

Sónia António Jeque

Regime jurídico do Contrato de Empreitadas de Obras Públicas

UNIVERSIDADE POLITÉCNICA

“A POLITÉCNICA”

Escola Superior de Ciências Jurídicas e Sociais

Maputo, Maio de 2010

UNIVERSIDADE POLITÉCNICA

“A POLITÉCNICA”

Contrato de Empreitada de Obras Públicas

a luz do Decreto nº54/2005 de 13 de Dezembro.

Trabalho de projecto a ser submetido à Universidade Politécnica (“A Politécnica”),
como cumprimento parcial dos requisitos necessários para a obtenção do grau de
Licenciatura em Ciências Jurídicas.

Elaborado por: Sónia António Jeque

Tutor: Dr. Manuel Martins

Maputo, Maio de 2010

Declaração de Autoria

Eu, Sónia António Jeque, declaro por minha honra que o presente trabalho foi inteiramente concebido e elaborado por mim obedecendo aos requisitos emanados pelo Regulamento de Trabalho de Diploma para a obtenção do grau de Licenciatura em Ciências Jurídicas da Universidade Politécnica (A politécnica).

Maputo, Maio de 2010

Sónia António Jeque

Dedicatória

À minha mãe e aos meus irmãos:

Catarina António Filipe, Graça, Arlete, Tó, Cláudia e Mércio, um kanimambo pela força que me deram durante a minha formação.

Ao meu marido e a minha filha:

Luis Tomás e Denise Alexandra;

Pelo apoio moral, compreensão e conselhos que me proporcionaram durante a minha formação tendo servido de estímulo para que seguisse em frente e não vacilasse nesta batalha tão difícil.

Agradecimento

Irei especialmente agradecer o meu marido por ter dado um grande contributo para que realizasse o meu sonho, formar-me em Ciências Jurídicas.

De igual modo agradeço a minha mãe e ao meu pai “em memória”, a minha filha, irmãos, sobrinhos que directa ou indirectamente deram também o seu contributo para que chegasse a este momento.

Foi um momento de sacrifício em que fiquei privada de participar em eventos, cerimónias tanto familiares como de amigos porque tinha que estudar ou tinha um teste naquele dia, não tirando o mérito aos docentes brilhantes, competentes que proporcionaram a minha formação ao longo dos cinco anos académicos, sei que vou enfrentar os desafios que me esperam no meu local de trabalho mas sinto que estou minimamente preparada graças aos conhecimentos que me foram transmitidos.

Em especial vai o meu muito obrigado ao MOPH, por ter me facultado a bolsa e graças a isso consegui concretizar o meu sonho.

PARECER

O trabalho em apreço intitula-se “Regime Jurídico do Contrato de Empreitada de Obras Públicas”, cujo conteúdo temático e seu desenvolvimento preenchem os requisitos exigidos para a sua exacta caracterização como o último objectivo para o culminar da Licenciatura em Ciências Jurídicas pela candidata Sónia António Jeque.

Como aspectos de maior impacto académico, há que referir os diversos conceitos do contrato em si mesmo considerado, do contrato administrativo e, em termos específicos, do contrato de empreitada de obras públicas.

Acresce, neste aspecto, o desenvolvimento seguro e atraente do regime jurídico do referido contrato, designadamente no que concerne à capacidade, ao mútuo consenso, ao objecto e à forma e, ainda, ao percurso do concurso público e à execução do contrato.

Por fim, a candidata debruça-se sobre o Regime Jurídico do Decreto nº 54/2005, de 13 de Dezembro que é relativo à regulação tão exhaustiva quanto possível do regime jurídico dos contratos administrativos aí descritos.

É um trabalho de profundidade e rigor jurídicos, particularmente no que concerne ao Decreto nº 54/2005, citado, na medida em que traz a debate diversos aspectos críticos relativos ao Contrato de Empreitada de Obras Públicas.

A família jurídica encontra-se de parabéns e deve sentir-se feliz, em termos técnico-jurídicos, pelo aprofundamento dado pela candidata Sónia António Jeque à matéria centrada no âmbito do contrato de direito público que, no caso, se designa por Contrato de Empreitada de Obras Públicas.

Muitas merecidas felicitações à sua autora.

Maputo, 29 de Maio de 2010

O Tutor

João Manuel Martins

INTRODUÇÃO

É na senda da autonomização do Direito Administrativo que nasce a Administração Pública estruturada de forma diversa como corolário das revoluções ou movimentos liberais da Europa dos finais do século XIX e princípios do século XX, que puseram fim ao regime absolutista da Idade Média, e, ainda, da necessidade sentida pelos tribunais de encontrar soluções diferentes das do Direito Privado para os problemas surgidos da actividade administrativa sobretudo nas relações entre a Administração e os particulares. Antes deste período, existiram normas administrativas que, no entanto, estavam enquadradas no Direito Civil e eram sobretudo normas de funcionamento da Administração Pública como a competência dos órgãos, as modalidades de utilização pelos particulares de bens ou serviços públicos, ou seja, essas normas não se encontravam sistematizadas.

A afirmação do Direito Administrativo como ramo autónomo teve início a partir do momento em que começou a desenvolver-se o conceito de Estado de Direito estruturado sobre os princípios da legalidade e da separação de poderes com o objectivo de assegurar a protecção dos direitos individuais, não apenas na relação entre os particulares, mas também entre estes e o Estado. Por isso, constitui uma disciplina própria do Estado Moderno ou Estado de Direito, tendo o seu objecto de estudo, que é a Gestão Pública, se tornado mais amplo, isto é, o Estado passou a intervir com maior intensidade na área da Administração Pública, não só virado à ordem pública, mas também direccionado ao desenvolvimento de várias actividades nas áreas de economia, saúde, educação, cultura, assistência, entre outras, com o objectivo único de promover o bem estar colectivo.

A Administração passa a ser uma Entidade directamente ligada ao Estado e ao Governo e tendo, como função, executar de forma concreta as tarefas de interesse público definidas pelo Estado e sistematizadas em forma de projectos pelo Governo. Assim, é a essa instância que cabe a actividade de gestão pública sobre a égide do Direito Administrativo com vista a satisfazer, de forma eficiente, o interesse público. Para tal, actua de diversas formas como cobrando receitas através da colecta de impostos e taxas, sendo uma parte dessa receita destinada à satisfação das necessidades da colectividade como, por exemplo, a construção de escolas, hospitais e outras infra-estruturas importantes.

Na sua grande missão da Gestão Pública, a Administração Pública, por vezes, não é capaz de, por si só, prosseguir as atribuições que a lei coloca a seu cargo, pois estas requerem meios financeiros, materiais e a racionalização da mão-de-obra para a sua concretização e a melhor forma de atingir esse objectivo é associar a si um particular, chamando-o a colaborar de forma permanente no desempenho dessas atribuições, o que sucede, normalmente, por via do contrato administrativo. Neste caso, a Administração não impõe unilateralmente a sua pretensão ao particular mas, sim, age de modo tipicamente consensual, contratando com ele os termos e as condições em que a se realizará essa actividade. Por outro lado, pode, também, vincular-se através de contratos civis, idênticos aos celebrados entre os particulares regulados pelo Direito Civil ou Direito Comercial, designadamente, nos casos em que arrenda um imóvel de um particular para nele instalar um serviço público; neste caso, estamos perante a gestão privada da Administração Pública. Porém, como está subjacente o interesse geral, as regras de Direito Público aplicáveis neste caso nunca são idênticas às que se aplicam nas relações entre particulares.

No universo dos contratos administrativos existentes no ordenamento jurídico moçambicano, a nossa atenção vai-se cingir ao estudo e análise do contrato de Empreitada de Obras Públicas, no quadro jurídico moçambicano orientado para a

sua formação, execução e extinção bem como a sua aplicação e observância da sua disciplina jurídica em face das sistemáticas e sucessivas violações quer dos direitos da entidade contratante como dos direitos e interesses legalmente protegidos dos contraentes particulares. Assim, nesta monografia versaremos mais concretamente o regime jurídico do Contrato de Empreitada de Obras Públicas como um dos mecanismos que permite associar os particulares na prossecução dos fins do Estado mediante uma retribuição a pagar por este. A ligeireza com que este tipo de contrato tem sido tratado, na maioria das vezes e no geral, denuncia à sociedade o vazio legal existente, o que põe em causa a confiança dos cidadãos nos órgãos da Administração Pública.

JUSTIFICATIVA

A razão da escolha deste tema prende-se com o facto de, no universo dos contratos administrativos, ser o contrato de empreitada de obras públicas o que mais tem suscitado maior celeuma entre os seus intervenientes, não obstante a função relevante que tem no comércio jurídico, devido ao crescimento assinalável do investimento público e privado no sector da construção, por exigência do próprio desenvolvimento económico e social; por outro lado, as regras que disciplinam a actividade do empreiteiro necessitam de ser adequadas a promover a facilitação e a segurança na contratação de obras públicas e, ao mesmo tempo, criar oportunidades para o crescimento da capacidade nacional de execução.

A experiência colhida ao longo do período de vigência de cerca de trinta e cinco anos do Decreto-Lei nº 48871, de 19 de Fevereiro, posto em vigor em Moçambique pela Portaria nº 555/71, de 12 de Outubro, as transformações quer económicas e sociais quer a nível da indústria de obras públicas decorrentes do grande desenvolvimento mostraram conveniente a necessidade da sua actualização.

É neste contexto que surge o imperativo de se aprovar um instrumento adequado à realidade do país. Assim, através do Decreto nº 54/2005, de 13 de Dezembro aprovou-se o novo regime de contratação de empreitada de obras públicas, com o objectivo de conferir maior transparência a esta modalidade de contratação, de modo que os principais objectivos pretendidos, nomeadamente as necessidades de cultura, segurança e bem-estar do povo sejam alcançadas. É ao Estado, através do Governo, que é atribuída a função de desenvolver constantemente um conjunto de acções com vista a criar mecanismos que permitam a satisfação das necessidades cada vez mais crescentes da colectividade.

Quanto à minha motivação pessoal, diria que suscitou-me interesse o tema proposto pelo facto de ser funcionária do Ministério das Obras Públicas e Habitação e, como é sabido, este é um Órgão Central da Administração do Estado que, de acordo com os princípios, objectivos e tarefas definidas pelo Governo, é responsável pela aplicação da política no domínios da obras públicas, habitação, urbanismo, indústria de construção e recursos hídricos, sendo que tenho, por vezes, acompanhado algumas situações surgidas no âmbito deste tipo de contratação que, de certo modo, afectam a própria relação jurídica entre os intervenientes do mesmo, pondo em causa o fim a prosseguir que é o interesse colectivo, o interesse público.

OBJECTIVO

Esperamos com este trabalho, por um lado, dar um contributo para o estudo aprofundado do denominado “Regime Jurídico de Empreitada de Obras Públicas”, face ao ordenamento jurídico-moçambicano de modo a melhorar o actual quadro legal e, por outro lado, pretende-se chamar a atenção à sociedade no sentido de fazer uma reflexão em torno desta modalidade de contratação, sobretudo quanto à sua aplicação, observância da sua disciplina jurídica em face das sistemáticas e

sucessivas violações de direitos e interesses dos contraentes nas suas relações contratuais, as lacunas existentes e a deficiente interpretação pelos destinatários do respectivo regulamento, aprovado pelo Decreto nº 54/2005, de 13 de Dezembro.

O actual Decreto visava colmatar um vazio legal resultante das alterações sócio-económicas; não obstante ter sido aprovado o actual diploma, notam-se, ainda, alguns conflitos entre a Administração e os particulares, suscitados por esta forma de contratação e que nos colocam várias questões juridicamente relevantes merecedoras de uma profunda reflexão por quem de direito, apontando-se, de entre outras, as seguintes:

Quais as principais causas que estão na origem de certos conflitos existentes entre a Administração Pública e os particulares?

Que soluções jurídicas pertinentes se podem aplicar para minimizar esses conflitos?

Partindo destas questões, pretende-se levantar informações sobre o assunto e propôr algumas soluções que se julgam pertinentes e oportunas.

METODOLOGIA ADOPTADA

Para o sucesso na elaboração deste trabalho, abordaremos os assuntos em quatro grandes capítulos, sendo que o primeiro refere-se ao conceito doutrinário do contrato, à admissibilidade ou não do contrato em Direito Público, aos aspectos gerais do contrato administrativo, ao conceito doutrinário de contrato administrativo, ao conceito de contrato administrativo face ao ordenamento jurídico moçambicano e à sua interpretação.

O segundo capítulo é referente ao conceito doutrinário do contrato de empreitada de obras públicas, ao conceito legal face ao ordenamento jurídico moçambicano, as suas principais características e o seu regime jurídico.

No terceiro capítulo, far-se-á a análise do conteúdo essencial do actual regime jurídico do contrato de empreitada de obras públicas, destacando os seus aspectos positivos e negativos numa perspectiva comparativa com o anterior regime assim como apresentaremos algumas propostas de solução para alguns pontos atinentes a esta área.

No quarto e último capítulo, damos a conhecer de forma clara, as nossas conclusões e recomendações.

Para a elaboração do presente trabalho, recorri à investigação baseada na pesquisa bibliográfica, ao Direito Comparado, à Internet, a jornais e à recolha de informações baseadas em entrevistas não estruturadas a alguns técnicos de sectores de Obras Públicas, directa ou indirectamente envolvidos nesta forma de contratação, principalmente a Direcção Nacional de Edificações e a Administração Nacional de Estradas. Por outro lado, entrevistamos, também, alguns empreiteiros de obras públicas de determinadas zonas do País.

CAPÍTULO I

1. CONTRATO

1.1 Conceito

Contrato é o negócio jurídico em que existe a manifestação de duas ou mais vontades, com conteúdos diversos, prosseguindo distintos interesses e fins, até

opostos, mas que se ajustam reciprocamente para a produção de um resultado unitário¹.

Do conceito exposto, concluímos ser fundamental para a existência de contrato que cada uma das partes se exprima por meio de uma declaração de vontade a sua intenção e, no final, haja uma convergência de ambas com vista a produzirem um único resultado desejado.

Admissibilidade ou não do contrato em Direito Público

Em torno deste tema, encontramos duas correntes que perfilham posições divergentes: a primeira é apologista em não admitir a figura do contrato no Direito Público, apresentando os seguintes argumentos:

1º O Estado, ao vincular-se por contrato a um particular, estaria a colocar em causa a sua própria soberania, admitindo que a figura do contrato só é compatível com o Direito Privado; 2º o contrato pressupõe igualdade jurídica entre os sujeitos: sendo assim, essa igualdade só pode existir no âmbito do Direito Privado pelo facto de o Estado, sendo soberano, ao intervir em pé de igualdade com o particular, estaria a demitir-se do seu poder de autoridade; 3º apenas se pode aceitar a existência de uma figura específica do direito público, mas essencialmente diferente do contrato propriamente dito. Em síntese, para esta corrente, o contrato público seria a soma de dois actos unilaterais, um acto unilateral da Administração, seguido da aceitação do particular, configurando essa aceitação no contrato como um acto jurídico unilateral de Direito Privado.

A segunda corrente, porém, admite a figura do contrato no âmbito do Direito Público, realçando que nem toda a Administração Pública é o Estado e, quando este

¹ Costa, Mário J. Almeida – Direito da Obrigações, p. 190, 7ª Edição, Almedina, 1998.

actua neste âmbito, não é Estado soberano, mas, sim Estado-Administração, apresentando os seguintes argumentos:

1º Nem toda a Administração Pública é sinónimo de Estado pois, ao lado deste, existem outras entidades públicas dotadas de personalidade jurídica própria e que não são soberanas, e mesmo o Estado, quando actua no âmbito do Direito Administrativo, não despe a sua soberania mas sim intervém como Estado-Administração, verificando-se uma limitação jurídica da sua soberania.

2º O Estado, ao intervir em pé de igualdade com o particular, não se demite do seu poder de autoridade, mas, sim, conserva essa autoridade, apenas vincula-se perante os particulares nos termos da lei, e desses termos faz parte a manutenção de certos poderes de supremacia da Administração em relação aos particulares.

Para esta corrente, o contrato não é baseado na estrita igualdade jurídica entre as partes porque, em alguns aspectos, a Administração tem poderes de autoridade sobre o contraente particular, constituindo a modificação unilateral do conteúdo das prestações uma das manifestações desse poder; mas, em outros aspectos, esta fica sujeita a restrições especiais sobretudo na fase da realização dos procedimentos tendentes à escolha do co-contratante, uma situação em que os particulares, em regra, não têm quando contratam entre si.

Por último, esta corrente não considera correcta a ideia de que o contrato administrativo seria a soma de dois actos unilaterais, e não um acordo de vontades entres os contraentes, afirmando, sim, que se verifica uma fusão de duas vontades, a da Administração e a do particular sobre um objecto comum, há um acordo entre eles, há um verdadeiro contrato; como é sabido, nos contratos em geral, o processo negocial não conduz à prática de um acto unilateral seguido de outro acto unilateral, mas, sim, à celebração de um acordo de vontades. Esta posição foi assumida à nível de toda a Europa sensivelmente há dois séculos.

Em síntese, deve-se aceitar que o Estado pode vincular-se a um particular quer por meio de acto unilateral seguido de uma aceitação deste, quer por meio de um acto bilateral em que há um acordo de vontades, precisamente o instrumento designado por contrato.

A Administração tem a missão de satisfazer o interesse geral e não o conseguiria se se encontrasse colocada em pé de igualdade com os particulares, a vontade destes, determinada por motivos pessoais, poriam a sua em cheque sempre que os colocasse em presença dos constrangimentos e sacrifícios que o interesse geral exige².

2. Aspectos Gerais do Contrato Administrativo

Durante o Estado Liberal, a distância que separava o Estado da sociedade civil era grande, sendo que a administração e os particulares, raras vezes, colaboravam entre si, podia existir um contacto entre eles, mas não cooperavam nas actividades de cada um.

Diversamente, hoje, aceita-se pacificamente, que, para a melhor prossecução das tarefas assumidas pela administração de um Estado de Direito Democrático, impõe-se a colaboração permanente daquela com os particulares, portanto, o contrato administrativo nos moldes actuais nasceu e desenvolveu-se ao calor das exigências sociais e económicas dos dois últimos séculos como atrás nos referimos.

Dada a importância económica das operações realizadas por este processo, o seu regime apresenta uma importância prática considerável; do ponto de vista

² Rivero, Jean – Direito Administrativo p.15, Almedina – Coimbra, 1981.

jurídico, este regime, comparado com o dos contratos privados, dá pleno relevo à autonomia e à originalidade do Direito Administrativo³.

Na vida jurídica administrativa, como supra nos referimos, a Administração Pública estabelece relações jurídico-administrativas com os particulares por via do contrato e, para que este configure um verdadeiro contrato administrativo, é necessário que um dos contraentes seja uma pessoa colectiva de Direito Público, que o contrato implique uma natureza onerosa, deve associar, duradoura e especialmente, mediante retribuição, o particular ao cumprimento das suas atribuições.

A Administração Pública neste caso não impõe a sua vontade unilateralmente, como acontece quando pratica um acto administrativo mas, sim, procura a todo custo obter do particular a sua colaboração com vista a prosseguir os fins administrativos de interesse público e, normalmente, recorre a este meio quando pretende realizar actividades em tempo certo de interesse público ou quando enfrenta o problema da racionalização da força de trabalho.

No contrato administrativo de Direito público, há um acordo de vontades, numa base de desigualdade jurídica que se manifesta na formação e na execução do contrato⁴.

Porém como a finalidade é satisfazer o interesse público, a pessoa colectiva usa um certo número de prerrogativas atribuídas por Lei que a coloca em relação ao contraente particular, em posição de supremacia.

Como é sabido, o contrato administrativo é uma espécie de contrato de Direito Público, mas existem contratos em que a sua formação obedece a um processo administrativo e a sua execução subordina-se à observância de normas de Direito

³ Rivero, Jean, *Direito Administrativo*, Almedina – Coimbra, 1981.

⁴ Cf. Riverro, Jean, *Obra citada*.

Público mas não são contratos administrativos. Com efeito, só são qualificados como contratos administrativos aqueles cujo regime jurídico é traçado pelo Direito Administrativo e o contencioso seja conhecido pelo Tribunal Administrativo.

2.1 Conceito Doutrinário de Contrato Administrativo

O Professor Marcello Caetano define o contrato administrativo como sendo, o contrato celebrado entre a Administração Pública e outra pessoa, com o objectivo de associar esta, por certo período, ao desempenho regular de alguma atribuição administrativa, mediante prestação de coisas ou de serviços, a retribuir pela forma que for estipulada, ficando reservado aos Tribunais Administrativos o conhecimento das contestações entre as partes, relativas à validade, interpretação e execução das suas cláusulas⁵.

No ordenamento jurídico moçambicano, o nº1 do artigo 11 da Lei nº 25/2009, de 28 de Setembro (Lei Orgânica da Jurisdição Administrativa) estabelece que, para efeitos de competência contenciosa, considera-se como contrato administrativo o acordo de vontades pelo qual se constitui, modifica ou extingue uma relação jurídica de direito administrativo.

2.2 Interpretação do Contrato Administrativo

É uma actividade dirigida a fixar o sentido e o alcance decisivo dos negócios, segundo as respectivas declarações integradoras, determinar o conteúdo das declarações de vontade e, conseqüentemente, os efeitos que o negócio visa produzir, em conformidade com tais declarações⁶.

⁵ Caetano, Marcello, Manual de Direito Administrativo Vol I, p.588, Almedina-Coimbra,1991.

⁶ Pinto, Carlos Alberto da Mota, Teoria Geral do Direito Civil, pp. 444,445, 3ª Edição, Coimbra Editora, 1992.

Sendo os contratos administrativos verdadeiros negócios jurídicos, as regras a obedecer na sua interpretação são as fixadas para a interpretação dos negócios jurídicos em geral, isto é, quanto à validade dos contratos, deve-se aplicar as mesmas regras tanto para os contratos de Direito Público como para os de Direito Privado.

Está sujeito a um regime jurídico diferente dos restantes contratos; assim, o intérprete deve fazer a combinação das regras do Código Civil com as dos Princípios Gerais do Direito Administrativo com vista a obter a melhor interpretação.

Devido a certas particularidades que individualizam esta modalidade de contrato, a interpretação deve observar certos princípios, como a seguir se indicam:

1º Sendo os contratos típicos, os conflitos deles emergentes são atribuídos por lei ao Tribunal Administrativo, devendo cada tipo de contrato desta categoria ser interpretado de acordo com as suas características, nos termos estabelecidos nas leis e regulamentos que o disciplinam.

2º A sua formação, por regra, obedece a um longo processo gracioso onde são produzidos vários actos prepatórios cujo conhecimento é indispensável à compreensão do acordo final. Assim, as dúvidas que possam surgir sobre as cláusulas obscuras estipuladas no contrato podem ser esclarecidas através do exame do anúncio do concurso e do respectivo programa, do caderno de encargos, da acta da sessão de abertura das propostas, do texto da proposta sobre a qual recaiu a adjudicação definitiva, das reclamações formuladas no processo pelo adjudicatário e decisões sobre elas dadas e da minuta do contrato⁷.

Deve-se examinar todo o processo de forma a saber se prevalece a mesma vontade real das partes que se manifestou no seu decurso, de modo a esclarecer as dúvidas surgidas acerca do significado das expressões do contrato final, sendo as

⁷ Caetano, Marcello, Vol. I. Obra citada.

cláusulas estipuladas no contrato a expressão real da vontade das partes e por isso, é sempre à sua letra que tem de se atender⁸.

3º O contraente particular, ao vincular-se por contrato à Administração, comprometeu-se, logo a partida, à realização dos interesses públicos, devendo oferecer a sua colaboração e sujeitar-se às leis e regulamentos que disciplinam esta actividade.

4º Por sua vez, a Administração Pública, ao solicitar a colaboração do contraente particular na realização dos fins públicos, é por considerar que, sem essa colaboração, dificilmente atingiria os seus objectivos; portanto, ela deve respeitar os seus interesses privados desde que os termos do contrato o imponham e a realização total dos fins administrativos o exija.

Assim, tem de haver uma reciprocidade de interesses entre os contraentes pelo que, se o contraente particular obtiver benefícios à custa do sacrifício do interesse público, tal significa que o contrato não está sendo interpretado segundo o seu espírito. Por outro lado, a Administração Pública não deve procurar realizar o interesse público sem consideração pelo mínimo de satisfação do interesse particular que deve presumir-se sempre atendido no contrato, mesmo que não esteja explícito nas respectivas cláusulas⁹.

Nos contratos administrativos, por definição, há uma colaboração livre e remunerada do particular com a Administração.

O contrato assenta numa determinada equação financeira (os encargos assumidos por um dos contraentes equivalem às vantagens prometidas pelo outro) e

⁸ Caetano, Marcello, Vol. I. Obra citada.

⁹ Caetano, Marcello, Vol. I. Obra citada.

as relações contratuais têm de desenvolver-se na base do equilíbrio estabelecido no acto da estipulação¹⁰.

Durante a execução do contrato deve-se procurar manter a fórmula do equilíbrio financeiro inicialmente acordado no acto da celebração do contrato devendo, apenas, ir-se ajustando às circunstâncias que forem surgindo.

Nos casos em haja uma cláusula duvidosa, não cabe à Administração definir com força obrigatória o seu sentido, uma vez estar em causa não apenas o seu interesse, mas também o interesse particular do outro contraente. Portanto, deve haver uma interdependência entre os dois contraentes. Para solucionar o problema, impõe-se o processo contencioso, sendo competentes para fixarem a interpretação das cláusulas contratuais os tribunais administrativos, cabendo às partes interpôr uma acção para o efeito.

CAPÍTULO II

1. CONTRATO DE EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS

1.1 Conceito doutrinário

Contrato de empreitada de obras públicas é o contrato administrativo pelo qual um particular se encarrega de executar uma obra pública mediante retribuição a pagar pela Administração¹¹.

¹⁰ Caetano, Marcello, Vol. I, P. 613. Obra citada

¹¹ Amaral, Diogo Freitas, Direito Administrativo, Vol. II, p.442, Lisboa, 1989.

Muito embora existam diversos conceitos doutrinários de contrato administrativo, preferimos o de Marcello Caetano que refere: “contrato de empreitada de obras públicas é o acordo pelo qual alguma pessoa se encarrega de trabalhos de construção, adaptação, reparação ou conservação de bens imóveis do domínio público ou do património administrativo por conta de uma pessoa colectiva de Direito Público com materiais subministrados por esta ou pelo empreiteiro, mediante certa retribuição¹².”

No ordenamento jurídico moçambicano, o conceito de Contrato de empreitada de obras públicas é nos dado pela alínea k do artigo 3 do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 54/2005, de 13 de Dezembro, como sendo um contrato de obras de reconstrução, ampliação, alteração, adaptação, conservação, restauro, reparação ou reabilitação de bens imóveis do Estado.

1.2 Características do contrato de empreitada de obras públicas

Como caracteres deste tipo de contrato, apontamos os seguintes:

Execução de uma obra pública por uma empresa particular e em contrapartida a administração paga a esta o respectivo preço;

As obras públicas subdividem-se em obras de pequena e média dimensão;

O empreiteiro faz a vez da administração procedendo à realização da obra, à organização dos meios humanos e materiais necessários para a execução dos trabalhos tirando deste modo vantagem entre os empreiteiros;

É um processo adequado para a construção de obras de média e pequena dimensão que, pela sua natureza, requerem certas condições para a sua realização, sobretudo aquelas que não podem ser feitas com recurso ao sistema de concessão.

¹² Caetano, Marcello, Vol. I. Obra citada.

CAPÍTULO III

1. Regime Jurídico do Contrato de Empreitada de Obras Públicas

Esta modalidade de contrato administrativo caracteriza-se por determinadas prerrogativas previstas na lei que conferem poderes à Administração, colocando-a em posição de supremacia relativamente ao particular e normas que submetem a Administração a deveres e sujeições ou limitações especiais impostas à sua actuação necessárias para garantir o respeito pelas finalidades públicas e os direitos e interesses legítimos dos particulares.

No ordenamento jurídico moçambicano, temos os contratos administrativos propriamente ditos, nos quais incluem-se os tipicamente administrativos consagrados no nº 2 do artigo [11](#) da Lei nº 25/2009, de 28 de Setembro, (Lei Orgânica da Jurisdição Administrativa), estabelecendo que constituem fundamentalmente contratos administrativos os contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de uso privativo do domínio público, de exploração de jogos de fortuna ou de azar, os contratos de fornecimento contínuo e de prestação de serviços celebrados pela Administração para fins de imediata utilidade pública. É de referir que a enumeração acima referida é simplesmente exemplificativa.

Portanto, o contrato de empreitada de obra públicas é, nos termos da Lei Orgânica da Jurisdição Administrativa, por excelência, um contrato administrativo cujo regime jurídico vem contido no Regulamento aprovado pelo Decreto nº 54/2005, de 13 de Dezembro, sendo que, a este tipo de contrato são aplicados os princípios da teoria geral do contratos administrativos e, subsidiariamente, as disposições do Direito Civil.

Os contenciosos surgidos no âmbito da formação e execução dos contratos administrativos são da competência do Tribunal Administrativo e dos tribunais administrativos, cfr. o nº1, do artigo 1, do mesmo Decreto, sendo admitido, por um lado, a constituição de tribunais arbitrais para conhecer das matérias de responsabilidade civil contratual ou extracontratual e, por outro lado, conhecer dos contenciosos dos actos de conteúdo predominantemente económico.

O tribunal arbitral pode ser entendido como um meio de resolução de litígios fora do quadro dos tribunais administrativos que integram a justiça do Estado. É que, na arbitragem, as partes em litígio, em vez de se dirigirem a estes últimos tribunais, submetem o litígio à apreciação de terceiros (os árbitros), os quais, por força da lei, actuam como um verdadeiro tribunal, tendo as respectivas decisões a natureza de sentença, com força de caso julgado¹³.

Contrariamente no direito brasileiro, por exemplo, “ Todos os problemas suscitados pelo contrato de empreitada de obras públicas são dirimidos nos Tribunais Judiciais, não havendo, por conseguinte, qualquer jurisdição especial¹⁴.

No que se refere ao regime jurídico do contrato de empreitada de obras públicas, para além de algumas diferenças de pormenor, designadamente quanto à sua formação estão sujeitos às regras estabelecidas nos respectivos Códigos Civis. Portanto, neste país, as empreitadas de obras públicas apresentam-se como contratos regidos pelo Direito Civil.

O Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral analisa o Regime jurídico do contrato administrativo em três aspectos, quais sejam:

- A formação;
- A execução; e

¹³ Esquivel, José Luis, *Os Contratos Administrativo e a Arbitragem*, pp 75 e76, 2004.

¹⁴ Martinez, Pedro Romano, *Direito das Obrigações (parte especial)*, p. 293, Coimbra, 2000.

- A extinção.

2. Formação do contrato administrativo

Nesta fase, há relação jurídica consensual entre as partes, isto é, as partes entram em consenso, a Administração Pública baixa os seus poderes de autoridade e procura igualar-se à outra parte;

Esta modalidade de contrato acarreta custos pelo que, antes do lançamento do concurso para a contratação deve haver uma confirmação de cabimento orçamental e autorização da despesa pública por parte do Ministério das Finanças. Cf. Artigo 10, do Regulamento.

Na formação do contrato administrativo, os princípios que mais marcam a especificidade da contratação pública nesta fase são os princípios da colaboração da Administração com os particulares, o da transparência da Administração Pública e o da igualdade. O princípio da transparência está previsto no artigo 8, do Decreto nº 30/2001, de 15 de Outubro, o qual dispõe nas alíneas *a* e *b*, do nº 1 que, no desempenho das suas funções, os órgãos e instituições da Administração Pública devem colaborar com os particulares no sentido de prestar as informações orais ou escritas, bem como os esclarecimentos caso lhes solicitem; apoiar e estimular as iniciativas destes, receber as suas informações e considerar as suas sugestões. O nº 2 do mesmo artigo, responsabiliza a Administração Pública pelas informações prestadas por escrito aos particulares, ainda que não sejam obrigatórias.

Quanto ao princípio da transparência da Administração Pública, o artigo 7 refere que tal implica a publicidade da actividade administrativa, isto é, os actos administrativos dos órgãos e de instituições da Administração Pública, quais sejam, os regulamentos, normas e regras processuais são publicados de tal modo que as

peçoas singulares e colectivas possam conhecer, com antecedência, as condições jurídicas em que poderão realizar os seus interesses e exercer os seus direitos.

O princípio da igualdade é um princípio constitucional que orienta as especificações da contratação, sendo que a lei estabelece normas detalhadas a observar quanto à escolha do co-contratante, limitando, de certa forma, a liberdade contratual do órgão administrativo. O diploma acima referido estabelece, no artigo 14, que os órgãos e instituições da Administração Pública nas suas relações com os particulares devem reger-se pelo princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei; portanto, nas suas relações com os particulares não devem privilegiar, prejudicar, privar de qualquer meio ou isentar de qualquer dever jurídico um cidadão por motivo da sua cor, raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, estado civil dos pais, situação económica, posição social, filiação partidária ou religiosa.

Exigências na formação do contrato

Em primeiro lugar, o motivo da celebração do contrato deve ser claro, e isso passa por ligar a pertinência à finalidade da lei; essa finalidade deve ser necessariamente o interesse público que é determinado como tal por lei;

Existem formalidades a que se devem obedecer: os contratos normalmente são formais e escritos, existindo cláusulas próprias para o contrato ser válido;

Deve-se definir o regime da execução do contrato, se será uma empreitada global ou por fases;

Em virtude da natureza administrativa do contratos em causa, o Regulamento aprovado pelo Decreto 54/2005, de 13 de Dezembro, prevê, no artigo 43, certas cláusulas consideradas essenciais, como sejam, a identificação das partes; o objecto do contrato devidamente individualizado e escrito especificamente no

contrato, pois constitui uma garantia do contratado, o preço da obra; a forma de pagamento, se será pagamento na totalidade ou não, e, neste último caso, qual a percentagem; o prazo de execução da obra com indicação do respectivo início e termo, sendo esta cláusula importante para a aplicação das penalidades bem como para disciplinar a execução da própria obra ou contrato; as garantias relativas à execução do contrato, quando exigidas, pois são aplicáveis sanções em caso de falta de cumprimento; para litígios que decorram da interpretação ou execução do contrato, deve-se indicar o foro judicial, para a solução dos mesmos; pode, também, prever-se no contrato a adopção de arbitragem independente para a solução dos mesmos, devendo a arbitragem ser realizada em Moçambique e em língua portuguesa, com observância da legislação específica para o efeito; a inclusão desta cláusula é importante do ponto de vista do concorrente estrangeiro; deve-se, ainda, incluir obrigatoriamente a cláusula anti-corrupção; para além destas cláusulas consideradas essências, a lei admite a possibilidade de poder incluir outras condições que as partes considerarem pertinentes à boa execução do contrato; no caso de contratação de obras de pequenas dimensões, a entidade Contratante tem a faculdade de poder adoptar outros instrumentos escritos simplificados.

Para se considerar perfeito e válido o contrato administrativo, é necessário que se observem determinados requisitos previstos na Lei, nomeadamente:

A capacidade jurídica dos contraentes;

O mútuo consentimento;

O objecto;

A forma; e

A competência

2.1 A Capacidade jurídica dos contraentes

Para a formação do contrato existem regras restritivas à liberdade das partes que versam sobre os elementos essenciais do contrato administrativo:

Antes de mais nada, as partes têm de ter capacidade jurídica para contratarem entre si;

No que se refere à pessoa colectiva de Direito Público, a lei delimita as atribuições e define as competências dos órgãos administrativos que o representam e a validade dos actos administrativos por estes praticados depende da observância dessa lei; para além do exame da sua capacidade para contratar, tem de se verificar se o órgão que intervém é competente para concluir contratos.

Em relação ao contraente particular, este deve reunir, para além dos requisitos da capacidade civil previstos no artigo 67, do Código Civil, os de idoneidade, capacidade jurídica, técnica e económico-financeira e o alvará competente emitido pela instituição de direito.

2.2 Mútuo consenso

É necessário que ambas as partes estejam de acordo quanto à celebração do contrato, isto é, deve haver um acordo livre dos sujeitos contratarem entre si. Portanto, o elemento volutivo é muito importante na formação do contrato.

Uma das manifestações do mútuo consentimento verifica-se no momento do acto público do concurso, o concorrente a partir do momento em que apresenta a proposta significa logo a partida que concorda com as condições fixadas no anúncio e nos seus anexos. Assim afasta-se a hipótese de ter sido coagido a contratar.

2.3 Objecto

O objecto do contrato administrativo designa os principais tipos de prestações contratuais concretamente acordados entre as partes ou a actividade através das quais o particular colabora na satisfação de certa necessidade pública e o conteúdo das prestações corresponde aos modos peculiares, técnicos e jurídicos, da execução dessas prestações¹⁵.

É imperioso que o objecto do contrato consista na formação de uma relação jurídica que se traduza em prestações, física e legalmente, possíveis e a legalidade dessas prestação julgada à luz do Direito Administrativo; deve ser determinado quanto à sua natureza, de modo que se conheça aquilo que a Administração se compromete e ao que o contraente particular fica obrigado. Portanto, o objecto do contrato administrativo deve respeitar o conteúdo da função administrativa e traduzir-se em prestações referentes ao exercício de actividades públicas; por outro lado, a Administração não deve alterar unilateralmente o objecto do contrato em nome do princípio da intangibilidade do objecto, mas pode, sim, alterar as condições em que a actividade do particular se vai desenvolver, ou seja, o conteúdo das prestações.

2.4 Forma

¹⁵ Cf. Amaral, Diogo Freitas, p.p 621, 622. Obra citada.

Em relação à forma, o contrato administrativo deve obedecer à lei administrativa que, por regra, exige a redução a escrito dos contratos por razões de segurança jurídica, pois facilita a demonstração ou a prova, a posteriori, da sua ocorrência e deve obedecer, também, a certas solenidades de modo que o contrato seja conhecido pela comunidade jurídica; é de referir que esta é uma exigência feita a certos negócios e, deste modo, só passam a ter efeitos jurídicos depois de obedecerem essas formalidades; por outro lado, a existência de modos formais possibilita aos sujeitos o amadurecimento das soluções que através do contrato se irão constituir, modificar ou extinguir.

2.5 Competência

Por parte do Estado, a competência para contratar pertence ao Governo através dos seus Ministros, pois estes têm prerrogativas atribuídas por lei de concluir contratos que obrigam o Estado. Como é sabido, é ao Governo que cabe a gestão corrente dos interesses do Estado e este superintende o conjunto da Administração Pública. No entanto, é àqueles, aos subalternos desses Ministros através da delegação de poderes que podem celebrar contratos.

Para além dos órgãos e instituições do Estado, também, podem celebrar contratos administrativos as Empresas do Estado através dos órgãos dirigentes de serviços dotados de personalidade jurídica e de autonomia administrativa e financeira, desde que tenham competência para autorizar tais despesas e as Autarquias Locais através dos presidentes dos Municípios aos quais compete preparar e executar as deliberações dos corpos administrativos, cabendo-lhes, também, a tarefa de conduzir as negociações preliminares e outorgar nos contratos, sendo da competência do Governo, como órgão supremo das hierarquias da Administração, exercer poder de tutela sobre estes. É de referir que a estes últimos

são-lhes impostos certos limites para celebrar contratos, contudo, exige-se, sobretudo, que toda competência resulte da lei.

2.6 Concurso Público de Empreitada de Obras Públicas

Seleccionar a proposta mais vantajosa para a Administração é um desafio para todos aqueles que lidam com procedimentos de concursos, sendo que esse desafio tem maior dimensão quando a contratação tem em foco a realização de uma obra pública¹⁶.

O concurso consiste num processo que resulta de um convite formulado pela Administração ao público para a apresentação das propostas em regime de concorrência desde que os concorrentes reünam os requisitos estabelecidos nos documentos do concurso, permitindo, desse modo, que a Administração faça a escolha do proponente que mais lhe convier. Como é sabido, a regra geral é que todo o contrato administrativo tem de ser celebrado precedendo concurso público, salvo se a lei autorizar outro processo. Esta é a forma que, para além de admitir a livre competição de todos os concorrentes interessados, é a que melhor garante a igualdade dos concorrentes, a escolha da melhor proposta em termos de preço e qualidade, a transparência do processo e a isenção da escolha a efectuar por parte da Administração Pública.

São elegíveis para concorrentes à contratação de empreitada de obras públicas, as pessoas singulares ou colectivas, nacionais ou estrangeiras, que demonstrem possuir qualificação jurídica, económica-financeira e técnica e que se encontrem numa situação de regularidade fiscal. Cfr. o artigo nº 18 do Regulamento citado.

¹⁶ Altounian, Cláudio Sarian – Obras Públicas – Licitação, Contratação, Fiscalização e Utilização, Belo Horizonte, Editora Forum, 2007.

Para escolha do co-contratante, a Administração socorre-se de duas formas, quais sejam, o ajuste directo e o concurso, sendo que esta última, por sua vez, se subdivide em: concurso público e concurso limitado.

O ajuste directo consiste na formação do contrato por escolha discricionária do empreiteiro pela autoridade competente, ao passo que o concurso público não limita a escolha do empreiteiro, pois qualquer pessoa ou entidade pode concorrer desde que reúna os requisitos exigíveis para tal, quer dizer, o concurso público é ilimitado.

O concurso limitado é aquele em que só podem ser admitidos a apresentar propostas as entidades previamente seleccionadas pela entidade contratante

Sobre esta matéria, o ordenamento jurídico moçambicano prevê três regimes de contratação de obras públicas, a saber, o regime geral, o regime especial e o regime excepcional.

Regime Geral¹⁷

O regime geral para a contratação de obras públicas é o concurso público, o qual permite a participação de qualquer interessado, desde que reúna as condições gerais para contratar e apresente livremente a proposta. Assim, há, por um lado, a iniciativa da Administração de contratar com o público e uma pretensão do interessado em contratar com a Administração, em condições de plena igualdade entre as respectivas propostas. É o procedimento mais exigente e complexo de formação da vontade administrativa de contratar. Neste modalidade de concurso, uma das características próprias do mesmo é de não se saber, à partida, que pessoas ou entidades vão concorrer, uma vez ser livre a participação de qualquer pessoa no concurso; a outra é de não haver limite ao número de concorrentes, isto é, são admitidos a concorrer todos os que preenchem os requisitos genericamente

¹⁷ Artigo 7 do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 54/2005, de 13 de Dezembro.

estabelecidos nos documentos do concurso. Por essa razão, é a forma de contratação que melhor garante tanto o direito de livre acesso dos particulares à contratação pública, como a seriedade, transparência e isenção da escolha a efectuar pela Administração Pública, quer dizer, todos os concorrentes têm a mesma igualdade de oportunidades

O concurso público processa-se de acordo com um encadeamento lógico de fases, nomeadamente da preparação do concurso, do lançamento, da apresentação e abertura das propostas e documentos de qualificação, da avaliação das propostas e documentos de qualificação, do saneamento, da classificação, das recomendações do júri, da decisão, reclamação recurso e da adjudicação.

O Regime Especial¹⁸

Por contraposição ao Regime Geral (Concurso Público), temos o designado Regime Especial, que permite à entidade contratante adoptar normas distintas das definidas pelo Regulamento. As normas especiais devem constar do Anúncio e dos documentos de concurso e são admissíveis nos casos em que a entidade contratante pretenda, por exemplo:

Proceder a uma contratação no âmbito de um tratado ou acordo internacional entre Moçambique e outro Estado ou organização internacional, que exija a adopção de um regime especial, ou;

Poceder a uma contratação no âmbito de projectos financiados com recursos provenientes de uma agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral, sempre que a adopção de normas distintas seja uma condição do respectivo acordo ou contrato.

O Regime Excepcional¹⁹

¹⁸ Idem, Regulamento, Artigo 8.

¹⁹ Idem, Regulamento, Artigo 9.

Como regra, os contratos administrativos devem ser precedidos para a sua conclusão de concurso público, mas, excepcionalmente, a lei permite que, em alguns casos, com fundamento no interesse público, o concurso público seja dispensado e, em seu lugar, seja adoptado pela Entidade Contratante qualquer um dos procedimentos pré-contratuais: Concurso com Prévia Qualificação, Concurso Limitado, Concurso em Duas Etapas e Ajuste Directo, devendo, para o efeito, fundamentar o seu despacho em conformidade com o artigo 7, do Decreto nº 30/2001, de 15 de Outubro.

Importa referir que as contratações feitas ao abrigo do Regime Excepcional regem-se, subsidiariamente, pelas normas do Concurso Público previstas no Regulamento.

O Concurso com Prévia Qualificação é uma modalidade de contratação restrita e específica, em que intervêm apenas os concorrentes qualificados antes da apresentação das propostas e é adoptado quando a competitividade por meio do concurso possa ser restringida devido à complexidade dos requisitos de qualificação e dos elevados custos na elaboração das propostas. Somente os concorrentes que tenham sido previamente qualificados poderão participar na fase da apresentação das propostas, exame e classificação. Cfr. o artigo 83, do Regulamento supra citado.

O Concurso Limitado é adoptado quando se pretende aplicá-lo somente aos concorrentes inscritos no cadastro único de empreiteiros de obras públicas, na data definida para a entrega de propostas e documentos de qualificação;

Quando o valor estimado da contratação não seja superior a 1 750 000,00 MT. Cfr. o artigo 88, do Regulamento.

O critério a adoptar na avaliação, classificação e recomendação nesta modalidade é o do menor preço.cfr. artigo 91 do Regulamento.

O Concurso em Duas Etapas é adoptado quando a natureza das obras não permita à Entidade Contratante definir previamente e de forma precisa as especificações técnicas mais satisfatórias e adequadas ao interesse público. Nesta modalidade de contratação, os concorrentes oferecem, na primeira fase, proposta técnica inicial e, na segunda fase, proposta técnica definitiva e a proposta do preço. Cfr. o artigo 92, do Regulamento.

Desigualmente Ajuste Directo é adoptado quando as outras modalidades não sejam viáveis, quando o objecto da contratação só pode ser obtido de um único empreiteiro de obras;

Nos casos de emergência, em período de guerra ou quando haja grave perturbação da ordem pública;

Nos casos em que o mesmo ficou deserto por falta de comparência dos concorrentes e não possa ser repetido sem prejuízo do interesse público, quando o objecto da contratação diga respeito à defesa e segurança nacional, o objecto se destine ao abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas militares, portos e aeroportos;

É aplicável, ainda, sempre que o valor estimado a contratar for inferior a 87.500,00 MT.

Quando se opte pelo ajuste directo, a lei exige que a opção seja notificada a UFSA (Unidade Funcional de Supervisão de Aquisições), cfr. O artigo 109, do Regulamento retro mencionado, devendo a Administração fundamentar a escolha da modalidade e justificar a escolha da contratada. Cfr. Artigo 107, do Regulamento.

No critério de avaliação e decisão, a Entidade Contratante deve observar as melhores condições de contratação, adoptando como parâmetros, sempre que for viável, as condições praticadas no mercado. Cfr. artigo 108, do Regulamento.

A proposta e a abertura do concurso

O processo inicia com a elaboração dos estudos e projectos, o caderno de encargos e o programa do concurso pelos serviços da Administração Pública; em seguida, deve publicar-se o anúncio de acordo com o nº1 do artigo 7 do Decreto nº 30/2001, de 15 de Outubro, o qual estabelece que o princípio da transparência implica a publicidade da actividade administrativa, preceito esse conjugado com o artigo 30, do Regulamento aprovado pelo Decreto 54/2005, de 13 de Dezembro, o qual recomenda, para os contratos de maior importância, a publicação do anúncio na imprensa, ou na sede da Entidade Contratante, pelo menos, duas vezes e, no caso do concurso ter dimensão internacional, a divulgação deve ser feita através do Boletim da República ou na página da Internet ou através de outros meios. Sendo o concurso de pequena dimensão, a divulgação do mesmo pode ser através da rádio ou anúncio fixado na sede da Entidade Contratante.

O anúncio do concurso permite dar as indicações indispensáveis sobre a intenção de contratar, fixa o prazo durante o qual serão aceites as propostas, em que decurso de tempo os interessados poderão examinar, no local e às horas designadas, o programa do concurso e o caderno de encargos.

O programa do concurso destina-se a esclarecer os termos de admissão ao concurso e da sua prossecução.

O cadernos de encargos é constituído por documentos redigidos pela Administração onde figuram, ordenados em artigos numerados, as cláusulas jurídicas e técnicas, gerais e especiais a incluir no contrato cuja função é simplificar os preliminares do contrato, sendo que destas cláusulas, uma são obrigatórias e as outras facultativas, ocorrendo que as primeiras são constituídas por disposições imperativas das leis e regulamentos e as segundas por iniciativas do anunciante e, como tal, são susceptíveis de alteração.

A Proposta

Seleccionar a proposta mais vantajosa para a administração é um desafio para todos os que lidam com processos de concurso e tem maior dimensão quando a contratação seja para a realização de uma obra pública.

Cada obra tem as suas especificidades: o local em que será realizada, o padrão de acabamentos, o prazo para conclusão e projecto específico, portanto, os cuidados a serem adoptados no gerenciamento desses empreendimentos devem ser redobrados, pois que pequenas falhas em qualquer uma das etapas podem ocasionar significativos prejuízos ao erário público e, em consequência, aos responsáveis pelos actos que deram causa ao dano.

É um documento através do qual o concorrente manifesta à Entidade Contratante a vontade de contratar e indica as condições em que se dispõe a contratar, ou seja, significa a sua adesão às cláusulas contidas no caderno de encargos.

Exige-se que as propostas sejam sérias, devendo ser feitas com o propósito de serem mantidas e cumpridas, para garantia do exacto e pontual cumprimento das obrigações assumidas pelos concorrentes, exigindo-se nos concursos públicos determinados procedimentos:

Como regra, os concorrentes devem fazer um depósito em numerário que serve de caução provisória destinada a assegurar a manutenção da proposta, a qual pode ser substituída por outras formas de garantia previstas no artigo 70 do Regulamento e compreendem a garantia bancária, o cheque visado, o título de dívida pública, e seguro garantia. Para além destas, o nº 5 do mesmo artigo prevê a adopção de outras formas de garantia desde que estejam previstas nos documentos do concurso, admitindo o nº 6 a possibilidade de se combinar as garantias previstas no nº 4, desde que somem o valor previamente exigido.

As propostas contratuais devem ser firmes, não podendo conter cláusulas restritivas, resolutivas ou excepcionais;

Fora das propostas, os concorrentes devem ainda apresentar os documentos comprovativos da sua capacidade, idoneidade e declaração de aceitação das condições ou termos do concurso;

Encerrado o prazo de entrega das propostas do concurso, segue-se a sessão da sua abertura que é geralmente feita no mínimo por uma comissão de três funcionários designados por júri, sendo um deles o presidente. Estes têm por missão proceder à abertura das propostas, proclamar o nome dos concorrentes, examinar a capacidade, a idoneidade dos concorrentes e, por via disso, proclamar o vencedor e excluir os outros concorrentes. Este acto é extremamente importante porque assegura a publicidade do procedimento de modo a garantir aos concorrentes os seus direitos e interesses, recomendando-se que, neste processo, os membros do júri observem os princípios da imparcialidade, da independência e da isenção. Cfr. artigo 14, nº 2, do Regulamento citado.

2.7 Adjudicação

O estudo das propostas, geralmente, requer tempo. No entanto, a lei fixa o prazo durante o qual os proponentes são obrigados a manter as suas propostas e em que está cativa a caução provisória.

O Regulamento, no seu artigo 3, alínea *a* define a adjudicação como sendo o acto administrativo pelo qual a entidade contratante selecciona a proposta vencedora para subsequente contratação.

Estabelece que as propostas devem ser avaliadas e decididas com base no menor preço ou no critério conjugado da avaliação técnica e do preço consoante os casos. Cf. nrs. 1 e 2, do artigo 33 do Regulamento citado.

Havendo empate entre duas ou mais propostas, tendo sido adoptado o critério do menor preço, deve-se proceder ao sorteio em sessão pública onde sairá um vencedor. Se o critério adoptado for o conjugado, a classificação final é atribuída ao concorrente que tenha a melhor classificação técnica e, persistindo o empate, o vencedor só pode ser apurado por sorteio em sessão pública. Cfr. artigo 36.

Trata-se de um acto unilateral posterior ao concurso, sendo que o contraente preferido para celebrar o contrato designa-se por adjudicatário e a Administração é a adjudicante. Para além de permitir fazer a escolha da pessoa com quem a Administração vai contratar, o acto referido fixa também os parâmetros do contrato. A adjudicação constitui uma garantia material para o concorrente eleito contratar com a Administração. A partir do momento em que ocorre este acto, o concorrente adquire o direito de contratar com a Entidade Contratante de acordo com a proposta que foi aceite.

Após a decisão da adjudicação pela entidade competente para contratar, segue-se o acto de publicação da adjudicação do objecto do contrato à participante vencedora do concurso cfr. artigo 30, nº2, alínea *c*, do Regulamento citado. Em seguida, notifica-se o adjudicatário dessa decisão, o qual deverá prestar a caução definitiva, cfr. artigo 70, alínea *b*, do Regulamento citado, garantia essa que responde pelo exacto, pontual e fiel cumprimento das obrigações contratuais que assume, podendo ser prestada sob a forma de garantia bancária, caução em dinheiro, cheque visado, título de dívida pública e seguro-garantia dentro do prazo legal, sendo que a não observância desses requisitos implica a ineficácia da adjudicação e a perda da caução provisória, ficando a entidade competente livre de escolher outra das propostas apresentadas ao concurso ou, então, abrir novo concurso aos concorrentes que tenham sido excluídos. Após a prestação da caução definitiva, a entidade contratante procederá à restituição da prestação paga por eles como garantia provisória.

Projecta-se em todas as fases do procedimento adjudicatário, as manifestações do princípio da igualdade, desde a fixação das condições do concurso, passando pelo acto público do concurso, até a fase de apreciação e classificação de propostas, em tudo, o referido princípio impõe à Administração uma conduta estritamente igual para com todos os concorrentes, impedindo-a de adoptar medidas (directas ou indirectas) de discriminação (jurídica ou fáctica) que possam beneficiar ou prejudicar qualquer deles²⁰.

3. Execução do contrato administrativo

Os contratos administrativos são concluídos, tendo em atenção as qualidades, a idoneidade e as garantias da pessoa ou empresa, isto é, os contratos administrativos devem ser executados pela própria pessoa com quem a Administração Pública celebrou o contrato.

Nesta modalidade de contrato, a Administração, ao associar a si um particular por meio do contrato, este passa a ser o seu colaborador directo na realização dos fins que lhe são atribuídos por lei, fazendo este a vez da Administração, cabendo-lhe, por isso, a grande tarefa de zelar e defender o interesse público com seriedade, regularidade e cumprindo prontamente as prestações postas a seu cargo, portanto, ele fica sujeito ao império do interesse público. mas essa sujeição do particular ao interesse público não pode ser total nem incondicional, devido à existência do laço contratual, pois a função própria do contrato no Direito Público é de associar a si um particular a colaborar, de livre vontade e segundo as condições normais do mercado, na realização de certo objecto.

²⁰ Oliveira, Mário Esteves e Oliveira, Rodrigo Esteves, Concursos e Outros Procedimentos Administrativos – Das Fontes as Garantias, 2ª reimpressão da Edição de 1998, Almedina.

Esta associação mostra-se importante no contrato administrativo porque, em virtude dela, a realização dos interesses públicos fica dependente da regularidade das prestações do contraente particular; por isso, se o particular não cumpre o estipulado no contrato, é a própria Administração que fica em causa e o interesse público a seu cargo está posto em perigo pelo que a execução do contrato deve ser regida pelos princípios jurídicos em que assenta toda a realização do interesse público.

O interesse público é, em relação à Administração, uma ideia transcendente, que não depende dela, pelo contrário, exerce sobre ela o seu império²¹.

Nesta fase, por força da especial natureza dos interesses prosseguidos, a Administração Pública recupera grande parte dos seus poderes que não tinha na fase da formação do contrato, passando a comandar o contrato investido de várias prerrogativas previstas no artigo 45, do Regulamento aprovado pelo Decreto 54/2005, de 13 de Dezembro, quais sejam: o poder de fiscalização, o poder de modificação unilateral do contrato, o poder de aplicar sanções e o poder de rescisão unilateral.

a) O poder de fiscalização

É uma das prerrogativas da Administração Pública, de, uma vez celebrado o contrato, a entidade contratante poder acompanhar a maneira como está sendo executado, devendo, para o efeito, nomear fiscais independentes; se forem dois ou mais fiscais, um deles será o chefe, desde que se observem os procedimentos específicos constantes do Capítulo III, artigo 46, nº1, do Regulamento referido, podendo a Administração fazer a fiscalização directa quando a obra for de pequena dimensão. À fiscalização compete vigiar e verificar se o contrato, os projectos e suas

²¹ Cf. Caetano, Marcello, Vol. I, p.588, Obra citada.

alterações estão sendo cumpridos pontualmente, confirmar que as obras não possuem vícios e que o interesse público foi atendido.

De seguida, a autoridade competente procede à recepção do objecto do contrato por duas formas:

provisóriamente, quando a recepção é feita logo após a conclusão da obra pela contratada, seguida da vistoria feita pela entidade competente sob testemunho do fiscal, cfr. o artigo 47, do Regulamento citado.

Definitivamente, quando é feita após nova vistoria de todos os trabalhos da empreitada, findo o prazo acordado no contrato que não deve ser inferior a um ano, cfr. o artigo 48, do Regulamento citado.

b) O poder de modificação unilateral do contrato

A Administração prossegue vários interesses públicos, pelo que ela tem a prerrogativa de alterar as cláusulas do contrato quando surjam circunstâncias supervenientes ou imprevistas que o ponham em causa, correspondendo o dever de manutenção do equilíbrio do contrato com vista a aumentar as contrapartidas financeiras do contraente particular. Portanto, o poder da Administração não é ilimitado, pois obedece a determinados limites, como, por exemplo:

Não pode alterar a parte principal do objecto do contrato pois, a acontecer tal, teria que alterar o valor do contrato e, conseqüentemente, poria em causa o equilíbrio financeiro que, por regra, deve ser sempre mantido de modo a não prejudicar a contraparte.

O contrato administrativo inclui um pacto de colaboração entre o particular e a Administração para realizar um interesse público sobre determinado aspecto. Essa colaboração do particular é livre e interessada, e conforme a natureza do contrato,

implica, para a administração, a obrigação de não dispor dos interesses que lhe estão confiados e pretende ver realizados sem atender ao interesse do outro contraente empenhado nessa realização²³.

Esse pacto de colaboração entre o particular e a administração contém, implícita ou explicitamente, a subordinação ou sujeição do particular aos mesmos imperativos a que está sujeita a administração. Daí, o poder conferido à Administração de fazer nas prestações contratuais, modificações estritamente exigidas pelo interesse público²⁴.

Nos casos de contratos de longa duração, por vezes, as condições em que os mesmos foram realizadas podem alterar-se no decurso da sua execução, de tal forma que algumas cláusulas, inicialmente estipuladas no contrato, já não possam ser cumpridas na íntegra e, conseqüentemente, o interesse público não pode ser prosseguido.

Em casos desta natureza, a Administração Pública tem a faculdade de, em nome do interesse público, modificar unilateralmente os contratos administrativos de modo a torná-los exequíveis.

Porém, quando a modificação das prestações for resultante da lei ou normas regulamentares e implique um encargo financeiro ao particular que ele não suportaria se não tivesse contratado e que sacrifique o mínimo do lucro por si esperado ou cause outro tipo de prejuízo, a Administração tem a obrigação jurídica de indemnizar o particular.

²³ Cf. Caetano, Marcello. Obra citada.

²⁴ Cf. Caetano, Marcello. Obra citada.

Com efeito, O princípio da interdependência dos interesses empenhados num contrato faz com que nenhuma das partes possa procurar obter da outra uma vantagem sem lhe dar a compensação devida segundo o que estiver estipulado²⁵.

No contrato administrativo, o particular propôs-se livremente a colaborar nos termos que a ambas as partes se afiguram justos, desde então estabelecendo-se a comutação dos interesses e, se o interesse público exigir a imposição de encargos superiores aos que o particular se dispusera a assumir, há que proceder à revisão da cláusula de remuneração ou que pagar a justa indemnização²⁶.

Respeitando-se o objecto, juridicamente, é possível modificar as prestações estipuladas no contrato de empreitada, as quais devem ser feitas de comum acordo entre as partes contraentes, mediante fundamentação e por contrato adicional ou apostila ao contrato, conforme o artigo 52, nº 1, alíneas *a, b, c, d*, do Regulamento citado.

Cabe neste caso à Administração Pública impôr alterações aos projectos que sirvam de base aos trabalhos para melhor adequação ao objecto do contrato, conforme o artigo 52, nº 1, alínea *a*, do referido diploma.

A modificação na execução do contrato administrativo pode ser causada por factos alheios à vontade dos contraentes e compreendem os casos de força maior e os casos imprevistos.

Quanto ao primeiro – força maior, para além de imprevisível e uma vez produzido, determina a absoluta impossibilidade de cumprir o contrato, sendo que considera-se caso de força maior o facto imprevisível e alheio à vontade das partes que impossibilita absolutamente de cumprir as obrigações contratuais. A consequência é a exoneração da responsabilidade ao contraente que, devido a esse

²⁵ Cf. Caetano, Marcello, Vol I, p. 624. Obra citada.

²⁶ Cf. Caetano, Marcello, p. 624. Obra citada.

facto, não cumpriu com as suas obrigações e só tem efeito depois do tribunal, accionado para o efeito, decretar a cessação da responsabilidade ou depois de se verificar o seu efeito liberatório, ou seja, depois da Administração Pública o aceitar. É de referir que este facto, carece de ser devidamente comprovado para que produza efeitos jurídicos.

Como exemplos de casos de força maior, temos as inundações, incêndios, ciclones, as greves que forçam a paralização dos serviços de fornecimento, os actos de guerra que impedem os contraentes de exercer a sua actividade, fenómenos que podem acontecer inesperadamente e a sua ocorrência não depende da vontade do homem. O contrato pode, por outro lado, colocar a cargo da Administração os prejuízos causados ao particular pelo evento, assumindo o risco, caso esteja assim estipulado no contrato, e não haja obrigação por parte do contraente particular de o segurar.

O nº2, alínea c, última parte, do artigo 54, do Regulamento citado, prevê o caso de força maior como uma excepção ao pedido de rescisão unilateral do contrato por parte da contratada. Assim, acontecendo um caso de força maior, o particular não pode pedir unilateralmente a rescisão com o fundamento no caso de força maior porque, como acima foi dito, é um facto estranho à vontade das pessoas, sendo que não se deve responsabilizar ninguém pela sua ocorrência.

Os casos imprevistos

A teoria da imprevisão considera que se deve tomar em conta a álea económica nestes casos.

Segundo esta teoria, pode suceder que, no decurso do exercício, quando o contrato se desenvolve durante um certo período, ocorram transformações económicas alheias à vontade das partes que venham impôr ao contraente particular

uma sobrecarga ruinosa, o cumprimento é possível: se não, haveria força maior e o contraente seria desligado da sua obrigação; mas torna-se economicamente desastroso²⁷.

Há factos que, sendo estranhos à vontade dos contraentes e imprevistos no momento da celebração do contrato, não impedem a sua execução: tornam-na, apenas, tão onerosa que o devedor só poderá cumprir à custa de um sacrifício extraordinário e, porventura, o leve à ruína. É a estes que chamamos, caso imprevistos²⁸.

Define-se caso imprevisto como um facto estranho à vontade dos contraentes, e que determina a modificação das circunstâncias económicas gerais tornando a execução do contrato muito mais onerosa para uma das partes do que caberia no risco normalmente considerado.

Neste caso, o contraente particular não fica exonerado da obrigação de cumprir: apenas, conforme as hipóteses, lhe será facultado rescindir o contrato, pedir a revisão das cláusulas de remuneração ou ser indemnizado.

No caso em que a decisão da rescisão parta da administração, esta deve fundamentar a sua decisão, pois é seu dever procurar sempre os melhores processos técnicos e os meios materiais e jurídicos de realizar a suas funções de servir o interesse público.

É de referir que nos contratos administrativos existe a ideia de justiça comutativa, isto é, à sujeição do particular ao interesse público corresponde a garantia de uma remuneração compensadora.

²⁷ Rivero, Jean, *Direito Administrativo*, p.p 149, 150, Almedina, Coimbra, 1981.

²⁸ Cf. Caetano, Marcello, p. 624. Obra citada.

c) O Poder de aplicar sanções

Em casos de inexecução total ou parcial do contrato, atraso na execução do mesmo, ou qualquer outra forma de execução imperfeita ou, ainda, pelo facto do contraente particular ter trespassado o contrato para outrem sem a devida autorização da Administração, esta tem o poder de aplicar diversas sanções ao contraente particular consoante a gravidade da infracção. Essas sanções podem ser a aplicação de multas, o sequestro e a rescisão.

A aplicação de multas

Traduz-se em a parte contratada poder incorrer em multas por incumprimento das cláusulas contratuais para o ressarcimento dos prejuízos causados à entidade contratada e pode ser aplicada como uma medida compulsória em que ao faltoso é-lhe cobrado um certo valor monetário por dia, até o cumprimento da obrigação.

Sequestro

Constitui um tipo de sanção aplicada nos casos de abandono por parte do contraente particular do exercício da actividade que lhe foi conferido pelo contrato; neste caso, a Administração Pública faz a vez do particular ou substitui-se a este no desempenho das suas obrigações contratuais, passando a executar ela própria o contrato mas as despesas que, a esse título fizer, devem ser suportadas pelo património do contraente particular enquanto a situação da crise não se esclarecer, quer pela normalização da atitude do particular, quer pela ordem administrativa de retoma do serviço dada ao particular, ou pela rescisão do contrato.

É de referir, que na aplicação das sanções, a Administração goza do privilégio de execução prévia das suas decisões, isto é, esta tem a faculdade de poder aplicar a sanção mediante acto administrativo, sem depender de uma sentença judicial prévia a declarar a inexecução contratual do faltoso.

À luz do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 54/2005, de 13 de Dezembro, o sequestro constitui uma das prerrogativas atribuídas à entidade contratante quando se verifique deficiência na execução da obra e ocorre nos casos em que a parte contratada não cumpra o disposto no nº 1 do artigo 49, do referido Regulamento, ocorrendo essa situação, a entidade contratante chama a si a responsabilidade de concluir o contrato, mobilizando os seus próprios trabalhadores, sendo que os custos do pagamento do material em falta e trabalhadores extras correm por conta da parte contratada. Para o efeito, esta poderá recorrer à caução definitiva prestada pela contratada para a realização das obras necessárias à remoção das deficiências. (última parte do nº 2, do mesmo artigo).

Rescisão

É a forma de sanção mais severa aplicada aos contraentes por não cumprimento em relação às duas anteriores, pois esta põe fim ao contrato. Assim, em caso de incumprimento das cláusulas contratuais por parte do particular, a Administração tem a faculdade de rescindir o contrato, não tendo o particular direito a qualquer indemnização

O Poder de rescisão unilateral

Constitui uma das formas de extinção ou rescisão do contrato que tanto pode ser da iniciativa da parte contratante como da parte contratada. Importa referir que, no caso da modificação provir da alteração da Lei ou Regulamento, a parte contratante, neste caso, a Administração, tem a obrigação de indemnizar o particular.

4. Extinção do contrato administrativo

Nesta fase, sobressam os poderes de autoridade da Administração Pública conjugados com as garantias dos interesses do contraente particular²⁹.

Portanto, a Administração Pública, para além de sobrepôr-se ao particular, investido do seu poder de autoridade como acontece na fase de execução, tem o dever de, em simultâneo, prosseguir o interesse público e garantir os interesses legítimos do contraente particular.

A dissolução das relações contratuais pode ser determinada por factores comuns ou factores específicos consoante a categoria de contrato.

Para o Professor Diogo Freitas do Amaral, para além das causas normais de extinção do contrato administrativos, que são a caducidade ou termo, e de outras causas menos frequentes como a verificação de condição resolutive, a impossibilidade absoluta superveniente, a anulação judicial, a morte do contraente particular, ou declaração da sua falência ou insolvência sem que a Administração autorize a prossecução da execução do contrato pelos herdeiros ou pelos credores, existem outras causas específicas mais frequentes, quais sejam, a extinção por acordo entre as partes, a extinção por decisão unilateral da Administração (rescisão) e a extinção por facto jurídico alheio às partes (casos de força maior).

Mas admite-se que, em certos casos, a iniciativa da rescisão possa ser da parte do contraente particular, quer por falta grave da Administração que se traduz no não pagamento durante um longo período de tempo ao particular de prestações a que se tenha obrigado por contrato, quer quando as modificações que esta pretende impôr-lhe excedam o limites do objecto do contrato. Neste caso, os contraentes pode acordar em pôr termo ao contrato sem necessitarem de recorrer ao tribunal, salvo se a falta de cumprimento pela Administração for grave de modo a

²⁹ Amaral, Diogo Freitas, p. 624. obra citada.

comprometer gravemente a viabilidade do cumprimento do contrato pelo particular, pois que, neste caso compete ao tribunal apreciar a responsabilidade dos contraentes.

De acordo com o artigo 53, do Regulamento, a extinção ou cessação do contrato administrativo pode ter várias causas, quais sejam:

Pelo cumprimento integral das obrigações da entidade contratante e da contratada;

Por mútuo acordo entre os contraentes;

Por rescisão unilateral fundamentada em incumprimento das obrigações contratuais. No entanto, é de referir que o nº2 do mesmo artigo exige, que quando se trate de extinção do contrato por mútuo acordo ou por rescisão unilateral, é obrigatório que essa vontade seja expressa por escrito.

Cumprimento integral das obrigações da entidade contratante e da contratada

É a causa comum ou normal de extinção dos contratos administrativos. Como regra, este tipo de contrato é temporário. No caso do Contrato de Empreitada de Obras Públicas, uma das cláusulas do contrato prevê um prazo de execução da obra, com indicação das datas dos respectivo início e termo, conforme o artigo 43, alínea c, do Regulamento. Assim, após a entrega definitiva da obra pelo empreiteiro, extingue-se o contrato entre as partes.

Por mútuo acordo entre a Entidade Contratante e a Contratada

Normalmente estes casos ocorrem nos contratos de concessão de obras públicas.

Por rescisão unilateral fundamentada em incumprimento de obrigações contratuais

Rescisão, segundo o Professor Doutor Marcello Caetano³⁰, é a extinção do contrato no decurso da sua vigência, por manifestação de uma das partes e pode exercer-se nos termos fixados genericamente na lei ou previstos no contrato. Deve ser considerada distintamente consoante poder da Administração ou direito dos particulares.

Rescisão unilateral por iniciativa da entidade contratante

Para a Administração Pública, o poder de rescindir unilateralmente o contrato, por um lado, pode constituir uma sanção aplicável por inexecução culposa das obrigações assumidas pelo contraente particular por modo a provocar grave prejuízo para a Administração, sendo esta a sanção mais severa e mais grave em que o contraente particular pode incorrer, verificando-se que a Administração só deve socorrer-se a ela quando a infracção consista numa violação grave do contrato pelo particular; caso contrário, a violação implicará apenas a aplicação da multa contratual.

Por outro lado, a rescisão pode aparecer como faculdade quando seja por conveniência do interesse público, tendo como finalidade evitar males maiores pela impossibilidade do cumprimento por parte da própria Administração, implicando, neste caso, o dever da Administração indemnizar o particular dos danos causados pela rotura do contrato e o pagamento de tudo quanto este tenha prestado até o momento da extinção do mesmo.

No artigo 54, nº1 e respectivas alíneas do referido Regulamento, vêm enunciadas as causas que servem de fundamento da rescisão unilateral do contrato pela entidade contratante, podendo ser por:

³⁰ Cf. Caetano, Marcello, p.637. Obra citada.

Incumprimento pela Contratada das cláusulas contratuais, especificações, projectos ou prazos;

Atraso por um período de sessenta dias no cumprimentos das obrigações constantes das cláusulas contratuais, especificações, projectos e prazo de execução;

Cumprimento defeituoso reiterado das obrigações contratuais;

Inobservância sistemática das determinações do fiscal designado para fiscalizar a execução da obra;

Declaração de falência, insolvência ou dissolução da contratada;

Morte ou extinção da contratada;

Alteração do pacto social, do objecto social e da estrutura societária da contratada, por fusão ou incorporação, sem prévio conhecimento e consentimento da entidade contratante desde que prejudique ou seja susceptível de prejudicar a execução do contrato;

Por transmissão total ou parcial da sua posição contratual a outrem, sem autorização prévia da entidade contratante; e

Por acumulação de multas até 25% do valor estabelecido nos documentos do concurso.

Portanto, partindo da entidade contratante a decisão de rescindir o contrato, esta deve apresentar os devidos fundamentos, pois como atrás nos referimos é seu dever procurar sempre os melhores processos técnicos e os meios materiais e jurídicos de realizá-los, uma vez que a sua função é servir da melhor maneira o interesse público.

Rescisão unilateral por iniciativa da parte contratada

Por outro lado, temos a rescisão unilateral como um direito que assiste o particular, direito esse que tem de resultar da lei ou do contrato e deve fundar-se em exigências que afectem o objecto do contrato ou em falta de cumprimento por parte da Administração. É importante referir que, apesar da lei lhe conferir esse direito, o particular não pode libertar-se dos vínculos contratuais por mera manifestação da sua vontade, mesmo que este seja desrespeitado pelo outro contraente pois, o que está em causa é o interesse público e esta regra visa proteger esse interesse contra as precipitadas interpretações que sirvam de pretexto aos particulares para o incumprimento das suas obrigações.

Porém, quando a falta de cumprimento das obrigações fôr por parte da Administração, como seja o não pagamento durante um período longo das prestações a que se tenha obrigado e comprometam o cumprimento do contrato pela outra parte, os tribunais têm a responsabilidade de apreciar a responsabilidade dos contraentes. Neste caso, o particular deve notificar judicialmente a Administração e aguardar o seu assentimento no prazo legal, contratual ou no prazo fixado na notificação caso venha expresso nesta³¹.

No nosso ordenamento Jurídico, caso a Administração Pública se recuse a reconhecer esse direito invocado, o particular poderá recorrer ao Tribunal nos termos da *alínea h*, do artigo 50, da Lei nº 25/2009, de 28 de Setembro.

Por outro lado, no artigo 54, nº2, do Regulamento aprovado pelo Decreto 54/2005, de 13 de Dezembro, vêm enunciados os fundamentos da rescisão unilateral pela contratada:

³¹ Cf. caetano, Marcello, Vol. I, p.638. Obra citada.

Pode pedir a rescisão unilateral do contrato, quando o local para a execução da obra ou das fontes de materiais originais especificados nos documentos de concurso ou na proposta sejam inacessíveis, por acto imputável à Entidade Contratante;

Atraso por prazo superior a sessenta dias no pagamento, total ou parcial, devidos pela Entidade Contratante pelo trabalho prestado;

Passados sessenta dias após a recepção da ordem escrita pela Entidade Contratante para a suspensão da execução das obras, por motivos não imputáveis à Contratada, salvo em casos de força maior ou caso fortuito, como foi acima referido; neste caso, exime-se a responsabilidade dos contraentes, devendo a parte que pretende rescindir o contrato, manifestar essa pretensão antes de expirar o prazo estabelecido para o seu término, através de uma notificação à outra parte, indicando as causas dessa decisão com os devidos fundamentos.

O nº 4, do artigo acima referido, estabelece o prazo de não superior a trinta dias para a parte notificada afastar as causas imputadas, caso não o faça dentro desse prazo, a parte notificante poderá rescindir unilateralmente o contrato com base nos fundamentos constantes da notificação.

CAPÍTULO IV

ANÁLISE DO DECRETO Nº 54/2005, DE 13 DE DEZEMBRO

O Decreto nº 54/2005, de 13 de Dezembro, aprovou o novo Regulamento de contratação de Empreitada de Obras, Fornecimento de Bens e Prestação de Bens ao Estado, tendo revogado o anterior regime de contratação de Empreitada de Obras Públicas, precisamente o Decreto Lei nº 48871, de 19 de Fevereiro de 1969, posto em vigor pela Portaria nº 555/71, de 12 de Outubro, que não se mostrava

adequado à realidade do país devido ao grande crescimento do sector da construção.

As transformações e o grande desenvolvimento verificado tanto no aspecto económico, assim como no social, a nível das obras públicas, mostraram a necessidade da sua actualização, o que culminou com a sua revogação. O novo Regulamento surgiu, por um lado, com o objectivo de conferir maior transparência à contratação de empreitada de obras públicas, tratando, de forma unitária e sistemática, as matérias mais relevantes no âmbito da contratação pública, e representa sobretudo um esforço claro de tornar as regras desta modalidade de contratação mais adequadas às exigências do mercado do Public Procurement, quer ao nível nacional, como ao nível internacional. Por outro lado, visava colmatar um vazio legal resultante das alterações sócio-económicas visto que o anterior Decreto não previa certas situações, ou algumas apresentavam-se pouco claras, advindo porém, vários conflitos suscitados entre os contraentes pela deficiente interpretação e aplicação prática deste diploma, o que demonstrava a necessidade de uma análise e reflexão profundas em torno deste tipo de contratação de modo a alcançar-se a tão desejada transparência.

Aspectos positivos:

O actual diploma alarga o âmbito de aplicação a todas instituições do Estado, até ao escalão mais baixo que tiver uma tabela orçamental para executar, incluindo as autarquias e empresas do Estado.

Vem definido o conceito de Empreitada de Obras Públicas contrariamente ao que sucedia no anterior diploma.

Admite-se a possibilidade da Entidade Contratante restringir a participação a concorrentes nacionais nos concursos de empreitadas de obras públicas sempre

que o valor da contratação não seja superior a 5,25 Milhões de Meticais. Cfr. o artigo nº 24, do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 54/2005 , de 13 de Dezembro.

Mostram-se explícitos os casos em que se adopta o ajuste directo, contrariamente ao anterior regime.

Indica a solução a adoptar em caso de haver empate entre os concorrentes num concurso público.

Exige que se faça menção no contrato do foro judicial ou outro, para a solução de qualquer litígio emergente do contrato relacionado com a sua interpretação ou execução.

Admite a possibilidade do contrato prever a adopção de arbitragem independente para a solução de qualquer conflito resultante da interpretação e execução do contrato, devendo esta, ser realizada em Moçambique e em língua portuguesa.

Aspectos negativos:

O artigo 52 do Regulamento, prevê a modificação do contrato caso ocorram as situações enumeradas no nº 1 do mesmo artigo.

O nº 2 admite a hipótese de se poderem fazer acréscimos ou supressões até ao limite de 25% do valor inicial do contrato e o nº 3 para os casos em que os acréscimos ou supressões excedam o limite de 25% carecem de autorização do Ministro das Finanças. Porém, não estabelece os mecanismos de actualização dos preços das empreitadas e nem faz remissão a outro instrumento onde venha regulada essa matéria, não prevê a inclusão nos contratos com a duração de mais de um ano, a revisão dos preços, caso em que se verifique agravamento dos preços dos materiais ou da remuneração da mão de obra contrariamente ao anterior regime legal de empreitada de obras públicas que no artigo 173, previa este tipo de situação e remetia-nos ao Decreto-Lei nº 45/75 de 22 de Abril, onde se regula a

revisão dos custos das empreitadas de obras públicas. Portanto, estabelece os mecanismos que devem ser seguidos na revisão dos preços de empreitadas e para a Portaria nº 205/75 de 22 de Abril onde vêm fixadas as fórmulas a utilizar na revisão dos custos das empreitadas de obras públicas.

Porém, até o presente momento, não existe, ainda, um instrumento actualizado que permita a revisão de preços e estabeleça novas fórmulas de revisão e fórmulas de ponderação de factores a utilizar que se adequem à realidade do país, uma vez que alguns factores de ponderação usados nas fórmulas estão fora de uso, ou seja, alguns materiais que normalmente são empregues nas obras estão fora de uso devido ao desenvolvimento da indústria de construção.

CONCLUSÕES

O Regulamento de Contratação de Empreitada de Obras Públicas, ora em vigor, foi aprovado com o objectivo de dar uma contribuição para a melhoria do ambiente de negócios em Moçambique, contudo, ainda existem deficiências na aplicação prática do regime consagrado por parte das Instituições e órgãos do Estado.

Por outro lado, a *alínea d*, do artigo 52, do Regulamento acima referido prevê a possibilidade do contrato ser modificado quando haja necessidade de alterar as condições de pagamento devido a circunstâncias supervenientes de uma forma menos clara visto não estabelece os mecanismos de actualização dos preços das empreitadas e nem nos remete a um instrumento actualizado onde venham as fórmulas de revisão e de ponderação de factores a adoptar.

Os conflitos que, ainda, persitem entre a Administração e os particulares, derivam do atraso nos pagamentos por parte da administração pelo trabalho

prestado pelo particular, e isso verifica-se sobretudo na área de edifícios porque na área de estradas não se têm verificado casos de grande monta relacionados com este assunto e esta situação é originada, por vezes, pela má planificação das despesas, o que tem levado a situações de “desvio de aplicação” dos valores alocados para o pagamento deste tipo de despesas, esquecimento de lançar determinadas despesas na proposta de orçamento anual, o que acaba por comprometer actividades em princípio programadas, a falta de transparência no processo de contratação o que faz com que se adjudiquem obras a entidades que não reúnem as condições exigíveis para concorrerem relativamente a obras do Estado.

Por parte dos particulares, verifica-se a sua concorrência em obras sem que reúnem as condições necessárias para a sua realização, má gestão dos valores que lhe são alocados para iniciar a obra, o uso na obras de materiais que não possuem o padrão de qualidade exigida que se reflecte na qualidade da própria obra, atraso na entrega das obras devido a questões ligadas com a má planificação dos trabalhos, aliados à falta de equipamento adequado ou moderno para a sua realização, a falta de fundos próprios a que possam recorrer para concluir a obra caso haja problema de atraso de pagamento pela Entidade Contratante.

Sendo uma área sujeita a mutação de preços das obras em decorrência de alguma dependência em relação ao mercado externo de onde provem muito material que é usado no país, tem havido complicações que afectam prazos de execução e mesmo a qualidade final das obras. Por essa razão, muitas obras especialmente não são entregues nos prazos contratuais e isso acarreta custos adicionais.

A falta de um instrumento legal e adequado à realidade do país que permita ao empreiteiro fazer a revisão de preços quando ocorram situações imprevistas derivadas das constantes variações inflacionárias e que exigem a alteração do valor inicial do contrato tem sido uma das causas do deficiente cumprimento das cláusulas

contratuais sendo que esta situação tem afectado com maior intensidade os empreiteiros situados na zona norte do país.

A fraca coordenação entre a Entidade Contratante, a Contratada e o Fiscal durante a execução da obra, por vezes, resulta no incumprimento parcial ou total das cláusulas contratuais por um lado, e, por outro lado, o fraco envolvimento da Instituição encarregue de analisar o material empregue nas obras tem também contribuído em alguns casos para a má qualidade destas.

A demora no financiamento ou desembolso dos valores para a execução das obras, obriga a recursos externos, o que provoca constrangimentos mormente na demora da entrega de algumas obras, responsabilidade com os trabalhadores, entre outros aspectos, constata-se que os procedimentos aplicados em Moçambique mostram-se mais complicados quando comparados com outros quadrantes do mundo em que existem facilidades de desembolso para o pagamento das obras.

RECOMENDAÇÕES

Tendo em consideração o crescimento do investimento público e privado nacional ou estrangeiro no sector de construção, as regras que regem a actividade de empreiteiro necessitam de ser, periodicamente, revistas de modo a adequarem-se à realidade do país com vista a promover a facilitação e segurança na contratação de Obras Públicas e, ao mesmo tempo, criar oportunidades para o crescimento da capacidade nacional de execução.

É de crucial importância a existência de um regulamento de revisão de índice de preços, pois permite fixar o valor da obra, actualizar o preço dos insumos de construção (preços dos materiais, salários), permitindo, desse modo, o Estado programar as obras e repôr a capacidade financeira do empreiteiro, proporcionando, assim, a boa execução do contrato dentro dos prazos legais assim como suportar outros encargos decorrentes da obra, satisfazendo, desse modo, a pretensão da parte contratante sem pôr em causa a sobrevivência da parte contratada.

A Instituição encarregue de analisar a qualidade do material a empregar nas obras deve fazer um controlo rigoroso da qualidade dos materiais de construção provenientes de países estrangeiros que entram em Moçambique inundando o mercado nacional, sendo a sua maior parte de baixa qualidade e, conseqüentemente, ao empregar-se este tipo de material, no fim sairá uma obra de má qualidade. Para atingir esse objectivo, é importante a presença acentuada da mencionada entidade em qualquer obra, para controlar o material que é empregue, bem como verificar a qualidade das obras em curso, por um lado; por outro lado, é necessário apostar-se no apetrechamento de tal Instituição em quadros e equipamento de modo a responder aos grandes desafios de controlo de qualidade de materiais e processos construtivos.

Paralelamente a tal, apela-se às Entidades competentes que pautem pela transparência na contratação de empreiteiros de Obras Públicas de modo a evitar que tais actores concorram a obras sem, no entanto, reunirem o mínimo do que se exige para o exercício desta actividade. É importante que demonstrem e justifiquem a sua capacidade técnica, económica e financeira exigida por lei.

Ao legislador cabe o dever de se debruçar com maior profundidade sobre o actual Regulamento de Contratação de Empreitada de Obras Públicas, eliminando as lacunas existentes, por forma a garantir a certeza e segurança jurídicas de modo a alcançar-se a justiça Administrativa. As leis administrativas moçambicanas devem ajustar-se à dinâmica económica e social do país e quaisquer alterações, neste domínio, nunca devem ser na forma de mera enxertia, mais para se evitar a omissão de aspectos particularmente importantes, carecedores de reformulação ou mesmo de regulamentação.

A Associação de Empreiteiros deve começar a fazer sentir a sua existência, começar por defender os seus interesses junto das entidades competentes, discutindo com franqueza e frontalidade os problema que assolam este sector.

Sobre o atraso nos pagamentos, propõe-se maior atenção na observância desta situação pois deve-se partir do princípio de que qualquer trabalho prestado deve ser compensado, evitando, desse modo, constringimentos de vária natureza.

A Entidade Contratante, a Contratada e os Fiscais devem acompanhar as obras de uma forma mais evolutiva, trabalhando em equipa; tal passa por realizarem encontros regulares de coordenação, sempre que necessário, de modo a discutirem e concertarem em conjunto todos os problemas relacionados com a obra, gerir obras, garantir qualidade dentro dos padrões de qualidade estabelecidos envolve custos e capacidade de fiscalização porque a qualidade de uma obra depende de rotina de fiscalização forte e independente. Esta relação cordial, provavelmente, pode contribuir para o sucesso das empreitadas de obras públicas no país e assegurar fundamentalmente, que os interesses públicos se realizem dentro dos prazos e com a qualidade acordada.

BIBLIOGRAFIA

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian – Obras Públicas – Licitação, Contratação, Fiscalização e Utilização, Belo Horizonte, Editora Forum, 2007.

AMARAL, Diogo Freitas do, Direito Administrativo, Vol II, Lisboa, 1989.

CAETANO, Marcello, Manual de Direito Administrativo, Vol. 1, Almedina, Coimbra, 1991.

COSTA, Mário J. Almeida, Direito das Obrigações, 7ª Edição, Almedina, 1998.

ESQUÍVEL, José Luis, Os Contratos Administrativos e a Arbitragem, 2004.

MARTINEZ, Pedro Romano, Direito das Obrigações (parte especial), Coimbra, 2000.

OLIVEIRA, Mário Esteves, OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, Concursos e Outros Procedimentos Administrativos, Das Fontes as Garantias, 2ª reimpressão da Edição de 1998, Almedina.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, Teoria Geral do Direito Civil, 3ª Edição, Coimbra Editora, 1992.

RIVERO, Jean, Direito Administrativo, Almedina, Coimbra, 1981.

LEGISLAÇÃO

Lei 25/2009, de 28 de Setembro

Decreto-Lei nº 48871, de 19 de Fevereiro de 1969.

Portaria nº 555/71, de 12 de Outubro.

Portaria nº 205/75, de 22 de abril.

Decreto nº 54/2005, de 13 de Dezembro.

Decreto nº 30/2001, de 15 de Outubro..

LISTA DE ANEXOS

Decreto nº 54/ 2005, de 13 de Dezembro.

Decreto-Lei nº 47/75, de 22 de Abril.

Portaria nº 205/75, de 22 de Abril.

Portaria nº 206/75, de 22 de Abril.