a ser compensado por quebras de utilização ou em que a ocorrência de uma pandemia constitua fundamento passível de originar uma pretensão de reposição do equilíbrio financeiro, tal compensação ou reposição só pode ser realizada através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, não dando lugar, independentemente de disposição legal ou estipulação contratual, a revisão de preços ou assunção, por parte do contraente ou parceiro público, de um dever de prestar à contraparte.”*, sublinhado nosso.

É, deste modo, condicionado o modo como o direito de compensação ou de reposição do equilíbrio financeiro pode ser satisfeito.

Da leitura desta norma, entendemos que esta é apenas aplicável quando é conferido o direito à compensação financeira por quebras de utilização, que provoca perdas de receitas, e não por aumento dos custos da execução do contrato, como é o caso.

Feito o enquadramento do regime geral da modificação objetiva dos contratos públicos, concluímos que, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 311.º e da alínea b) do artigo 312.º, ambos do CCP, a obtenção de determinados materiais para a execução da obra a preços muito superiores aos propostos no contrato, provocada pela pandemia do COVID-19, pode justificar a modificação objetiva do contrato de empreitada, por acordo entre as partes, com fundamento na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, uma vez que a exigência das obrigações assumidas pelo empreiteiro afetaria gravemente os princípios da boa-fé e não estaria coberta pelos riscos próprios do contrato de empreitada.

E, conseqüentemente, há fundamento para ser atribuída uma adequada compensação financeira ao empreiteiro, nos termos previstos no n.º 2 do artigo 314.º do CCP, pelo agravamento excecional dos custos na execução da obra provocado pela pandemia do COVID-19.

B. Procedimento adequado para aferir a equidade do valor da compensação

Como já dissemos, a compensação financeira é, por determinação da lei, fixada segundo critérios de equidade.

Há de, portanto, permitir repartir os efeitos de forma equitativa, impedindo que só o empreiteiro suporte o acréscimo de custos devido à subida dos preços dos materiais.

No fundo, há de ser atribuída uma compensação financeira adequada que impeça que o empreiteiro assuma todos custos devido à subida de preços.

C. Possibilidade de se verificarem várias modificações objetivas do mesmo contrato pelos mesmos fundamentos em diversas fases da sua execução

Não resulta da lei qualquer limite ao número de modificações a que pode ser sujeito um contrato público com fundamento na alínea b) do artigo 312.º do CCP.

Diga-se, porém, que a fundamentação pode ser a mesma, mas assente em factos diferentes que venham a ocorrer durante a execução do contrato.

Em síntese:

A. Concluímos que, ao abrigo da alínea a) do n.º 1 do artigo 311.º e da alínea b) do artigo 312.º, ambos do CCP, a obtenção de determinados materiais para a execução da obra a preços muito superiores aos propostos no contrato, provocada pela pandemia do COVID-19, pode justificar a modificação objetiva do contrato de empreitada, por acordo entre as partes, com fundamento na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, uma vez que a exigência das obrigações assumidas pelo empreiteiro afetaria gravemente os princípios da boa-fé e não estaria coberta pelos riscos próprios do contrato de empreitada.

E, conseqüentemente, há fundamento para ser atribuída uma adequada compensação financeira ao empreiteiro, nos termos previstos no n.º 2 do artigo

314.º do CCP, pelo agravamento excecional dos custos na execução da obra provocado pela pandemia do COVID-19.

- B. Tal compensação há de ser fixada segundo critérios de equidade, com vista a repartir os efeitos da subida dos preços de forma equitativa.

Impedindo, deste modo, que só o empreiteiro suporte o acréscimo de custos devido à subida dos preços dos materiais provocada pela pandemia do COVID-19.

No fundo, há de ser atribuída uma compensação financeira adequada que impeça que o empreiteiro assuma todos custos devido à subida de preços.

- C. Não resulta da lei qualquer limite ao número de modificações a que pode ser sujeito um contrato público com fundamento na alínea b) do artigo 312.º do CCP.

Diga-se, porém, que a fundamentação pode ser a mesma, mas assente em factos diferentes que ocorram durante a execução do contrato.