EMPREITADA DE OBRA PÚBLICA RODOVIÁRIA POR PREÇO GLOBAL

ALBERTO DE LIMA VIEIRA*

1. Contrato Administrativo — cláusulas exorbitantes; 2. Aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos; 3. Empreitada a preço fixo ou global; 4. Alterações de projetos e de quantitativos; 5. Alterações contratuais decorrentes das variações; 6. Álea normal e invariabilidade do projeto; 7. Manutenção das condições efetivas da proposta, princípio constitucional e exigência da boa fé; 8. Conclusão.

1. É da essência dos contratos administrativos conterem cláusulas ditas exorbitantes, estranhas às avenças de direito privado.

Tais cláusulas, segundo alguns administrativistas, caracterizam mesmo o contrato de direito público.

Sobre o tema prelecionou Carlos S. de Barros Júnior, em notável síntese

"Tais cláusulas podem ser de tipos muito diversos, tais como as que incluem, em favor da Administração, prerrogativas que derrogam a igualdade nos contratos: a rescisão unilateral, direta, extrajudicial do contrato; a possibilidade de, nas mesmas condições, ou seja, com iguais poderes de decisão, aplicar sanções por faltas ao contratante particular; o poder de baixar instruções e estabelecer modificações; as que fazem com que o participante exerça prerrogativas de poder público, como monopólio e poder de coagir terceiros. São cláusulas que não podem ser estipuladas ou são incomuns em contratos de direito privado, a revelar, em função de exigências de interesse público, a possibilidade de empregar procedimentos de decisão executória, não compatíveis com os contratos comuns". ("Contratos Administrativos", Saraiva, SP, 1986, p. 21).

2. Aplicam-se à empreitada de obras públicas, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, consoante estabelece o vigente estatuto jurídico das licitações, em seu art. 54.

* Prof. da Faculdade de Direito Milton Campos. Advogado em Belo Horizonte.

Sendo assim, impende aduzir alguns breves comentários, que nos levarão à conclusão que pretendemos adiante demonstrar.

Com a sua reconhecida competência, CAIO MÁRIO, alhures, tratando do contrato de empreitada, concisa e brilhantemente definiu suas linhas básicas, nestes termos:

"A correspectividade, a reciprocidade e a conexão acham-se patentes. O empreiteiro obriga-se a um conjunto de prestações que se enfeixam na realização da obra contratada. O dono desta, por seu lado, obriga-se a outras tantas prestações. Umas e outras são interligadas ou interdependentes, nascendo ao mesmo tempo e do mesmo contrato.

O empreiteiro está sujeito ao cumprimento de suas obrigações ou é devedor de suas prestações em razão das obrigações e prestações de que é devedor o dono da obra. É por isso que se diz que no contrato sinalagmático, como no particular da empreitada ocorre, um e outro (empreiteiro e dono da obra) são ao mesmo tempo credor e devedor um do outro."

Os contratos de empreitada consubstanciam uma obrigação de resultado, na qual é fundamental a autonomia do empreiteiro, razão que justifica o risco que ele assume.

Há, na empreitada, um núcleo de obrigações que o dono da obra não pode deixar de cumprir, sob pena de desnaturar o caráter bilateral, sinalagmático do ajuste.

Assim, o definiu BORDA:

"El comitente tiene la obligación de poner el empresario en condiciones de cumplir la obra. Es una obligación de contenido elástico: se se trata de una construción sobre suelo debe poverlo en possession de este, proporcionalle los planos y los materiales y instrumentos de trabajo que hubiere prometido en el contrato; si para empezar la obra es necessário el consentimiento de un tercero, o del Estado, debe gestionarlo e obtenerlo...

Todo ello debe hacerlo en tempo próprio.

Debe cumplir los actos de verificación sin demora; si de acuerdo al contrato fuera necessário su aprobación para los materiales o las distintas etapas de la obra, debe harcerlo en su momento. Está obligado a pagar puntualmente las cuotas pactuadas. Esta obligación tiene también un contenido negativo; el dueno debe absterse de todo acto personal que obstaculize o pertube el normal desarollo de los trabajos, como podria ser una fiscalización excessiva que dificultara el normal desenvolvimiento de la obra". ("Manual de Contratos", Perrot, Buenos Ayres, 1976, p. 544).

3. Os contratos de empreitada a preço fixo, ou preço global, chamados "a forfait", têm fundamento no disposto no art. 1.246 do CCB, *in verbis*:

Art. 1.246. O arquiteto, ou construtor, que, por empreitada, se incumbir de executar uma obra segundo plano aceito por quem a encomenda, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que o dos salários ou o do material, encareça, nem ainda que se altere ou aumente, em relação à planta, a obra ajustada, salvo se se aumentou, ou alterou, por instruções escritas do outro contratante e exibidas pelo empreiteiro.

Contudo, como explica Alfredo de Almeida Paiva, em seu conhecido "Aspectos do Contrato de Empreitada" (Forense, Rio, 1955, p. 31):

"A empreitada a preço fixo *em sentido absoluto* se configuraria quando as partes contratantes deixassem de estipular a possibilidade de fazer *introduzir modificações do plano de obras* e no preço convencionado, ao contrário da empreitada a *preço fixo relativo* em que tal possibilidade ficasse expressamente reconhecida".

Acrescenta o autor citado que, segundo as doutrinas francesa e italiana, somente haverá contrato de empreitada a preço fixo quando o empreiteiro se obrigue a executar a obra de acordo com um plano previamente convencionado.

4. Evidentemente, às alterações de projetos corresponderão as alterações contratuais que as consubstanciam, visto como, nos contratos administrativos, as alterações contratuais hão de proceder-se pela mesma forma que as contratações, mediante aditamento: Lei 8.666/93 — art. 60.

Alterando-se projetos no decorrer da obra, surgirão sempre prejuízos para o empreiteiro, notadamente:

1º — aumento da mão-de-obra prevista;

2º — quebra da produtividade normal da mão-de-obra;

3º — ociosidade de equipamentos e ferramental;

4º — atraso de recebimento por falta de medição nas datas pré-fixadas, em decorrência das alterações de projetos;

5º — aumento das quantidades previstas na planilha que integra o contrato.

Tais itens, e outros correlatos, terão que ser devidamente quantificados e ressarcidos ao empreiteiro, para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, protegido pelo disposto no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal e regulamentado no art. 65, II *d* da Lei 8.666/93, sempre com a prévia concordância do empreiteiro (art. 58, § 1º da mesma lei).

5. Na prática, a dinâmica das obras, a boa fé e a colaboração que presidem a empreitada fazem com que sejam postergadas as alterações contratuais, de modo a simplificar a execução do contrato, para que sejam consolidadas em uma única e definitiva alteração contratual.

Contudo, tal fato não afasta a obrigação das partes de implementar tais alterações mediante a fixação dos preços dos serviços extracontrato e de todos os demais serviços que forem executados pela empreiteira.

Marco Aurélio S. Viana pondera que é essa a solução correta, *verbis*:

"Se a obra for paralisada a cada pedido de alteração, de serviços extraordinários, para que as partes celebrem um aditivo, os prejuízos do proprietário seriam de monta por força das variações constantes dos materiais de construção e da própria mão-de-obra".

("A Empreitada de Construção nas Decisões dos Tribunais", Saraiva, SP, 1980, p. 68).

Até mesmo a ordem por escrito do proprietário ou comitente tem sido dispensada pelos nossos tribunais superiores, devendo ser citado, como parâmetro, o acórdão proferido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário Nº 11.442, Rel. Min. Luís Gallotti:

"Exigir, rigorosamente, autorização escrita do dono da obra em todos os casos de acréscimo, importaria locupletamento com jactura alheia. Inteligência do art. 1.246 do Código Civil". ("Revista Forense", vol. 132, p. 93).

6. Na lição de ALBERTO SPOTA, a empreitada "a forfait" exige a firmeza do projeto, ou seja, a invariabilidade da obra. ("Tratado de Locación de Obra", Depalma, Buenos Ayres, vol. I, p. 533), citando-se, no mesmo sentido, RUBINO ("L' Appalto", UTET, Milano, 1981, p. 186).

Deve observar-se que o art. 1.246 do Código Civil Brasileiro tem origem no art. 1.793 do Código Napoleão e que a Corte de Cassação Francesa, em vários acórdãos, entre os quais o de 13 de junho de 1944, declarou que não se pode considerar concluído *a forfait* o contrato, quando o proprietário se reservou o direito de fazer adições ou modificações. (Eduardo Espínola: "Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro", Rio, 1956, p. 309).

Nos contratos do tipo que se estuda, a responsabilidade do empreiteiro está restrita às áleas normais, nunca àquelas que DE PAGE, chama de "anormais". Segundo ele, a jurisprudência decide com propriedade, que o contrato *a forfait* abrange apenas as dificuldades de execução normalmente previsíveis, excluídas aquelas que, mesmo os profissionais particularmente informados, não poderiam prever, tampouco as que não foram efetivamente consideradas *in specie* ("TRATADO, v. 4º, 1ª parte, p. 941).

Na obra pública, será anormal a álea resultante das alterações em percentual superior a 25% (vinte e cinco por cento) dos quantitativos previstos, sendo este o limite imposto pelo art. 58, § 2º da Lei nº 8.666/93.

Tal limite, observe-se, consubstancia disposição de ordem pública, indisponível pelas contratantes, e não pode ser excedido através convenção das partes pois, ultrapassado, ensejaria a fraude a licitação.

A respeito do tema pronunciou-se Carlos Ari Sundfeld, com objetividade e pertinência:

"Por fim, o terceiro direito importando em restrição ao poder estatal de alteração do pactuado é o de não ser obrigado a realizar prestações em quantidade excessivamente diversa da originalmente prevista. Se a Administração pudesse impor ao particular a ampliação ou redução desmesurada de suas obrigações, mesmo com a garantia de incremento da remuneração, poderia, em muitos casos, inviabilizar o cumprimento do contrato. É que, de um lado, ele pode não ter capacidade operacional para atender ao aumento de suas obrigações; de outro, a realização das prestações em pequena quantidade, pelo mesmo preço unitário previsto no contrato, pode resultar onerosa. Por isso, a lei estipula limites para a variação de modo que, ao contratar com a Administração, o particular já sabe que, até certo tanto, pode ser constrangido a realizar mais ou menos. Quando participa de licitação e, especialmente quando trava um contrato, deve se preparar para tal eventualidade.

Nessas condições, a proteção contra o poder estatal de alteração da avença decorre dos três mencionados direitos: à preservação do equilíbrio econômico-financeiro, à manutenção da natureza do objeto e a não ser obrigado a realizar prestações em quantidade por demais distinta da inicialmente prevista.

Fossem apenas essas as barreiras à possibilidade de alteração do contrato, esta seria ilimitada quando o particular concordasse com a modificação, realmente, em caso de aquiescência, inexistiriam os óbices decorrentes dos direitos que lhe são assegurados, pois estes são disponíveis. Mas assim não é. A alteração bilateral não é livre. Em virtude do art. 37-XXI da Constituição, "as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública". Ora, se possível fosse à Administração, pela via oblíqua do aditamento, contratar livremente obras, serviços e/ou compras que não tivessem sido objeto da licitação de que resultou o contrato, estaria aberto o caminho para, de modo grosseiro, costear-se a exigência constitucional de licitação. ("Licitação e Contrato Administrativo", Malheiros, SP, s/d, p. 229)."

No mesmo sentido, Vera Lúcia Machado D'Ávila, em obra coletiva coordenada por Maria Sylvia Zanella di Pietro:

"Além desses parâmetros, mesmo com a concordância do contratado, não poderá ser alterado o objeto licitado sob pena de nulidade do novo ajuste, pois haverá, no caso, o descumprimento das regras impositivas do procedimento de competição, que deve reger a atividade do órgão público quando este pretender contratar obras, serviços, compras e alienar seus bens, tendo por parceiro contratual o particular, "ex vi" do art. 37, inc. XXI da Constituição Federal: "as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública."

A regra visa à proteção do princípio que se elege como balizador da atividade administrativa, impedindo que se dê validade ao ato que venha pretender a liberdade de aditamento de um contrato administrativo, para o fim de incluir, na obrigação a ser cumprida, obras, serviços ou compras que não fizeram parte do objeto contido no procedimento licitatório que deu azo ao ajuste." ("Licitações e Contratos Administrativos", Malheiros, SP, 1994, p. 199).

7. Conjugam-se, no tema, o princípio constitucional de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, *mantidas as condições efetivas da proposta* (CF, art. 37, XXI), com o princípio de equivalência das prestações, ínsito nos contratos comutativos, como leciona Darci Bessone O CONTRATO", p. 295). Realmente, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, introduzido na doutrina pátria em relação à concessão de serviços públicos, pelo eminente Caio Tácito, ampliou-se depois aos contratos administrativos de execução de serviços e obras, por força da jurisprudência dos tribunais.

Acolhido no Decreto-Lei 2.300/86 (art. 55, II, *d*) foi elevado à categoria de princípio constitucional pela CF de 1988 (art. 37, XXI) e encontra-se expresso no vigente estatuto das licitações e dos contratos administrativos — Lei 8.666/93, art. 65, II, *d*, de sorte que, atualmente, não se verifica dissídio doutrinário ou jurisprudencial, na espécie.

Por outro lado, a boa fé que está à base dos pactos deve presidir sua execução, implicando, em primeiro lugar, que os contratantes tenham em vista os fins dos direitos de que são titulares e, em segundo lugar, que facilitem à outra parte o cumprimento de suas obrigações, evitando sobrecarregá-la (*surcharger le débiteur*

— DEMOGUE). Em suma, os contratos comutativos exigem a colaboração recíproca das partes na consecução dos objetivos que colimaram ao firmar o pacto.

A boa fé, nas obrigações, impõe um comportamento positivo; consiste em uma atitude de efetiva cooperação no interesse alheio, uma conduta direta ao cumprimento positivo, um comportamento de fidelidade ao vínculo.

PLANIOL, com a autoridade que mundialmente granjeou, adverte:

"La bonne foi c'est l'obligation de se conduire en homme honnête et consciencieux non seulement dans la formation, mais dans l'exécution du contract et de ne pas s'en tenir à la lettre de celuici." ("Tratado...", nº 379).

É princípio supremo e absoluto da teoria geral dos contratos, dizem os jurisconsultos ENNECERUS-LEHMANN, que todas as relações de obrigação, em todos os seus aspectos e em todo o seu conteúdo, estão sujeitas ao império da boa fé:

"Tratando-se de contratos, cada una de las partes ha de tener en cuenta el interés, por ella conocida de la otra parte y ajustar su conduta de manera a evitar en lo possible un menoscabo para la otra parte..." ("Derecho de Obligaciones", I, p. 20).

Por sua vez, o eminente Emílio Betti, autor da monumental "Teoria Generale della Interpretazione" (Giuffrè, Milano, 1990), tendo regido a cátedra de Hermenêutica na Universidade de Heidelberg, aliunde escreveu que, nas obrigações "si richiede un attegiamento positivo di cooperazione, un impegno nell'interesse altrui, e la bona fides consiste in un criterio di condotta inspirata ed informata al'interesse della contraparte, condota diretta all'adempimento positivo della aspettativa di cooperazione di essa contraparte." ("Teoria Generale delle Obligazione", p. 79).

Portanto, pode dizer-se que nos contratos bilaterais onerosos de trato sucessivo a boa fé contém um dever de cooperação, como acentuaram DÉMOGUE e BETTI, algo mais do que o comportamento correto segundo o mínimo ético (não lesar a ninguém).

Larenz, com a precisão de sempre, e com inteira pertinência, doutrina:

"Para toda relação jurídica, qualquer que seja a sua natureza, o importante é que a prestação a ela relativa se cumpra, sempre, com inteira fidelidade à palavra dada ou à obrigação avençada, sem que se defraude a confiança da outra parte, vale dizer, a obrigação deve ser cumprida integralmente de conformidade com os postulados da boa fé ("Derecho de Obligaciones", trad. castelhana, Madrid, vol. I, p. 20).

Implícito no Código Civil Brasileiro, o princípio de boa fé na execução dos contratos acha-se expresso em outras legislações.

O Código Napoleão, no art. 1.134, dispondo sobre as convenções legalmente formadas, estabelece, *in fine*: "Elles doivent être exécutées de bonne foi". O BGB, no seu § 242, dispõe que o devedor "deve efetuar a prestação como exige a boa fé, levando em conta os usos admitidos nos negócios. ("seine Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern"). No mesmo sentido o legislador italiano determina no art. 1.366 do CC de 1942 que "il contratto deve essere interpretato secondo buona fede".

Enrico Colagrosso, em sua "Teoria Generale dele Obbligazioni e dei Contratti" conceitua a boa fé como a lealdade recíproca de conduta, não um simples estado subjetivo.

Tratando da boa fé no âmbito dos contratos administrativos, Jesus Gonzalez Perez aduz:

"La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en el lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza, legítima confianza de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida. Ni en un lugar en que, razonablemente, no cabía esperar. Ni antes que lo exijan los intereses públicos ni cuando ya no era concebible el ejercicio de la potestad administrativa. Confianza, en fin, en que en el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, no va adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones. Y en que los actos van a ser respetados en tanto no exijan su anulación los intereses públicos." ("El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo", Civitas, Madrid, 1989, p. 69).

Ao angulo privatístico, há que atentar, também, para o princípio geral que veda o enriquecimento ilícito da parte no contrato, em detrimento da alheia pecúnia.

Cada vez mais se firma, em nosso direito, a vedação do enriquecimento ilícito, e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo coloca em destaque que

"Há um princípio que deve reger todas as relações humanas: a proibição do enriquecimento ilícito." (RT, 507:118).

Concluindo este tópico, podemos já antecipar parcialmente a conclusão, afirmando que o princípio de boa fé veda as alterações unilaterais de projeto nos contratos administrativos travados por preço global, sem a correspondente revisão do preço e do cronograma de execução.

Admitir as alterações dos projetos que oneram os custos, sem tal revisão do preço global seria abrir caminho ao enriquecimento ilícito, que o direito repele e a justiça abomina.

Por isso, o estatuto jurídico das licitações e dos contratos administrativos disciplina precisamente os pactos por preço global, como adiante se demonstra.

8. CONCLUSÃO

Estabelece o art. 47 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

"Art. 47. Nas licitações para execução de obras e serviços, quando for adotada a modalidade de execução de empreitada por preço global, a Administração deverá fornecer obrigatoriamente, junto com o edital, todos os elementos e informações necessárias para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto da licitação."

Nesse artigo está estabelecido que a Administração deverá fornecer *todos os elementos e informações* necessários ao *total e completo conhecimento* do objeto da licitação, ficando claro que a licitação de obras e serviços por preço global demanda

e pressupõe *projetos completos de engenharia, com o detalhamento* necessário ao *total e completo* conhecimento do objeto da licitação.

Trata-se, evidentemente, de exceção à regra do § 2º, I, do art. 7º da Lei 8.666/93, que exige para a licitação de obras em geral apenas o *projeto básico* aprovado pela autoridade competente.

Logo, sem sombra de dúvida, a variação de 25% a que alude o art. 65, § 1º da lei sob exame, em se tratando de obra contratada por preço global, somente poderá decorrer de fatos supervenientes, imprevisíveis à época de licitação, sob pena de frustrar-se a obrigação, da Administração, no que pertine com a exatidão dos projetos, dantes enfatizada.

E o que resulta da interpretação sistemática do texto legal, à luz dos seus próprios princípios e daqueles que regem a atividade administrativa em geral.

Portanto, a insuficiência de dados, os defeitos e erros de projeto são de plena responsabilidade do comitente público, e seus ônus não podem ser transferidos ao contratante privado, como normalmente ocorre, na prática.

O elevadíssimo volume de modificações de projetos que costuma ocorrer em empreitadas de obras rodoviárias, abrangendo todos os detalhes da obra, clama pela correspondente alteração contratual.

Nessa alteração deve ficar assentada a remuneração do empreiteiro pelos acréscimos de mão-de-obra, de materiais, ociosidade de equipamentos e ferramental e quebra de produtividade da mão-de-obra, originária das modificações.

A esses itens deve acrescer-se a indenização específica dos atrasos de pagamento decorrentes da falta de medição nas épocas avençadas, por inconclusão de serviços devido a alteração de projetos. Toda a alteração há de estar subordinada ao princípio de colaboração, essencial ao normal desenvolvimento dos contratos comutativos de trato sucessivo, mormente à empreitada, contrato de fim, que visa a entrega de objeto certo, a própria obra, pronta e em condições de uso.

Exatamente em virtude da aplicação dos princípios de boa fé e de colaboração acima referidos é que não se admite, em direito, que alterações de projeto, resultem em prejuízo ao empreiteiro.

Com efeito, não é o empreiteiro o projetista da obra e, ao licitá-la, não se responsabiliza pelo projeto. Não é sua obrigação revê-lo, refazendo cálculos, especificando materiais, quantitativos etc.; em suma — não se substitui ao projetista, que conserva sua responsabilidade própria pela concepção da obra, sua adequação ao terreno, sua exeqüibilidade técnica.

Quando os dados do projeto discrepam dos quantitativos reais, a responsabilidade do comitente caracteriza-se de fato, conservando evidentemente seu direito de regresso contra o projetista, se terceiro.

Na empreitada por preço global, ainda que relativo, há que presumir-se a exatidão dos projetos, sob pena de introduzir-se no contrato comutativo álea extraordinária que não se coaduna com sua natureza jurídica.

O que não se pode admitir é que responda o empreiteiro por erros de terceiro, ou do próprio dono da obra.

A jurisprudência aplicável distingue nitidamente os limites da responsabilidade do comitente, do empreiteiro e do projetista por enganos ou variação substancial de quantitativos.

Ademais, tais contratos, em obras rodoviárias, redundam freqüentemente em encarecimento da obra, não só pela necessária previsão de irregularidades quanto aos desenhos executivos, como também pelo inafastável conflito que subjaz a esse tipo de empreitada, dado que os projetos, de regra, são falhos, demandam constantes adaptações e reclamam numerosos aditamentos, os quais consomem tempo e energia em discussões infindáveis.

A experiência está a indicar claramente que as obras rodoviárias têm execução muito mais tranqüila, segura e econômica quando contratadas por preços unitários.