



Rodrigo Maria de Almeida Esteves de Oliveira

# Estabilidade e instabilidade no contrato administrativo: as vicissitudes contratuais imputáveis ao contraente público

Tese de Doutoramento em Direito-Direito Público, orientada pelo Professor Doutor Vital Martins Moreira e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Agosto 2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

*Rodrigo Esteves de Oliveira*

*Estabilidade e instabilidade no contrato administrativo*

*As vicissitudes contratuais imputáveis ao contraente público*

**Orientador: Senhor Professor Doutor Vital Martins Moreira**

**2016**



*Tese de Doutoramento em Direito-Direito Público,  
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de  
Coimbra*



*Principais siglas / abreviaturas utilizadas na exposição*

- AAFDL** – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
- AFDI** – Annuaire Français de Droit International
- AJDA** – L'Actualité Juridique: Droit Administratif
- AP** – Administration Publique
- BFDUC** – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- BMJ** – Boletim do Ministério da Justiça
- CDP** – Cadernos de Direito Privado
- CJA** – Cadernos de Justiça Administrativa
- CPTA** – Código do Processo nos Tribunais Administrativos
- DJAP** – Dicionário Jurídico da Administração Pública
- EdD** – Enciclopedia del Diritto
- ELR** – European Law Review
- ETAF** – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
- OD** – Revista O Direito
- PCLJ** – Public Contract Law Journal
- PPLR** – Public Procurement Law Review
- RCP** – Revista dos Contratos Públicos
- REDA** – Revista Española de Derecho Administrativo
- RFDA** – Revue Française de Droit Administratif
- RFDUL** – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- RLJ** – Revista de Legislação e de Jurisprudência
- ROA** – Revista da Ordem dos Advogados
- RRCE** – Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas
- STA** – Supremo Tribunal Administrativo
- TJUE** – Tribunal de Justiça da União Europeia



## *Estrutura*

### *Capítulo I – Enquadramento*

- 1. Algumas questões a propósito do contrato administrativo**
- 2. Vicissitudes contratuais**
- 3. As restantes vicissitudes: breve aproximação**
  - 3.1. Considerações introdutórias**
  - 3.2. A imprevisão**
  - 3.3. O caso de força maior**
  - 3.4. As “sujeições imprevistas”**
  - 3.5. A resolução por motivos de interesse público**

### *Capítulo II – Modificação do contrato e alteração das circunstâncias do contrato*

- 4. A modificação do texto e do contexto do contrato administrativo**
  - 4.1. Considerações introdutórias**
  - 4.2. A modificação do contrato administrativo**
  - 4.3. A classificação das modificações do contrato**
  - 4.4. A alteração (das circunstâncias) do contrato administrativo**
  - 4.5. A classificação das alterações das circunstâncias do contrato**

### *Capítulo III – A modificação do contrato administrativo*

- 5. A modificação do contrato por acto administrativo do contraente público**
  - 5.1. O interesse público implicado no contrato administrativo**
  - 5.2. A caracterização do poder de modificação do contrato administrativo: distinção do instituto da alteração das circunstâncias e do *fait du prince***
  - 5.3. Os fundamentos do poder de modificação do contrato administrativo**



6. *A modificação do contrato administrativo por acordo das partes*
  - 6.1. Fundamentos
  - 6.2. Os limites à modificação por acordo das partes
7. *A modificação do contrato administrativo por decisão judicial ou arbitral*
  - 7.1. Fundamentos
  - 7.2. Fundamentos da modificação por decisão do tribunal
  - 7.3. Os limites à modificação do contrato administrativo por decisão do tribunal
8. *A modificação do contrato administrativo por lei*
  - 8.1. Considerações gerais: um caso não previsto
  - 8.2. Regime aplicável
9. *Os limites gerais à modificação do contrato administrativo no CCP*
  - 9.1. Considerações introdutórias
  - 9.2. O caso especial dos contratos com minuta aprovada por bases
  - 9.3. A inalterabilidade das “prestações principais” do contrato
  - 9.4. A intangibilidade do objecto e as modificações por acordo das partes
  - 9.5. O problema tradicional das “cláusulas contratuais”
  - 9.6. A “eficácia póstuma” dos vínculos da contratação pública
10. *O regime das modificações ao contrato no Direito da União Europeia*
  - 10.1. Considerações gerais
  - 10.2. Revelações do interesse comunitário no tema das modificações contratuais
  - 10.3. A jurisprudência das “alterações substanciais”
  - 10.4. As directivas de 2014
  - 10.5. Consideração final: uma “*presumption of impermissibility*”?
  - 10.6. A existência de uma modificação substancial: consequências e possibilidades

*Capítulo IV – A alteração das circunstâncias imputável ao contraente público (o fait du prince*

**11. O regime da alteração das circunstâncias no contrato administrativo**

**12. O fait du prince numa perspectiva histórico**

**12.1. Descrição genérica**

**12.2. As diferentes compreensões do *fait du prince***

**12.3. Notas sobre natureza e especialidades das medidas do *fait do prince***

**13. O regime legal do fait du prince**

**13.1. A função estabilizadora e a função dinâmica do Direito**

**13.2. Considerações gerais**

**13.3. A imputabilidade da decisão ao contraente público**

**13.4. A imprevisibilidade e anormalidade da alteração das circunstâncias**

**13.5. A repercussão específica na situação contratual do cocontratante**

**13.6. O problema do risco**

**13.7. Conclusões finais**

**14. A questão da ilicitude do *fait du prince***

**15. A regulação contratual da alteração das circunstâncias**

**15.1. Um regime imperativo passível de regulação contratual**

**15.2. Casos de regulação contratual: descrição dos eventos**

**15.3. (Cont.): regras de procedimento a observar pelas partes**

**16. Enquadramento e fundamento da obrigação de reposição do equilíbrio financeiro do contrato**

**16.1. Enquadramento e fundamentos propostos**

**16.2. Posição adoptada: responsabilidade contratual por acto lícito com base na força vinculativa do contrato**

**17. A obrigação de reposição do equilíbrio financeiro**

**17.1. Considerações gerais**

**Reflexões finais**

**Bibliografia**

**Índice**

## *Capítulo I – Enquadramento*

### **1. Algumas questões a propósito do contrato administrativo**

1.1. Pode hoje dizer-se, possivelmente num patamar de segurança inédita, que o contrato administrativo é de facto uma “instituição do nosso tempo”<sup>1</sup>: jamais entre nós ele recebeu uma tão vincada consagração legislativa, dotado finalmente de um regime geral que nunca teve – com um Código tecnicamente avançado e relativamente equilibrado na matéria – e, logo, com um potencial de estabilização dos seus traços característicos, permitindo um desenho mais claro e pacífico daquilo que o singulariza dentro do supraconceito “contrato”.

Seria portanto altura de, partindo do *acquis*, a doutrina poder concentrar-se no apuramento e aperfeiçoamento do regime desse instrumento formal de realização dos interesses da comunidade (e da economia), procurando saber em que medida o “segmento administrativo” pede uma especial conformação do “segmento contratual”, em que medida a lógica da função pede desvios à lógica do pacto<sup>2</sup>.

E isso, não necessariamente ou sequer sobretudo olhando para as “exorbitâncias autoritárias”, para o papel e razão de ser da *autoridade* num esquema construído sobre os princípios da *paridade* – embora aquela seja determinante para a eficiência

---

<sup>1</sup> Pedro Costa Gonçalves, *O contrato administrativo. Uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*, 2003, pp. 31 e seguintes.

<sup>2</sup> Sobre a distinção entre a lógica da função e a lógica do pacto, Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, 1996, pp. 71, 156 e 264.

das decisões do contraente público<sup>3</sup> —, mas para as especificidades de regime substantivo que melhor adequem o instrumento à função a que está adstrito, incluindo os deveres de autoridade inerentes à posição do contraente público.

O que se disse não deixa de ser uma evidência, mas há muitas outras questões pelo caminho que está ainda por fazer.

**1.2.** Em primeiro lugar, vários factores internos e externos há — a competição entre operadores interessados e as respectivas reacções judiciais, o direito da União Europeia sobre a contratação pública, o visto do Tribunal de Contas e o regime de responsabilidade sancionatória e reintegratória dos decisores públicos — que têm contribuído para que, orientada por um sistema normativo densificado nessa matéria, a Administração Pública tenha, nestes últimos anos, centrado a sua atenção no *procurement*, no lançamento mais preparado de procedimentos de contratação pública, e normalmente descurado a *gestão do contrato*<sup>4/5</sup>

O momento da contratação pública é tratado com cuidado e diligência — e avançou-se muito nesse aspecto, cujo mérito fica a dever-se ao CCP —, mas o momento subsequente, do negócio propriamente dito, da sua execução, logo aquele em que

---

<sup>3</sup> Christophe Fardet, "La clause exorbitante et la réalisation de l'intérêt général", *AJDA*, nº 2, 2000, pp. 115 e ss, destaca o relevo dos poderes de autoridade para a realização do interesse público. Sobre uma apreciação geral, e crítica, dos poderes públicos de conformação no CCP, ver Aroso de Almeida, "Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo código dos contratos públicos", *CJA*, nº 66, pp. 3 e ss..

Sobre o acto administrativo no contrato administrativo, ver Ana Luísa Guimarães, *O carácter excepcional do acto administrativo contratual*, 2012.

<sup>4</sup> Ver, neste sentido, Pedro Costa Gonçalves, "A gestão dos contratos públicos em tempos de crise", *Estudos de Contratação Pública*, III, 2010, Coimbra Editora, p. 17.

<sup>5</sup> Há também quem sublinhe esta tendência no direito dos "government contracts" dos Estados Unidos, como Charles Tiefer / William Shook, *Government Contract Law*, Carolina Academic Press, 2004, pp. 227 e seguintes, mas trata-se, ainda assim, de uma inclinação bem menos acentuada do que nos países europeus.

mais sobressaem as competências técnicas do operador privado (normalmente especialista na matéria e dotado de uma visão estratégica do contrato), é, várias vezes, tratado com menor zelo jurídico ou com diminuto sentido estratégico do negócio por parte da Administração Pública.

E quando a essa menor aptidão ou essas competências eventualmente menos apuradas da Administração Pública para o controlo estratégico do contrato se associam ao actual movimento crescente de “administração por contrato”, a possibilidade de se produzir um efeito de frustração do interesse público é mais significativo.

A administração do contrato tem assim de ser vista, pelo contraente público, como o é normalmente pelo seu parceiro.

Os operadores económicos fazem em regra uma *gestão profissional* dos seus contratos; assim também deve fazer a Administração.

Acontece que, além de outros, há dois factores relativamente constantes (não accidentais) que têm vindo a justificar essa diferente abordagem ao tema da gestão contrato.

Em primeiro lugar, os contratos celebrados pelos operadores económicos (e pelos quais eles competem com outros igualmente interessados nisso) são o *negócio da sua empresa*, no sentido de que, por um lado, dependem economicamente de tais contratos e de que, por outro lado, fazem disso a sua actividade profissional, sendo “especialistas” na matéria. É portanto um facto normal, da vida das empresas, que o respectivo empresário faça do contrato uma gestão estratégica competente. Contratos mal geridos, que dão prejuízo, são um problema económico, às vezes, grave, para as empresas e fonte de responsabilidade ou de outras consequências desfavoráveis para quem, dentro delas, geriu de forma incompetente o contrato.

A realidade é muito diferente do outro lado.

Embora possa haver mais motivos para o efeito, uma das razões que leva a Administração Pública a optar pelo *contracting out* é justamente o facto de não dispor das competências técnicas necessárias para o bom desempenho de todas as tarefas que lhe incumbem, justificando-se assim o recurso a um “especialista”, que, enquanto “perito”, tem sobre a Administração a vantagem do conhecimento do negócio, do respectivo *know-how* — criando-se assim um factor que dificulta o controlo da execução da tarefa contratada<sup>6</sup>, além de que, em boa verdade, a Administração Pública não apenas não depende economicamente dos contratos que celebra (tem outras fontes de recursos), como a responsabilidade dos agentes públicos, associada aqui ao incumprimento do dever de boa administração, ou é eminentemente política ou é mais difusa ou é dependente de requisitos mais exigentes (ou mais dificilmente efectiváveis na prática).

Em segundo lugar, a celebração do contrato, em termos de *burden sharing*, pode ter um diferente significado simbólico, digamos assim, para a Administração Pública e para o operador económico. É que enquanto este, com a celebração do contrato, assume a responsabilidade pela tarefa (qualquer que ela seja), é dizer, assume um encargo, que o onera juridicamente; a Administração, por sua vez, com a celebração do contrato, como que se sente desresponsabilizada, tal como se, confiando-a a um terceiro, fosse agora este o responsável por ela. É claro que, juridicamente, em termos de imputação do dever de realização das prestações contratuais, as coisas podem, em alguma medida, ser assim: o cocontratante, com a celebração do contrato, assume a responsabilidade pela execução material de certa tarefa.

A questão é que, como o interesse público (objecto do contrato) se mantém na esfera da responsabilidade — jurídica ou meramente política, depende do contrato que

---

<sup>6</sup> Assim, Pedro Costa Gonçalves, “A gestão”, p. 27.

esteja em causa — da Administração, obrigando portanto a distinguir entre a *responsabilidade pela execução da tarefa contratualizada* (ou *contratada*) e a *responsabilidade pela realização do interesse público a que o contrato está ao serviço*, compreende-se e justifica-se a exigência de uma Administração Pública dotada das competências necessárias para assumir uma gestão eficiente dos contratos, ou melhor, da “rede de contratos”<sup>7</sup>, e que essas competências sejam consideradas parte de uma nova função, digamos assim, de uma “*função estratégica da Administração*”<sup>8</sup>.

Em suma, não menosprezando a importância fundamental, hoje, mais do que outrora, da fase da contratação pública, designadamente, da ponderada e cuidadosa elaboração do caderno de encargos, peça-chave de um bom contrato — e não esquecendo também o relevo que a *teoria da regulação do contrato* pode trazer a esta matéria<sup>9</sup> —, o contrato administrativo só serve a sua função se a sua *gestão pública* for definitivamente assumida como um momento decisivo de um processo complexo tendente à realização de um determinado *resultado prático* de interesse público.

---

<sup>7</sup> Pedro Costa Gonçalves, “A gestão”, p. 26.

<sup>8</sup> Pedro Costa Gonçalves, “A gestão”, p. 26.

<sup>9</sup> A teoria da regulação do contrato — que tem um objecto específico (o contrato), mas cujo sentido (da regulação) é o mesmo que lhe é dado em geral — tem sido tratada em várias obras, com destaque para Alan Schwartz (por exemplo, em “Legal contract theories and incomplete contracts”, *Contract Economics*, Lars Werin / Hans Wijkander (coord.), Blackwell Publishers, pp. 76-108, e Hugh Collins, *Regulating contracts*, Oxford University Press, Londres, 1999. São também interessantes os *Comments* de Jean Tiróle ao artigo de Schwartz, loc. cit., pp. 109-113. Segundo Schwarz, em matéria de regulação do contrato o Estado (legislador e judicial) deve fazer bem quatro coisas: (i) garantir o cumprimento dos contratos (“enforce contracts”), (ii) vigiar ou fiscalizar os processos de contratação por fraude e coação, (iii) disponibilizar às partes “common vocabularies” para que elas os usem quando redigem os contratos e (iv) disponibilizar às partes modelos ou mecanismos (“governance modes”) para os processos de transacção ou resolução de litígios. Só isto e nada mais (“it should do only these things, and not the additional things that it sometimes attempts” (p. 102).

A questão, como se vê, não se confunde com outras formas de ver o contrato à luz da teoria da regulação, como sucede com os “contratos regulatórios” (ver, sobre este diferente tema, Pedro Costa Gonçalves, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, CEDIPRE, 2013, pp. 134, e Marisa Apolinário, *O Estado Regulador: o novo papel do Estado*, 2015, pp. 469 e ss.



A administração de interesses públicos por contrato administrativo não termina com a celebração do contrato, começa com ela.

Sem uma gestão eficiente e próxima do contrato, “deixando o contraente privado entregue a si mesmo ou a mecanismos informais e privados de acompanhamento, é realmente sério o risco de se perderem os benefícios e toda a *public value* de um originário «bom contrato»”<sup>10</sup>.

Por outro lado, a doutrina, mesmo quando se ocupa da *execução* do contrato, tem normalmente a tendência para se centrar quase exclusivamente em dois temas: de um lado, os poderes públicos contratuais da Administração Pública, em especial, o poder de modificação do contrato (e, em parte, a resolução do contrato por motivos de interesse público), e, de outro lado, as áleas ou vicissitudes contratuais (imprevisão, facto do príncipe, força maior, etc.)<sup>11</sup>, a que, de vez em quando, acresce o da responsabilidade contratual<sup>12</sup>. Embora seja uma tendência compreensível, pois é aí que se revelam em maior dimensão as especificidades do contrato administrativo e, sobretudo no caso dos poderes públicos contratuais, estarem em causa medidas directas de tutela do interesse público contratual, ou seja, que têm em vista “garantir a permanente disponibilidade do interesse público contratualizado”<sup>13</sup>, acaba por fazer sobressair a ideia de que só uma *gestão orientada para um resultado* permitirá afirmar na sua plenitude a figura do contrato como um instrumento de realização de um interesse.

Ora, de pouco vale, na realidade, uma boa lei, um bom caderno de encargos e um contrato primorosa e cuidadosamente redigido se não houver uma adequada gestão

---

<sup>10</sup> Pedro Costa Gonçalves, “A gestão”, p. 21.

<sup>11</sup> Ver, por exemplo, Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2016, Almedina, pp. 505 e seguintes.

<sup>12</sup> Como, por exemplo, em Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2014, pp. 257 a 298.

<sup>13</sup> Ideia que procurámos justificar em *Autoridade e consenso no contrato administrativo*, inédito, 2001, pp. 63 e ss.

do negócio. E com isso pretende dizer-se uma gestão no verdadeiro sentido da palavra, que vá além de uma função de *fiscal* do contrato, de controlo e monitorização do cumprimento pontual – ponto por ponto, bem entendido – das prestações acordadas.

A *fiscalização* do contrato, monitoriza-lo, já representa um valor em si mesmo<sup>14</sup> – sobretudo quando o contrato implique um serviço para utentes –, mas não deixa (ou não devia deixar) de ser um instrumento ou suporte técnico de uma gestão guiada ou orientada por critérios de eficiência e resultado. O contrato administrativo tem de ser controlado pelo contraente público, mas deve também, em certo sentido, ser *administrado* ou *gerido* por ele. Gerir o contrato pelo lado público não significa gerir o objecto do contrato (gerir uma concessão de obra pública não significa gerir a obra pública); gerir o contrato significa garantir o “cumprimento pontual e integral do contrato pelo contraente privado”<sup>15</sup>, acompanhar – com respeito pela reserva de autonomia técnica ou de gestão do cocontratante, quando e na medida em que exista – a sua execução em qualquer circunstância, antecipando e gerindo riscos e vicissitudes contratuais, prevenindo e resolvendo dúvidas e omissões contratuais, resolvendo problemas ou incumprimentos prestacionais, negociando cautelosamente os ajustamentos e as consequências de eventuais imprevistos, deficiências e insuficiências, ponderando os efeitos, sobre o cocontratante e sobre o contrato, do exercício dos poderes públicos, decidir ponderadamente quando se justifica um exercício mais rigoroso desses poderes e um controlo apertado do estrito cumprimento do contrato ou quando é altura de estar mais alinhado com o

---

<sup>14</sup> Sobre as diferentes modalidades de fiscalização contratual, Egon Bockmann Moreira, *Direito das concessões de serviço público*, Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros Editores, 2010, pp. 189 e seguintes.

<sup>15</sup> Pedro Costa Gonçalves, “A gestão”, cit., p. 18.

parceiro<sup>16</sup>, colaborando de boa fé com ele<sup>17</sup> (a *contractual solidarity* de que falava Ian Roderick Macneil), em suma, algo que não se limita a uma tarefa de fiscalização do contrato, pressupondo uma “participação cooperativa na evolução do projecto”<sup>18/19</sup>. É portanto um acompanhamento “numa perspectiva profilática”, uma participação activa orientada por um “imperativo de protecção do contrato e de tudo quanto nele se estabelece”<sup>20</sup> e de tudo quanto através dele se tem em vista — ideias que, naturalmente, se projectam ou revelam de forma acentuada nos chamados “contratos relacionais” e de “longa duração”, cujo efeito assenta numa relação de confiança e colaboração entre as partes, e por onde “respira” a administração por contrato, mais do que nos contratos que se materializam numa operação de troca imediata, que, de resto, não são habituais no direito administrativo<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Especificamente sobre o momento da aplicação das sanções e como ele pode também ser encarado como um problema de gestão do contrato, ver Pedro matias Pereira, “Gestão do contrato administrativo: a aplicação de sanções”, *Revista dos Contratos Públicos*, nº 10, 2014, pp. 69 e ss.

<sup>17</sup> Concordamos com Pedro Costa Gonçalves quando afirma que o contraente público “não se encontra onerado com um específico «dever» jurídico de solidariedade ou de cooperação efectiva do através da prestação de auxílio e de assistência ao seu contratante em dificuldades económicas” (“Gestão”, p 31), ou sequer quando esteja em dificuldades de cumprimento do contrato, designadamente, quando isso se deva a negligência sua ou a uma proposta aventureira, querendo apenas dizer-se no texto que o princípio da boa fé pode comportar especiais deveres de colaboração. Mas, para protecção dos interesses do contrato (não dos interesses do contraente privado), aceitamos, como o autor, que, em certas circunstâncias, verificados certos requisitos e observados certos limites, ao contraente público tem pelo menos de se reconhecer a «faculdade» ou o «poder» de prestar auxílio ou assistência ao contraente privado através de medidas adequadas para o efeito” (“Gestão”, p. 31)

<sup>18</sup> Egon Bockmann Moreira, *Direito*, p. 173.

<sup>19</sup> O problema da fiscalização do contrato e da gestão (“gerenciamento”) do contrato administrativo tem sido tratado em alguma literatura brasileira. Ver Egon Bockmann Moreira, *Direito*, que lhe dedica o capítulo III da sua obra, a pp. 169 e seguintes, e André Luís Vieira, “Gestão de contratos administrativos”, *RCP*, nº 9, 2013, pp. 135 e ss.

<sup>20</sup> Pedro Costa Gonçalves, *A gestão*, p. 19.

<sup>21</sup> A teoria dos contratos relacionais, sobre a qual há abundante bibliografia e viva controvérsia, deveu-se, no seu início, sobretudo a Ian Roderick Macneil, em estudos publicados a partir dos anos 70 do século passado, que entendia, por um lado, que havia espaço para o *estudo do contrato em si mesmo*, reagindo contra uma corrente até então muito em voga no sentido de que só havia lugar ao estudo de tipos ou espécies de contratos (de emprego, de compra e venda, de fornecimento, de

Os *perils and pitfalls of contract management* são bem conhecidos, mas é aí que a nossa Administração Pública tem relevado algumas fragilidades. E é também por isso que, depois do foco na contratação pública, o tema dos próximos anos deveria centrar-se na *gestão dos contratos administrativos* e, em especial, na *gestão dos grandes contratos administrativos* e *das concessões* pelo lado do contraente público.

A experiência acumulada, feita à custa de erros, tantas vezes assinalados sobretudo em relatórios do Tribunal de Contas, tem permitido alguns avanços na matéria, sobretudo nos contratos governamentais e em alguns contratos municipais – como a criação de estruturas intergovernamentais dedicadas ao acompanhamento de parcerias público-privadas,<sup>22</sup> de comissões de composição mista para o acompanhamento de concessões municipais<sup>23</sup>, a delegação das funções de

---

serviços, etc.), e, por outro lado, que os *contratos deviam ser vistos como relações*, social e economicamente enquadrados, mais do que como “*discrete transactions*”, mesmo quando o contrato é essencialmente de troca. Sobre o assunto, ver, do referido autor, “*The many futures of contract*”, *Southern California Law Review*, nº 47, 1974, 691-816, “*Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law*, *Northwestern University Law Review*, vol. 72, nº 5, 1978, 854-905, e “*Relational contract theory: challenges and queries*”, *Northwestern University Law Review*, vol. 94, nº 3, 2000, 877-907.

<sup>22</sup> Veja-se, por exemplo, o artigo 340º/1 do CCP (“nos contratos que configurem uma parceria pública-privada, compete ao ministro ou ao membro do Governo Regional responsável pela área das finanças ou ao ministro ou ao membro do Governo Regional da tutela sectorial, consoante o caso: b) O acompanhamento do contrato, tendo por objectivo a avaliação dos seus custos e riscos, bem como a melhoria do processo de constituição de novas parcerias públicas privadas”) ou o regime do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio, que aprovou a nova Lei das PPP, com a criação da *Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos*, com importantes competências na gestão das PPP (ver artigo 34º e ss.).

<sup>23</sup> Relativamente às concessões dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de água residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, dispõe-se no artigo 44º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto, que, “na data de celebração do contrato de concessão é constituída uma comissão de acompanhamento integrando um representante designado pelo concedente, um representante designado pelo concessionário e um terceiro elemento co-optado pelos anteriores, que preside”. No entanto, de acordo com o Relatório de Auditoria nº 03/14, 2.ª Secção, do Tribunal de Contas, só em 23% das concessões analisadas é que essa comissão de acompanhamento foi criada (p. 28).

fiscalização<sup>24</sup>, a delegação da gestão dos contratos em outras autoridades administrativas, algumas delas reguladoras (independentes ou não), em princípio, tecnicamente mais preparadas e menos sensíveis a impulsos políticos<sup>25</sup> –, devendo

---

<sup>24</sup> De acordo com o artigo 305º/4 do CCP, “as tarefas de fiscalização podem ser parcial ou totalmente delegadas em comissões paritárias de acompanhamento ou entidades públicas ou privadas especializadas”.

<sup>25</sup> Há vários exemplos.

Assim, no Decreto-Lei nº 110/2009, de 18 de Maio, que aprova as bases da concessão do financiamento, concepção, projecto, construção, conservação, exploração, requalificação e alargamento da rede rodoviária nacional, celebrado entre o Entre e a Estradas de Portugal, SA, prevê-se (Base 71) que os “*poderes de fiscalização do cumprimento das obrigações da concessionária, emergentes do contrato de concessão, incluindo a obrigação de fazer cumprir os contratos de subconcessão são exercidos pelo InIR e, no que diz respeito às matérias económico-financeiras, também pela IGF, no quadro das respectivas competências legais*”.

Por sua vez, na lei orgânica do Instituto da Mobilidade e dos Transportes, IP (IMT) – alterada, por último, pelo Decreto-Lei nº 77/2014, de 14 de Maio – dispõe-se (artigo 3º) que esse instituto “*tem por missão o exercício das funções de regulamentação técnica, de licenciamento, coordenação, fiscalização e planeamento no setor dos transportes terrestres, fluviais e respetivas infraestruturas e na vertente económica do setor dos portos comerciais e transportes marítimos, bem como a gestão de contratos de concessão em que o Estado seja concedente nos referidos setores ou em outros setores, nomeadamente relativos a transporte aéreo e infraestruturas aeroportuárias, de modo a satisfazer as necessidades de mobilidade de pessoas e bens*” – proposição afirmada e desenvolvida depois no artigo 3º, número 2, alínea b), número 3, alínea a), número 4, alíneas n), o), r) e u), dispendo-se nestas duas últimas que cabe ao IMT “*exercer, no âmbito da gestão e exploração da rede rodoviária, os poderes e as competências atribuídas ao concedente Estado, por lei ou por contrato, exceto se estes previrem expressamente a intervenção dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e dos transportes, ou de outras entidades públicas, sem prejuízo da faculdade de subdelegação, realizando uma gestão criteriosa e eficaz que garanta a salvaguarda dos interesses públicos em presença*” e “*gerir os processos de atribuição e manutenção das isenções de taxas de portagem, ao abrigo dos contratos de concessão e subconcessão de infraestruturas rodoviárias*”.

O IMT representa portanto o Estado e gere os contratos de concessão em todos esses sectores.

Por sua vez, a AMT (Autoridade da Mobilidade e dos Transportes) é a entidade reguladora nesses sectores. A explicação consta do preâmbulo do Decreto-Lei nº 78/2014, de 14 de Maio: o IMT “*foi reestruturado pelo Decreto-Lei n.º 77/2014, passando a ser o organismo da administração indireta do Estado encarregue das funções de regulamentação técnica, de licenciamento, coordenação, fiscalização e planeamento no setor dos transportes terrestres, fluviais e respetivas infraestruturas e na vertente económica do setor dos portos comerciais e transportes marítimos, bem como da gestão de contratos de concessão em que o Estado seja concedente nos referidos setores ou em outros setores, nomeadamente relativos a transporte aéreo e infraestruturas aeroportuárias, de modo a satisfazer as necessidades de mobilidade de pessoas e bens. Na sequência da reestruturação do IMT, torna-se necessário concretizar a sucessão de funções de regulação, de*

no entanto separar-se, por serem realidades diferentes, os casos em que as funções de acompanhamento ou gestão são cometidas ainda a entidades ou estruturas públicas daqueles outros em que essas funções são atribuídas, por contrato, a operadores

---

promoção e defesa da concorrência para a AMT, a qual é constituída sob a forma de entidade administrativa independente, nos termos da lei-quadro das entidades reguladoras”.

Assim, estabelece-se nos Estatutos da AMT (anexos ao referido diploma) que são atribuições dessa autoridade “em matéria de mobilidade, transportes terrestres e infraestruturas rodoviárias [...] exercer as demais funções previstas noutros instrumentos legais ou contratuais, designadamente nos contratos de concessão e subconcessão da infraestrutura rodoviária” [artigo 5º/1, alínea m)] e “em matéria de regulação ferroviária, de gestores de infraestruturas e dos operadores de transporte ferroviário [...] fiscalizar o cumprimento, por parte das empresas e entidades sujeitas às suas atribuições de regulação, das disposições legais e regulamentares aplicáveis, bem como das disposições com relevância em matéria de regulação constantes dos respetivos estatutos, licenças, contratos de concessão ou outros instrumentos jurídicos que regulem a respetiva atividade” [artigo 5º/3, alínea f)].

No domínio energético, mais concretamente, no sector do gás natural, o Decreto-Lei nº 97/2002, de 12 de Abril, confia à Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE) “as competências atribuídas ao Governo e à Direcção-Geral da Energia pela lei ou pelos contratos de concessão e licenças referidas nos artigos 12.º a 23.º dos Estatutos anexos ao presente diploma” (artigo 3º).

Há no entanto casos em que não há uma entidade que gere o contrato no interesse do contraente público, optando o legislador por confiar directamente a uma outra entidade apenas uma parcela dos poderes que pertenceriam a esse contraente.

Assim, de acordo com a Lei nº 9/2013, de 28 de Janeiro, que estabelece o regime sancionatório do sector energético, compete à ERSE “processar e punir as infrações administrativas à legislação que estabelece as bases dos setores da eletricidade e do gás, incluindo a produção a partir de fontes de energia renováveis, e respetiva legislação complementar e regulamentação, às demais leis e regulamentos cuja aplicação ou supervisão lhe compete, bem como às resultantes do incumprimento das suas próprias determinações, sempre que tipificadas como contraordenação no presente regime sancionatório ou na lei” (artigo 3º), esclarecendo ainda que estão “sujeitas ao poder sancionatório da ERSE todas as entidades intervenientes no Sistema Elétrico Nacional (SEN) e no Sistema Nacional de Gás Natural (SNGN) que exerçam atividades sujeitas à regulação da ERSE, nos termos dos respetivos Estatutos, da legislação que estabelece as bases dos referidos setores, de legislação complementar e da respetiva regulamentação, bem como da demais legislação nacional e comunitária aplicável, cujas aprovação, aplicação e supervisão sejam da competência da ERSE”. Nos artigos 28º e 29º desse diploma prevêem-se coimas a aplicar pela ERSE a entidades concessionárias ou licenciadas.

Por último, no que respeita à Entidade Reguladora dos Serviços de Águas e Resíduos (ERSAR), prevê-se por exemplo no artigo 7º/2 da Lei nº 10/2014, de 6 de Março, que as “referências aos poderes do concedente para aprovação de tarifas constantes dos DL n.ºs 294/94, de 16 de novembro, 319/94, de 24 de dezembro, e 162/96, de 4 de setembro, republicados em anexo ao Decreto -Lei n.º 195/2009, de 20 de agosto, bem como do Decreto -Lei n.º 171/2001, de 25 de maio, consideram-se feitas à ERSAR”, embora, aparte isso, pareça que essa entidade tem sobretudo, em matéria de regulação e supervisão, e no que toca aos contratos de concessão, competências meramente consultivas [ver artigo 24º/1, alínea f)].

económicos privados. Embora consideremos ambas as soluções melhores do que uma Administração relativamente “desinteressada”, e pressupondo que as entidades públicas delegatárias dispõem dos meios e das competências adequados, a verdade é que enquanto estas normalmente têm (terão) uma perspectiva de interesse público, capazes portanto de assumir essa função estratégica de gestão dos contratos, os operadores económicos serão profissionais habilitados, mas tendencialmente limitar-se-ão a tarefas de fiscalização ou mero controlo do cumprimento, além de que, como assinala alguma doutrina, não apenas se “corta” a normal relação directa entre cocontratante e contraente público, como coloca a Administração na posição de ter de lidar com “complexas cascatas de contratos”.<sup>26</sup>

Apesar destes mecanismos que podem, de alguma forma, garantir um controlo ou uma gestão mais eficiente dos contratos, a história mostra que continua a ser necessário combater eficazmente o desperdício de dinheiros públicos, seja na forma de *passive waste*, derivado sobretudo de ineficiências das políticas públicas ou da menor competência ou *know-how* técnico dos decisores públicos, seja na forma de *active waste*, resultantes de desvio de poder ou de corrupção dos decisores públicos.<sup>27</sup>

E uma outra forma de o conseguir — sabendo-se que muitos desses problemas residem nos ajustamentos e modificações contratuais, feitos “*away from the eyes of the losing bidders, far from the eyes of the public*”<sup>28</sup> — é criando mecanismos de transparência e *public accountability* também para a execução do contrato, e de

---

<sup>26</sup> Pedro Costa Gonçalves, *A gestão*, p. 27, citando a este propósito Tishia L. Braziel, *Contracting Out Contracting*, *Public Contract Law Journal*, vol. 38, n° 4, 2009, 882, que se refere a uma “never-ending series of contract overseers overseeing other overseers”.

<sup>27</sup> Sobre a distinção entre *active* e *passive waste* nos gastos públicos, ver o interessante estudo de Oriana Bandiera / Andrea Prat / Tommaso Valletti, “Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a Policy Experiment”, publicado na *American Economic Review*, vol. 99 (2009), n° 4, pp. 1278-1308.

<sup>28</sup> Omer Dekel, *Modification of a government contract awarded following a competitive procedure*, *PCLJ*, vol. 38, n° 2, 2009, p. 410.

controlo por parte de terceiros interessados, para que funcionem como *watch dogs*<sup>29</sup>, tirando-a do plano próximo de um *private business*<sup>30</sup> em que ela se tantas vezes processa, como se fosse algo que interessasse apenas às partes<sup>31/32</sup>. Apesar da

---

<sup>29</sup> Os primeiros passos foram já dados pelo TJUE, que considerou que os concorrentes preteridos têm legitimidade para impugnar os acordos modificativos de contratos públicos. Aliás, os operadores que participaram no concurso estão especialmente habilitados para controlarem a legitimidade das modificações. Como observam Gabriella M. Racca / Roberto Cavallo Perin / Gian Luigi Albano, “*the economic operators that participated in the competitive tendering have indepth knowledge of the conditions and specifications set forth in the contract. Thus, they would be the ideal subjects to be involved in the control of the exact execution of the contract by the winning bidder. Allowing unsuccessful bidders to play an active role in contract execution could be an effective instrument way to guarantee the winning bidder’s compliance with contractual conditions*” (“*Competition in the execution phase of public procurement*”, *Public Contract Law Journal*, volume 41, nº 1, 2011, p. 91). Isto mesmo já tinha sido também salientado numa conferência da UNCAC (*United Nations Convention against Corruption*) que teve lugar em 2008, sob o mote “*Implementing procurement-related aspects submitted by the United Nations Commission on International Trade Law*”, onde se chegou à conclusão que, de entre os “*main elements of an oversight regime*” deve constar “*a functioning review or challenge mechanism, in that losing suppliers are good watchdogs*” (ver [https://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg\\_1/INF.2.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_1/INF.2.pdf))

<sup>30</sup> Gabriella M. Racca / Roberto Cavallo Perin / Gian Luigi Albano, “*Competition in the execution phase of public procurement*”, *Public Contract Law Journal*, volume 41, nº 1, 2011, p. 95.

<sup>31</sup> Referindo-nos apenas aos aspectos que aqui mais nos preocupam, vemos por isso como boa a solução da Lei n.º 61/2011, de 7 de Dezembro, que, em aditamento ao artigo 46º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (aprovada pela Lei nº 98/97, de 26 de Agosto), veio submeter a visto “os actos ou contratos que formalizem modificações objectivas a contratos visados e que impliquem um agravamento dos respectivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras” e os “actos ou contratos que formalizem modificações objectivas a contratos não visados que impliquem um agravamento dos respectivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras em valor superior ao” limiar mínimo aplicável ao regime da fiscalização prévia”.

Como também é boa a solução do artigo 315º do CCP, que, sob a epígrafe “obrigação de transparência”, estabelece que “os actos administrativos do contraente público ou os acordos entre as partes que impliquem quaisquer modificações objectivas do contrato e representem um valor acumulado superior a 15% do preço contratual devem ser imediatamente publicitados, pelo contraente público, no portal da Internet dedicados aos contratos públicos, devendo a publicidade ser mantida até seis meses após a extinção do contrato”, publicitação que, como se refere no número 2 do preceito, “é condição de eficácia dos actos administrativos ou acordos modificativos, nomeadamente para efeitos de quaisquer pagamentos”.

<sup>32</sup> As palavras de Gabriella M. Racca / Roberto Cavallo Perin / Gian Luigi Albano são fortes, mas bem demonstrativas do muito que ainda há a fazer neste plano: “*Often, in the performance phase – the proverbial “black hole”- opacity, incompetence, and corruption undermine the objectives of public*



diferença estrutural e funcional que há entre a preparação ou planeamento do procedimento de contratação pública, o procedimento propriamente dito tendente à celebração do contrato e a execução do contrato (ou “*contract administration*”<sup>33</sup>), a tendência será no sentido de tomar em consideração “*the entire procurement cycle*”<sup>34</sup>, olhando para as compras públicas como um processo global, desde as chamadas decisões prévias (sobretudo, a decisão de contratar e a decisão de autorização da despesa) até à conclusão do contrato, no qual o procedimento de contratação pública é apenas um elemento integrante<sup>35</sup>.

E, eventualmente, mostra também que o modo como o legislador encara normalmente a *regulação do contrato*, ficando-se pelas grandes linhas na matéria ou pela formulação das normas fundamentais – foi o que sucedeu no CCP, como se esclarece no respectivo preâmbulo (“o regime estabelecido na parte III do Código reflecte ainda uma filosofia de reforço claro e deliberado da autonomia contratual das partes, denotando-se, neste contexto, uma predominância evidente de normas de carácter supletivo”; “outra marca das grandes opções estruturais relativas à parte III prende-se com a tendência desregulamentadora (...); “o legislador preserva a autonomia das partes para a disciplina específica de cada relação concessória”) –,

---

*procurement policies*” . (“Competition in the execution phase of public procurement”, *Public Contract Law Journal*, volume 41, nº 1, 2011, p. 107).

<sup>33</sup> Assim, “*United Nations Convention against Corruption - Implementing procurement-related aspects submitted by the United Nations Commission on International Trade Law*”, p. 14 (“There are three main phases of the procurement cycle: (1) planning and budgeting prior to commencing a procurement procedure, (2) the selection of suppliers and (3) contract administration”) (disponível em [https://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg\\_1/INF.2.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_1/INF.2.pdf))

<sup>34</sup> Assim, Gabriella M. Racca / Roberto Cavallo Perin / Gian Luigi Albano, “Competition in the execution phase of public procurement”, *Public Contract Law Journal*, volume 41, nº 1, 2011, p. 97.

<sup>35</sup> Como refere Peter Gershon, que coordenou um estudo sobre a eficiência do sector público britânico (que ficou conhecido como “*Gershon Efficiency Review*”), o próprio termo “procurement” pode ser entendido como abrangendo “the whole process of acquisition from third parties (including logistical aspects) and covers goods, services and onstruction projects. This process spans the whole life cycle from initial concept and definition of business needs through to the end of the useful life of an asset or the end of a services contract”.

pode ser uma opção justificada no plano dos princípios (e também pelo facto de ter sido a primeira vez que o nosso legislador se ocupou dos contratos administrativos em geral e em especial), mas “abre a porta” a outros problemas jurídicos que, em alguns casos, acabam por ter um impacto sério e grave nas contas públicas.

1.3. Em segundo lugar, a admissão (ou recusa) da categoria do contrato administrativo, ou, se se preferir, de um certo conceito de contrato administrativo, é, de entre as várias questões que se suscitam sobre os diversos instrumentos do direito administrativo, a que possivelmente mais deve à história de cada país, logo, aquela onde é mais difícil encontrar consensos a uma escala mais alargada.

Mas também é por isso que, em matéria dessa admissão ou recusa, o debate não deve centrar-se numa perspectiva “asséptica” do problema — muito menos, como se disso dependesse a “modernidade” do tema dos contratos da Administração Pública —, mas num debate entre diferentes *sistemas culturais de direito administrativo*.

Estamos a dar como assente, portanto, que à figura do contrato administrativo vai subjacente, desde logo, uma certa visão da Administração Pública nacional. Com efeito, mesmo se o contrato administrativo não é entre nós um conceito estatutário ou constituído por uma nota orgânica — há contratos administrativos sem Administração Pública, há contratos da Administração Pública sem o segmento da administratividade —, é inegável que ele partiu, naturalmente, diríamos, de um princípio estatutário, é dizer, construiu-se à volta de um corpo orgânico que está por definição e por lei adstrito à tarefa de servir o interesse da colectividade. E esse corpo é a Administração Pública.

E não se nega, da mesma forma, que vai subjacente à figura do contrato administrativo uma certa visão dos instrumentos que estão ao serviço dessa função. Na verdade, a presença, hoje absolutamente indiscutível, do paradigma da

autoridade (do acto administrativo) numa figura de matriz paritária encontra a sua razão de ser num certo entendimento sobre o modo como a comunidade, representada por aquele corpo orgânico, deve relacionar-se com outros quando estejam em jogo matérias de interesse público, e mesmo quando os chama e precisa da sua colaboração<sup>36</sup>.

Mas mesmo valendo aqui reforçadamente a história de cada país, que apontaria para uma certa estabilização das “instituições jurídico-culturais”, como é entre nós o contrato administrativo, parece ser sina sua viver constantemente em tempos de mudança.

**1.3.1.** Por um lado, porque o direito da União Europeia dos contratos públicos funciona como um *meeting point* de diferentes tradições jurídicas<sup>37</sup>, atenuando ou moldando as suas especificidades<sup>38</sup> – e mais ainda quando as directivas deixaram de estabelecer apenas os fins, começando a interessar-se pelos meios. Ora, o facto de as directivas de 2014 conterem uma regulação intensa sobre a matéria da modificação

---

<sup>36</sup> Como já tivemos oportunidade de dizer noutro lugar, quando nos reportamos ao interesse público não nos “referimos apenas, note-se, a um conceito de interesse público difuso ou estatutário, digamos assim, como quando se afirma que «a Administração prossegue sempre o interesse público», porque aí esse interesse pode ter também um conteúdo negativo, no sentido de não ser dado à Administração, em caso algum (seja no âmbito de uma concessão de serviços públicos, seja na administração do seu património, seja na celebração de negócios auxiliares, etc.), guiar-se por interesses particulares ou optar por soluções que não se mostrem adequadas ao seu dever jurídico geral de boa administração. Referimo-nos também e sobretudo a um interesse público em sentido estrito, de conteúdo essencialmente positivo, sinónimo de *função administrativa*, enquanto *atribuição ou tarefa* concretamente cometida por lei a uma entidade, por cuja satisfação esta ficará responsável perante a colectividade” (Rodrigo Esteves de Oliveira, “O acto administrativo contratual”, *CJA*, nº 63, Maio/Junho 2007, p. 4).

<sup>37</sup> A expressão é de José Luis Meilán Gil, *Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión*, RAP, nº 191, 2013, p. 15.

<sup>38</sup> Sobre a europeização e sobre a própria internacionalização dos contratos públicos e suas razões, ver Maria João Estorninho, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, 2012, pp. 64 e ss.

dos contratos públicos<sup>39</sup> (seja qual for a natureza que lhes seja dada nos ordenamentos nacionais), apontando, como princípio geral na matéria, para um regime de *modificação do contrato de acordo com o contrato*, é dizer, para uma modificação prevista já como possível no próprio clausulado contratual – o que pressuporá que tenha também sido antecipada essa modificação no próprio caderno de encargos submetido à concorrência –, tem levado alguns autores de países do sistema do *contrat administratif* a propor a “desnecessidade” (ou inadequação) da prerrogativa da modificação unilateral por via de acto administrativo, considerando mais conforme à instituição contratual o esquema “direito subjectivo - obrigação”<sup>40</sup>.

**1.3.2.** Por outro lado, há sistemas, como sucede nos Estados Unidos, que, desconhecendo a figura do “contrato administrativo”, têm no regime dos seus contratos reflexos evidentes do *poder* que contrata, como sucede, por exemplo, nos Estados Unidos.

Num sistema contratual dominado pela “*contract clause*”, consagrada no artigo I,

---

<sup>39</sup> Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos *contratos públicos* (que revoga a Diretiva 2004/18/CE), a Directiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de *contratos de concessão*, e Directiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos *contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais* (que revoga a Diretiva 2004/17/CE).

<sup>40</sup> É o caso de José Luis Meilán Gil, *Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión*, RAP, nº 191, 2013, p. 40 (“en el caso de que los supuestos de modificación están previstas en la documentación nos encontraríamos en el juego normal del contrato. En esa documentación, que expresa la «voluntad» de la Administración como parte en el contrato, se contiene el interés público o general que aquella ha de servir y que le vincula a ella y al contratista. Lo que se ha explicado tradicionalmente como prerrogativa se entiende como el juego de derechos y obligaciones en todo contrato”). De resto, o autor vai mais longe, afirmando que “lo que se propone es el abandono de las prerrogativas de la Administración pública en los contratos administrativos (...). La actuación de la Administración en el contrato tiene limitaciones que no existen en el acto administrativo. Proyectar, sin refracción alguna, su fuerza ejecutiva al contrato desnaturaliza innecesariamente la institución contractual”.

secção 10, da Constituição americana – nos termos da qual “*no State shall (...) pass any (...) Law impairing the Obligation of Contracts*”<sup>41</sup> –, na qual assenta uma protecção intensa dos “*vested rights*”<sup>42</sup>, e por uma visão ou entendimento essencialmente obrigacional dos contratos da Administração Pública, dos *government contracts*, a proposição básica, a “*core tenet*” na matéria estaria, segundo alguma doutrina, correctamente reproduzida na seguinte fórmula: “*When the United States enters into contract relations, its rights and duties therein are governed generally by the law applicable to contracts between private individuals*”<sup>43</sup>.

Compreende-se assim que uma das primeiras consequências tenha sido a preocupação de garantir que em tais contratos existiriam cláusulas que flexibilizassem o vínculo contratual, permitindo à Administração modificar e extinguir o acordo celebrado.

---

<sup>41</sup> Não é fácil traduzir o termo “*impair*”. Optámos por “prejudicar”, mas com a consciência de que não revela a riqueza do termo. No *Black’s Law Dictionary*, de 1990, p. 752, o conceito de “*impair the obligations of contracts*” é definido da seguinte forma: “Uma lei que prejudica a obrigação contratual [“*A law which impairs the obligation of a contract*”] é uma lei que torna o contrato em si mesmo menos valioso ou menos executável, seja através da alteração dos seus termos ou das suas qualidades jurídicas ou condições, seja através da regulamentação das medidas de coerção para o seu cumprimento [traduzimos assim a expressão “*remedy for its enforcement*”, que significa algo mais do que garantias de cumprimento e algo menos do que execução coerciva da prestação]”. E depois continua: “«Prejudicar a obrigação de um contrato», para os efeitos da proibição do art. I, § 10, da Constituição dos Estados Unidos, é enfraquecê-lo, reduzir o seu valor, ou torná-lo pior em qualquer aspecto ou grau. Qualquer lei que modificar a intenção e efeito jurídico das partes, oferecendo a uma parte um maior, e a outra parte um menor, interesse ou benefício, ou [qualquer lei] que impuser obrigações não incluídas no contrato, ou dispensar o cumprimento das obrigações que nele haviam [efectivamente] sido incluídas, prejudica a obrigação contratual. Uma lei ou regulamento «prejudica a obrigação contractual» quando, pelos seus termos, anula ou altera materialmente as obrigações contratuais existentes”.

<sup>42</sup> Sobre a “*contract clause*”, que trataremos melhor adiante, ver Brenner M. Fissell, *The dual standard of review in contracts clauses jurisprudence*, GLJ, 2014, vol. 101, nº 4, pp. 1089 e seguintes, e Robert Meltz *When Congressional Legislation Interferes with Existing Contracts: Legal Issues*, Congressional Research Service, disponível em <http://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc122231/>.

<sup>43</sup> Apud Stuart B. Nibley / Jade Totman, “Let the Government Contract: The Sovereign has the Right, and Good Reason, to Shed Its Sovereignty when It Contracts”, PCLJ, vol. 42, número 1, p. 4.

Isto explica, em parte<sup>44</sup>, que a *Federal Acquisition Regulation* (FAR) dos Estados Unidos – o principal conjunto de normas dentro do *Federal Acquisition Regulation System*<sup>45</sup> – seja composta por umas impressionantes 1635 páginas, disciplinando ao pormenor todo o “acquisition process by which the government purchases (acquires) goods and services”, incluindo a matéria relativa à execução do contrato (“contract administration”), na qual se reconhece ao *contracting officer* o poder não apenas de modificar unilateralmente o contrato, como também de lhe pôr termo por conveniência do Governo (ou das *government agencies*).

Assim, na Parte 43 da FAR, sob o título “modificações contratuais” («*contract modifications*»), onde se estabelecem “políticas e procedimentos de preparação e processamento de modificações contratuais para todos os tipos de contratos” (artigo 43.000), depois de se esclarecer, nas definições, que uma “alteração administrativa” («*administrative change*») significa uma “alteração contratual unilateral, escrita, que não afecta os direitos substantivos das partes”, que uma “ordem de modificação” («*change order*») é uma “ordem escrita, assinada pelo contraente público, ordenando o co-contratante a levar a cabo uma alteração que a cláusula aplicável às alterações autoriza o contraente público a ordenar sem o consentimento do co-contratante” e que uma “modificação contratual” é qualquer “alteração escrita aos termos do contrato” (artigo 43.101), dispõe, a propósito dos “tipos de modificações contratuais”, que tanto pode ser “*bilateral*” – “uma modificação bilateral (acordo complementar) é uma modificação contratual assinada pelo contraente privado e pelo contraente público – como “*unilateral*”, entendendo-se por esta uma modificação contratual assinada apenas pelo contraente público, podendo ser usadas, entre outras coisas, “para realizar alterações administrativas, para emitir ordens de alteração” ou para

---

<sup>44</sup> A outra parte da explicação encontra-se na própria filosofia do sistema jurídico americano (e também inglês), assente na prevalência da regulação contratual e da interpretação tendencialmente literal das suas cláusulas.

<sup>45</sup> Que, por sua vez, está codificado no Título 48, Capítulo 1, do *United States Code of Federal Regulations*.

“realizar alterações autorizadas por cláusulas que não a cláusula de alterações” (artigo 41.103).

Por sua vez, na Parte 49 estabelecem-se “políticas e procedimentos relacionados com a resolução integral ou parcial de contratos por motivos de conveniência do Governo ou por incumprimento” [*complete or partial termination of contracts for the convenience of the Government or for default*], prevendo-se no artigo 49.101 que o “contraente público apenas deverá resolver os contratos, seja por incumprimento, seja por inconveniência, quando tal resolução seja no interesse do Governo” e no artigo 49.104 uma série de deveres que o “contratante principal” deve imediatamente cumprir depois de “receber a denúncia escrita [*notice of termination*]” – dispondo-se que apenas nos contratos de muito baixo valor (\$5.000) não deve haver extinção por conveniência.

Há portanto, como pode ver-se, algumas proximidades com o regime dos contratos administrativos do CCP, seja na parte da modificação, seja na parte da extinção por conveniência (não se exigindo, entre outras coisas, que haja um motivo imperioso de interesse público, sendo bastante uma mera conveniência), embora haja igualmente diferenças, e relevantes, pois as modificações e a extinção do contrato devem, *em princípio*<sup>46</sup>, no regime da FAR, constar das cláusulas contratuais, não constituindo

---

<sup>46</sup> Embora haja casos em que, apesar de uma certa cláusula não constar do clausulado, os tribunais consideram que ela deve ter-se como incorporada *ope legis* num contrato governamental. É a chamada *Christian Doctrine*, afirmada no caso *G.L. Christian and associates v. US*, de 1963. Nesse acórdão, o *United States Court of Claims* entendeu que as cláusulas típicas estabelecidas por lei, na FAR, com a qual os cocontratantes se presumem familiarizados, podem considerar-se parte de qualquer contrato federal, mesmo que não constem do seu clausulado. A *Christian Doctrine* não se aplica a todas as cláusulas da FAR, mas apenas àquelas que sejam obrigatórias por lei – ou seja, de inclusão obrigatória – e expressem um traço significativo ou profundamente enraizado de política de contratação pública (“a mandatory clause that expresses a significant or deeply ingrained strand of public procurement policy”). Como observam Ralph Nash / Karen O'Brien-DeBakey / Steven Schooner, *The Government Contracts Reference Book*, CCH Incorporated, 2007 (só se teve acesso a esta edição, a 3ª, mas há já uma 4ª edição, de 2013), pp. 94, “if a mandatory clause that implements fundamental procurement policy is omitted from the contract without a deviation, it is included in

portanto poderes legais, ou sequer inerentes ao estatuto do contrato, como sucede entre nós – embora o facto de se tratar de cláusulas-tipo, digamos assim, de inscrição obrigatória no contrato<sup>47</sup>, e tão densa é a regulação, atenua ou mitigue a referida diferença, ainda assim sensível.

Uma outra diferença resulta de o regime da FAR se aplicar a quaisquer contratos governamentais, sem distinção (desconhecida, como se disse) da sua natureza. O que prevalece, em qualquer circunstância, é o estatuto público da parte que contrata.

**1.3.2.1.** Por outro lado, como a *contract clause* foi a determinada altura interpretada por alguma jurisprudência de forma rígida, cerceando a “liberdade de acção do Governo” – sobretudo nos casos *Fletcher v. Peck*, de 1810, e *Dartmouth Colleague Case*, de 1819, ambos do conhecido juiz Marshall, o primeiro sobre a irrevogabilidade de

---

the contract by operation of the Christian Doctrine. (...) The Christian Doctrine should not be read to mean all procurement regulations have the force and effect of law, it applies only to those regulations that impact a fundamental procurement policy”.

A *Christian Doctrine* tem sido objecto de algumas críticas, como no caso *SJ Amoroso Construction Co. v. US* (1992): “Em primeiro lugar, ao contrário de doutrinas contratuais tradicionais, a doutrina Christian não está ligada à intenção das partes (...). A doutrina Christian coloca os Tribunais a interpretar casos através da invocação de uma noção abstrata de “traço significativo ou profundamente enraizado de política de contratação pública” (...), um critério que pode ser associado a tudo ou a nada, e como tal é inerentemente imprevisível. O propósito da doutrina Christian, além disso, não parece ser a resolução de litígios entre partes contratuais, mas antes impedir que a função administrativa usurpe a função legislativa”. Por outro lado, “em virtude do seu papel dominante no mercado, o Governo atribui rotineiramente privilégios a si mesmo – tal como o direito de resolver o contrato por conveniência sem qualquer penalização – que não estão na disponibilidade das outras partes e que de facto raramente ou nunca seriam vistas num contrato paritário entre privados. Não se vê razão alguma para conceder gratuitamente ao Governo uma posição contratual ainda mais favorável, sobretudo quando essa posição se baseia em noções abstratas de ‘política pública’; fazê-lo sabe mais a governo autocrático do que a liberdade contratual”.

Ver também, sobre a *Christian Doctrine*, José Luis Meilán Gil, *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, 2008, pp. 70 e 71.

<sup>47</sup> As cláusulas sobre a *termination for the convenience of the Government* são obrigatórias na generalidade dos contratos (artigo 49.502).



uma concessão de terras dada pelo Estado de Geórgia, o segundo sobre a irrevogabilidade da criação (e inalterabilidade dos estatutos) de uma universidade, considerada uma *corporation charter*, ou seja, como uma pessoa colectiva criada por contrato para a realização de determinados fins públicos<sup>48/49</sup> —, começou a considerar-se que as matérias das políticas públicas não podiam ficar dependentes de “*drafting devices*”<sup>50</sup> e a reconhecer-se o “*principle of the necessity for effective government*”<sup>51</sup>, tornando o contrato mais permeável aos interesses do poder público contratante, mais concretamente, a faculdade de ele *impair the contract obligation*, sobretudo quando estejam em causa serviços públicos ou de interesse económico (*public utilities corporations*)<sup>52</sup>.

Para o efeito, são convocados vários tópicos ou ideias, como a *rule of strict construction*, o *eminent domain*, o *police power* ou o *general welfare*, mas sempre com a finalidade de afirmar que a Administração, quando contrata, nem sempre “*has divested of its powers*”<sup>53</sup>.

Um exemplo, portanto, de como, mesmo em sistemas que desconhecem a figura dos contratos administrativos e que se fundam na tese contratualista, submetendo os contratos das entidades públicas (os *government contracts*) ao direito privado, à *common law*, o facto de neles irem envolvidos interesses públicos acaba por moldar a respectiva relação entre as partes, tornando-a, na sua substância, diferente da relação contratual entre particulares.

---

<sup>48</sup> Assim, já em 1954, John David Bawden Mitchell, *The contracts of Public Authorities – A Comparative Study*, Londres, p. 85 e 86.

<sup>49</sup> E uma irrevogabilidade e inalterabilidade perpétuas, note-se, pois a “*corporação*” tinha sido criada sem prazo.

<sup>50</sup> Mitchell, *The contracts*, p. 85.

<sup>51</sup> Mitchell, *The contracts*, p. 86.

<sup>52</sup> Ver, sobre esta matéria, Mitchell, *The contracts*, p. 87 e seguintes, e Meilán Gil, *La estructura*, pp. 67 e seguintes.

<sup>53</sup> Ariño Ortiz, *Estudio-Prólogo. Contrato del Estado y common law*, separata da obra *Doctrina del contrato del Estado*, de Jose Ignacio Monedero Gil, Instituto de Estudios Fiscales, 1977, p. 32.

E como não há aí separação ou diferenciação de categorias de contratos – são quaisquer uns, desde que se encontre neles uma razão ligada ao *general welfare* –, é também um exemplo de como, com algumas alterações de regime, o *requiem* pode ser proposto, não tanto para a figura dos contratos administrativos, mas para a categoria dos contratos privados da Administração Pública, não se justificando a sua subsistência se e na medida em que se entenda dever haver um regime especial para todos os contratos celebrados por estruturas administrativas.

**1.4.** Um outro factor de potencial instabilidade do contrato administrativo passa, paradoxalmente, pelo seu próprio sucesso enquanto instrumento ao serviço da Administração Pública, ou seja, como “procédé d’action publique”<sup>54</sup>.

Como tivemos oportunidade de dizer noutro lugar, o contrato tem vindo a transformar-se numa “categoria jurídica voraz”, desenvolvendo-se em termos exponenciais, nas mais diversas áreas e para a realização das mais distintas funções e finalidades, desdobrando-se em tipos e subtipos legais ou em categorias doutrinárias, propostas para dar um enquadramento mínimo à extrema variedade e heterogeneidade que hoje o conceito representa. Já não se trata apenas, portanto, como outrora, de, em função de espécies contratuais mais ou menos conhecidas, saber se a determinado acordo devia ser reconhecida natureza privada ou administrativa, para lhe aplicar o correspondente regime. Trata-se agora de, depois de um primeiro momento de qualificação da sua natureza primária, arrumar ou qualificar as diferentes espécies administrativas, em função de um traço comum (embora, também ele, desenhado segundo diferentes critérios), para tentar descobrir um regime jurídico que lhes seja adequado.

É verdade que em qualquer sistema jurídico que admita a dicotomia contratos

---

<sup>54</sup> Yves Claisse, “Qu’est-ce que la technique contractuelle?”, *Contrats Publics*, nº 129, 2013, p. 62.

administrativos / contratos privados, a qualificação de um certo objecto pode encerrar dificuldades de tomo. E se já era assim, embora em menor medida, quando as diferentes espécies de contrato administrativo se encontravam tipicamente enunciadas na lei<sup>55</sup>, quando se passou a recorrer a uma fórmula de qualificação genérica, com recurso a uma cláusula geral – como aconteceu no período de vigência do ETAF de 1984 e, mais tarde, em 1991, com o CPA (em que era considerado contrato administrativo “o acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa”) –, as incertezas crescem inevitavelmente, mais não fosse porque os próprios critérios para aferir da administratividade de uma relação contratual (que, bem vistas as coisas, acabam, em certa medida, por ser os critérios utilizados para separar o direito privado do direito administrativo) são vários e discutíveis<sup>56</sup>.

O maior problema não resulta porém apenas daí, mas do facto de o respectivo conceito ser hoje, como se disse, *omnicomprensivo* e de abranger esquemas contratuais oriundos de sistemas jurídicos muito diferentes, quebrando irremediavelmente a *lógica interna* uniforme que presidia tradicionalmente à figura do contrato administrativo, fazendo-o perder a sua homogeneidade e coerência intrínseca.

#### 1.4.1. Esta omnicomprensividade do conceito de contrato administrativo não pode

---

<sup>55</sup> Como sucedia, ou era defensável que sucedesse, no contexto do §2º do artigo 815º do Código Administrativo de 1936/40 (sobre a controvérsia, ver, por exemplo, Freitas do Amaral, *A utilização do domínio público pelos particulares*, 1965, p. 187 e ss., Sérvulo Correia, *Contrato administrativo*, DJAP, 1990, vol. III, p. 66 e ss., e Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, 1980, p. 641 e ss.

<sup>56</sup> Como observava Sérvulo Correia, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, 1987, p. 359, a “fórmula deixa em aberto a questão de saber quando ou como um contrato cria, modifica ou extingue uma relação jurídica de direito administrativo”. Mostravam a mesma preocupação Mário Esteves de Oliveira / Pedro Gonçalves / Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 1997, p. 810.

deixar de ter consequências metodológicas. A principal das quais é a de em certa medida impedir generalizações muito amplas no tratamento desta figura, porque aquilo que se pretende afirmar como característica do contrato administrativo pode ser válido para um desses tipos, mas não para os restantes, o que acaba por provocar dúvidas e incertezas na elaboração de uma teoria geral do contrato administrativo. E impede ou dificulta também a tentativa de procurar “o” factor da administratividade dos contratos da Administração Pública, pois se é diferente a lógica e a *ratio* dos diferentes tipos, pode também ser diferente o motivo da sua administratividade.

1.5. Além da sua omnicomprensividade, acentuada hoje, em nossa opinião, pelo modo como o legislador definiu os vários critérios da administratividade do contrato (artigo 1º/6 do CCP)<sup>57/58</sup>, um terceiro factor da complexidade do regime do contrato administrativo passa hoje pela existência de mais duas grandes categorias de contratos da Administração Pública, a saber, os contratos privados e os contratos públicos.

Os contratos privados da Administração Pública opõem-se aos contratos administrativos, sendo, tal como esta, uma categoria relevante para efeitos do sistema jurídico nacional. Os contratos públicos são uma categoria distinta daquelas outras duas, no sentido de que é função de um diferente critério, e relevam

---

<sup>57</sup> Quase ao ponto de não se saber, com Mário Aroso de Almeida, “que contratos da Administração Pública ainda são, afinal, contratos de direito privado” (“Contratos Administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia*, II, Lisboa, 2010, pp. 818).

<sup>58</sup> Ver, sobre esses critérios de qualificação do contrato administrativo, Mark Kirkby, “Conceito e critérios de qualificação do contrato administrativo – um debate académico”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia*, II, Lisboa, 2010, pp. 759 e seguintes, Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, p. 407 e ss, e Mário Aroso de Almeida, “Apontamentos sobre o contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, *Revista dos Contratos Públicos*, nº 2, 2011, 5 – 34.

essencialmente para efeitos do direito da União Europeia<sup>59</sup>.

Os termos em que se estabelece a distinção entre as três categorias de contratos são simples de enunciar: um contrato privado não pode ser administrativo e pode ser público ou não (sê-lo-á se for uma locação ou aquisição de bens móveis ou uma aquisição de serviços); um contrato administrativo não pode ser privado e pode ser público ou não (sê-lo-á se for uma locação ou aquisição de bens móveis, uma aquisição de serviços, uma empreitada de obras públicas, uma concessão de obras públicas ou uma concessão de serviços públicos); um contrato público é necessariamente será um contrato administrativo ou um contrato privado.

O problema é que o legislador nem sempre toma em devida consideração esta segmentação – que é a única que permite alguma clareza e sistematização – e (i) pretende qualificar como públicos contratos que não o seriam (ii) e estabelece regras que aparentemente deviam aplicar-se apenas a uma dessas categorias e estende-as a outra.

Exemplo do primeiro caso encontra-se logo no artigo 1º/2 do CCP, onde se dispõe que “o regime da contratação pública estabelecido na parte II do presente Código é aplicável à formação dos contratos públicos, entendendo-se por tal todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código”. Além de ser uma norma dispensável (porque não adianta o que quer que seja à regulação da contratação pública) e contraditória com o regime das entidades do artigo 2º/2 e do artigo 7º (que só estão sujeitas ao regime do CCP quando celebrem contratos cujas prestações sejam subsumíveis num dos cinco tipos de contratos referidos no artigo 6º/2 ou no artigo 11º), não é também uma norma conceitualmente correcta, pois, além de outras razões, há contratos celebrados pelas entidades do artigo 2º/1 que, embora sujeitos

---

<sup>59</sup> Sobre as diferentes categorias e classificações de contratos públicos, ver Maria João Estorninho, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, pp. 331 e ss

às regras concorrenciais do CCP (que, nesse caso, serão, nos termos do artigo 16º, todos aqueles cujas prestações sejam passíveis de serem submetidas à concorrência), não se subsumem nas categorias comunitárias, logo, não deviam ser qualificados como contratos públicos.

Exemplo do segundo caso encontra-se nas normas do artigo 313º, número 1, segunda parte, e número 2, que, apesar de estarem postas apenas para os contratos administrativos, verdadeiramente, não respeitam a esses contratos, mas a todos (privados ou administrativos) quanto tenham sido celebrados na sequência de um procedimento concorrencial ou, se essa norma encontrasse a sua razão de ser no regime comunitário, aos contratos públicos. Com efeito, se tal norma quer tutelar os interesses da concorrência, o factor-chave não é “contrato administrativo”, mas qualquer contrato que tenha passado pelo crivo da concorrência<sup>60</sup>.

É verdade que os contratos administrativos, por estarem directamente ao serviço do interesse público e por neles haver o tal poder de modificação unilateral, poderão suscitar questões mais específicas ou mais problemáticas quando se convoca o tema da protecção da concorrência, ou seja, quando se confronta a tutela do interesse público (premente, por definição, nos contratos administrativos) e a tutela dos interesses da concorrência, mas, das três, uma: (i) ou se toma em consideração este

---

<sup>60</sup> Também neste sentido, Pedro Costa Gonçalves, “Gestão”, p. 46, em nota. No entanto, em *Direito*, p. 569, o referido autor parece restringir a aplicação do artigo 313º, no quadro dos contratos administrativos, aos contratos administrativos de colaboração, posição com que não concordamos. A norma deveria valer para quaisquer contratos administrativos que tenham sido antecedidos de procedimento concorrencial e, embora relativamente às entidades dos artigos 2º/2 e 7º, este diploma só se aplique aos seus contratos de colaboração (ou seja, empreitadas, concessões de obras e serviços públicos, aquisição de bens e serviços), quanto às entidades do artigo 2º/2, o CCP, a sua Parte II (sobre a contratação pública), vale potencialmente para qualquer contrato seu cujas prestações sejam passíveis de serem submetidas à concorrência (ver artigo 16º/2).

Por exemplo, uma concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar (desconsiderando agora o facto de haver lei especial para o efeito) exige as mesmas ponderações entre interesse público e interesses da concorrência, aplicando-se-lhe o regime do artigo 313º do CCP apesar de ser um contrato de atribuição (quando, naturalmente, seja antecedido de um procedimento concorrencial).

dado e desenha-se para os contratos administrativos um regime especial no que respeita à harmonização dos interesses da concorrência e do interesse público, solução que nos parece difícil a partir do momento em que o tratamento do problema foi assumido pelas instituições da União Europeia; (ii) ou se desconsidera em absoluto a figura do contrato administrativo na regulação do tema e desenha-se um regime válido para todos os contratos públicos, digamos assim, ou para todos os contratos da Administração Pública (ou de quem actua em sua substituição), embora nas diferentes matizes que esse regime possa ter ou, mais provavelmente, nas diferentes ponderações a que há lugar quando se questiona a admissibilidade de uma certa modificação possa abrir-se espaço para uma consideração especial das razões de interesse público que justificam a modificação ou para os interesses públicos que ficam em xeque se ela não tiver lugar — solução que, ainda assim, é uma forma indirecta (não mais do que isso) de tomar em consideração a figura do contrato administrativo.

De qualquer forma, e independentemente da resposta que se tenha por adequada a este problema, a verdade é que — e era este o ponto que importava sublinhar — as normas do artigo 313º, número 1, segunda parte, e número 2, não se aplicam apenas, pese embora a sua inserção sistemática, aos contratos administrativos (nem de resto a todos os contratos administrativos, mas isso o legislador também não o disse).

Aliás, não são apenas essas normas, mas também as do artigo 314º (sobre o *fait du prince* e a imprevisão) que, em rigor, é duvidoso que se apliquem, apenas aos contratos administrativos. A imprevisão porque, como se disse, é tributária da teoria geral do direito dos contratos; o *fait du prince* porque, embora estudado entre nós a propósito dos contratos administrativos (o mesmo acontecendo em sistemas jurídicos de que, nestes assuntos, somos próximos) e sendo aí que tem o seu campo mais privilegiado de aplicação — justamente pela ligação do contrato administrativo às matérias de interesse público —, é um tema que, *em tese*, poderia ser posto a propósito

de todas as situações em que um cocontratante é afectado por um acto da Administração Pública contratante, pois esta, através do exercício dos seus poderes de normação geral, pode interferir negativamente tanto nos contratos administrativos que haja celebrado, como nos privados.

## **2. Vicissitudes contratuais num contexto de manutenção do contrato: apresentação de um tema clássico pleno de actualidade**

**2.1.** A tomada de posição do legislador, em 2008, estabelecendo o regime geral dos contratos administrativos e regulando pela primeira vez entre nós figuras clássicas cujos contornos não se antevia fossem esclarecidos, por mais tempo que passasse, como o *fait du prince*, ou prevendo uma disciplina mais abrangente para figuras que, embora de contornos definidos há mais tempo, careciam de uma actualização e também de uma regulamentação que ponderasse o factor “concorrência”, como sucede com o poder de modificação unilateral, poderia ter permitido que, a partir daí, se sedimentasse mais rapidamente o seu regime de uma e outra.

Engano. O poder de modificação unilateral, depois de um período de relativa estabilização, começou a sofrer o choque da pressão do direito da União Europeia. Por sua vez, o *fait du prince* continua a revelar a sua complexidade, seja porque há, no seu regime legal, factores estranhos, oriundos de outro instituto clássico (da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias), que tornam a figura um pouco híbrida, seja porque, em obras e artigos de autores portugueses, se mantêm divergências assinaláveis sobre as respectivas fronteiras.

São estas, no quadro das vicissitudes num *contexto de manutenção do contrato*, o objecto do nosso estudo — vicissitudes que vamos estudar apenas por referência aos contratos administrativos cujas prestações se traduzam numa aquisição de serviços ou bens, numa empreitada ou numa concessão de obras ou serviços públicos, não



apenas por serem os mais comuns, mas por serem neles que há sobreposição de regime de direito nacional e de direito da União Europeia. São, portanto, de um lado, as compras ou encomendas públicas (como lhes chamava Orlando Carvalho) e, do outro, as concessões translativas (ou pelo menos parte delas), ou seja, as “concessões” na terminologia da União Europeia. São, numa imagem que serve para traduzir a sua importância económica, os *big five* da contratação pública.

**2.2.** Embora significativamente diferentes, como se verá, não deixa de haver pontos de contacto entre o poder de modificação unilateral e o *fait du prince*, que, de alguma forma, justificam o seu tratamento numa mesma obra.

Por um lado, com fundamentos diferentes, embora às vezes com efeitos similares, as duas figuras são uma manifestação ou resultado da “lógica da função” presente no segmento administrativo do contrato. Como se sabe, no regime jurídico do contrato administrativo, a *lógica da função* (administrativa) introduz variações ou perturbações, mais ou menos sensíveis, na *lógica do pacto* (da consensualidade ou da paridade)<sup>61</sup>.

Entre nós, as marcas mais impressivas dessa lógica da função encontra-se na atribuição ou reconhecimento, ao contraente público, em certos contratos, de poderes públicos contratuais postos para garantir a “permanente disponibilidade do interesse público contratualizado por quem é político-administrativamente responsável, perante a colectividade, pela sua eficiente satisfação”<sup>62</sup>. Mais concretamente, a lógica da função expressa-se aí através da presença de poderes públicos que funcionam

---

<sup>61</sup> Assim, Liberati, *Consensus e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, 1996, pp. 71, 156 e 264. Ver, também, sobre o tema, Rodrigo Esteves de Oliveira, *Autoridade e consenso no contrato administrativo*, 2001, inédito, pp. 64 e ss., “O acto administrativo contratual”, CJA, nº 63, pp. 3 e ss, e Pedro Gonçalves, *O contrato administrativo*, Almedina, 2003, pp. 102 e ss.

<sup>62</sup> Rodrigo Esteves de Oliveira, *Autoridade e consenso*, p. 25.

como “garantia principal da *permanente disponibilidade do interesse público contratualizado* (é para isso que servem os poderes de modificação unilateral, de direcção, de rescisão sancionatória e de rescisão por imperativo de interesse público)” e através de poderes públicos “instrumentais, e por isso igualmente necessário, de *supervisão e controlo* (poderes de fiscalização e de direcção) e de *contínua compulsão* (em regra, por via das multas contratuais), rapidamente efectiváveis”<sup>63</sup>.

Assim, apesar de o contrato ser essencialmente um “*acto de previsão*”<sup>64</sup>, destinado a regular o futuro das relações entre as partes e, nessa medida, se exigir, por um lado, estabilidade do vínculo (sob pena de ele não cumprir essa sua função) e, por outro lado, capacidade de previsão às partes, para que o contrato possa ser um instrumento intrinsecamente dinâmico, a verdade é que, no direito administrativo, o contrato é “*une chose vivante*”<sup>65</sup> por sua própria natureza ou, ao menos, à revelia de qualquer previsão contratual nesse sentido.

É nisso que se traduz o poder de modificação unilateral, essa expressão da *lógica da função contratual* que permite à Administração Pública uma contínua actualização do contrato às exigências do interesse público.

O *fait du prince*, por sua vez, representa, em certo sentido, a “submissão” do contrato administrativo à *lógica da função extracontratual*, ou seja, ao facto de o contrato estar exposto, seja no seu próprio conteúdo, seja nas suas circunstâncias ou ambiente próximo, aos impactos e alterações resultantes do exercício dos poderes públicos gerais (normativos ou não) que o contraente preserva apesar de ter celebrado o contrato. É justamente a esses momentos em que o contraente público “se descobre

---

<sup>63</sup> Rodrigo Esteves de Oliveira, *Autoridade e consenso*, p. 164.

<sup>64</sup> Hervé Lecuyer, “Le contrat, acte de prévision”, *L'avenir du droit, Mélanges F. Terré*, PUF, 1999, p. 643.

<sup>65</sup> Para utilizar a expressão de Demogue, *apud* Hélène Hoepffner, “La modification des contrats de la comande publique”, *RFDA*, 2011, nº 1, p. 98.

Príncipe”<sup>66</sup>, a outra *face de Jano*, que se reporta a hipótese da alínea a) do artigo 314º/1.

Estamos bem conscientes que se trata de um conceito obsoleto, mas, como veremos adiante (ponto 13), enquanto “instrumento de gestão das áleas susceptíveis de afectar a execução do contrato administrativo”, o *fait du prince*, por um lado, repousa em proposições juridicamente sãs e, por outro lado, é um instituto que tem vivência prática, actual, por força de um Estado que se tornou um “turbo-legislador” e que se assume cada vez mais um agente regulador da economia.

O poder de modificação unilateral e o *fait du prince* constituem, assim, duas *constantas* sobre o tema da *permeabilidade* do contrato administrativo<sup>67</sup>, no sentido de que são dois institutos que têm marcado, desde sempre, o seu regime.

Por outro lado, são, ambas, figuras que não conhecem paralelo no direito comum dos contratos (o poder público de modificação em nenhum outro contrato do nosso sistema jurídico, o *fait du prince* ao menos nos contratos celebrados entre particulares, se se entendesse que a figura pode ser estendida aos contratos privados da Administração Pública). Por outras palavras, e reportando-nos aos contratos de

---

<sup>66</sup> A expressão é de Maurice Hauriou, citado por P. Terneyre (*Responsabilité*, pp. 150 e 151), que afirmava o seguinte a propósito da subsistência dos poderes extracontratuais do contraente público: “existe *fait du prince* quando uma administração pública, estando comprometida com um particular por um desses contratos que envolvem a execução de serviços públicos, fornecimentos ou obras públicas, efectua uma alteração ao contrato por um desses actos onde se revela a autoridade pública independente [...]; *c’est donc le fait de la puissance publique, qui, après avoir condescendu à traiter, à marchander, à se lier, tout à coup se retrouve «Prince»*, é dizer «absoluto» no sentido originário do termo, isenta de qualquer vínculo, e aí em circunstâncias tais que essa manifestação de poder absoluto é capaz de modificar os elementos da relação contratual que a autoridade pública antes tinha consentido que se estabelecessem”.

<sup>67</sup> É verdade que a noção de *fait du prince* não é desconhecida do direito privado, mas ele tem aí normalmente o sentido de acto de terceiro, poder público, que torna a execução do contrato impossível, sendo portanto uma variante do caso de força maior (força maior por facto da natureza e força maior por facto de terceiro). Assim, Christophe Guettier, *Droit des contrats administratifs*, 2004, PUF, p. 463, e Fanny Luxembourg, “Le Fait du Prince: convergence du droit privé et du droit public”, *La Semaine Juridique, Juris Classeur*, nº 8, 2008, p. 119.

direito interno, não há outro contrato senão o administrativo que possa ser modificado por acto administrativo de um dos contraentes e não há outro contrato senão ele (com a ressalva acima referida) que esteja sujeito aos poderes públicos gerais de uma das partes.

**2.3.** Sendo este o objecto principal do nosso estudo, não se deixará, em primeiro lugar, por ser, em parte, um tema paralelo, de tratar também das *restantes modificações objectivas*, é dizer, das modificações aos termos e condições do contrato não relativos às partes, mesmo que não resultantes do poder de modificação unilateral, como a modificação por acordo dos contratantes, por decisão judicial e por lei, além de uma abordagem às mais recentes novidades constantes do pacote das directivas dos contratos públicos de 2014, onde se antecipam novas *tendências* na matéria e que, em termos quase inéditos, vieram colocar o problema da modificação do contrato (celebrado na sequência de um procedimento concorrencial) na linha da frente das atenções da doutrina jusadministrativa europeia dedicada aos contratos públicos.

Quando John D. B. Mitchell escreveu, em 1951, um artigo sobre “*Recent Trends in the English Law of Contract*” disse, de forma avisada, que “anyone who writes of recent trends exposes himself to two main dangers. *The trend may well only exist in the mind of the writer; in such matters it is easy for personal prejudices to affect judgment. Secondly the trend may prove to be nothing more than a temporary wandering from well known paths, which are soon to be resumed*”<sup>68</sup>. Esperando não estar a cair no primeiro, não é provável também que se corra o risco apontado em segundo lugar: as limitações à modificação dos contratos resultantes em geral de uma espécie de eficácia póstuma dos vínculos resultantes do procedimento anterior de contratação

---

<sup>68</sup> John David Bawden Mitchell, “Recent Trends in the English Law of Contract”, *Annual Law Review*, vol. 2, University of Western Australia Law Review, 1951, p. 245.

pública não apenas são juridicamente legítimas e compreensíveis, como não se antevê que venham a mudar substancialmente de fisionomia nos próximos tempos.

Não se pretende dizer com isto que as fórmulas desenhadas nas directivas de 2014 para encontrar um equilíbrio entre o interesse na modificação do contrato — que pode ser especialmente relevante quando estejam em causa contratos administrativos e, dentro destes, com destaque para as concessões de obra ou serviço públicos — e os interesses em que o contrato seja essencialmente executado nos termos em que foi submetido à concorrência só pudessem ser as que nelas se encontram e não esteja portanto, num futuro não muito longínquo, novamente em cima da mesa a ponderação sobre a adopção de soluções mais restritivas ou mais permissivas na matéria. Aliás, não deixa de ser curioso observar as reacções contraditórias a propósito das soluções actuais das directivas, havendo quem as tenha por demasiadamente permissivas (é sobretudo o caso de alguma doutrina espanhola e francesa) ou, diversamente, quem as considere demasiadamente restritivas, pondo em xeque o poder de modificação unilateral ou o interesse público subjacente aos contratos administrativos, passando por leituras mais extremadas que concluem haver hoje uma “presunção de impermeabilidade” do contrato público, que, a nosso ver, é algo que manifestamente não se encontra nas directivas de 2014.

No entanto, e como se dizia, além de estarmos a falar daquela que é a primeira abordagem do direito derivado da União Europeia sobre o tema da modificação dos contratos públicos, *o fenómeno de progressiva europeização da fase de execução dos contratos traz consigo alguns factores de potencial administrativização dos contratos (públicos) privados da Administração Pública*. Apesar de haver mais sinais desses, deixam-se aqui dois exemplos. As directivas vêm, em primeiro lugar, permitir que, em algumas hipóteses, haja modificações aos contratos públicos (que podem ser, entre nós, normais contratos privados) por conveniência da entidade contratante. Significa isso que o princípio *pacta sunt servanda* vai ser posto em xeque também aí?

Em seguindo lugar, prevê-se igualmente nas directivas que as entidades contratantes possam resolver um contrato, em condições a fixar pelos direitos internos dos Estados-membros, quando haja razões de interesse público na sua modificação e ela não seja possível. Vão agora os contratos privados da Administração Pública também poder ser resolvidos quando não possam ser modificados?

As perguntas ficam em aberto, até porque, em certa medida, a solução cabe ao legislador das leis de transposição, mas são sinais de que os contratos administrativos não tendem a “privatizar-se” ou a “civilizar-se”; são os contratos privados (da Administração Pública) que tendem a “administrativizar-se”.

**2.4.** Relativamente ao *fait du prince*, ele será tratado, por um lado, no contexto da *manutenção do contrato* e, por outro lado, nos termos em que foi acolhido pelo Código dos Contratos Públicos, como decisão imputável ao contraente público, adoptada fora do exercício dos seus poderes contratuais, que *altera as circunstâncias* de um contrato que ele havia celebrado, sem prejuízo de se procurar dar uma resposta ao outro “facto do príncipe”, àquele que modifica o contrato propriamente dito e não as suas circunstâncias.

Não farão parte das nossas principais preocupações, portanto, desde logo, as *vicissitudes extintivas*, sejam elas especificamente administrativas (como a *resolução por motivos de interesse público* ou próprio *fait du prince*, quando seja causa da extinção do contrato administrativo<sup>69</sup>) ou sejam figuras do direito geral dos contratos (como o *caso de força maior*), da mesma forma que não vamos estudar a *imprevisão*, uma vez que, embora possa colocar-se também no quadro das vicissitudes no contexto da *manutenção do contrato*, não é uma alteração imputável a uma decisão do contraente

---

<sup>69</sup> Matéria que mereceu a atenção especial de Cláudia Saavedra Pinto, *O Facto do Príncipe e os contratos administrativos (reflexão sobre o instituto do Facto do Príncipe e a tutela do cocontratante da Administração em caso de extinção do contrato administrativo)*, 2012, pp. 13 e ss.

público.

Em segundo lugar, não estudaremos as modificações ou *vicissitudes subjectivas*, ou seja, as modificações relativas aos sujeitos da relação contratual, onde se incluem os temas da execução pessoal do contrato, da cessão da posição contratual pelo contraente público, da cessão da posição contratual pelo lado do cocontratante, da subcontratação e, em certas ocasiões, do *step in* das entidades financiadoras, bem como, embora já num outro plano, das alterações societárias, matérias que são tratadas no artigo 288º e nos artigos 316º e seguintes do CCP.

Embora tenham algumas especificidades de regime, nem sempre necessariamente administrativas — no sentido de que sejam temas substancialmente ligados aos contratos administrativos —, a verdade é que convocam problemas de ordem muito diversa da modificação objectiva, o que levaria a que o seu tratamento dividisse este nosso estudo em dois, digamos assim<sup>70/71</sup>.

---

<sup>70</sup> No entanto, é justo sublinhar que o tema das modificações subjectivas conheceu recentemente um interesse inédito por parte da doutrina.

O primeiro factor é de ordem comunitária e resulta da circunstância de as modificações subjectivas suscitarem problemas no plano dos interesses da concorrência, da contratação pública, e terem também, tal como as modificações objectivas, sido objecto de regulação no pacote das directivas da contratação pública de 2014. O segundo factor é de ordem nacional (infelizmente...) e resulta da crise que desde 2008 ou 2009 se abateu sobre o nosso país (que atingiu o seu ponto alto em Maio de 2011, com o pedido de resgate financeiro) e que conduziu à falência ou insolvência tantas e tantas empresas, que, do ponto de vista do direito público, colocou o problema de saber que efeitos teria esse facto nos contratos que tais empresas celebraram com a Administração Pública.

Sobre o tema das modificações subjectivas, ver Gonçalo Carrilho, *Insolvência e Contratação Pública: Brevíssimas Notas*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75, Lisboa, Jul./Dez. 2015, pp. 853 a 855, Mário Aroso de Almeida, "Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010, pp. [...], Diogo Duarte Campo / Carla Machado, "Um por todos e todos por um? Efeitos da insolvência em agrupamento de concorrentes", *Estudos de Contratação Pública*, CEDIPRE, vol. IV, Coimbra Editora, 2013, [...], Sérvulo Correia, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina, 1987, pp. 343 e ss., Vera Eiró, "Contratos públicos e insolvência. Uma primeira aproximação", *Actas do VI Encontro de Professores de Direito Público portugueses*, pp. 171 a 173 (disponível em

[http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook\\_encontrospd\\_31out2013a.pdf](http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrospd_31out2013a.pdf)), Pedro Costa Gonçalves, “Acórdão Priesstext: modificação de contrato existente vs adjudicação de novo contrato”, *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 73, 2009, p. 16, “Gestão de contratos públicos em tempo de crise”, *Estudos de Contratação Pública*, CEDIPRE, Vol. III, Coimbra Editora, 2010, pp. 28 e ss., *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 576 e seguintes, Kirstian Hartlev / Morten Liljenbol, “Changes to existing contracts under the EU Public Procurement Rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender”, *Public Procurement Law Review*, n.º 2, 2013, p. 16, Pierre Pintat / Melanie Vernet, “Passation des marchés et droit des entreprises en difficulté: un équilibre à parfaire”, *Revue Contrats Publics*, Groupe Moniteur, n.º 127, 2012, pp. 26 a 29, Hans-Joachim Pries, “The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive”, *PPLR*, n.º 3, 2014, p. 118, Isabel Fernández, Torres, “Algunas consideraciones en torno a los efectos del concurso sobre los contratos del sector público”, *REDA*, n.º 14, 2009, Editorial Civitas, pp. 511 e ss., Steen Treumer, “Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission’s proposals of December”, *PPLR*, n.º 5, 2012, pp. 157 e ss, e “Transfer of contracts covered by the EU Public Procurement Rules after insolvency”, *PPLR*, n.º 1, 2014, pp. 29 e 30, Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement (Regulation in the EU and UK)*, Thomson Reuters, London, 2014, pp. 592 e ss. e 602 e ss.

Na jurisprudência, pode ver-se o acórdão do TJUE de 13.04.2010, C-91/08 (conhecido como acórdão *Wall AG*), em que estava em causa uma mudança de subcontratante, e o acórdão do mesmo tribunal de 19.06.2008, C-454/06, conhecido como acórdão *priesstext*, em que, entre outras situações, se analisou a questão de saber se há ou não uma alteração essencial do contrato quando uma entidade adjudicante aceita que a execução de uma parte do contrato público seja transferida para uma filial do adjudicatário, que este último detém a 100% e que é por ele dominada como se estivesse em causa um serviço seu, designadamente, quando o adjudicatário podia, mais tarde, alienar a terceiros participações sociais na filial.

<sup>71</sup> No texto referimo-nos às modificações subjectivas enquanto um tema do contrato, mas o fenómeno podem igualmente ocorrer, naturalmente, em sede de procedimento de contratação pública, designadamente, do lado dos concorrentes ou candidatos.

Sobre o assunto, julgamos que o primeiro acórdão do TJUE sobre a matéria foi tirado em 23.01.2003 (C-57/01), conhecido como acórdão *Makedoniko Metro*, nos termos do qual “a Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, não se [opunha] a uma regulamentação nacional que proíbe a modificação da composição de um agrupamento de empresas que participa num processo de adjudicação de uma empreitada de obras públicas ou de uma concessão de obras públicas após a apresentação das propostas”.

Mais recentemente, pode ver-se o acórdão do TJUE de 24.05.2016 (C-396/14), conhecido como acórdão *Højgaard / Züblin*, em que estava em causa saber se um agrupamento de duas sociedades admitido, nessa qualidade, como proponente, e tendo apresentado proposta também nessa qualidade (aliás, duas, prevendo o concurso que fossem apresentadas, em fases diferentes, três), poderia, no caso de uma das sociedades ter sido declarada insolvente, ser substituído pela outra sociedade, e se esta poderia apresentar, em nome próprio, uma terceira proposta, que veio a ser a vencedora.



**2.5.** A alteração das circunstâncias do contrato gira em torno de várias figuras cujos contornos são controvertidos na doutrina, podendo mesmo dizer-se que, até à entrada em vigor do CCP – que trouxe uma nova regulação na matéria –, o problema se vinha complicando na doutrina, e desde há muito.

As mutações ou vicissitudes contratuais são um tema clássico do direito e, em

---

O TJUE entendeu que sim, ou seja, decidiu que “o princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos [...] deve ser interpretado no sentido de que uma entidade adjudicante não viola esse princípio quando autoriza um dos dois operadores económicos que integravam um agrupamento de empresas que foi, enquanto tal, convidado por essa entidade a apresentar uma proposta a substituir-se a esse agrupamento na sequência da dissolução deste e a participar, em nome próprio, num procedimento por negociação para adjudicação de um contrato público, desde que esteja assente, por um lado, que esse operador económico satisfaz por si só as exigências definidas pela referida entidade e, por outro, que a continuidade da sua participação no referido procedimento não acarreta uma deterioração da situação concorrencial dos demais proponentes”.

As conclusões do advogado-geral nesse processo, embora apontassem correctamente o princípio geral na matéria (“em princípio, deve existir uma identidade jurídica e material entre o operador económico pré-seleccionado num procedimento de adjudicação de um contrato com pré-seleção e o operador económico que apresenta a proposta no âmbito do mesmo procedimento”) eram depois demasiadamente restritivas e, em grande medida, não se justificavam. Dizia ele que, numa situação em que dois operadores económicos constituíram um agrupamento sob a forma de uma sociedade comercial com o objetivo de participar num procedimento de adjudicação de um contrato público e um deles, após a pré-seleção do agrupamento, mas antes da adjudicação do contrato, é objeto de um processo de insolvência, sendo o agrupamento dissolvido, o artigo 10º da Diretiva 2004/17 deve ser interpretado no sentido de que compete à autoridade adjudicante, com base numa análise in concreto, assente em todos elementos de facto de que disponha, verificar se uma eventual autorização para prosseguir a participação no procedimento em substituição do agrupamento, concedida ao membro restante deste, que não tinha sido inicialmente pré-seleccionado, cria uma situação em que os proponentes não se encontrem em pé de igualdade de oportunidades durante o procedimento, designadamente ao formularem as suas propostas. Será esse o caso, especificamente, se o membro restante do agrupamento tiver podido tomar decisões no âmbito do procedimento de adjudicação do contrato com base em informações de que os outros proponentes não dispunham no momento em que tiveram que tomar a mesma decisão e se tiver disposto da possibilidade, após a abertura do procedimento, de acolher elementos chave para a realização do projeto de que não dispunha no momento em que deveria ter sido pré-seleccionado”.

Sobre a *subcontratação*, merece especial referência o recente acórdão do TJUE de 14.07.2016 (C-406/14), conhecido como acórdão *Wroclaw*, onde se entendeu que a Directiva 2004/18/CE “deve ser interpretada no sentido de que uma entidade adjudicante não está autorizada a exigir, mediante uma cláusula contida no caderno de encargos de um contrato de empreitada de obras públicas, que o futuro adjudicatário desse contrato execute, pelos seus próprios meios, uma determinada percentagem das obras objeto do referido contrato”.

especial, do direito administrativo.

O contrato, o principal motor e instrumento da vida económica, assenta a sua valia e perenidade em duas ideias simples: as partes têm liberdade para contratar e para estipular os termos recíprocos da sua futura relação e, salvo algum motivo de ilegitimidade, aquilo que firmaram através desse acordo é para cumprir. É para cumprir porque resulta da autonomia da vontade de cada uma delas – podiam não tê-lo feito ou nos termos em que o fizeram – e porque, se não fosse assim, se não houvesse por parte do Direito a chancela do contratado, não haveria “regulação do futuro” das relações das partes.

Mas o tema das mutações contratuais é igualmente um tema clássico do direito administrativo. Desde logo, porque foi aí, ou, se se preferir, na chamada teoria da imprevisão, que podemos encontrar um dos motivos da emergência da autonomia dos contratos administrativos. Convém recordar que foi justamente sobre a permeabilidade ou não dos contratos ao impacto resultante de eventos imprevistos que surgiu a primeira divergência séria entre a jurisprudência administrativa e a jurisprudência cível francesas. Ali onde os administrativistas chamavam à colação o acórdão *Compagnie générale d'éclairage de Bourdeaux*, de 1916, para justificar a abertura do contrato aos factos imprevistos, ou seja, à necessidade da sua adaptação quando sobrevenha um evento imprevisível que adultere a economia geral do contrato, os civilistas apoiavam-se no igualmente célebre acórdão *Canal de Craponne*, de 1876<sup>72</sup>,

---

<sup>72</sup> Muito resumidamente, o caso subjacente ao referido *arrêt Canal de Craponne* era o seguinte: o dono de um canal de irrigação tinha-se obrigado, por convenção de 1567, a construir e manter esse canal, de que usufruíam várias propriedades vizinhas, recebendo três cêntimos (“sols”) de cada vez que os respectivos proprietários irrigassem os seus campos, pomares, vinhas, prados, etc. Três séculos depois, e por força da enorme desvalorização monetária, o preço revelava-se completamente desactualizado. O proprietário à data do canal, Adam de Craponne, pede aos tribunais que actualizem o preço previsto na convenção, mas a resposta da *Cour de Cassation* é clara: “*La règle que consacre l'article 1134 du Code civil* [“les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”] *étant générale et absolue et régissant notamment les contrats à exécution successive, il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en*

para defender, em litígios também relativos a contratos cujo equilíbrio se havia alterado substancialmente pela 1ª grande guerra, a tese contrária da intangibilidade do contrato inicial, não cabendo aos tribunais ponderar o tempo e as circunstâncias para modificar aquilo que as partes haviam livremente estabelecido<sup>73</sup>.

A par da imprevisão, o *fait du prince* e a *force majeure* colocavam o direito administrativo em situação pioneira e de liderança nos instrumentos de gestão das áreas susceptíveis de afectar a execução dos contratos.

No entanto, e um pouco paradoxalmente, apesar de contarem já com quase um século de estudo profundo, as figuras que gravitam na órbita do tema das vicissitudes contratuais estão longe de terem alcançado fronteiras claras e uma plataforma firme de entendimento sobre aquilo que as caracteriza e diferencia. Não sendo certamente caso único no mundo do Direito, a verdade é que, no específico domínio do direito público, o contrato administrativo tem padecido desse mal em doses maiores do que os outros instrumentos clássicos da actuação administrativa. Criticado por alguns (embora em posição minoritária) na própria razão de ser da sua existência, controvertido na sua qualificação — seja porque se recorria antes a fórmulas genéricas e imprecisas para o efeito (como acontecia com a remissão para o conceito do “acordo de vontades tendente à constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica administrativa”, presente no artigo 9º/1 do ETAF de 1984 e no artigo 178º/1 do CPA), seja porque se recorre a fórmulas pouco experimentadas ou testadas (como sucede no artigo 1º/6 do CCP) —, o contrato administrativo também não tinha uma regulação bem definida, sobretudo na parte que respeitava às vicissitudes contratuais. Aliás, até 2008, e com a excepção do chamado poder de

---

*considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qu'elles ont librement acceptées*” (François Terré / Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 2008, pp. 183 e seguintes).

<sup>73</sup> Assim, Julien Antoine, *La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties*, RFDA, Jan-Fev 2004,

modificação unilateral do contrato – que recebia no CPA uma consagração expressa, um limite tradicional (o “objecto” do contrato) e uma consequência *sui generis* (a reposição do equilíbrio financeiro) –, não havia sequer entre nós uma regulação geral na matéria das mutações contratuais<sup>74</sup>, que ou era deixada à previsão das partes ou obrigava o intérprete e julgador a remeterem-se para a dogmática administrativa sobre a matéria.

Hoje, dispondo de uma regulação legal sobre as vicissitudes contratuais, constata-se que a imprevisão e o caso de força maior deixaram de ser uma figura administrativa, tendo o legislador remetido a sua disciplina para os quadros do direito civil. O *fait du prince*, esse, continua a ser objecto de um regime específico. Assim à primeira vista, dir-se-ia que no artigo 314º/1, alínea a), do CCP o legislador teria consagrado a teoria do *fait du prince* (ou, ao menos, uma certa versão de tal teoria) e no subsequente número 2 a teoria da imprevisão, conjugando-as ou harmonizando-as (ou, por nós, confundido-as) com a versão portuguesa da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias constante, também agora, do artigo 312º, alínea a), em versão similar à que se encontra desde 1966 no artigo 437º do Código Civil.

### **3. As restantes vicissitudes: breve aproximação**

#### **3.1. Considerações introdutórias**

**3.1.1.** Embora não estejam no centro das nossas preocupações, há algumas vicissitudes (extintivas ou não imputáveis ao contraente público) cuja descrição, em termos breves, pode servir para melhor enquadramento do nosso tema. É o caso da *force majeure*, da imprevisão e das chamadas “sujeições imprevistas”, pela importância que têm numa melhor definição das fronteiras do *fait du prince*, e da

---

<sup>74</sup> Só a lei das empreitadas de obras públicas, o único contrato regulado, continha disposições sobre a matéria.

própria resolução por motivos de interesse público, que hoje, com o novo regime das directivas de 2014, passará, como vai ver-se adiante, a ter uma importância prática eventualmente mais sensível do que a que lhe era reconhecida no passado.

Com efeito, em matéria de estabilidade ou instabilidade do contrato administrativo, das suas vicissitudes, podem combinar-se, de um lado, figuras ou princípio de natureza ou base eminentemente contratual e outras de fundamento geral (contratual e extracontratual), até mesmo primário ou essencial, do nosso sistema jurídico – como o princípio da justiça, a equidade, a protecção da confiança, o princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos e a responsabilidade (ou indemnização) pelo sacrifício – e, de outro lado, figuras associadas ao regime dos contratos administrativos (como a modificação unilateral do contrato e o *fait du prince*), que não são, como se disse, objecto de estudo no direito civil, e outras mais associadas, ou entretanto mais associadas, ao regime geral dos contratos, estabelecido no Código Civil, como a alteração superveniente das circunstâncias (com a qual se confunde, ou onde se subsume, a chamada imprevisão).

Como se disse, as duas figuras especificamente administrativas associadas à instabilidade contratual num contexto de subsistência do contrato (a modificação unilateral e o *fait du prince*) são apenas regulados especialmente pela lei administrativa, sem remissão para a lei civil.

Há outros dois casos que, com o CCP, deixaram de poder ser considerados especificamente administrativos: a imprevisão e o caso de força maior. Mais este do que aquela, é verdade, pois a imprevisão terá algumas especialidades de regime sobretudo no plano dos seus efeitos ou consequências, mas, de qualquer forma, parece-nos que o legislador pretendeu justamente reconhecer que tais institutos fazem parte da teoria geral do direito dos contratos, não se justificando assim mais do que a repetição, na lei administrativa, das fórmulas tradicionais, afirmando por essa via a relevância, também aqui, desses institutos, mas não desenhando para eles

um regime especial (com a excepção, repete-se, das consequências típicas da imprevisão). Pode assim dizer-se, relativamente a esses dois casos, que se adoptou aqui a velha regra de prudência lógica (ou, se se preferir, a *Lex Parsimoniae*): *entia non sunt multiplicanda*.

**3.1.2.** A nosso ver, a opção do legislador está essencialmente correcta. A *imprevisão* começou por ser uma figura administrativa porque, ao contrário do que aconteceu com o *Conseil d'État*, que reconheceu aos contratos administrativos um dever de tomar em consideração a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, os tribunais do Estado, durante muito tempo, recusaram aplicar aos contratos entre particulares a cláusula *rebus sic santibus*. O caso imprevisão foi assim ganhando autonomia nesse outro domínio e sendo estudado e aplicado pelos administrativistas, enquanto continuava a ser olhado com muitas dúvidas e interrogações pelos civilistas.

No entanto, a partir do momento que as codificações civis começaram a abrir a porta ao instituto da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, em condições substancialmente equivalentes à imprevisão, a autonomização administrativa desta perdeu parte da sua razão de ser. A diferença mais sensível estará nas *consequências* ou nos *efeitos típicos* da imprevisão, não nos seus requisitos, é dizer, no facto de, a atender à fórmula verbal do artigo 437º do Código Civil, a alteração das circunstâncias no direito civil ter como consequência normal a *resolução* do contrato e não, como nos contratos administrativos, a sua modificação, solução, esta última, que se explicaria pelo facto de os contratos administrativos estarem adstritos à realização de um interesse público, nos quais a resolução tem de ser configurada como uma

medida de *ultima ratio*.<sup>75</sup>

Essa preferência administrativa pela modificação do contrato em caso de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias está bem explicitado no CCP, pois — apesar de se nele se afirmar a capacidade de a alteração das circunstâncias tanto poder conduzir à modificação do contrato [artigo 312º, alínea a)] como à sua resolução, quer por iniciativa do cocontratante [artigo 332º/1, alínea a)], quer por iniciativa do contraente público [artigo 335º/1] — o direito do cocontratante à resolução só existe “quando esta não implique *grave prejuízo para a realização do interesse público* subjacente à relação jurídica contratual ou, caso implique tal prejuízo, quando *a manutenção do contrato ponha manifestamente em causa a viabilidade económico-financeira do cocontratante ou se revele excessivamente onerosa*, devendo, nesse último caso, ser devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença” (artigo 332º/2)<sup>76</sup>.

No direito civil, a questão é mais controversa, havendo quem entenda que há aí uma preferência relativa pela resolução<sup>77</sup> e quem considere que o problema não pode ser

---

<sup>75</sup> Também neste sentido, mas reportando-se aos “contratos da Administração” e não aos contratos administrativos, Alexandra Leitão, *O Tempo e a alteração das circunstâncias contratuais*, p. 96.

<sup>76</sup> Requisitos que, não tendo sido reafirmados para o caso da *resolução por pronúncia do contraente público* (o artigo 335º limita-se a remeter para o regime geral do artigo 312º), não se lhe devem considerar aplicáveis tal qual, embora daí também não deva resultar uma espécie de liberdade opcional para o contraente público. Este poderá optar pela resolução quando se revele impossível ou extremamente onerosa a subsistência da relação contratual ou quando, na perspectiva do interesse público, haja vantagens significativas na resolução relativamente à modificação.

Em sentido diverso, Pedro Matias Pereira, *Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra Editora, 2011, p. 87, para quem o legislador quis “conferir ao contraente público a opção entre modificar ou resolver o contrato e fê-lo de forma literal, ou seja, previu quase expressis verbis com o fundamento de resolução os mesmos fundamentos que previu para o poder de modificação do contrato, deixando assim na disponibilidade do contraente público a opção por modificar ou resolver unilateralmente o contrato”.

<sup>77</sup> Assim, Sérvulo Correia, Lino Torgal e Pedro Fernández Sánchez, “Alteração das Circunstâncias”, *Estudos de Contratação Pública*, vol. III, Coimbra, 2010, p. 169.

posto nesses termos, tudo dependendo do caso concreto<sup>78</sup>. Um ponto é certo: “alguma [das partes] terá de se manifestar pela modificação, para que ela tenha lugar”<sup>79</sup>.

O que o artigo 437º/2 do Código Civil estabelece é que, “requerida a resolução [pela parte lesada], a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contato” segundo juízos de equidade, entendendo alguma doutrina que a lei optou “por um *sistema misto de resolubilidade ou revisibilidade*, com o que melhor se torna possível encontrar a *decisão mais justa e adequada de cada caso concreto*”, embora a preferência, digamos assim, seja no sentido da modificação, nos seguintes termos: quando o tribunal “se encontre em face da alternativa da resolução ou da revisão, caberá optar pelo primeiro caminho, sempre que, diante da alteração das circunstâncias, o contrato tenha perdido a sua razão de ser ou não possa restabelecer-se um equilíbrio justo. Se possível, porém, deverá salvar-se o contrato, através da revisão do seu conteúdo com base em juízos de equidade”<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> José de Oliveira Ascensão, “Onerosidade excessiva por alteração das circunstâncias”, ROA, ano 65, 2005, pp. 640.

<sup>79</sup> António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Almedina, 2014, p. 332.

<sup>80</sup> Mário Júlio de Almeida Costa, Direito das Obrigações, Almedina, 2009, pp. 347 e 348.

Julgamos que vale a pena, tão clara é a explicação, deixar aqui os termos da alternativa resolução / modificação formulados pelo autor: “O lesado é livre em solicitar a resolução do contrato ou a modificação equitativa das suas cláusulas. Se opta pela resolução, faculta-se à parte contrária, nos termos do n.º 2 do art.º 437º, opor-se a esse pedido, declarando aceitar a modificação do contrato, de harmonia com juízos de equidade. A interpretação dos n.ºs 1 e 2 do art.º 437º que, a este respeito, se considera exata é a seguinte: pertence ao lesado escolher entre a resolução do contrato e a modificação das suas cláusulas; se prefere o primeiro termo da alternativa, a parte contrária pode simplesmente opor-se a esse pedido, ou declarar, também, que aceita a modificação equitativa do contrato; nesta última hipótese, o tribunal decidirá - sendo caso disso - a resolução ou a revisão segundo critérios de equidade, consoante o que se revele mais de acordo com a justiça da situação concreta; mas não compete ao tribunal, oficiosamente, modificar o pedido do lesado, substituindo-se à contraparte, para trazer a debate a possibilidade de modificação do contrato. Quando o tribunal, nos termos indicados, se encontre em face da alternativa da resolução ou da revisão, caberá optar pelo primeiro caminho, sempre que, diante da alteração das circunstâncias, o contrato tenha perdido a sua razão de ser ou não possa restabelecer-se um equilíbrio justo. Se possível,



Assim, e embora a questão não seja pacífica, parece poder dizer que, com fundamentos eventualmente diversos — a lei administrativa procura salvar o contrato, preferindo a sua manutenção mesmo que em termos revistos ou modificados, por razões essencialmente relacionadas com o interesse público, a lei civil procura o mesmo objectivo por razões essencialmente ligadas a um respeito ainda pelo contrato (*pacta sunt servanda*) —, as consequências da imprevisão no direito administrativo e da alteração das circunstâncias no direito civil talvez não se distingam na sua substância ou essência.

**3.1.3.** Compreensivelmente, o *caso de força maior* também deixou de ser regulado pela lei administrativa, pois, bem vistas as coisas, do que se trata é de um caso de impossibilidade (temporária ou definitiva) de cumprimento do contrato, não havendo justificação suficiente para manter o seu tratamento (alegadamente) autónomo no âmbito dos contratos administrativos.

O CCP veio prever, sem especialidades de regime expressas, os casos de impossibilidade (temporária ou definitiva) de cumprimento do contrato, em termos aparentados aos do Código Civil. Assim, no artigo 297º, a propósito da “suspensão da execução”, estabelece-se que “a execução das prestações que constituem o objecto do contrato pode ser, total ou parcialmente, suspensa [quando haja uma situação de] impossibilidade *temporária* de cumprimento do contrato, designadamente em virtude de mora do contraente público na entrega ou na disponibilização de meios ou bens

---

porém, deverá salvar-se o contrato, através da revisão do seu conteúdo com base em juízos de equidade. Retomemos a hipótese, acima figurada, da aquisição de tecnologia industrial a uma empresa estrangeira para a produção, no País, de certa especialidade farmacêutica, que, em seguida, a Administração Pública veda. Se a proibição é definitiva, justifica-se a resolução, tanto mais que a empresa estrangeira não teria outro adquirente nacional. Ao invés, se a proibição tem carácter temporário, ou se apenas se condiciona fortemente a produção, parece, em tese, aconselhada a mera modificação equitativa do contrato, por exemplo, revendo-se o preço, os prazos ou o valor dos «royalties»”.

necessários à respectiva execução”, referindo-se depois, no elenco das causas de extinção do contrato, entre outras, às situações de “impossibilidade *definitiva*” [alínea a) do artigo 330º]<sup>81</sup>. No caso das empreitadas de obras públicas, o legislador voltou à fórmula tradicional e já previu, no artigo 406º, alínea d), que o empreiteiro pode requerer a resolução se “a suspensão da empreitada se mantiver por período superior a um quinto do prazo de execução da obra, quando resulte de *caso de força maior*”.

**3.1.4.** Visto isto, vamos então, nas páginas seguintes, deixar um panorama breve sobre quatro figuras que, não sendo objecto principal das nossas preocupações, gravitam na órbita das vicissitudes contratuais.

## **3.2. A imprevisão**

### **3.2.1. Descrição genérica**

**3.2.1.1.** Falar da imprevisão ou do caso imprevisto é falar de um dos poucos institutos que, em tempos modernos, recebeu a sua primeira consagração no direito dos contratos administrativos, marcando depois de forma sensível o direito dos contratos civis.

---

<sup>81</sup> No artigo 337º, a propósito dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, o legislador também previu, no respectivo número 2, que “os contratos pelos quais o contraente público se vincula a praticar, ou não praticar, um acto administrativo com certo conteúdo extinguem-se por força da alteração ou da *impossibilidade* superveniente de concretização dos pressupostos que ditariam o exercício da discricionariedade administrativa no sentido convencionado”. No artigo 379º/1 também se prevê, a propósito dos trabalhos a menos, que, *salvo em caso de impossibilidade de cumprimento*, o empreiteiro só pode deixar de executar quaisquer trabalhos previstos no contrato desde que o dono da obra emita uma ordem com esse conteúdo, especificando os trabalhos a menos”.

Claro que o problema da (im)permeabilidade dos contratos à alteração das circunstâncias não é de origem administrativa, nem sequer foi trabalhado aí mais do que já fora no direito civil<sup>82</sup>, mas foi no direito dos contratos administrativos – não por acaso, naquele que pode considerar-se o contrato administrativo por excelência, a concessão de serviço público, verdadeiro “laboratório” das originalidades do contrato administrativo<sup>83</sup> – que a imprevisão foi chamada (num célebre acórdão da jurisprudência administrativa francesa) a dar solução a um caso de superveniências extraordinárias, quando, à data, os contratos privados viviam sob o dogma da *pacta sunt servanda* e os códigos civis desconsideravam o tema, que só mais tarde veio a receber consagração legislativa geral (entre nós, apenas em 1966).

Esse *arrêt* é o famoso *Gaz de Bordeaux*, de 1916, causado pelo aumento anormal do preço do carvão durante a 1ª grande guerra e que poderia levar à ruína as empresas concessionárias da distribuição de gás.

O contrato em causa tinha sido celebrado pela *Ville de Bordeaux* com a *Compagnie Générale d'Éclairage* em 1904, pelo prazo de 30 anos, e nele as partes previram, de acordo com os dados económicos conhecidos à data, o valor das tarifas aplicáveis ao fornecimento do serviço. Com a guerra, o preço do carvão sobe para valores inesperados e a empresa continua a fornecer o gás de iluminação ao preço contratualmente tabelado, mas agora a um valor muitíssimo abaixo do preço de custo, o que implicaria a falência da concessionária e, com isso, a suspensão do fornecimento do gás a toda a população de Bordéus, sem que fosse esperável que os serviços municipais, atendendo às circunstâncias, pudessem substituir-se à empresa concessionária.

---

<sup>82</sup> Como bem observa Paiva Brandão, “o direito administrativo não fez mais do que adaptar à sua índole própria uma noção que já fôra longamente discutida e trabalhada dentro do direito privado” (*Considerações sobre a teoria da imprevisão*, BFDUC, Suplemento do volume XVII, 1944, p. 237).

<sup>83</sup> Entendendo que essa posição é antes ocupada pela empreitada de obras públicas, ver Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, 2014, Almedina, em especial, pp. 738 a 740.

Perante isto, e na sequência do pedido que esta fez no sentido de receber uma indemnização que lhe permitisse fazer face às circunstâncias excepcionais existentes, o *Conseil d'État*, começando primeiro por afirmar “o princípio da estabilidade dos contratos (...) e a ideia de que o risco da variação do preço das matérias-primas corre por conta do concessionário”, acabou por reconhecer que, no caso, “a realidade superou as previsões possíveis (...) e que, portanto, se justificava adoptar uma solução que permitisse à concessionária continuar a fornecer o serviço durante aquele período extraordinário”, sem deixar no entanto de precisar que “a indemnização não deveria eliminar o risco da concessionária”, terminando com um convite às partes a chegar a um acordo sobre a matéria, sob pena de ser ele mesmo a determinar o montante da indemnização ou da compensação devida.

É discutido o verdadeiro fundamento do *arrêt Gaz de Bordeaux* e da teoria da imprevisão nele consagrada, (i) se a justiça ou a equidade, que são chamadas a desempenhar o seu papel nas chamadas situações extracontratuais, para as quais o contrato não tem qualquer solução<sup>84</sup>, (ii) se a necessidade de uma “política contratual realista” por parte da Administração (que, por ser contrário ao seu próprio interesse, não deve deixar o seu cocontratante cair na ruína e sem amparo quando sobrevenham circunstâncias com que ninguém podia ter contado, que o coloquem numa situação de inevitável fragilidade financeira, porque isso levará normalmente o mercado a não pretender colaborar com ela em grandes empreendimentos), (iii) se a natureza especial dos contratos administrativos (que faz nascer entre as partes um “pacto de colaboração”, mais do que uma mera relação entre devedor e credor), (iv) se a própria regra da continuidade dos serviços públicos (que, em circunstâncias extraordinárias e em nome e no interesse da colectividade, pedem que a Administração venha em socorro do seu colaborador, sob pena da interrupção dos serviços públicos, com prejuízo para todos).

---

<sup>84</sup> Por exemplo, João de Melo Machado, *Teoria jurídica do contrato administrativo*, Coimbra Editora, 1937, p. 183.

Em suma, e como se dizia, pode haver dúvidas sobre qual seja o fundamento da imprevisão, mas é um facto seguro que a decisão do acórdão *Gaz de Bordeaux* está “impregnada da ideia de interesse público”<sup>85</sup>, apelando expressamente ao “*intérêt général, lequel exige la continuation du service par la compagnie*” e que, nessa medida, se apoia em especificidades próprias dos contratos administrativos, sujeitando-os a um regime que, à data, era recusado aos contratos entre privados.

Nessa altura, curiosamente, até mesmo para evitar especulações à volta das consequências da guerra, os contratos privados eram sinónimo de estabilidade e segurança, as pessoas iguais perante a lei, devendo cada uma delas suportar os riscos da sua empresa, dos seus cálculos, não havendo razão para dar um tratamento jurídico mais benéfico a uma do que a outra.

A história do *cas imprevu* não terminou evidentemente em 1916 – houve entretanto a extensão da sua jurisprudência à generalidade dos contratos administrativos e, além disso, houve lugar a algumas precisões e complementos à teoria da imprevisão, como no *arrêt Compagnie des tramways de Cherbourg*, de Dezembro de 1932, a propósito da passagem do estado da imprevisão para o caso de força maior –, mas a doutrina francesa tende a considerar que o essencial do seu regime ficou marcado nesse célebre acórdão<sup>86</sup> e, mais do que isso, que a respectiva cláusula deve ser considerada como de ordem pública, sendo nula e de nenhum efeito uma cláusula do contrato que a afaste em termos absolutos<sup>87</sup>.

**3.2.1.2.** Quanto ao seu âmbito de aplicação, a imprevisão foi afirmada para a

---

<sup>85</sup> Flamme, *Traité*, p. 652.

<sup>86</sup> Não deixa de ser curioso que a primeira decisão judicial portuguesa que reconheceu de forma clara a teoria da imprevisão (acórdão de 28.05.1930 do Supremo Conselho de Administração Pública) tenha reproduzido, quase textualmente, como nota Melo Machado, *Teoria*, pp. 184 e 185, as principais considerações do *arrêt Gaz de Bordeaux*.

<sup>87</sup> Laubadère/Moderne/Dèvolvè, *Traité*, I, p. 600.

generalidade dos contratos administrativos, mesmo aqueles que se caracterizam por um “*bref délai d’exécution*” ou por uma só prestação<sup>88</sup>, mas os requisitos da sua aplicação são ainda um pouco confusos (é um ponto muito visível na doutrina francesa), sobretudo na delimitação da categoria de eventos aí subsumíveis.

As razões para tal facto são essencialmente duas: por um lado, porque as suas “fronteiras” dependem em parte da extensão que se dê à figura do *fait du prince*, à chamada álea administrativa (designadamente, se cabem aí as intervenções de autoridades públicas distintas do contraente público) — sendo que a delimitação do *fait du prince* depende igualmente dos contornos do poder de modificação unilateral —, e, por outro lado, porque em alguns países se reconhece autonomia aos problemas do “risco do solo” (com especial destaque para o risco geológico), ou seja, à figura que no direito francês se dá o nome de *sujétions imprévues*, ligada sobretudo aos contratos de obra e ao aparecimento superveniente de dificuldades de ordem material, técnica ou geológica, que agravam substancialmente o custo dos trabalhos<sup>89</sup>.

Por outras palavras, a imprevisão está intimamente associada à chamada “álea económica”, distinguindo-se assim da “álea administrativa”, que caracteriza o *fait du prince*, e da “álea natural”, que caracteriza as *sujétions imprévues* (ou, quando impossibilitam o cumprimento, o caso de força maior).

---

<sup>88</sup> Não será aí que a imprevisão terá naturalmente o seu campo natural de aplicação, mas não é por razões jurídicas que ela deve em tais casos ser afastada, apenas sendo pouco provável ou “difícil que, no intervalo entre a celebração do contrato e o momento de ser efectuada a prestação, sofram as condições económicas [dos contratos que têm por objecto uma só prestação] uma alteração tal que justifique a indemnização pedida. Mas nem tal hipótese é em absoluto inadmissível, nem as pequenas probabilidades de que se dê este último caso, obstam a que a solução, em direito, deva ser idêntica” (Melo Machado, *Teoria*, p. 186). No mesmo sentido, Laubádère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, p. 571, nota 2.

<sup>89</sup> Sendo também discutível se a figura abrange apenas as situações já existentes, mas desconhecidas das partes, ou também as situações objectivamente supervenientes. No primeiro sentido, Flamme, *Traité*, p. 624; no segundo sentido, Laubádère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, 579 e 580.

No entanto, relativamente à álea natural, os contornos também não são claros, pois há ainda que distinguir os eventos naturais que têm apenas uma incidência indirecta sobre a execução do contrato, tornando-a mais onerosa por causa dos respectivos impactos económicos (subsumindo-os na imprevisão)<sup>90</sup>, dos eventos naturais que têm um impacto directo e imediato na execução do contrato.<sup>91</sup>

Relativamente à sua linha de fronteira com a teoria do *fait du prince*, o problema está em saber se se subsumem nesta todos os eventos associados à álea administrativa / política, é dizer, todos os eventos resultantes de actos de autoridades públicas (mantendo-se assim, na medida do possível, a pureza da imprevisão como figura ligada à álea económica)<sup>92</sup>, se, diversamente, se qualificam como *fait du prince* apenas as intervenções da autoria do próprio contraente público, na qualidade de autoridade pública (e não enquanto parte do contrato), deixando para a imprevisão as intervenções de autoridades públicas distintas da Administração contratante (incluindo-se assim nesta figura parte da álea administrativa, embora olhada por uma perspectiva económica)<sup>93</sup>, ou se, por último, se admite que os impactos contratuais resultantes da intervenção de outros poderes distintos do contraente público possam simultaneamente integrar o *fait du prince* e a *imprévision*, cabendo ao cocontratante invocar o instituto que mais lhe aproveite (em princípio, o primeiro, por determinar uma “indenização integral dos danos”), convocando o segundo apenas no caso de não se verificarem os pressupostos daquele.<sup>94</sup>

---

<sup>90</sup> Por exemplo, uma inundação numa certa localidade pode não ter um impacto directo na execução de um contrato, mas conduzir à desorganização ou suspensão dos transportes públicos e privados, com consequência sobre a clientela de um certo serviço.

<sup>91</sup> Assim, Laubadère/Moderne/Dèvolvé, *Traté*, p. 579 e 580.

<sup>92</sup> Como propunha Gaston Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration*, Giard, 1934, vol. II, p. 491 e 497 e seguintes.

<sup>93</sup> É o que resultava do *arrêt Compagnie des chemins de fer de Bayonne et Biarritz*, de 1971, apud J. Morand-Deville, *Cours*, p. 426.

<sup>94</sup> É a opinião de Laubadère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, vol. II, p. 580 e seguintes (“il n’y a pas, dans le domaine des mesures prises par les pouvoirs publics, de distinction entre un domaine de

Em suma, quando se associa a imprevisão à álea económica não se pretende dizer que nela só se incluem factos ou eventos de ordem económica geral (crise económica, greves, variação extraordinária do preço do combustível resultante da introdução, em países terceiros, de quotas mais baixas de produção de petróleo, conflito armado local mas com repercussões globais graves, aplicação de sanções internacionais, embargos, etc.), mas que nela se olha mais para a consequência ou impacto económico dos eventos do que propriamente para a natureza destes. A álea económica não pressupõe portanto uma causa ou um evento de natureza económica<sup>95</sup>.

### 3.2.2. Os requisitos da imprevisão

3.2.2.1. Relativamente aos restantes requisitos da imprevisão, são eles: (i) a imprevisibilidade do evento, (ii) a não imputabilidade do evento ao cocontratante e (iii) o evento implicar, para lá do que seriam os riscos próprios do cocontratante, uma “adulteração da economia do contrato” (na conhecida fórmula “bouleversement de l'économie du contrat”) e (iv) implicar a viabilidade económica do contrato ou do cocontratante.

Há ainda outros requisitos normalmente apontados, como a “exterioridade” ou “externalidade” do evento, a sua “transitoriedade” e a “ininterrupção do serviço”, que são identificados por alguns autores, embora sejam mais controversos.

---

l'imprévision et un domaine du fait du prince”; il y a seulement des cas dans lesquels, la théorie du fait du prince trouvant application, de cocontractant l'invoquera de préférence : si elle joue, la question de la théorie de l'imprévision ne se pose pas ; si elle ne joue pas, la théorie de l'imprévision peut trouver à s'appliquer”) e 591 e seguintes.

<sup>95</sup> Como afirma Flamme, quando, na imprevisão, nos reportamos ao carácter económico da álea aí em causa “importa pouco que a perturbação económica [*trouble économique*] tenha uma causa propriamente económica ou tenha a sua origem em fenómenos naturais, em vez de intervenções dos poderes públicos, como as medidas fiscais, sociais, monetárias ou de polícia” (*Traité*, p. 659).



O primeiro, (“exterioridade”) porque, em parte, depende de uma posição de princípio quanto ao *fait du prince* ou, o que é o mesmo, quanto ao âmbito da imprevisão, a saber, se nesta devem também incluir-se os factos (ou alguns factos) do próprio contraente público. Se sim, não há qualquer requisito de “exterioridade” do evento relativamente às partes (há quem diga que isso seria até “paradoxal, senão absurdo”<sup>96</sup>), ou seja, não teria de ser alheio às suas vontades, mas, sim, necessariamente, de ser estranho à vontade ou ao comportamento do cocontratante (“exteriorité à l’égard du contractant”): daí o requisito da inimputabilidade, atrás referido. Mas, como se disse, é um ponto controvertido, havendo quem considere que na imprevisão só se incluem os eventos estranhos à vontade das partes<sup>97</sup>.

**3.2.2.2.** O segundo, sobre a *transitoriedade do evento*, está relacionado com a jurisprudência do *arrêt Compagnie des tramways de Cherbourg*, de 1932, no qual, apesar de estar à primeira vista em jogo uma situação de imprevisão, e em que portanto se justificaria a atribuição de uma “indenização de imprevisão” para evitar o colapso do serviço, a sua interrupção, o *Conseil d’État*, tendo constatado que a concessionária já tinha beneficiado de uma majoração do valor das tarifas em três anos consecutivos e ainda assim continuava financeiramente inviável, considerou que estavam reunidas as condições para o município resolver o contrato com fundamento em caso de força maior, negando assim à concessionária o direito de receber uma indenização que, além de tender a repetir-se no futuro, não dava quaisquer garantias de viabilizar a prestação regular e contínua do serviço contratado.

---

<sup>96</sup> Laubadère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, p. 592.

<sup>97</sup> Por exemplo, Morand-Deville, *Cours*, p. 423, Chapus, *Droit*, I, p. 750, que fala num evento “étranger à la volonté des parties”, e Marcello Caetano, *Manual*, I, p. 625, referindo-se à imprevisão como “facto estranho à vontade dos contraentes que, determinando a modificação das circunstâncias económicas gerais, torne a execução do contrato muito mais onerosa para uma das partes do que caberia no risco normalmente considerado”.

Desta jurisprudência, fundada em razões de tutela ou de preservação do erário público, retira-se a ideia de que o “bouleversement de l'économie du contrat doit présenter un caractère temporaire”<sup>98/99</sup> ou que a indemnização por imprevisão configura “uma medida cautelar tendente a evitar a impossibilidade absoluta de cumprimento por razões de onerosidade extrema para o devedor da prestação”<sup>100</sup>.

Dessa forma, o *arrêt Compagnie des tramways de Cherbourg* acabou por consagrar a chamada “imprevisão assimilada a um caso de força maior” ou a chamada “*force majeure administrative*”<sup>101</sup>. Contudo, da alteração das circunstâncias pode também resultar a impossibilidade definitiva de cumprimento do contrato – situação em que se pode falar de “caso de força maior” - e, aí sim, haver lugar à resolução do contrato.

---

<sup>98</sup> Flamme, *Traité*, p. 662 e 663.

<sup>99</sup> O *Conseil d'État* considerou expressamente que a indemnização por imprevisão só deve ser concedida quando o factor de desequilíbrio se revele temporário ou recuperável, pois, “au contraire, dans les cas où les conditions économiques nouvelles ont créé une *situation définitive* qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux frais des contribuables, et contrairement aux conditions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable” (Marceau Long / Prosper Weil / Guy Braibant / Pierre Delvolvé / Bruno Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11<sup>a</sup> edição, 1996, Dalloz, p. 278).

<sup>100</sup> Carla Amado Gomes, *Risco*, p. 464.

<sup>101</sup> Assim, J. Morand-Deville, *Cours*, p. 425. Como afirma Carla Amado Gomes, “o que se retira desta jurisprudência (...) é uma suavização do instituto da força maior em função da necessidade de preservar o erário público em face das solicitações das concessionárias depauperadas pela crise do pós-guerra, agravada pela depreciação da moeda que se lhe seguiu. Em bom rigor, não havia irresistibilidade em sentido fáctico; mas estava-se perante uma impossibilidade de manutenção do serviço em termos economicamente viáveis, facto que sustentou a invocação de força maior em sentido juridicamente construído pelo Conselho de Estado” (*Risco*, p. 464).

Alguma jurisprudência do TJUE tem, sobre a matéria, o mesmo entendimento. Naquele que é, ao que sabemos, o seu primeiro acórdão sobre um caso de força maior (acórdão de 17.12.1970, C-11/70, no caso *Internationale Handelsgesellschaft*) afirmou-se que “o conceito de força maior não se limita apenas à impossibilidade absoluta mas deve ser entendido no sentido de circunstâncias anormais [...] e cujas consequências não pudessem ser evitadas senão à custa de sacrifícios excessivos, apesar de toda a diligência utilizada”.

No acórdão de 18.12.2007, C-314/06, o TJUE também esclareceu que “o conceito de força maior não está limitado ao caso de impossibilidade absoluta, devendo ser entendido no sentido de circunstâncias alheias ao operador, anormais e imprevisíveis, cujas consequências não poderiam ser evitadas apesar de todos os esforços desenvolvidos”.

**3.2.2.3.** Relativamente à *ininterrupção do serviço por parte do cocontratante*, não se trata também, em rigor, de um requisito autónomo da imprevisão. Ou seja, é verdade que a teoria da imprevisão vai buscar parte do seu fundamento à exigência ou grande conveniência da continuidade do serviço, além de que o evento não dispensa em princípio o cocontratante de garantir essa continuidade (por isso é que não estamos perante um caso de força maior), devendo ele fazer o que estiver ao seu alcance, dentro do que for razoável pedir, para, apesar da circunstância extraordinária, manter a regularidade da sua prestação (mesmo, se necessário, com alguma diminuição da respectiva qualidade). Assim, embora a interrupção do serviço possa constituir fundamento da aplicação de sanções contratuais, ela, em si mesma, não é um requisito da imprevisão, é dizer, dela não depende a atribuição da indemnização a esse título, se e na medida em que não seja imputável a negligência ou descuido do cocontratante<sup>102</sup>. Com efeito, não apenas a interrupção temporária do serviço (ou a sua adaptação) pode decorrer do facto imprevisto, como pode a sua manutenção representar um sacrifício desproporcionado das forças e possibilidades do cocontratante, ao menos enquanto não se lhe seja concedida uma assistência financeira.

Consideramos por isso que, sendo a regularidade da prestação do serviço a primeira obrigação do cocontratante, a sua eventual interrupção ou suspensão deve ser sobretudo avaliada enquanto factor a atender no cômputo da indemnização da imprevisão, no quadro da culpa do devedor para o agravamento dos danos, podendo até ser tal que se justifique negar-lhe o direito à assistência financeira.

---

<sup>102</sup> Como observa J. Morand-Deville, *Cours*, p. 425, só a interrupção resultante de um “comportment fautif” seu privará o cocontratante de receber uma indemnização a título de imprevisão.

**3.2.2.4.** Assim, o primeiro requisito da imprevisão é a própria *imprevisibilidade* do evento.

Durante a execução de um contrato é normal que ocorram factos e eventos que as partes não previram. Essa é a álea ordinária do contrato, que, digamos assim, é natural a qualquer acordo ou negócio de mais ou menos longa duração. Pequenas dificuldades, pequenos obstáculos, algo que se pensava resolver de certa maneira e afinal tem que se resolver de outra, é disso que também vive um contrato e confia-se que um cocontratante diligente e tecnicamente capaz saberá dar-lhes solução. Mas depois há aqueles eventos que escapam à lógica do decurso normal da execução do contrato e das suas circunstâncias, que vão para lá dos cálculos que as partes podiam e deviam fazer no momento de celebração do contrato, factos anómalos, de verificação extraordinária, com que elas não podiam contar (ou ao menos o cocontratante). Essa é a álea extraordinária, o verdadeiro requisito da imprevisão. Deve no entanto dizer-se que a imprevisibilidade tanto pode estar ligada ao evento propriamente dito, como às suas consequências, impactos ou efeitos, quando estes excedam consideravelmente, pela sua amplitude ou gravidade, aquilo que seria previsível ou estimável<sup>103</sup>. É a chamada “imprevisão relativa”.<sup>104</sup>

A data relevante para a apreciação do carácter imprevido do evento é a da celebração do contrato: um evento pode, no decurso da execução do contrato, tornar-se mais ou menos previsível, mais ou menos provável, mas o que releva é a sua (im)previsão ou (im)previsibilidade à data do contrato.

Aliás, como se sabe, os factos imprevidos, salvo alguns fenómenos da natureza, não surgem do nada. O mais comum é que tais factos se vão formando ao longo de um período mais ou menos breve de tempo, desde um momento inicial em que as partes se apercebem de que algo pode estar para acontecer até, pouco depois, constatarem

---

<sup>103</sup> Flamme, *Traité*, p. 659.

<sup>104</sup> Laubádère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, p. 587.

que se confirmaram as “piores previsões”. No caso de as partes terem celebrado um acordo modificativo do contrato, em princípio passa a ser a data desse acordo o momento relevante para determinar a imprevisibilidade ou não dos eventos futuros<sup>105</sup>.

Por outro lado, a regra da apreciação da imprevisibilidade por referência à data da celebração do contrato pode sofrer desvios acentuados no caso dos contratos sujeitos a um procedimento prévio de contratação pública<sup>106</sup>. Nestes casos, considerando que o procedimento de contratação pública por vezes demora alguns meses, pode acontecer que um facto imprevisto ocorrido no seu decurso seja já previsível (ou até certo e seguro) à data da adjudicação. Em tais situações, o momento relevante para determinar a imprevisibilidade pode ser a data da apresentação da proposta do concorrente (ou a sua última proposta, no caso de haver duas ou mais)<sup>107</sup>.

Em segundo lugar, o evento *não pode ser imputável ao cocontratante*, tem de ser alheio a este. Como a doutrina refere em termos impressivos, é de afastar a figura da imprevisão “chaque fois que le cocontratant est pour quelque chose dans le bouleversement du contrat”<sup>108</sup>, seja porque foi ele que provocou o evento, seja porque não empregou os seus melhores esforços para evitar o aparecimento do evento ou para eliminar ou atenuar as suas consequências, seja porque, de uma maneira geral, há motivo para censurar o seu comportamento a esse respeito, a título de negligência (subestimação dos cálculos ou previsões), erro técnico, incumprimento contratual, etc.

Se a adulteração da economia do contrato ficar a dever-se apenas em parte ao cocontratante, devem então determinar-se que consequências é que não seriam elimináveis mesmo se ele tivesse adoptado o comportamento exigível a um

---

<sup>105</sup> Laubádère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, p. 587.

<sup>106</sup> Laubádère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, p. 586.

<sup>107</sup> Laubádère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, p. 586.

<sup>108</sup> Laubádère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, p. 591.

contraente diligente e capaz e medir a indemnização em função daquilo que lhe seja considerado alheio<sup>109</sup>.

**3.2.2.5.** O último requisito da imprevisão é o de que o evento provoque, para lá do que seriam os riscos próprios do cocontratante, uma *adulteração da economia do contrato* (“bouleversement de l'économie du contrat”)<sup>110</sup>, sem no entanto tornar impossível a sua execução (assim se distinguindo da *force majeure*). Significa isto que o impacto do evento deve criar uma situação verdadeiramente extracontratual, uma alteração profunda ou anormal, que não possa ser imputada à gestão corrente do contrato e às suas normais flutuações.

Para que possa falar-se numa situação extracontratual a doutrina exige, por um lado, que haja um “défice de exploração”, e não apenas uma diminuição das receitas ou sequer uma diminuição ou desaparecimento da margem de lucro estimada<sup>111</sup>, e, por outro lado, que se haja ultrapassado o que aí se define por “*prix-limite*”, ou seja, a margem eventual de aumento do preço que era estimável (ou que devia ter sido estimada) pelas partes à data da celebração do contrato, que deve ser analisado caso a caso. Só a partir daí há imprevisão (é o “*seuil de l'imprévision*”)<sup>112</sup>. Aquém disso há risco do cocontratante.

### **3.2.3. As consequências da imprevisão**

**3.2.3.1.** Por sua vez, a principal consequência jurídica imputada à imprevisão é a

---

<sup>109</sup> Laubádère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, p. 591.

<sup>110</sup> R. Chapus, *Droit*, I, p. 750.

<sup>111</sup> Laubádère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, p. 595.

<sup>112</sup> Laubádère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, p. 596 e 597.

“obrigação de a Administração assistir ou ajudar o seu cocontratante”<sup>113</sup>, um dever de “assistência financeira”<sup>114</sup>, em resultado do pacto que associa as partes no contrato.

A imprevisão, ao contrário do *fait du prince* e do próprio poder de modificação unilateral (para quem distinga as duas figuras), não se guia pelo princípio da indemnização integral dos danos sofridos, mas apenas por uma ideia de compensação pelos danos extraordinários que tiveram lugar<sup>115</sup>. Não só não há portanto um dever de reposição do equilíbrio financeiro do contrato, ou dos lucros cessantes<sup>116</sup>, mas apenas dos danos que se situem para lá do “limiar da imprevisão”, como, de entre os danos indemnizáveis, há lugar a uma espécie de repartição ou “partilha”<sup>117</sup> entre o cocontratante e o contraente público (a chamada “*répartition de la charge extracontractuelle*”), embora a maior parte corra por conta deste<sup>118</sup>. Do que se trata assim é de um auxílio financeiro, não correspondente a uma indemnização em sentido próprio<sup>119</sup>. Compreende-se a solução, pois se o evento é estranho ao cocontratante, também é alheio ao contraente público.

Além disso, há quem considere que a indemnização por imprevisão tem natureza subsidiária ou supletiva, no sentido de que as partes devem primeiro proceder às alterações contratuais que se justifiquem para acomodar a situação extracontratual.<sup>120</sup>

Note-se porém que, como se viu atrás, há também quem admita que o cocontratante possa demandar directamente a entidade que praticou o acto imprevisto, já não no

---

<sup>113</sup> R. Chapus, *Droit Administratif Général*, I, p. 750, e Laubadère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, p. 606.

<sup>114</sup> É a expressão de Marcello Caetano, *Manual*, vol. I, p. 626

<sup>115</sup> Como afirma Morand-Deville, *Cours*, p. 425, “*l’indemnité d’imprévision n’est jamais intégrale*”.

<sup>116</sup> Assim, Marcello Caetano, *Manual*, vol. I, p. 626.

<sup>117</sup> Marcello Caetano, *Manual*, p. 630.

<sup>118</sup> Segundo alguma doutrina, entre 90% e 95% dos danos que ultrapassem o limiar da imprevisão (Morand-Deville, *Cours*, p. 425).

<sup>119</sup> Laubadère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, p. 606 e seguintes.

<sup>120</sup> Laubadère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, p. 607.

contexto da teoria da imprevisão, mas no quadro da teoria geral da responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas públicas<sup>121</sup>.

### 3.3. O caso de força maior

#### 3.3.1. Descrição genérica

3.3.1.1. Em primeiro lugar, ao contrário do *fait du prince* e da imprevisão, que, mesmo indo buscar muito à alteração das circunstâncias de raiz civil, constituem figuras próprias do direito administrativo (a primeira) ou a que pode reconhecer-se alguma especificidade nos seus efeitos (imprevisão), o caso de força maior é uma figura que, com essa mesma designação, é estudada no direito civil e regulada em inúmeros contratos privados, com idênticas consequências às que lhe são assinaladas em direito administrativo<sup>122</sup>.

O caso de força maior distingue-se da imprevisão e do *fait du prince* porque, ao contrário destes, determina a impossibilidade absoluta de cumprimento do contrato. E como, por definição, não é imputável ao cocontratante, o caso de força maior configura uma causa de exclusão da responsabilidade do devedor pelo incumprimento (provisório ou definitivo).

Num contrato com várias prestações a cargo do cocontratante, ele pode implicar a impossibilidade da execução de todas elas (impossibilidade de cumprimento do contrato) ou de apenas uma ou várias (impossibilidade de cumprimento de obrigação do contrato)<sup>123</sup>.

Sendo uma figura que, em certa medida, tem natureza residual – por abarcar as

---

<sup>121</sup> Laubádère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, p. 524.

<sup>122</sup> Richer, *Droit*, p. 280.

<sup>123</sup> Laubádère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, I, p. 727.



situações de impossibilidade de cumprimento que não sejam imputáveis ao contraente público ou ao cocontratante —, discute-se se deve ou não distinguir-se o caso de força maior do chamado caso fortuito.

Para alguns autores, o *caso fortuito* corresponde aos eventos da natureza, nos quais não há intervenção humana (inundações, tremores de terra, furacões, raios, ciclones, etc.). Por sua vez, o *caso de força maior* representa um facto de terceiro, pelo qual o contraente público ou o cocontratante não são responsáveis (a guerra, o roubo, uma ordem de autoridade, a greve, etc.)<sup>124</sup>.

Como quer que seja, o caso de força maior tem subjacente a ideia de inevitabilidade: “será todo o acontecimento natural ou acção humana que, embora previsível ou até prevenido, não se pôde evitar, nem em si mesmo nem nas suas consequências”<sup>125</sup>

Assim, será caso de força maior o facto de terceiro pelo qual não é responsável qualquer dos contraentes, e que para ele não hajam contribuído, e ainda qualquer outro facto natural ou situação imprevisível ou inevitável, que afecte a execução das prestações, tais como actos de guerra ou subversão, epidemias, ciclones, tremores de terra, fogo, raio, inundações, greves gerais ou sectoriais<sup>126</sup>.

### 3.3.2. Os requisitos do caso de força maior

---

<sup>124</sup> Assim, Jean-François Couzinet, “Cas de force majeure et cas fortuit: causes d’exonération de la responsabilité administrative”, *RDP*, nº 5, LGDJ, 1993, pp. 1385 e ss.

<sup>125</sup> Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, Almedina, 2009, p. 1074. Ver também Pedro Melo, “Contratos de concessão de obras públicas e força maior”, *RCP*, nº 6, 2012, p. 25 e 26.

<sup>126</sup> Nos casos a decidir pelas instâncias judiciais da União Europeia e onde se tem invocado a existência de um caso de força maior, o TJUE tem referido várias vezes onde se reconhece que, “a noção de força maior não tem o mesmo conteúdo nos diversos domínios de aplicação do direito comunitário, devendo o seu significado ser determinado em função do quadro legal no qual está destinado a produzir os seus efeitos” (ver, por exemplo, acórdão *Edmond Huygen*, de 7.12.1993, C-12/92)

**3.3.2.1.** Os elementos constitutivos da força maior, idênticos no direito privado e no direito dos contratos administrativos, afirmados pela primeira vez no *arrêt Compagnie des messageries maritimes*, de 1909, são os seguintes: exterioridade, imprevisibilidade e irresistibilidade.

A *exterioridade* significa que o caso de força maior deve ser estranho às partes, alheio a elas, no sentido de que não deve proceder de facto de qualquer dos contratantes, ou para o qual tenham contribuído. Há alguns autores que fazem apenas referência ao facto de o evento não ser imputável ao devedor, outros que deve ser um facto ou evento estranho às partes.<sup>127</sup> Decisivo, diríamos, é que não seja imputável a quem dele se pretenda prevalecer<sup>128</sup>.

A *imprevisibilidade* significa que o evento deve ser imprevisto e imprevisível, ou seja, que não podia ser razoavelmente antecipado pelo contraente à data da celebração do

---

<sup>127</sup> Assim, acórdão do TCA Sul de 7.4.2011, p. 1493/06, (“na exacta medida em que a situação de incumprimento não seja susceptível de imputação a nenhuma das partes”).

<sup>128</sup> Por exemplo, no acórdão do STA de 20.04.1999, proc. 044573, um município invocava uma situação de força maior (relacionada com litígios sobre a posse de certos terrenos necessários para a consignação da obra), que o teria levado a suspender a execução da empreitada, para negar o direito, requerido pelo empreiteiro ao tribunal, de ressarcimento de danos na forma de lucros cessantes (decorrentes da tal suspensão da obra). O STA, depois de considerar que o “*caso de força maior por facto de terceiro há-de constituir como situação imprevisível ou inevitável cujos efeitos se produzem independentemente da vontade, ou das circunstâncias pessoais (no caso) do dono da obra. Tem de se tratar de uma situação ou facto que se apresente com as características de insuperabilidade e imprevisibilidade, de tal modo que o dono da obra não podia evitar tal situação ou facto e subtrair-se às suas consequências*”, referiu que, “*mesmo existindo esses conflitos sobre a posse dos terrenos e imóveis neles implantados, era ao Município que no exercício dos poderes de que estava legalmente investido cabia superar tais situações, no exercício das suas atribuições e o Município não alegou, nem demonstrou, que não estivesse em condições de superar essas dificuldades, que, a partir do momento em que entrou na posse dos terrenos sempre seriam previsíveis. Ainda no campo das “perturbações derivadas de terceiros”, o que ficou provado foi que houve atrasos por paragens e abrandamentos do ritmo causados pela interferência directa de outras empreitadas a cargo de terceiros, mas por obras contratadas pelo Dono da Obra, sem que se possa concluir se tais obras pudessem constituir situações inultrapassáveis ou insuperáveis, quanto ao prosseguimento dos trabalhos da empreitada da Autora, designadamente, através de um adequado planeamento, intersecção e ligação entre as diversas obras executadas pelo Município. Há, assim, que concluir, que o [dono da obra] não logrou demonstrar, em face da matéria provada, que, na hipótese dos autos se estivesse perante uma situação fáctica enquadrável como caso de força maior*”.

contrato e atendendo às circunstâncias (jurídicas e de facto) existentes. A imprevisibilidade, nestas situações, não tem de configurar, portanto, uma imprevisibilidade absoluta, mas apenas relativa: o que interessa saber é se um determinado evento podia ser antecipável pelas partes, pelo devedor, à luz de um critério de diligência considerando as circunstâncias que existiam à data do contrato<sup>129</sup>.

A *irresistibilidade* consiste em o evento se impor à vontade e comportamento das partes (inevitabilidade do seu aparecimento) e de dele resultar o impedimento da execução do contrato (inevitabilidade do seu efeito ou consequência).

**3.3.2.2.** É esta a última marca distintiva da força maior relativamente à imprevisão e ao *fait du prince*. Também estes consistem em eventos ou actos imprevisíveis e

---

<sup>129</sup> A propósito da imprevisibilidade, é interessante o acórdão do STA de 2.02.1995, proc. 031556, em que estava em causa um contrato celebrado entre uma empresa e o Estado Português nos termos do qual aquela se comprometera a importar uma determinada tonelagem de banana de determinado tipo sem especificação de origem. Não tendo importado a quantidade de bananas a que estava contratualmente obrigada, a empresa requereu a devolução da caução relativa a essas importações e invocava como motivo do não cumprimento do contrato um caso de força maior, respeitante à suspensão de exportações de bananas imposta pelo Governo das Canárias, em virtude de dificuldades de abastecimento do mercado espanhol.

O STA, depois de recordar que “a noção de «força maior» deve ser compreendida na acepção de circunstâncias estranhas ao adjudicador, anormais e imprevisíveis, cujas consequências não poderiam ter sido evitadas, a despeito de todas as diligências postas em prática” e apesar de reconhecer que está nessas condições, além dos fenómenos naturais, “o tradicionalmente chamado “facto do príncipe”, ou seja “um acto de autoridade pública, como a proibição de importação de determinados produtos comprados a fabricantes estrangeiros” (cf. o Prof. Galvão Teles, *Manual de Direito das Obrigações*, t. I, 1957, p. 200)”, fez questão de salientar que é “preciso, porém, que se verifiquem sempre todos os requisitos de que depende a existência do caso de força maior e a sua eficácia liberatória, e assim, e designadamente, que o evento seja imprevisível no momento em que se contraiu a obrigação e insuperável”. E decidiu da seguinte forma: “ora, no caso presente é de concluir que o acontecimento invocado não aproveita, atento que, como empresa importadora de bananas, não podia nem devia ignorar a regulamentação legal espanhola sobre a proibição de exportação de bananas em caso de escassez no mercado espanhol, situação de que também podia conhecer, e isto para além de, aqui, a importação a que a recorrente estava obrigada não estar limitada a bananas desse mercado”, pelo que também não haveria, apesar de não o ter afirmado, *irresistibilidade*.

exteriores às partes (ao menos, ao cocontratante), mas não são “insurmountables”, é dizer, não determinam a impossibilidade da execução do contrato, tornando-a apenas “economicamente adulterada” (imprevisão) ou mais “onerosa” (*fait du prince*); e é por isso que, ao contrário do caso de força maior, eles não representam uma causa justificativa da inexecução do contrato, atribuindo apenas ao cocontratante um direito à modificação do contrato ou a uma indemnização<sup>130</sup>.

A irresistibilidade, como a imprevisibilidade, é um conceito relativo<sup>131</sup>, que pressupõe uma régua ou uma medida jurídica. Por um lado, porque ela só existe relativamente aos danos que não seriam evitáveis, mesmo através dos melhores esforços do cocontratante, ou seja, a invocação do caso de força maior só é justificada por parte de quem tenha feito tudo o que estava ao seu alcance para evitar a interrupção ou suspensão das prestações contratadas<sup>132</sup>. Por outro lado, porque a medida dos “melhores esforços” depende de uma análise caso a caso, em função dos meios que estavam à disposição do cocontratante, da sua própria capacidade técnica e financeira e também da própria “força” do evento<sup>133</sup>.

Da mesma forma, os eventos que podem subsumir-se no caso de força maior não passam de categorias elaboradas a partir da jurisprudência ou da experiência da vida, mas que não dispensam a verificação concreta dos respectivos requisitos: a

---

<sup>130</sup> Laubádère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, I, p. 729.

<sup>131</sup> Laubádère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, I, p. 730.

<sup>132</sup> Assim, acórdão do STA de 20.04.1999, proc. 044573.

<sup>133</sup> Um pouco diversamente do referido acórdão do STA de 2.02.1995, proc. 031556, no acórdão de 23.02.1995, proc. 031555, que tratava do mesmo problema (contrato celebrado entre uma empresa e o Estado Português nos termos do qual aquela se comprometera a importar uma determinada tonelagem de banana de determinado tipo sem especificação de origem), o STA salientou mais o aspecto da irresistibilidade (e o da própria exterioridade) do que o da imprevisibilidade, afirmando que não só a empresa, “*como importadora de bananas, devia saber que a lei espanhola permitia a proibição que veio a ocorrer, o que impunha que estivesse de prevenção em relação às importações a fazer daquele país, como soube antes de terminar o prazo em que devia proceder à importação que não o podia fazer, não se tendo provado - e o ónus pertencia-lhe - que não o podia fazer, nesse espaço de tempo (20 dias) de outro país, uma vez que nada obrigava a que a importação se fizesse das Canárias. Não se pode dizer por isso que a recorrente é alheia ao facto de não poder ter cumprido em tempo, pelo que excluído está o caso de força maior*”.

guerra ou o terrorismo são situações típicas de força maior, mas para que, numa certa hipótese, representem uma causa justificativa do incumprimento, é absolutamente necessário que possa afirma-se que, em tal caso, esse evento determinou de forma irresistível a impossibilidade de execução das prestações contratuais, proposição que tanto pode ser evidente como falsa<sup>134</sup>.

É com essa reserva que, de seguida, com o apoio da doutrina, se avançam as categorias de casos normalmente considerados ou não como de força maior.

Assim, são geralmente classificados como tal os fenómenos naturais que excedam, em si mesmos ou pela sua gravidade e consequências, aquilo que podia ser antecipável ou previsível pelas partes. Cabem aqui as intempéries, os desmoronamentos, as epidemias, as explosões, os incêndios, fenómenos químicos inéditos, etc.

Já as dificuldades com que os contratantes se vão deparando ao longo do contrato não constituem, claro, casos de força maior, salvo se, excepcionalmente, aparecerem como impeditivas da regular execução das prestações (por exemplo, uma desmobilização completa do pessoal afecto à obra, sem motivo aparente, pode obrigar o contraente público a prorrogar o prazo de execução do contrato). As falhas ou incumprimentos de fornecedores ou subcontratados também não são normalmente consideradas como caso de força maior, salvo se, porventura, tiverem sido impostos ao cocontratante pelo contraente público. A própria guerra, como a rebelião armada, geralmente consideradas como factos de força maior, devem no entanto preencher os respectivos requisitos: só por si, a guerra ou a rebelião armada

---

<sup>134</sup> Em certa medida, foi justamente isto que aconteceu no já referido acórdão do STA de 2 de Fevereiro de 1995, proc. 031556, em que, apesar de ter reconhecido que a proibição de importação de determinados produtos comprados a fabricantes estrangeiros era um exemplo dado pela doutrina como caso de força maior, considerou que a hipótese concreta sobre que se pronunciava não preenchia os requisitos da figura. Nas suas palavras, “*é preciso, porém, que se verifiquem sempre todos os requisitos de que depende a existência do caso de força maior e a sua eficácia liberatória, e assim, e designadamente, que o evento seja imprevisível no momento em que se contraiu a obrigação e insuperável*”.

não configuram um evento que torne irresistível a impossibilidade de cumprimento do contrato<sup>135</sup>.

**3.3.2.3.** A greve é possivelmente a mais controvertida e também a mais recorrentemente invocada causa de força maior. Foi de resto a propósito de uma situação dessas que o problema da força maior se colocou pela primeira vez na jurisprudência francesa, no já referido *arrêt Compagnie des messageries maritimes*, de 1909, relativamente a um contrato celebrado entre o Estado e a dita empresa para a prestação de serviços marítimos postais, no qual se previa a aplicação de multas pelos atrasos dos “paquetes”, salvo “caso de força maior devidamente comprovado”.

O *Conseil d'État* começou por observar que “as greves parciais ou gerais, que podem ocorrer no decurso de um projecto, não são necessariamente, do ponto de vista da execução do contrato que associa o empreiteiro ao dono da obra, eventos de força maior” e que há sempre que proceder ao “exame dos factos da causa, averiguando se a greve teve a sua origem numa «faute grave» por parte da empresa, se ela a podia ter evitado e se a podia esperar como previsível, e se a greve constitui um obstáculo

---

<sup>135</sup> Já houve pelo menos um caso de *rebelião armada* decidida pelos tribunais portugueses (acórdão de STA 3.10.1995, proc. 035428). Estava em causa um contrato de empreitada de terraplanagem, obras de arte e pavimentação de aeródromos e estradas na Província de Timor, celebrado em 1973 entre o Estado Português e um empreiteiro, que invocava o direito de rescindir o contrato com base numa situação de força maior originada pela eclosão de rebelião armada de efeitos imprevisíveis, que originou a suspensão da obra desde Agosto de 1975.

O STA conclui que o empreiteiro tinha direito à rescisão do contrato em virtude da ocorrência de um caso de força maior, argumentando que, em “*virtude ainda da subversão iniciada em 11 de Agosto de 1975, as repartições públicas deixaram de funcionar. A rebelião provocou a paralisação das obras, que em 27/9/76 se mantinham nessa situação, sem que fossem removidas as causas que a determinaram (...). Como bem se acentua na sentença, em 11 de Agosto de 1975 eram imprevisíveis as verdadeiras dimensões da rebelião e o tempo durante o qual se manteria, tanto mais que o Governo Português poderia, na linha do procedimento adoptado com outros movimentos rebeldes, celebrar acordo que lhe pusesse termo. A paralisação ocorrida nessa data não revela assim, por parte da autora, o propósito de não cumprir, antes o de suspender temporariamente as obras, na expectativa do que se seguiria, isto por motivo que lhe não é imputável. Estamos deste modo perante suspensão por facto não imputável ao empreiteiro e devida a caso de força maior, que assim a qualifica o nº 3 do artigo 170º do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas - DL 48871, de 19/2/69, então vigente*”.

insuperável ao cumprimento das suas obrigações”.

Posto isto, verificou o *Conseil d'État* que, “no seguimento das reclamações apresentadas pelo pessoal da marinha mercante contra vários oficiais ao serviço de diversas companhias de navegação (...), que tiveram como resultado o desembarque desses oficiais, todos os estados-maiores dos navios mercantes do porto de Marselha decidiram solidarizar-se e parar de trabalhar até que as companhias, que haviam cedido às ameaças do pessoal da marinha mercante, reintegrassem os oficiais que tiveram a ordem de desembarque”, o que significava que (i) “a greve geral dos estados-maiores da marinha mercante decorrente dessas circunstâncias não tinha resultado de uma atuação culposa da companhia do correio marítimo”, (ii) “que esta companhia, que era alheia ao conflito entre o pessoal da marinha mercante e os estados-maiores, não teria forma de evitar ou fazer cessar a greve”, (iii), “que não ficou demonstrado que a companhia tenha procurado favorecer a realização da greve nem que tenha, de algum modo, praticado algum acto suscetível de a responsabilizar por essa situação” e que, portanto, “a greve geral dos estados-maiores constituiu um evento fora do controlo da companhia do correio marítimo e que ela não teria podido evitar”, concluindo-se, a final, que, “esta situação constituiu para a companhia do correio marítimo não apenas um mero inconveniente, mas um obstáculo intransponível”, tendo assim dado como verificado o caso de força maior e condenado o Estado no pagamento de uma indemnização.

Em termos gerais, o problema da greve não é tanto o da sua imprevisibilidade<sup>136</sup>, como o da sua irresistibilidade<sup>137</sup>, ou seja, saber se o cocontratante, por um lado, não provocou a situação e se fez os esforços de conciliação que lhe eram razoavelmente exigíveis (o que depende também muito do próprio fundamento da greve e das reivindicações dos trabalhadores, se as houver) e, por outro lado, se ela constitui um

---

<sup>136</sup> Embora ela também possa estar em causa (Laubadère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, I, p. 734).

<sup>137</sup> Flamme, *Traité*, p. 582, nota 4.

obstáculo “insurmountable” ao cumprimento das suas obrigações, designadamente, se era ou não possível ao cocontratante, do ponto de vista jurídico ou do ponto de vista de uma exigência razoável, procurar outros trabalhadores que substituíssem os grevistas<sup>138/139</sup>.

### 3.4. As “sujeições imprevistas”

#### 3.4.1. O problema do “risco do solo”

As impreviões associadas ao solo, ou os problemas do “risco do solo”<sup>140</sup>, têm sido objecto de uma abordagem própria e análise muito detalhada, sobretudo no quadro dos contratos internacionais. Normalmente tratado ao abrigo da teoria das *sujétions imprévues*<sup>141</sup> (ou, como parece ser mais correcto, *sujétions imprévisibles*<sup>142</sup>) ou da *doctrine of unforeseen physical obstructions*<sup>143</sup>, o risco do solo é um factor crítico em todos os contratos de obra (abrangendo por isso, e em especial, as empreitadas, mas também as concessões de obra e qualquer outro contrato com componentes de

---

<sup>138</sup> Laubadère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, I, p. 734.

<sup>139</sup> No acórdão do TCA Sul de 7.4.2011, p. 1493/06, depois de se confirmar que, “em sede de responsabilidade contratual, o caso de força maior tem consequências exoneratórias do não cumprimento em benefício do devedor, na exacta medida em que a situação de incumprimento não seja susceptível de imputação a nenhuma das partes”, entendeu-se que “a ausência de todos os médicos tarefeiros, com contrato de prestação de serviços, escalados para o Serviço de Urgência de Obstetrícia/Ginecologia a ponto de fechar o serviço, não se insere no conceito de caso de força maior porque se trata de factos praticados por terceiros vinculados perante o gestor do hospital por uma relação obrigacional de trabalho, vínculo que, por sua vez, responsabiliza o gestor perante a Administração, nos termos do contrato de gestão hospitalar firmado”.

<sup>140</sup> Assim, Jacques Catz, *Les constructeurs et le risque du sol*, Paris, Editions du Moniteur (Coleção Actualité Juridique), 1985, p. 7, e Laurent Vidal, *L'équilibre financier*, p. 446.

<sup>141</sup> Por exemplo, Laurent Richer, *Droit*, 265, e Laubadère / Moderne / Delvolvé, *Traité*, p. 506.

<sup>142</sup> Assim, Laurent Vidal, *L'équilibre financier*, p. 443. Aliás, Laubadère / Moderne / Delvolvé, *Traité*, p. 507 não deixam de reconhecer o maior acerto do carácter imprevisível relativamente ao carácter imprevisto, afirmando que “para dar lugar à indemnização, a sujeição tenha sido imprevista ou mais precisamente imprevisível”.

<sup>143</sup> Ver Julian Bailey, “What lies beneath: site conditions and contract risk”, *International Construction Law Review*, 2007, p. 392.



obra)<sup>144</sup>, por ser o dado mais desconhecido e imprevisível, designadamente, quando se trata de obras muito complexas que se desenrolam no subsolo (túneis, metros, etc.). Para utilizar o paralelismo de Jacques Catz, é como se fosse a parte invisível de um iceberg<sup>145</sup>.

Há portanto que separar bem os casos em que o cocontratante não obtém a remuneração desejada, o lucro estimado, por algo que lhe é ainda imputável, designadamente, por “ignorância do negócio”, por “má gestão”<sup>146</sup> ou por vicissitudes normais em contratos destes, levando-o a falhar, por defeito, na previsão das espécies ou nas quantidades de trabalho necessárias à execução da obra, que é um risco inerente a uma “empresa económica”<sup>147</sup>, em que não é possível calcular, muito menos com rigor, tudo quanto vai ser necessário para a realização da obra ou os circunstancialismos em que ela se vai desenrolar, daqueles outros casos em que um evento imprevisível, associado ao solo, que ele não podia conhecer mesmo usando da diligência devida, hipótese em que se justifica que o risco seja assumido pelo contraente público, sob pena de o contrato, mais do que a razões de perícia e diligência, ficar a dever-se à fortuna.

Assim, abstraindo da significativa variedade de cláusulas *site conditions* — através da qual as partes regulam os termos da obrigação do cocontratante, normalmente, um construtor, de se inteirar das condições do solo e subsolo e a responsabilidade que assume ou não por conta disso<sup>148</sup>, regulação que prevalecerá em regra sobre o que

---

<sup>144</sup> Laurent Richer (*Droit*, 265), refere que a “teoria das sujétions imprévues teve a sua origem nas empreitadas de obras públicas e que continua a aplicar-se quase exclusivamente nesse domínio”, mas não vemos razões para a afastar, em geral, dos contratos que, mesmo não sendo de empreitada, envolvam a realização de obra pública.

<sup>145</sup> Jacques Catz, *Les constructeurs et le risque du sol*, p. 253.

<sup>146</sup> Marcelo Caetano, *Direito*, p. 629.

<sup>147</sup> Ob. e loc. cit. na nota anterior.

<sup>148</sup> Sobre a *site conditions clause*, ver Robert J. Smith, “Risk identification and allocation: saving money by improving contracts and contracting practices”, *International Construction Law Review*, 1995, pp. 40-71, I. N. Duncan Wallace, *Hudson's building and engineering contracts*, vol. I, 11ª edição, Londres, Sweet & Maxwell, 1995, p. 298 e ss, Christian Wiegand, “Allocation of the soil risk in construction

decorre dos princípios gerais na matéria —, a especificidade da figura que, na doutrina francesa, se chama *sujétions imprévues* reside no seu objecto (razões de ordem natural ou material associadas ao solo) e à determinação do carácter imprevisível ou não do evento, não porque a fórmula se distinga do sentido normalmente dado à imprevisão, mas porque em muitos casos é extremamente difícil apurar em concreto essa imprevisibilidade (não sendo raro haver situações de responsabilidade ou culpa partilhada). No demais, os seus contornos ou requisitos são definidos por referência geral à figura da imprevisão.

### 3.4.2. Os requisitos das “sujeições imprevistas”

3.4.2.1. Assim, e em primeiro lugar, o evento imprevisto há-de traduzir-se numa *dificuldade de ordem natural* (por facto da natureza) *ou material* (por facto do homem, mas exterior às partes ou, ao menos, não imputável ao cocontratante), que se revela normalmente no curso da execução dos trabalhos, e que, como se disse, está tipicamente associado ao estado (desconhecido) do subsolo, implicando ou exigindo a realização de trabalhos de natureza, modalidade ou volume diferentes dos inicialmente previstos ou pressupostos no contrato<sup>149</sup> — por exemplo, a má condição do terreno (o *vitium soli*), encontrar-se rocha ou areia em vez de terra, lençóis de água que têm de ser drenados, solos escavados na linha que não são aproveitáveis (factores de ordem natural), tubagens e canalizações não previstas, serviços afectados (água, luz, etc.) não previstos, mais passagens hidráulicas para desentupir do que estava previsto, insuficiência das fundações dos imóveis juntos aos trabalhos, etc. (factores de ordem material).

---

contracts: a legal comparison”, *International Construction Law Review*, vol. 6, Parte 1, 1989, pp. 282-309, Peter Fenn, “Review of International Practice on the Allocation of Risk of Ground Condition”, *International Construction Law Review*, vol. 17, Parte 3, 2000, pp.439-453.

<sup>149</sup> Laubadère / Moderne / Delvolvé, *Traité*, p. 506 e 507. De acordo com Laurent Richer (*Droit*, 265), também se incluíam aqui, por exemplo, as intempéries.

**3.4.2.2.** Em segundo lugar, o evento deve resultar de uma *circunstância exterior às partes*, mais concretamente, estranha ao cocontratante, não havendo direito a indemnização se o facto lhe é imputável, ou seja, se ele tinha os meios para impedir a sua verificação ou se foi por causa sua (designadamente, por não ter observado as regras do contrato ou ordens do contraente público) que o evento se verificou<sup>150</sup>. É verdade que alguma doutrina entende que o facto imprevisto deve também ser estranho ao contraente público, que as novas ou imprevistas dificuldades não lhe podem ser imputáveis ou que, sendo-o, poderá haver indemnização, não, porém, ao abrigo das *sujétions imprévues*, mas nos termos do *fait du prince*<sup>151</sup>.

Embora tudo dependa de um prévio entendimento sobre o que haja ou não de subsumir-se nesta última teoria, temos dúvidas que seja assim. Por um lado, as *sujétions imprévues* são de ordem material, enquanto o *fait du prince* é, ao menos em geral, de ordem jurídica, mesmo se não necessariamente normativa. Por outro lado, se o contraente público, nos elementos disponibilizados aos operadores económicos (normalmente, no quadro de um procedimento de contratação pública), não fez menção, por exemplo, a cabos ou condutas que sabia (ou devia saber) que existiam no subsolo e que tinham necessariamente de ser removidas, o facto é-lhe imputável a título de *sujétions imprévues* e não de *fait du prince*.

**3.4.2.3.** Em terceiro lugar, as referidas dificuldades de ordem material têm ainda de assumir uma natureza imprevisível, no sentido de que não podia ter sido tomada em consideração na “previsão comum das partes” (ou, repete-se, ao menos do cocontratante) “no momento da celebração do contrato”<sup>152</sup> (devendo entender-se,

---

<sup>150</sup> Laubadère / Moderne / Delvolvé, *Traité*, p. 507.

<sup>151</sup> Assim, Laubadère / Moderne / Delvolvé, *Traité*, p. 507.

<sup>152</sup> Laubadère / Moderne / Delvolvé, *Traité*, p. 507.

quando ele haja sido antecedido de um procedimento de contratação pública, que o momento relevante é o da apresentação da proposta ou da última proposta) — fórmula que é equiparável à ideia de imprevisibilidade subjacente a todas as figuras que gravitam na órbita deste tema e que, em última instância, dão corpo à alteração das circunstâncias.

Assim, no momento em que o contrato é celebrado, o “empreiteiro é normalmente capaz de avaliar as dificuldades da realização da tarefa e o dono da obra deve fornecer-lhe, de boa-fé, as informações de que dispõe. Apesar destas precauções, podem todavia surgir dificuldades [na execução da obra] que não foram previstas nem podiam ter sido previstas” nessa altura<sup>153</sup>.

A apreciação do que seja previsível ou imprevisível depende do caso concreto. O critério, de acordo com a doutrina, é que serão imprevisíveis as situações que um empreiteiro medianamente diligente, colocado nas circunstâncias específicas daquela obra e daquele contrato, não devesse (não tivesse de) conhecer. Os elementos ou dados relevantes para aferir dessa cognoscibilidade são de muita diversa ordem, como, designadamente: a diligência do empreiteiro na fase de elaboração da proposta, os elementos disponibilizados pelo contraente público e os dados de que este tinha (ou devia ter) conhecimento (ponderando-se portanto, autonomamente, a sua boa fé e diligência), a existência de erros no projecto do contraente público (e a sua evidência ou não), cláusulas do caderno de encargos que obrigassem a certo tipo de reconhecimento do local da obra e das condições em que deveriam ocorrer os trabalhos (se bastava um estudo geológico baseado numa inspecção meramente visual ou num reconhecimento de superfície ou se exigia um estudo geológico e geotécnico com realização de sondagens e ensaios de prospecção geotécnica especial, ensaios de carga, poços de prospecção), o prazo para apresentação das propostas, as condições meteorológicas à data (que podiam impedir ou não a realização dos

---

<sup>153</sup> Laurent Richer, *Droit*, 265.

estudos previstos), a previsão, nas peças do procedimento, da realização de estudos críticos para a realização da obra durante a execução do contrato, a experiência do empreiteiro na realização de obras similares ou de obras naquele local, a complexidade ou relativa simplicidade técnica da execução da obra.

**3.4.2.4.** Em quarto lugar, a teoria das *sujétions imprévues* pressupõe que o evento tenha um caráter absolutamente anormal, no sentido em que não é suficiente a ocorrência de uma mera dificuldade, mas uma dificuldade excepcional ou extraordinária<sup>154</sup>. Num contrato de obra é normal que se verifiquem circunstâncias não previstas pelas partes, que podem influenciar, em medida não significativa, o volume de trabalhos a realizar, a sua sequência, o tempo da sua execução, etc. Para que o cocontratante tenha direito a uma indemnização, é necessário que o evento imprevisto ultrapasse essa álea normal de uma empreitada (ou de um contrato de obra), ou seja, os riscos inerentes à área empresarial. Não se exige, note-se, que haja um *bouleversement* da economia do contrato, que seja adulterada a sua equação financeira, mas que seja um evento que, como se disse, ultrapasse aquilo que possa considerar-se comum, normal ou corrente em contratos de obra.

**3.4.2.5.** Por último, e em quinto lugar, para que possa falar-se em *sujétions imprévues* o evento não deve ser tal que impossibilite a execução da obra. Se for essa a hipótese, haverá um caso de força maior, ficando o cocontratante liberado ou desonerado da obrigação de realizar a obra. Nas situações de *sujétions imprévues*, pelo contrário, apesar da maior dificuldade “deve prosseguir na execução do contrato”, tendo “direito a ser indemnizado do prejuízo sofrido”<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, p. 510.

<sup>155</sup> Laurent Richer, *Droit des Contrats Administratifs*, p. 266. No mesmo sentido, Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, p. 512.

E essa indemnização é *integral*, devendo cobrir todos os prejuízos, é dizer, em toda a medida em que a obra se revelou mais onerosa para o cocontratante, assim se distinguindo da imprevisão, diferença, essa, que encontra a sua justificação no facto de estar aqui em causa um evento associado ao contrato, é dizer, um encargo contratual, e não, como na imprevisão, um evento extracontratual. No entanto, sendo esse o princípio geral, pode haver lugar a uma redução da indemnização devida em caso de partilha de responsabilidades ou culpas<sup>156/157</sup>.

### 3.4.3. O risco do solo nos contratos *à forfait*

Sendo isto assim em geral, o problema das *sujétions imprévues* coloca-se com particular acuidade nos contratos de obra *à forfait*, ou seja, de preço global e fixo para todos os trabalhos, sendo discutido se ela também vale aí e, se sim, em que termos.

Com efeito, se o contrato é de preço global e fixo, isso significará em princípio que o cocontratante se compromete a realizar a obra independentemente das circunstâncias com que for confrontado, assumindo os riscos da imprevisão que normalmente estariam cobertos pela teoria das *sujétions imprévues*. No entanto, também é verdade que essas cláusulas têm muitas vezes por efeito tornar o contrato de empreitada num “contrato desequilibrado”, num “contrato de equilíbrio quase aleatório”<sup>158</sup>, atendendo, por um lado, à dificuldade em antecipar com rigor o estado do solo e subsolo e, por outro lado, ao impacto que os eventos imprevisíveis podem ter na economia do contrato. É por isso que alguma doutrina considera que é justamente para os casos em que o preço é fixado de forma global e fixa que mais se justifica a teoria das *sujétions imprévues*<sup>159</sup>.

---

<sup>156</sup> Assim, Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, p. 513.

<sup>157</sup> No Código Civil italiano há uma norma (1664º) segundo a qual “se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso”, mas só vale para as empreitadas de obras particulares.

<sup>158</sup> As expressões são de Laurent Vidal, *L'équilibre financier*, p. 445 e 447.

<sup>159</sup> Jacques Catz, *Les constructeurs et le risque du sol*, p. 452.

Assim, embora haja sempre de atender às especificidades do caso e à forma como as partes tenham regulado a questão<sup>160</sup>, a doutrina dominante há muito considera afastado o princípio da intangibilidade do *forfait*, admitindo que, sob certas condições, o cocontratante possa ter direito a uma indemnização a título de *sujétions imprévues* mesmo havendo cláusula que lhe impute os riscos do solo (ou similares). No entanto, em princípio deve haver aqui maior exigência quanto aos requisitos do impacto, que tenderá a equivaler, ao contrário do que sucede em geral, a um verdadeiro *bouleversement* da economia do contrato.<sup>161/162/163</sup>

---

<sup>160</sup> Como bem revela a pormenorizada discriminação de diferentes espécies de cláusulas em Laurent Vidal, *L'équilibre financier*, p. 456 e ss.

<sup>161</sup> Assim, Laubadère / Moderne / Delvolvé, *Traité*, p. 510 e 511, Laurent Vidal, *L'équilibre financier*, p. 481 e ss. Laurent Richer, *Droit*, 266.

<sup>162</sup> No direito anterior, o legislador desenhou os traços essenciais do problema no artigo 63º do DL nº 59/99, de 2 de março, nos termos do qual “as peças do projecto a exhibir no concurso serão as suficientes para definir a obra, incluindo a sua localização, a natureza e o volume dos trabalhos, o valor para efeito do concurso, a caracterização do terreno, o traçado geral e os pormenores construtivos” (nº 1), devendo constar (i) das peças escritas, entre outros elementos, “folhas de medições discriminadas e referenciadas e respectivos mapas-resumo de quantidades de trabalhos contendo, com o grau de decomposição adequado, a quantidade e qualidade dos trabalhos necessários para a execução da obra” (nº 2), e, depois, (ii) das peças desenhadas, também entre outros elementos, os estudos geológico ou geotécnico (nº 3), sendo que, na falta destes estudos, deviam ser “obrigatoriamente definidas pelo dono da obra as características geológicas do terreno previstas para efeitos do concurso” (nº 4).

Foi com base nesta norma que o tema foi tratado por alguma doutrina e em alguns acórdãos dos nossos tribunais. Assim, de acordo com Jorge Andrade da Silva (*Regime jurídico das empreitadas de obras públicas*, 9ª edição, 2004, pp. 186 e 187), impondo-se nesse preceito ao dono da obra “que instrua o projeto com estudo geológico ou geotécnico ou, pelo menos, que defina as características geológicas do terreno previstas para efeito do concurso”, isso significava que o risco das previsões relativamente às características reais do subsolo corria por conta do dono da obra.

Na jurisprudência, o acórdão mais conhecido é o do STA de 26.09.2002 (p. 47797), em que estava em causa um contrato de preço global e com concepção da obra a cargo do empreiteiro (a chamada empreitada de concepção-construção), tendo a entidade adjudicante imposto aos concorrentes, no caderno de encargos, que deveriam realizar uma prospecção geotécnica do terreno de forma a delimitar com exatidão o custo dos trabalhos envolvidos. Tendo ocorrido em obra um problema com as fundações ligado às características do terreno, que obrigou à realização de trabalhos de espécie diferente da prevista, com acréscimo de custos, e apesar de o contraente público ter invocado o caráter global do preço fixado condicionalismo, o STA entendeu que, como, de acordo com a lei, era ela (entidade adjudicante) que tinha o dever de patentear, em sede concursal, o

### 3.5. A resolução por motivos de interesse público

**3.5.1.** A par da modificação do contrato administrativo, a lei reconhece também ao contraente público o poder de decretar a resolução dos contratos administrativos com fundamento em razões de interesse público. Era o que já se previa no artigo 180º, alínea c), do CPA, e é o que hoje se prevê no artigo 334º do CCP<sup>164</sup>.

Esta resolução do contrato, como o seu próprio nome indica, funda-se na alteração dos juízos político-administrativos que estiveram na base da decisão de contratar (artigos 36º e 37º do CCP), não se confundindo, por isso, nem com a resolução

---

estudo geológico ou, na falta deste, a caracterização geológica do terreno — obrigação que se destinava “a proteger o empreiteiro relativamente aos riscos de acréscimo de despesas de execução da obra, derivados da não correspondência entre a realidade do terreno e o considerado na proposta” —, também devia recair sobre tal entidade pública “as consequências da previsão inexata em que se baseou a proposta” do empreiteiro.

O Tribunal de Contas também foi chamado várias vezes a debruçar-se sobre este tema no direito anterior ao CCP. A título de exemplo, num acórdão de 2000 publicado na Revista do Tribunal de Contas, nº 34, p. 184, considerou-se que, “nas empreitadas de concepção/construção a responsabilidade dos erros e omissões do projeto só é do empreiteiro se o dono da obra fornecer sem reservas todos os elementos que permitam àquele um conhecimento exaustivo da situação e características do terreno”, sendo que, quando isso não aconteça, “não é exigível aos concorrentes a realização de trabalhos de sondagens técnicas prévias à elaboração do projeto-base”.

<sup>163</sup> Entre nós, o tema é hoje objecto de tratamento específico no Código dos Contratos Públicos. Por um lado, o caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de empreitada de obras públicas deve incluir, salvo quando se trate de obras de manifesta simplicidade, um *projecto de execução*, da autoria (e da responsabilidade) da entidade adjudicante, projecto, esse, que deve ser acompanhado de uma “lista completa de todas as espécies de trabalhos necessárias à execução da obra a realizar e do respectivo mapa de quantidades” (nº 4) e ainda, se as características específicas da obra o justificarem, dos “levantamentos e das análises de base e de campo” e dos “estudos geológicos e geotécnicos” (nº 5).

Por outro lado, “em casos excepcionais devidamente fundamentados, nos quais o adjudicatário deva assumir, nos termos do caderno de encargos, obrigações de resultado relativas à utilização da obra a realizar, ou nos quais a complexidade técnica do processo construtivo da obra a realizar requeira, em razão da tecnicidade própria dos concorrentes, a especial ligação destes à concepção daquela, a entidade adjudicante pode prever, como aspeto da execução do contrato a celebrar, a elaboração do projeto de execução, caso em que o caderno de encargos deve ser integrado apenas por um programa preliminar”.

<sup>164</sup> Este poder é concedido pela lei, independentemente da respectiva inclusão no instrumento contratual – nesse sentido, ver, no direito anterior, acórdão do Pleno do STA de 19/02/2004.



sancionatória (artigo 333º do CCP), em que a extinção do contrato é decretada a título de sanção administrativa por incumprimento das obrigações assumidas pelo cocontratante<sup>165</sup>, nem com a resolução com fundamento na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias (artigo 335º do CCP).

Do ponto de vista do seu fundamento material, a existência do poder de rescisão por conveniência administrativa justifica-se pela necessidade de o cocontratante “*garder la maîtrise*” da organização dos serviços públicos ou, mais abrangentemente, de manter na sua disponibilidade o juízo sobre a utilidade ou necessidade do contrato administrativo, e de isso implicar, quando haja interesse (público) sério nisso, que possa, por acto de autoridade, extinguir o contrato<sup>166</sup>.

A lei não se refere, como se fazia na alínea c) do artigo 180º do CPA, à necessidade de existir um motivo imperioso, mas apenas à existência de razões de interesse público, e que se fundamente devidamente a decisão tomada.

Apesar de falta de referência ao “motivo imperioso” de interesse público, deve entender-se, dada a vinculatividade do contrato administrativo e ao dever de respeito pela palavra dada, que não é suficiente para o efeito uma situação de mera conveniência, mais venial, digamos assim, para o interesse público.

Como também não será fundamento legítimo da resolução um motivo puramente financeiro, suportado na diferente avaliação económico-financeira que o contraente público fizesse hoje da rentabilidade ou da relação qualidade-preço do contrato em apreço. Não se admite, por exemplo, que o contraente público possa resolver um contrato administrativo só para acordar com outro as mesmas prestações (ou

---

<sup>165</sup> Sobre esta distinção, v. Marcello Caetano, *Manual*, vol. I, p. 637.

<sup>166</sup> Assim, Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, vol. II, p. 694.

similares) que lhe ofereça melhores condições financeiras<sup>167</sup>.

É necessário, portanto, que haja um interesse público ponderoso, ligado a uma ideia de séria ou grave inconveniência administrativa na manutenção do contrato à luz das novas considerações ou juízos que o cocontratante faça hoje sobre a melhor prossecução do interesse público que lhe está legalmente confiado e pela qual ele é o único responsável. Se, por exemplo, houver necessidade ou séria conveniência em proceder à reorganização do serviço público de operação portuária em determinado porto e se a manutenção das concessões existentes nesse espaço dominial for incompatível com esse desiderato mais vasto, será legítima a resolução do contrato, tanto do ponto de vista da lei como dos princípios jurídicos que regulam a matéria das concessões administrativas, designadamente o princípio da prevalência do serviço público sobre o contrato de concessão<sup>168</sup> ou o princípio da reserva de interesse público, nos termos do qual, “quando contrata administrativamente, a Administração contrata sempre sob reserva de compatibilidade do contrato com o interesse público”<sup>169</sup>.

Havendo resolução do contrato, o contraente público fica constituído no dever de indemnizar o cocontratante ou, como diz a lei (artigo 334º do CCP), no dever de lhe pagar a “justa indemnização” [também era esta a fórmula a alínea c) do artigo 180º do CPA].

A indemnização por acto lícito respeita ao dano positivo – isto é, aos prejuízos sofridos pela celebração do contrato – e abrange em princípio, segundo a doutrina, dois componentes: de um lado, a indemnização de amortização (indemnização pelo valor não amortizado das instalações afectas à concessão, que hajam sido custeadas pela concessionária) e, por outro lado, a indemnização industrial, devida pelos

---

<sup>167</sup> Nestes precisos termos, Laurent Richer, *Droit*, p. 195. No mesmo sentido, Mário Esteves de Oliveira/Pedro Gonçalves/Pacheco de Amorim, *Código*, p. 826.

<sup>168</sup> Fazendo referência a este princípio, v. Pedro Gonçalves, *A concessão*, p. 344.

<sup>169</sup> Mário Esteves de Oliveira/Pedro Gonçalves/Pacheco de Amorim, *Código*, p. 826.

benefícios que ela deixou de auferir durante as anuidades que restavam até ao termo do prazo da concessão<sup>170</sup>.

**3.5.2.** Uma questão que pode colocar-se é saber se e em que termos esse poder de resolução por motivos de interesse público pode ser exercido quando haja regulação contratual no sentido de o contrato apenas poder cessar por conveniência administrativa após o decurso de um certo prazo.

O problema coloca-se sobretudo no âmbito das concessões administrativas (de obras ou de serviços), em que a referida resolução recebe o nome de resgate. Assim, estabelece-se no artigo 422º do CCP que o “concedente pode resgatar a concessão, por razões de interesse público, após o decurso do prazo fixado no contrato”. É o chamado “*délai d’inviolabilité*”.

Julgamos que há que distinguir. O “*délai d’inviolabilité*” em rigor só deveria valer para as situações em que a extinção da relação contratual tem como fundamento o (ou um) interesse público directamente implicado no contrato, ou seja, quando o interesse público que se apresenta como justificação para o resgate (ou para a resolução) seja o concreto “interesse público concessionado”, que constitui o objecto específico do contrato, sobre o qual se verificou o acordo entre as partes.

Esse regime contratual já não deveria aplicar-se quando o interesse público que pede ou exige a resolução não se encontra “situado” no contrato a resolver, mas é de dimensão e de alcance mais geral (por exemplo, numa infraestrutura portuária, uma coisa é pretender reorganizar um dos terminais, concessionado a certo operador, outra seria a reorganização do serviço público da operação portuária em todo o porto, atribuindo a sua gestão global a uma só entidade ou separando essa gestão por vários terminais especializados, cada um com o “seu” concessionário).

---

<sup>170</sup> Assim, Pedro Gonçalves, *A concessão*, p. 357.

Por outras palavras, o “*délai d’inviolabilité*” não é oponível pelo cocontratante ao contraente público quando o interesse público por este invocado seja “*extracontratual*” ou “*supracontratual*”. Nestes casos, não é propriamente de um resgate que se trata — enquanto “*modalidade contratualmente prevista do poder de rescisão*”, por motivos de interesse público ligados à concessão em causa —, mas de uma verdadeira resolução fundada na lei (no artigo 334º do CCP) e em razões de interesse público mais vasto, exorbitante ao contrato que se pretende extinguir<sup>171</sup>.

## *Capítulo II – Modificação do contrato e alteração das circunstâncias do contrato*

### **4. A modificação do texto e do contexto do contrato administrativo**

#### **4.1. Considerações introdutórias**

Centra agora a atenção no objecto principal do nosso estudo, há uma importante distinção a fazer entre modificação do texto do contrato administrativo e modificação das suas circunstâncias envolventes, do seu contexto, digamos assim, ou, se se preferir, entre *modificação do contrato* e *alteração das circunstâncias (do contrato)*.

As duas situações têm inúmeros pontos de contacto e é justamente por essa razão que por vezes aparecem confundidas, tornado mais complexa uma matéria que só por si encerra já uma assinalável dificuldade.

Na verdade, tanto pode falar-se na modificação do contrato como algo que se incrusta no texto ou no clausulado do negócio, alterando-o, como pode querer fazer-se antes referência a um evento que altera o contexto em que se desenvolve ou

---

<sup>171</sup> A previsão legal do poder de rescisão unilateral, tal como não necessita de estar prevista no contrato, não pode ser limitada por este senão em termos proporcionais, que não prejudiquem de forma sensível o interesse público.

executa o contrato. Ele, em si mesmo, olhando às suas cláusulas, é o mesmo, mas os factores endógenos ou heterógenos em que se processa a sua execução ou cumprimento passam a ser diferentes.

Há ligações e interconexões entre as figuras: uma modificação do contrato pode, desde logo, ter como seu fundamento uma alteração das circunstâncias; não é forçoso que seja assim, mas pode de facto introduzir-se uma modificação num contrato por causa de uma alteração das circunstâncias. Por outro lado, uma modificação do contrato pode, do ponto de vista das suas consequências, ser próxima da figura da alteração das circunstâncias, na medida em que a ambas poderá corresponder a reposição do equilíbrio financeiro do contrato. Em terceiro lugar, pode assistir-se a uma sucessão de eventos que relacione intimamente as duas figuras: uma modificação do contrato decretada pelo contraente público com base em exigências supervenientes de interesse público, que, em si mesma, configure para o cocontratante uma alteração das circunstâncias, justificando uma nova modificação do contrato a pedido deste.

Apesar destas ligações, trata-se, em qualquer caso, de hipóteses distintas. A modificação de um contrato traduz-se numa modificação do seu texto e pode ter como fundamento, é verdade, uma alteração das circunstâncias, mas pode igualmente ter um outro fundamento; a alteração das circunstâncias traduz-se numa modificação do contexto do contrato e pode, é verdade, dar origem a uma modificação do contrato, mas pode igualmente não ter uma consequência dessas.

E é precisamente por se tratar de hipóteses juridicamente distintas que se torna fundamental ter presente o que é uma e outra, designadamente, o que é a causa e o que são os seus efeitos, como é fundamental guiarmo-nos por critérios estritamente jurídicos, para não perder o *quid specificum* de cada figura.

## 4.2. A modificação do contrato administrativo

Assim, a modificação de um contrato significa uma modificação dos termos convencionados pelas partes, uma modificação do feixe de direitos ou obrigações das partes ou dos termos desses direitos ou obrigações<sup>172</sup>, sem extinção do vínculo contratual<sup>173</sup>. Por exemplo, o cocontratante devia prestar o serviço público concedido em certos termos, de acordo com determinadas especificações técnicas, contratualmente previstas, e passa agora, porque as partes assim o acordaram, a ter de o executar de outra forma, com observância de diferentes especificações técnicas. O cocontratante devia executar a obra pública em certo prazo, contratualmente acordado, e passa entretanto a ter de a concluir noutra.

Uma modificação do contrato só pode portanto resultar de um acto voluntário (unilateral ou bilateral), de um “acto inteligente”, que tenha como efeito e intenção introduzir uma modificação ao acordo. Não pode resultar de um facto natural ou de um facto humano involuntário ou da mera alteração do contexto social, económico, político do contrato.

São necessários dois esclarecimentos.

**4.2.1.** Por um lado, *a modificação dos direitos e obrigações das partes não pressupõe uma modificação do contrato*, como sucede quando a lei altera o regime legal (ou regulamentar) do contrato. Nesse caso, eram direitos e obrigações legais, embora indexadas a um contrato, e a sua alteração faz-se directamente por via legal (ou regulamentar).

---

<sup>172</sup> É por essa razão que Pedro Costa Gonçalves, quando se referia ao poder de modificação unilateral, distinguindo-o de outras figuras, afirmava que do seu exercício resultava um acto que tinha o “contrato por objecto” (*Concessão*, p. 260), introduzindo uma alteração directa da posição jurídica contratual das partes.

<sup>173</sup> Distinguindo-se assim da chamada novação objectiva (artigo 857º do CC).

Além disso, a própria *modificação do contrato, dos direitos e obrigações das partes dele constantes, também não pressupõe necessariamente uma modificação do clausulado do contrato*. Haverá modificação do clausulado contratual quando se trate de um acordo modificativo celebrado entre elas. Diversamente, se a modificação resultar de uma decisão do contraente público (acto administrativo), de uma decisão judicial ou da lei (ou regulamento), há modificação do feixe de direitos ou obrigações das partes, mas não há modificação do clausulado ou, melhor dizendo, há modificação do feixe de direitos ou obrigações contratuais das partes, independentemente da modificação do clausulado.

O que significa duas coisas:

- (i) As partes podem, naturalmente, por razões de clareza, traduzir ou reflectir no clausulado do contrato as modificações resultantes de decisão do contraente público, de decisão judicial ou da lei, mas a modificação, em si mesma, resulta destes actos e opera directamente por via deles, independentemente da sua tradução no clausulado.
- (ii) Quando a modificação do contrato opera por via de decisão do contraente público, de decisão judicial ou da lei, a natureza da relação entre os contraentes na parte respeitante à modificação é ainda contratual.

**4.2.1.1.** A primeira proposição explica-se por si mesma, embora suscite duas questões. Em primeiro lugar, pode acontecer que o modo como as partes traduzam no clausulado as modificações resultantes de outra fonte seja diferente daquele que resultava da própria fonte. É um problema que há-de resolver-se, em primeiro lugar, em sede de interpretação e, depois, em sede de validade ou legitimidade. Ou seja, por um lado, é necessário averiguar primeiro qual a verdadeira intenção das partes e

o que resulta do texto modificativo (segundo as normas dos artigos 236º e seguintes do Código Civil), a saber, se daí resulta uma nova modificação, uma modificação por acordo, à modificação unilateralmente decretada (por acto administrativo, por decisão judicial ou por lei) ou não. No caso de a resposta ser positiva, há que averiguar se essa “remodificação” por acordo é válida, seja por confronto com as regras gerais sobre os limites à modificação por acordo, seja por confronto com as medidas modificativas unilaterais. É um problema que só em concreto pode ser resolvido.

Olhando apenas para a legitimidade dessa “remodificação” por acordo subsequente, diríamos o seguinte: uma modificação por acto administrativo do contraente público pode em princípio ser alterada por acordo posterior entre os contraentes. No entanto, se essa modificação administrativa tiver de ser precedida de acto de terceiro, que concorra para a sua legalidade – como acontece, por exemplo, nas PPP celebradas pela administração indirecta do Estado (artigo 340º/3 do CCP), em que depende de parecer favorável do ministro da tutela sectorial, ou, em certos casos, de visto prévio do Tribunal de Contas –, isso significa que uma modificação por acordo subsequente que não possa considerar-se legitimada por esse acto de terceiro será inválida.

Da mesma forma, uma modificação decretada por um tribunal pode, em princípio, ser alterada por acordo subsequente entre os contraentes. Tratar-se-á, por via de regra, de direitos disponíveis e, como tal, passíveis de serem regulados de forma diversa daquela que resultou da sentença. No entanto, se a modificação judicial tiver sido introduzida para a tutela de terceiros e na sequência de uma acção instaurada por eles (vg, utentes de um serviço público concessionado), uma alteração aos termos dessa modificação será em princípio inválida (por ofensa ao caso julgado).<sup>174</sup>

---

<sup>174</sup> Sendo inclusivamente discutível se uma alteração em maior benefício dos utentes será de admitir, salvo de se tratar de algo que, em benefício deles, acresça à modificação decretada judicialmente,



Quanto às modificações introduzidas por lei, há que distinguir: se se tratar de uma modificação de norma supletiva, em matéria sobre que não havia regulação contratual específica, as partes podem legitimamente introduzir subsequentemente no clausulado uma regulação distinta da norma supletiva. Se se tratar de lei imperativa que altere as obrigações *contratuais* das partes<sup>175</sup>, estas não podem legitimamente introduzir subsequentemente no clausulado uma regulação distinta.

**4.2.2.** O segundo esclarecimento é o de que, apesar de a modificação do contrato pressupor um acto intencional de alteração dos direitos e obrigações das partes, isso *não significa que eventos como factos da natureza, a alteração do contexto económico e social do contrato ou actos de terceiros (greve, por exemplo) – apesar de não modificarem o contrato – não tenham implicações contratuais.*

As implicações contratuais de tais eventos podem ser de duas ordens: (i) ou porque, como vimos atrás, dão causa ou suporte a uma modificação do contrato; (ii) ou porque, independentemente de um acto de modificação, ou prévio a ele, podem convocar a aplicação de outros institutos com repercussão sensível nos direitos ou obrigações das partes, como a impossibilidade (temporária ou definitiva) de cumprimento das obrigações e, logo, a existência de uma causa justificativa para a inexecução do contrato (se o evento não for imputável a quem dele se pretenda prevalecer), a existência de fundamento para a exclusão ou redução das sanções por cumprimento tardio ou defeituoso do contrato, o direito à resolução do contrato (se o acréscimo de dificuldades for tal que não seja legítimo exigir a um dos contraentes a sua execução)<sup>176</sup>, ou então a reposição do equilíbrio financeiro (nas situações de *fait*

---

no sentido de que as partes fizeram reflectir no clausulado do contrato o conteúdo e termos integrais dessa modificação e ainda dispuseram, por acordo, em aditamento a isso, algo que beneficia a posição jurídica desses terceiros.

<sup>175</sup> Ver o ponto subsequente.

<sup>176</sup> Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, p. 552.

*du prince*) ou a modificação do contrato, incluindo uma compensação financeira (nas situações de imprevisão).

Trata-se porém, como se vê, de institutos diferentes do da modificação do contrato.

### **4.3. A classificação das modificações do contrato**

**4.3.1.** A classificação dos casos de modificação do contrato administrativo pode fazer-se depender de inúmeros critérios. Vamos apenas fazer uma referência aos mais importantes, sendo que já atrás nos referimos às modificações objectivas e subjectivas.

Uma primeira classificação possível distingue, consoante a *natureza* da modificação, entre modificação de direito (ou modificações formais) e modificação de facto. Aquela corresponde à modificação jurídica e formal, que introduz uma efectiva alteração ao texto do contrato administrativo (ou ao seu regime) e é assumida como tal. A segunda corresponde a uma omissão do contraente público, normalmente relacionada com uma tolerância sua com o incumprimento do contrato por parte do cocontratante através do não exercício dos poderes postos na lei ou no contrato para a tutela ou reacção desse tipo de situações (por exemplo, a aplicação de multas ou a chamada resolução sancionatória ou por incumprimento). Ou seja, em certo sentido, pode dizer-se que a modificação do contrato, em algumas situações, “may be achieved by simply disregarding the terms of the contract”<sup>177</sup>.

Assim, se, apesar de o contrato estipular que um produto devia ser entregue em certa data com certas especificações, o contraente público condescende ou pactua com a entrega tardia ou com outras especificações por parte do cocontratante, ou se de

---

<sup>177</sup> Omner Dekel, *Modification of a Government Contract Awarded Following a Competitive Procedure*, PCLJ, vol. 38, nº 2, 2009, p. 408.

acordo com o contrato de empreitada de obra pública, a construção da estrada devia fazer-se com certos materiais e é feita com outros, menos nobres, e o contraente público não retira daí qualquer consequência, há, em certo sentido, uma modificação de facto do contrato ou uma “modificação por inacção”<sup>178</sup>, na medida em que ele passa a ser executado na prática em termos diversos dos que estavam estabelecidos<sup>179</sup>.

A chamada modificação de facto depende, no entanto, de alguns requisitos. Com efeito, um comportamento contrário ao contrato por parte do cocontratante e a falta de reacção a esse comportamento faltoso por parte do contraente público, a sua tolerância de facto (“de facto forbearance”)<sup>180</sup> com ele configuram, em princípio — se não houver justificação especial para qualquer deles —, um incumprimento do contrato por acção e um incumprimento do contrato por omissão (ou, dependendo dos casos, uma falta ilícita de exercício dos poderes públicos sancionatórios), respectivamente. E é assim que devem ser tratados, para todos os efeitos.

---

<sup>178</sup> Pedro Costa Gonçalves, “Gestão”, p. 43.

<sup>179</sup> A doutrina norte-americana normalmente inclui as modificações por omissão nas chamadas “constructive contract changes”. As modificações contratuais construtivas — que se contrapõem às “directed changes” — existem sempre que o contraente público, através de acção ou omissão, e intencionalmente ou não, altera os termos e condições de um contrato, mas não o faz formalmente (“but fails to do so formally”). Ver, a este respeito, John Cibinic / Ralph Nash / James Nagle, *Administration of Government Contracts*, Wolters Kluwer Law & Business / George Washington University, 2016, p. 528 e seguintes.

A doutrina considera que as “modificações construtivas” estão reguladas no artigo 43.104 das FAR, nos termos do qual, “quando um cocontratante considerar que o Governo efectuou ou pode efectuar uma modificação no contrato que não foi identificada como tal por escrito e assinada pelo «contracting officer», ele deve notificar o Governo por escrito tão brevemente quanto possível. Isso permitirá que o Governo avalie a alegada modificação e (i) confirme que se trata realmente de uma modificação, (ii) dirija o modo da execução subsequente do contrato e providencie pelo seu financiamento; (ii) conteste a alegada modificação; ou (iii) notifique o cocontratante de que não considera ter havido qualquer modificação”.

Próximos das “modificações construtivas” estão, para alguns autores, os “implied contracts”, sobretudo os implied-in-fact contracts”, que são aqueles que não estão reduzidos a escrito (ver, por exemplo, Terrence O’Connor, *Understanding Government Contract Law*, pp. 102 e ss.

<sup>180</sup> Omner Dekel, *Modification of a Government Contract*, p. 404.

No entanto, se houver um acordo tácito entre os dois contraentes para que as coisas se passem dessa forma irregular, se dos seus comportamentos puder retirar-se de maneira concludente uma intenção de, por forma velada, modificar os termos do contrato, actuando como se o acordo fosse outro que não o efectivamente celebrado, pode concluir-se que eles quiseram efectivamente modificar o contrato, ou seja, passa a haver também uma modificação de facto do contrato.

Recusar a figura seria centrar a atenção na forma e não na substância e deixaria fora do controlo da legalidade da modificação do contrato situações que juridicamente devem ser tratadas como tal, designadamente, perante terceiros interessados e perante entidades fiscalizadoras.

Assim, quando não tenha de observar a forma escrita – porque o contrato também não carece de ser celebrado por escrito [por aplicação conjugada do artigo 311º/1, alínea a), e do artigo 95º, ambos do CCP] –, a modificação do contrato (por acordo tácito entre as partes) deve, pelo menos, ser avaliada em função dos limites postos à modificação do contrato. Quando tenha de observar a forma escrita – porque o contrato também foi celebrado por essa ou mais solene forma [por aplicação conjugada do artigo 311º/1, alínea a), e do artigo 95º, ambos do CCP] –, a modificação de facto do contrato será ilegal com esse fundamento, mas deve também, porque daí podem resultar diferentes consequências jurídicas, em função dos limites postos à modificação do contrato (pode, por exemplo, considerar-se que a modificação sem forma escrita pode ser passível de regularização, o que já não sucederá se ela também for ilegal por violação de tais limites).

**4.3.2.** Ainda segundo a sua *natureza* (ou *objecto* ou *impacto*), pode distinguir-se as modificações substantivas e as modificações administrativas (“administrative changes”). Estas últimas não afectam os direitos de qualquer das partes, alterando,

por exemplo, aspectos de carácter eminentemente burocrático ou, de qualquer forma, que não traduzem ou implicam para qualquer das partes, de forma directa ou indirecta, mais encargos ou menos receitas.<sup>181</sup> Será o caso, por exemplo, da correcção ou rectificação de erros de cálculo ou de escrita, alterações às moradas e pontos de contacto, números de telefone, alterações ao local de pagamento ou ao local de entrega dos bens<sup>182</sup>, etc. Por sua vez, as modificações substantivas alteram os termos e condições do contrato de uma forma (directa ou indirecta) que afecta os direitos das partes, aditando, modificando ou suprimindo prestações contratuais quem têm significado ou impacto económico.

**4.3.3.** Por outro lado, quanto ao *sentido* da modificação, podemos distinguir, por um lado, as modificações aditivas (aditando ao contrato uma nova especificação ou uma nova prestação, com ele relacionada), as modificações por substituição (trocando uma especificação ou uma prestação do contrato por outra) e as modificações por supressão (suprimindo ou eliminado um segmento de uma prestação contratualmente prevista ou esta mesma). Além disso, tanto podem modificar-se as prestações ou obrigações do cocontratante, como as prestações ou obrigações do contraente público.

**4.3.4.** De acordo com o critério da *autoria*, e de acordo com o CCP, os contratos administrativos podem ser modificados pelas partes, por acordo entre si, pelo contraente público, por decisão unilateral sua, e pelos tribunais (administrativos ou arbitrais, salvo havendo lei especial que atribua aos tribunais ditos judiciais

---

<sup>181</sup> A “administrative change” está expressamente prevista no artigo 43.101 das FAR como sendo uma “unilateral contract change, in writing, that does not affect the substantive rights of the parties” (e.g., a change in the paying office or the appropriation data).

<sup>182</sup> Aqui dependerá, naturalmente, do caso concreto.

competência para conhecer dos litígios emergentes de um ou outro contrato administrativo, caso em que eles podem modificar esse contato nos mesmos termos em que os administrativos o podem fazer). São, como se disse, estas as hipóteses previstas no artigo 311º do CCP.

No entanto, os contratos administrativos também podem ser modificados, nas suas cláusulas, e não apenas nas suas circunstâncias, pelo *legislador* ou pela própria Administração Pública, através de *regulamento*, não sendo necessário que os órgãos legislativos ou administrativos em causa sejam os próprios contraentes públicos, mesmo que actuando fora do âmbito das suas qualidades de partes. O CCP não se refere especificamente a esta hipótese, mas, independentemente da sua legitimidade ou não, são outros potenciais autores das modificações contratuais.

**4.3.5.** Quanto à *forma* do acto de modificação, pode distinguir-se entre as modificações resultantes de acordo entre as partes, de acto administrativo praticado pelo contraente público, por decisão judicial ou decisão arbitral (são estas as três hipóteses previstas no CCP), devendo acrescentar-se, como se disse no ponto anterior, a lei e o regulamento.

Nas primeiras, tanto pode tratar-se de acordo escrito (ou com forma mais solene) como de acordo verbal: tudo depende da forma do contrato que se pretende modificar [ver artigo 311º/1, alínea a), e artigo 95º, ambos do CCP].

As modificações acordadas pelas partes são uma manifestação da “liberdade contratual”, da “autonomia da vontade” que, embora com limites, vigora também no direito dos contratos administrativos. Por outras palavras, embora não seja tão extensa quanto a autonomia da vontade em direito civil, a autonomia pública em matéria contratual envolve seguramente a possibilidade de o contraente público celebrar com o seu cocontratante adicionais, aditamentos ou outros acordos

modificativos das cláusulas inscritas no pacto inicial<sup>183</sup>.

O contrato pode ser igualmente modificado por decisão judicial, por lei (ou regulamento) e por acto administrativo. O legislador associou expressamente o poder de modificação unilateral a uma modificação por acto administrativo, quando, em nossa opinião, não deve afastar-se a hipótese de uma modificação por lei ou regulamento, caso em que, independentemente da sua legitimidade, configura o exercício de algo que se situa entre o poder de modificação unilateral (porque tem o contrato, ou uma certa categoria de contratos, como objecto, e não as suas circunstâncias) e o *fait du prince* (porque não resultará, em rigor, do exercício dos normais poderes públicos de conformação da relação contratual).

**4.3.6.** Atendendo ao critério da sua *previsão* no clausulado (ou no regime) do contrato, entre as modificações previstas e as modificações não previstas. Não nos referimos, note-se, à previsão da possibilidade de modificação do contrato administrativo, em geral, porque essa está hoje regulada no artigo 311º do CCP, mas à previsão, nas cláusulas do contrato, de ser introduzida uma determinada modificação. Abstraindo por agora de eventuais requisitos substanciais de legitimidade que existam na matéria (e, no que toca aos contratos regulados pelas directivas, há de facto exigências específicas, como teremos oportunidade de ver), uma modificação deverá considerar-se prevista quando seja possível antecipar o seu objecto, ou seja, quando o contrato não se limite a prever uma mera e genérica possibilidade de modificação. Assim, por exemplo, se no contrato se dispuser que o dono da obra pode alterar o programa dos trabalhos ou o projecto da obra, as partes ponderaram um certo aspecto da execução do contrato como podendo ser objecto de alteração e é quanto

---

<sup>183</sup> Em sentido contrário, considerando que, em direito administrativo, a modificação não é fundada sobre a autonomia das partes, Hélène Hoepffener, “La modification des contrats de la comande publique”, pp. 98 e 99 (embora pareça que a autora está sobretudo a referir-se ao poder de modificação unilateral).

basta para considerar-se a modificação prevista. Por outro lado, as modificações não previstas abrangem todas as outras hipóteses, ou seja, quer as modificações que não foram previstas por incúria ou menor diligência das partes, designadamente, do contraente público — seja porque ocorrem habitualmente no tipo de contrato em causa, seja porque era, à data da celebração do contrato, havia dados suficientes para admitir que determinado aspecto da execução do contrato viesse a ser objecto de alteração —, quer aquelas que não seria exigível a uma entidade contratante diligente antecipar como podendo virem a ser necessárias ou convenientes, é dizer, as modificações com fundamento em factos imprevisíveis.

**4.3.7.** Olhando ao seu *fundamento*, e de acordo com o artigo 312º do CPC, o contrato pode ser modificado com base em duas razões, a saber, a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato, e as razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes. As primeiras modificações são tributárias da teoria geral do direito dos contratos (quaisquer que eles sejam) e vão buscar a sua razão de ser a considerações de justiça e equidade, não sendo portanto um fundamento especificamente administrativo ou sequer associado aos contratos da Administração Pública. Ao invés, a modificação do contrato com base em razões de interesse público é tributária da teoria dos contratos administrativos, não se aplicando portanto a todos os contratos da Administração Pública, e dá corpo à ideia de que o contrato é um instrumento ao serviço do interesse público, uma das formas por que se realiza a actividade administrativa, e um dos motivos por que a compreensão do contrato administrativo pede que se distinga o que nele é contrato e o que nele é administrativo.



**4.3.8.** Relacionada com a distinção anterior, há igualmente que separar correctamente, em função do *objectivo* a que vão votadas, aquilo a que pode chamar-se as modificações intencionais ou “desequilibrantes” e as modificações provocadas ou “equilibrantes”.

As primeiras são as modificações que, decretadas pelo contraente público ou por acordo entre as partes<sup>184</sup>, introduzem uma novidade ao concreto regime da execução do contrato — mesmo que estando neles previstas como podendo ocorrer — e implicam, para uma das partes, mais encargos ou despesas ou menos receitas. Nesse sentido, a “modificação desequilibra o contrato”<sup>185</sup> ou é a causa dele, impondo portanto a adopção de medidas de equilíbrio económico-financeiro do contrato, ou seja, “uma outra modificação contratual”<sup>186</sup>. São as denominadas *modificações por razões de interesse público*.

As segundas são as modificações que, na sequência de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, que desequilibrou a equação económico-financeira subjacente ao acordo, são adoptadas (pelas partes ou por um tribunal)<sup>187</sup> justamente para repor o equilíbrio do contrato. Aqui, a “modificação recupera o equilíbrio do contrato”<sup>188</sup>, é ela mesmo a fonte do reequilíbrio. Estas são as *modificações provocadas por uma alteração (anormal e imprevisível) das circunstâncias*<sup>189/190</sup>.

---

<sup>184</sup> Não podendo, assim, ser introduzidas por um tribunal.

<sup>185</sup> Pedro Costa Gonçalves, *A relação jurídica*, p. 41.

<sup>186</sup> Vieira de Andrade, *A propósito do regime do contrato administrativo*, p. 31.

<sup>187</sup> Não podendo, portanto, ser decretadas unilateralmente pelo contraente público.

<sup>188</sup> Pedro Costa Gonçalves, *A relação jurídica*, p. 41. O autor aborda igualmente o tema em “Gestão”, 48, e *Direito*, p. 568 e 569.

<sup>189</sup> E que tanto podem ser reclamadas pelo contraente público, como pelo cocontratante.

<sup>190</sup> Aproveitando a explicação de Pedro Costa Gonçalves, dir-se-ia que, no caso da modificação unilateral por razões de interesse público, “há uma sucessão lógica dos seguintes momentos: *i*) consideração pelo contraente público, de um facto de interesse público que, na sua óptica, recomenda uma modificação; *ii*) imposição da modificação de cláusulas contratuais; *iii*) reposição do equilíbrio financeiro do contrato, em benefício do co-contratante (na medida em que não suporte qualquer risco de modificação). Diferente apresenta-se a modificação por força da alteração

Em suma, de um lado temos a modificação do contrato por razões de interesse público e do outro a “alteração das circunstâncias que pode gerar uma modificação do contrato”<sup>191</sup>.

Por via de regra, as primeiras não se traduzem em modificações económicas ou financeiras, mas sobre aspectos operacionais ou técnicos, digamos assim, do contrato, enquanto as segundas consistem em princípio em compensações financeiras ou, numa outra perspectiva, na alteração ou revisão das cláusulas financeiras do contrato — embora possam materializar-se em modificações de outro género, como a prorrogação do prazo ou outra que esteja prevista contratualmente.

#### **4.4. A alteração (das circunstâncias) do contrato administrativo**

Da modificação do contrato deve distinguir-se a *alteração das circunstâncias do contrato*.

Por contraposição com a “modificação directa”, que seria aquela que verdadeiramente modifica o contrato, alguma doutrina reporta-se aos eventos que afectam o contexto da sua execução como constituindo uma “modificação indirecta”<sup>192</sup>, como também há doutrina que, por contraposição com a “modificação voluntária”, se reporta às “modificações do contrato independentes da vontade das partes”<sup>193</sup>, propostas que podem contribuir para o esclarecimento de alguns pontos

---

de circunstâncias; neste caso, a sucessão é a seguinte: *i)* alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar; *ii)* pretensão no sentido da modificação, a qual se traduzirá, em regra, numa alteração das cláusulas financeiras, segundo critérios de equidade”.

<sup>191</sup> Vieira de Andrade, A propósito do regime do contrato administrativo, p. 31.

<sup>192</sup> Referem-se à distinção entre modificação directa e modificação indirecta Georges Pequignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, A. Pédone, 1945 pp. 394 e seguintes, Furtuna, *Le fait du prince*, pp. 24 e seguintes.

<sup>193</sup> Como sucede com Hoepffner, *La modification*, p. 23 — note-se que, um pouco estranhamente, esta autora reporta-se às modificações do contrato independentes da vontade das partes como sendo as que “se impõem a elas em razão de uma modificação do contexto que as levou inicialmente a

mais específicos da matéria ou até para representar melhor as interconexões que há entre a modificação do contrato e a alteração das circunstâncias (do contrato), mas que, por nós, devem ser usadas com extremo cuidado, senão mesmo evitadas, sob pena, repete-se, de não se alcançar o *quid* jurídico *specificum* de cada uma delas.

Assim, a alteração das circunstâncias do contrato consubstancia uma mudança ou transformação do contexto do contrato, das circunstâncias gerais ou específicas (económicas, sociais, técnicas, jurídicas, políticas, ambientais, fiscais, laborais, etc., incluindo naturalmente os eventos naturais) que presidem à sua execução, tornando-a excessivamente onerosa ou até mesmo impossível. Tais eventos podem portanto resultar de um acto voluntário como de um acto não voluntário (fortuito ou da natureza), pode ser imputável a qualquer um dos contraentes ou a um terceiro, pode assumir carácter geral ou concreto, mas, independentemente disso, é sempre algo que se verifica no contexto do contrato, sem modificação do feixe de direitos e obrigações das partes. É algo, em suma, que, deixando intocado o contrato, afecta a *contractual arena*<sup>194</sup>, o contexto onde se desenrola o “jogo contratual”.

A mudança das circunstâncias subjacentes ao negócio administrativo, à base contratual administrativa, configura assim uma alteração das condições em que as partes fundaram a sua decisão de contratar e que, sem alterar directamente o feixe de direitos e obrigações que entre elas intercede, tem influência na economia do contrato ou na possibilidade do seu cumprimento. Estão aqui em causa, portanto, alterações exteriores ou extrínsecas ao contrato, mas que se projetam, favorável ou desfavoravelmente, no seu equilíbrio financeiro ou na possibilidade das suas prestações.

---

contratar”, o que significa que, como nas “modificações voluntárias” só cabem as modificações por acordo ou por acto administrativo do contraente público, as modificações por acto judicial e por acto legislativo ficam aparentemente sem enquadramento.

<sup>194</sup> Assim, por referência à *sovereign acts doctrine*, ver Stuart B. Nibley / Jade Totman, “Let the Government Contract: The Sovereign has the Right, and Good Reason, to Shed Its Sovereignty when It Contracts”, *PCLJ*, vol. 42, número 1, p. 6.

A distinção, porém, nem sempre aparece devidamente reflectida na doutrina e na própria lei, seja porque, umas vezes, se usa a mesma expressão ou conceito para exprimir realidades diferentes, seja porque, outras, se confundem as duas realidades.

Por exemplo, o modo como no artigo 314º/1 do CCP o legislador se reporta aos casos que dão direito a reposição do equilíbrio financeiro a favor do cocontratante – referindo que este “tem direito à reposição do equilíbrio financeiro (...) sempre que o fundamento para a modificação do contrato seja” um caso de alteração das circunstâncias [alínea a)] e um caso de modificação do contrato [alínea b)] – mostra haver aí uma certa confusão, pois, como já foi assinalado, num caso [o da alínea b)] é a modificação do contrato que altera o seu equilíbrio financeiro, podendo dar lugar a uma outra modificação (vg, as suas cláusulas financeiras), noutro [o da alínea a)], é a eventual modificação do contrato que recupera o seu equilíbrio financeiro<sup>195</sup>.

#### **4.5. A classificação das alterações das circunstâncias do contrato**

**4.5.1.** Dentro das alteração das circunstâncias, pode distinguir-se, desde logo, consoante a sua *incidência* (mais ou menos abrangente), a alteração das circunstâncias gerais subjacentes ao acordo, que afectam a generalidade dos operadores económicos, e a modificação de aspectos específicos subjacentes ao acordo, que afectam um determinado contratante (ou um conjunto determinado e divisível de contratantes). Por exemplo, o aumento da taxa de IRC é uma alteração das circunstâncias gerais que contextualizam a execução de um contrato com uma pessoa colectiva, a construção de uma nova infraestrutura rodoviária concorrente (pela sua proximidade, pelo mercado-alvo, por oferecer os mesmos níveis de serviço) de outra já existente configurará, para esta, ou seja, para o operador encarregado da sua

---

<sup>195</sup> Pedro Costa Gonçalves, “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, CJA, nº 64, p. 40, acompanhado por Vieira de Andrade, “A propósito”, pp. 31 e 32.

exploração, uma alteração de caráter específico, no sentido de que se repercute negativamente na sua esfera jurídica, não perturbando, porém, a generalidade dos outros concessionários de infraestruturas rodoviárias.

O critério, aqui, note-se, não se reconduz à matéria sobre que versa a alteração, mas à incidência do evento em causa. Por exemplo, a criação de um imposto ou de uma taxa que recaia apenas sobre certos contratantes (de infraestruturas rodoviárias, de gestão de estabelecimentos públicos de saúde, etc.) é, apesar da sua natureza fiscal ou tributária, uma modificação das circunstâncias específicas em que se executam ou desenvolvem esses contratos.

**4.5.2.** Em segundo lugar, além de a alteração das circunstâncias também poder diferenciar-se em função da sua natureza ou do factor em causa (da natureza, económico, político, administrativo, etc.), há uma outra distinção com relevantes consequências práticas, que atende ao *agente autor* da alteração. Não se aplicando, naturalmente, quando se trate de factos da natureza, deve separar-se aqueles casos em que a alteração se deve a um facto do próprio contraente público, mesmo se não resultante do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, ou que a ele seja imputável, dos outros em que o facto é de terceiro, de um qualquer terceiro. Como se verá adiante, esta é a linha que separa o *fait du prince* da chamada imprevisão.

### *Capítulo III – A modificação do contrato administrativo*

## **5. A modificação do contrato por acto administrativo do contraente público**

### **5.1. O interesse público implicado no contrato administrativo**

Posto para a realização de interesses públicos e sendo estes mutáveis, o contrato administrativo não é, ao contrário do que sucede essencialmente no domínio do direito civil, um acordo cuja evolução esteja dependente da capacidade de previsão das partes. A lei faculta ao contraente público um instrumento de autoridade destinado a garantir, ali onde for possível, que a sua execução decorra sempre da maneira mais favorável (ou menos desfavorável) ao interesse público, acompanhando o seu *devoir* ao longo de toda a vida do contrato.

O fundamento geral desse poder do contraente público é bem conhecido: a necessidade (e o dever) de actualização e adaptação do contrato às *exigências evolutivas do interesse público*<sup>196</sup>: a mutabilidade deste não consente, sob pena de dano para a própria colectividade, que a Administração se vincule, durante períodos de tempo mais ou menos longos, a certa concepção ou opção contratual desse interesse (e do modo da sua realização). Um instrumento que se caracterizasse pela “petrificação” do seu regime dificilmente seria capaz de dar uma resposta eficiente a uma grandeza que é por definição variável. A modificação de um contrato não é, por isso, sinal de uma “*«maladie» du contrat*”; pelo contrário, ela é “*un élément de sa vie*,

---

<sup>196</sup> Augusto de Ataíde, *Para a teoria do contrato administrativo: limites e efeitos do exercício do poder de modificação unilateral da Administração*, Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano, p. 75, e José Ferreira de Almeida, *Legalidade e estabilidade objectiva do contrato administrativo*, Scientia Iuridica, p. 126 e ss.

*voire de sa survie*"<sup>197</sup>

Se um contrato administrativo, pela evolução (às vezes, até, pela reapreciação) dos dados em que assentou, deixou de representar uma equação adequada à realização dos interesses públicos contemporâneos, só a sua transformação e acomodação a essas novas exigências, aos parâmetros actuais das necessidades comunitárias, fará dele um instrumento eficiente do direito administrativo<sup>198</sup>.

Este poder de o contraente público modificar um contrato está, aliás, reconhecido pela própria jurisprudência do Tribunal Europeu dos direitos do Homem, que, num caso que opunha um contraente particular ao Estado grego, afirmou que, "according to the case-law of international courts and of arbitration tribunals, any State has a sovereign power to amend [...] a contract concluded with private individuals, provided it pays compensation [...]. This both reflects recognition that the superior interests of the State take precedence over contractual obligations and takes account of the need to preserve a fair balance in a contractual relationship"<sup>199</sup>. É, como se vê, uma expressão do regime que encontramos no CCP e traduz de forma clara a ideia de que, no direito administrativo, "a modificação não é apenas possível: ela é indispensável"<sup>200</sup>.

Assim, o poder de modificação unilateral constitui um desvio ao princípio do *pacta sunt servanda*, na sua vertente de *intangibilidade* do conteúdo dos vínculos contratuais (*princípio da estabilidade dos contratos*).

---

<sup>197</sup> Hélène Hoepffner, "La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire", *RFDA*, 2011, n° 1, p. 98.

<sup>198</sup> Pedro Matias Pereira parece considerar que é a reponderação das circunstâncias existentes que "assinala a existência de um poder de modificação unilateral exorbitante" (*Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*, pp. 62 e 63). Apesar da relevância teórica e prática dessa possibilidade, julgamos que a autonomia do poder de modificação unilateral se funda, em primeiro lugar, na teoria dos factos novos ou, como diz a lei, "necessidades novas", que tem um significado próximo daquela teoria.

<sup>199</sup> Acórdão de 9.12.1994, caso 3427/87, nota 72.

O acórdão pode ser consultado aqui: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-62469>.

<sup>200</sup> Hélène Hoepffner, "La modification des contrats de la commande publique", p. 99.

Veremos nas páginas subsequentes em que termos.

## 5.2. Distinção do instituto da alteração das circunstâncias e do *fait du prince*

5.2.1. A modificação unilateral do contrato traduz-se num poder público de autoridade, de natureza essencialmente discricionária<sup>201</sup>, exercido pelo contraente público nessa qualidade, através de acto administrativo<sup>202</sup>, e que se materializa numa alteração das “cláusulas respeitantes ao conteúdo ou ao modo de execução das prestações previstas no contrato [artigo 307º/2, alínea b), do CCP].

A sua distinção em face do instituto da *alteração das circunstâncias*, consagrado no artigo 312º, alínea a), do CCP (ou no artigo 314º/2) e no artigo 437º do Código Civil, é relativamente simples<sup>203</sup>.

Em primeiro lugar, porque a modificação unilateral do contrato é uma figura que apenas existe nos contratos administrativos (não em todos eles, mas apenas neles), enquanto o instituto da alteração das circunstâncias vale para quaisquer contratos, independentemente da sua natureza<sup>204</sup>. Em segundo lugar, a modificação unilateral

---

<sup>201</sup> Assim, Sérvulo Correia, “Contrato”, p. 82, Ferreira de Almeida, “Legalidade”, pp. 137 e 138, e Freitas do Amaral / Fausto de Quadros / Vieira de Andrade, *Aspectos jurídicos da empreitada de obras públicas*, 2002, p. 169.

<sup>202</sup> Em sentido algo diverso, Lourenço Vilhena de Freitas, *O poder de modificação unilateral do contrato administrativo por parte da Administração (e as garantias contenciosas do seu co-contratante perante esse exercício)*, AAFDL, 2007, pp. 99, referindo que o poder de modificação “consubstancia um poder, ou seja, uma situação jurídica activa, que é unilateral, ou seja, que se salda num poder potestativo”.

<sup>203</sup> Maria João Estorninho, em *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, p. 494, remete para o seu *Requiem pelo contrato administrativo*, Almedina, 1990, onde refere que se “procurou desmistificar a natureza exorbitante” do poder de modificação unilateral, admitindo-se que, ao menos em parte, pretenda remeter para as pp. 130 e 138, onde se sustentava que o poder de modificação unilateral não permitiria distinguir o regime do contrato administrativo do regime do contrato de direito privado porque também neste valeria, por força do artigo 437º do CC, a cláusula *rebus sic stantibus*.

<sup>204</sup> Com isto, queremos afirmar a transversalidade do referido instituto, não tomando porém posição sobre uma questão muito discutida a propósito dos chamados contratos SWAP, mais concretamente, se a natureza intrinsecamente aleatória de um contrato, como quando ele é



do contrato consubstancia um poder público de autoridade, ou seja, um poder que, por um lado, pertence apenas a uma das partes no contrato (ao contraente público) e, por outro lado, um poder cujo exercício de processa através da prática de um acto administrativo, cujos efeitos de impõem ao cocontratante. Diversamente, o regime da alteração das circunstâncias (seja o do CCP, seja o do Código Civil), além de ser invocável por ambas as partes, não atribui a qualquer delas um poder, mas um direito, a saber, o direito de pedir a um tribunal que, com base na alteração das circunstâncias, decreta a (resolução ou) sua modificação do contrato. O que significa que, enquanto a modificação administrativa das prestações acordadas é decretada por uma das partes, a modificação por alteração das circunstâncias opera por via (e sentença) judicial<sup>205</sup>.

Em terceiro lugar, quanto ao seu fundamento, a modificação do artigo 437º do Código Civil ou do artigo 312º, alínea a), do CCP assenta na alteração anormal das circunstâncias (de facto ou de direito) em que as partes fundaram a decisão de contratar, enquanto o poder de modificação unilateral não pode ser exercido com esse fundamento, mas apenas em razões de interesse público. Em quarto lugar, o poder de modificação unilateral, fundando-se em razões de interesse público, não exige que estas sejam supervenientes e, quando o sejam, basta-se com esse superveniência, abstraindo-se dos critérios da anormalidade e imprevisibilidade.

---

celebrado justamente para lidar com a incerteza e a imprevisibilidade, é compatível com o regime do artigo 437º do Código Civil. Ver, sobre este assunto, José Lebre de Freitas, *Contrato de swap meramente especulativo - regimes de validade e de alteração das circunstâncias*, ROA, ano 72º, 2012, pp. 944 a 970, Maria Clara Calheiros, *O contrato de swap no contexto da actual crise financeira global*, Cadernos de Direito Privado, Braga, nº 42 Abril/Junho de 2013, pp. 3 e seguintes, Hélder Mourato, *Swap de taxa de juro: A primeira jurisprudência*, Cadernos de Valores Mobiliários, nº 44, Abril de 2013 p. 44 e seguintes, Mafalda Miranda Barbosa / Diogo Duarte Campos, *A decisão do Tribunal de Portalegre, 4 de Janeiro de 2012: breve anotação*, BFDUC, vol. LXXXVIII, 2012, p. 379 e ss.

<sup>205</sup> Embora, como se sabe, quer num caso, quer noutra, as partes possam igualmente celebrar um acordo nessa matéria, seja em substituição do acto administrativo, seja para evitar o recurso aos tribunais.

Sendo verdade que em alguns casos a linha de fronteira entre a alteração das circunstâncias e as razões de interesse público poderá ser ténue, havendo entre elas zonas de intersecção ou sobreposição, não deixa de ser seguro afirmar o seguinte: (i) a alteração das circunstâncias, verificados os respectivos requisitos, pode ser fonte habilitante de uma modificação do contrato, *independentemente* de tal alteração ter impacto no interesse público implicado no contrato; (ii) uma alteração das circunstâncias que não tenha impacto no interesse público contratualizado não é fonte habilitante do exercício do poder de modificação unilateral; (iii) as razões de interesse público, verificados os respectivos requisitos, podem ser fonte habilitante de uma modificação do contrato, *independentemente* de elas estarem associadas a uma alteração das circunstâncias. Ou seja, e como se disse atrás, essas razões de interesse público não pressupõem necessariamente a superveniência de novos dados (de facto ou de direito) distintos daqueles que presidiram à data da celebração do contrato, podendo resultar apenas de uma nova ponderação que o contraente público faça de circunstâncias já existentes em tal data<sup>206</sup>, de uma diferente valoração das exigências actuais do interesse público implicado no contrato. Por outro lado, mesmo quando as razões de interesse público se suportem numa alteração das circunstâncias, esta não tem de ser anormal e imprevisível, bastando que se trate de “necessidades novas”.

Por último, e salvo quando for imputável a uma decisão do contraente público adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação do contrato, a modificação no domínio da pura cláusula *rebus sic stantibus* opera segundo critérios de equidade, enquanto a modificação dos contratos administrativos que tenha como causa o exercício do *ius variandi* tem como critério o restabelecimento da reposição do respectivo equilíbrio financeiro<sup>207</sup>.

---

<sup>206</sup> Como hoje é de lei e era já defendido por Pedro Costa Gonçalves, *A concessão*, p. 261.

<sup>207</sup> Antes da entrada em vigor do CCP, havia ainda uma outra diferença (assinalada por Freitas do Amaral na 1ª edição do seu Curso de Direito Administrativo) entre o poder de modificação unilateral e a alteração das circunstâncias regulada no Código Civil. Traduzia-se ela no facto de o

**5.2.2.** Distinto da alteração das circunstâncias, o poder de modificação unilateral distingue-se também do *fait du prince*, embora aqui as diferenças dependam em mais larga medida de uma certa pré-compreensão sobre os próprios contornos do *fait du prince*, variando em função das conclusões a que se chegar nesse domínio. Assim, a distinção entre as duas figuras far-se-á com base em linhas genéricas, reveladoras de uma tendência, e não como traços fechados, que só adiante tentaremos definir com melhor precisão.

Assumido isto, pode dizer-se que o facto do príncipe resulta normalmente de actos normativos e não necessariamente de actos da função administrativa, enquanto o poder de modificação unilateral é sempre exercido através de actos administrativos<sup>208</sup>, ou seja, actos não normativos e da função administrativa. No entanto, se a segunda proposição é segura, a primeira só o é em parte, na medida em que, se o *fait du prince* não releva apenas da função administrativa (basta referir o facto das leis), não pode dizer-se que ele pressuponha necessariamente um acto normativo. Será assim por via de regra, mas não deve afastar-se a hipótese de uma medida individual e concreta poder subsumir-se nessa figura ou então terá de ser proposto um enquadramento alternativo para medidas dessas adotadas pelo contraente público fora do exercício dos seus poderes de conformação do contrato e que alterem de forma imprevisível e anormal as circunstâncias do negócio (e não este, em si mesmo).

Em segundo lugar, o facto do príncipe tem “impacto sobre o contrato, mas não o tem

---

disposto no preceito civil apontar, como solução principal, para a resolução do contrato, salvo se a outra parte “declarar aceitar a modificação do contrato”, enquanto o *ius variandi* administrativo parte do princípio inverso: o cocontratante, dentro de certos limites, mantém-se obrigatoriamente vinculado ao contrato, não lhe sendo dado pedir a rescisão. Sendo em parte assim, ou seja, havendo de facto requisitos específicos para, em caso de alteração anormal das circunstâncias, a resolução, sendo a regra a da modificação, julgamos, como se disse já, que essa diferença é esbatida por parte da doutrina civilista entender que não há no direito civil uma espécie de princípio da resolução do contrato.

<sup>208</sup> Assim, Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado Matos, *Direito*, p. 421.

por objecto”, enquanto o poder de modificação unilateral tem sempre por objecto o contrato<sup>209</sup>. Mais uma vez, é, em nossa opinião, uma tendência, pois, se não há modificação unilateral que não tenha por objecto o próprio contrato, pode haver dúvidas sobre qual o enquadramento correcto de eventuais modificações do contrato, das suas cláusulas, que resultem, por exemplo, de lei. Abstraindo da conformidade constitucional de tal hipótese, diríamos que, nesse caso, ou se alargam os limites do *fait du prince* [ou da hipótese regulada no artigo 314º/1, alínea a), do CCP, independentemente do nome que se lhe queria dar] — sustentando que, se são aí subsumíveis os casos de alteração das circunstâncias, deve tal regime ser aplicável, por maioria de razão, aos casos de modificação dos contratos — ou se entende que uma lei que modifica um contrato configura um acto administrativo sob a forma de lei, e remete-se o caso para a figura do poder de modificação unilateral tal qual está regulado no CCP. Nesse caso, tratar-se-á ainda de um acto administrativo, mas que vem praticado sob a forma de lei. No entanto, a hipótese pode tornar-se menos ortodoxa se se tratar de um contrato entre uma empresa pública e um particular que seja modificado por decreto-lei governamental. É que, mesmo que se trate, no caso, de um acto administrativo sob a forma de lei, nessa hipótese a modificação não é da autoria do próprio contraente público, pelo que ou se alarga o âmbito da figura da modificação unilateral, como que uma sua sub-espécie, não regulada no CCP, mas com o mesmo regime, ou se enquadra a situação no *fait du prince*, nos termos vistos.

Em terceiro lugar, há quem considere também que o “facto do príncipe pode resultar da conduta de um órgão de uma pessoa colectiva pública estranha ao círculo contratual”, enquanto o poder de modificação unilateral é “sempre exercido por órgãos da pessoa colectiva administrativa que é parte no contrato”<sup>210</sup>. Embora se concorde com a primeira proposição, como se verá adiante, é importante referir que nos termos da lei, do artigo 314º/1, alínea a), do CCP, a figura do *fait du prince*

---

<sup>209</sup> Assim, Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado Matos, *Direito*, p. 422.

<sup>210</sup> Assim, Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado Matos, *Direito*, p. 422.

pressupõe que a alteração provenha do próprio contraente público. Além disso, a posição segundo a qual o poder de modificação unilateral é sempre exercido pelo contraente público, se está em sintonia com o disposto no CCP, pressupõe que não se subsuma aí, mas no *fait du prince*, os casos de modificação directa do contrato resultantes de acto de uma autoridade pública que não seja parte no contrato.

Como se vê, apesar de serem figuras tão estudadas e objecto de regulação a título geral no CCP, a verdade é que “as fronteiras entre o poder de modificação unilateral e o *fait du prince* são tradicionalmente muito complexas”<sup>211</sup>.

### **5.3. Os fundamentos do poder de modificação do contrato administrativo**

#### **5.3.1. As razões de interesse público e as modificações previstas em disposição especial e no contrato**

**5.3.1.1.** Como se viu atrás, há, de acordo com o artigo 312º do CPC, dois fundamentos gerais para a modificação do contrato administrativo, a saber:

- (i) Alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.
- (ii) Razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.

Sobre a primeira, como ela não é fundamento para o exercício, pelo contraente público, do poder de modificação, deixaremos uma breve palavra no ponto seguinte. Por agora, apenas se pretende referir que, além das razões de interesse público, o contrato também pode ser modificado quando *disposição especial* (lei ou regulamento) ou o próprio *contrato* o preveja, a propósito de um particular aspecto da execução do

---

<sup>211</sup> Maria João Estorninho, *Curso*, p. 494, em nota.

contrato.

Com efeito, se é verdade que serão ainda enquadráveis, em última instância, nas tais razões de interesse público, esses dois casos não deixam, por causa disso, de ser relativamente autónomos, suscitando problemas jurídicos específicos.

Assim, e como se disse, as duas referidas situações são ainda subsumíveis na categoria das modificações do contrato por motivos de interesse público, não havendo, por esse lado, diferença com a previsão legal da alínea b) do artigo 312º, primeira parte, do CPC, sucedendo apenas que tais razões foram já objecto de prévia ponderação pelo legislador ou pelas próprias partes. Esta proposição será verdadeira no caso das modificações previstas em lei, mas poderá não ser inequívoca no caso das modificações previstas no contrato. Com efeito, e mesmo abstraindo das exigências que as directivas da União Europeia fazem sobre a matéria das modificações previstas no contrato — exigências, porém, que só valem para os contratos públicos e concessões de obras e serviços<sup>212</sup> —, as partes podem prever a modificação de um contrato por razões absolutamente veniais, que (se não estivessem previstas) não seriam de todo capazes de legitimar uma modificação com fundamento na alínea b) do artigo 312º do CCP, caso em que poderá questionar-se a validade da própria cláusula.

Exceptuando no entanto essas raras situações, quando haja, portanto, previsão legal ou contratual específica (não é suficiente uma previsão genérica) não será necessária uma motivação administrativa posterior, é dizer, no momento em que se pretende introduzir a modificação, sobre a existência de “necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes” na medida em que a razão ou motivo de interesse público teria sido já assumido na previsão da lei especial ou do contrato. Aliás, nesses casos, não é sequer necessário, em rigor, que a previsão da modificação

---

<sup>212</sup> A questão está em saber se tais exigências também são de aplicar-se às modificações previstas em lei especial, que trataremos no lugar próprio.

se reporte a uma dessas situações — “necessidades novas” ou “nova ponderação das circunstâncias existentes” —, bastando, em nosso entender, que haja interesse público na (previsão da) modificação<sup>213</sup>.

Naturalmente que uma resposta definitiva sobre esta matéria, ou seja, sobre o que seja ainda de exigir ao contraente público em sede de fundamentação da modificação, depende da forma como esteja redigida a lei ou a cláusula contratual, mas em princípio poderá até tratar-se de uma mera referência ao preceito legal ou contratual onde se prevê a sua admissibilidade.

**5.3.1.2.** Uma outra questão é saber se as *modificações previstas no contrato* se materializam através de *acto administrativo* ou de mera *declaração negocial*.

À primeira vista dir-se-ia que, não havendo nesse caso exercício de um poder público de autoridade, mas a aplicação de uma cláusula contratual estabelecida por mútuo consenso, se tratará, em regra, de meras declarações negociais. O problema pede, porém, maior reflexão.

Em primeiro lugar, quando a cláusula contratual seja mera reprodução do texto da lei<sup>214</sup> deve entender-se, mesmo que o contraente público invoque a cláusula, que há um acto administrativo — por isso que, quando existam dois fundamentos ou parâmetros de diferente hierarquia para a emissão de uma certa pronúncia por parte da Administração Pública, prevalece o de maior grau, com a natureza que este lhe empreste, assim como quando uma pronúncia da Administração Pública viola dois

---

<sup>213</sup> É verdade que, nos termos do artigo 310º/2 do CCP, os “*acordos endocontratuais sobre a modificação do contrato dependem dos pressupostos e estão sujeitos aos limites estatuídos no capítulo seguinte*”, ou seja, ao regime da modificação objectiva, mas, além de não haver no caso das modificações previstas no contrato qualquer acordo endocontratual, o legislador estava a reportar-se às modificações com os fundamentos do artigo 312º e em nossa opinião estes não se aplicam às modificações previstas.

<sup>214</sup> E estamos mais uma vez a abstrair, por agora, das exigências que as directivas estabelecem a propósito das modificações previstas no contrato.

parâmetros de diferente hierarquia se considera que prevalece (ou, ao menos, que releva sempre) o de maior grau.

Em segundo lugar, no artigo 307º/2, alínea b), do CCP dispõe-se, a propósito da natureza das declarações do contraente público, que revestem natureza de acto administrativo as que se traduzam na “*modificação unilateral* das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato *por razões de interesse público*” — e, mesmo admitindo que o legislador estava a reportar-se ao exercício do poder de modificação unilateral do artigo 311º/2 e que, em rigor, nestes casos das modificações previstas não se alteram cláusulas do contrato, mas executa-se o contrato, a verdade é que uma modificação prevista como possível no clausulado é (pode ser) introduzida unilateralmente pelo contraente público e funda-se em razões de interesse público. Por outras palavras, a previsão da modificação pode resultar do consenso das partes, mas a sua introdução deve-se a uma pronúncia unilateral do contraente público.

Em terceiro lugar, o facto de uma modificação não estar prevista no contrato não significa que ela não seja legítima. A fonte da admissibilidade das modificações por interesse público é a lei, não o contrato. Por outras palavras, o facto de uma modificação estar prevista não significa que seja *por causa disso* que ela pode ser introduzida no contrato. Ora, se e quando for assim, é dizer, quando a modificação pudesse ser introduzida à revelia da sua previsão contratual, podem não existir razões suficientes para lhe recusar a natureza de acto administrativo.

Em quarto lugar, e eventualmente mais determinante do que os argumentos anteriores, retirar às modificações previstas no contrato a marca da autoridade (do acto administrativo) tem consequências práticas e implica recusar-lhes a tutela que o legislador pretendeu dar às modificações unilaterais com fundamento em interesse público. Por exemplo, em tal hipótese a modificação introduzida não seria um comando jurídico, nem, conseqüentemente, seria dotada da *executividade* que o



legislador reconhece aos actos administrativos contratuais (artigo 309º/1).

Ora, não havendo motivo claro para recusar às modificações previstas no contrato a tutela legal que se dispensa às modificações não previstas, quando ambas tenham por fundamento razões de interesse público e se destinam a garantir a permanente instrumentalidade do contrato ao interesse que lhe deu causa, julgamos — apesar de se reconhecer que a questão é controvertida — que, salvo quando o contrário resulte claramente do contrato, também as primeiras se materializam através da prática de actos administrativos.

### **5.3.2. A recusa do poder de modificação em caso de alteração das circunstâncias?**

**5.3.2.1.** Como resulta do artigo 311º/2 do CCP, o poder de modificação unilateral não pode ter como fundamento a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, mas apenas as tais razões de interesse público, proposição que é corroborada pelo disposto no artigo 307º/2, alínea b), onde, a propósito da natureza das declarações do contraente público, se afirma revestirem natureza de acto administrativo as declarações que se traduzam na “modificação unilateral das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato *por razões de interesse público*”<sup>215</sup>.

O regime, como se sabe, não é substancialmente diferente em matéria de resolução do contrato. Na verdade, o artigo 334º atribui ao contraente público o poder de, através de acto administrativo, resolver o contrato por razões de interesse público — como sucede em sede de modificação — e depois o artigo 335º reconhece-lhe também o direito à resolução do contrato com fundamento na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, remetendo expressamente para a alínea a) do artigo

---

<sup>215</sup> Ver, também neste sentido, Marcelo Rebelo de Sousa/André Salgado Matos, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2010, p. 420.

312º a propósito dos requisitos do seu exercício, sendo posição dominante na doutrina que não se trata aí de um poder público de autoridade<sup>216</sup>.

Assim, se é verdade que a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias é fundamento da modificação ou da resolução do contrato, terá de ser nesse caso uma modificação ou resolução acertada por acordo entre as partes ou dependente de decisão judicial ou arbitral, não havendo aí lugar, sob pena de nulidade, ao exercício de poderes públicos de autoridade por parte do contraente público. Ocorrendo uma alteração das circunstâncias, pode então acontecer o seguinte: ou o contrato, apesar disso, é para manter ou o contrato, por causa disso, deve cessar. Em qualquer das hipóteses, ou o contraente público consegue acertar com o cocontratante os termos da modificação ou da resolução ou, não se chegando a acordo, qualquer parte poderá instaurar uma acção (em tribunal judicial ou arbitral), não podendo, em circunstância alguma, o contraente público tirar unilateralmente (imperativamente) as consequências contratuais modificativas ou extintivas dessa alteração. É um caso portanto em que não pode haver um acto administrativo substitutivo de um contrato administrativo (modificativo ou extintivo).

A solução do CCP justifica-se plenamente.

---

<sup>216</sup> Outra questão diferente é saber se a resolução do contrato com fundamento na alteração das circunstâncias resulta do exercício de um poder público de autoridade (através portanto de acto administrativo) ou se se trata antes de um mera declaração negocial. Neste último sentido, já ao abrigo do CCP, cf. Rebelo de Sousa/Salgado de Matos, *Contratos Públicos*, pp. 154-155, e Mário Aroso de Almeida, *“Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos”*, pp. 14 e 15. Antes do CCP, Pedro Costa Gonçalves, *O contrato administrativo*, pp. 126 e 136, também separa o *poder* de resolução unilateral, por razões de interesse público, do *direito* à resolução do contrato por alteração anormal e imprevisível de circunstâncias, que, na ausência de acordo, qualquer das partes poderia fazer valer através dos tribunais.

No entanto, como bem observa Aroso de Almeida, *“não pode deixar, no entanto, de notar-se que, tanto a alínea e) do artigo 302º, como a alínea d) do nº 2 do artigo 307º, se referem genericamente a um poder do contraente público de resolução unilateral do contrato, sem especificar que esse poder só se pode fundar em razões de interesse público; e, por outro lado, a alínea c) do artigo 330º, ao referir-se às hipóteses em que a resolução do contrato resulta de decisão do contraente público, não remete apenas para os artigos 333º e 334º, mas também para o artigo 335º”*.

Por um lado, porque está em sintonia com a matriz originária e tradicional do poder de modificação unilateral, cujo fundamento sempre foi o interesse público. Por outro lado, enquanto em matéria de interesse público o juízo do contraente público é um juízo técnico ou político-administrativo especializado, que resulta do exercício das suas funções e de uma especial posição sua de garante da contínua instrumentalização do contrato às necessidades da colectividade, o mesmo já não sucede na parte estritamente relativa à alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, caso em que o seu juízo não se suporta em qualquer competência técnica ou político-administrativa. Por outras palavras, aqui, o juízo do contraente público está em paridade com o juízo do cocontraente, não havendo motivos para se fazer sobrepor juridicamente o primeiro ao segundo.

**5.3.2.2.** Em terceiro lugar, e este é o ponto decisivo para perceber a solução do legislador, o CCP apenas exclui os poderes de autoridade pública em matéria de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias quando estejam em causa as chamadas “modificações desequilibrantes”, ou seja, aquelas que têm em vista repor o equilíbrio do contrato. Nada impede, como é evidente, que uma alteração das circunstâncias seja invocada pelo contraente público se e na medida em que haja projecções ou implicações suas em matérias de interesse público, ou seja, uma alteração tal que implique “necessidades novas” ou das quais resulte “uma nova ponderação das circunstâncias existentes”.

Por outras palavras, a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias é um fundamento da modificação unilateral se e na medida em que, com base nela, possa a Administração Pública invocar fundamentadamente “razões de interesse público” para os ajustamentos contratuais pretendidos, sendo então legítima a modificação do

contrato com base nisso<sup>217</sup>.

É portanto, este, mais um caso em que a ambivalência de significados com que o legislador usou o termo “modificação do contrato” pode suscitar dúvidas numa matéria que, normalmente, e ao menos neste aspecto, não as justificaria. Assim, e em suma, quando o legislador recusa que a modificação do contrato por acto administrativo possa fundar-se em alteração das circunstâncias ele está a reportar-se à “modificação que recupera o equilíbrio do contrato” (designadamente, através de uma compensação financeira), não se admitindo, portanto, que o contraente público possa, por decisão sua, vinculativa para a outra parte, determinar quais são as medidas modificativas, incluindo as financeiras, adequadas para a reposição do equilíbrio financeiro (se a alteração das circunstâncias lhe for imputável) ou as medidas modificativas, incluindo a compensação financeira, adequadas em caso de imprevisão.

Nada disso se relaciona, porém, com as “modificações que desequilibram o contrato”, que, essas, fundadas em razões de interesse público, podem ser introduzidas por acto administrativo também em caso de alteração das circunstâncias.

---

<sup>217</sup> Ver, neste sentido, Licínio Lopes Martins, “Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos: em especial, a reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato e a determinação dos danos”, em *Estudos de Contratação Pública*, III, Coimbra Editora, 2010, p. 367, Ana Gouveia Martins, “A modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, II, Coimbra, 2010, p. 66, e Alexandra Leitão, “O tempo e a alteração das circunstâncias contratuais”, p. 88, *V Encontro dos professores Portugueses de Direito Público*, 2012, org: Carla Amado Gomes, disponível em [http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook\\_encontrodp\\_final2.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrodp_final2.pdf).

Aparentemente contra, Mário Aroso de Almeida, “Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, II, Coimbra Editora, 2010, p. 832, e Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado de Matos, *Direito*, III, 2010, pp. 420 e 421, embora, dada a dificuldade gerada pelo confuso regime da lei, se admita que os autores se reportavam a uma outra hipótese.

De resto, não se justificaria que quando a modificação se afigurará mais premente, é dizer, quando ocorra uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, o contraente público não pudesse modificar o contrato, e que isso só lhe fosse permitido em situações de menor importância. E nem se diga que o legislador quis subtrair o poder de modificação no caso da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias porque em tais hipóteses o impacto no contrato é de tal ordem ou grandeza que não deveria admitir-se uma intervenção unilateral do contraente público. Por um lado, porque a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias pode ter um impacto relativamente moderado no contrato, pedindo apenas ajustamentos e não grandes modificações. Por outro lado, porque, seja como for, mantem-se sempre válido o limite da intangibilidade do contrato, contendo o poder de modificação dentro de níveis juridicamente adequados.

A alteração (anormal) das circunstâncias pode, assim, ser fundamento da modificação unilateral do contrato quando haja razões de interesse público para o efeito.

### **5.3.3. As razões de interesse público**

#### **5.3.3.1. Considerações introdutórias**

Voltando então ao fundamento legal da modificação unilateral, para procurar saber em que consistem as tais “razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes”.

Em primeiro lugar, e embora se trate de uma proposição evidente, o contraente público, na qualidade de titular de tal poder, só pode modificar “cláusulas”, modificar o que está textualmente previsto no contrato (ou seus anexos) ou o que dele resulte implícita, mas necessariamente, como pode suceder com o modo de

execução das prestações. Se parte do regime do contrato constar de lei ou de regulamento, o contraente público, nessa sua qualidade, não pode proceder a qualquer modificação. Poderá, sim, haver uma alteração da lei ou do regulamento, mas nesse caso ou se trata de *fait du prince* ou de um caso de imprevisão.

Em segundo lugar, razões de interesse público são motivos concretos relacionados com o interesse público implicado em determinado contrato administrativo. Não significa isto que tais razões tenham de ancorar-se em considerações estritamente associadas ao contrato em causa, podendo fundar-se em considerações de ordem mais vasta ou abrangente, em considerações extracontratuais ou supracontratuais, com impacto num certo contrato ou numa categoria deles.

Por exemplo, o juízo que se faça sobre a maior conveniência de adoptar um novo modelo de financiamento das infraestruturas rodoviárias concessionadas (ou subconcessionadas) é algo que transcende um certo contrato e que pode, ainda assim, justificar a sua modificação (veja-se o que aconteceu entre nós com a modificação de alguns contratos de concessão de infraestruturas rodoviárias, que passaram do regime de “portagens virtuais” para o regime de “portagem real”).

Além disso, é importante ter em consideração que a prevalência do interesse público sobre a estabilidade do conteúdo contratual também se manifesta através da preponderância da soberania estadual revelada no poder de opção político-legislativa. Com efeito, além dos interesses públicos específicos que estão na base da celebração dos contratos, o contraente público tem de cumprir e o cocontratante tem de suportar as alterações que resultem de imposições genéricas do legislador, no contexto de opções políticas gerais que repercutam os seus efeitos nas áreas da vida social ou nas relações jurídicas em que opere o contrato. Entre a opção político-administrativa em matéria contratual e a opção político-legislativa há muitas vezes fronteiras pouco nítidas, ora aparecendo esta com uma formulação que a aproxima da primeira, ora aparecendo esta como uma espécie de medida de implementação de

um juízo já formulado noutro contexto. Por outras palavras, há casos em que a intenção determinante das medidas tomadas (ou propostas) pelo contraente público está intimamente associada ou relacionada com uma mudança ao nível político-legislativo, com uma nova opção política genérica (*“indirizzo politico”*), sobre novos modelos ou paradigmas tidos como mais adequados e convenientes do ponto de vista da colectividade, que até pode ser dirigida à colectividade em geral, mas que pede modificações mais ou menos profundas dos contratos implicados no sector ou actividade em causa. Em tais casos, a modificação do contrato releva sempre, e em qualquer caso, de uma determinação administrativa contratual, mas que se encontra vinculada a uma opção estrutural mais vasta e decidida a um outro nível. Facto que pode relevar também no próprio domínio da legitimidade do interesse público da adaptação sobre a estabilidade contratual, pois uma opção política estrutural deve ser susceptível de realização. E torna igualmente mais clara a assunção pública da responsabilidade daí emergente.

Em terceiro lugar, é necessário que se trate de uma razão efectiva de interesse público, de algo reclamado para a melhor instrumentalidade do contrato face ao interesse público que o justifica. Interesse público, aqui, não é sobretudo tomado por antinomia com interesse privado, mas como interesse implicado na decisão de contratar. No entanto, não é necessário, como se verá, que haja um interesse público imperioso na modificação, sendo suficiente que esta seja justificada em vista de uma melhor adequação do contrato ao fim a que se destina.

### **5.3.3.2. As necessidades novas e a reponderação de circunstâncias existentes**

**5.3.3.2.1.** O primeiro factor que, nos termos da lei, pode justificar uma razão de

interesse público é uma “*necessidade nova*”<sup>218</sup>. Necessidade nova é, em primeiro lugar, aquela que resulta de uma circunstância superveniente, que ocorre, por regra, em momento posterior à celebração do contrato<sup>219</sup>. A modificação do contrato em caso de alteração das circunstâncias representa o núcleo fundamental desse poder<sup>220</sup>, na medida em que traduz a expressão mínima do *dever de actualização* do contrato às novas exigências de interesse público.

Essas “necessidades” podem resultar de *áreas contratuais*, decorrentes da execução do projecto do contrato, como de *áreas extracontratuais*, de elementos externos ao contrato, mas que se repercutem nele, nas suas prestações ou no modo da sua execução<sup>221</sup>. Fundos (da União Europeia ou nacionais) que se esperava chegassem e afinal já não chegam, factos ligados ao desconhecimento das condições do solo, casos de força maior temporários, alterações climáticas e outros condicionalismos naturais, a conveniência em incorporar novas especificações resultantes de avanços técnicos, a necessidade de ajustar o contrato a novas exigências regulamentares, etc., são, todos

---

<sup>218</sup> Era também esta a expressão que se encontrava no artigo 101º da antiga *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*.

<sup>219</sup> Vázquez Matilla, *La modificación*, 125. Referindo-se às diferentes nuances entre alteração previsível e alteração provável, ver Pedro Nuno Rodrigues, *A modificação objectiva do contrato de empreitada de obras públicas*, 2012, p. 68.

<sup>220</sup> Aliás, segundo parte da doutrina francesa, o poder de modificação restringe-se a estes casos de “*changement de circonstances*” ou de “*survenances de circonstances nouvelles*” (assim, Laubadère/Moderne/Devolvé, *Traité*, I, p. 715, e Badaoui, *Le fait*, pp. 98 e ss).

<sup>221</sup> Relativamente às *áreas contratuais*, devem considerar-se excluídas, por força do regime do CCP, os chamados erros e omissões, que, nos termos do artigo 66º, abrangem também (embora nesse caso não corram em princípio por parte do cocontratante) aqueles erros que “apenas pudessem ser detetados na fase de execução do contrato, atuando com a diligência objetivamente exigível em face das circunstâncias concretas”, ou seja, abrangem também hipóteses que poderiam, em tese, incluir-se no regime das modificações (como se vê pelo texto do artigo 107º da *Ley de Contratos del Sector Público*, de seguida citado).

Sobre o regime dos erros e omissões, ver J. M. Oliveira Antunes, *Código dos Contratos Públicos - Regime de Erros e Omissões*. Coimbra, Almedina, 2009, e José Pujol, “Novos erros e omissões do regime de erros e omissões do Código dos Contratos Públicos”, *RCP*, nº 5, 2012, pp. 105 e ss.



eles, motivos novos que podem justificar a modificação do contrato<sup>222</sup>. Ponto é que sejam objectivamente supervenientes, ou seja, resultem de circunstância que não era exigível ao contraente público ponderar, mesmo usando de razoável diligência no caso concreto, atendendo aos meios que tinha à sua disposição e às boas práticas na matéria.

Por outro lado, e aqui parece-nos que o conceito deve ser devidamente interpretado, as “necessidades novas” não têm de ser, para este feito, novas especificações ou prestações que seja *necessário* introduzir no contrato sob pena da inutilidade ou grave prejuízo deste. Elas podem fundar-se também num juízo de conveniência ou *utilidade administrativa*, não sendo de exigir um juízo de necessidade estrita.

Recorrendo, *mutatis mutandis*, a expressões características de um método usado na gestão de projectos (o *MoSCoW analysis*), diríamos que legitimam a modificação unilateral do contrato não apenas os “requisitos” *must have*, que são absolutamente

---

<sup>222</sup> A actual *Ley de Contratos del Sector Público* (ou o *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*), aprovada pelo Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de Novembro, contém uma descrição detalhada dessas circunstâncias que podem justificar uma modificação do contrato. Assim, os contratos podem ainda ser modificados nos termos do artigo 107.º, ainda que tal não resulte expressamente do caderno de encargos ou do anúncio do concurso, quando se verifique uma das seguintes cinco circunstâncias:

- (i) “Inadequação da prestação contratada para satisfazer as necessidades que se pretende satisfazer com a celebração do contrato;
- (ii) Inadequação do projeto ou das especificações da prestação por causas objetivas que determinem a sua falta de idoneidade, que consistam em circunstâncias geológicas, hídricas, arqueológicas, ambientais, ou similares, reveladas após a adjudicação do contrato e que não fossem previsíveis antes, utilizando toda a diligência requerida, de acordo com as boas práticas profissionais, na elaboração do projeto ou na redação das especificações técnicas;
- (iii) Força maior ou caso furtuito que torne impossível a realização da prestação nos termos inicialmente definidos;
- (iv) Conveniência de incluir na prestação avanços técnicos que notoriamente a melhorem, sempre que a sua disponibilização no mercado, de acordo com o estado da arte, tenha ocorrido após a adjudicação do contrato;
- (v) Necessidade de ajustar a prestação a especificações técnicas, ambientais, urbanísticas, de segurança ou de acessibilidade, aprovadas após a adjudicação do contrato”.

críticos para o sucesso de um determinado projecto (“any requirement that absolutely has to be delivered for the project to be considered successful”), sem os quais portanto o contrato não serviria a sua função (“the project delivery should be considered a failure”), como os “requisitos” *should have*, que, embora não sejam críticos ou determinantes, se fundam em considerações de ponderosa conveniência, relevantes para o maior sucesso do projecto. Por outro lado, os “requisitos” *could have*, que se baseiam em considerações de mera conveniência, neste caso, suportadas em circunstâncias supervenientes, também podem suportar uma modificação do contrato, pressupondo-se que haja um interesse público com um mínimo de expressão ou significado, ligada ao maior proveito público do contrato. Só portanto os requisitos *nice to have*, associados a interesses puramente veniais, devem ter-se por insusceptíveis de justificar uma modificação.<sup>223/224</sup>.

Tem portanto de haver uma *necessidade*, algo que carece de satisfação, mas suportada em considerações de conveniência e utilidade efectiva<sup>225</sup>, e tem de ser *nova*, no sentido de que surge após a celebração do contrato, seja por circunstâncias imprevisíveis, seja por circunstâncias imprevistas cuja ponderação não fosse, em concreto, de exigir a um contraente público diligente, abrangendo as circunstâncias já

---

<sup>223</sup> Recorrendo à distinção entre modificações “*must have*” e “*nice to have*”, Omer Dekel, *Modification*, p. 423.

Se se recorresse a outra imagem (a das *benfeitorias*), diríamos que apenas as modificações voluptuárias não poderiam perturbar a estabilidade do contrato, admitindo-se tanto as necessárias como as úteis, que aumentem o valor público, a utilidade pública, do contrato ou da prestação do cocontratante.

<sup>224</sup> O regime dos trabalhos a mais nas empreitadas (artigo 370º) e dos serviços a mais nos respectivos contratos (454º) obedece, sobretudo por razões de *controlo de custos*, a pressupostos possivelmente mais exigentes, dispondo a lei que só será admissível a modificação quando “se tenham tornado necessários à execução da mesma obra na sequência de uma circunstância imprevista” e “não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves para o dono da obra ou, embora separáveis, sejam estritamente necessários à conclusão da obra”.

<sup>225</sup> Para Pedro Gonçalves, a própria “degradação, actual ou iminente, da situação económica do contraente” pode representar uma necessidade nova para efeitos da modificação do contrato (“*Gestão*”, p. 38).

existentes à data do contrato, mas que, sem culpa sua, apenas foram do conhecimento superveniente do contraente público.

**5.3.3.2.2.** O segundo factor que pode justificar a existência de uma razão de interesse público é a “*nova ponderação das circunstâncias existentes*”. É uma novidade em termos legislativos, mas que corresponde àquela que era já a posição maioritária da doutrina portuguesa antes do CCP<sup>226</sup>.

Com efeito, uma questão que podia colocar-se era saber se o exercício do poder de modificação unilateral depende – como tenderia a defender quem o equiparasse ao regime civilista da alteração das circunstâncias – do aparecimento de circunstâncias supervenientes ou se ele é compatível com a manutenção das circunstâncias que presidiram ao contrato, desde que haja uma alteração dos juízos administrativos (ou mesmo político-administrativos) subjacentes à decisão de contratar por parte do contraente público, aos seus termos e condições, com base nessas circunstâncias.

O legislador respondeu de forma clara ao problema, afirmando que o exercício do poder de modificação unilateral poderá também resultar da inconveniência ou prejuízo administrativo da manutenção dos termos do contrato à luz das novas considerações que o contraente público faça *hoje*, numa “*reavaliação discricionária*” do assunto, sobre a mais eficiente forma de prossecução do interesse público “*contratualizado*”, mesmo que os factos e o Direito que presidiram à celebração do contrato permaneçam sem alteração.

Com efeito, sendo o contrato administrativo um veículo ou instrumento da prossecução do interesse público, e sendo este, tantas vezes, dependente das

---

<sup>226</sup> Assim, Marcello Caetano, *Manual*, p. 615 (que se reportava a “*transformações simplesmente políticas*”) e Ferreira de Almeida, “*Estabilidade*”, p. 128 (por referência à posição de Marcello Caetano), sendo porém, de notar que Marcello Caetano tinha uma concepção unitária ou monista sobre o *ius variandi* e do *fait du prince*.

Mais recentemente, mas ainda antes do CCP, Pedro Costa Gonçalves, *O contrato*, p. 109.

concepções administrativas, políticas, económicas ou técnicas de quem tem a responsabilidade de velar pela sua óptima realização, compreende-se que possa esse instrumento sofrer adaptações quando aquelas concepções também se alterem. Um novo Governo ou vereação, apoiado numa diferente força político-partidária, pode fazer um juízo diferente sobre a conveniência dos termos e condições de um contrato, e isso é suficiente para decretar a sua modificação. Pode assim dizer-se que, neste contexto, tudo pode depender “*del cristal com que se mira*”<sup>227</sup>.

Deve, no entanto, para se evitarem abusos, exigir-se uma justificação clara e transparente para o efeito, sempre reportada a um concreto motivo de interesse público, alicerçado, por exemplo, numa política pública diferente, que pode até ter sido previamente descrita e aprovada em documentos anteriores, mas, como quer que seja, algo que permita separar meros desejos pessoais, preferências subjectivas, inclinações de momento, de razões efectivas de interesse público. Esta reavaliação político-administrativa é, em regra, mais compreensível e justificada quando estejam em causa contratos de impacto significativo (contratos que impliquem o exercício de tarefas públicas, grandes obras públicas, etc.).

## **6. A modificação do contrato administrativo por acordo das partes**

### **6.1. Fundamentos**

**6.1.1.** A autonomia das partes num contrato administrativo<sup>228</sup> envolve seguramente a

---

<sup>227</sup> A citação é de uma parte de um famoso poema de Ramón de Campoamor (“*En este mundo traidor / nada es verdad ni mentira / todo es según el color / del cristal con que se mira*”), que, em Espanha, deu origem à também conhecida *Ley Campoamor*, que se usa, no contexto da Administração Pública, quando se pretende dizer que um superior hierárquico fez uma interpretação interessada de um regulamento, diferente daquela que é habitual ou comumente considerada correcta. Quando isso acontece diz-se que essa pessoa aplicou, no caso, a *Ley Campoamor*.

<sup>228</sup> V., sobre esta matéria, Sérvulo Correia, *Legalidade*, pp. 705 e ss., e os artigos publicados na *AJDA*, nº 9, 1998, a pp. 643 e seguintes, sobretudo, os de Christine Bréchon-Moulènes (“*Liberté contractuelle*”).

possibilidade de celebração de acordos modificativos das cláusulas inscritas no pacto inicial.

É o que decorre hoje expressamente do artigo 311º/1, alínea a), do CCP, seria o que decorreria do artigo 406º do Código Civil e era também o que já decorria do artigo 178º/1 do CPA de 1991, que, ao qualificar como administrativo o acordo de vontades pelo qual era modificada uma relação jurídica administrativa, acabava por reconhecer, mesmo se apenas implicitamente, a legitimidade dos “contratos que alterem as cláusulas de contratos anteriores”<sup>229</sup>.

A faculdade de as partes modificarem, por mútuo acordo, o contrato que inicialmente firmaram deve, portanto, ser considerada uma faculdade normal do direito geral dos contratos administrativos. Queremos com isto dizer que, além de não haver qualquer preferência legal pela modificação unilateralmente decretada, mas também por causa disso, sendo as duas instrumentos legalmente previstos em termos paritários, não deve entender-se que, quando as partes estabelecem por mútuo acordo essa modificação, estão a celebrar um contrato substitutivo de um acto administrativo (e vice-versa). A modificação por acordo, portanto, não deve ter o seu regime decalcado da modificação unilateral, havendo, em nossa entender, limites que se aplicam apenas a esta (como sucede com a intangibilidade do objecto do contrato e com a imodificabilidade de certas “cláusulas contratuais”, no quadro da distinção entre cláusulas regulamentares e cláusulas contratuais). Aliás, há contratos em que não se reconhece ao contraente público um poder de modificação unilateral — em geral, todos os contratos de não subordinação — sem que isso prejudique minimamente a faculdade que é dada às partes de o modificarem por acordo (com base em razões de interesse público, ou seja, pelos mesmos fundamentos por que ele poderia ser modificado autoritariamente).

---

des personnes publiques”) e de Christine Maugüé (“Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs”).

<sup>229</sup> Freitas do Amaral, *Curso*, na edição de 2001, II, p. 559.

Por outro lado, apesar de ser uma faculdade natural em qualquer contrato, há no entanto uma diferença significativa entre os contratos civis e os contratos administrativos: é que, enquanto no domínio dos contratos civis vale o princípio da liberdade contratual das partes, que podem modificar o acordo segundo a sua vontade, no direito dos contratos administrativos (como, em geral, nos contratos públicos) não há lugar para a “afirmação de uma *liberdade de modificação* do contrato, quer seja uma modificação imposta, quer se trate de uma modificação por acordo”<sup>230</sup>, mas só para *modificações justificadas* e, além disso, com limites.

**6.1.1.1.** Assim, de acordo com a lei, o contrato administrativo pode ser modificado por acordo das partes com fundamento em razões de interesse público e com fundamento em alteração das circunstâncias, nos termos conjugados dos artigos 311º/1 e 312º do CCP.

O facto de as partes poderem modificar o contrato com um ou outro fundamento — ao contrário do contraente público, que só pode actuar com base no primeiro, e dos tribunais, que só podem intervir quando esteja em causa o segundo — não significa que seja indiferente saber qual deles, em concreto, motivou uma determinada modificação. Basta dizer, como veremos adiante, que os limites legais do regime das modificações variam também em função disso.

Além disso, e mesmo se a diferença não seja muito sensível, quando esteja em causa o interesse público, a modificação só pode incidir sobre o conteúdo das prestações e sobre o modo da sua execução. Diversamente, quando o acordo tem como fundamento, segundo a fórmula do CCP, uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, desligadas de quaisquer considerações de interesse público, as partes, salvo previsão específica no próprio contrato, devem observar ou o regime da

---

<sup>230</sup> Pedro Costa Gonçalves, “Gestão”, p. 41, e H. Hoepffner, *La modificacion*, p. 3 e 4.

reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato, quando essa alteração seja imputável ao contraente público [nos termos do artigo 314º/1, alínea a)] ou, no caso de imprevisão, determinar as modificações adequadas (incluindo ao conteúdo das prestações ou ao modo da sua execução) ou a compensação financeira ajustada (nos termos do artigo 314º/2).

Assim, mesmo se, na prática, a questão pode ser em alguns casos de recorte mais difícil, é essencial saber, portanto, se se trata de uma modificação por razões de desequilíbrio financeiro do contrato ou por razões de interesse público, em vista da aplicação do regime jurídico correspondente.

Sobre a forma do acordo das partes, estabelece a lei que ele “não pode revestir forma menos solene do que a do contrato” [artigo 311º/1, alínea a), do CCP]. Embora distinta da solução do Código Civil – em cujo artigo 221º/2 se dispõe que “as estipulações posteriores ao documento só estão sujeitas à forma legal prescrita para a declaração se as razões da exigência especial da lei lhes forem aplicáveis” –, compreende-se bem a opção do legislador administrativo. Prevaecem aqui razões de transparência, imperiosas nos contratos administrativos (em rigor, nos contratos públicos), e razões de *public accountability* e de controlo da legalidade da modificação, seja por parte de terceiros interessados, seja por parte de outras entidades públicas (como no caso do Tribunal de Contas).

Quando portanto se trate de mero contrato escrito, sem mais solenidade, as partes podem optar por meros adicionais, apostilhas, aditamentos ou outros acordos modificativos das cláusulas inscritas no pacto inicial<sup>231</sup>. Há no entanto alguns contratos cuja modificação (por acordo das partes) depende de formalidades especiais. Além daqueles que, como veremos adiante, sejam celebrados ao abrigo de bases (legais ou regulamentares), nas PPP, a “modificação do contrato (...) depende

---

<sup>231</sup> Neste sentido, Marcello Caetano, *Manual*, I, p. 618.

de decisão conjunta dos ministros ou dos membros do Governo Regional responsáveis pelas áreas das finanças e da tutela sectorial” (artigo 340º/2 do CCP) e no “âmbito da administração indirecta do Estado ou das Regiões Autónomas, a decisão de modificação depende de parecer favorável do ministro ou do membro do Governo Regional da tutela sectorial” (artigo 340º/3).

Uma vez celebrado o acordo, a interpretação do contrato inicial deve ser feita nos termos do sentido das cláusulas resultantes da apostilha ou suplemento<sup>232</sup>.

## 6.2. Os limites à modificação por acordo das partes

**6.2.1.** Modificável por acordo das partes, como qualquer contrato, não pode porém dizer-se que, nos contratos administrativos, “*the parties to a contract are as free to change it after making it as they were to make it in the first instance*”.<sup>233/234</sup>

Há limites sensíveis a essa modificação, uns que valem também para as modificações decretadas unilateralmente (quando o motivo para o efeito seja o interesse público), outros que serão aplicáveis ao caso da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, como sucede paradigmaticamente com o princípio da proporcionalidade.

Relativamente às modificações por interesse público, as mais recentes preocupações associadas à tutela dos valores da contratação pública e da concorrência vieram servir de base para a definição de um regime tendencialmente comum ou indiferenciado entre a modificação unilateralmente decretada e a modificação por

---

<sup>232</sup> Paulo Otero, *Estabilidade Contratual*, p. 931.

<sup>233</sup> Brian Crowe / Suzanne Sias, *Modification of Contracts* (capítulo 7 da publicação *Contract Law*, 2006, Illinois Institute for Continuing Legal Education), p. 73.

<sup>234</sup> Sendo certo, de resto, que nem sequer no momento da celebração do contrato haverá normalmente essa liberdade, uma vez que, resultando de um procedimento prévio de contratação pública, o contrato deve ser expressão conjugada do caderno de encargos e da proposta vencedora.



acordo, uma vez que, do ponto de vista da lesão de tais valores, é irrelevante que uma modificação seja imposta ou pactuada<sup>235/236</sup>.

**6.2.2.** Assim, se estiver em causa uma *modificação por motivos de interesse público*, que opera, num primeiro momento, um desequilíbrio do contrato, há que atender ao regime (aos pressupostos) da alínea b) do artigo 312º e tomar em consideração os seguintes limites especiais:

- (i) Se o contrato não tiver sido (e não devesse ter estado) sujeito a um procedimento prévio de natureza concorrencial, há que averiguar, para efeitos do artigo 313º, número 1, segunda parte, se a modificação em causa configura uma *“forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida*

---

<sup>235</sup> Como bem observa Pedro Costa Gonçalves, durante algum tempo prevaleceu o “entendimento de que a modificação por acordo constituía, em inteiro rigor, uma figura intrinsecamente diferente da modificação unilateral: além do mais, aquela não tinha de sobreviver dentro dos limites do poder de modificação, desde logo porque estes eram estabelecidos para definir exactamente até onde poderia estender-se a modificação sem acordo” (“Acórdão Presetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato”, em *CJA*, nº n.º 73, 2009, p. 14). No mesmo sentido, Vieira de Andrade, *Lições*, p. 288. Referindo-se aos perigos que resultariam da inaplicabilidade dos limites legais às modificações por acordo, Maria João Estorninho, *Curso*, p. 493, em nota.

Alexandra Leitão considera igualmente que os “limites decorrentes do respeito pela concorrência (...) se aplicam também às modificações contratuais resultantes de acordo entre as partes, visto que o acordo não pode pôr em causa regras de natureza objectiva e de ordem pública”. (“O tempo e a alteração das circunstâncias contratuais”, p. 90).

<sup>236</sup> A doutrina, mesmo antes do CCP, já enunciava alguns limites específicos aos desvios à estabilidade contratual resultantes do mútuo consentimento dos contraentes, afirmando que as modificações por acordo “têm de se nortear (...) pela prossecução do interesse público, enquanto princípio constitucional vinculativo do agir da Administração” — hoje configurado como fundamento legal da própria modificação —, “não podem colocar em causa a identidade entre o objecto material do contrato de empreitada e o objecto material do concurso público que esteve subjacente ao procedimento prévio de celebração do respectivo contrato” (acentuando a importância do momento concorrencial) e “uma formação perfeita da vontade de ambos os contraentes”, que configura um elemento característico das modificações pactuadas (ver Paulo Otero, “Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas”, *ROA*, Ano 56, Lisboa, Dezembro de 1996, pp. 921 e 922).

*pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato”;*

- (ii) Se o contrato tiver sido submetido a um procedimento de contratação pública, há não apenas que averiguar o cumprimento do limite referido no ponto anterior, mas sobretudo do limite do artigo 313º/2, ou seja, e salvo se o decurso do tempo permitir uma relativa desconsideração da tutela da concorrência, se *“é objectivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação”*.

Resulta daqui, portanto, que, em nossa opinião, e como veremos melhor adiante, não vale para as modificações por acordo com fundamento em interesse público a chamada intangibilidade do objecto inscrita no artigo 313º/1, primeira parte, salvo se e na medida em que esteja em causa um contrato atribuído na sequência de procedimento de contratação pública.

Por outro lado, e na medida em que, como será a regra, do acordo constarem os termos da reposição do equilíbrio financeiro, será relevante averiguar se as partes observaram o regime do artigo 282º do CCP e, em especial, se esses termos são proporcionais, se representam uma “compensação” equilibrada em face da modificação (por interesse público) introduzida no contrato.

**6.2.3.** Relativamente à modificação por acordo com fundamento na *alteração anormal e imprevisível das circunstâncias*, é necessário, naturalmente, que estejam preenchidos os respectivos pressupostos, tanto os positivos, da alínea a) do artigo 312º, como, em certa medida, os negativos, do artigo 332º/2.

Além disso, e como se disse acima, também as modificações por acordo com este fundamento estão essencialmente sujeitas ao princípio da proporcionalidade, devendo garantir-se que os termos consensualizados entre as partes (atribuição de

uma compensação financeira, prorrogação do prazo ou outra modificação do conteúdo e condições do contrato) não excedem o que seja legalmente devido (em caso de *fait du prince*) ou o que seja equitativo (em caso de imprevisão).

Diversamente, uma modificação com fundamento na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, destinada a repor o equilíbrio financeiro do contrato ou a torná-lo equitativo, não está sujeita aos limites do artigo 313º, números 1 e 2. Além de, na generalidade dos casos, uma “modificação” dessas se traduzir na atribuição de uma compensação ou reposição financeira por menores receitas ou maiores encargos, que, em rigor, não se traduz numa modificação do contrato, tais limites estão essencialmente postos para as modificações por razões de interesse público, não para quando, em resultado de alteração que desequilibra o contrato, as partes, por razões de justiça e equidade, acordam os termos das “modificações” necessárias<sup>237</sup>.

## **7. A modificação do contrato administrativo por decisão judicial ou arbitral**

### **7.1. Considerações gerais**

O contrato administrativo pode ser modificado por decisão do contraente público, por acordo entre as partes e também, veio agora o CCP prever em termos inovatórios, por decisão de um tribunal (administrativo ou arbitral). É verdade que a modificação de contratos por decisão de um tribunal já resulta há muito do artigo 437º do Código Civil, mas não deixa de ser uma solução profundamente inovadora no plano da lei administrativa, sobretudo com o âmbito aparentemente alargado com que ela recebeu consagração legal.

---

<sup>237</sup> No sentido da inaplicabilidade dos limites concorrenciais em caso de alteração anormal das circunstâncias, ver também Pedro Costa Gonçalves, “Gestão”, p. 48.

Antes, porém, um esclarecimento: quando o legislador se reporta a uma modificação do contrato por decisão judicial interpretamos isso em sentido técnico, como uma modificação introduzida no clausulado do contrato por força de uma sentença de um tribunal ou, no limite, como a atribuição de uma compensação financeira.<sup>238</sup>

Assim, por nós, a decisão judicial de modificação do contrato administrativo pode ser proferida na sequência das seguintes hipóteses:

- (i) A pedido da parte interessada (que tanto pode ser o contraente público como o cocontratante), quando se verifique uma alteração das circunstâncias e não tenha sido possível alcançar um acordo por via negocial.
- (ii) A pedido do cocontratante, quando se verifique uma modificação do contrato por decisão do contraente público por razões de interesse público e as partes não tenham chegado a acordo sobre os termos da reposição do equilíbrio financeiro.
- (iii) A pedido de terceiros interessados (em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas), quando se verifique uma alteração das circunstâncias com impacto na sua posição de beneficiários ou utentes das prestações contratuais.

---

<sup>238</sup> Temos por isso alguma dificuldade em descobrir o sentido e alcance de algumas hipóteses avançadas pela doutrina, que parecem assentar em pressuposto diverso. Por exemplo, Carla Amado Gomes, *A conformação*, p. 530, refere que a “decisão judicial poderá resultar (...) do desfecho de um processo de impugnação de um acto administrativo que determine a modificação unilateral por razões de interesse público (desfavorável ao co-contratante)”. Nesse caso, porém, se estamos a ver bem o problema, a modificação do contrato resultava do acto administrativo, não resulta da sentença.

Jorge Andrade da Silva, *Código*, p. 716, também afirma, um pouco enigmaticamente, em anotação ao artigo 311º, que, “relativamente às decisões judiciais, estas podem decorrer de impugnação judicial de acto administrativo”.

## **7.2. Fundamentos da modificação por decisão do tribunal**

### **7.2.1. Por alteração das circunstâncias**

De acordo com a lei, é dizer, tomando-a à letra, os contratos administrativos podem ser modificados por um tribunal com dois fundamentos, a saber, a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias e por razões de interesse público (decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes). É o que resulta conjugadamente do artigo 311º/1, alínea b), e do artigo 312º, do CCP. São afinal os mesmos fundamentos que podem justificar uma modificação do contrato por acordo entre as partes.

Naturalmente, a hipótese da lei, na parte em que se reporta à alteração das circunstâncias, abrange todos os casos, quer aqueles que se subsumem no *fait du prince* quer os que se subsumem na imprevisão. São, em suma, dois casos que, não houvesse lei administrativa, se subsumiriam no artigo 437º do Código Civil, passando assim a haver harmonia de regimes legais na parte que respeita à previsão da intervenção modificativa do tribunal, sem prejuízo das especificidades que se suscitam nos contratos administrativos.

### **7.2.2. Por razões de interesse público?**

O segundo fundamento já não é tão pacífico quanto o primeiro. Na verdade, o facto de se incluir entre os poderes de jurisdição dos tribunais administrativos a modificação de um contrato administrativo “por razões de interesse público” constitui, em si mesmo, uma novidade relevante, seja na perspectiva da teoria geral da justiça administrativa, seja na perspectiva da teoria geral dos contratos administrativos.

Na perspectiva da teoria da justiça administrativa, porque os tribunais

administrativos são tribunais de jurisdição contenciosa, ou seja, conhecem de questões de direito, estando impedidos, nos termos do princípio da separação de poderes e do artigo 3º/1 do CPTA, de formular juízos característicos ou próprios do exercício da função administrativa. Com efeito, uma solução dessas parece colocar em xeque o princípio constitucional da separação de poderes, pondo o juiz a fazer de administrador, pedindo-lhe que administre em vez de julgar, é dizer, interferindo em matérias onde a Administração Pública é “senhora e rainha”.

Na perspectiva da teoria geral dos contratos administrativos, porque a modificação por motivos de interesse público – tanto quanto a sua resolução com o mesmo fundamento (artigo 334º do CCP) – aparece historicamente associada a uma situação de poder do contraente público, na qualidade de responsável por garantir que o contrato se mantém um instrumento de satisfação do fim que o justifica, só se admitindo o acordo entre as partes na matéria pelo facto óbvio de nele participar o próprio contraente público.

Aliás, parecem ser razões tão ponderosas, estas, que nos levam a admitir que possivelmente o legislador não terá querido realmente dizer o que disse.

Com efeito, o poder de modificação unilateral do contrato administrativo é de exercício quase intrinsecamente discricionário, apoiado em juízos típicos da função administrativa, quer no momento prévio da avaliação da necessidade nova ou da reponderação das circunstâncias existentes, quer no momento subsequente, da determinação da melhor forma de fazer repercutir essa situação no contrato – juízos e tarefas que são pouco próprias de quem tem por função julgar litígios de direito.

Por outro lado, a admitir-se a intervenção modificativa do tribunal com este fundamento a pedido do contraente público, haveria um caso raro de opção entre o exercício de uma poder / competência que lhe é legalmente conferido e a instauração de uma acção em tribunal, ao que parece, por sua livre escolha. Além disso, a opção

pela via judicial para obter a modificação do contrato com fundamento em razões de interesse público poderia configurar uma renúncia ao exercício de um poder de autoridade, proibida (e sancionada com a nulidade) pelo artigo 36º do CPA<sup>239</sup>/<sup>240</sup>.

Em terceiro lugar, esta solução, aparentemente consagrada na lei, estaria em clara contradição com uma outra, posta no artigo 313º/3 do CCP, onde se estabelece uma limitação aos poderes dos tribunais em matéria de modificação dos contratos administrativos quando essa modificação “interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa (...) ou implique a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa”. Sendo verdade que o legislador se reporta aí apenas aos casos dos “contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos” e quando esteja em causa uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, aqui, do

---

<sup>239</sup> Como se sabe, o princípio na matéria, afirmado entre nós por Sérvulo Correia (ver, por exemplo, *Noções de Direito Administrativo*, 1982, p. 174, e Prefácio à obra de Ricardo Leite Pinto, “Intimação para um comportamento”, p. XXIII), é o de que as autoridades administrativas não podem requerer aos tribunais, por via de acção ou reconvenção, que decretam (*judicialmente*) as providências que elas mesmas têm o poder (*administrativo*) de tomar – solução que decorre não apenas da separação de poderes e *responsabilidades*, como também da natureza irrenunciável das competências administrativas, do *ofício* que elas pressupõem, encontrando-se por isso a Administração constituída no dever (no poder-funcional) de exercer os poderes públicos de autoridade com que foi legalmente investida (assim, Mário esteves de Oliveira / Rodrigo esteves de Oliveira, *CPTA Anotado*, p. 112).

Esta proposição sobre a ilegitimidade de princípio do exercício do direito de acção pública (em geral, declarativa, cautelar ou executiva) quando se trata da tutela de posições jurídicas *self-executing*, declaráveis (e executáveis) por acto administrativo, foi corroborada em 1995 com a redacção dada pelo Decreto-Lei nº 329-A/95 (sob proposta de Antunes Varela) ao artigo 413º do Código de Processo Civil, afirmando-se aí que o procedimento cautelar de embargo de obras feitas em violação da lei ou dos regulamentos administrativos só pode ser requerido pelo Estado e demais pessoas colectivas públicas “quando careçam de competência para decretar o embargo administrativo”, contrariando a jurisprudência até então dominante, segundo a qual as autoridades administrativas eram livres para optar entre o embargo judicial e o administrativo ou até decretar este e depois pedir aquele. O regime manteve-se o mesmo no CPC de 2013, agora no artigo 398.º.

<sup>240</sup> Em sentido contrário, embora não no domínio do CCP, admitindo que o contraente público pudesse optar pela instauração de uma acção judicial em alternativa ao exercício dos poderes públicos de modificação e resolução do contrato, ver Pedro Costa Gonçalves, *O contrato*, p. 78.

que se trataria aqui seria do exercício, em si mesmo, de um poder de modificar um contrato por motivos de interesse público, caso em que aquela limitação legal deveria aplicar-se por maioria de razão e a todos os contratos.

São, em nossa opinião, razões jurídicas suficientes para negar aos tribunais (judiciais ou arbitrais)<sup>241</sup> a legitimidade (jurisdição) para modificar um contrato administrativo por razões de interesse público<sup>242</sup>. Os tribunais podem, naturalmente, na sequência de uma modificação unilateralmente decretada pelo contraente público, tirar as consequências financeiras ou outras que se imponham, mas aí estamos a falar de um tema diferente, de reposição do equilíbrio do contrato.

---

<sup>241</sup> O problema não se coloca de forma diferente relativamente aos tribunais arbitrais. É verdade que, de acordo com o artigo 1º/4 da Lei da Arbitragem Voluntária, as “partes podem acordar em submeter a arbitragem, para além das questões de natureza contenciosa em sentido estrito, quaisquer outras que requeiram a intervenção de um decisor imparcial, designadamente as relacionadas com a necessidade de precisar, completar e adaptar contratos de prestações duradouras a novas circunstâncias”. Dir-se-ia que podia ser esse o caso quando se tratasse de razões de interesse público fundadas em “necessidades novas”. No entanto, além de, em regra, os tribunais arbitrais não deverem ter poderes de jurisdição que não sejam reconhecidos aos tribunais do Estado, a verdade é que, nos termos do CPTA, que prefere à LAV na delimitação da jurisdição dos tribunais arbitrais administrativos, não existe, no seu artigo 180º, qualquer indicação sobre a possibilidade de eles intervirem em matérias destas, estabelecendo-se no artigo 185º/2 que “nos litígios sobre questões de legalidade, os árbitros decidem estritamente segundo o direito constituído, não podendo pronunciar-se sobre a conveniência ou oportunidade da atuação administrativa, nem julgar segundo a equidade”, preceito que, embora não cuide do assunto que está aqui em causa, representa um sinal claro de que não podem os tribunais arbitrais modificar um contrato com fundamento em razões de interesse público.

<sup>242</sup> Ver, também, Ana Gouveia Martins, *Modificação*, p. 86, para quem a “impossibilidade de o tribunal proceder a uma modificação contratual radica no princípio da autonomia contratual da administração, reforçado e qualificado pelo princípio da separação de poderes”, para afirmar, pouco depois, que “a modificação judicial de um contrato administrativo implicaria que o juiz definisse o conteúdo e o modo de realizar esse interesse público, o que se traduziria no exercício do cerne da função administrativa e, como tal, numa clara usurpação do poder administrativo pelo poder judicial”.



### **7.3. Os limites à modificação do contrato administrativo por decisão do tribunal**

#### **7.3.1. Limites gerais**

Os limites à modificação do contrato por decisão de um tribunal a que nos reportamos dizem exclusivamente respeito aos casos de alteração supervenientes das circunstâncias, por, como se referiu atrás, não há espaço para falar numa modificação dessas, por uma autoridade dessas, com fundamento em razões de interesse público. Assim, e em primeiro lugar, os limites gerais que se apontam à modificação dos contratos administrativos valem também, por identidade de razão, para a modificação através de decisão judicial ou arbitral. Além de também eles (como as partes e como o contraente público, nessa qualidade) só poderem, na sequência de uma alteração das circunstâncias, modificar cláusulas do contrato, estando impedidos de modificar o regime legal ou regulamentar de um contrato.

Além disso, é controverso se a falta de acordo das partes é ou não um outro limite que deva ser apontado à intervenção dos tribunais nesta matéria. A questão pode colocar-se num plano eminentemente processual, mas também num plano mais substantivo. Aqui, o que estará em causa é saber se, em caso de alteração das circunstâncias (ou das consequências resultantes do exercício do poder de modificação unilateral), há ou não um *dever de negociação das partes*, de cujo insucesso (mas também de cuja existência) depende o recurso aos tribunais. Ali, do que se trata é dos requisitos de que depende a existência de um *interesse (processual) em agir*. Trataremos deste assunto adiante.

#### **7.3.2. Limites em razão da autonomia das partes**

O primeiro problema que a modificação do contrato administrativo pelo tribunal suscita não é por causa do segmento administrativo desse contrato, mas por causa do

seu segmento contratual.

Com efeito, por um lado, o contrato, enquanto tal, encontra o seu fundamento e lógica na autonomia das partes, no qual elas estabelecem, no domínio não reservado pela lei, o “programa” que consideraram mais adequado à gestão dos seus interesses; por outro lado, a alteração das circunstâncias pode implicar que a intervenção do tribunal se faça por via da modificação do contrato em termos que constituam uma regulação ou uma nova regulação da composição contratual daqueles interesses, constituindo portanto uma intromissão no tal “programa” criado pela autonomia das partes<sup>243</sup>.

Sendo de facto assim, e sabendo-se que a equidade – necessariamente relevante para os casos do artigo 314º/2 do CCP – “não deriva de formulações aritméticas e pode exigir uma repartição dos riscos contratuais distinta de uma pura igualdade formal de perdas”<sup>244</sup>, julgamos que, havendo uma habilitação expressa para a intervenção judicial, que não pode portanto ser absolutamente recusada com fundamento no segmento contratual (do contrato administrativo), o que se impõe, em homenagem à autonomia das partes na conformação dos seus interesses, é uma contenção sensível do poder judicial nesta matéria, que o deve levar a optar por soluções que, permitindo a operatividade dos valores subjacentes à alteração das circunstâncias, representem a menor ingerência possível no “programa” construído pelas partes, como sucede paradigmaticamente com a atribuição de uma compensação financeira.

Concordando assim com a doutrina quando afirma que “é possível uma justa

---

<sup>243</sup> O primeiro autor que tratou deste assunto entre nós foi Carvalho Fernandes, *A teoria da imprevisão no direito civil português*, na edição de 1963, pp. 152 e seguintes. Por último, ver as considerações de Catarina Monteiro Pires, “Efeitos da alteração das circunstâncias”, revista *O Direito*, Ano 145º, 2013, I/II, p. 192 a 196.

<sup>244</sup> Catarina Monteiro Pires, “Efeitos da alteração das circunstâncias”, revista *O Direito*, Ano 145º, 2013, I/II, p. 193.

composição dos interesses em causa [autonomia das partes e modificação por alteração das circunstâncias], limitando ao mínimo a intervenção do juiz no contrato”, não nos parece, porém, que esse equilíbrio implicasse, *par la force des choses* contratuais, uma quase exclusividade dos mecanismos da chamada «revisão indirecta» (apoiada numa proposta de uma das partes no processo), nos termos da qual o tribunal não deve “rever directamente o contrato, mas decidir se se pode considerar equitativa qualquer das formas de revisão oferecida pelos contraentes. No caso afirmativo, ordenará a revisão nesse sentido; no caso negativo, reconhecerá à parte interessada o direito de rescindir o contrato e determinará a indemnização competente”<sup>245</sup>.

Por outras palavras, se é de recusar uma espécie de “engenharia judicial” sobre a composição dos interesses por parte dos respectivos titulares, com a inerente limitação dos poderes do juiz, a verdade é que a resposta ao problema acaba por ser, em primeiro lugar, não tanto de ordem substantiva (em busca de um equilíbrio na decisão judicial ou formulando uma limitação imposta pela natureza das coisas contratuais), mas de ordem processual: o juiz não tem a capacidade de “inventar” uma modificação porque ele está vinculado ao pedido que lhe seja feito pela parte afectada, não podendo “condenar em (...) objeto diverso do que se pedir” (artigo 609º/1 do CPC). É por via dessa consideração processual que se afirma em primeiro lugar a limitação dos poderes do tribunal<sup>246</sup>. Da mesma forma que, no direito civil, o tribunal não pode decretar oficiosamente uma modificação de um contrato quando tenha sido apenas pedida pela parte afectada a sua resolução, contestada pela outra mas sem uso da faculdade de pedir a modificação (nos termos do artigo 437º/2 do

---

<sup>245</sup> Ver Carvalho Fernandes, *A teoria da imprevisão no direito civil português*, 2001, p. 139. A fórmula da parte final tem de ser devidamente contextualizada. O CCP, como se sabe, mesmo em matéria de imprevisão, estabelece condições especiais para a resolução por alteração superveniente das circunstâncias.

<sup>246</sup> Chamando a atenção para este ponto, Catarina Monteiro Pires, “Efeitos da alteração das circunstâncias”, revista *O Direito*, Ano 145º, 2013, I/II, p. 195.

CC<sup>247</sup>), como não pode conhecer oficiosamente de uma alteração de circunstâncias, resolvendo o contrato ou modificando-o, sem que isso tenha sido invocado no processo<sup>248</sup>.

A autonomia das partes, como factor de limitação dos poderes do juiz, jogará o seu papel apenas em momento subsequente às limitações decorrentes do pedido, especialmente, no contexto da apreciação das modificações propostas.

### **7.3.3. Limites em razão da função: as valorações próprias do exercício da função administrativa**

**7.3.3.1.** Há no entanto um limite jurídico específico posto à modificação do contrato administrativo por decisão judicial ou arbitral, tendo o legislador estabelecido, no artigo 313º/3 do CCP, que, tratando-se de “contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos” e ocorrendo uma alteração anormal das circunstâncias, não poderá haver lugar a essa modificação judicial quando “interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa subjacente ao mesmo ou implique a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa”.

A nossa dúvida é se não deve proceder-se a uma extensão do regime do preceito a todos os casos em que a modificação do contrato “interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa (...) ou implique a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa”, mesmo que esteja em

---

<sup>247</sup> Ver Antunes Varela/Pires de Lima, *Código Civil Anotado*, vol. I, p. 414, e Carvalho Fernandes, *A teoria*, p. 300.

<sup>248</sup> Assim, Catarina Monteiro Pires, “Efeitos”, pp. 197 e 198. Há no entanto quem admita a admissibilidade do conhecimento oficioso da alteração das circunstâncias quando se trate, parecidos, de uma excepção à actuação ou ao exercício do direito de crédito. É o caso de Nuno Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2011, p. 587.

jogo um contrato de categoria diversa.

Na verdade, tal como está redigida, a norma parece pressupor que apenas na modificação judicial de “contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos” pode haver situações de contacto com o tema da separação de funções ou com os limites constitucionais da tarefa de julgar.

Ora, tais situações de contacto são normais na generalidade dos contratos administrativos<sup>249</sup>. Diríamos que quase por definição ou por natureza. É verdade que o facto de estarem em causa “contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos” pode impressionar mais, por aí eventualmente se revelar com maior evidência o problema da discricionariedade associada a uma situação de poder público de autoridade (substituído pela celebração de um contrato administrativo), mas, como tivemos oportunidade de dizer noutra lugar<sup>250</sup>, “a *judicial restraint* decretada pelo legislador no artigo 3º/1 do CPTA, impondo ao tribunal que circunscreva os seus juízos à interpretação e aplicação das normas e princípios jurídicos, vale para todas as *formas* por que se revela a actividade administrativa, desde o acto administrativo até à mera operação material (ou acto jurídico), passando pelo contrato e também pela actividade de produção normativa da Administração Pública (...). Em todos estas formas ou manifestação da actividade administrativa há ou pode haver *momentos de discricionariedade* (tudo depende do caso), para os quais valem, então, as determinações deste art. 3º/1 do CPTA”.

---

<sup>249</sup> Ana Gouveia Martins também considera que a “salvaguarda legal [do artigo 313º/3 do CCP] não deve ser circunscrita a estes contratos administrativos por natureza [os relativos ao exercício de poderes públicos], e tem, igualmente, plena razão de ser relativamente aos contratos com objecto de direito privado” (*A modificação*, p. 86). Por nós, diríamos que a limitação se aplica a todos os contratos administrativos, mas em especial aos contratos com objecto público.

<sup>250</sup> Com Mário Esteves de Oliveira, em *CPTA Anotado*, p. 124.

Compreende-se. Sendo o contrato um instrumento da acção administrativa e um meio de providenciar pela satisfação activa do interesse público – não se trata de um dogma, mas de uma realidade juridicamente palpável –, o que nele se contém são justamente as cláusulas pré-ordenadas a tal finalidade, que, na generalidade dos casos, foram objecto de ponderação e elaboração antes do lançamento do procedimento de contratação pública. É aí que, em função da necessidade subjacente à decisão de contratar, a entidade adjudicante (em alguns casos, socorrendo-se de assessoria técnica especializada) elabora e descreve as cláusulas do caderno de encargos, com as especificações necessárias à satisfação do interesse público.

Havendo uma alteração das circunstâncias, que desequilibre o contrato, a modificação das suas cláusulas, quando for esse o caso, implicará, salvo hipóteses excepcionais, uma revisão do juízo que levou à sua inclusão. Ora, como esse juízo, plasmado na redacção do caderno de encargos, foi formulado com base em opções e considerações eminentemente administrativas, próprias de quem tem a tarefa de velar pelo interesse público, a revisão de tal juízo pressupõe o mesmo tipo de avaliações, substancialmente administrativas.

As concessões de serviço público, se fosse necessário dar um exemplo impressionante, seriam suficientes para justificar a proposição sobre a inadequação de uma “ingerência judicial” alargada no quadro da modificação dos contratos administrativos. Deverá admitir-se, por exemplo, que um tribunal modifique as cláusulas sobre os níveis de serviço (ou SLA, de *service level agreement*) constantes dos contratos de concessão? No caso do serviço público postal, por exemplo, o tribunal decide que a concessionária fica com menos obrigações em matéria de colocação de marcos e caixas de correio na via pública destinados à aceitação de envios postais? Ou atenua as exigências de serviço em matéria de entrega do correio postal? No caso da concessão de serviço público de rádio e televisão, o tribunal aligeira as exigências ou limitações na prestação de serviços de televisão, de rádio ou de multimédia? Ou

suprime um ou os dois serviços de programas especialmente destinados às regiões autónomas? Ou, em vez disso, atenua as exigências em matéria de arquivos audiovisuais da RTP, limitando-os aos programas de inequívoco interesse cultural? Numa concessão de infraestrutura rodoviária, em caso de decréscimo abrupto e anormal da procura de tráfego, o tribunal atenua as exigências em matéria de áreas de serviço ou das áreas de descanso? Ou atenua as exigências em matéria de qualidade dos materiais? Ou da iluminação das vias? Ou aumenta as taxas de portagem?

Os exemplos podiam continuar a propósito da generalidade dos vários tipos ou categorias de contratos administrativos.

**7.3.3.2.** Sendo assim, a melhor solução passa por considerar extensível aos contratos administrativos (regulados ou não pelo Código) a regra especial constante do artigo 313º/3 do CCP, de que os tribunais não podem decretar a sua modificação com base em alteração das circunstâncias quando isso “interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa (...) ou implique a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa”.

De resto, a doutrina, como também já foi assinalado, tem sido desfavorável à possibilidade da intervenção dos tribunais em matéria de modificação do contrato administrativo justamente com fundamento em considerações ligadas à discricionariedade, se se preferir, com fundamento em se tratar aí de juízos típicos da função administrativa<sup>251</sup>.

---

<sup>251</sup> Marcello Caetano, por exemplo, a propósito da imprevisão, dizia que “é característico também desta teoria jurisprudencial o princípio de que a assistência prestada pela Administração ao outro contraente reveste a forma de indemnização, *porque os juízes não podem modificar o contrato, alterar tarifas, elevar preços*” (Manual, p. 688).

Não se pretende com isto afirmar, note-se, uma proibição legal absoluta da intervenção judicial modificativa de contratos administrativos ou que sejam inconstitucionais, por violação do princípio da separação de poderes, as normas do CCP que habilitam os tribunais a proceder a tais modificações.

A questão é que essas normas são descritas com aparente largueza, sem referência a quaisquer limites ou, então, com limites (funcionais) bem definidos mas apenas relativamente a uma categoria de contratos, o que revela que o legislador se terá apercebido do problema, mas que o julgou existente só nesse caso, quando na verdade ele é transversal a todos os instrumentos de actuação administrativa, nos quais se incluem os contratos administrativos, sem excepção de categorias ou tipos.

Assim, para resolver o problema, bastará proceder à extensão analógica do regime do artigo 313º/3 do CCP a todos os contratos administrativos e à correspondente redução teleológica das normas que habilitam os tribunais a determinar modificações aos tribunais administrativos, sendo que, em nossa opinião, o resultado a que se chega é quase o contrário daquele de que o legislador partiu aparentemente: ali, onde este afirma um (aparente) princípio de modificabilidade dos contratos

---

No mesmo sentido, Laubadère/Moderne/Devolvé, afirmando que haveria outras alternativas à “indemnização por previsão”, que até teriam preferência sobre ela – como “une révision, une réadaptation du contrat pour tenir compte des difficultés économiques auxquelles se heurte son exécution” –, esclareciam logo de seguida que “telles solutions ne peuvent résulter que de l'accord des parties, non de la volonté du juge. Celui-ci ne peut jamais modifier lui-même les clauses d'un contrat administratif ; il ne peut pas, comme l'on dit, «refaire le contrat»”, citando a propósito um acórdão do Conseil d'État onde se afirmava que «il n'appartient pas au juge administratif de modifier les clauses d'un contrat librement acceptées par les parties». E esclareciam também que “spécialement le juge du contrat de concession ne peut jamais (...) modifier lui-même le tarif de la concession, fixer de nouvelles redevances”, para terminar dizendo que “c'est le concédant seul qui est qualifié pour décider s'il doit résoudre la situation extracontractuelle en acceptant un relèvement des tarifs” (*Traité*, I, p. 699).

Ana Gouveia Martins (*Modificação*, p. 87) também considera que “não é admissível que o juiz reajuste as posições contratuais dos contraentes, determine a redução das prestações devidas pela parte lesada ou o agravamento das prestações da administração com base em critérios de equidade”.



administrativos por decisão judicial, o que haverá, bem vistas as coisas, é um princípio de imodificabilidade judicial, ou seja, por via de regra os tribunais não podem modificar tais contratos.

O princípio da imodificabilidade dos contratos administrativos por decisão judicial conhece no entanto exceções, essencialmente fundadas em razões de *ultima ratio*, que julgamos serem compreensíveis. É que, enquanto no caso do exercício de poderes públicos de autoridade (normativa ou não), o sistema jurídico oferece uma solução clara quando um tribunal se depara com uma medida com “ingredientes” de discricionariedade (o tribunal respeita, nessa parte, salvo casos excepcionais, a responsabilidade administrativa inerente à decisão e a autoridade nela revelada, mantendo-se a medida em vigor no ordenamento), nas hipóteses com que lidamos aqui não há uma solução pré-determinada pela lei e ela tem de ser encontrada: se há uma alteração das circunstâncias e as partes não chegam a acordo, embora se saiba que uma delas tem direito à modificação do contrato, não há (não antevemos) alternativa possível à solução de confiar essa modificação, em última instância, a um tribunal.

O que significa que a intervenção judicial, sendo necessária, não pode ser excluída, embora a sua admissão está sujeita a limites.

Assim, permite-se que o tribunal proceda a essa modificação, com fundamento na alteração das circunstâncias, quando “a apreciação do caso concreto (...) permita identificar apenas uma solução como legalmente possível” (para recorrer à formula processual constante, por exemplo, do artigo 71º/2 do CPTA).

O que pode acontecer em vários cenários:

- (i) Na falta de acordo entre as partes, quando se trate de inscrever ou fazer repercutir no contrato uma modificação que é imposta por lei ou regulamento e não haja alternativas possíveis aí previstas. Imagine-se

que é alterada uma lei que manda que no cômputo de uma tarifa de serviço público passe a considerar-se um certo custo, até ali desconsiderado: se as partes não chegarem a acordo, o tribunal poderá nesse caso modificar o valor (ou a fórmula de cálculo do valor) da tarifa, fazendo as modificações necessárias ao acordo.

- (ii) Na falta de acordo entre as partes, quando a alteração das circunstâncias tiver um impacto específico no contrato, em termos tais que possa dizer-se que o elemento contratual a modificar é só um (e não outro) e só pode ser em certo sentido e com certo conteúdo (ou ao menos segundo certos critérios).

Além dessas hipóteses, o tribunal poderá também modificar o contrato administrativo em última instância, quando, ocorrendo uma alteração das circunstâncias, as partes não chegarem a acordo quanto ao modo e termos dos seus reflexos no contrato, devendo, nesse caso, preferir as soluções modificativas que não impliquem uma revisão dos juízos da função administrativa mais fundamentalmente subjacentes ao clausulado contratual, ou seja, as soluções mais tradicionais, como a atribuição de uma indemnização ou, se esta não for adequada, uma prorrogação do prazo do contrato. Só em casos excepcionais, que não pudessem, com razoabilidade mínima, passar por uma solução destas, é que, na falta de acordo das partes, deve admitir-se, por exemplo, a revisão das cláusulas financeiras (preços, tarifas ou taxas) e, como medida de *ultima ratio*, a modificação de outras cláusulas contratuais<sup>252</sup>.

São estas, em nossa opinião, as limitadas situações em que deve aceitar-se a modificação do contrato administrativo por decisão judicial.

---

<sup>252</sup> Em sentido muito próximo, Ana Gouveia Martins considera que “o artigo 314º, nº 2, quando prevê que a verificação dos pressupostos da teoria da imprevisão «conferem direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade» deve (...) ser objecto de uma interpretação restritiva no sentido de a modificação do contrato com este fundamento se restringir à alteração das cláusulas financeiras, por exemplo, alteração dos preços ou das tarifas a cobrar em alternativa à fixação de uma compensação extra-contratual” (*Modificação*, p. 87).

## 8. A modificação do contrato administrativo por lei

### 8.1. Considerações gerais: um caso não previsto

Embora se trate de uma situação mais rara, o próprio legislador pode modificar os contratos administrativos. Não nos referimos, note-se, aos casos em que uma lei, mais geral ou mais específica, altera as circunstâncias em que os contraentes fundaram a sua decisão de contratar. Do que se trata agora é de o legislador modificar os contratos administrativos, mudar os termos das prestações acordadas, aditar um novo direito ou uma nova obrigação ao círculo contratual de uma das partes, suprimir um direito ou uma obrigação, em suma, introduzir uma modificação ao texto ou clausulado do contrato, senão mesmo pondo-lhe fim, extinguindo-o<sup>253</sup>.

Há no entanto que separar duas espécies de modificação do “contrato” por lei (ou regulamento): ou se trata de uma lei que modifica o regime de um contrato que, nessa parte, consta de lei ou se trata de uma lei que modifica as próprias cláusulas de um contrato firmadas pelas partes. Assim, uma lei que altera uma disposição imperativa do regime legal de um contrato é um exemplo da primeira hipótese; uma “lei que torne injuntiva uma norma legal anteriormente supletiva, que as partes num contrato administrativo tenham afastado através de uma cláusula contratual, [acarretando] a caducidade desta”,<sup>254</sup> ou uma lei que reduza os prazos de uma concessão administrativa ou de uma série delas são exemplos da segunda hipótese<sup>255/256</sup>.

---

<sup>253</sup> Como aconteceu no caso “Terminal de Alcântara”, através da Lei n.º 14/2010, de 23 de julho, apreciado pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 202/2014.

<sup>254</sup> Marcelo Rebelo de Sousa/ André Salgado Matos, *Direito*, III, p. 422.

<sup>255</sup> Naturalmente, estamos a pressupor, em todos os casos do texto, que está resolvido o prévio problema da aplicação da lei no tempo, tendo-se concluído que essas leis se aplicam aos contratos em vigor.

<sup>256</sup> Não nos referimos, note-se, aos casos em que uma lei modifica *apenas* as bases legais de uma concessão porque, não representando estas o contrato, este mantém-se como estava, não havendo modificação sua.

Embora possam subsumir-se num conceito amplo de modificação do contrato, as duas hipóteses acima referidas são materialmente muito distintas. A modificação do regime legal de um contrato é ainda a modificação de um regime legal, não de um contrato. Embora possa suscitar problemas específicos, não se trata de algo que interfira directamente com a autonomia das partes, na medida em que o legislador se limita a alterar um aspecto da execução do contrato que até aí estava subtraído à disponibilidade dos contraentes. Na segunda hipótese, há, em sentido próprio, uma modificação do contrato, passando a constar de lei aquilo que até aí tinha sido objecto da composição das partes.

## **8.2. Regime aplicável**

A hipótese da modificação do contrato administrativo por lei (ou por regulamento), quando esta deva considerar-se imputável ao contraente público, não foi objecto de tratamento autónomo por parte do CCP.

Assim, e por um lado, a modificação unilateral do contrato (como em tese também é a sua modificação por lei) está desenhada no CCP como um poder materializado através da prática de um acto administrativo a exercer pelo contraente público nessa sua qualidade, de parte num contrato. Ora, mesmo quando a lei modificativa possa configurar um acto administrativo praticado sob a forma de lei, não se trata de uma actuação do contraente público, enquanto parte no contrato, mas enquanto poder, fora dele. Por outro lado, o *fait du prince*, que abrange também as modificações directas do contrato por lei (ou regulamento), foi consagrado no CCP apenas como um caso de alteração do contexto, é dizer, de alteração das condições de desenvolvimento ou de execução do contrato, mas não deste mesmo. O que significa, bem vistas as coisas, que a modificação do contrato por lei ou regulamento só teria enquadramento legal expresso no regime do CCP quando tais medidas fossem

imputáveis a terceiro, a uma entidade distinta do próprio contraente público, subsumindo-se então no regime da imprevisão do artigo 314º/2<sup>257</sup>/258.

Sendo isto assim, *quid iuris* quando uma modificação do contrato, em si mesmo, por lei ou por regulamento, seja imputável ao contraente público?

Em tese, para enquadrar e definir o regime aplicável a essas intervenções legislativas, seria possível procurar no CCP, apesar da sua omissão, uma figura ou um instituto adequado ou, justamente por causa dessa omissão, recorrer aos institutos gerais do direito.

Apesar de haver na doutrina quem prefira esta última solução, enquadrando os casos da “modificação das obrigações contratuais por acto legislativo ou regulamentar” no instituto da “indenização pelo sacrifício”<sup>259</sup>, regulado no artigo 16º do RRCE, julgamos haver razões, mesmo na perspectiva do CCP, para enquadrar a matéria numa das figuras por ele reguladas.

Com efeito, se o CCP disciplina os casos em que o *fait du prince* altera “apenas” o contexto do contrato, pode dizer-se, por maioria de razão, que deveria ter também (ou terá querido, pese a imperfeição da letra) disciplinar os casos em que o contraente público, na qualidade de poder geral ou extracontratual, modifica directamente o contrato. Em nossa opinião, portanto, não há no CCP uma “inexistência *planeada* de certa regulamentação”, uma “regulamentação negativa” (no sentido que lhe dá Karl Engisch), nem sequer é possível retirar do artigo 314º/1, alínea a), através do controverso argumento *a contrario*, que os casos de modificação directa do contrato por lei não estão aí regulados (esse preceito não configura uma norma

---

<sup>257</sup> Em sentido diverso, considerando que quando a lei que modifica o contrato provém de uma “pessoa colectiva estranha à relação contratual” vale “o regime das pretensões indemnizatórias por sacrifício de direitos patrimoniais privados”, Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado Matos, *Direito*, III, p. 423 e 520 e ss.

<sup>258</sup> Ou no caso de força maior (impossibilidade de cumprimento do contrato), se for esse o seu efeito.

<sup>259</sup> Assim, Ana Gouveia Martins, *Contributo*, p. 717.

excepcional, mas uma concretização de um princípio geral de direito).

Assim, devendo encontrar-se no CCP (e não fora dele) uma resposta para a questão, dir-se-ia que as hipóteses em apreço ou se subsumem na teoria do *fait du prince* ou no quadro do poder de modificação unilateral do contrato<sup>260</sup>. É verdade que, do ponto de vista das suas consequências ou efeitos, a alternativa dir-se-ia neutral, uma vez que numa ou noutra situação a lei impõe a reposição do equilíbrio financeiro do contrato (artigo 314º/1), mas, do ponto de vista dos seus requisitos, as figuras são tratadas de modo diverso, exigindo-se no caso do *fait du prince* da alínea a), mas já não no da modificação unilateral, que o evento tenha natureza anormal e imprevisível<sup>261</sup>.

Julgamos que a melhor opção será a de enquadrar estas intervenções na figura ou regime do *fait du prince*, mas desconsiderando os requisitos postos na lei para os actos do poder público extracontratual que apenas altera as circunstâncias do contrato. Além de estar em linha com a doutrina dominante na matéria,<sup>262</sup> é uma solução que permite manter “depurado” o poder público de modificação unilateral e que em nada perturba o sistema do CCP, uma vez que se trata apenas de aplicar, por maioria de razão, a *ratio* do regime da reposição do equilíbrio financeiro a um caso não previsto.

---

<sup>260</sup> No primeiro sentido, ver Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado Matos, *Direito*, III, p. 422 e 423.

<sup>261</sup> A lei exige também que o evento “se repercuta de modo específico na situação contratual do cocontratante”, mas este requisito está forçosamente preenchido no caso da modificação do próprio contrato.

<sup>262</sup> No sentido de que o *fait du prince* abrange as modificações directas do contrato por lei, dando lugar à reposição do equilíbrio financeiro, ver Thomas Pez, *Le risque*, pp. 663, Laurent Vidal, *L'Équilibre financier*, pp. 132 e ss., Laubadère / Moderne / Delvolvé, *Traité*, II, pp. 529 e ss. (“mesures générales touchant aux conditions mêmes du contrat”) e pp. 543 e ss. (“mesures particulières touchant aux conditions mêmes du contrat”), Marcello Caetano, *Manual*, p. 620 e 623, Sérvulo Correia, “Contrato”, p. 81, Augusto Atayde, *Poderes unilaterais*, p. 12, Mário Esteves de Oliveira, *Direito*, p. 706 e ss., Vieira de Andrade / Sá Carneiro / Pena, *Acórdão Arbitral*, p. 140.

Em sentido aparentemente contrário, Aroso de Almeida, *Teoria Geral*, p. 313, afirmando que o “facto do príncipe (...) caracteriza-se pelo facto de se limitar a alterar as circunstâncias que o contrato pressupõe”.

Assim, quando o contraente público faça uso dos seus poderes gerais ou extracontratuais para modificar directamente o contrato — e independentemente de saber se se trata ou não de um acto administrativo sob a forma de lei (ou de regulamento) —, o cocontratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro nos mesmos termos em que teria se estivesse em causa o exercício do poder de modificação unilateral, sem outra exigência (designadamente, a do carácter imprevisível e anormal da modificação) senão a da prova da afectação ou do dano (maiores encargos ou diminuição de receitas)<sup>263</sup>.

## 9. Os limites gerais à modificação do contrato administrativo no CCP

### 9.1. Considerações introdutórias

Como fomos vendo a propósito dos vários casos de modificação do contrato administrativo, há vários limites que são específicos de apenas alguns deles, como, por exemplo, as limitações funcionais impostas pela autonomia da vontade e pelo princípio da separação de poderes (administrativo e judicial) à modificação por decisão judicial.

Do que tratará de seguida é dos limites gerais à modificação do contrato postos no CCP, mas, note-se, apenas para as *modificações por interesse público (que desequilibram o contrato)*, não para as modificações por alteração das circunstâncias que se destinam a recuperar o equilíbrio do contrato, que têm uma lógica substancialmente diversa.

Antes, porém, dedicaremos a nossa atenção a um caso especial, a saber, as modificações dos contratos cuja minuta tenha sido aprovada por lei (ou regulamento).

---

<sup>263</sup> A questão, por nós, coloca-se de igual forma para as modificações por lei do regime legal do contrato, valendo também para elas, por identidade ou maioria de razão com a hipótese regulada no artigo 314º/1, alínea a), do CCP, o dever de reposição do equilíbrio financeiro do contrato.

## 9.2. O caso especial dos contratos com minuta aprovada por bases

**9.2.1.** Há, como se sabe, muitos contratos cuja minuta é aprovada por lei, através das bases legais ou, por referência à denominação do contrato normalmente em causa, através das chamadas bases da concessão<sup>264</sup>.

Os motivos que justificam a existência dessas bases legais prendem-se, por um lado, com o facto de algumas concessões (designadamente, de obras ou de serviços públicos) conterem *cláusulas de efeito normativo*, que vinculam terceiros, devendo assim ser objecto de publicação<sup>265</sup>, e, por outro lado, com a circunstância de elas (concessões) implicarem a atribuição de poderes públicos a particulares (poderes de fiscalização, de estabelecimento de zonas de protecção, de acesso a terrenos e edifícios públicos e privados, de condução e realização dos procedimentos de expropriação, de expropriação, etc.), o que, em princípio, deve ser autorizado por lei.

Em tais casos, as cláusulas do contrato são objecto de incorporação prévia numa lei (ou, como sucede em regra, num anexo a uma lei), a qual corresponde a uma autorização ou reconhecimento pelo legislador de que o contraente público pode confiar ao adjudicatário, nesses termos, a exploração da obra ou do serviço, com os poderes públicos inerentes, e que os terceiros (utentes) ficam vinculados por essas regras da mesma forma que o ficariam se elas constassem do regulamento do serviço.

Assim, como explica a doutrina, carecendo o órgão competente para a decisão de contratar de uma habilitação ou autorização para celebrar o contrato em nome do Estado (ou da pessoa colectiva pública que esteja em causa), ela deve ser dada em lei

---

<sup>264</sup> Referimo-nos à hipótese mais comum, que é a de as ditas bases serem aprovadas por lei, mas o problema pode igualmente colocar-se (e resolver-se nos mesmos termos) se porventura houver bases de uma concessão municipal aprovadas por regulamento.

<sup>265</sup> Como se estabelece no artigo 287º/4 do CCP, a eficácia das “cláusulas contratuais de efeito normativo (...) depende de publicidade conferida segundo as formalidades aplicáveis aos regulamentos do contraente público”, exigência que nestes casos é cumprida — no caso de lei, até por excesso — através da publicação das respectivas bases.



especial quando, através do contrato, se pretenda atribuir ao concessionário certos privilégios e poderes públicos, que afectam ou podem afectar a esfera jurídica de terceiros, e definir também o estatuto (direitos e obrigações) destes últimos (o estatuto dos utentes), ficando assim a constar dessa (ou dum anexo a essa) lei, a chamada lei de bases da concessão, o regime jurídico essencial e fundamental do contrato a celebrar<sup>266</sup>.

No entanto, e este é um ponto importante, a aprovação por diploma legislativo das bases da concessão não transforma em matéria legal ou normativa aquilo que tem carácter contratual. Como observa a doutrina, “a lei autoriza o Governo a contratar com determinado particular, nos termos e condições que constam do texto preliminar a que conduziram as negociações antes efectuadas. E, para o efeito de se ficar a saber dentro de que limites é dada autorização ao Ministro competente para contratar, publica-se em anexo o texto preliminar”. Mas, apesar disso, ou precisamente por isso, “continua sempre a poder [distinguir-se] o que é matéria de lei e o que representa matéria contratual ou, por outras palavras, a lei de autorização e o contrato autorizado”<sup>267</sup>.

Assim, a lei de bases não é o contrato, nem, por causa disso, compromete contratualmente as partes. Tal compromisso ou vínculo não nasce de um acto unilateral (a lei), nasce, sim, da celebração do contrato, do mútuo consenso, ao qual se imputa o conteúdo da relação contratual — mesmo se ele já estava previamente desenhada nas bases. Significa isto, portanto, que o incumprimento de uma dessas prestações contratuais, seja qual for o contraente responsável, não corresponde a uma violação de lei (da lei de bases) ou a uma responsabilidade extracontratual, mas a uma violação do contrato e a um ilícito e responsabilidade contratuais, exprimindo-se assim, de maneira clara, o fundamento da sua vinculatividade.

---

<sup>266</sup> Assim, Freitas do Amaral, *O caso do Tamariz. Estudo de jurisprudência crítica*, 1965, Livraria Petrony, p. 12.

<sup>267</sup> Freitas do Amaral, *O caso do Tamariz*, p. 280.

**9.2.2.** Posto isto, a questão está em saber como é que, em hipóteses destas, se processa a modificação do contrato, que forma deve ela assumir.

Em primeiro lugar, deve dizer-se que não pode haver modificação de um contrato que opere por mera via da modificação das respectivas bases. As bases não são o contrato, mas os termos em que determinado sujeito está legitimado a contratar. Logo, uma modificação das bases sem acto administrativo do contraente público que modifique o contrato nesses termos, ou sem acordo das partes que materialize aquilo que o legislador inscreveu nas bases, é, no que respeita à relação contratual propriamente dita, uma modificação ineficaz e inoperativa. Enquanto não houver modificação do contrato (por decisão do contraente público ou acordo das partes), o parâmetro de referência do comportamento das partes é o acordo inicial.

Assim, procurando responder à questão colocada, diríamos que, em tese, pode haver três posições:

- (i) A alteração das bases é uma condição (prévia) da validade ou da legitimidade de uma certa modificação;
- (ii) A alteração das bases é uma condição (posterior) da eficácia de uma certa modificação;
- (iii) A alteração das bases não é condição de validade ou de eficácia das modificações ao contrato.

A primeira hipótese passa por entender que, se a lei que aprova as bases estabelece os limites ou termos contratuais da autorização dada a um determinado órgão para contratar, não pode haver modificação do contrato (por vontade do contraente público ou por vontade das partes) que não tenha prévio respaldo nas bases da concessão; por outras palavras, se as bases definem os termos em que o contraente público está legitimado a contratar (nesses e só nesses termos), a modificação

(unilateral ou bilateral) do contrato estaria dependente de uma prévia aprovação das novas bases<sup>268</sup>. Num ou noutro caso, o contraente público teria de fazer chegar ao órgão legislativo os termos da modificação que pretendesse introduzir no contrato (ou uma minuta do acordo já estabelecido com a outra parte) e, só depois da alteração das bases, poderia o contraente público modificar o contrato ou as partes firmar o acordo<sup>269</sup>. Sem essa prévia alteração das bases, o acto do contraente público ou o acordo das partes seriam inválidos, por falta de legitimação do contraente público para o efeito.

**9.2.3.** Uma segunda hipótese passa por entender que, uma vez que há uma alteração dos termos ou especificações do contrato inicial, e que só nesses termos (ou com essas especificações) é que o contraente público estava legalmente habilitado ou autorizado

---

<sup>268</sup> Aparentemente neste sentido, pode ver-se o caso da concessão da então Estradas de Portugal, SA, que foram alteradas, entre outros, pelo Decreto-Lei n.º 44-A/2010, de 5 de Maio. Embora se refira no seu preâmbulo que “*em resultado do acordo alcançado, torna-se necessário proceder à revisão das bases da concessão de modo a contemplar nas referidas bases o direito daquela concessionária à actividade de cobrança de taxas de portagem aos utilizadores na rede concessionada, quando essa actividade lhe seja expressamente atribuída nas bases de concessões integradas naquele rede e nos correspondentes contratos de concessão*” — parecendo portanto que a alteração das bases de destinavam a sancionar ou confirmar uma alteração ao contrato já efectuada —, a verdade é que, depois de se estabelecerem as modificações às bases, se estabeleceu, no artigo 2º desse diploma, sob a epígrafe “*Outorga do contrato*”, que “*os Ministros de Estado e das Finanças e das Obras Públicas, Transportes e Comunicações ficam autorizados, com a faculdade de delegação, a outorgar, em nome e em representação do Estado, o contrato de alteração ao contrato de concessão do financiamento, concepção, projecto, construção, conservação, exploração, requalificação e alargamento da rede rodoviária nacional, cuja minuta é aprovada mediante resolução do Conselho de Ministros*”.

O Decreto-Lei n.º 160/2013, de 19 de Novembro, é também tributário da mesma ideia. Tendo procedido à alteração das bases da concessão do serviço público postal universal, estabeleceu-se no seu artigo 6º, sob a epígrafe “*Contrato de concessão*”, que “*fica o membro do Governo responsável pela área das comunicações autorizado a celebrar, em nome e representação do Estado, a alteração do contrato de concessão do serviço postal universal, em conformidade com as alterações das respetivas bases*”.

<sup>269</sup> Como se disse acima, mesmo nesta hipótese (dependência prévia de modificação das bases), o contrato teria sempre de ser modificado por acto administrativo do contraente público ou por acordo das partes.

a fazê-lo, a modificação do contrato terá de obter uma “chancela” do legislador através da aprovação de novas bases, ou seja, seria necessário que o legislador materializasse formalmente nas bases o conteúdo do acto administrativo do contraente público ou do acordo das partes.

Assim, materialmente, tal como quem estipula o contrato, quem define o seu conteúdo e as respectivas prestações, são os contraentes (mesmo se por adesão a um texto pré-definido), também em sede de modificação do contrato quem dispõe sobre os termos e modo das alterações ao contrato são as partes ou o contraente público, nessa qualidade, não o legislador das bases. Por outras palavras, tal como foi a sua vontade mútua que fez nascer o contrato, não a “vontade” do legislador expressa nas bases (que não é suficiente para criar uma relação contratual), também em sede de modificação do contrato é no consenso das partes (ou no acto administrativo) que se encontra o título constitutivo da alteração contratual, não nas bases.

No entanto, formalmente, como a modificação do contrato pode interferir com a “autorização legislativa” da sua celebração, como pode alterar uma das suas bases, haveria que “solicitar” ao respectivo legislador, quando isso suceda, que substitua as bases em conformidade com o acordo das partes ou o acto do contraente público.

Neste caso, a alteração das bases seria um requisito de eficácia (ou de oponibilidade) da modificação do contrato entre as partes ou face a terceiros – sendo certo que o título constitutivo (e validante) da modificação da estipulação contratual, esse, ou resulta do poder do contraente público ou foi criado e construído pelas partes ou, se se preferir, vale porque aquele o quis unilateralmente ou porque elas o quiseram consensualmente, não porque o legislador tenha imposto tal alteração.

Nesta hipótese, a existência de umas bases a dispor num dado sentido não impede que as partes, por acordo, ou o contraente público, por decisão sua, modifiquem o contrato, estipulando coisa distinta, mas a sua eficácia fica dependente de uma

superveniente cobertura legal.

De qualquer forma, em ambas as hipóteses (condição de validade ou condição de eficácia), fica patente o diferente valor das bases e dos actos modificativos: faltando a alteração das bases, mas existindo acto modificativo, a modificação contratual existe, embora possa não ser juridicamente válida ou eficaz, enquanto, faltando acto modificativo, a alteração feita exclusivamente nas bases não existe (contratualmente). Além disso, ambas as hipóteses se apoiam, ao menos em parte, no princípio da identidade ou do paralelismo das formas: se o contrato foi precedido de umas bases, a modificação do contrato há-de igualmente ter reflexo nas bases.

**9.2.4.** Numa terceira hipótese, poderia entender-se que as bases de uma concessão não condicionam a validade nem a eficácia dos actos modificativos do contrato. A autorização para contratar expressa na lei de bases seria para contratar nesses termos, mas sem prejuízo de, para o futuro, a conformação da relação contratual se processar em função dos quadros gerais do direito administrativo contratual. Seria portanto como se aquela autorização levasse implícita uma outra, a saber, que a gestão pública do contrato se fizesse em conformidade com as regras e princípios do direito administrativo contratual. Sendo que não se compreenderia que fosse justamente naqueles contratos em que mais se faz sentir a premência de uma gestão pública eficiente (os contratos de concessão) que a ordem jurídica colocasse mais obstáculos formais (e de dificuldade considerável).

**9.2.5.** Sendo estes os termos do problema, a questão, por nós, e em primeiro lugar, resolve-se em função do que se haja estabelecido a esse propósito nas bases da concessão.

Com efeito, estas podem, por exemplo, dispor que as modificações do contrato carecem (ou que não carecem) de alteração das respectivas bases, como sobretudo podem prever expressamente a possibilidade de as partes, ou de o concedente, modificarem o contrato, relativamente a aspectos específicos, o que, salvo outras indicações em contrário, julgamos dever ser interpretado como uma autorização para modificar sem necessidade de prévia ou posterior alteração das bases.

Em segundo lugar, pode a cláusula contratual que se pretende modificar não estar coberta por uma base, caso em que não se justifica uma intervenção legislativa<sup>270</sup>.

Em terceiro lugar, quando não seja qualquer desses casos, e sobretudo quando a modificação que se pretenda introduzir se projecte, não apenas no seio das relações entre concedente e concessionário, mas também (ou sobretudo) sobre a esfera jurídica de terceiros, dos utentes, há-de exigir-se uma intervenção legislativa prévia à modificação do contrato propriamente dita (por acto ou por acordo). Por outras palavras, as modificações a um contrato precedido de bases obedecem ao mesmo princípio que vai subjacente à celebração do próprio contrato: primeiro as bases, depois a modificação.

### **9.3. A inalterabilidade das “prestações principais” do contrato**

**9.3.1.** Como se sabe, sempre se defendeu a existência de espaços contratuais imunes à intervenção administrativa unilateral, em consideração de uma estabilidade mínima ou nuclear das relações jurídicas contratuais e da confiança e segurança que se há-de poder fundar na celebração de um contrato.

Um desses limites era o do objecto do contrato e, em certo sentido, pode dizer-se que

---

<sup>270</sup> Outra questão é saber se e em que medida podem ser validamente existir cláusulas contratuais sem respaldo nas bases, que depende de vários factores, como a essencialidade ou não da cláusula.

era o principal, na medida em que, constituindo um obstáculo insuperável a uma das mais impressivas manifestações da autoridade pública contratual, permitia conter em limites razoáveis o poder de modificação unilateral, afirmando-se por essa via, mesmo se em termos mais limitados, o princípio da estabilidade contratual (*pacta irrevocabilia fiunt*) no quadro dos contratos administrativos.

Ou seja, o chamado princípio da intangibilidade do objecto do contrato<sup>271</sup> correspondia a um núcleo contratual irreduzível, inalcançável pelo contraente público sem o consentimento do seu cocontratante<sup>272</sup>. Consagrado no antigo artigo 180º, alínea a) do CPA – a Administração Pública podia “modificar unilateralmente o conteúdo das prestações, desde que seja respeitado o objecto do contrato...” –, havia sobre ele um entendimento relativamente pacífico, que vinha já, de resto, da própria concepção francesa sobre o “pouvoir de modification unilatérale” e da doutrina portuguesa mais antiga, para não falar de outros sistemas jurídicos onde a ideia da intangibilidade do objecto do contrato é afirmada em termos muito similares, como no direito dos *government contracts* dos Estados-Unidos (através da teoria da “*cardinal change*”) e do próprio direito da União Europeia, que, a partir de 2014, passou expressamente a referir-se à inalterabilidade da natureza global do contrato (“*overall nature of the contract*”) como condição da admissibilidade das modificações que se lhe pretendam introduzir.

O legislador do CCP resolveu, porém, eliminar a referência ao “objecto do contrato”, substituindo-o pelas “prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato” (artigo 313º/1). Tendo como boa a tese que não se pretenderam efectuar nesta matéria alterações sensíveis, julgamos que o limite hoje afirmado na lei corresponde

---

<sup>271</sup> V. Augusto de Ataíde, *Para a teoria do contrato administrativo. Limites e efeitos do exercício do poder de modificação unilateral pela Administração*, em “Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano, 1973, p. 76 e ss., e Pedro Gonçalves, *A concessão ...*, p. 258.

<sup>272</sup> Augusto de Ataíde, *Para a teoria do contrato ...*, p. 76, e Mário Esteves de Oliveira/Pedro Gonçalves/Pacheco de Amorim, *Código*, 1997, p. 825.

ao limite tradicional da inalterabilidade do “objecto do contrato”, tal como era interpretado pela doutrina maioritária<sup>273</sup>, imputando-se à nova versão a tentativa, eventualmente, de precisar melhor o que exorbita dos poderes contratuais conferidos ao contraente público. Aliás, o legislador mostrou várias vezes, ao longo do CCP, que o *objecto do contrato* se reconduz às prestações acordadas entre as partes<sup>274</sup>, ou seja, que as “prestações principais” do contrato são o “objecto do contrato”, que são elas que dão corpo e fisionomia a este, em suma, que é em função das “prestações principais” que se caracteriza o “objecto do [de certo] contrato”<sup>275</sup>.

Por último, é também importante esclarecer que, a ser assim, como pensamos, não há intangibilidade das prestações principais propriamente ditas (do seu conteúdo ou dos seus termos). Na verdade, quando a doutrina se refere ao objecto do contrato é ponto assente que esse conceito, para efeitos de determinação dos limites do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos, não se identifica totalmente com o conceito de objecto do negócio jurídico, tal como ele é entendido na teoria geral do direito civil. Aí, objecto do negócio equivale ao conjunto das prestações a que as partes se vincularam, ou seja, aos efeitos jurídicos a que o negócio tende (conteúdo ou objecto imediato), e ainda àquilo sobre que recaem esses efeitos (objecto mediato)<sup>276</sup>. Ora, se o legislador do CCP reporta expressamente o poder de modificação unilateral às “cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução

---

<sup>273</sup> Assim, Freitas do Amaral, *Curso*, p. 513 e 514, e Aroso de Almeida, “Contratos administrativos”, p. 825, e *Teoria Geral*, p. 298.

<sup>274</sup> São variadíssimos os casos. A título exemplificativo, ver os artigos 24º/1, alínea e), 32º/4, 42º, números 2 e 4, 49º/7, 58º/2, 96º/1, alínea e), 97º/1, 297º, 298º, números 1 e 2, o próprio artigo 313º/1, etc.

<sup>275</sup> Sendo também evidente que quando se fala de “prestações principais” do contrato não significa que este (que o seu objecto) seja caracterizável em função de uma prestação, no sentido de um dever de prestar (*facere*). Isso é assim quando esteja em causa uma aquisição ou concessão de serviços (ver artigo 453º, por exemplo). Quando esteja por exemplo em causa uma aquisição de bens, o que caracteriza o contrato (ou o seu objecto) é o bem em causa, como o legislador do CCP deixou bem claro.

<sup>276</sup> V. Manuel de Andrade, *A teoria geral da relação jurídica*, 1987, vol. II, p. 327.



das prestações previstas no contrato” [artigo 302º, alínea c)] é porque aquilo que se quis manter imune à intervenção administrativa não podem ser essas mesmas prestações, todas elas (ou então não haveria poder de modificação do contrato), como deve igualmente rejeitar-se a ideia de que, afinal, o poder de modificação unilateral apenas poderia recair sobre as prestações acessórias, uma vez que as “prestações principais” seriam intangíveis (pois isso constituiria uma restrição que jamais se viu defendida entre nós, antes ou depois do CCP).

Assim, e de acordo com a doutrina dominante, consideramos que, com aquela nova fórmula legal, que é de facto pouco clara<sup>277</sup>, se pretendeu (continuar a) definir o núcleo caracterizador do contrato, a “actividade essencial implicada” no contrato administrativo<sup>278</sup> ou as “prestações que individualizam [o contrato] do ponto de vista material”<sup>279</sup>.

(como a prestação de um certo serviço, a realização de certa obra, a entrega de certo bem, a exploração ou uso de um certo espaço dominial, etc.). A obra, em si mesma, pode ser modificada, o bem também, como o serviço, nos “modos peculiares, técnicos e jurídicos, da execução dessas prestações”<sup>280</sup> ou “na sua qualidade, modelo, quantidade, condições técnicas ou jurídicas de execução”<sup>281</sup>; o que se impede ao contraente público é que ordene ao seu cocontratante que passe a prestar uma actividade, um bem, um serviço ou uma obra *materialmente diferente* daquela a que se comprometera. Não julgamos que seja necessário exigir um “bouleversement du contrat”<sup>282</sup>, sendo suficiente poder afirmar-se que, *por razões qualitativas ou por razões quantitativas*, o contrato não é materialmente o mesmo.

---

<sup>277</sup> Marcelo Rebelo de Sousa/ André Salgado Matos, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2010, p. 409.

<sup>278</sup> Marcelo Caetano, *Manual*, p. 618.

<sup>279</sup> Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado Matos, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2010, p. 409.

<sup>280</sup> Freitas do Amaral, *Curso*, p. 630.

<sup>281</sup> Mário Esteves de Oliveira, *Direito*, p. 699.

<sup>282</sup> Como sustentam Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, II, p. 407.

Numa fórmula muito impressiva, a ideia principal é que a Administração pode mudar o contrato, mas não pode mudar *de* contrato<sup>283</sup>.

**9.3.2.** O primeiro critério em função do qual o intérprete pode concluir pela existência de uma alteração das prestações principais do contrato é o do *tipo contratual*. Se a cada tipo corresponde uma certa prestação característica, principal, que dá substância ao negócio, havendo mudança de tipo haverá uma modificação substancial dessa prestação principal<sup>284</sup>.

A lei, que tipifica certos contratos, o direito comunitário, que distingue vários tipos de contratos para efeitos da aplicação do regime das directivas, e a doutrina e a jurisprudência, que os trabalham, concretizam e densificam, fornecem dados jurídicos suficientes para, com base nessas construções analíticas, se demarcar uma primeira linha divisória. Assim, por exemplo, não havendo dúvidas sobre a diferença das prestações principais subjacentes aos vários contratos típicos definidos no CCP, pode, com segurança, afirmar-se que existirá uma modificação ilegítima ao abrigo do poder de modificação unilateral quando uma empreitada passa a ser uma concessão de obra, ou uma aquisição de serviços se transforme numa concessão.

O critério oferece segurança quando estejam em causa *tipos legais* clássicos, mas pode colocar algumas dificuldades quando nos confrontamos com tipos legais mais modernos, que muitas vezes não passam de subtipos, ou com categorias doutrinárias, que muitas vezes obedecem a factores não assentes na caracterização das prestações principais e pretendem apenas dar um enquadramento à extrema variedade dos contratos administrativos. Esses “agrupamentos doutrinários” podem

---

<sup>283</sup> Freitas do Amaral, *Curso*, p. 630.

<sup>284</sup> George Powell, “The cardinal change doctrine and its application to Government construction contracts”, *PCLJ*, 2014, pp. 390, qualifica as modificações que alteram o “character of the contract”. como um caso de “cardinal change”.

fornecer tópicos importantes de solução para o problema da identidade das prestações principais, mas devem ser utilizados com cautelas por não terem sido construídos para a finalidade que aqui se tem em vista.

E o mesmo sucede que com os novos subtipos legais. Por exemplo, as chamadas concessões SCUT foram objecto de uma intervenção legislativa *ad hoc* destinada a servir de enquadramento e de base habilitante à sua existência no direito contratual administrativo português e foram assumidas formalmente como uma específica ou peculiar modalidade de concessão de infraestruturas rodoviárias, mas pode ser duvidoso concluir-se, com base nisso, sem mais, pela sua autonomia como tipo com objecto próprio para efeitos da aplicação da norma da primeira parte do artigo 313º/1 do CCP. Na verdade, por um lado, a principal diferença entre as figuras da concessão de uma infraestrutura rodoviária SCUT e não SCUT respeita essencialmente à entidade remuneradora das concessionárias (a “fonte subjectiva” das receitas é, na concessão SCUT, o concedente, e, na concessão de portagem real, o utente do domínio público rodoviário), e isso não traz alteração relevante ao esquema da concessão, é dizer, não interfere com a subsunção do contrato no tipo legal da concessão (translativa) de concessão<sup>285</sup>; no entanto, a modificação de uma

---

<sup>285</sup> Como se sabe, embora a concepção tradicional, de origem francesa, considerasse como elemento essencial da figura da concessão de obras públicas a remuneração do concessionário através de taxas cobradas aos utentes — para assim a distinguir da figura da empreitada de obras públicas (ver, por exemplo, Laubadère / Venezia / Gaudemet, *Droit Administratif*, LGDJ, 1992, vol. I, pp. 742 ss., e também, entre nós, o acórdão do STA de 1.07.1999, p. 44249) —, com o tempo passou a aceitar-se que a remuneração do concessionário pudesse consistir numa retribuição a cargo do concedente, excluindo ou não a assunção de um risco económico-financeiro pelo concessionário (risco que, hoje, é necessário para a qualificação de um contrato de concessão) e a par ou não do pagamento de tarifas (mais baixas) por parte dos utentes. Ver Marcello Caetano, *Manual*, p. 1126 e ss., onde são dados os primeiros passos, e, mais aprofundadamente sobre o desenvolvimento da questão, a propósito das concessões de serviço público, Pedro Costa Gonçalves, *A concessão*, p. 139 e ss.

No plano do direito da União Europeia, o ponto de partida para a exigência de uma transferência efectiva do risco da procura (o chamado risco económico) encontra-se na Comunicação Interpretativa da Comissão Europeia, JOCE, n.º C-121, de 29 de Abril de 2000. Cf. Joel Arnould, “Le

concessão SCUT para uma concessão de portagem real traz outras especificidades à disciplina contratual, designadamente no âmbito da exploração da concessão, por exemplo, quanto ao serviço de cobrança das portagens, e também na parte relativa ao *risco* pelo não pagamento das portagens, além das implicações que isso também traz quando se trata de contratos com *project finance*<sup>286</sup>.

Ou seja, apesar de, em rigor, essa alteração no modo de financiamento não prejudicar a identidade jurídica que permanece em todos os restantes elementos caracterizadores dos negócios em causa (concepção, construção, financiamento, conservação e exploração de lanços de autoestradas), ela tem implicações significativas dos pontos de vista técnico e prático, não sendo por isso seguro formular uma proposição clara sobre a matéria<sup>287</sup>.

**9.3.3.** Não é porém necessário que haja uma alteração do tipo. A intangibilidade das prestações principais, estabelecida no artigo 313º/1, primeira parte, proíbe também outras “*cardinal changes*”<sup>288</sup>, ou seja, modificações (“*change orders*”) que, embora não

---

texte définitif de la communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire”, *Revue Française de Droit Administratif*, 16 (5), 2000, pp. 1016 e ss.

<sup>286</sup> Chamando justamente a atenção para este facto, Bernardo Diniz de Ayala, “O poder de modificação unilateral do contrato administrativo com regime de project finance”, RCP, pp. 55 e ss.

<sup>287</sup> O Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República já teve oportunidade de referir que “as concessões SCUT (...) não deixam de ser expressão da figura da concessão de obra pública, uma vez que se mantém o sistema de exploração da obra pelo concessionário, elemento que constitui, no momento actual da sua evolução, o traço distintivo desta figura contratual” (Parecer de 16.01.2003, p. 58/2002)., conclusão importante pois, por força dessa identidade categorial, considerou-se que as concessões SCUT integravam o conceito legal de concessão “em regime de portagem”, constante da Lei de Bases do Sistema de Transportes Terrestres (à data, artigo 15º/6 da Lei n.º 10/90, de 17 de Março), daí resultando a legitimidade de as Regiões Autónomas lançarem concessões rodoviárias em regime SCUT.

<sup>288</sup> Sobre as “cardinal changes”, ver Charles Tiefer / William Shook, *Government Contract Law*, Carolina Academic Press, 2003, pp. 324 e ss, e, em especial, nos contratos de obra, James Wiesel,

alterem o objecto do contrato, alteram substancialmente as prestações contratadas, no sentido de que, pela sua quantidade ou qualidade, as tornam materialmente diferentes, estando por isso “outside the scope of the contract”<sup>289/290</sup>.

Para estes efeitos, é relevante tudo o que sirva para identificar e *singularizar* materialmente *um determinado e concreto contrato*. Assim, em geral, aspectos como o tipo de bem fornecido, o serviço público prestado, o local de execução do contrato, o seu termo inicial ou final, o projecto da obra, a tipo ou finalidade da prestação, a habilitação profissional exigida, a quantidade ou volume da prestação, a equação económico-financeira do contrato, etc., são, todos eles, tópicos relevantes para aferir se há ou não uma alteração do objecto do contrato.

No entanto, uma resposta definitiva depende sempre do *contrato em causa*, porque, nuns, certo elemento pode servir para caracterizar o objecto do contrato e, noutros, esse mesmo elemento poder não ser tão decisivo. Por exemplo, o local do estabelecimento de uma concessão, se no Porto ou em Braga, é normalmente decisivo para a sua caracterização, mas o mesmo pode já não acontecer com um fornecimento contínuo de bens, que se modifique de uma para outra daquelas cidades.

Assim, por exemplo, quando estejam em causa empreitadas de obras públicas, os limites do poder de modificação unilateral, nesta matéria, aferem-se normalmente

---

“The «significant change in the character of the work» clause: uncertain federalism in highway construction contracts”, *PCLJ*, vol. 42, n° 2, 2013, pp. 327 e ss.

<sup>289</sup> Assim, por exemplo, John Whelan / James Nagle, *Federal Government Contracts*, p. 413 e ss., referindo porém que a questão não é, na prática, simples de resolver.

<sup>290</sup> George Powell, “The cardinal change doctrine and its application to Government construction contracts”, *PCLJ*, 2014, pp. 378 e ss, avança alguns critérios indiciadores da existência de uma “cardinal change”, como, por exemplo, de um ponto de vista quantitativo, um “excessive number of changes” e, de um ponto de vista qualitativo, as alterações que alterem “the scope of the contract” (pp. 390 e ss.), embora saliente que não haverá uma “cardinal change” senão em casos de “fundamental or material change of the contract” (pp. 394 e ss).

em função do conceito de “obra nova”<sup>291</sup>, não sendo admitidas medidas que determinem uma alteração da “economia geral do projecto” ou que exorbitem da definição essencial da obra contratada, como sucederia com aquela que ordenasse ao empreiteiro que, em substituição do restauro de um palácio nacional, o fizesse demolir para construir aí um edifício destinado à instalação de um serviço público<sup>292</sup>.

Por outro lado, quando se trata de concessões de serviços públicos ou similares, a definição dos limites do *ius variandi* é feita por recurso a fórmulas como as da proibição de “desfiguração”<sup>293</sup> ou “desvirtuamento da concessão”, como sucederá necessariamente com a atribuição da gestão de “um serviço público diferente”<sup>294</sup>, impedindo-se assim, por exemplo, que se impusesse unilateralmente “ao concessionário do serviço público dos transportes *rodoviários* de passageiros do Norte que passe também a desempenhar o serviço público *ferroviário* Porto-Braga”<sup>295</sup>.

Esses serão casos mais evidentes, mas o “desvirtuamento da concessão” pode resultar de factos de não tão grave impacto. Por exemplo, modificações que tenham uma repercussão sensível na *autonomia de gestão* do concessionário, que é da essência

---

<sup>291</sup> Neste sentido, já Augusto de Ataíde, *Para uma teoria*, p. 82. Sobre os “*limiti qualitativi*” nas empreitadas de obras públicas, reportando-se também à “economia geral do projecto”, ver António Cianflone / Giorgio Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, 2012, vol. I, pp. 1492 e ss.

<sup>292</sup> Exemplo retirado de Mário Esteves de Oliveira, *Direito*, p. 700.

<sup>293</sup> “*Dénaturation*” (Laubarède/Moderne/Delvolvé, *Traité*, II, p. 407).

<sup>294</sup> Pedro Costa Gonçalves, *A concessão*, p. 258.

<sup>295</sup> Freitas do Amaral, *Curso*, p. 631.

Marcelo Rebelo de Sousa/ André Salgado Matos, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2010, p. 409, dão os seguintes exemplos: “através do poder de modificação unilateral, a administração pode, por exemplo, num contrato de concessão de uma auto-estrada, impor supervenientemente ao concessionário a construção de quatro faixas de rodagem em cada sentido de circulação, em vez das duas que estavam previstas no contrato. Mas em caso algum pode validamente, no mesmo contrato, alterar radicalmente a identidade da obra (da construção de uma auto-estrada para a construção de um prédio), o seu local de execução (do Algarve para Trás-os-Montes) ou o tipo contratual (de concessão de obras públicas para empreitada de obras públicas), pois tais modificações violariam o núcleo essencial do contrato”.

das concessões administrativas translativas<sup>296</sup>, afectando os termos da sua responsabilidade para gerir e explorar autonomamente a concessão nos seus aspectos técnicos e financeiros, poderá constituir, com probabilidade, uma alteração do objecto do contrato — como, por exemplo, uma modificação no âmbito da gestão e operação do serviço de cobrança (passando o Estado a ser a entidade colectora das taxas pagas pelos utentes, em substituição do concessionário, que depois, passado um certo prazo, as devolveria a este) afectaria a autonomia da exploração caracterizadora, que pressupõe a disponibilidade e o controlo directo, por parte do concessionário, da mais importante das suas receitas, adulterando a natureza do contrato<sup>297</sup>.

Sendo, portanto, uma matéria que só pode ser resolvida caso a caso, a questão estará sempre em saber se, apesar da modificação, as prestações contratadas continuam a poder definir-se em função de todos os elementos (qualitativos e quantitativos) que importavam à determinação do seu objecto jurídico-administrativo inicial<sup>298</sup>.

---

<sup>296</sup> Assim, Pedro Costa Gonçalves, *A concessão*, p. 319.

<sup>297</sup> Um outro exemplo encontra-se no Parecer do CC da PGR de 25.10.2001 (publicado em DR de 05.01.2002), no qual se considerou que extravasava os “limites do poder de modificação unilateral” uma proposta de “renegociação do contrato de gestão hospitalar” celebrado entre uma administração regional de saúde e um privado, na qual se abrangia a concepção, planeamento, financiamento, construção e gestão de uma nova unidade hospitalar em Sintra (no valor estimado de 8.600.000.000\$00), a amortizar durante 20 anos, bem como a extensão da gestão, por parte da respectiva sociedade gestora, de novos estabelecimentos públicos (centros de saúde) na área da Amadora e Sintra.

<sup>298</sup> Conscientes da relativa debilidade dos critérios gerais, compreendem-se as considerações de Menezes Cordeiro sobre a alteração ou manutenção da identidade duma obrigação: “a manutenção da identidade duma obrigação depende, fundamentalmente, da conservação da prestação. (...) Isto é: podemos entender que uma obrigação é a mesma quando a conduta devida nela em causa seja, também, a mesma. O problema desloca-se, desta forma, para a prestação: ocorrida uma modificação objectiva em determinada obrigação, só se poderá falar em modificação *proprio sensu* quando a prestação devida seja a mesma. Não quer isso dizer que a própria prestação não possa sofrer alterações. Simplesmente, essas alterações não podem ser tais que conduzam a que da mesma prestação se não possa falar. O único critério possível para determinar, no caso concreto, se se está perante a mesma prestação, modificada, ou se, pelo contrário, a prestação já é outra, é extra-

#### 9.4. A intangibilidade do objecto e as modificações por acordo das partes

Por último, o limite do objecto do contrato, afirmado na primeira parte do artigo 313º/1 do CCP, está posto apenas para a modificação unilateral, não para a modificação por acordo entre as partes<sup>299</sup>, salvo quando se trate de contrato precedido de um procedimento concorrencial de contratação pública<sup>300</sup>.

É verdade que a lei não distingue (dispõe apenas que a “modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato”, parecendo portanto, *prima facie*, que compreenderia qualquer modificação, independentemente da sua forma ou autoria) e também é verdade que nos contratos precedidos de procedimento concorrencial, as partes não podem modificar por acordo o objecto do contrato. Esta porém é já uma questão de contratação pública, ou resultante de um problema de contratação pública e concorrência, regulada, a nosso

---

jurídico. O senso comum terá de indicar a solução no caso concreto. Salvo qualquer disposição normativa que comine solução diferente, o regime acomodar-se-á, depois, à solução extrajudicialmente indiciada” (*Tratado*, IX, p. 260)

<sup>299</sup> Em sentido contrário, Pedro Costa Gonçalves, *A concessão*, p. 258, Vieira de Andrade, *Lições*, p. 224 e 225, e Maria João Estorninho, *Curso*, p. 493, em nota.

<sup>300</sup> Freitas do Amaral (em parecer jurídico junto ao processo que deu origem ao parecer do CC da PGR de 25.10.2001, publicado no DR de 5.01.2002) parecia ir no sentido apontado no texto, pois, embora afirmasse que, “quando a modificação de um contrato administrativo tenha lugar pela via bilateral, o limite mais importante que se ergue aí à autonomia das partes é o respeito pelo objecto do contrato”, esclarecia depois que, “neste cenário, não é também a protecção do particular - que até poderia estar de acordo com uma modificação do objecto do contrato -, mas sim a salvaguarda dos princípios da publicidade e da concorrência, que justificam a existência daquele limite. É que, se tal limite não existisse, as partes, a pretexto da modificação do contrato, poderiam, no fundo, proceder ao mútuo dissenso da relação original e, seguidamente, à celebração, por ajuste directo, de um novo acordo - desrespeitando a exigência legal do concurso público (ou de qualquer outro procedimento concorrencial) para a formação de contratos desse tipo. A manutenção de uma identidade fundamental entre os *objectos* dos contratos inicial e alterado é, assim, crucial para assegurar o respeito das regras da concorrência, posto que, repete-se, estas de nada valeriam se fosse concedida às partes uma liberdade ilimitada para a conclusão de contratos «modificativos» do contrato inicial” (parecer jurídico junto ao processo que deu origem ao parecer do CC da PGR de 25.10.2001, publicado no DR de 5.01.2002).

O autor não se refere ao problema na última edição do seu *Manual*



ver, na segunda parte do referido preceito legal e no direito da União Europeia.

Por outro lado, o facto de a lei não distinguir não significa que o intérprete não o faça: ora, não apenas a intangibilidade do objecto é, tradicionalmente, uma restrição ao poder de modificação unilateral, como é aí, como veremos, que ela ganha razão de ser hoje.

O problema, a nosso ver, é que se assiste hoje a uma tendência para olhar para algumas matérias do contrato administrativo sempre com os “óculos” da contratação pública, mesmo quando o direito não o pede, acabando-se por generalizar certas regras que apenas fazem sentido em certos casos (e mesmo que esses casos sejam os mais frequentes ou os mais recorrentes).

O direito da contratação pública regula os contratos (administrativos ou não) que hajam de ser precedidos de um procedimento prévio de natureza concorrencial, mas não regula todos os contratos administrativos (mesmo que do mesma espécie daqueles que normalmente estão sujeitos a essas regras), não se justificando por isso trazer para a teoria geral deste, como se fossem regras universais, aspectos que não se prendem com esta categoria, mas com uma outra, diferente dela (a dos contratos públicos ou a dos contratos precedidos de procedimento concorrencial)<sup>301</sup>.

Julgamos portanto, sobretudo por razões de sistematização e arrumação dogmática, mesmo se isso, no caso, possa não ter um relevo prático muito significativo<sup>302</sup>, que o limite do objecto do contrato está posto para garantia dos interesses do cocontratante e como salvaguarda do equilíbrio da relação contratual, no confronto, portanto, do poder de modificação unilateral: reconhece-se ao contraente público que modifique o

---

<sup>301</sup> Aliás, a atender aos tipos de contratos a que se aplica o Direito da União Europeia, dir-se-ia até que ele não disciplina a maior parte das espécies de contratos administrativos.

<sup>302</sup> Se se afirmar a intangibilidade do objecto para as modificações bilaterais mesmo quando estejam em causa contratos não precedidos e não precedíveis de procedimento concorrencial, as partes podem, em princípio, por novo acordo (não portanto através de modificação do anterior), obter o mesmo efeito prático.

contrato ali onde seja necessário por razões de interesse público, mas não pode ordenar ao seu cocontraente que passe a executar uma prestação diversa daquela com que se comprometeu, porque isso desvirtuaria a lógica do pacto e colocaria o cocontratante numa posição juridicamente muito frágil, quase não-contratual, atentatória da sua liberdade e autonomia.

Com efeito, se fosse dado a uma das partes o poder de, por sua decisão, mudar *de* contrato sem o consentimento da outra parte, isso significaria que aquela poderia unilateralmente sujeitar esta, mesmo contra a sua vontade, à execução de um novo contrato, o que é intolerável<sup>303</sup>. É para isso que serve o limite do objecto do contrato e é também por isso que ele não vale para as modificações do contrato por acordo entre as partes. Se uma empresa pública celebrar com um privado um contrato administrativo não sujeito a qualquer regra de contratação pública e ambos quiserem modificá-lo profundamente, adulterando-o, nada o impede do ponto de vista das regras dos contratos administrativos – desde que, naturalmente, com a nova fisionomia dada ao contrato não passe a existir violação das regras da contratação pública.

## **9.5. O problema tradicional das “cláusulas contratuais”**

### **9.5.1. Cláusulas regulamentares e cláusulas com eficácia regulamentar**

Um outro limite tradicionalmente apontado ao poder de modificação unilateral assenta numa distinção entre certas categorias de cláusulas contratuais, que não tem consagração legal entre nós. Em França, de onde é originária, essa distinção tem servido para vários efeitos práticos, designadamente, para definir a impugnabilidade

---

<sup>303</sup> Não podemos portanto concordar com Pedro Costa Gonçalves, *A concessão*, p. 258, quando afirma que, “com uma remuneração adequada, [os interesses privados do concessionário] poderiam ser convenientemente atendidos” no caso de uma modificação unilateral que desfigurasse o contrato.

de certas cláusulas do contrato administrativo por parte de terceiros, para fundamentar a ilegitimidade de o cocontratante acordar com um terceiro (normalmente, utente da obra ou serviço) uma derrogação de certas cláusulas e, por fim, para delimitar o campo do exercício (ou do objecto) do poder de modificação unilateral<sup>304</sup>. É apenas esta última vertente que nos interessa aqui.

A ideia pode resumir-se nos seguintes termos: ao contrato administrativo assiste, em certo sentido, uma dupla função, servindo simultaneamente os propósitos de realização do interesse público e de fixação das condições de participação do cocontratante nisso envolvido. Ali, na parte em que no contrato se estabelecem as regras da satisfação do interesse público, ou seja, na parte em que se define o objecto do contrato e o modo da sua execução, temos as chamadas “cláusulas regulamentares”; aqui, onde nele se definem as condições da participação do particular, temos as chamadas “cláusulas contratuais”.

A distinção, note-se, não se funda na diferente natureza das cláusulas contratuais, mas na sua *diferente função*. Quer isto dizer que, para efeitos da distinção em apreço, não se pretende afirmar que algumas cláusulas do contrato são afinal normas administrativas: as cláusulas (regulamentares e contratuais) de um contrato administrativo têm, todas elas, natureza contratual, são material e formalmente contratuais, mesmo que se reportem ao segmento do “serviço público” (em sentido lato)<sup>305</sup> nem, *et pour cause*, o facto de se falar em cláusulas regulamentares significa

---

<sup>304</sup> Ver, por exemplo, Laubadère/Moderne/Delvolle, *Traité*, I, p. 109.

<sup>305</sup> Em sentido contrário, o STA já entendeu, em acórdão de 24.08.1994, p. 35598 (publicado em *Apêndice* ao DR de 7.02.1994, pp. 6112 e seguintes), num processo de intimação para um comportamento (ao abrigo da LPTA) a propósito do contrato de concessão de serviço público celebrado entre a RTP e o Estado, que as cláusulas que identificámos no texto como sendo “cláusulas regulamentares” tinham natureza (não função) regulamentar ou normativa. É verdade que o fez para efeitos processuais (e compreende-se que o tenha feito), mas a explicação, no entanto, não é muito convincente.

Diz o STA que “o contrato de concessão em causa refere, logo no seu preâmbulo, que o mesmo é celebrado nos termos dos artigos 5º, nº 1, da Lei nº 58/90, e 4º, nº 1, da Lei nº 21/92, regendo-se pelas cláusulas

que nessa parte o contrato não seja afinal um verdadeiro contrato ou, numa outra perspectiva, que ele seja contrato entre as partes e norma administrativa para terceiros<sup>306</sup>.

Justifica-se assim a opção por parte de alguma doutrina em se referir antes, para evitar confusões, às “cláusulas contratuais de carácter regulamentar”<sup>307</sup>, como seria também adequado, em nossa opinião, falar em “cláusulas contratuais de efeitos regulamentares”.

Por outro lado, de entre as chamadas “cláusulas regulamentares” – ou seja, entre aquelas que definem o objecto do contrato e os termos da sua execução – encontramos duas subespécies:

- (i) As que esgotam os seus efeitos entre as partes;

---

*seguintes (que se seguem no texto). Deste modo, quer pelo preâmbulo do contrato de concessão quer pelo artigo 4º, nº 1, da Lei nº 21/92, é nas cláusulas do contrato que se fixam as normas, regras e prescrições que disciplinam a actividade da concessionária RTP na satisfação do serviço público de televisão a sua execução, estando por isso tais regras, tais normas, impregnados do espírito jurídico-administrativo que lhe dá corpo e vida, sendo elas da mesma natureza intrínseca e produzindo o mesmo efeito das normas legais que as geraram, movendo-se na «mesma audiência de direito público» (Acórdão de 31 de Março de 1987, recurso nº 24 086). São tais cláusulas, o mesmo é dizer que tais normas, que determinam o modo, tempo, quanto e o como, acima referidos, da actividade da concessionária, regulam as relações jurídicas emergentes e as obrigações respectivas umas e outras de natureza administrativa”. E logo depois, refere-se que o “que acaba de se expor sobre a natureza das cláusulas do contrato de concessão e da sua identificação com a designação de normas de direito administrativo...”, revelando portanto que era justamente isso que queria afirmar, ou seja, que tais cláusulas teriam natureza intrinsecamente normativa. Por outro lado, no respectivo sumário pode ler-se o seguinte: “sendo o contrato de concessão do serviço público de TV celebrado com base nos artigos 38º da Constituição da República Portuguesa, 5º da Lei nº 58/90 e 4º da Lei nº 21/92, as cláusulas deste contrato comungam da «ambiência de direito público» que dimana da disciplina jurídica que lhes deu origem e as disciplinam. Tais cláusulas por si e porque prescrevem as regras que presidem e condicionam a actividade de concessionários constituem normas inderrogáveis por impostas autoritariamente pelo Estado na progressão do interesse público a que se destinam, e constituem normas de direito administrativo para efeitos do artigo 86º, nº 1, da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos”.*

<sup>306</sup> Como em França acontece com as chamadas “convenções de direito público”, que não são considerados verdadeiros contratos sinalagmáticos, nas quais certas cláusulas podem ser materialmente regulamentos.

<sup>307</sup> Como Philippe Terneyre, *Réflexions nouvelles sur les «clauses à caractère réglementaire» des contrats administratifs à objet de service public*, RFDA, nº 5, 2011, p. 893.

- (ii) E as que, conformando a posição das partes, dispõem também sobre a esfera jurídica de *terceiros*, designadamente, estabelecendo os direitos e deveres dos utentes<sup>308/309</sup>.

Estas últimas, além de cláusulas regulamentares, têm a particularidade de serem dotadas de “eficácia regulamentar”<sup>310</sup>, no sentido de que contêm regras *praeter-contratuais*, como se fossem “regulamentos relacionais”, não contendendo por isso apenas com a posição relativa (com o estatuto contratual) das partes, mas conformando igualmente (e intencionalmente) o estatuto jurídico de terceiros<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> Segundo Philippe Terneyre, *Réflexions*, p. 895, devem distinguir-se as cláusulas que atribuem ou reconhecem um *direito aos terceiros* daquelas que lhes *impõem uma obrigação*. Na primeira categoria cabem as cláusulas que descrevem o serviço público e os benefícios que devem ser prestados aos utentes, as cláusulas que especificam as características técnicas da obra a construir e o seu destino, as cláusulas que especificam os horários do serviço público, a cláusula que prevê que o concessionário poderá subcontratar a exploração de certas instalações. Subsumem-se na segunda categoria, segundo Terneyre, as cláusulas sobre a duração do contrato de serviço público, as cláusulas que estabelecem a tarifa das taxas devidas pelos utentes, as que organizam a indexação dessas tarifas, as que regulam a sua variação anual e as que prescrevem o benefício de tarifas preferenciais para certos utentes, como ainda as cláusulas que discriminam os utentes quanto às suas obrigações com o serviço, e as cláusulas de exclusividade, tanto aquelas que atribuem um direito exclusivo ao cocontratante durante a duração do contrato e no território da coletividade pública, como aquelas que obrigam os utentes a utilizar o serviço público.

<sup>309</sup> Note-se que estas cláusulas regulamentares, que conformam a posição de terceiros (normalmente, utentes), podem configurar, simultaneamente, cláusulas contratuais ou financeiras, como as que fixam o valor das tarifas.

<sup>310</sup> Assim, Pedro Costa Gonçalves, *A concessão*, p. 202, que, a propósito também das cláusulas das concessões de serviço público cujos efeitos contendem com a posição jurídica de terceiros (em regra, dos utentes), recusa-lhes natureza regulamentar, preferindo falar em “cláusulas de eficácia regulamentar” (ver também, do mesmo autor, *O contrato administrativo*, 2003, p. 66 e 67).

L. Richer, *Droit*, p. 60 e ss., e em especial 213 e ss., reconhece às cláusulas ditas regulamentares natureza “formalmente contratual”, mas “materialmente normativa”, embora refira também que a “cláusula regulamentar apresenta apenas algumas semelhanças com o acto regulamentar”.

<sup>311</sup> Pedro Costa Gonçalves refere-se, a propósito das concessões de uso privativo de uma parcela do domínio público, aos “*contratos com eficácia regulamentar com eficácia lateral em relação a terceiros*”, afirmando que neste caso, ao contrário do que sucede paradigmaticamente nas concessões de serviço público, os terceiros “*não são beneficiários do contrato, mas podem ser de vários modos tocados pelos seus efeitos jurídicos*” (*O contrato*, p. 67).

É, afinal, a categoria a que, para *efeitos processuais*, se reporta o CPTA, no seu artigo 77º-A/3, alínea b), quando atribui legitimidade para a acção sobre a execução de contratos às “pessoas singulares e colectivas portadoras ou defensoras de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas”<sup>312</sup> — preceito, que, de resto, confirma que a natureza de tais cláusulas é contratual e não regulamentar ou normativa — e é também a categoria que, para *efeitos substantivos*, se refere o artigo 287º/4 do CCP, quando estabelece que a eficácia das “cláusulas contratuais de efeito normativo [...] depende de publicidade conferida segundo as formalidades aplicáveis aos regulamentos do contraente público”.

### 9.5.2. Cláusulas regulamentares e cláusulas contratuais

Os critérios doutrinários da distinção entre cláusulas regulamentares e cláusulas contratuais encontram-se relativamente estabilizados, mas existem casos duvidosos, que ou não se subsumem com facilidade numa dessas categorias ou não excluem a outra.

O primeiro critério de distinção foi proposto por Duguit, em 1928, segundo o qual as

---

Sendo de facto assim em geral, notamos apenas que, em nossa opinião, também nesses contratos de uso privativo do domínio público podem existir cláusulas com efeitos ou eficácia regulamentar, como as cláusulas sobre o acesso de terceiros (e sobre os termos desse acesso), fazendo deles “beneficiários” de tais cláusulas.

<sup>312</sup> Assim, Carlos Cadilha, “Legitimidade processual”, *CJA*, nº 34, p. 15, e Pedro Costa Gonçalves, *O contrato*, p. 157, embora, ambos, por referência ao artigo 40º/2, alínea b), do antigo CPTA.

Note-se que o relevo contencioso das “cláusulas com eficácia regulamentar” não se esgota no reconhecimento da legitimidade das pessoas interessadas para fazer valer o seu direito ao cumprimento dos direitos atribuídos ou reconhecidos por tais cláusulas, seja contra o contraente público, seja consta o cocontratante, mas também na sua legitimidade para “impugnar” os actos (unilaterais ou bilaterais) que modifiquem esses direitos.

Em França, veja-se o conhecido *arrêt M. Cayzele*, de 1996, anotado por Pierre Delvolvé na RFDA, 1997, p. 807, e por P. Terneyre na CJEG (*Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*), 1996, p. 89, que entretanto mudou o seu nome para RJEP (*Revue juridique de l'économie publique*).

cláusulas regulamentares seriam aquelas que se encontrariam sempre na organização ou no funcionamento do “serviço público”, ainda que ele fosse executado em *régie*, pela própria Administração Pública, enquanto as cláusulas contratuais seriam aquelas que não existiriam em tal hipótese e que, portanto, só têm razão de ser quando a prestação é encomendada ou confiada a outrem<sup>313</sup>. Por outras palavras, as cláusulas regulamentares existiriam mesmo se o serviço fosse prestado directamente pelo próprio contraente público, não, em tal caso, como cláusulas de um contrato (inexistente), mas como parte do “regulamento do serviço”. As cláusulas contratuais, pelo contrário, só existem quando há contrato, quando a Administração Pública opta por “contracting out”, e se tem, portanto, de estabelecer os termos e condições dessa “parceria”<sup>314/315</sup>.

Assim, seriam exemplos de cláusulas regulamentares as que disponham sobre as características (qualidade, modo, quantidade, etc.) das prestações que o cocontratante está obrigado a realizar, sobre os direitos ou deveres de terceiros, sobre os eventuais “poderes de polícia” existentes, sobre o horário de abertura do serviço, etc.

---

<sup>313</sup> *Apud* René Chapus, *Droit administratif général*, 2001, Paris, Montchrestien, 15ª edição, nº 661.

<sup>314</sup> Segundo uma lógica diferente, F. P. Bénéoit separava, no contrato administrativo, as cláusulas que encontram “leur source dans la volonté unilatérale de l’administration” e as cláusulas que encontram “leur source dans l’accord des volontés” das partes (*apud* Laubadère / Moderne / Delvolve, *Traité*, II, p. 434, em nota). Apesar de não admitir a existência de um poder de modificação unilateral do contrato administrativo e de, portanto, essa sua proposta ter em vista outra questão (o problema da dupla natureza ou da natureza mista da concessão), os autores citados consideram que o critério avançado por Bénéoit representa um “ponto de vista próximo” na abordagem à questão das cláusulas regulamentares e contratuais para efeitos da limitação do poder de modificação unilateral.

Não concordamos. Há muitas cláusulas do contrato que, por força da abertura do caderno de encargos (ou, mais ainda, quando este não exista e tenha havido uma mera negociação prévia), resultam do “acordo de vontades” das partes, mas que, incidindo sobre as características do serviço, da obra ou do bem, devem ser tidas como regulamentares.

<sup>315</sup> No entanto, como nota L. Richer, *Droit*, p. 214, a distinção não é estanque. A tarifa a pagar pelo serviço ou pela utilização da obra é uma cláusula contratual, mas já é regulamentar (e de eficácia normativa) perante os utentes.

Aliás, a tarifa, que é comumente considerada, numa concessão, uma cláusula contratual, pode perfeitamente existir também quando o serviço ou a obra sejam explorados em *régie*.

Diversamente, seriam exemplos de cláusulas contratuais as que fixam o prazo do contrato, as que fixam o preço ou a remuneração devida ao contratante (e a fórmula da sua revisão)<sup>316</sup> ou, em geral, as que respeitam exclusivamente às contrapartidas financeiras (aos “*éléments financiers de l’engagement*”)<sup>317</sup> e outras contrapartidas reconhecidas ao cocontratante, como a garantia de empréstimos (ou, *pourquoi pas?*, como questiona Chapus<sup>318</sup>, as que respeitam às vantagens financeiras estabelecidas a favor do contraente público)<sup>319</sup>, o exclusivo contratual<sup>320</sup>, as que fixem limites máximos das multas contratuais<sup>321</sup>, e ainda quaisquer outras respeitantes aos direitos e deveres recíprocos das partes, mas que “não interfiram como o modo de realização do interesse público”<sup>322</sup>.

Note-se, por outro lado, que, embora apareça tradicionalmente associada às concessões de serviço público, a distinção entre cláusulas regulamentares e contratuais é útil para a generalidade dos contratos administrativos<sup>323</sup>. Em todos eles

---

<sup>316</sup> Laubadère/Moderne/Delvolle, *Traité*, II, p. 252 e seguintes.

<sup>317</sup> Para utilizar a expressão de H. Hoepffner, *La modification*, p. 182.

<sup>318</sup> R. Chapus, *Droit*, n° 661.

<sup>319</sup> Como, por exemplo, caracteristicamente, numa concessão de uso privativo do domínio público. Pressupomos que tais vantagens financeiras vêm directamente do cocontratante, pois doutra forma, a virem dos utentes, seriam já regulamentares.

<sup>320</sup> Assim, Richer, *Droit*, p. 178, 179 e 391, e Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, p. 435, que consideram que a natureza do “*privilège d’exclusivité*” ficou definitivamente resolvida nos finais do século XIX, na sequência das decisões do *Conseil d’Etat* tiradas no famoso caso da “*querelle du gaz et de l’électricité*”.

Sobre o exclusivo nas concessões, ver Lino Torgal / João de Geraldês, “Concessões de actividades públicas e direito exclusivo”, *ROA*, 2012, ano 72º, n° 4, pp. 1095 e ss.

<sup>321</sup> Laubadère/Moderne/Delvolle, *Traité*, I, p. 107.

No mesmo sentido, R. Chapus, *Droit administratif général*, 2001, n° 661, Richer, *Droit*, p. 177 e seguintes e 391 e seguintes.

<sup>322</sup> Mário Esteves de Oliveira, *Direito*, p. 701 e 702, o autor que introduziu entre nós esta distinção, é claro neste ponto, ou seja, só são cláusulas contratuais as que não interfiram com o modo de realização do interesse público.

<sup>323</sup> Como reconhece H. Hoepffner, *La modification*, p. 187 e seguintes, embora por referência aos “elementos financeiros do acordo” (mas que corresponde genericamente ao conteúdo das cláusulas contratuais, ou às mais importantes delas) e também acabam por aceitar Laubadère/Moderne/Delvolle, *Traité*, II, p. 434 e 435.



existem cláusulas postas em consideração da necessidade de interesse público que levou a Administração a contratar e outras que estabelecem os direitos que, por causa disso, cabem ao operador contratado.

### **9.5.3. A inalterabilidade das cláusulas contratuais**

**9.5.3.1.** Tomando em consideração a diferença funcional subjacente às duas espécies de cláusulas, a doutrina costuma retirar uma importante consequência jurídica em sede de modificação unilateral do contrato (e que de alguma forma já se foi antecipando nas páginas antecedentes). Assim, enquanto as cláusulas ditas regulamentares seriam modificáveis por decisão unilateral do contraente público, as cláusulas contratuais, pelo contrário, seriam intangíveis e inalteráveis, apenas se admitindo a sua modificação por mútuo acordo<sup>324</sup>. Ali, na parte em que no contrato se estabelecem as regras da satisfação do interesse público, o poder de modificação unilateral encontraria o seu espaço legal de actuação. Na parte em que no contrato se estabelecem as condições de participação do particular, o poder de modificação unilateral encontraria um espaço jurídico de inibição.

Por outras palavras, é como se houvesse um segmento intrinsecamente contratual, imune às considerações e exigências do serviço público, constituído pelas cláusulas contratuais, por oposição àquelas que estão aí postas em função do interesse público, as cláusulas regulamentares ou de serviço. Estas, embora inseridas num contrato celebrado por mútuo acordo, justamente porque estão associadas ao interesse público, poderiam ser unilateralmente modificadas, só devendo portanto subsistir,

---

<sup>324</sup> Assim, por exemplo, Freitas do Amaral, *Manual*, p. 515. Como assinala a doutrina francesa, as modificações unilaterais ao contrato não podem incidir sobre as cláusulas financeiras, devendo antes circunscrever-se àquelas “que interessam ao funcionamento do serviço público e colocam em jogo as suas necessidades” (Laubadere/Moderne/Delvolvé, *Traitè*, II, p. 406). No mesmo sentido, Chapus, *Droit*, nº 662.

tal qual foram estabelecidas no contrato, na medida em que esse interesse (avaliado pelo seu responsável) não imponha solução diversa.

Não se pretende com isto dizer que tais cláusulas sejam livremente modificáveis — pois, além de não haver uma liberdade dessas nos contratos administrativos, devendo as modificações ser sempre justificadas por referência ao interesse público, há limites, seja por força da intangibilidade do objecto, seja por força das limitações resultantes da contratação pública, seja ainda porque pode o cocontratante não ter capacidade para executar o contrato nas novas condições<sup>325</sup> —, mas que, por se encontrarem ligadas ao modo de execução da prestação contratada, é aí que o poder de modificação unilateral encontra a sua razão de ser. Já as cláusulas contratuais, constituindo o fundamento da aceitação do particular ao contrato, deviam considerar-se inderrogáveis e intangíveis, insusceptíveis de modificação (em sentido menos favorável ao cocontratante) por vontade única do contraente público, subsistindo e aplicando-se ao longo de todo o contrato enquanto as partes não as revogarem ou modificarem consensualmente.

**9.5.3.2.** Na doutrina portuguesa<sup>326</sup>, os primeiros autores que se pronunciaram sobre a

---

<sup>325</sup> Além, claro, de, modificando o contrato, o contraente público fique constituído no dever de repor o equilíbrio económico-financeiro do negócio [artigo 314º/1, alínea a), do CCP].

<sup>326</sup> A nossa jurisprudência acolheu desde cedo, muito influenciada pela doutrina francesa, a distinção entre cláusulas regulamentares (cláusulas modificáveis) e cláusulas contratuais (cláusulas inderrogáveis). Assim, no Acórdão do STA de 7.11.1941, em que se questionava a legitimidade da actuação de uma câmara municipal que alterou o regulamento de uma piscina municipal concessionada, o tribunal considerou irrelevantes (ou como não escritas) as disposições do novo regulamento que alteravam as tabelas de preços e as cláusulas relativas aos salários do pessoal e alargavam o número de pessoas autorizadas a entrar sem pagar, por considerar que “a concessão se caracterizava pela susceptibilidade de modificação das condições relativas ao funcionamento do serviço, e inalterabilidade das condições que constituem a situação particular criada ao concessionário”.

Por sua vez, no acórdão do STA de 2.07.1946, em que estava em causa um contrato de fornecimento de carvão, cujo preço poderia ser alterado se variassem as tarifas do caminho-de-

matéria negavam o relevo da distinção para efeitos de limitação do poder de modificação unilateral, afirmando que “todas as cláusulas do contrato, embora focando aspectos diversos, formam um conjunto, um todo, que corresponde ao regime escolhido pelas partes para a disciplina das relações entre elas estabelecidas para a prossecução do interesse público. Tudo o que foi estabelecido no contrato administrativo foi-o com um fim de interesse público. E por isso o fundamento do poder de modificação vale quanto a tudo o que foi estipulado”<sup>327</sup>.

Mais tarde, e depois do silêncio de Marcelo Caetano sobre o assunto, apareceram vozes autorizadas favoráveis à intangibilidade das cláusulas contratuais<sup>328</sup>, afirmando Mário Esteves de Oliveira que a eventual modificação dessas cláusulas “não constitui a Administração no dever de repor o equilíbrio financeiro do contrato; constitui-a, sim, em responsabilidade contratual nos termos gerais de direito administrativo”<sup>329</sup>.

### 9.5.3.3. Devemos, então, admitir a existência de tal limite? Haverá, ao lado das

---

ferro, depois de se ter considerado, por um lado, que “tanto as prestações que a Administração se obriga a fazer aos concessionários como as que estes têm de fazer à Administração são de natureza puramente contratual, entrando por isso na parte contratual e não regulamentar do contrato” e, por outro lado, “que, conforme ensinam os tratadistas, as disposições de natureza contratual só podem ser modificadas por um novo acordo entre o particular e a Administração”, decidiu-se, perante a intervenção unilateral desta última, que “a modificação do preço do carvão, embora prevista no contrato, só podia resultar de um novo acordo de vontades e produzir efeitos a partir da data desse acordo, pois só então ficaria constituído voluntariamente o novo vínculo obrigacional”.

Os dois acórdãos são citados por Augusto de Atayde, *Para a teoria do contrato administrativo*, p. 88.

<sup>327</sup> Augusto de Ataíde, *Para a Teoria do Contrato Administrativo*, p. 89/90 e ss. No mesmo sentido, Melo Machado, *A concessão*, p. 107 e seguintes.

<sup>328</sup> Como Mário Esteves de Oliveira, *Direito*, p. 701 e seguintes, Freitas do Amaral, *Curso*, p. 515, e, parece-nos, Mário Aroso de Almeida, *Teoria Geral*, p. 315, quando, a propósito dos limites do poder de modificação unilateral, se refere à “intangibilidade do objecto do contrato e das cláusulas atinentes aos direitos e deveres recíprocos das partes”.

<sup>329</sup> Ob. e loc. cit. na nota anterior. No mesmo sentido, P. Terneyre, *La responsabilité*, p. 89, e H. Hoepffner, *La modification*, p. 190.

prestações principais ou, talvez mais correctamente, ao lado do objecto do contrato, um outro reduto contratual inalcançável pelo poder público de modificação unilateral?

Em primeiro lugar, há, nesta matéria, dois argumentos, um contra a existência de tal limite, outro a favor dele, que não nos parecem decisivos.

Assim, há autores que retiram do facto de a modificação do contrato implicar a reposição do equilíbrio financeiro a admissibilidade, “par ricochet”, da própria modificação das cláusulas contratuais ou financeiras<sup>330</sup>. Ou seja, como a modificação implica a reposição económico-financeira do contrato isso significaria que também devia admitir-se que, no próprio momento da modificação, o contraente público definisse unilateralmente qual a modificação que se imporia fazer nas cláusulas financeiras para repor o tal equilíbrio. O argumento não é procedente: se é verdade que há esse “ricochete”, também é verdade que tais consequências financeiras não podem em caso algum ser unilateralmente decretadas pelo contraente público. O poder de que este é titular esgota-se na introdução da modificação, sendo já matéria de paridade contratual (e não de autoridade) os termos da reposição do equilíbrio financeiro, que ou são definidos pelas partes ou são decididos por um tribunal. O contraente público pode proceder autoritariamente à modificação do contrato, mas não pode, por acto administrativo, declarar ou decretar o modo da reposição financeira do contrato.

Por outro lado, há autores que, para fundamentar a existência do limite das cláusulas ditas contratuais, apelam a um “argumento por absurdo”<sup>331</sup> ou a uma “consideração

---

<sup>330</sup> Como de alguma forma parecer ser o raciocínio exposto em H. Hoepffner, *La modification*, p. 191, por referência a um acórdão do Conseil d'État. Afirma a autora que “a modificação unilateral das cláusulas financeiras se faria por ricochete, quando a modificação tivesse por objecto, a título principal, a alteração das obrigações a cargo do cocontratante”.

<sup>331</sup> Laubadere/Moderne/Delvolvé, *Traitè*, II, p. 220, em nota.

de bom senso”<sup>332</sup>, afirmando que o contraente público não terá interesse em modificar as cláusulas financeiras do contrato porque isso há-de constituí-lo na obrigação de repor o equilíbrio do contrato em termos equivalentes ao prejuízo sofrido pelo cocontratante; se, por exemplo, reduzir a remuneração devida ao cocontratante, o contraente público fica imediatamente constituído na obrigação de compensar o prejuízo causado através da atribuição de uma indemnização de montante equivalente. Sendo assim, pergunta-se, qual poderá ser o seu interesse nisso? Por que motivo se reduziria em  $x$  uma certa cláusula de preço se isso implica repor esse  $x$ ?

O argumento também não impressiona. É uma consideração prática relevante, mas não é uma justificação jurídica suficiente para afirmar uma proibição, pois o argumento mostraria apenas a suposta indiferença económica da modificação, ou a neutralização dos seus efeitos por via da reposição, mas não consegue explicar por que é que, por causa disso, o contraente público está *juridicamente* impedido de o fazer.

Por outro lado, a hipótese não se resolve apenas com “considerações de bom senso”: além de não ser possível afirmar-se que não possa haver um interesse público na modificação da uma cláusula financeira, independentemente das suas consequências (obrigatoriedade de reposição), e além de a reposição do equilíbrio financeiro em decorrência da modificação de certas cláusulas contratuais não ser fácil de determinar (vg, eliminação da garantia do exclusivo territorial de uma concessão), a verdade é que a reposição do equilíbrio financeiro do contrato pode fazer-se por outros mecanismos diferentes da atribuição de uma prestação pecuniária, como, por exemplo, a prorrogação do prazo do contrato — caso em que, por isso, as medidas (de modificação e reposição) podem não ser financeiramente equivalentes (ou sequer iguais para os interesses do contraente público e do cocontratante), como não são

---

<sup>332</sup> H. Hoepffner, *La modification*, p. 186, embora não seja essa a sua opinião.

indiferentes para os interesses da concorrência, para os quais é relevante a data do termo do contrato.

Em segundo lugar, é preciso cotejar esta questão com o próprio fundamento do poder de modificação unilateral, pois se, por definição ou natureza, não pudesse existir interesse público justificativo da modificação das cláusulas ditas contratuais, o problema deveria resolver-se por aí (pela falta de fundamento). Com efeito, se o poder de modificação unilateral se justifica para garantir a adaptabilidade do contrato às exigências do interesse público, dir-se-ia que o contraente público não pode servir-se dele para outros efeitos, alterando cláusulas que só existem porque há contrato<sup>333</sup>. No entanto, apesar de se admitir que várias hipóteses de modificação dessa espécie de cláusulas possam, de facto, resolver-se pela falta de fundamento legítimo para o efeito, não pode rejeitar-se liminarmente que, em alguns casos, haja interesse público nisso. Pode existir um interesse público sério na modificação do contrato na parte relativa ao exclusivo, restringindo-o em termos que não interfiram com a manutenção do objecto do contrato, como, nos contratos de receitas partilhadas entre os utentes e o contraente público, na majoração das tarifas pagas pelos utentes, diminuindo-se assim a contribuição do erário público<sup>334</sup>, etc.

Sendo assim, coloca-se de novo a questão: é ou não de admitir a modificação das cláusulas contratuais?

**9.5.3.4.** Em nossa opinião, as razões em que se funda a distinção entre as cláusulas contratuais (imodificáveis) e as cláusulas regulamentares (modificáveis) são ponderosas e não vemos como é que pudesse existir um verdadeiro contrato se não houvesse nele espaços imunes às intervenções unilaterais do contraente público.

---

<sup>333</sup> H. Hoepfner, *La modification*, p. 190.

<sup>334</sup> O segundo exemplo é de H. Hoepfner, *La modification*, p. 190.

Se o contrato administrativo é verdadeiramente um contrato, é dizer, se a existência de um regime administrativo em matéria de realização do interesse público não contraria a base pactícia dos contratos — já que a vontade do cocontratante foi indispensável à celebração do contrato e envolve a sua aceitação de um dever de colaboração em certos termos —, não pode também, em coerência, deixar de se reconhecer que aquilo que confere de forma mais essencial natureza pactícia ao contrato não pode ser modificado senão através da vontade de ambos os contraentes, por (novo) mútuo acordo.

Se não fosse assim, se tudo fosse abstractamente modificável por decisão unilateral do contraente público, mantendo-se apenas a intangibilidade das prestações principais, o contrato administrativo seria, do ponto de vista teórico, mais uma “equação financeira” para respeitar do que um acordo de vontades para cumprir.

Por outro lado, não se pretende, com a distinção entre cláusulas financeiras e cláusulas regulamentares, afirmar a intangibilidade daquilo que contribua para a representação da equação financeira que o cocontratante faça sobre o contrato, pois, para esse efeito, todo o programa contratual releva, é dizer, tanto as cláusulas que respeitam ao modo de realização do interesse público, como as que estabelecem os termos da parceria. O que está em causa são apenas estas últimas, as que definem “direitos e deveres recíprocos das partes”<sup>335</sup>.

**9.5.3.5.** O problema, em nossa opinião, deve ser resolvido por etapas.

Em primeiro lugar, deve olhar-se ao que estabelece o contrato ou a lei que o regula, para ver se existirá aí resposta para o problema.

---

<sup>335</sup> Para utilizar a expressão de Freitas do Amaral, *Curso*, p. 515, e de Aroso de Almeida, *Teoria Geral*, p. 315.

Em segundo lugar, deve tomar-se em consideração que estão aqui em causa limites ao poder de modificação unilateral, podendo as partes, por acordo, haja interesse público nisso, introduzir no contrato alterações a quaisquer cláusulas, incluindo as financeiras ou de preço.

Em terceiro lugar, devem separar-se ou isolar-se aquelas cláusulas em que não se vislumbra, teoricamente, interesse público legítimo, *do ponto de vista da execução do contrato e das suas finalidades*, para a sua modificação: acontecerá isso, por um lado, com a generalidade das cláusulas de natureza procedimental (por exemplo, relativamente a decisões do contraente público)<sup>336</sup>.

Em quarto lugar, devem também ficar excluídas do âmbito do poder de modificação as cláusulas ligadas aos poderes de sanção do contraente público, quaisquer que sejam (multas, resolução, etc.), ou que estabeleçam limites aos outros poderes que lhe sejam reconhecidos (como, por exemplo, as regras contratuais sobre a resolução por motivos de interesse público)<sup>337</sup>, por estarem aí em causa, em certo sentido, posições jurídicas fundamentais de defesa do cocontratante.

Em quinto lugar, e chegando ao domínio das cláusulas contratuais de natureza financeira, só devem considerar-se afastadas do poder de modificação, como explicava Mário Esteves de Oliveira, aquelas que não se repercutem na prestação ou na exploração do serviço, obra ou bem público<sup>338</sup> — proposição que, reconhece-se, seria capaz de abranger alguns casos que ficaram atrás assinalados.

Assim, as cláusulas financeiras dos contratos de concessão devem, em geral, ser consideradas modificáveis. É verdade que a doutrina já acentuava que algumas dessas cláusulas não era estanque, existindo algumas com natureza variável: por

---

<sup>336</sup> Mário Esteves de Oliveira, *Direito*, p. 702, e Freitas do Amaral, *Curso*, p. 515.

<sup>337</sup> Mário Esteves de Oliveira, *Direito*, p. 702.

<sup>338</sup> Mário Esteves de Oliveira, *Direito*, pp. 701 e 702.



exemplo, a cláusula de remuneração nos contratos de concessão seria uma cláusula regulamentar quando estejam em causa as taxas, tarifas ou preços a pagar directamente pelos utentes do respectivo serviço ou obra (admitindo-se assim a sua modificação, pondo, por exemplo, parte ou mesmo a totalidade desse valor directamente a cargo do contraente público), mas já seria uma cláusula contratual quando a remuneração provenha directamente do contraente público<sup>339</sup>. Por nós, porém, e dependendo sempre do interesse público que seja invocado para o efeito, não deve proibir-se sem mais que, nestas últimas hipóteses, não possa ser essa cláusula ser modificada, pondo parte de tal remuneração a correr por conta dos utentes e, se daí resultar menos receitas, repondo o equilíbrio do contrato.

O bastião irredutível do consenso está, sim, mais do que nas cláusulas de remuneração, na “cláusula do preço”, em torno da qual se construiu o “princípio da irrevogabilidade do preço”.<sup>340</sup> O preço de um contrato, o preço fixado no contrato para as prestações contratadas, é pura e simplesmente imodificável, como também o serão as cláusulas de revisão do preço (ou outras cláusulas respeitantes a

---

<sup>339</sup> Mário Esteves de Oliveira, *Direito*, p. 702 (se o cocontratante “se remunera através das taxas cobradas aos utentes, então a cláusula económica é regulamentar porque respeita ao modo de execução ou prestação do serviço”, ao contrário do que sucede se “a contrapartida económica se efectivar através do pagamento directo de certas quantias pela Administração”, porque, então, nesse caso, a cláusula é contratual”).

No mesmo sentido pode ver-se, por exemplo, Richer, *Droit*, p. 234, sustentando que “quando o contrato é daqueles cuja remuneração é efectuada pela própria colectividade pública, é difícil conceber uma modificação de preço acompanhada de uma indemnização pelo prejuízo assim causado. Em contrapartida, quando a remuneração não provém da colectividade pública, uma modificação tarifária seguida de uma indemnização pelo prejuízo causado não é inconcebível e, desde que o prejuízo causado seja reparado, não há razão alguma para excluir o poder de modificação unilateral”.

<sup>340</sup> O princípio da irrevogabilidade do preço foi inicialmente formulado para os contratos de compras públicas (empreitadas e aquisição de bens e serviços) e depois estendido (sob a designação de princípio da irrevogabilidade da remuneração) para todos os contratos que comportem uma remuneração atribuída directamente pelo contraente público (assim, H. Hoepffner, *La modification*, p. 187), sendo reconhecido pela generalidade da doutrina francesa (ver, por exemplo, além da autoria citada, Laubadere / Moderne / Delvolvé, *Traité*, II, p. 219, e P. Terneyre, *La responsabilité*, p. 89).

contrapartidas económicas, como subvenções financeiras a favor do cocontratante). O contraente público não pode, por decisão sua, modificar o preço devido ao contratante, reduzindo-o, ou a fórmula de cálculo da sua revisão, como também não pode eliminar uma subvenção financeira que estivesse prevista ser atribuída ao cocontratante. Estas cláusulas são intangíveis.

Pode acontecer, é verdade, que, por alguma razão, o preço acordado no contrato se revele manifestamente excessivo ou que a atribuição da subvenção se mostre inviável ou muitíssimo injusta ou favorável ao cocontratante. Nestes casos, a solução deve ser procurada nos quadros gerais do direito, como o erro na formação da vontade ou a alteração das circunstâncias, mas sempre, portanto, através dos tribunais (ou por acordo das partes) e não por decisão do contraente público.

Da mesma forma, e por identidade de razão, o contraente público não pode modificar o preço que o cocontratante lhe deva pagar pelo contrato, a sua fórmula de cálculo ou revisão.

A questão só suscita algumas dúvidas relativamente às cláusulas ditas contratuais que, embora interessem sensivelmente à projecção ou representação económico-financeira que o cocontratante faz da rentabilidade do contrato, não têm porém uma expressão ou conteúdo directamente financeiro. É o caso do prazo da concessão ou do exclusivo da concessão. O problema, julgamos, não deve resolver-se em abstracto. Em teoria, essas cláusulas podem ser *excepcionalmente* objecto de modificação, embora tudo dependa, a final, das razões de interesse público que sejam invocáveis para o efeito.

## 9.6. A “eficácia póstuma” dos vínculos da contratação pública

### 9.6.1. Considerações gerais: os problemas das diferentes categorias de contratos

9.6.1.1. É hoje seguro que o facto de um contrato administrativo — tanto quanto um contrato público — ter sido precedido por um procedimento de contratação pública impõe limites à sua modificação.

Referimo-nos às duas categorias de contratos, e não apenas a uma delas, porque os limites resultantes da contratação pública não são sempre iguais, não se aplicam indistintamente aos contratos da Administração Pública (aliás, não se aplicam sequer apenas aos contratos da Administração Pública), havendo várias distinções a fazer consoante se trate de contratos administrativos ou não e consoante se trate de contratos públicos ou concessões (na acepção comunitária dos dois conceitos) ou não.

Os termos da diferenciação são os seguintes:

- (i) A modificação dos contratos administrativos que não sejam contratos públicos ou concessões (na acepção comunitária dos dois conceitos) encontra os seus potenciais limites apenas no artigo 313º do CCP, não lhes sendo porém aplicável o regime das directivas de 2014 (salvo se a lei da sua transposição vier a tratar o tema indiferenciadamente).
- (ii) A modificação dos contratos administrativos que sejam também contratos públicos ou concessões (na acepção comunitária dos dois conceitos) encontra os seus limites no artigo 313º do CCP e também no regime das directivas de 2014 quando excedam os limiares de cada uma delas.
- (iii) A modificação dos contratos que não devam ser qualificados como administrativos mas sejam contratos públicos (na acepção comunitária dos dois conceitos) encontra os seus limites no regime das directivas de 2014 quando excedam os limiares de cada uma delas e também, *apesar*

*do que resulta da sua localização sistemática (que só valeria para os contratos administrativos), no regime do 313º do CCP.*

Há portanto, para este efeito, três (ou duas, se se aceitar esta última proposição) categorias relevantes, podendo ainda dizer-se que acresce uma outra, a dos chamados “contratos com interesse transfronteiriço certo”, que, não sendo contratos públicos ou concessões (na acepção comunitária) formalmente sujeitos ao regime das directivas de 2014, ficarão – tomando em consideração aquela que tem sido a jurisprudência do TJUE nesta matéria –, subordinados a um regime próximo daquele que se encontra nas directivas.

**9.6.1.2.** Como já se teve oportunidade de dizer, a segmentação dos contratos da Administração Pública (entre contratos administrativos, contratos públicos e contratos privados), em “círculos secantes”, tem trazido algumas dificuldades no momento em que o legislador pretende fazer corresponder um certo regime jurídico a uma certa categoria desses contratos. O artigo 313º do CCP é um bom exemplo disso: posto exclusivamente para os contratos administrativos – conclusão que resulta da sua colocação sistemática no CCP –, a verdade é que, mesmo desconsiderando os *inputs* que entretanto surgiram do direito da União Europeia, não se antecipa a razão por que os limites aí postos em função do *scope of the competition*, a saber, a parte final do número 1 (“a modificação não pode [...] configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato”) e o número 2 (de sua concretização), não devam servir, por estrita identidade de razão, para os contratos públicos.

Aliás, bem vistas as coisas, essas duas disposições não são, em rigor, sequer características do regime dos contratos administrativos, que não estão, *por lei geral*

*expressa*, sujeitos a procedimentos prévios de contratação concorrencial, mas, sim, dos contratos públicos, o que significa que deveriam aplicar-se mais a estes do que àqueles, ou, numa outra alternativa, deviam aplicar-se a quaisquer contratos (públicos, administrativos, privados) que tivessem sido precedidos de um procedimento concorrencial.

**9.6.1.3.** O problema, hoje, de resto, é mais complicado ainda. Com efeito, e salvo se o legislador da transposição das directivas for cauteloso na matéria, o que se passa actualmente, atendendo à circunstância de os critérios de um (CCP) e outro (direito comunitário) serem diferentes, é que há contratos que estarão sujeitos a ambos os regimes e, logo, a duplos limites ou a limites sobrepostos.

Julgamos que a melhor forma de resolver esse caso de sobreposição jurídica de limites à modificação dos contratos passará por entender que o legislador não teria querido a solução que consagrou no artigo 313º do CCP se entretanto o direito da União Europeia fornecesse outros critérios para a legitimidade das modificações contratuais, ou seja, que ele apenas desenhou a referida norma (embora, mal, apenas para os contratos administrativos e não para os contratos públicos) no pressuposto de que, na falta de regulação comunitária adequada, havia que dar resposta ao problema da “eficácia póstuma” da contratação pública.

Como entretanto o direito comunitário passou a ter uma solução para o problema, e na medida em que a tenha (é dizer, na medida em que o contrato em causa seja comunitariamente relevante), a solução do CCP cede a passo à comunitária, quer porque, *ali onde as regras do CCP sejam favoráveis à modificação em causa e as regras do direito da União Europeia se lhe oponham*, prevalecem, nos termos gerais de direito, estas últimas (e a modificação será ilegítima), quer porque, *ali onde as regras do direito da União Europeia sejam favoráveis à modificação em causa e as regras do CCP se lhe*

*oponham*, deve entender-se, em nossa opinião, que o nosso legislador não quis ser mais restritivo do que o que se considera adequado e suficiente, a nível comunitário, para dar tutela aos interesses da transparência e da igualdade de tratamento (e então a modificação será legítima).

Não vemos, com efeito, que, do ponto de vista do sistema jurídico português, se justifique nos contratos administrativos que sejam também contratos públicos (incluindo as concessões de obras e serviços) maiores limites à modificação do que nos “meros” contratos públicos. Pelo contrário, até: o segmento administrativo (sobreposto a um contrato público) justificaria que fosse maior a flexibilidade ou ductilidade do instrumento contratual, não o inverso. No entanto, como a natureza administrativa (ou privada) dos contratos é um factor tendencialmente irrelevante para o direito da União Europeia e, em consequência disso, não pode defender-se por princípio uma mais extensa modificabilidade nuns do que noutros contratos, a melhor solução, como se disse, passa pela desaplicação do artigo 313º do CCP (do número 1, parte final, e do número 2) aos contratos administrativos sujeitos às regras da contratação pública comunitária<sup>341</sup>.

**9.6.1.4.** No entanto, uma resposta definitiva sobre este problema depende de saber qual venha a ser o conteúdo e soluções da lei de transposição das directivas.

No estudo desta matéria dos limites à modificação dos contratos administrativos resultantes do regime da contratação pública, vamos começar por enunciar os termos do problema para depois analisar o regime do artigo 313º do CPC e subsequentemente o regime das directivas de 2014.

---

<sup>341</sup> Aliás, de *iure condendo*, o legislador deve equacionar com maior ponderação quais devem ser verdadeiramente os limites à modificação dos contratos administrativos, por nos parecer, como se verá adiante, que o regime da União Europeia se afigura mais equilibrado do que aquele que consta dos números 1 e 2 do artigo 313º.

## 9.6.2. Os termos do problema: a lógica da função e a lógica da concorrência

9.6.2.1. A circunstância de o contraente público dispor de um poder de modificação unilateral do conteúdo do contrato (e de as partes, de igual forma, gozarem da faculdade de, por acordo, introduzir modificações ao pacto inicial) não significa que esse poder seja livre e incondicionado perante eventuais interesses de terceiros. Por outras palavras, a questão da permissão jurídica de modificar o contrato administrativo por acto unilateral não se resolve apenas em função da intangibilidade das tais prestações principais do contrato, como, de resto, não bastará para legitimar essa alteração o consentimento recíproco quando essa alteração é produto do acordo dos contratantes.

Com efeito, há casos em que as obrigações estipuladas num contrato não foram livremente negociadas e acordadas pelas partes contratantes, tendo antes resultado dos termos do caderno de encargos e da proposta vencedora apresentada num procedimento que precedeu a sua adjudicação.

Nessas hipóteses, é necessário saber se e em que condições é legalmente permitido, na fase de execução do contrato, proceder à modificação daquelas obrigações ou direitos contratuais, apurando se as vinculações e compromissos assumidos com o lançamento do procedimento (e com a adjudicação do contrato) se projectam para além dele e em que termos.

De um ponto de vista puramente teórico, poderia afirmar-se que, em situações normais, o *vínculo procedimental*, digamos assim, aquele que resulta dos termos do concurso e da proposta apresentada pelo adjudicatário, se extingue com o nascimento do *vínculo contratual*, e que a partir daqui ou é o contraente público, no exercício do seu poder de modificação unilateral, ou são as partes, no seu recíproco jogo de interesses, que determinam o desenvolvimento da nova relação jurídica

surgida na sequência do procedimento.

Seria isso, em tese, o que estaria em linha com a génese histórica e com o sentido actual do poder de modificação, que se destina a evitar uma “cristalização” ou congelamento” dos termos e condições das prestações contratadas quando elas, sobretudo por razões supervenientes, se revelam contrárias ou inadequadas ao interesse público. Aliás, como se sabe, esse dever de actualização das prestações contratuais às novas exigências do interesse público, que é por definição mutável, inconstante e variável, é uma das marcas fundamentais do contrato administrativo<sup>342</sup>.

**9.6.2.2.** No entanto, e apesar de ser assim em geral, a verdade é que há limites a esse poder de modificação (ou à modificação por acordo) impostos por considerações ligadas, não ao próprio contrato em si, mas ao procedimento de que ele é produto.

E, diga-se, compreensivelmente, sobretudo se se atender à confiança que os concorrentes preteridos, e até mesmo outros operadores económicos, depositaram no procedimento de contratação pública, de um lado, e à própria *ratio* e função do concurso (ou do procedimento concorrencial, ajuste directo, incluído), por outro.

Na verdade, quando resolvem apresentar-se a um procedimento desses, os *concorrentes* elaboram as suas propostas e oferecem as suas condições por referência ao “programa contratual” constante do caderno de encargos (e em função do modelo de avaliação adoptado). Além disso, a decisão de adjudicação é feita com base na valia relativa dessas propostas apresentadas em função dos termos do caderno de

---

<sup>342</sup> Em Casalta Nabais, *Contratos fiscais. Reflexões acerca da sua admissibilidade*, *Studia Iuridica*, nº 5, p. 44 e ss., podem encontrar-se os vários argumentos a favor da negação do contrato administrativo, um dos quais era justamente o facto de a rigidez e a imutabilidade dos “contratos”, o seu inafastável dogma do *pacta sunt servanda*, serem incompatíveis com a necessidade e a obrigatoriedade que a Administração tem de adaptar a sua actividade (qualquer que seja a sua forma) às exigências do interesse público.



encargos e da aplicação dos vários factores de adjudicação. Ora, soubessem esses operadores (preteridos a favor de outro) que o contrato não era para ser executado nos termos em que foi “concurado” (e celebrado), mas nos termos resultantes da modificação efectuada, e poderiam ter oferecido proposta diferente daquela que apresentaram, com potenciais ou hipotéticas consequências ao nível da grelha adjudicatória. Ou poderia mesmo, neste cenário do contrato modificado, ter sido a sua proposta a vencedora<sup>343</sup>.

Da mesma forma, quando os *operadores económicos* ponderam sobre a sua participação ou não num dado concurso, esse seu juízo faz-se (ou faz-se também) em função dos termos e condições do caderno de encargos. Ora, relativamente àqueles que decidiram não participar por razões ligadas à falta de interesse no projecto de contrato publicitado, também pode acontecer que, afinal, a sua vontade fosse outra soubessem eles que afinal o contrato não era para ser executado nos termos em que foi “concurado” (e celebrado), mas nos termos resultantes da modificação efectuada.

Por outro lado, os limites à modificação dos contratos sujeitos a um procedimento prévio de natureza concorrencial servem igualmente de *garantia da transparência*, evitando fraudes à “lei da contratação pública”. Na verdade, enquanto mecanismo pré-ordenado à selecção da melhor proposta e à fixação dos termos do respectivo contrato, o procedimento (os termos que serviram de base ao seu lançamento) constitui um parâmetro normativo de referência directa na determinação das

---

<sup>343</sup> No mesmo sentido, Gabriella M. Racca / Roberto Cavallo Perin / Gian Luigi Albano, depois de afirmarem que “*unsuccessful bidders should walk away from the competition knowing that not only did the winning bidder submit a better offer, but the winning bidder will execute the contract better. When this is not true, the competition principle is undermined because the awardee’s lower-than-promised performance makes it as if the selecting agency failed to choose the best tender*”, concluem que “*changes or deviations during contract performance violate the competition principle and infringe on the rights of the losing bidders*” (“Competition in the execution phase of public procurement”, *PCLJ*, volume 41, nº 1, 2011, p. 90).

cláusulas a introduzir no acordo<sup>344</sup>. E se o contrato adjudicado é, por via de regra<sup>345</sup>, para ser celebrado nos termos que resultam das peças do procedimento e da proposta vencedora, por decorrência directa do compromisso assumido com o lançamento do concurso, é porque esse compromisso há-de relevar também, em alguma medida, e mesmo se agora apenas indirectamente, sobre a “fase” de execução do contrato.

Aliás, não se justificaria pôr tanto cuidado naquela primeira proposição – de o conteúdo do contrato dever (por via de regra) resultar da “fusão” entre as cláusulas do caderno de encargos e a proposta do concorrente adjudicatário<sup>346</sup>, associado à intangibilidade das peças do procedimento e das propostas – se os contraentes pudessem depois, sem qualquer ponderação dos vínculos decorrentes desse prévio chamamento da concorrência, acordar na execução de um contrato em termos e condições distintos (ou, o que é o mesmo, se o contraente público o pudesse modificar unilateralmente, sem necessidade de observância de requisitos oriundos da contratação pública).

Em suma, deve reconhecer-se a existência de limites concorrenciais à recomposição das prestações contratuais, havendo nesta matéria uma espécie de eficácia póstuma ou ulterior (“*Nachwirkung*”) do procedimento de contratação pública sobre os termos

---

<sup>344</sup> É por isso que, antes de se falar num Código dos Contratos Públicos e de se dar às directivas da contratação pública a importância e atenção que elas vieram a assumir na última década, a doutrina já assinalava a ilegalidade-regra das negociações anteriores ou posteriores à adjudicação, mas prévias ao contrato (cf. Fausto de Quadros, “O concurso público na formação do contrato administrativo”, ROA, Ano 47, Dezembro de 1987, p. 715 e ss., e Marcelo Rebelo de Sousa, *O concurso público na formação do contrato administrativo*, Lex, Lisboa, 1994, p. 74 e ss, Margarida Olazabal Cabral, *O concurso público nos contratos administrativos*, Coimbra, 1977, p. 101 e ss, Mário Esteves de Oliveira / Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos e outros procedimentos de adjudicação administrativa*, Almedina, 1998, pp. 106 e ss.).

<sup>345</sup> Com as eventuais excepções ou desvios consentidos pelo artigo 99º do CCP, relativo aos ajustamentos ao conteúdo do contrato a celebrar.

<sup>346</sup> Sobre esta concepção do contrato, ver Mário Esteves de Oliveira / Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, 2011, p. 1007.

do contrato em execução<sup>347</sup>.

**9.6.2.3.** Hoje esses limites estão postos, como se disse, no artigo 313º do CCP e também no regime das directivas de 2014, como teremos oportunidade de ver. Antes de entrar na análise mais pormenorizada de tais limites, julga-se importante deixar um enquadramento dos termos do problema.

Uma primeira ideia, que é de recusar, seria considerar que o princípio da estabilidade (das peças do procedimento e das propostas), que caracteriza o procedimento de contratação pública, deveria corresponder a uma vinculação *prima facie* das partes, por todo o tempo por que durem as suas relações contratuais, aos termos do caderno de encargos e da proposta vencedora, prolongamento que corresponderia a uma necessidade de “não deixar entrar pela janela aquilo a que se fechou a porta”, é dizer, à necessidade de não se permitir aos contraentes (ou ao contraente público), que, em fraude à lei, fujam à proibição (ou restrição) legal da alteração dos termos do caderno de encargos e da proposta até ao momento da celebração do contrato, celebrando-o em conformidade com esses termos, para, depois disso, o modificarem nos termos pretendidos. Trata-se, evidentemente, de um aspecto a ter em conta na solução a dar a este tipo de problemas, mas a extensão sem mais dos vínculos jurídicos do procedimento ao contrato é de recusar.

Desde logo, porque se pode ser verdade, por um lado, que a admissão incondicional de modificações contratuais por acordo entre as partes potenciaria as fraudes à lei do procedimento, que proíbe ou limita a possibilidade de modificação dos termos do procedimento e da proposta antes da adjudicação (e antes da celebração do contrato), já não o é, por outro lado, a conclusão de que a necessidade de prevenir essa fraude

---

<sup>347</sup> Ver, assim, Rodrigo Esteves de Oliveira, “Os princípios gerais da contratação pública”, *Estudos de Contratação Pública*, Coimbra, vol. I, 2008, p. 69.

só seja alcançável através de uma proibição de modificação do próprio contrato similar àquela que vigora para a fase pré-contratual.

Acresce que a referida tese redundaria no congelamento de todas as cláusulas contratuais até à data da extinção do contrato concursado, pois só elas são conformes ao respectivo caderno de encargos e à proposta apresentada em função dele.

Ora, num mundo cuja única constante é a mudança e em que jogam papel decisivo tanto razões de segurança e estabilidade como razões de flexibilidade e adaptabilidade, o Direito não se compadece com tese radicais de “tudo ou nada”, não se justificando, numa composição moderada dessas tensões — ou seja, daquelas que resultam da pressão da função administrativa (lógica da adaptabilidade) e da pressão pelo respeito da concorrência (lógica da manutenção) —, que se adoptem soluções no sentido da “petrificação” ou congelamento da regulação contratual, como no sentido da irrelevância, em sede contratual, dos vínculos concursais.

Temos portanto como seguro que, por um lado, a questão da (permissão da) da modificação do contrato se põe em termos diversos daqueles por que se pauta a (proibição da) alteração da proposta ou do caderno de encargos em sede procedimental e, por outro lado, que o problema em apreço carece de uma adequada e sensata ponderação dos vários interesses em jogo.

É o que veremos de seguida.

### **9.6.3. O critério geral do “congelamento da equação adjudicatória”**

**9.6.3.1.** A matéria dos limites à modificação dos contratos administrativos precedidos de procedimento concorrencial (ajuste directo incluído)<sup>348</sup> encontra-se hoje regulada no artigo 313º do CCP, em cujo número 2 — depois de se estabelecer no número 1 que

---

<sup>348</sup> Aplicável, como dissemos, por identidade de razão, aos contratos públicos.

“a modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato *nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato*” — se dispõe que “para efeitos do disposto no número anterior, salvo quando a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo o justifiquem, a modificação só é permitida quando seja objectivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação”<sup>349</sup>.

Assim, nos termos da lei, e sem prejuízo da existência de duas circunstâncias que, conjugadamente, podem constituir uma excepção — a saber, “a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo” (que verdadeiramente constituem uma só, como veremos adiante) —, a regra afirmada de forma muito clara é a de que só são admitidas as modificações que sejam neutras relativamente à concorrência pretérita efectiva (àquele que esteve no procedimento), por delas não resultar, comprovadamente, qualquer reordenação da classificação das propostas e não haver também, portanto, nesses casos, uma frustração dos objectivos a que tendeu o

---

<sup>349</sup> Embora próximo, este preceito é diferente de um outro que regula os chamados *ajustamentos ao conteúdo do contrato*, ou seja, os ajustamentos que ocorrem entre a adjudicação e a celebração do contrato. Assim, estabelece-se no artigo 99º/1 do CCP que “o órgão competente para a decisão de contratar pode propor ajustamentos ao conteúdo do contrato a celebrar, desde que estes resultem de exigências de interesse público e, tratando-se de procedimento em que se tenha analisado e avaliado mais de uma proposta, *seja objetivamente demonstrável que a respetiva ordenação não seria alterada se os ajustamentos propostos tivessem sido reflectidos em qualquer das propostas*”, fórmula que é aparentada ao do referido artigo 313º/2 do CCP, sobre as modificações contratuais. No entanto, logo de seguida, no número 2 desse artigo 99º dispõe-se que esses ajustamentos “não podem implicar, em caso algum: a) a violação dos *parâmetros base fixados no caderno de encargos nem a dos aspectos da execução do contrato a celebrar por aquele não submetidos à concorrência*; b) a *inclusão de soluções contidas em proposta apresentada por outro concorrente*”.

Sobre os ajustamentos ao conteúdo do contrato, ver Luís Verde de Sousa, *A negociação nos procedimentos de adjudicação (uma análise do Código dos Contratos Públicos)*, 2010, pp. 265 e seguintes, e “A negociação pós-adjudicatória dos atributos da proposta”, *Estudos de Contratação Pública*, vol. III, 2010, CEDIPRE, Coimbra Editora, pp. 261 e seguintes.

procedimento de contratação pública<sup>350</sup>. Bem lida, a regra constrói-se à volta do *critério da manutenção da equação adjudicatória* (das razões determinantes da adjudicação), que representa uma protecção significativa dos interesses da concorrência ou, se se preferir, uma regra de intensidade quase máxima da eficácia póstuma do vínculo pré-contratual<sup>351</sup> ou um respeito absoluto do resultado do “concurso”.

Quanto ao método que deve ser adoptado para o efeito (reconstrutivo ou comparativo)<sup>352</sup>, a melhor solução passa pelo chamado “método comparativo”, submetendo a proposta classificada em primeiro lugar, com as modificações efectuadas, a uma nova avaliação, comparando a pontuação assim obtida com a que alcançaram as demais, tal como estas foram apresentadas pelos concorrentes derrotados<sup>353</sup>. Só se, nesse cenário comparativo, ela ainda mantiver o estatuto de primeira classificada é que a modificação pode ser efectuada<sup>354</sup>.

---

<sup>350</sup> Como referem Gabriella M. Racca / Roberto Cavallo Perin / Gian Luigi Albano, “*when the execution of the contract differs substantially from the conditions set forth in the award, the whole equilibrium of the bid rankings, set in compliance with competition and nondiscrimination principles, is undermined*” (“Competition in the execution phase of public procurement”, *Public Contract Law Journal*, volume 41, nº 1, 2011, p. 91).

No mesmo sentido, Luís Verde de Sousa, *A negociação nos procedimentos de adjudicação*, pp. 269 e seguintes, e “A negociação pós-adjudicatória dos atributos da proposta”, *Estudos de Contratação Pública*, vol. III, 2010, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2010, pp. 299 e 300.

<sup>351</sup> Fizemos referência a esse critério em “Os princípios gerais da contratação pública”, p. 69. Ver também Luís Verde de Sousa, *A negociação nos procedimentos de adjudicação*, p. 269, e “A negociação pós-adjudicatória”, p. 298.

<sup>352</sup> E louvando-nos aqui no pormenorizado trabalho efectuado por Luís Verde de Sousa, “A negociação pós-adjudicatória”, p. 316 e seguintes.

<sup>353</sup> Segundo o referido autor, este critério é “realista porque não exige uma alteração ficcional das propostas preteridas, que mantêm a sua configuração original”, e “simples “porque, para aferir se a proposta adjudicada, e entretanto ajustada, mantêm o estatuto de melhor oferta, basta «passá-la» pelo modelo de avaliação e verificar se a sua pontuação global lhe permite, ainda, «bater» as demais (tal como foram apresentadas pelos respectivos concorrentes)” (“A negociação pós-adjudicatória”, p. 324).

<sup>354</sup> Apesar de aderirmos à posição de Luís Verde de Sousa, é importante chamar a atenção para o facto (a que se fará melhor referência adiante) de o autor, por estar a tratar de ajustamentos ao contrato,

**9.6.3.2.** Apesar da sua aparente abrangência e da sua aparente coerência com os objectivos que a justificaram (protecção da concorrência), a norma não deixa de ser ao mesmo tempo pouco equilibrada, só olhando para um dos pólos da equação e ainda assim de forma imperfeita.

Sem preocupações de exaustão, a nossa crítica pode resumir-se da seguinte forma:

- (i) A maneira como está formulada a regra no número 2 não esgota o âmbito da previsão da parte final do número 1, pois esta faz referência ao facto de a modificação não poder “impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato” – pressupondo portanto a tutela da *concorrência pretérita efectiva* (dos operadores que se apresentaram ao procedimento) ou *potencial* (dos operadores que poderiam ter-se apresentado ao procedimento), não a falseando, mas também a tutela da *concorrência contemporânea da modificação* (dos operadores que à data da modificação poderiam ter interesse na prestação), não a impedindo ou restringindo –, enquanto aquela, a regra do número 2, fazendo apelo à manutenção da equação adjudicatória, só pondera os interesses da concorrência pretérita, e ainda assim apenas da que está associada aos operadores que se apresentaram ao procedimento, não de outros que, se afinal o contrato fosse para ser executado nos termos da modificação, também se poderiam ter apresentado.<sup>355/356/357</sup>

---

antes da sua celebração, não contemplar a hipótese de haver modificações que incidam sobre aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência, proibidos nos termos do artigo 99º do CCP, mas que podem existir no âmbito das modificações ao contrato (após, portanto, a sua celebração). Ou seja, a sua tese é correcta, mas não permite resolver todos os problemas que se colocam no contexto específico do artigo 313º/2.

<sup>355</sup> É matéria de que trataremos adiante a propósito do regime das alterações substanciais no quadro da União Europeia.

<sup>356</sup> Referindo-se à necessidade de “ser necessário assegurar que eventuais modificações à proposta escolhida não redundam numa frustração da concorrência, quer em relação aos interessados

- (ii) A maneira como está formulada regra no número 2 só é operativa quando tenha havido um procedimento de natureza concorrencial (pode ser um ajuste directo) e nele se hajam apresentado vários operadores com propostas não excluídas (*concorrência pretérita efectiva*)<sup>358</sup>.
- (iii) A maneira como está formulada a regra no número 2 é, em alguma medida, aleatória, pois a maior ou menor largueza das modificações admitidas passa a depender dos resultados do anterior procedimento concorrencial e do próprio modelo de avaliação (se este for um, pode a modificação não ter impacto na posição relativa das propostas dos concorrentes, se for outro, já pode ter) – embora aqui se reconheça que, atendendo à lógica que subjaz ao preceito legal, a solução tem sentido.
- (iv) A demonstração objectiva que a lei exige seja feita só é operativa em casos relativamente contados, não se admitindo modificações cujo impacto não seria significativo, mas que não é possível comprovar<sup>359</sup>.
- (v) A lei não os excepciona, mas deve entender-se que estão excluídos do número 2 os casos em que a modificação introduzida estava já concretamente prevista como possível no caderno de encargos (e, depois, no contrato).

---

preteridos, quer àqueles que optaram por não se apresentar ao procedimento pré-contratual”, ver Marcelo Rebelo de Sousa/André Salgado Matos, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, pp. 375. No mesmo sentido, Luís Verde de Sousa, *A negociação nos procedimentos de adjudicação*, 2010, p. 271, e Omner Dekel, “Modification of a government contract awarded following a competitive procedure, *PCLJ*, 2009, n.º 2, pp. 410. Como se verá adiante, esta questão ficou definitivamente esclarecida no acórdão *Pressetext* e no texto das directivas de 2014.

<sup>357</sup> Luís Verde de Sousa faz uso dos conceitos de “concorrência real ou efectiva” e de “concorrência potencial” com o mesmo significado que lhe demos no texto (*A negociação nos procedimentos de adjudicação*, p. 271), mas não recorre ao conceito de “concorrência contemporânea efectiva ou potencial”.

<sup>358</sup> O caso paralelo do artigo 99º/1 do CCP é claro nesse aspecto, afirmando que o limite aí afirmado só é operativo “*tratando-se de procedimento em que se tenha analisado e avaliado mais de uma proposta*”.

<sup>359</sup> Como se verá no número seguinte.



- (vi) A maneira como a exceção à regra está formulada no artigo 313º (“a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo o justifiquem”) sugere de alguma forma que o mero decurso do tempo justifica um “afrouxamento” da tutela da concorrência pretérita, o que pode ser verdade, mas não o é seguramente em função da concorrência contemporânea ou futura.
- (vii) A maneira como a exceção à regra está formulada no artigo 313º sugere que a admissibilidade das modificações do contrato só “cresce com o tempo”, quando a verdade é que uma alteração imprevisível das circunstâncias 3 ou 4 anos após a celebração do contrato (com um prazo de duração de 20), que afectasse por igual quem que tivesse sido o adjudicatário, pode ser justificação suficiente para legitimar a modificação do contrato por razões de interesse público.

A opção do legislador, note-se, tem algumas vantagens, a principal das quais é, numa matéria sobre que não havia qualquer experiência legislativa passada, nem sequer labor doutrinário relevante – e onde portanto a utilização de conceitos mais ou menos imprecisos poderia levar tempo a ganhar “lastro normativo” que desse segurança aos intérpretes –, recorrer a um critério passível de experimentação, de um teste prático, por referência aos dados reais do procedimento anterior.

Mas trata-se, ainda assim, de um critério geral que tem muitas limitações, designadamente, a que ficou referida em último lugar, ou seja – e se não se entender que está coberta por uma interpretação extensiva da exceção formulada na parte inicial do preceito, como é nossa opinião –, de não ponderar devidamente os *eventos imprevisíveis*.

Expliquemo-nos. A alteração anormal e imprevisível das circunstâncias confere ao cocontratante (ou ao contraente público ou a ambos) um direito à modificação do contrato (reposição, compensação financeira, etc.) que não é limitado pelos preceitos

que tutelam a concorrência, designadamente, por este artigo 313º/2 do CCP<sup>360</sup>.

Mas, em nossa opinião, não são apenas essas modificações, destinadas a repor o equilíbrio financeiro do contrato nas hipóteses de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, e fundadas na equidade e na justiça, que deviam ficar excluídas do regime da tutela da concorrência. São também as modificações por razões de interesse público (fundadas em eventos imprevisíveis), que desequilibram o contrato — salvo se, naturalmente, o impacto de tais eventos na economia do contrato só se consiga resolver com uma sua modificação quase transversal ou uma sua modificação muito sensível em aspectos fundamentais. É esta, de resto, a solução hoje consagrada nas directivas de 2014, prevendo-se, por exemplo, no artigo 72º/1, alínea c), da Directiva 2014/24 que pode modificar-se o contrato quando a modificação se funde em circunstâncias que uma autoridade adjudicante diligente “não possa prever” [*rectius*, não pudesse ter previsto], com o limite de não se alterar a “natureza global do contrato” e o “aumento de preço não ultrapassar 50 % do valor do contrato”.

Com efeito, ocorrendo uma alteração dessas, imprevisível, há uma degradação ou uma mitigação acentuada dos interesses da concorrência, podendo o contraente público, ou ambas as partes, por acordo, fazer os ajustamentos necessários ao contrato para que ele continue a representar um instrumento eficiente do interesse público.

---

<sup>360</sup> Pedro Gonçalves defende que os limites do artigo 313º do CPC só se aplicavam à modificação do contrato com fundamento em razões de interesse público e não à modificação que decorre de uma alteração das circunstâncias, não ficando o direito do cocontratante “dependente da tutela dos interesses da concorrência” (“Gestão”, p. 47), posição que manteve depois, julgamos, em *Direito*, p. 571.

Em sentido aparentemente contrário, Alexandra Leitão considera, a propósito dos limites decorrentes do respeito pela concorrência, que “o co-contratante particular não fica, contudo, desprotegido, porquanto é exactamente nas situações em que, *apesar da ocorrência de uma alteração das circunstâncias*, o contrato não pode ser modificado que se deve optar pela sua resolução” (“O tempo e a alteração das circunstâncias contratuais”, p. 90).

#### 9.6.4. Outras limitações do critério geral da lei

9.6.4.1. Por um lado, o critério da lei só funciona – ou ao menos está essencialmente posto – para a modificação de *atributos das propostas*, ou seja, de aspectos específicos que foram submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, porque em tais hipóteses essa modificação pode ser equacionada, em juízo póstumo, em termos de pontuação das propostas. Imagine-se, por exemplo, que se pretende suprimir, em sede contratual, uma parte do serviço contratado, onde a proposta classificada em 2º lugar era especialmente penalizada, ou que se pretende optar, em sede contratual, por uma opção não original prevista em proposta do concorrente classificado em 2º lugar, que, porém, em sede de avaliação, tinha sido fortemente penalizada. Nestes casos, é possível, por comparação, experimentar o novo dado no quadro do modelo de avaliação das propostas, procurando saber se ainda assim se manteria a posição cimeira adjudicatária do cocontratante.

Quando porém se trate de uma modificação por introdução de novos atributos, *rectius*, por introdução de aspectos da execução do contrato que não foram submetidos à concorrência, mas que agora se consideram ser uma mais-valia, o critério não funciona, ou tão não funciona tão bem, por não ser possível testar ou experimentar, pelo menos na generalidade dos casos, a eventual repercussão desse novo atributo dentro do modelo de avaliação das propostas. Imagine-se que, num concurso com modelo de avaliação da proposta economicamente mais vantajosa (vg, factores preço e funcionalidade operacional) se pretende introduzir uma nova especificação no equipamento técnico fornecido (a viatura de socorro adquirida deve passar a ter GPS, que não fazia parte das especificações exigidas no concurso) ou no serviço prestado (além do transporte de doentes da zona *y*, com 1 milhão de habitantes, também os da zona *x*, com 10 mil habitantes).

Se fosse uma mera questão de preço, seria ainda possível avaliar o impacto do valor adicional da modificação (do GPS ou do transporte de doentes da zona *x*) por

referência aos dados do concurso (e no pressuposto que a escala de avaliação do preço acomodava o acréscimo do valor em causa). No entanto, será sempre impossível reflectir nesse modelo de avaliação o acréscimo da nova funcionalidade ou serviço, por se tratar de algo sobre que tal modelo não se ocupava, inviabilizando-se assim a análise do impacto do benefício na grelha classificatória. O que significa que, se porventura o acréscimo de preço levar a que a proposta adjudicatária perca a sua posição cimeira, e não podendo ser avaliada a mais-valia classificatória resultante da maior funcionalidade ou qualidade técnica dessa “proposta modificada”, não será possível demonstrar objectivamente, como exige o artigo 313º/2, que a “ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação”. Ou então essa demonstração poderá até resultar de juízos de prognose póstuma objectivamente fundados, mas não certamente com base no modelo de avaliação.

**9.6.4.2.** E o que se acabou de expor vale também para modificações sobre *aspectos regulados pelo caderno de encargos, mas não submetidos à concorrência* (em termos fixos ou através de parâmetros base, portanto). Em tais casos, não sendo possível fazer funcionar o modelo de avaliação do procedimento de contratação pública, também não se conseguirá fazer a demonstração objectiva exigida pelo referido preceito legal. E note-se que, se esta é uma questão que não se coloca no quadro da chamada “negociação pós-adjudicatária” — porque aí o próprio caderno de encargos é um limite à modificação ou ajustamento (artigo 99º/2 do CCP)<sup>361</sup> —, o mesmo não sucede no quadro da modificação do contrato, em que não há uma proibição legal de modificação das cláusulas contratuais que constituam uma transposição ou decalque das cláusulas do caderno de encargos (sobre aspectos da execução do contrato não

---

<sup>361</sup> Justamente por isso a lei se refere a “ajustamentos à proposta”. Ver, por exemplo, Luís Verde de Sousa, *A negociação nos procedimentos de adjudicação*, p. 274 e seguintes, e “A negociação pós-adjudicatária”, pp. 276 e seguintes e 311 e seguintes.

submetidos à concorrência).

Assim, se se pretender modificar uma cláusula do contrato que fosse, ela mesma, transposição de um preceito do caderno que regulasse de forma imperativa um certo aspecto da execução do contrato, não se conseguindo fazer funcionar o modelo de avaliação do procedimento, também dificilmente se conseguirá demonstrar objectivamente “que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação”. Mais uma vez, note-se, essa demonstração poderá até resultar de juízos de prognose póstuma objectivamente fundados, mas não certamente com base no modelo de avaliação.

**9.6.4.3.** Além disso, e como já resultava do que se foi adiantando atrás, este critério, que assenta sempre na concorrência pretérita efectiva, seja qual for o modelo (reconstrutivo ou comparativo), não é passível de se aplicar:

- (i) Quando o procedimento de contratação pública adoptado tenha sido o ajuste directo com convite a apenas um operador.
- (ii) Quando tenha havido um procedimento de contratação pública de natureza concorrencial (incluindo ajuste directo com convite a mais do que um operador), mas a que se tenha apresentado apenas um concorrente.
- (iii) Quando tenha havido um procedimento de contratação pública com vários concorrentes, mas só uma proposta admitida (ou, talvez melhor, uma só proposta não excluída).

Ora, como se compreenderá, apesar de excluída pelo critério da lei, a modificação dos contratos resultantes destas três situações merecem também adequada tutela e

regime, não podendo associar-se à falta de “concorrência pretérita efectiva” a inexistência de razões de contratação pública justificativas da introdução de limites à modificação dos contratos ou, numa outra perspectiva, uma admissibilidade geral de modificação dos contratos.

É verdade que há casos de eventuais modificações que se resolvem por outra via: assim, como o valor do contrato representa, no sistema do CCP, “o valor máximo do benefício económico que, em função do procedimento adoptado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objecto” (artigo 17º/1), incluindo portanto o preço a mais a pagar pelo contraente público (ou por terceiros) resultante da modificação objectiva do contrato<sup>362</sup>, as partes não podem, por força de tais regras específicas, modificar um contrato resultante de um ajuste directo não assente em razões materiais se com o preço adicional houver violação dos limites máximos do ajuste directo. No entanto, se o procedimento que deu origem ao contrato era um concurso público com publicação de anúncio no JOUE cuja decisão de autorização de despesa foi aprovada pelo Conselho de Ministros, caso em que não há limite de valor para o contrato, e nele se apresentou apenas um concorrente (ou vários, mas apenas um com proposta regular), não funcionando já as regras específicas da contratação pública, têm de funcionar outras, sob pena de não haver limites à modificação dos contratos.

Em nossa opinião, a melhor forma de resolver o problema é recorrer à cláusula geral do artigo 313º/1, segunda parte, onde o legislador estabeleceu que a modificação não poder “impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato” – abrangendo portanto a tutela da concorrência pretérita potencial (dos operadores que se poderiam ter apresentado ao procedimento de que resultou o contrato que se pretende modificar

---

<sup>362</sup> A solução é diferente, como se sabe, para efeitos do preço contratual, que não abrange “o acréscimo de preço a pagar em resultado de (...) modificação objectiva do contrato” (artigo 97º/3 do CCP), embora ele não possa, como se sabe, ultrapassar o limite do valor do contrato.

caso soubessem que afinal o contrato iria ser executado nas condições resultantes da modificação) e da concorrência contemporânea da modificação (dos operadores que a essa data poderiam ter interesse no contrato ou na prestação modificada).

Trata-se, é verdade, de critérios mais fluídos e menos rigorosos, que podem suscitar mais dificuldades na sua aplicação, embora o intérprete possa servir-se, nessa tarefa de preenchimento dos referidos conceitos gerais, dos critérios que constam das directivas de 2014, designadamente, da Directiva 2014/24/UE (por ser a geral na matéria), como tópicos relevantes de densificação ou de argumentação, entre outros.

#### **9.6.5. A excepção à regra: o decurso do tempo**

A lei estabelece como excepção à regra da manutenção da equação adjudicatória a “*natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo*” (artigo 313º/2 do CCP). Como se disse atrás, não existem aqui verdadeiramente dois desvios ao critério da manutenção da equação adjudicatória, mas apenas um, que é o factor tempo.

O que o legislador quis, quando se reportou simultaneamente à natureza duradoura do vínculo contratual e ao decurso do tempo, foi enfatizar o *faktor zeit*, no sentido de que, quando esteja em causa um laço duradouro e haja já decorrido um certo *período de estabilização da relação contratual*, não só é normal que se acentuem as pressões da lógica administrativa subjacente ao contrato, justificando-se melhor adaptações ou ajustamentos seus, como, sobretudo, se assiste a um relativo enfraquecimento das pressões da tutela da concorrência. Num contrato de curta duração, o que é normal é que a sua execução se processe nos termos contratados, mas os operadores económicos têm consciência que num contrato de longa duração (e sobretudo quando seja complexo) é de contar menos com a sua estabilidade até ao respectivo

termo<sup>363</sup>. É, afinal, a ideia de que as modificações serão mais censuráveis ou menos aceitáveis, do ponto de vista da concorrência, quando ocorram em data próxima da celebração do contrato, mas que, com o passar do tempo, a tutela desses operadores económicos se vai esbatendo, ao ponto de se justificar prescindir, na perspectiva do legislador, da regra da manutenção da equação adjudicatória, podendo as modificações ser introduzidas com abstracção das preocupações com a tutela máxima da concorrência<sup>364</sup>.

Sendo em geral uma proposição que não merece crítica, há que tomar em consideração o facto de, como se disse atrás, o legislador apenas se ter preocupado, no artigo 313º/2 do CCP, com a *concorrência efectiva passada*, é dizer, com a posição dos operadores que participaram no procedimento de contratação pública anterior, não já com a concorrência potencial passada (operadores que decidiram não participar em face dos termos do caderno de encargos inicial, mas que poderiam tê-lo feito se o contrato fosse para ser executado nos termos agora modificados) ou sequer com a concorrência actual (operadores económicos que estariam hoje interessados em participar num procedimento de contratação pública que tivesse por objecto o contrato em causa). Ora, mesmo desconsiderando a tal concorrência potencial passada, há algumas modificações aos contratos que representam ou podem representar uma lesão dos interesses da concorrência actual e que não se esbatem de

---

<sup>363</sup> Como refere Sune Troels Poulsen, “The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law”, *PPLR*, 2012, nº 5, p. 176, “from an economic operator's perspective, there must be an assumption that it will be easier for a contracting authority to deal with the award of a simple contract for the supply of goods, rather than a major construction project or a complex service contract. Economic operators will also expect that contracting authorities will find it easier to deal with short-term contracts than long-term contracts”.

<sup>364</sup> Por exemplo, na Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as Concessões no Direito Comunitário (JOCE, 200/C, 121/02, de 29 de Abril de 2000), refere-se, em nota, que “o risco resultante de alterações, durante a execução do contrato, do contexto regulamentar (em termos, por exemplo, de protecção ambiental, impondo mudanças na obra, ou a nível fiscal, comprometendo o equilíbrio financeiro do contrato), ou o risco de obsolescência técnica” são mais susceptíveis de se verificarem “no quadro de uma concessão, dado que esta, normalmente, se estende por um *período de tempo relativamente longo*”.



forma sensível com o factor tempo, como sucede, por exemplo, com a prorrogação do contrato por acordo das partes por motivos de interesse público (quando ela seja de admitir mesmo não estando contratualmente prevista), o que revela, como se disse atrás, que a regra da manutenção da equação adjudicatória desenhada pelo legislador, ou, neste caso, a sua desconsideração em razão do factor tempo, acaba por suscitar outros problemas.

Por outro lado, tratando-se de uma cláusula geral, só caso a caso poderá avaliar-se se o factor tempo justifica o afastamento da regra da manutenção da equação adjudicatória, parecendo que isso não sucederá em contratos de prazo mais curto (entre 1 a 3 anos), mas em prazos de duração considerável, a partir dos 10 anos, devendo entender-se que, nesses casos, quando possa afirmar-se ter decorrido o período de estabilização da relação (a partir dos 4 ou 5 anos), as modificações possam ser introduzidas sem observância da regra do artigo 313º/2, segunda parte.

Não fora o facto de não se ter fixado um termo certo, a solução não é materialmente diferente daquela que vem sendo sustentada por alguma doutrina, no sentido de se estabelecer uma “espécie de *caducidade impeditiva ou proibitiva* (ou, numa outra perspectiva, uma espécie de *caducidade permissiva da modificação*)”<sup>365</sup> para os contratos de longa duração, ou seja, um prazo ou período previamente estabelecido durante o qual vigorassem os limites à modificação dos contratos postos para a defesa da concorrência.

---

<sup>365</sup> Assim, Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Almedina, 2014, p. 399 e 400.

## 10. O regime das modificações ao contrato no Direito da União Europeia

### 10.1. Considerações gerais

Como se viu, o facto de um contrato ter sido precedido de um procedimento de contratação pública há-de ter consequências mais ou menos directas sobre a admissibilidade da sua modificação.

O direito da União Europeia, a quem esta matéria interessa especialmente, há muito revela a sua preocupação com o tema das modificações contratuais. E compreensivelmente: se os objectivos do *public procurement* passam por assegurar a igualdade de tratamento, a concorrência e a transparência nas compras públicas (em sentido lato), isso significa que o contraente público não pode livremente modificar os seus contratos, mesmo quando o cocontratante dê o seu acordo ou consentimento a essa modificação, sob pena de o contrato poder funcionar como um mecanismo de esvaziamento *a posteriori* das garantias do regular funcionamento do mercado único que aqueles princípios têm em vista assegurar. Aliás, diga-se, os referidos princípios, embora sejam, nesta temática, normalmente considerados sob o prisma da contratação pública, são princípios de alcance geral, aplicáveis também, por isso, ao próprio contrato celebrado na sequência de um procedimento concorrencial. *Mutatis mutandis*, naturalmente, porque esses momentos (da contratação e do contrato) são estrutural e funcionalmente diferentes, obedecendo a lógicas distintas, mas ainda assim abertos, ambos, à potência normativa dos princípios gerais.

A regulação europeia sobre os momentos contratuais que se relacionam especialmente com a contratação pública não configura portanto, nem o resultado da “ideologia concorrencial do momento”<sup>366</sup>, nem a ocupação indevida de um espaço que deveria ser exclusivo das leis nacionais dos Estados, a quem caberia decidir se as

---

<sup>366</sup> Para utilizar a expressão de Constantin Yannakopoulos, “L’apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif”, RDP, 2/2008, p. 421.

modificações (“amendments”) aos contratos exigiam ou não um “new contract award procedure”<sup>367</sup>, mas uma inevitabilidade, sem a qual se poriam em xeque, de forma mais ou menos sensível, as preocupações de concorrência e igualdade de tratamento. As prorrogações dos contratos, que, sem limites, podem “eternizar” uma relação contratual e manter “afastada” a concorrência por um período de tempo excessivo, seriam suficientes, se fosse necessário um exemplo impressionante, para justificar a referida proposição sobre a inevitabilidade da regulação europeia nesta matéria<sup>368</sup>—

São aliás várias as manifestações da preocupação ou do interesse comunitário sobre esses tais momentos contratuais especialmente relacionados com a contratação pública e os indícios de que estaria para breve uma intervenção através de mecanismos de *hard law* europeia.

## 10.2. Revelações do interesse comunitário no tema das modificações contratuais

**10.2.1.** O facto de, até 2014, as directivas da contratação pública não terem disposições que regulassem directamente matérias de gestão dos contratos, em especial, a matéria das modificações contratuais, podia dar a ideia ou “impressão de que as *procurement rules* não se aplicavam aos contratos”, mas apenas à contratação, mas seria, no entanto, uma impressão errada<sup>369</sup>. Com efeito, mesmo desconsiderando o que vários documentos de *soft law* já anunciavam e o que a jurisprudência do TJUE já vinha decidindo, as directivas de 2004 continham algumas disposições que

---

<sup>367</sup> Como chegou a defender o Advogado Geral Fennelly no acórdão *Tögel* (C-76/97), nos §63 a 66.

<sup>368</sup> Sem esquecer também o objectivo de uma boa gestão dos recursos públicos, que resultará de uma melhor regulação legal (e programação contratual) das modificações ao contrato. Assim, Xavier Libert, “Les modifications du marché en cours d’exécution”, *AJDA*, número especial, 1994, pp. 65.

<sup>369</sup> Como assinalam Kristian Hartlev/Morten Wahl Liljenbol, *Changes to Existing Contracts under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to Avoid the Need for a New Tender*, PPLR, 2013, n° 2, pp. 52 e 53.

revelavam o interesse comunitário pelo tema das modificações dos contratos públicos.

A mais importante delas, seja porque regulava um caso de modificação do contrato (ao contrário de outras, que regulavam “casos paralelos” ao da modificação), seja por ter contribuído para o nome com que foi “baptizada” a teoria que veio a estabelecer as fronteiras entre a modificação do contrato e a adjudicação de um novo contrato, foi a relativa aos acordos-quadro regulados pelas Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, em cujos artigos 32º, números 2, 3º §, se dispunha que, “aquando da adjudicação de contratos baseados num acordo-quadro, *as partes não podem, em caso algum, introduzir alterações substanciais nos termos fixados no acordo-quadro, designadamente no caso a que se refere o nº 3*”, ou seja, no caso do acordo-quadro celebrado com um único operador económico. Embora não houvesse qualquer outra previsão ou regulação adicional sobre a matéria e se tratasse de um caso de modificação especial — na medida em que tinha por objecto os contratos celebrados no âmbito dos acordos-quadro e, dentro destes, daqueles que tivessem sido celebrados com um só operador —, não deixa de ser uma demonstração clara da preocupação do direito da União Europeia com o tema da modificação dos contratos.

Há ainda outras disposições nessas directivas, mas aí o assunto é tratado por referência, não à modificação de contratos existentes, propriamente dita, mas à possibilidade de as entidades adjudicantes poderem celebrar um novo contrato com o seu cocontratante sem necessidade de concurso — *grosso modo*, de poderem recorrer a uma espécie de ajuste directo —, que acomodasse ou contemplasse as prestações (normalmente a mais) em que se materializaria a modificação. No entanto, embora regulassem o problema no contexto da *celebração de um novo contrato*, e não no quadro da modificação de um contrato “em vigor”, as directivas de 2014 não deixavam de regular certos casos especiais em que a entidade adjudicante tinha necessidade de adquirir mais prestações do que aquelas que havia inicialmente contratado,

afastando-os da regra do concurso e abrindo-lhe portas a uma solução que, do ponto de vista da sua materialidade, não se distingue essencialmente de uma modificação do contrato por acordo entre as partes<sup>370</sup>.

Ora, como nota a doutrina, essas disposições da Directiva 2004/18/CE<sup>371</sup> sugerem que as modificações aos contratos podem exigir um novo *award procedure* ou até mesmo que será essa a regra<sup>372</sup>; doutra forma, elas seriam desnecessárias<sup>373</sup>. Com efeito, se esses preceitos dispunham sobre a aquisição de mais serviços, bens ou obras a um cocontratante existente para acomodar necessidades sentidas no quadro

---

<sup>370</sup> Assim, na Directiva 2004/18/CE, 31 de Março de 2004, previa-se, no seu artigo 31º/2, alínea b), que as entidades adjudicantes podiam recorrer a um “processo sem prévia abertura de concurso”, ou seja, de um procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio, relativamente às *aquisições de bens*, “quando se trate de entregas complementares efectuadas pelo fornecedor inicial e destinadas, quer à substituição parcial de produtos ou instalações de uso corrente, quer à ampliação de produtos ou instalações existentes, *caso a mudança de fornecedor obrigue a entidade adjudicante a adquirir material com características técnicas diferentes, originando incompatibilidades ou dificuldades técnicas desproporcionadas de utilização e manutenção*”.

Depois, relativamente aos *contratos de obra e serviços*, estabelecia-se no artigo 31º/4, alínea a), que esse procedimento também podia ser utilizado quanto estivessem em causa “obras ou serviços complementares que não constem do projecto inicialmente previsto nem do contrato inicial e que se tenham tornado necessários, na sequência de uma *circunstância imprevista*, para a execução da obra ou a prestação do serviço neles descritos, na condição de o adjudicatário ser o mesmo operador económico que executa a referida obra ou o referido serviço”, e desde que “essas obras ou esses serviços complementares não [pudessem] ser técnica ou economicamente separados do objecto de contrato inicial sem grande inconveniente para as entidades adjudicantes” ou “quando essas obras ou esses serviços, embora [pudessem] ser separados do objecto do contrato inicial, [fossem] absolutamente necessários à sua conclusão”, sendo que, em qualquer caso, o “valor total dos contratos relativos a obras ou serviços complementares não [podia] exceder 50% do montante do contrato inicial”.

<sup>371</sup> Que podem igualmente encontrar-se na Directiva 2004/17/CE, aplicável aos chamados sectores especiais.

<sup>372</sup> A título de esclarecimento, é importante referir que essas mesmas regras que se assinalaram na Directiva 2004/18/CE já se encontravam na Directiva 93/36/CEE, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento, e na Directiva 93/37/CEE, da mesma data, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas.

<sup>373</sup> Assim, Kristian Hartlev / Morten Wahl Liljenbol, *Changes to Existing Contracts under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to Avoid the Need for a New Tender*, PPLR, 2013, nº 2, p. 53.

de um contrato “em vigor”, o que, na sua substância, pode ser configurado como uma modificação, e estabeleçam certos requisitos para que essa aquisição pudesse fazer-se sem concurso (o que pressupunha necessariamente que o valor de tal aquisição complementar excedesse o limiar de aplicação das directivas em causa), isso significa que, por via de regra, aquisições / modificações dessas exigem um concurso.

**10.2.2.** Sem prejuízo dessas revelações mais ou menos avulsas que podiam encontrar-se nas directivas de 2004 e sem prejuízo do que já se havia alcançado e se havia ainda de chegar através das decisões do TJUE, era na *soft law* da União Europeia, nas comunicações e nos livros verdes, que a matéria das modificações contratuais ia sendo objecto de algum tratamento organizado.

Assim, em 2004, no *Livro Verde sobre as PPP e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessão*, da Comissão Europeia,<sup>374</sup> pode já encontrar-se um capítulo especificamente dedicado à “fase posterior à selecção do parceiro privado” (ponto 2.5), no qual se começa por observar que “o direito derivado em matéria de contratos públicos e concessões tem principalmente em vista a fase de adjudicação de um contrato. Em contrapartida, a fase posterior à selecção do parceiro privado não é, de um modo global, objecto do direito derivado. Todavia, os princípios da igualdade de tratamento e da transparência que decorrem do Tratado opõem-se, geralmente, a qualquer intervenção do parceiro público após a selecção de um parceiro privado, na medida em que tal intervenção ponha em causa a igualdade de tratamento entre operadores económicos”, embora se reconheça também que “o carácter frequentemente complexo da montagem jurídico-financeira em causa, o lapso de tempo que se pode escoar entre a selecção do parceiro privado e a assinatura do contrato, a duração relativamente

---

<sup>374</sup> COM(2004) 327 final.

longa dos projectos e, por último, o recurso frequente a mecanismos de subcontratação, tornam por vezes delicada a aplicação destas regras e princípios”.

Logo de seguida, depois de afirmar as grandes linhas a que devem observância os procedimentos de contratação pública em ordem a evitar ou atenuar vicissitudes contratuais que possam colocar em crise os princípios da igualdade de tratamento e da proibição de discriminação, o *Livro Verde* ocupa-se do tema da duração do contrato, esclarecendo, entre outras coisas, que “o princípio da transparência exige que os elementos que permitem estabelecer a duração sejam comunicados nos documentos de consulta, *de molde a permitir aos candidatos ter em conta esse dado quando da elaboração das suas propostas*” (ponto 46).

Depois, mostrando que o problema não se esgota na duração do contrato, o *Livro Verde*, reconhecendo a necessidade que muitas vezes existe nos contratos, sobretudo nas PPP, de se ajustarem às mudanças, chama a atenção para o facto de tais ajustamentos e mudanças deverem ser objecto de previsão nos próprios documentos da contratação pública e subseqüentemente, no contrato. Assim, diz-se aí, “*dado que assentam numa prestação que se prolonga no tempo, as relações das PPP devem poder evoluir, para se adaptarem às mudanças do enquadramento macroeconómico ou tecnológico, bem como às necessidades de interesse geral.* De modo geral, o direito comunitário em matéria de contratos públicos não se opõe à possibilidade de ter estas evoluções em conta na medida em que para esse efeito se respeitem os princípios da igualdade de tratamento e da transparência. *Assim, os documentos de consulta, transmitidos aos proponentes ou candidatos no processo de selecção, podem prever cláusulas de ajustamento automático, como cláusulas de indexação de preços, ou estabelecer as circunstâncias em que será possível rever as tarifas cobradas. Podem igualmente prever cláusulas de revisão, na medida em que estas identifiquem precisamente as circunstâncias e as condições em que se poderão introduzir ajustamentos na relação contratual. No entanto, será sempre necessário que estas cláusulas sejam suficientemente claras para permitir que os operadores económicos*

*as interpretem do mesmo modo na fase de selecção do parceiro” (ponto 47).*

Como se verá, o recorte destes requisitos relativamente às chamadas “modificações previstas”, que se fez no *Livro Verde sobre as PPP e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessão*, não difere muito da regulação que lhes foi dada no texto das directivas de 2014. Mais: revelando que o tema das modificações contratuais era já, nessa altura, tratado com alguma maturidade ou avanço, o *Livro Verde*, antecipando outro tipo de casos que veio a receber consagração expressa nas directivas de 2014, afirmava que, “de um modo geral, as modificações que ocorrem no decurso de uma PPP, quando não são enquadradas nos documentos contratuais, têm frequentemente por efeito pôr em causa o princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos”, sendo que tais “modificações não enquadradas apenas são aceitáveis *quando se tornam necessárias devido a um acontecimento imprevisível, ou quando são justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública*” (ponto 49), terminando logo de seguida com uma fórmula que, sobretudo com o acórdão *Pressetext*, de 2008, viria a representar o grande princípio na matéria: “*acrescente-se que qualquer modificação substancial que abranja o objecto do contrato deve ser equiparada à celebração de um novo contrato, implicando um novo concurso*”.

O *Livro Verde sobre as PPP e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessão* foi o documento de *soft law* que levou mais longe o tratamento das modificações contratuais, havendo ainda alguns outros, mais recentes, mas que não se lhe comparam no contributo para o esclarecimento da matéria. Assim, na *Comunicação interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões às parcerias público-privadas institucionalizadas* (2008/C 91/02) apenas se afirma que “*qualquer modificação aos termos essenciais do contrato não prevista nos cadernos de encargos obriga à abertura de novo concurso*” (ponto 36) e, por último, no *Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da*



*EU. Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa*<sup>375</sup>, o acento tónico foi colocado nas dúvidas sobre os verdadeiros critérios da legitimidade das modificações contratuais e sobre se não se justificaria, por causa disso, uma regulação comunitária na matéria. Assim, no respectivo ponto 2.5, depois de se observar que “as directivas em vigor não regulam a execução dos contratos”, reconhecia-se, no entanto, que “alguns dos problemas verificados durante a fase de execução de um contrato podem ter consequências graves do ponto de vista do princípio da não discriminação entre empresas concorrentes e da solidez das aquisições do sector público em geral”, colocando-se assim “a questão de saber se as regras da UE devem prever instrumentos regulamentares específicos que permitam às entidades adjudicantes lidar com estes problemas de forma mais eficaz”<sup>376</sup>. A resposta, como se sabe, foi dada de modo muito claro no pacote das directivas de 2014.

---

<sup>375</sup> COM(2011) 15 final.

<sup>376</sup> O assunto também não mereceu particular atenção por parte do Conselho Económico e Social Europeu, que, no seu parecer sobre este Livro Verde [COM(2011) 15 final], publicado no JOUE em 29.10.2011, referiu apenas que, “no âmbito de alguns contratos, especialmente os de longa duração, ocorrem circunstâncias que exigem alterações a uma ou outra parte das disposições contratuais. Se essas situações são por vezes inevitáveis, as oportunidades de corrupção são maiores. A Directiva [de 2004] restringe as alterações possíveis aos contratos-quadro (artigo 32º), mas é omissa quanto ao resto. Na opinião do CESE, o risco de corrupção e/ou a falta de segurança contratual no caso de as regras serem menos rigorosas para permitir em geral uma maior flexibilidade têm efeitos nocivos” (ver número 4.1.3).

Por sua vez, o Tribunal de Contas (europeu), no seu Parecer nº 4/2011 (2011/C 195/01), referiu que “o Livro Verde assinala devidamente algumas lacunas no quadro jurídico que podem acarretar riscos para a segurança jurídica, especialmente na fase de execução contratual. O Tribunal considera que deverão ser introduzidas clarificações, baseadas na jurisprudência do Tribunal de Justiça, no quadro jurídico da UE, para regular o caso de «alterações substanciais» a um contrato em vigor, bem como as alterações ligadas à empresa contratante e a rescisão de contratos”.

### 10.3. A jurisprudência das “alterações substanciais”

#### 10.3.1. A jurisprudência do TJUE

**10.3.1.1.** O critério das “alterações substanciais” e o enunciado de algumas situações em que é admissível modificar um contrato público deve-se ao labor do TJUE. Nas páginas subsequentes far-se-á um resumo breve dos principais casos na matéria<sup>377</sup>, até pela importância que eles têm como tópicos auxiliares de interpretação de algumas regras das directivas de 2014<sup>378</sup>.

O primeiro acórdão a lançar o debate sobre a possibilidade de uma modificação do contrato consubstanciar a celebração de um novo contrato (sujeito às regras da contratação pública) foi o *Comissão/França*, de 05.10.2000 (C-337/98). Embora o TJUE tenha entendido que a Comissão (autora no processo) não conseguira provar que determinada negociação de um contrato público demonstrava a vontade das partes de “*renegociar os termos essenciais do contrato*”, ficava dado o mote, é dizer, se tal prova tivesse sido feita, o TJUE teria considerado estarmos perante a adjudicação de um novo contrato.

**10.3.1.2.** O tema só foi tratado com algum desenvolvimento no conhecido acórdão *Succhi di Frutta SpA*, de 29.04.2004 (C-496/99), em que estava em causa um contrato celebrado pela Comissão Europeia que tinha por objeto o fornecimento de sumos e doces de fruta, em troca da entrega de maçãs e de laranjas. Tendo-se verificado, já durante a execução do contrato, a falta de maçãs suficientes, a Comissão Europeia autorizou o cocontratante a substituir a entrega de maçãs por pêssegos, embora o anúncio do concurso (i) impusesse que a contrapartida consistisse no fornecimento de sumos e doces de fruta ou na entrega de maçãs ou laranjas e (ii) não previsse a

---

<sup>377</sup> Além dos que serão assinalados no texto, são igualmente relevantes os acórdãos do TJUE de 22.04.2010, *Comissão/Espanha*, C-423/07, e de 08.05.2014, *Idrodinamica Apurgo Velox Srl*, C-161/13.

<sup>378</sup> Ver também, sobre esta matéria, entre nós, Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, pp. 392 e ss.

entrega de quaisquer outras frutas (designadamente pêssegos), nem a possibilidade de alteração das condições contratuais.

O TJUE entendeu que, nestas circunstâncias, a Comissão não podia, depois da adjudicação e já em sede de execução do contrato, proceder à modificação de uma condição importante do concurso, como a relativa à contrapartida ou aos “modos de pagamento”. Mais concretamente, o TJUE considerou que *“o princípio da igualdade de tratamento entre os proponentes, que tem por objectivo favorecer o desenvolvimento de uma concorrência sã e efectiva entre as empresas que participam num concurso público, impõe que todos os proponentes tenham as mesmas oportunidades na formulação dos termos das suas propostas e implica portanto que estas estejam sujeitas às mesmas condições para todos os concorrentes”*. E o mesmo decorre, segundo o TJUE, do *princípio da transparência*, o qual, destinando-se “essencialmente a garantir a ausência de risco de favoritismo e de arbitrariedade por parte da entidade adjudicante”, implica que *“todas as condições e modalidades do processo de adjudicação sejam formuladas de forma clara, precisa e unívoca, no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, de forma, por um lado, a permitir a todos os proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes compreenderem o seu alcance exacto e interpretá-las da mesma maneira e, por outro, a possibilitar à entidade adjudicante verificar efectivamente se as propostas dos proponentes correspondem aos critérios por que se rege o concurso em causa”*.

Por outro lado, numa afirmação que revela bem a linha de continuidade entre o procedimento de contratação e o próprio contrato, o TJUE observa que incumbe à entidade adjudicante “observar rigorosamente os critérios por ela fixados não só [no momento] do processo de concurso enquanto tal, que tem por objecto a avaliação das propostas e a escolha do adjudicatário, mas, mais geralmente, até ao termo da fase de execução do contrato em causa”.

Depois desta proposição, a conclusão é tirada quase em termos silogísticos: “se uma proposta que não seja conforme às condições estipuladas deve, com toda a evidência,

ser afastada, a entidade adjudicante também não está autorizada a alterar a sistemática geral do concurso modificando em seguida unilateralmente um das suas condições essenciais e, em especial, uma estipulação que se tivesse figurado no anúncio de concurso, teria permitido aos proponentes apresentarem uma proposta substancialmente diferente”. Em suma, “numa situação como a do caso vertente, a entidade adjudicante não podia, depois da adjudicação do contrato, [...] proceder a uma modificação de uma condição importante do concurso como a relativa aos modos de pagamento dos produtos a fornecer”.

**10.3.1.3.** Mais tarde, surgiu o acórdão *Comissão vs. República Italiana*, de 13.09.2007 (C-260/04), em que estava em causa saber se, tendo procedido à renovação de 329 concessões de gestão das apostas sobre competições hípcas sem qualquer processo de abertura à concorrência, Itália tinha ou não violado as obrigações que lhe incumbiam por força do TFUE – em especial, o princípio da transparência e a obrigação de publicidade decorrentes dos artigos 43.º e 49.º daquele Tratado.

O Estado italiano procurou justificar o facto de ter procedido, por três vezes, à prorrogação do prazo de vigência das concessões (ou à sua renovação) com a necessidade de assegurar aos titulares da concessão “a continuidade, a estabilidade financeira e a adequada remuneração dos investimentos realizados no passado, bem como com a necessidade de desencorajar o recurso a atividades clandestinas até que as concessões em vigor pudessem voltar a ser adjudicadas, com base em procedimentos de contratação pública”, constituindo tais justificações, em seu entender, “motivos imperiosos de interesse geral, capazes de permitir derrogações aos princípios comunitários que comportam a obrigação de abrir à concorrência o mercado dos contratos de serviços”.

O TJUE começou por observar que, embora a “atribuição da gestão e da recolha das

apostas sobre competições hípicas em Itália [deva] ser considerada uma concessão de serviço público” (não se subsumindo, à data, no âmbito de aplicação da Directiva 92/50/CEE, relativa aos contratos públicos de serviços), a verdade é que “resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça, designadamente, do acórdão de 7 de Dezembro de 2000, Telaustria e Telefonadress (C-324/98, Colect, p. I-10745), que as autoridades nacionais que procedem a tal atribuição são obrigadas a respeitar os princípios da não discriminação e da transparência, a fim de assegurar um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como a fiscalização da imparcialidade dos processos de adjudicação”.

Assim, o que se revelava decisivo era apurar se a renovação das concessões podia “ser aceite a título das medidas derogatórias expressamente previstas pelos artigos 45.º CE e 46.º CE ou ser justificada, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, por razões imperiosas de interesse geral<sup>379</sup>”, uma vez que já tinha sido “admitido pela jurisprudência um certo número de razões imperiosas de interesse geral, tais como a protecção dos consumidores e a prevenção da fraude e da incitação dos cidadãos a uma despesa excessiva ligada ao jogo, bem como a prevenção das perturbações da ordem social em geral”.

Retomando o caso, o TJUE começou por lembrar que, “embora os Estados-Membros tenham a faculdade de fixar os objectivos da sua política em matéria de jogos de fortuna e azar e, se for caso disso, de definir com precisão o nível de protecção pretendido, as restrições que imponham devem, porém, preencher as condições que resultam da jurisprudência do Tribunal de Justiça no que se refere à sua proporcionalidade”, sendo assim necessário “examinar se a renovação de concessões à margem de qualquer processo de abertura à concorrência é adequada para garantir a realização do objectivo prosseguido pela República Italiana e se não ultrapassa o que é necessário para atingir esse objectivo”.

---

<sup>379</sup> Em linha com a jurisprudência do acórdão de 6 de Novembro de 2003, Gambelli, C-243/01, nº 60.

Sucedde que, embora tivesse invocado, em abstracto, uma razão imperiosa de interesse geral, Itália “não justificou de que forma a renovação das concessões existentes à margem de qualquer processo de abertura à concorrência poderia impedir o desenvolvimento de actividades clandestinas no sector das apostas sobre competições hípcas”; por outro lado, os outros motivos de natureza económica avançados pelo Estado italiano, tais como “assegurar aos titulares de uma concessão a continuidade, a estabilidade financeira e a adequada remuneração dos investimentos realizados no passado, [...] não podem ser admitidos como razões imperiosas de interesse geral susceptíveis de justificar uma restrição a uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado”.

Nestes termos, TJUE entendeu que “o facto de proceder à renovação das antigas concessões sem abertura à concorrência não é adequado para garantir a realização do objectivo prosseguido pela República Italiana e ultrapassa o que é necessário para evitar que os operadores activos no sector das apostas sobre competições hípcas sejam envolvidos em actividades criminosas ou fraudulentas”, razão pela qual Itália teria incumprido “as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 43.º CE e 49.º CE e viol[ado], em especial, o princípio geral da transparência assim como a obrigação de garantir um grau de publicidade adequado”.

**10.3.1.4.** De seguida, foi proferido o importante acórdão *Pressetext*, de 18.06.2008 (C-454/06), que incidiu sobre a modificação de um contrato (o chamado «contrato de base») de prestação de serviços celebrado entre a APA (principal operador no mercado austríaco das agências noticiosas) e Áustria (antes ainda da sua adesão à União Europeia).

Na sua versão original, o contrato previa que as autoridades federais austríacas podiam consultar e utilizar informações sobre a actualidade (função dita «serviço de

base»), pedir informações e comunicados de imprensa de carácter histórico, provenientes de uma base de dados da APA, designada «APADok», e também utilizar o serviço de textos originais da APA, designado «OTS», tanto para sua informação como para a difusão dos seus próprios comunicados de imprensa. Quanto à sua vigência, o contrato foi celebrado por tempo indeterminado, tendo as partes, através de uma renúncia à rescisão, acordado que só seria possível pôr termo ao contrato a partir de 31 de Dezembro de 1999. Por último, o contrato continha também disposições relativas ao momento do primeiro aumento do preço, ao montante máximo de cada aumento e à indexação dos preços com base no índice dos preços ao consumidor de 1986, sendo o valor de referência o índice calculado para o ano de 1994.

Ao longo da sua execução, o contrato foi objeto de várias modificações. Desde logo, por força da transferência da posição contratual da APA (contratante inicial) para uma filial sua. Posteriormente, foi celebrado um primeiro aditamento ao contrato, com efeitos a partir de 2002, através do qual (i) o preço contratual foi convertido de xelins para euros (com um arredondamento para baixo), (ii) o preço fixado para a consulta em linha dos serviços de informação da APA foi substituído por um preço em euros, sem alteração do seu montante intrínseco; (iii) para o cálculo da indexação, o índice calculado para o ano de 1994 (com base no índice dos preços ao consumidor de 1986) foi substituído, como ponto de referência, pelo índice calculado para o ano de 2001 com base no índice dos preços ao consumidor de 1996; (iv) em derrogação ao mecanismo de indexação, certos preços foram fixados imediatamente para os anos de 2002 a 2004, sendo o valor estabelecido inferior ao que resultaria da cláusula de indexação, se ela tivesse sido aplicada. Mais tarde, num segundo aditamento, para entrar em vigor em 2006, as partes (i) prorrogaram a vigência da cláusula de renúncia

à rescisão por 9 anos (de 1 de Janeiro de 2000 até 31 de Dezembro de 2008<sup>380</sup>) e (ii) aumentaram (de 15% para 25%) o desconto sobre o preço da consulta em linha dos serviços de informação da APA.

O TJUE, não se detendo, como até aí tinha feito, na convocação dos princípios gerais na matéria, começou por adiantar quais eram os três factores em função dos quais se mede o critério da alteração substancial.

Assim, em primeiro lugar, “com vista a assegurar a transparência dos processos e a igualdade de tratamento dos proponentes, as alterações introduzidas nas disposições de um contrato público durante a sua vigência constituem uma nova adjudicação do contrato [...] quando apresentem *características substancialmente diferentes das do contrato inicial e sejam, conseqüentemente, susceptíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato*”<sup>381</sup>. Depois, a “alteração de um contrato público vigente pode ser considerada substancial quando *introduz condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite*”. Em terceiro lugar, uma “alteração pode igualmente ser considerada substancial quando *modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário do contrato de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial*”.

Enunciados os três factores, o TJUE analisou cada uma das modificações<sup>382</sup>,

---

<sup>380</sup> Embora, verdadeiramente, tendo em conta o momento em que o aditamento foi celebrado, e porque o mesmo não tinha efeitos retroactivos, esta prorrogação só tenha abrangido o período de 2006 a 2008, ou seja, 3 anos.

<sup>381</sup> Que foi, como se viu atrás, a fórmula adiantada pelo acórdão de 5 de Outubro de 2000, Comissão/França, C-337/98, n.ºs 44 e 46.

<sup>382</sup> Apenas se cuidará no texto das modificações objectivas.

Relativamente à modificação subjectiva — “transferência para a APA OTS, no decurso do ano de 2000, dos serviços OTS fornecidos até então pela APA” — o TJUE começou por formular o princípio na matéria, a saber, que “a substituição do cocontratante ao qual a entidade adjudicante tinha inicialmente adjudicado o contrato por um novo cocontratante constitui uma alteração de um



dos termos essenciais do contrato público em causa, a menos que essa substituição estivesse prevista nos termos do contrato inicial, por exemplo a título da subcontratação”. No entanto, disse, “a transferência da actividade em questão apresenta certas características específicas que permitem concluir que tais alterações, introduzidas numa situação como a do processo principal, não constituem uma modificação de um termo essencial do contrato”. Com efeito, a “APA OTS é uma filial detida a 100% pela APA, esta última dispõe de um poder de direcção sobre a APA OTS e entre estas duas entidades existe um contrato de transferência de lucros e perdas, assumidos pela APA. Além disso, resulta dos autos que uma pessoa habilitada a representar a APA assegurou à entidade adjudicante que, na sequência da transferência dos serviços OTS, a APA era solidariamente responsável com a APA OTS e que a prestação global existente não seria alterada”. Motivos que levaram o TJUE a considerar que “tal operação representa, no essencial, uma reorganização interna do cocontratante, que não modifica de forma essencial os termos do contrato inicial”.

Ainda neste contexto, perguntava-se “se a circunstância de a entidade adjudicante não ter a garantia de que as acções da APA OTS não serão cedidas a terceiros durante a totalidade do período de vigência do contrato tem consequências jurídicas”. De acordo com o TJUE, “se as acções da APA OTS fossem cedidas a um terceiro durante a vigência do contrato em causa no processo principal, estaria em causa não uma reorganização interna do cocontratante inicial mas uma mudança efectiva de cocontratante, o que constituiria, em princípio, uma modificação de um termo essencial do contrato”, sendo tal evento “susceptível de constituir uma nova adjudicação do contrato”. “Um raciocínio análogo”, disse, “aplicar-se-ia se a cessão das acções da filial a um terceiro já estivesse prevista no momento da transferência das actividades em causa para a filial (v., neste sentido, acórdão de 10 de Novembro de 2005, Comissão/Áustria, C-29/04, Colect., p. I 9705, n.ºs 38 a 42)”. De qualquer forma, o TJUE entendeu que, se e enquanto não se verificar essa situação, a conclusão “segundo a qual a situação em causa constitui uma reorganização interna do cocontratante permanece válida” e que o “facto de não haver a garantia de que as acções da filial não serão cedidas a terceiros durante a vigência do contrato não afecta” essa conclusão.

A questão subjectiva seguinte é próxima da anterior, consistindo em saber se há “consequências jurídicas decorrentes do facto de a entidade adjudicante não ter a garantia de que a composição dos sócios do prestador inicial não será alterada durante a totalidade do período de vigência do contrato”. Respondeu o TJUE que “os contratos públicos são regularmente adjudicados a pessoas colectivas. Se uma pessoa colectiva estiver constituída sob a forma de uma sociedade anónima cotada em Bolsa, resulta da sua própria natureza que a composição dos seus accionistas é susceptível de mudar a qualquer momento. Em princípio, tal situação não põe em causa a validade da adjudicação de um contrato público a tal sociedade. A situação poderia ser diferente em casos excepcionais, como na hipótese de artifícios destinados a contornar as regras comunitárias em matéria de contratos públicos”. Na sequência destas considerações introdutórias, o TJUE entendeu que “eventuais mudanças na composição do círculo dos sócios [da] cooperativa [APA OTS] não provocam, em princípio, uma alteração substancial do contrato adjudicado” à mesma.

Em suma: as directivas vigentes à data devem ser interpretadas “no sentido de que não abrangem uma situação [...] em que serviços fornecidos à entidade adjudicante pelo prestador de serviços inicial são transferidos para outro prestador de serviços constituído sob a forma de uma sociedade de capitais, de que o prestador de serviços inicial é o único accionista, controlando o novo

começando pelas que incidiram sobre o preço (conversão dos preços em euros sem modificação do seu montante intrínseco, conversão dos preços em euros acompanhada de uma redução do seu montante intrínseco e reformulação de uma cláusula de indexação dos preços). Relativamente à conversão, considerou-se que “está em causa não uma alteração substancial do contrato, mas unicamente uma adaptação deste a circunstâncias exteriores modificadas, desde que os montantes em euros sejam arredondados em conformidade com as disposições em vigor”. Só quando “o arredondamento dos preços convertidos em euros ultrapassa o montante autorizado pelas disposições pertinentes [estará] em causa uma alteração do montante intrínseco dos preços previsto pelo contrato inicial”, colocando-se então a questão de saber se tal alteração dos preços constitui uma “nova adjudicação do contrato”. Por outras palavras, apesar de ser evidente que “o preço constitui uma condição importante de um contrato público” e que a modificação de uma “tal condição durante o período de vigência do contrato, na falta de uma habilitação expressa nesse sentido no contrato inicial, [pode] dar origem a uma violação dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento dos proponentes”, uma simples conversão do preço por mero efeito da entrada de uma nova moeda com força legal não representa uma alteração substancial do contrato.

Relativamente aos ajustamentos feitos na operação de conversão, não haveria aí uma nova adjudicação se tal “ajustamento [fosse] mínimo e se explicar de forma objectiva” — a que acrescia, no caso concreto, o facto de ele ter ocorrido, “não em proveito mas em detrimento do adjudicatário do contrato, uma vez que este último [concedeu] uma redução dos preços que teriam resultado das regras de conversão e de indexação normalmente aplicáveis”, tendo assim o TJUE entendido tais operações não representam “uma alteração das condições essenciais deste contrato susceptível de constituir uma nova adjudicação”.

---

prestador de serviços e dando lhe instruções, desde que o prestador de serviços inicial continue a assumir a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações contratuais”.

No que concerne à “reformulação da cláusula de indexação”, o TJUE considerou que as partes se limitaram a “aplicar as estipulações do contrato de base”, que já previam essa atualização ou reformulação, não constituindo portanto uma “alteração das condições essenciais do contrato inicial susceptível de constituir uma nova adjudicação”.

De seguida, e a propósito da modificação da cláusula de renúncia à rescisão do contrato – que, lembre-se, tinha sido prorrogada por mais 9 anos (embora, de facto, já só abrangesse os anos de 2006 a 2008) –, o TJUE começou por referir “que a prática que consiste em celebrar um contrato público de serviços por tempo indeterminado é, em si, incompatível com o sistema e a finalidade das regras comunitárias em matéria de contratos públicos”, pois pode “ter por efeito, a prazo, entrar a concorrência entre os potenciais prestadores de serviços”. Porém, “o direito comunitário, no seu estágio actual, não proíbe a celebração de contratos públicos de serviços por tempo indeterminado”. Assim, “uma cláusula através da qual as partes se comprometem a não rescindir durante um certo período um contrato celebrado por tempo indeterminado não é automaticamente considerada ilícita do ponto de vista do direito comunitário dos contratos públicos”. O que significa que a questão devia ser apreciada à luz do critério da “alteração substancial do contrato inicial”.

Desta forma, o TJUE começou por observar que “depois de, em 31 de Dezembro de 1999, a cláusula de não rescisão contida no contrato de base ter expirado, o contrato [...] podia ter sido rescindido a qualquer momento, sob reserva de um pré-aviso. No entanto, permaneceu em vigor durante o período correspondente aos anos de 2000 a 2005, inclusive, uma vez que nem a entidade adjudicante nem o prestador de serviços exerceram o seu direito à rescisão do contrato”. Por outro lado, o TJUE considerou não ter ficado provado “que, no período entre 2005 e 2008, abrangido pela cláusula de não rescisão, a entidade adjudicante tivesse tido, no caso de esta

cláusula não existir, a intenção concreta de fazer cessar o contrato em curso e de proceder a uma nova abertura do concurso. Mesmo supondo que tivesse pretendido fazê-lo, o período abrangido por esta cláusula, ou seja, três anos, não era tal que a tivesse disso impedido de o fazer durante um período excessivo relativamente ao tempo necessário para a organização de uma tal operação”. O TJUE concluiu assim que, “nestas condições, não se demonstrou que uma tal cláusula de não rescisão, desde que não seja sistematicamente reinserida no contrato, comporte o risco de falsear a concorrência em detrimento de novos potenciais proponentes”, não podendo portanto “ser qualificada como uma alteração substancial do contrato inicial”.

Por último, quanto ao aumento do desconto previsto no segundo aditamento celebrado pelas partes, o TJUE, além de entender que isso fazia “parte das cláusulas fixadas no contrato de base” – que previam uma “tarifa degressiva”, ou seja, uma redução dos preços dos serviços quando aumentasse o seu “consumo” pelo parceiro contratual da APA (sendo que “a redução de um preço e o aumento de uma taxa de desconto têm um efeito económico comparável”) –, considerou que “o aumento do desconto, uma vez que tem por efeito a redução da remuneração recebida pelo adjudicatário em relação à inicialmente prevista, não modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário”, não sendo por isso “susceptível de provocar uma distorção da concorrência em detrimento de potenciais proponentes” e, logo, não devendo ser qualificado como uma “alteração substancial do contrato”.

Em suma, para o TJUE, o direito comunitário vigente à data do contrato (a Directiva 92/50, mas que, para estes efeitos, não se distingue essencialmente das que lhe sucederam, com excepção, claro, das directivas de 2014) devia ser interpretado no sentido de que não constituem uma nova adjudicação de um contrato público (i) uma “adaptação do contrato inicial a circunstâncias exteriores modificadas, como a conversão em euros dos preços inicialmente expressos em moeda nacional, a redução

mínima destes preços com vista a arredondá-los e a referência a um novo índice de preços que o contrato inicial tinha previsto que viria a substituir o índice anteriormente fixado”, nem (ii) um aditamento através do qual as partes acordam, “durante o período de vigência de um contrato de serviços [...] celebrado por tempo indeterminado, renovar por um período de três anos uma cláusula de renúncia à rescisão, que já tinha caducado na data em que a nova cláusula foi celebrada, e [...] fixar descontos superiores aos inicialmente previstos sobre certos preços condicionados à quantidade num domínio específico”.

**10.3.1.5.** De seguida, surgiu o Acórdão *Wall AG*, de 13.04.2010 (C-91/08), no qual estava em causa um contrato de concessão de serviços de exploração, manutenção, assistência e limpeza de vários sanitários públicos urbanos, celebrado entre a cidade de Frankfurt e a empresa FES. O contrato previa expressamente que a Wall AG – uma empresa dedicada à produção, montagem, manutenção e limpeza de sanitários públicos – seria uma subcontratada da FES, embora não explicitasse o âmbito e a extensão dessa subcontratação. Ainda nos termos do contrato, a alteração do subcontratado dependia do consentimento da entidade adjudicante.

A FES requereu à entidade adjudicante a alteração da subcontratada apenas relativamente a parte dos serviços objeto do contrato, o que foi autorizado. E foi precisamente sobre este consentimento prestado pela entidade adjudicante que se pronunciou o TJUE.

O TJUE começou por considerar que, “tendo em vista assegurar a transparência dos processos e a igualdade de tratamento dos proponentes, as alterações substanciais introduzidas nas disposições essenciais de um contrato de concessão de serviços podem exigir, em certas hipóteses, a adjudicação de um novo contrato de concessão quando apresentem *características significativamente diferentes das do contrato inicial e*

*sejam, conseqüentemente, susceptíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais desse contrato*". Além disso, a modificação de um contrato pode ser considerada substancial quando introduz condições *"que, se tivessem figurado no processo de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido seleccionar uma proposta diferente da inicialmente seleccionada"*<sup>383</sup>.

Aliás, disse o TJUE, a própria substituição de subcontratante, mesmo quando a faculdade de o fazer está prevista no contrato, pode, em casos excepcionais, constituir uma alteração substancial *"quando o recurso a determinado subcontratante e não a outro tenha sido, atendendo às características próprias da prestação em causa, um elemento determinante da celebração do contrato"*.

Embora reconhecendo aos tribunais dos Estados a competência para o efeito, através da apreciação do caso concreto, o TJUE afirmou que haveria uma alteração a um dos elementos considerados "essenciais" do contrato sempre que "as alterações introduzidas nas disposições de um contrato de concessão de serviços apresentem características significativamente diferentes das que justificaram a adjudicação do contrato de concessão inicial e sejam, conseqüentemente, susceptíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais desse contrato", caso em que "há que adoptar, em conformidade com a ordem jurídica interna do Estado-Membro em causa, todas as medidas necessárias para restabelecer a transparência no processo, incluindo um novo processo de adjudicação", o qual "deve ser organizado segundo modalidades adaptadas às especificidades da concessão de serviços em causa e permitir que uma empresa situada no território de outro Estado-Membro possa ter acesso às informações adequadas relativas à referida concessão antes de esta ser adjudicada".

---

<sup>383</sup> Proposição que está em sintonia com a já referida jurisprudência *Presstext*.

**10.3.1.6.** Poucos dias depois do Acórdão *Wall AG*, surgia o importante acórdão *Comissão vs. República Federal Alemã*, de 29.04.2010 (C-160/08), no qual se discutia, além da prorrogação não contratualmente prevista de diversos contratos de serviço público de transporte médico de emergência e de transporte especial de doentes, a legitimidade da modificação de um desses contratos.

O contrato em causa, celebrado em 2004 pelo valor de 4 450 milhões de euros por ano, foi objeto de uma modificação, tendo passado a abranger um posto de socorro de mais uma localidade (que representava cerca de um quarto da superfície total da circunscrição anteriormente abrangida), pelo valor adicional de aproximadamente 670 000 euros por ano (sensivelmente, um aumento de 15%).

A questão foi resolvida em três simples parágrafos. Começando por recordar que “uma alteração do contrato inicial pode ser considerada substancial e, assim, constituir uma nova adjudicação do contrato, [...] designadamente quando *alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos*”, o TJUE considerou logo de seguida que, como o “valor do contrato relativo à exploração do [novo] posto de socorro [de 673 719,92 euros] é um *montante claramente superior aos limiares de aplicação* fixados no artigo 7.º das Directivas 92/50 e 2004/18”, o “alargamento contratual [...] deve ser considerado uma alteração substancial do contrato inicial, que teria exigido o cumprimento das disposições pertinentes do direito da União relativo aos contratos públicos”.

**10.3.1.7.** Em suma, sem necessidade de regras de direito derivado, o Direito da União Europeia, através da jurisprudência criadora do seu tribunal, já revelava capacidade para enquadrar e resolver a generalidade dos casos de modificação dos contratos públicos em função dos critérios das “alterações substanciais” e a sua bondade foi reconhecida pelas directivas de 2014, que receberam *ipsis verbis* esse critério, embora,

como irá ver-se adiante, tenham ido mais longe na matéria (e no sentido de um alargamento das hipóteses de modificação dos contratos públicos<sup>384</sup>.

### 10.3.2. A sua recepção nacional na jurisprudência nacional

#### 10.3.2.1. Os nossos tribunais, em particular, o Tribunal de Contas (“TdC”)<sup>385</sup>, tiveram

---

<sup>384</sup> Um outro domínio onde se tem feito sentir a preocupação pela estabilidade dos contratos e, portanto, a ideia do carácter limitado das modificações contratuais é o dos projetos financiados pelos Fundos Estruturais e de Investimento.

Aliás, há um guia prático, com um nome sugestivo (*Contratação Pública - Guia prático para profissionais sobre a prevenção dos erros mais comuns em projetos financiados pelos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento*, Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2015), que aborda o tema, referindo de forma expressa que “as alterações contratuais e a utilização de um procedimento por negociação para obras complementares com um contratante existente sem qualquer apresentação a concurso destas obras ou serviços complementares é um dos erros mais comuns e graves” (p. 56). Depois, na *Caixa de Ferramenta – Documento 8 – Alteração de Contratos* (p. 90), volta a afirmar-se que “as entidades adjudicantes presumem erradamente que as alterações necessárias durante a fase de execução podem simplesmente ser realizadas mediante a alteração do contrato existente ou a celebração de um contrato de obras ou serviços complementares com o contratante titular da execução do contrato, na condição de que tais alterações não aumentem o valor do contrato em mais de 50 %”.

Depois de assinalado o erro, indica-se quais são as *boas práticas*: “O princípio geral é que, durante a fase de execução de um contrato, a entidade adjudicante não pode alterar as suas condições essenciais. Qualquer alteração deste tipo deve ser considerada equivalente à celebração de um novo contrato, que exige, em princípio, um novo concurso. (...). O princípio subjacente é que todas as alterações que modifiquem o contrato em termos de valor, calendário ou âmbito (volume, objeto ou natureza) na medida em que poderiam ter alterado o resultado da proposta inicial, devem ser tratadas como «substanciais», devendo por isso voltar a ser apresentadas, como novo contrato de obras/serviços/fornecimentos complementares”. Por último, entre as várias medidas destinadas a evitar, tanto quanto possível, o tal erro comum das entidades adjudicantes, afirma-se que estas devem “assegurar que o contrato inicial prevê obras, serviços ou fornecimentos complementares facultativos e inclui preços aplicáveis na fase de concurso” (p. 91).

<sup>385</sup> Mas não só. Veja-se também o acórdão do TCA Sul de 21.03.2013 (p. 9580/12), onde a densificação do conceito de “alterações substanciais das condições consagradas em acordo quadro” (constante do artigo 257º do CCP), foi feita essencialmente, e bem, por referência à jurisprudência do TJUE e também ao regime do artigo 313º, nºs 1 e 2, do CCP.

Além disso, e com interesse autónomo, considerou-se aí que deve ser considerada substancial uma alteração que “alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos, devendo convocar-se para este efeito as regras sobre a “adjudicação” de trabalhos a mais ou de serviços a mais



já oportunidade de acolher a jurisprudência do TJUE sobre as “alterações substanciais” em vários casos.

O primeiro caso em que o TdC foi chamado a aplicar esses critérios foi no Acórdão n.º 20/2010, de 01.06.2010 (p.108/2010), em que estava em causa a prorrogação do prazo de vigência de um contrato de prestação de serviços de recolha e transporte de resíduos sólidos urbanos, por um período de oito anos, com o fundamento de que se tratava do tempo mínimo necessário para a amortização dos investimentos que o cocontratante teria de fazer em novos equipamentos, garantindo-se assim o equilíbrio financeiro do contrato<sup>386</sup>.

O TdC considerou que “o prazo de duração é uma das condições essenciais de um contrato de aquisição de serviços”, representando, para o contraente privado, “uma garantia de negócio para o período em causa” e, “para o contraente público, o período findo o qual ele deve promover uma nova consulta ao mercado”, consulta, essa, que se destina “a realizar o princípio da concorrência no acesso aos mercados públicos, mas também a rever os pressupostos e condições do fornecimento e a permitir à entidade pública usufruir de eventuais benefícios de um novo funcionamento da concorrência”.

---

*(v. arts. 370º e 454º do CCP)”, da mesma forma que merece tal qualificação uma “alteração que modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial; isto pode ser testado procurando indícios de mau planeamento prévio do acordo quadro ou de “discrção” excessiva, ou ainda de falhas na preparação técnica do acordo quadro”.*

Por outro lado, também se entendeu nesse acórdão que “a proteção da concorrência e do objetivo ou fim da concorrência prosseguido pelo contrato original (aqui, o acordo quadro) exige identidade entre o âmbito da alteração e o âmbito da possibilidade da alteração; desvirtuada essa identidade ou distorcido ou ofendido aquele objetivo prosseguido pelo acordo quadro, há alteração substancial ou essencial”. “Essa identidade”, disse o TCA Sul, “coincide com a neutralidade para os interesses dos potenciais proponentes no momento inicial ou num novo acordo quadro, isto fora das situações em que o acordo quadro preveja lícita e claramente meras adaptações ou simples alterações”.

<sup>386</sup> Este acórdão foi comentado, criticamente, por Tiago Duarte, “Os eléctricos de Marselha não chegaram a Sintra: o Tribunal de Contas e os limites à modificação dos contratos”, RCP, 2011, n.º 3, pp. 27 e ss.

Sendo assim, o “eventual alargamento de um prazo de vigência de um contrato público” vai implicar (i) uma “maior e mais estável garantia de negócio para o contraente privado, modificando o equilíbrio económico do contrato a seu favor”, (ii) o “protelamento da adjudicação de um novo contrato por concurso, o que constitui uma diferença de tratamento em detrimento de empresas que possam estar interessadas nesse contrato”, e, por último, (iii) a “impossibilidade para o contraente público de fazer cessar o contrato por motivos que lhe sejam convenientes e de beneficiar de uma nova consulta ao mercado”.

Para o TdC, estas razões são suficientes para considerar que *“a modificação, por alargamento, do prazo de vigência de um contrato público, quando suficientemente relevante, constitui uma alteração substancial a uma condição essencial desse contrato”*.

Com efeito, e como assinalou o TdC, *“a modificabilidade dos contratos públicos durante a sua vigência não depende apenas da existência de razões de interesse público e do respeito pelo objecto do contrato e pelo equilíbrio financeiro do mesmo”, mas “também, em obediência aos princípios constitucionais e legais da concorrência, igualdade e transparência, da não alteração de outras condições importantes desses contratos e da não alteração dos pressupostos que estiveram na base do procedimento competitivo através do qual foi feita a escolha da proposta adjudicada”*. Por conseguinte, afirma, *“as eventuais razões de interesse público que determinem a necessidade de alterar substancialmente o modo de execução dos contratos devem conduzir a uma nova consulta ao mercado, baseada nos novos pressupostos, e não a uma modificação contratual”*.

A propósito do dilema que se colocava à entidade contratante quando o interesse público aconselha a alteração do sistema de recolha de resíduos (e, portanto, dos equipamentos nele utilizados), mas os princípios da concorrência e igualdade impedem a modificação do contrato, o Tribunal foi claro: *“no caso, estamos perante pressupostos técnicos completamente diferentes dos do procedimento inicial, sendo*

de todo impossível demonstrar que a ordenação das propostas avaliadas no concurso não seria alterada se o caderno de encargos se baseasse nos novos pressupostos. Essas razões de interesse público devem, pois, conduzir a uma nova consulta ao mercado, baseada nos novos pressupostos, e não a uma modificação contratual”, tendo assim decidido recusar do visto.

Decisão que manteve no acórdão n.º 28/2010, de 03.11.2010 — em que foi apreciado o recurso interposto do acórdão n.º 20/2010, acima referido —, tendo o TdC considerado que “o instrumento contratual, através do qual se efectivou e tornou possível, para além da alteração do prazo contratual, a substituição do sistema de recolha de resíduos, bem como dos equipamentos a estes adstritos, não se traduz numa mera alteração do prazo contratual, [...] mas antes numa substancial alteração do objecto do anterior contrato, o que conforma o presente instrumento como um novo contrato”.

**10.3.2.2.** No Acórdão n.º 5/2012, de 17.02.2012 (p. 1855/2011), o TdC foi chamado a pronunciar-se sobre a prorrogação do prazo de vigência de um contrato de prestação de serviços, justificada por razões de interesse público, traduzidas na circunstância de não ter sido possível concluir, em tempo útil, qualquer procedimento de contratação pública para a aquisição de serviços de recolha de cadáveres animais.

Também aqui o TdC considerou que, como a “admissão, sem critério ou fundamento, do instituto da «prorrogação da vigência contratual» subverteria «o princípio da licitação» e descuraria a vinculação de toda a atividade administrativa aos princípios da prossecução do interesse público, da juridicidade, da proibição do arbítrio, da imparcialidade e da boa-fé”, a “prorrogação da vigência contratual” deveria forçosamente figurar nas peças procedimentais e, posteriormente, no contrato, desse modo dando cumprimento aos princípios da concorrência, da

igualdade e da transparência”. Mais: a previsão da prorrogação da vigência contratual, “para além de dever constar nas peças do procedimento e subsequente clausulado contratual”, também só poderia ocorrer “em ambiência fáctica excecional e indutora de indiscutíveis vantagens económicas, financeiras e sociais para a Administração Pública”.

Em suma, a “renúncia ao mercado” no prazo inicialmente previsto exige uma “justificação exhaustiva e inequívoca”, por ser expectável que “o processo de formação do contrato assumia contornos bem diversos face à inclusão da possibilidade de prorrogação do contrato em peças procedimentais ou não, pois os interessados situariam aí um novo elemento de ponderação quanto à sua participação no procedimento”, sendo que “tal circunstância não é indiferente ao princípio da concorrência, consabidamente estruturante de toda a contratação pública”, motivos que justificaram a recusa do visto.

**10.3.2.3.** Por seu turno, no acórdão n.º 5/2012, de 13.03.2012 (p. 124/2010), estava em causa um contrato de concessão da exploração da escola de hotelaria e turismo da Madeira, objecto de alteração por força de um contrato-programa de cooperação financeira. Nos termos desse contrato-programa, o Governo Regional concederia uma comparticipação financeira à concessionária, a fim de garantir, transitoriamente, a viabilidade financeira e operacional da escola profissional e os estabelecimentos de aplicação associados, nomeadamente o hotel, restaurante e bar.

O TdC começou por recordar que, “nos documentos de tal concurso – em particular no caderno de encargos – e com reflexo no texto contratual celebrado, estabeleceu-se que o concessionário assume expressa, integral e exclusivamente a *responsabilidade pelos riscos inerentes à concessão* durante o prazo da sua duração ou eventual prorrogação e é responsável pela obtenção dos financiamentos necessários de forma

a garantir o exato e pontual cumprimento das suas obrigações”. Além disso, foi nesse contexto que “decorreu o concurso”, foi perante ele “que se configurou o universo de interessados e de concorrentes candidatos à obtenção da concessão” e foi com base nele “que se tomou a decisão de adjudicação”.

Ora, se foi assim, afirmou o TdC, “não pode agora, depois de estabelecido o universo concorrencial em que se formou o contrato, e depois de este ter sido celebrado, *subverter-se aquele quadro, exceto se para tal houver um claro suporte legal*”.

No entender do Tribunal, o contrato configurava “simplesmente um subsídio [...] dado pela Região Autónoma que não se pode enquadrar no que se previu no caderno de encargos do concurso e no contrato”, já que estes documentos eram omissos a tal respeito. Até por isso (por força desta omissão), “nem este, nem qualquer outro interessado/concorrente à concessão o deveria prever e, celebrado o contrato, não o poderia solicitar, nem o concedente o poderia atribuir, face ao quadro normativo e contratual por eles próprios estabelecidos”, sob pena de total desvirtuamento da concorrência. Pelo que, sem surpresas, o TdC recusou o visto.

**10.3.2.4.** O Acórdão n.º 6/2013, de 09.07.2013 (p. 1654/2012), incidiu sobre uma modificação ou aditamento ao contrato de concessão da exploração e manutenção da rede de transportes coletivos urbanos de passageiros de Vila Real, por via do qual as partes acordaram na prorrogação do prazo de vigência por mais 20 anos e na alteração do perímetro da concessão e do plano de investimentos, bem como do modelo de partilha de riscos e receitas. O contraente público justificou que os fins visados pelas referidas alterações revestiam um carácter eminentemente público (rentabilização da frota, permitindo, por um lado, a diminuição da subvenção à exploração devida pela câmara municipal e garantindo, por outro, a sustentabilidade deste serviço público) e que uma prorrogação de 20 anos era estritamente necessária

para os fins pretendidos.

O TdC, na sequência de anteriores acórdãos seus, observou que essa prorrogação do prazo contratual por 20 anos (i) conferia à concessionária uma maior estabilidade e garantia de negócio, (ii) impossibilitava a concedente de, com maior frequência, consultar o mercado, e, assim, satisfazer a necessidade pública de modo mais vantajoso, e, por último, (iii) prolongava o afastamento de empresas com expectativas de entrada no negócio, motivos que impediam que tal modificação contratual pudesse ser considerada “neutra” face aos interesses económicos da concessionária e dos potenciais interessados.

Ora, afirmou o Tribunal, “o prazo contratual substancia uma condição essencial [prestação principal] do contrato de concessão e, nessa condição, incorpora, até, o correspondente objeto contratual”, pelo que “a prorrogação contratual por 20 anos constitui, ela própria, uma *modificação/alteração substancial do contrato de concessão, e, nomeadamente, do seu objeto*”.

Por outro lado, a modificação do plano de investimentos era também “substancial”, na medida em que implicava uma alteração ao equilíbrio contratual inicial: com efeito, “ao tempo da formação do contrato de concessão inicial, elaborou-se um sistema de equilíbrio e partilha de riscos, o qual, em situação desfavorável para a concessionária, previa a intervenção da concedente no sentido de garantir o equilíbrio do resultado operacional, sendo que, em situação de procura favorável, a concessionária, por sua vez, garantiria o necessário equilíbrio mediante uma renda variável”. Ora, “o modelo de partilha de receitas e riscos assenta, agora, na bilhética, ao passo que o equilíbrio económico-financeiro da concessão radicava no pagamento de uma subvenção, cujo montante resultava da diferença entre os passageiros teóricos e comprometidos multiplicados por uma tarifa média de referência e a atualizar segundo fórmula própria”. Tudo isto traduzia “uma alteração do modelo de fixação do equilíbrio, a que não é alheia a alteração da subvenção anual e da

fórmula de fixação do índice de revisão, da receita anual de referência e das tarifas”, todos eles elementos que “se revelam centrais na concessão”. Com estes fundamentos, o TdC recusou o visto.

**10.3.2.5.** Por sua vez, no Acórdão n.º 29/2013, de 18.11.2013 (p. 1469/2013), em que estava em causa um contrato de gestão de um centro de medicina, o contraente público remeteu ao TdC uma adenda, na qual se prorrogava o respectivo prazo de vigência por pouco mais de um ano e se definiam novas regras em matéria de produção, manutenção de equipamentos, preços para cálculo de remunerações, pagamentos de reconciliação, manutenção das restantes obrigações e encargos máximos previstos.

A justificação dada para a referida alteração foi a de que não seria possível concluir, em tempo útil, o procedimento de estudo e preparação do lançamento de uma nova PPP para o centro, tendente à atribuição a um parceiro privado da gestão do centro por um novo período.

Na linha de anteriores acórdãos seus, o TdC voltou a recordar que “a modificabilidade dos contratos públicos durante a sua vigência” não depende apenas da existência de razões “de natureza funcional, operacional, económica e financeira e por invocação da prossecução do superior interesse público”, mas também “da não alteração de outras condições importantes desses contratos e da não alteração dos pressupostos que estiveram na base do procedimento competitivo através do qual foi feita a escolha da proposta adjudicada”.

Tendo considerado que o caso não tinha “enquadramento no disposto na alínea b) do artigo 312º, no nº 1 do artigo 313º do CCP e viola os princípios da concorrência, da igualdade e da transparência”, o Tribunal recusou o visto.

**10.3.2.6.** Por fim, no Acórdão n.º 10/2014, de 27.03.2014 (p. 1579/2012), o TdC apreciou a validade de uma modificação ao contrato de concessão dos transportes coletivos urbanos da Covilhã, designadamente, através de um alargamento do perímetro da concessão.

Através dessa alteração, o concedente obrigava-se a compensar a concessionária (i) pelo transporte de alunos em regime de “extra-concessão” e (ii) pelo incumprimento, por parte dele (concedente) da cláusula de exclusividade prevista no contrato.

O Tribunal de Contas começou por observar que a “modificação/alteração dos contratos públicos, para além de assentar em razões de interesse público, não poderá afetar a preservação das prestações principais abrangidas pelo objeto do contrato e o correspondente equilíbrio financeiro”, sendo “vedada a efetivação de alterações substanciais, entendendo-se estas como as que infundem essencialidade diversa [no plano das prestações] ao conteúdo do contrato inicial e revelam a existência de vontade em renegociar os respetivos termos essenciais”.

Neste cenário, a modificação do contrato não será viável quando “*configure uma situação que prejudique a concorrência garantida no âmbito do procedimento pré-contratual*”. Embora afirmasse que o legislador não definiu, “com suficiente clareza, o que entende por prestações essenciais ou secundárias, deixando, assim, ao intérprete a densificação de tal conceito perante a factualidade disponível, ou seja, face ao caso concreto”, considerou o TdC que “as prestações principais, porque imodificáveis e determinadoras da intangibilidade parcial do contrato, serão as *munidas de aptidão bastante para decidir ou não da estabilidade contratual* e que, uma vez alteradas, conduzem à subversão dos princípios da concorrência, igualdade e transparência, reais esteios do procedimento que conduziu ao contrato inicial” Além disso, serão ainda prestações principais e integradoras do núcleo essencial do objeto contratual “*aquelas cuja descaraterização viole o interesse público concreto, que é causa e função do contrato*”.



No caso em apreço, uma vez que a modificação procedia a um “*alargamento do perímetro de concessão*”, mas “sem acautelar a preservação dos princípios da concorrência e da transparência”, ela devia ser qualificada como “uma modificação essencial [alteração das prestações principais] do contrato inicial de concessão”, desse modo violando o artigo 313.º do CCP (bem como o artigo 180.º do CPA de 1991, aplicável à data), tendo o visto sido recusado.

## 10.4. As directivas de 2014

### 10.4.1. Considerações gerais

Foi justamente na sequência da *soft law* e da jurisprudência do TJUE atrás referidas que o novo pacote de directivas de 2014 sobre a contratação pública passou a regular a matéria da modificação não apenas dos contratos públicos, mas também das concessões, dando expressão clara a um fenómeno, que é difícil antecipar onde terminará, de *progressiva europeização do regime da execução dos contratos*<sup>387/388</sup> e de progressiva ponderação do factor da concorrência no regime global dos contratos

---

<sup>387</sup> Assim, também Silvia Díez Sastre, “La impugnación de las modificaciones de los contratos públicos”, *Revista de Estudios Locales*, número extraordinário, nº 161, 2013, p. 96.

<sup>388</sup> Actualmente, a única directiva que não dispõe sobre a modificação e resolução dos contratos é a Directiva 2009/81/CE, de 13 de Julho de 2009, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da *defesa e da segurança* (que alterou as Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE e foi entretanto alterada pelo Regulamento nº 1177/2009, de 30 de Novembro de 2009, pelo Regulamento nº 1251/2011, de 30 de Novembro de 2011, pela Directiva 2013/16/EU, de 13 de Maio de 2013, e pelo Regulamento nº 1336/2013, de 13 de dezembro de 2013).

Em Março de 2016, houve uma consulta pública para avaliação do regime da Directiva 2009/81, que pode ser consultada em [http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence/index_en.htm).

públicos.<sup>389</sup>

E é de facto um momento que pode dizer-se histórico na matéria, por ser a primeira vez que as directivas da contratação pública se ocupam expressamente do *contrato*, da sua componente substantiva, digamos assim, regulando de forma particularmente intensa e pormenorizada os casos em que este pode ou não ser *modificado*<sup>390</sup>.

É um momento de passagem do *direito da união europeia da contratação pública* para um verdadeiro *direito da união europeia dos contratos públicos*.

Com efeito, desde o primeiro pacote de directivas até às directivas de 2014<sup>391</sup>, as

---

<sup>389</sup> Sobre o princípio da concorrência como limite à modificação do contrato administrativo, em geral e no regime anterior às directivas, Joana de Sousa Loureiro, a modificação do contrato administrativo à luz do princípio da concorrência: uma análise sob a perspectiva do direito da UE, Separata do BFDUC, 2011, pp. 951 e ss.

Igualmente sobre as relações entre a contratação pública e a concorrência, ver Nuno Cunha Rodrigues, A contratação pública como instrumento de política económica, 2013, pp. 319 e ss.

<sup>390</sup> Em rigor, e como se viu atrás, não foi a primeira vez que as directivas da contratação pública estabeleceram limites à modificação dos contratos ou, ao menos, estabeleceram regras em matérias relacionadas com a celebração de novos contratos para acomodar necessidades sentidas em contratos “em vigor”. Ainda assim, a afirmação do texto justifica-se porque, com as directivas de 2014, foi a primeira vez que o tema foi tratado de forma transversal, para todos os contratos, e de forma tendencialmente completa, sem se limitar a uma proibição mais ou menos genérica (como seria, por exemplo, a proibição de introdução de alterações substanciais).

Por outro lado, havia também um ou outro caso especial, como, por exemplo, as normas sobre a subcontratação ou sobre condições específicas de execução do contrato, nomeadamente sobre aspectos de índole social ou ambiental (ver artigos 25º, 26º e 60º da Directiva 2004/18/CE), mas tais normas são, ainda assim, vistas como temas de regulação do procedimento, como matérias que podiam constar do caderno de encargos, e não propriamente como normas sobre a execução do contrato, autonomamente consideradas.

<sup>391</sup> A primeira directiva foi a 71/305/CEE, de 26 de Julho de 1971, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de *empreitadas de obras públicas*, a que se seguiu a Directiva 77/62/CEE, de 21 de Dezembro de 1976, relativa aos contratos de *fornecimento de direito público*, a que se seguiram outras, passando depois para os anos 90 do século passado, com a primeira directiva dos sectores especiais (Directiva 90/531/CEE, de 17 de Setembro de 1990, relativa aos procedimentos de celebração dos contratos de direito público nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, substituída pouco depois pela Directiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992), aparecendo logo de seguida a Directiva 92/50/CEE, de 18 de Junho de 1992, relativa aos contratos públicos de serviços, a Directiva 93/36/CEE, de 14 de Junho de 1993, relativa

normas da União Europeia regulavam apenas, mesmo se em intensidade crescente, o procedimento de contratação pública, da sua abertura até à adjudicação (era, portanto, um direito europeu da contratação pública)<sup>392</sup> por, supostamente, ser esse o momento que mais interessava à construção do “mercado comum” e por ser aí que os Estados e restantes entidades adjudicantes mais tenderiam a favorecer os operadores nacionais<sup>393</sup>, em desrespeito do princípio da proibição em razão da nacionalidade; ao invés, as normas sobre a fase de execução dos contratos era em regra matéria deixada à regulação de cada Estado-membro<sup>394</sup>.

Com isto não se pretende dizer que a fase de execução dos contratos fosse estranha ao Direito da União Europeia. Na verdade, como qualquer acto jurídico, também os contratos estão sujeitos às regras dos Tratados e aos princípios fundamentais da União Europeia, devendo respeitar as liberdades de prestação de serviços e a liberdade de estabelecimento e observar também os princípios da não discriminação em razão da nacionalidade, da proporcionalidade, da igualdade de tratamento e da transparência<sup>395</sup>, e desse facto decorriam naturalmente limitações à modificabilidade

---

aos contratos públicos de fornecimento, e a Directiva 93/37/CEE, relativa às empreitadas, e, por último, o pacote de 2004 (a Directiva 2004/18/CE, de 31 de Março de 2004, relativa à adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, e a Directiva 2004/18/CE, da mesma data, relativa à adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços).

<sup>392</sup> Neste sentido, v. Steen Treumer, «Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive», in: *Public Procurement Law Review*, 2014, 3, p. 148.

<sup>393</sup> Assim, Roberto Caranta, “The changes to the public contract directives and the story they tell how EU law works”, em *Common Market Law Review*, vol. 52, nº 2, Abril 2015, pp. 448 e 449.

<sup>394</sup> Assim, Pedro Costa Gonçalves, “Acórdão *Pressetext*”, CJA, p. 14, e Pedro Matias Pereira, “Deveres de Resolução de Contratos Públicos e de Anulação de Atos Administrativos”, em *Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros. Perspectivas Atuais do Direito Público – o Direito em Tempos de Crise*, Org. Paulo Oliveira / Gabriel Prado Leal, vol. 1, 2015, Salvador, Faculdade Baiana de Direito, pp. 155 e 156.

<sup>395</sup> Assim, *Livro Verde sobre as PPP e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*, onde, depois de se afirmar que “as disposições contratuais que regulam a fase de constituição das PPP são, em primeiro lugar, da competência do direito nacional”, refere-se logo se seguida que, “no entanto, as cláusulas contratuais devem igualmente respeitar as regras comunitárias pertinentes, designadamente os princípios da igualdade de tratamento e da transparência. (...) Além disso, estas condições e modalidades de execução [do contrato] não devem ter uma

dos contratos, como a jurisprudência teve oportunidade de assinalar em variadíssimos acórdãos sobre a matéria das “alterações substanciais”<sup>396</sup>.

No entanto, e como se disse, só agora, com as directivas de 2014, passou a haver regras comunitárias sobre a matéria da modificação dos contratos públicos<sup>397</sup>.

---

incidência discriminatória, directa ou indirecta, ou obstruir, de forma injustificada, a livre prestação de serviços ou a liberdade de estabelecimento” (p. 15).

<sup>396</sup> Ver processo C-87/94, *Comissão/Bélgica (acórdão Bus Wallons)*, acórdão de 25 de Abril de 1994, n.º 54. Ver igualmente o processo C-243/89, *Comissão/Dinamarca (acórdão Storebaelt)*, acórdão de 22 de Junho de 1992. 39 Processo C-19/00, *SIAC Constructions*, acórdão de 18 de Outubro de 2001, n.ºs 41-45; processo C- 31/87, *Gebroeders Beentje/Países Baixos*, acórdão de 20 de Setembro de 1988, n.ºs 29-37.

<sup>397</sup> Alguns Estados-membros já transpuseram o regime das directivas para o seu sistema interno e, em geral, talvez com a excepção de Espanha, em termos muito próximos ao direito da União Europeia.

No *Public Contract Regulation 2015*, a matéria da modificação dos contratos está regulada no artigo 33º, n.ºs 6 e 7, relativo ao *acordo-quadro*, depois no artigo 72º, que é uma cópia quase fiel do regime da modificação dos contratos constante das directivas, e por último no artigo 73º/1, alínea a), que dispõe sobre a possibilidade de resolução do contrato por modificação fora das hipóteses do artigo 72º, estabelecendo que “a entidade adjudicante deve incluir em todos os contratos públicos que celebre a possibilidade de resolver o contrato quando o mesmo tenha sofrido uma modificação substancial que, nos termos do artigo 72.º/9, daria lugar à realização de um novo concurso”.

O *Concession Contracts Regulations 2016* é, por sua vez, uma cópia fiel da directiva sobre as concessões [ver artigos 43º e 44º/1, alínea a)], o mesmo valendo para o *Utilities Contracts Regulations 2016* [ver artigos 88º e 89º/1, alínea a)].

O *Codice dei Contratti Pubblici*, de 2006, regula a matéria da modificação dos contratos nos artigos 106º (contratos públicos em geral e sectores especiais) e 175º (concessões).

No primeiro, o regime é muito semelhante ao das directivas, destacando-se, porém, a obrigatoriedade de autorização da modificação por parte do *responsável único do procedimento* (RUP) e a existência (artigo 106º/2) de um regime especial para as modificações resultantes de *erros ou omissões* que comprometam a utilização ou realização da obra, que não carecem de novo procedimento se o respectivo valor for inferior aos limiares das modificações de pequeno valor constantes do artigo 72º/2 da Directiva 2014/24/EU. Nesses casos, porém, os responsáveis pelo projecto (os projectistas externos) respondem pelos danos que resultem para as entidades adjudicantes dos erros e omissões do projecto e a entidade adjudicante responde perante o seu cocontratante pelos atrasos e consequentes encargos que resultem da necessidade de introduzir alterações no decurso da obra por insuficiência do projecto (artigo 106º/9). De acordo com o artigo 106º/10 consideram-se erros e omissões do projecto “a inadequada avaliação do estado da arte, a falta ou a errada identificação das normas técnicas aplicáveis ao projecto, a inobservância dos

requisitos formais ou económicos resultantes de prova escrita, a violação das regras de diligência na elaboração do projecto”.

Por sua vez, o prazo de vigência do contrato apenas pode ser alterado se essa possibilidade se encontrar prevista nos documentos do procedimento e a sua prorrogação está limitada ao tempo estritamente necessário à realização do procedimento necessário para a identificação de um novo contraente (artigo 106º/11).

Há ainda regras sobre a comunicação das modificações introduzidas à agência reguladora (ANAC), com multas para os casos de falha ou atraso na notificação por parte da autoridade adjudicante (entre 50 e 200 euros por cada dia de atraso. Além disso, as modificações contratuais devem ser divulgadas na internet, com indicação do trabalho, a autoridade ou órgão contraente, o contraente, o valor da mudança.

Em França, o *Décret n° 2016-360*, de 25 de Março de 2016, relativo aos *marchés publics*, regula a matéria das modificações ao contrato nos artigos 139º e 140º, sem especificidades no confronto com o regime das directivas.

Em Espanha, o *Real Decreto Legislativo 3/2011*, de 14 de novembro, que aprovou a *Lei dos Contratos do Sector Público*, contém uma pormenorizada regulação da modificação dos contratos.

De acordo com o artigo 105º, a regra é a de que só poderá existir uma modificação do contrato quando tal esteja previsto no caderno de encargos ou no anúncio do concurso e se estipule de forma clara, precisa e inequívoca as condições, o alcance e os limites das modificações que podem ser acordadas, com indicação expressa da percentagem do preço do contrato que podem afetar e o procedimento a seguir, de acordo com o previsto no artigo 106º.

Os contratos podem ainda ser modificados nos termos do artigo 107º, ainda que tal não resulte expressamente do caderno de encargos ou do anúncio do concurso, quando se verifique uma das seguintes cinco circunstâncias: (i) inadequação da prestação contratada para satisfazer as necessidades que se pretende satisfazer com a celebração do contrato; (ii) inadequação do projeto ou das especificações da prestação por causas objetivas que determinem a sua falta de idoneidade, que consistam em circunstâncias geológicas, hídricas, arqueológicas, ambientais, ou similares, reveladas após a adjudicação do contrato e que não fossem previsíveis antes, utilizando toda a diligência requerida, de acordo com as boas práticas profissionais, na elaboração do projeto ou na redação das especificações técnicas; (iii) força maior ou caso fortuito que torne impossível a realização da prestação nos termos inicialmente definidos; (iv) conveniência de incluir na prestação avanços técnicos que notoriamente a melhorem, sempre que a sua disponibilização no mercado, de acordo com o estado da arte, tenha ocorrido após a adjudicação do contrato; e, por último, (v) necessidade de ajustar a prestação a especificações técnicas, ambientais, urbanísticas, de segurança ou de acessibilidade, aprovadas após a adjudicação do contrato.

De acordo com o artigo 107.º/3, uma modificação altera as condições essenciais do concurso e da adjudicação do contrato, entre outros casos idênticos aos previstos nas directivas, quando para a realização da prestação modificada fosse necessária uma *habilitação profissional diferente* da exigida para o contrato inicial e quando as modificações igualem ou excedam, *para mais ou para menos*, 10% por cento do preço de adjudicação do contrato.

Nestes casos previstos no artigo 107º, e ao contrário do que sucede quando as modificações estejam previstas no caderno de encargos e no anúncio do concurso (artigo 106º), deve, antes de se proceder à modificação do contrato, ouvir-se o redator do projeto ou das especificações técnicas,

## 10.4.2. Regras sobre modificação e rescisão: diferenças

**10.4.2.1.** Aliás, nessas directivas encontramos regras sobre a *modificação* e também sobre a *rescisão* dos contratos, embora haja, entre elas, duas diferenças substanciais. Em primeiro lugar, as normas das directivas sobre a resolução dos contratos são “normas de mínimos”, que impõem às legislações nacionais que prevejam a possibilidade de, em certas circunstâncias, as entidades contratantes resolverem ou dar por terminados os contratos (não necessariamente por decisão sua, podendo estabelecer-se a necessidade de via judicial), mas sem prejuízo de outras que cada ordem jurídica nacional considere dever estabelecer no seu próprio sistema (posto que não viole o direito comunitário), como, de resto, sucede no caso português, onde está legalmente prevista a resolução do contrato por motivos de interesse público (artigo 334º do CCP), a resolução sancionatória, na sequência de um incumprimento do contrato (artigo 333º), ou a resolução por alteração das circunstâncias (artigo 335º).

Diferentemente, as normas sobre a modificação dos contratos são “normas de

---

caso estes tenham sido preparados por um terceiro, que poderá apresentar as considerações que tiver por conveniente, em prazo não inferior a três dias.

Em qualquer caso, a modificação do contrato não pode ampliar o objeto do contrato com vista à prossecução de finalidades novas não contempladas na documentação do concurso ou incorporar uma prestação susceptível de utilização ou aproveitamento independente — hipóteses em que deverá proceder-se à celebração de um novo contrato.

No artigo 108º disciplina-se o *procedimento* para as modificações dos contratos.

No entanto, há ainda normas específicas para os *contratos de gestão de serviços públicos* (artigo 282º) — prevendo-se expressamente a possibilidade de a Administração modificar as características do serviço e o valor das taxas pagas pelos usuários por razões de interesse público, devendo repor o equilíbrio financeiro do contrato nos termos previstos nos n.ºs 4 e 5 desse preceito —, para os *contratos de fornecimento* (artigo 296º), de *serviços de manutenção* (artigo 306º), *empreitadas de obras* (artigo 234º) e *concessão de obras públicas* (artigos 249º e 250º), prevendo-se também, para estes últimos, regras especiais em sede de reposição do equilíbrio económico (artigo 258º), como a modificação das taxas estabelecidas para a utilização da obra, a alteração do prazo da concessão e, em geral, a modificação de disposições relativas ao conteúdo económico do contrato.

Por curiosidade, a lei espanhola continua a dispor que a autoridade adjudicante detém a prerrogativa de *interpretar* contratos administrativo, *resolver quaisquer dúvidas* para o seu cumprimento, modificá-los por razões de interesse público e decretar a sua resolução (artigo 210º).

máximos”, no sentido de que dispõem sobre as condições *tendencialmente* taxativas da legitimidade das modificações dos contratos (regulados pelas directivas), com prejuízo, portanto, de outras que cada sistema nacional entendesse razoáveis ou pertinentes ou, se se preferir, sobre as hipóteses (por via de regra, pela positiva, embora num caso pela negativa) em que é possível modificar um contrato sem necessidade de lançar um novo procedimento de contratação pública (um “*new award procedure*”).

Esta diferença resulta, começando pela *rescisão*, do teor do proémio do artigo 73º da Directiva 2014/24/UE, nos termos do qual os “Estados-Membros asseguram que as autoridades adjudicantes tenham a possibilidade de rescindir um contrato público durante a sua vigência, *pelo menos nas circunstâncias a seguir enumeradas* e nas condições determinadas pelas normas de direito nacional aplicáveis”, e, para a *modificação*, do disposto no artigo 72º/5, nos termos do qual “as modificações das disposições de um contrato público ou de um acordo-quadro durante a sua vigência *que sejam diferentes das modificações previstas nos números 1 e 2*<sup>398</sup> *obrigam a novo procedimento de contratação nos termos da presente directiva*”<sup>399</sup>.

Em segundo lugar, e mesmo não sendo uma diferença tão significativa quanto a anterior, deve também assinalar-se o facto de, enquanto as normas das directivas sobre a resolução dos contratos ampliarem a margem de manobra dos contraentes públicos, permitindo-lhes, em certas circunstâncias, resolver ou dar por terminados os contratos, as normas sobre a modificação dos contratos terem o objectivo contrário, ou seja, pretenderem restringir a esfera de possibilidades dada aos

---

<sup>398</sup> Que são as disposições que se ocupam a título principal da matéria, constituindo as outras, ou seja, os números 3 e 4, desenvolvimentos seus.

<sup>399</sup> Não há diferenças, nesse aspecto, na Directiva 2014/23/UE (contratos de concessão) e na Directiva 2014/25/UE (contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais).

contraentes públicos (ou às partes) nessa matéria<sup>400</sup>.

**10.4.2.2.** É verdade que alguma doutrina se tem pronunciado no sentido de que a referida norma do artigo 72º/5 é apenas expressão de um princípio geral, comportando portanto a possibilidade de o intérprete encontrar mais desvios do que os que se encontram contemplados nos números antecedentes<sup>401</sup>, mas temos dúvidas que seja realmente assim. Além de a fórmula verbal do artigo 72º/5 contrariar claramente esse entendimento, jogará nesse sentido, segundo cremos, a posição jurisprudencial comunitária afirmada a propósito das normas sobre o procedimento por negociação prévia sem publicação de anúncio, que aponta no sentido de uma leitura restritiva e excepcional das respectivas hipóteses, não se vendo razões, até pelo paralelismo que há entre os dois casos (modificação de um contrato existente / celebração de um novo contrato com o mesmo cocontratante sem necessidade de

---

<sup>400</sup> Se restringem efectivamente ou não depende do sistema jurídico nacional de cada Estado-membro existente à data das directivas.

<sup>401</sup> Neste sentido, Steen Treumer, “Contract Changes and the Duty to Retender Under the New EU Public Procurement Directive”, em *Public Procurement Law Review*, nº 3, 2014, p. 148-155, para quem o artigo 72º da Directiva 2014/24/UE deve ser interpretado como um mero “statement of principle and not a rule without exception”, afirmando que “haverá certamente espaço para outras excepções”, como, designadamente, aquela que tenha em vista acomodar um incumprimento contratual. Sue Arrowsmith também tem a mesma opinião, afirmando que o objectivo do artigo 72º é apenas “codificar os *case law* existentes e clarificar alguns aspectos específicos das regras”, não devendo por isso ser visto como uma “disposição exaustiva das regras aplicáveis em matérias que não tenham sido disciplinadas nesses *case law*” (*The Law*, p. 602).

Em sentido contrário, mas sem aprofundar a questão, Mari Ann Simovart, afirmando que “changes belonging to any of the mentioned categories or any other material amendments always require a new procurement procedure in accordance with the corresponding Directive”, em *Old remedies for new violations? The deficit of remedies for enforcing public contract modification rules*, artigo disponível em [http://www.urt.cc/sites/default/files/UrT%202015-1\\_Simovart.pdf](http://www.urt.cc/sites/default/files/UrT%202015-1_Simovart.pdf).

Também Pedro Costa Gonçalves se pronuncia genericamente contra, afirmando que a “letra das directivas não parece confortar uma interpretação tão generosa”, admitindo apenas as modificações que resultem de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, que visam “apenas recuperar o equilíbrio financeiro do contrato” (*Direito*, p. 573), pois essas não estão abrangidas pela regulação das directivas.



prévio concurso), que se justifique seguir aqui uma orientação diferente dessa.

No entanto, se recusamos a ideia de que o artigo 72º da Directiva 2014/24/UE configura um mero *statement of principle*, isso não significa, ao contrário do que parecem pressupor os autores que sustentam dever admitir-se mais excepções, que consideremos as hipóteses previstas nos números 1 a 4 do artigo 72º como taxativas, no sentido de que se encontram aí definidos todos os casos típicos em que pode haver lugar à modificação dos contratos.

Com efeito, ao contrário do que sucede no número 1, alíneas a) a d), e no número 2, que descrevem pela positiva os casos em que se admite uma modificação aos contratos, a alínea e) do número 1 — em conjugação com o número 4 — admite quaisquer modificações *desde que não sejam substanciais*, descrevendo apenas, pela negativa, os casos em que existe essa alteração substancial. Há, portanto, aqui, uma cláusula que, nesse aspecto, é *tendencialmente aberta*, capaz de acomodar várias e diferentes hipóteses não previstas, não tipificadas, não podendo portanto dizer-se, em rigor, que o legislador falhou na previsão dos casos em que devia admitir-se a modificação do contrato.

Aliás, se há, na perspectiva do interesse público, um caso que podia ou devia estar previsto era o do *estado de necessidade administrativa*, por ser, de entre todos os que estão regulados, aquele em que mais se justifica admitir a modificação do contrato.

**10.4.2.3.** Por outro lado<sup>402</sup>, as Directivas em causa apenas se ocupam das *modificações por razões de interesse público*, devendo assim entender-se que a modificação do contrato na sequência ou em resultado de uma *alteração anormal e imprevisível das circunstâncias*, destinada a “repor” o seu equilíbrio, continuará a ser, mesmo à luz do artigo 72º, um “fundamento autónomo da modificação do contrato”.

---

<sup>402</sup> Concordando aqui com Pedro Costa Gonçalves, *Direito*, pp. 573 e 574.

Com efeito, trata-se, nesse caso, não de algo que diga directamente respeito à execução do contrato, mas a factores exteriores (é portanto uma modificação induzida de fora) e que se destina a reequilibrar (integralmente ou não) o contrato por razões de justiça e boa fé, traduzindo-se, por via de regra (depende do caso), ou na atribuição de uma compensação financeira ao cocontratante ou na reposição integral do equilíbrio financeiro do contrato, não representando por isso, em princípio, um “problema concorrencial”<sup>403</sup>.

**10.4.2.4.** Note-se que quando nos referimos atrás ao facto de os Estados-membros não poderem adoptar, na sua legislação, outros casos de admissibilidade de modificações contratuais por razões do interesse do contraente público (se se preferir, por razões de interesse público<sup>404</sup>), também pode colocar-se o problema inverso, ou seja, se lhes é admitido estabelecerem nesta matéria limites mais apertados do que os que as directivas consentem ou estabelecem.

A resposta é positiva. A questão, a nosso ver, só mereceria diferente resposta (i) se estivessem aqui em causa regulamentos e não directivas, (ii) se houvesse algo nas directivas (nos considerandos ou na parte dispositiva) que apontasse em sentido contrário, (iii) se a regulação da matéria tivesse também em vista a tutela da posição

---

<sup>403</sup> A expressão é de Pedro Costa Gonçalves, *Direito*, pp. 573 e 574, e, embora concordemos em geral com a sua posição, é importante referir que podem existir problemas concorrenciais numa modificação destinada a repor o equilíbrio do contrato.

Assim, se a modificação se traduzir no pagamento de uma compensação financeira não haverá um problema concorrencial, mas se a reposição do equilíbrio financeiro se traduzir na prorrogação do prazo do contrato, como pode acontecer, haverá uma questão concorrencial, mesmo tratando-se de uma modificação induzida e seja respeitado o princípio da proporcionalidade. O que nos convence decisivamente, como também o referido autor salienta, é o fundamento dessa modificação (razões de justiça e equidade e não razões de interesse público).

<sup>404</sup> Pedro Costa Gonçalves, *Direito*, p. 574.

do cocontratante<sup>405</sup> ou (iv) se, por último, uma regulação mais restritiva da matéria pusesse em xeque os objectivos da regulamentação europeia, designadamente, se pudesse afirmar-se que vai ínsito à possibilidade de modificação a realização de um interesse de nível comunitário.

Não sendo esse o caso, julgamos que não apenas os Estados-membros podem colocar mais restrições ou limites específicos em cada uma das situações reguladas nas directivas, como podem também estabelecer condições gerais transversais a todas elas ou a um grupo delas, podendo tais restrições ou condições ter carácter formal (necessidade de acordo entre as partes, necessidade de aprovações ou autorizações de terceiros, etc.) ou carácter material (redução dos limites máximos de valor para algumas modificações, cumulação dos valores das modificações ali onde, nas directivas, valha regra diferente, exigência de interesse público imperioso, etc.)<sup>406</sup> — tudo isto sem prejuízo de se considerar que é imanente ao regime das directivas a existência de um interesse público (ou da existência de um interesse para o contraente público) para a introdução das modificações ao contrato<sup>407</sup>.

---

<sup>405</sup> Referimo-nos apenas às modificações objectivas. As modificações subjectivas têm uma lógica diversa, designadamente, na hipótese prevista no artigo 72º/1, alínea d), ponto ii), que pode considerar-se como uma norma de tutela da posição do cocontratante e, nessa medida, de inscrição obrigatória no direito dos Estados-membros.

<sup>406</sup> É por esta questão que temos algumas dúvidas sobre se as directivas têm, neste caso, um efeito directo (neste sentido, Pedro Costa Gonçalves, *Direito*, p 569). Diríamos que depende: se o regime das directivas vier restringir as possibilidades de modificação dos contratos previstas numa legislação nacional de um Estado-membro, ela terá efeito directo. Se vier ampliá-las, em princípio não terá esse efeito.

<sup>407</sup> Embora possa falar-se em razões de interesse público, a verdade é que, aplicando-se as directivas também a entidades adjudicantes que não prosseguem, em rigor, uma tarefa de interesse público e a contratos que, na óptica do direito português, são meros contratos privados (mesmo que da Administração Pública), talvez seja mais rigoroso falar na existência de um interesse na perspectiva do contraente público (ou da “autoridade adjudicante”, para utilizar a expressão das directivas). Assim, e em primeiro lugar, as directivas não se aplicam apenas a entidades que prosseguem uma tarefa de interesse público, no sentido de tarefa confiada por lei em primeira linha à Administração Pública. É o que resulta do facto de o conceito de organismo de direito público ser de banda larga, exigindo-se apenas, entre outros requisitos, que eles tenham sido “criados para o fim específico de

### 10.4.3. A expansão do direito da contratação pública ao regime dos contratos públicos

Independentemente disto, a nova regulação das directivas sobre esta matéria é reveladora do tal efeito tentacular do direito da contratação pública – “efeito de polvo”<sup>408</sup> ou “ultra-actividade das diretivas de contratação pública”<sup>409</sup> –, uma expressão da tendência, compreensível, já o dissemos, de o direito comunitário que se ocupa dos “processos de adjudicação” passar a regular também aqueles aspectos da execução dos contratos públicos que estejam ligados ou associados de maneira mais ou menos sensível à tutela dos princípios fundamentais da contratação pública. E a modificação do contrato é um deles.

Com efeito, e como vimos atrás, não é possível, senão num plano puramente teórico, sem adesão à realidade jurídica, separar o procedimento de adjudicação e celebração do contrato do momento da sua execução e cumprimento, como se fossem dois “vasos comunicantes”, pois a verdade é que, por um lado, o procedimento de adjudicação é lançado para a celebração de um certo contrato e, por outro lado, o contrato resulta do procedimento, dos termos da interpelação ao mercado, definidos

---

satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial”, sendo que “interesse geral” não coincide aí com a noção de “interesse público” (e pode não haver sequer um caso de “apropriação pública explícita sem atribuição da tarefa à Administração”, a que se refere Pedro Costa Gonçalves em *Entidades privadas com poderes públicos*, Almedina, 2005, pp. 474 e ss).

No sentido do carácter autónomo (de direito comunitário) do conceito de interesse geral, ver Cláudia Viana, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, 2007, pp. 422 e ss.

Em segundo lugar, valendo, além disso, para contratos privados (tanto da Administração Pública, como desses organismos de direito público), o conceito de interesse público tem, aí, essencialmente um valor (negativo) de contraposição a interesse privado, e não o sentido (positivo) de tarefa pública.

<sup>408</sup> Como lhe chama Vera Eiró, “Contratos públicos e insolvência. Uma primeira aproximação”, p. 178, em *A Crise e o Direito Público*, VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público (coord. de Pedro Gonçalves / Carla Amado Gomes / Helena Melo / Filipa Calvão).

<sup>409</sup> M. Comba, “Retendering or sale of contract in case of bankruptcy of the contractor? Different solutions in an EU comparative perspective”, 2012, em Piga / Treumer (eds.), *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, p. 202.

no caderno de encargos, e dos termos da proposta vencedora.

De resto, se não fosse assim, se os termos do concurso não estabelecessem limites aos termos da celebração do contrato e aos subsequentes termos de eventuais modificações do contrato, não se justificaria acentuar o carácter nuclear ou decisivo de certos aspectos do procedimento de contratação pública – como a estabilidade das peças do procedimento (sobretudo, do caderno de encargos) e a estabilidade das propostas, durante a pendência do procedimento –, pois, uma vez celebrado o contrato, estariam as partes “livres” para negociar entre si aquilo que, em procedimento transparente e aberto, não podiam fazer<sup>410</sup>.

A concorrência, as exigências a ela inerentes, hão-de projectar-se portanto, inevitavelmente, sobre a execução do contrato, estabelecendo limites à modificação, compreendendo-se a forma como o direito da União Europeia aborda o tema, equiparando uma modificação ilegítima a uma adjudicação ilegal de um (novo)

---

<sup>410</sup> Como refere Pedro Costa Gonçalves, o objetivo da regulamentação europeia é “não permitir a conversão de um contrato adjudicado em termos públicos, transparentes e concorrenciais num objeto privado, disponível e manipulável pelas partes” (“A «nova contratação pública» - As diretivas de 2014”, em *La nueva contratación pública*, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo, Marcos Almeida Cerredá / Isaac Martín Delgado (Coord.), 2015, p. 26).

De resto, a matéria das modificações aos contratos deve ser objecto de particular transparência, numa lógica de *open data*, recorrendo às mesmas ideias e princípios que estão subjacentes à contratação pública electrónica. Neste sentido, Julian Valero Torrijos, “La transposición en España de la normativa europea sobre contratación pública electrónica: una oportunidad para la innovación tecnológica”, *La nueva contratación pública*, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo, Marcos Almeida Cerredá / Isaac Martín Delgado (Coord.), 2015, que sustenta que “la proyección de las exigencias de transparencia desde la perspectiva de la innovación tecnológica justificaria que la información relativa a las facturas fuese accesible conforme a estándares de reutilización y *open data*, reforzando de esta manera la capacidad de control sobre el cumplimiento por parte de los poderes públicos de sus obligaciones de pago relativas a los contratos y, en particular, del aumento del coste en la ejecución de los mismos como consecuencia de modificaciones sobrevenidas de las condiciones inicialmente previstas” (p. 38), além de que a “información contractual habra de hacerse pública de manera activa a través de las sedes electrónicas o páginas web de las Administraciones Públicas”, no âmbito das quais deveriam divulgar-se “las modificaciones que se produzcan del contrato, lo que incluiría necesariamente las desviaciones en cuanto al coste inicialmente previsto” (p. 41).

contrato<sup>411</sup>.

Ora, tendo as directivas de 2014 limitado a sua área de intervenção à matéria de modificação<sup>412</sup>, que, na teoria e na prática, é aquela que oferece mais “perigos” para a concorrência (seja para a concorrência que esteve presente no procedimento que antecedeu o contrato, seja para a concorrência que podia ter estado interessada no contrato soubessem os operadores que ele seria executado em termos diversos dos anunciados, seja para a concorrência que podia estar interessada na prestação em que se materializa a modificação), pode, também por aqui, considerar-se adequada a abordagem do tema do contrato<sup>413</sup>.

A questão, em nossa opinião, não é portanto saber se é justificada ou não a intervenção das directivas nas matérias da modificação e da resolução do contrato, mas, sim, se a medida da sua intervenção é adequada. Por outras palavras, mais do que o *se* da regulação comunitária deste tema, importa sobretudo discutir os *termos* dessa regulação, designadamente, se, tratando-se de uma primeira abordagem sobre o assunto, as directivas deveriam ser mais permissivas ou mais restritivas na matéria ou se, de qualquer forma, seria mais adequado optar por uma disciplina que se limitasse a consagrar as linhas fundamentais na matéria – como seria até mais próprio de uma diretiva. Em nossa opinião, não só o regime das directivas é

---

<sup>411</sup> Como referem Gabriella M. Racca / Roberto Cavallo Perin / Gian Luigi Albano, “*extensions (..), if not foreseen in the initial contract notice, effect the same competition violation as if the award of a contract were made without prior publication of a contract notice at all*” (“Competition in the execution phase of public procurement”, *Public Contract Law Journal*, volume 41, nº 1, 2011, p. 101).

<sup>412</sup> Também regulou, é verdade, a resolução do contrato, mas numa lógica completamente diferente.

<sup>413</sup> Como afirma Silvia Díez Sastre, com esta regulação o “Derecho europeo pretende evitar que se vulnere la competencia en cualquiera de las fases de la vida del contrato” e ele fixa-se “en las modificaciones contractuales exclusivamente porque pueden poner de manifiesto un incumplimiento de las reglas, previamente aplicadas o susceptibles de aplicación futura, de adjudicación de los contratos públicos” (“La Impugnación”, p. 92 e 93).

No mesmo sentido, pode ver-se a segunda limitação posta às modificações do contrato constante do artigo 313º/1 do CCP: “a modificação não pode (...) configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato”).

equilibrado, como se afigura mais adequado – na perspectiva da segurança jurídica de contraentes públicos, cocontratantes e terceiros (incluindo aqueles que serão chamados a solucionar os litígios sobre a matéria) – estabelecer-se nelas, com alguma precisão, os contornos das hipóteses em que se admite a modificação do contrato do que remeter a matéria para umas linhas gerais.

De resto, é ponto em que os juristas portugueses não devem ser especialmente críticos, pois o CCP, atendendo ao critério geral (da manutenção da equação adjudicatória) posto no artigo 313<sup>o</sup>/2, é especialmente restritivo, mais do que as directivas de 2014, além de que, pela importância do tema, pela frequência com que ele se coloca e pelo potencial de litigiosidade envolvido nestas questões, uma regulação que se limitasse à definição das linhas fundamentais que presidem à legitimidade (ou ilegitimidade) das modificações dos contratos durante a sua execução, designadamente, por referência aos critérios da jurisprudência *Presstext*, não seria a opção mais adequada<sup>414</sup>.

Com efeito, não apenas os critérios da jurisprudência *Presstext* não se afiguram suficientemente abrangentes, como uma regulação centrada em formulações genéricas, com probabilidade, suscitaria aos órgãos de transposição dúvidas sérias, que ou procurariam depois densificar nas leis nacionais (suscitando-se então o problema da sua conformidade com o direito da União Europeia) ou se limitariam a reproduzir, de forma mais ou menos aproximada, o texto da União Europeia a este respeito, abrindo espaço para dúvidas ponderosas sobre a legitimidade ou não das concretas modificações que se pretendessem introduzir nos contratos.

Compreendemos, portanto, a opção tomada pelo legislador da UE, de introduzir vários casos-tipo que, acrescentando aos critérios da jurisprudência *Presstext*, não

---

<sup>414</sup> Não deixa de ser sintomático disso o facto de a única vez que Sue Arrowsmith critica, nesta matéria, a directiva por não oferecer “greater certainty” é a propósito de um dos critérios da jurisprudência *Presstext* (*The Law*, p. 599).

apenas se destinam a tornar o regime mais proporcional (entre os interesses tutelados pela estabilidade do contrato e os interesses tutelados pela sua modificação), como funcionam como verdadeiras “*safe harbour provisions*”, permitindo uma maior previsibilidade e segurança sobre o que é e não é admitido em sede de modificação dos contratos<sup>415/416</sup>.

---

<sup>415</sup> No sentido de que as modificações contratuais foram, por comparação com a jurisprudência *presstext*, reguladas em maior detalhe pelas directivas “to enhance certainty”, Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 204.

<sup>416</sup> Embora também seja verdade que os termos em que as directivas regularam o tema da modificação dos contratos e “desenharam” os casos-tipo seja bem revelador do fenómeno já antigo das chamadas “directivas de pormenor” (“*directives détaillées*”), associado a uma perda da natureza desse instrumento jurídico da União Europeia.

Na verdade, de acordo com o artigo 288.º, 3.º§, do TFUE, as directivas só vinculam o Estado “quanto ao resultado a alcançar, deixando (...) às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios” para atingir esse resultado, o que significa que “o conteúdo da directiva supõe, em princípio, a possibilidade de diferenciações normativas do regime jurídico a estabelecer nacionalmente. (...) Nestes limites, os EM gozam de alguma liberdade de conformação normativa à realidade jurídica, económica e social do Estado” (Miguel Gorjão-Henriques, “Anotação ao Artigo 288.º TFUE”, em *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Manuel Lopes Porto / Gonçalo Anastácio (coord.), 2012, Almedina, p. 1030). A ideia seria, portanto, associar as directivas aos objectivos de harmonização dos vários sistemas nacionais em matérias em que devesse prevalecer uma lógica de subsidiariedade (e proporcionalidade) da regulação da União Europeia.

Ora, o que se tem vindo a constatar é que muitas directivas mais se assemelham a um regulamento, com regulação pormenorizada, não deixando aos Estados-membros margem de conformação na sua transposição, acabando esta por se traduzir numa espécie de transposição-transcrição.

A doutrina, de resto, não tem deixado de chamar a atenção para esta realidade. Assim, Damien Chalmers / Gareth Davies / Mario Monti (*European Union Law*, Cambridge University Press, 2ª Edição, 2011 pp. 99 e 100), observam que “there are, conversely, Directives which look like Regulations because they are so detailed that they vitiate the discretion granted to Member States and must be transposed into national law verbatim”. No mesmo sentido, pode ver-se Jean Paul Jacqué, *Droit Institutionnel de l’Union Européenne*, Dalloz, 7.ª Edição, 2012, pp. 547 e 548 (§ 884): a directiva “doit être considérée comme une loi-cadre, c’est-à-dire qu’il appartient aux États destinataires d’adopter les mesures adéquates pour atteindre l’objectif qu’elle fixe. C’est là une expression de la subsidiarité. Certes, la latitude laissée aux États membres est plus ou moins grande selon le degré de précision de la directive. On a noté une tendance à rédiger des directives de plus en plus précises ce qui a pour conséquence de restreindre la marge d’autonomie de leurs destinataires. Les États ont tenté de réagir contre cette évolution. C’est ainsi que le protocole sur l’application des principes de subsidiarité et de proportionnalité joint au traité en vigueur avant Lisbonne invitait à donner la préférence à des directives plutôt qu’à des règlements et à des directives cadres plutôt qu’à des mesures détaillées, mais il est difficile de suivre cette voie. En effet, le degré de précision des directives est souvent imposé par les membres du Conseil eux-mêmes qui désirent se prémunir contre d’éventuelles



#### 10.4.4. A estrutura dos casos tipificados nas directivas

10.4.4.1. O regime relativo à modificação do contrato constante das três directivas é, na sua essência, idêntico<sup>417</sup>.

---

*distorsions de concurrence engendrées par des différences dytans la mise en œuvre des directives et maîtriser plus aisément la transposition en droit national, notamment lorsqu'elle implique une intervention des Parlements nationaux”.*

A opção por directivas de regulação pormenorizada, que não deixam margem minimamente sensível de liberdade conformativa aos Estados-membros, pode ser juridicamente controversa e contestada, na sua validade, perante o TJUE. Como observa Sacha Prechal (*Directives in European Community Law*, Oxford University Press, 1995, p. 16), “today is generally accepted, both by doctrine and the Court of Justice, that a directive may give a detailed description of the result to be achieved, provided that it is necessary for effective realization of the objective pursued. Every case must be assessed individually in this respect and the resulting assessments can, if necessary, be submitted to the control of the Court of Justice. It is similarly accepted, however that Article 189 (3) [atual artigo 288º do TFUE] sets a limit: a directive as a whole must leave some latitude to the Member States as far as the form and methods of implementation are concerned. It certainly cannot oblige a Member State simply to introduce an exhaustive set of rules with no consideration of the law existing within the national legal order”.

A definição dos limites que devem ser apontados às directivas dependem, portanto, do caso concreto, das matérias em causa, sendo muito difícil descrevê-los em abstracto. Como afirma Pascal Gilliaux (*Les Directives Européennes et de Droit Belge*, Bruyllant, 1997, pp. 120), “in n’y a, au demeurant, aucune règle préétablie que permette de déterminer une fois pour toutes, de manière générale et abstraite, le degré de précision qui serait inadmissible et la part de la compétence discrétionnaire réservée aux Etats membres. Celle-ci est au contraire fonction du résultat que les instances communautaires ont entendu atteindre dans chaque directive. Le principe de subsidiarité lui-même ne fournit pas de réponse globale et univoque à ce problème puisqu’il commande d’apprécier l’objectif poursuivi par la Communauté dans chaque action. Tout au plus fournit-il des orientations. Ainsi, un souci d’harmonisation suppose nécessairement une action d’envergure communautaire, mais sa rigueur dépend de multiples facteurs circonstanciels”.

<sup>417</sup> Quanto ao processo legislativo que antecedeu a aprovação das directivas de 2014, pode dizer-se que a proposta de directiva aprovada pela Comissão em 20.11.2011 [COM(2011) 896 final] se aproximava muito da versão que foi aprovada. Salvo as modificações para prestações complementares, todas as restantes excepções à regra da imodificabilidade já estavam aí previstas, em termos muito próximos aos finais, assinalando-se apenas que, no número 7 do artigo 72º, se fazia referência a dois casos em que as autoridades adjudicantes não podiam recorrer a modificações ao contrato, a saber, quando “a modificação se [destinasse] a corrigir deficiências no desempenho do adjudicatário ou as respetivas consequências, podendo o mesmo resultado ser alcançado através da aplicação das obrigações contratuais”, e quando “a modificação [visasse] a compensação de riscos de aumento dos preços que foram objeto de cobertura por parte do adjudicatário”.

Em sentido contrário, Vázquez Matilla (*La modificación...*, p. 92) afirma haver uma diferença relevante entre a proposta de directiva e a sua versão final, designadamente, porque esta última

Sumariamente, tomando por referência a Directiva 2014/24/UE, as principais diferenças que se encontram na Directiva 2014/25/UE (dos chamados sectores especiais: água, energia, transportes e serviços postais), mais concretamente, no seu artigo 89º, são as seguintes:

- (i) A modificação dos contratos com fundamento na necessidade de obras, serviços ou fornecimentos *complementares* não tem limite máximo de valor, ou seja, pode ter lugar “independentemente do valor” da modificação [artigo 89º/1, alínea b)], enquanto na Directiva 2014/24 as modificações com esse fundamento não podem exceder 50% do valor do contrato original e, além disso, não devem ter por objetivo afastar a aplicação das disposições da directiva [artigo 72º/1, alínea b)] — embora este último requisito seja válido para qualquer modificação, naturalmente. Ainda quanto às modificações complementares, a Directiva 2014/25 faz referência expressa aos problemas de permutabilidade ou interoperabilidade com o “*software*” existente, embora deva considerar-se uma razão válida também na Directiva 2014/24.
- (ii) A modificação dos contratos por *circunstâncias imprevisíveis* não tem limite máximo expresso de valor, proposição que resulta do facto de não haver no artigo 89º/1, alínea c), da Directiva 2014/25 o ponto iii) que encontramos no artigo 72º/1, alínea c), da Directiva 2014/24, que estabelece um limite de 50% do valor do contrato original — e, além disso, tais modificações não devem ter por objetivo evitar a aplicação das

---

seria mais flexível e também porque a modificação do contrato surgiria aqui como uma “*posibilidad y no como una excepción*”, o que era “*muy negativo*”, diferença, essa, que ressaltava também dos próprios considerandos (107 e seguintes da versão final e 45 e seguintes da proposta). Não concordamos. Não só o princípio de que ambas partem é o de que, não se subsumido a hipótese em qualquer das situações de modificabilidade previstas, a entidade adjudicante deve atribuir a prestação em causa através de novo procedimento de concurso, como as próprias situações ou caos de modificabilidade são quase os mesmos, como, ainda, os considerandos são praticamente idênticos, senão na sua letra (o que acontece em geral), ao menos no seu sentido.

disposições da directiva, embora, repete-se, este último requisito seja válido para qualquer modificação. No entanto, como a modificação não pode alterar a “natureza global do contrato” [artigo 89º/1, alínea c), ponto ii), da Directiva 2014/25], o seu valor, o valor da modificação, comparando-o com o valor do contrato inicial, acabará por ser um factor relevante para o efeito.

Por sua vez, tomando novamente por referência a Directiva 2014/24/EU, as principais diferenças que se encontram na Directiva 2014/23/EU (relativa às concessões), mais concretamente, no seu artigo 43º, são as seguintes:

- (i) O artigo 43º/1, alínea b), permite a modificação das concessões motivada pela necessidade de obras, serviços ou fornecimentos “*adicionais*”, e não “*complementares*”, como no caso paralelo da Directiva 2014/24. Em segundo lugar, “no caso de concessões adjudicadas por uma *autoridade adjudicante*, para efeitos de prosseguir uma *actividade diferente das referidas no Anexo II*, o aumento dos valores [por obras, serviços ou fornecimentos adicionais] não pode ser superior a 50 % do valor da concessão original”, limite que não existirá nas restantes hipóteses de prestações adicionais.
- (ii) Quanto às modificações por circunstâncias imprevisíveis, o artigo 43º/1, alínea c), estabelece, mais uma vez, que, “no caso de concessões adjudicadas pela autoridade adjudicante, para efeitos de prosseguir uma atividade diferente das referidas no Anexo II, o aumento dos valores não pode ultrapassar 50 % do valor da concessão original”, limite que também não existirá nas restantes hipóteses, embora, como a modificação não pode alterar a “natureza global do contrato” [ver ponto ii) do preceito legal], o seu valor, o valor da modificação, comparando-o com o valor do contrato inicial, acabará por ser um factor relevante para o efeito.
- (iii) No que respeita à determinação do preço inicial do contrato/valor inicial

da concessão, ambas as directivas remetem para o valor de referência da cláusula de indexação (artigos 43º/3 e 72º/3), embora na Directiva 2014/24 nada se diga quanto à solução aplicável na ausência de cláusula de indexação, enquanto na Directiva 2014/23 se determina que, na ausência dela, o valor actualizado é calculado tendo em conta a média da inflação do Estado-Membro da autoridade ou entidade adjudicante.

- (iv) Finalmente refere-se apenas que, apesar das diferentes fórmulas verbais utilizadas no artigo 43º/4, alínea a), para “desenhar” o primeiro critério da substancialidade, o sentido da norma afigura-se-nos idêntico ao que está previsto no artigo 72º/4, alínea a), da Directiva 2014/24.

**10.4.4.2.** Visto o que distingue o regime das três directivas, passa-se agora, tomando por referência, uma vez mais, a Directiva 2014/24/EU, para a análise geral do artigo 72º.

Assim, e como se disse atrás, a directiva estabelece uma regra, constante do artigo 72º/5, no sentido de que, não se verificando qualquer dos casos de admissibilidade da introdução de modificações aos contratos previstos nos respectivos números 1 e 2, o contraente público deve lançar um novo procedimento de contratação pública. O preceito parece-nos claro: “as modificações das disposições de um contrato público ou de um acordo-quadro durante a sua vigência que *sejam diferentes das modificações previstas nos n.ºs 1 e 2 obrigam a novo procedimento de contratação* nos termos da presente directiva”<sup>418</sup>.

Sendo essa a regra, são seis os casos regulados de admissão de modificabilidade dos contratos, reportando-se cinco deles a modificações objectivas [artigo 72º, número 1, alíneas a), b), c) e e), e número 2] e um a modificações subjectivas [artigo 72º/1, alínea

---

<sup>418</sup> A solução é idêntica nas outras duas directivas (ver artigo 43º/5 da Directiva 2014/23/UE e artigo 89º/5 da Directiva 2014/25/UE).

d)], ou seja, às chamadas “*corporate changes*”<sup>419</sup>/<sup>420</sup>.

No que respeita às modificações objectivas, elas podem ser agrupadas da seguinte forma:

- (i) Modificações *previstas* nos documentos iniciais do procedimento [artigo 72º/1, alínea a)]
- (ii) Modificações relativas a *prestações complementares ou suplementares* [artigo 72º/1, alínea b)]
- (iii) Modificações resultantes de *circunstâncias imprevisíveis* [artigo 72º/1, alínea c)]
- (iv) Modificações *não substanciais* (artigo 72º/1, alínea e), e artigo 72º/4)
- (v) Modificações de *valor reduzido* (artigo 72º/2)

**10.4.4.3.** A título geral, deve começar por dizer-se que nenhuma das diretivas se ocupa da *forma como as modificações podem ser introduzidas*, designadamente, se devem ser introduzidas por acordo entre as partes ou se também podem ser decretadas

---

<sup>419</sup> Nos termos deste último preceito, pode haver uma modificação subjectiva pelo lado do cocontraente “se o adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato for substituído por um novo adjudicatário por um dos seguintes motivos: (i) uma cláusula de revisão ou opção inequívoca, em conformidade com a alínea a)” [do artigo 72º/1], (ii) “transmissão universal ou parcial da posição do contratante inicial, na sequência de operações de reestruturação, incluindo OPA, fusão e aquisição, ou de uma insolvência, para outro operador económico que satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos, desde que daí não advenham outras modificações substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação da presente diretiva, ou (iii) assunção pela própria autoridade adjudicante das obrigações do contratante principal para com os seus subcontratantes, se tal possibilidade estiver prevista na legislação nacional em conformidade com o artigo 71.º”.

<sup>420</sup> O regime das modificações subjectivas, ou seja, do cocontraente, não faz parte do objecto do presente estudo, como se disse logo no início.

unilateralmente pelo contraente público<sup>421</sup>. É matéria que, no estado actual da arte comunitária, depende da resposta dada por cada sistema jurídico nacional, o que significa, no nosso caso, e quando esteja em causa um contrato administrativo, que tais modificações, no que ao seu conteúdo ou prestações, podem ser introduzidas de ambas as formas<sup>422</sup>.

Em segundo lugar, e embora se trate de proposição quase evidente, as diferentes hipóteses das referidas disposições da Directiva são *autónomas* entre si, *autossuficientes*, pelo que a verificação de qualquer uma é suficiente para afirmar a legitimidade ou admissibilidade da modificação que nelas se subsuma.

Assim, uma modificação não será ilegítima, mesmo que porventura seja de considerar como substancial na acepção do artigo 72º/4, se se subsumir no quadro de legitimidade das modificações imprevisíveis, constante do artigo 72º/1, alínea c)<sup>423</sup>.

**10.4.4.4.** Em terceiro lugar, além de autónomas entre si, mas em parte por causa disso, as hipóteses são *cumuláveis num só contrato*, é dizer, legitimam, no quadro de um mesmo contrato, tantas modificações quanto as que nelas se subsumam (com os limites específicos de cada uma, que funcionam separadamente, incluindo os limites máximos de valor). Assim, o facto de ser introduzida, num contrato, uma certa modificação, daquelas que vão previstas nas directivas, não prejudica uma sua nova modificação se e na medida em que se verificar uma outra e diferente hipótese

---

<sup>421</sup> Aliás, em tese, as modificações previstas na alínea a) do artigo 72º/1 podem também ser introduzidas por declaração potestativa do cocontratante. Depende da forma como estiverem desenhadas as cláusulas de revisão ou de opção.

<sup>422</sup> No mesmo sentido, Diez Sastre, *La impugnación*, p. 96.

<sup>423</sup> Da mesma forma, se uma entidade adjudicante considerar, erroneamente, na fundamentação do respectivo acto administrativo, que a modificação introduzida não é de considerar como substancial, na acepção do artigo 72º/4, ela será legítima, ainda assim, quando ao fundo, se se subsumir no quadro de legitimidade das modificações imprevisíveis, constante do artigo 72º/1, alínea c).

igualmente admissível de modificação (ou até a mesma hipótese, se estiver em causa uma modificação sem limite de valor ou uma modificação que não tenha ainda atingido os valores máximos previstos). Com efeito, se cada uma das hipóteses previstas, por exemplo, na Directiva 2014/24/EU, têm uma razão própria de ser, isso há-de significar que a operatividade concreta de uma delas não retira sentido às outras, não existindo assim fundamento para impedir, em abstracto, que elas funcionem cumulativamente.

No entanto, também é verdade que há um limite que se aplica em especial aos casos de verificação cumulativa de hipóteses de modificação, a saber, a proibição de alteração da natureza global do contrato, que é uma “barreira” expressamente referida na generalidade dos casos de modificação [ver artigo 72<sup>o</sup>, número 1, alíneas a), c), e), e número 2]<sup>424</sup>. Os contratos podem ir-se modificando, mas a legitimidade de qualquer modificação subsequente depende sempre da manutenção da “fisionomia” ou da materialidade característica do acordo inicial; se, com a subsequente modificação em causa, houvesse perda da natureza global, ela não poderá ser introduzida. É um ponto de particular importância pois, à medida que forem sendo introduzidas modificações ao contrato mais provável é que a sua natureza global inicial saia desvirtuada.

**10.4.4.5.** Em quarto lugar, e abstraindo da questão central da manutenção da natureza global do contrato, há quem considere que o regime das directivas apenas se preocupa com as “*modificações para mais*”, é dizer, de que resultem “alterações em alta no preço”<sup>425</sup> do contrato, ampliando as prestações existentes ou aditando novas prestações, uma vez que apenas essas podem representar uma fraude às regras da

---

<sup>424</sup> Esse limite só não está posto para a hipótese da alínea b) porque se trata aí de prestações complementares, que, por natureza, digamos assim, não têm a capacidade de alteração a materialidade característica do acordo.

<sup>425</sup> Díez Sastre, *La impugnacion*, pp. 100 e 101.

concorrência. Já as possíveis “*modificações para menos*”, ou as “*modificações em baixa*”, que restrinjam ou eliminem as prestações contratuais e/ou diminuam o preço, essas só “podem prejudicar o cocontratante, mas não a concorrência” ou os outros operadores económicos, e por isso “não são objeto da regulação europeia”<sup>426</sup>.

Em suma, os “destinatários da tutela do Direito europeu são os potenciais concorrentes, e não o cocontratante”<sup>427</sup>.

É verdade que as modificações aditivas (no sentido de que majoram o preço do contrato) constituem um “perigo” mais sensível para os interesses da concorrência (tanto da concorrência pretérita efectiva e potencial, como da concorrência actual, daquela que estaria potencialmente interessada na prestação em que se materializa a modificação) e também é verdade que, em tese, se centra aí a preocupação maior das novas directivas. É uma proposição que pode retirar-se, por exemplo, do facto de (i) haver limites máximos de valor para algumas modificações, que acrescem ao valor do contrato inicial [artigo 72º, número 1, alíneas b) e c), e número 2], e não haver, em caso algum, limites máximos para eventuais reduções de valor e (ii) um dos critérios da alteração substancial do contrato se traduzir num “alargamento considerável” do âmbito do contrato (artigo 72º/4 da Directiva 2014/24/EU), não havendo previsão equivalente para a redução considerável<sup>428</sup>.

No entanto, e sem prejuízo de, em geral, os vários casos de modificação na Directiva estarem sobretudo pensados para as “*modificações para mais*”, julgamos que, em

---

<sup>426</sup> Diéz Sastre, *La impugnacion*, p. 101.

<sup>427</sup> Diéz Sastre, *La impugnacion*, p. 101.

<sup>428</sup> Como se sabe, o CCP não se diferencia muito, neste aspecto, do regime das directivas, estabelecendo com algum pormenor o regime dos trabalhos a mais (370º) e dos serviços a mais (artigo 454º), nada dispondo, do ponto de vista da respectiva justificação material, sobre os pressupostos específicos dos trabalhos a menos (vg, artigo 379º) e dos serviços a menos (artigo 454º/6). No entanto, ao contrário do que sucede nas directivas, a menor atenção dada aos trabalhos ou serviços a menos explica-se porque estas modificações não têm impacto negativo na despesa pública.



rigor, só dois deles abrangem exclusivamente situações dessas, a saber, o da alínea b), sobre as prestações complementares, e o do número 2, sobre as modificações de pequeno valor. Os restantes, da alínea a), sobre as modificações previstas, da alínea c), sobre as circunstâncias imprevisíveis, e da alínea e), sobre as alterações substanciais, são capazes de acomodar ou legitimar “modificações para menos”, mesmo se, reconhece-se, não é esse o escopo principal das referidas hipóteses<sup>429</sup>.

Julgamos portanto que, embora as “modificações para mais” estejam no centro das atenções do regime das directivas, não se trata de uma preocupação exclusiva sua, existindo nele dados jurídicos que permitem enquadrar aí, também o tema das “modificações para menos”. Aliás, note-se, estas modificações podem pôr em xeque os interesses da concorrência, sem prejudicar, ou até beneficiando, a posição do cocontratante.

Assim, uma “modificação para menos” pode ser vista como um desvirtuamento do procedimento de contratação pública que deu origem ao contrato e nessa medida lesar não apenas os operadores económicos que apresentaram proposta, mas também aqueles que poderiam ter apresentado outra diferente, soubessem eles que o contrato era para ser executado, não nos termos submetidos à concorrência, mas numa sua diferente configuração, como lesar também outros operadores que não participaram, mas que poderiam tê-lo feito neste novo cenário.

---

<sup>429</sup> É verdade que consideramos o caso do número 2 uma hipótese típica de “modificações para mais” e que, diversamente, consideramos o caso da alínea c), sobre as circunstâncias imprevisíveis, como capaz de acomodar também “modificações para menos”, quando isso poderia parecer contraditório com o facto de, em ambos, se estabelecer um limite máximo de valor, sinal de que estariam apenas em causa “modificações para mais”. Há no entanto uma importante diferença: enquanto o caso do número 2 se desenha apenas em função de requisitos de valor e de valor máximo, tendo portanto como objecto principal as “modificações para mais”, não fazendo assim sentido procurar subsumir nele hipóteses de “modificação para menos”, o caso da alínea c) tem como objecto principal as modificações que se tornam necessárias por circunstâncias imprevisíveis e essas tanto podem justificar “reduções” como “alargamentos” das prestações, sendo que, no primeiro caso, das “reduções”, o requisito de valor ou se considera inaplicável ou estará sempre verificado.

Mais até: uma “modificação para menos” pode inclusivamente pôr em causa a equação adjudicatória subjacente ao contrato. Assim, se a proposta de um concorrente, classificado em segundo lugar, em pontuação próxima do primeiro, foi especialmente penalizada, na avaliação, numa determinada parte do projeto contratual posto a concurso que é agora eliminada em sede de execução do contrato, isso pode significar que, se tal modificação tivesse sido ponderada no momento da avaliação das propostas, teria sido ele, ou poderia ter sido ele, o primeiro classificado.

Por outro lado, uma “modificação para menos” não representa necessariamente uma lesão dos interesses do cocontratante. Com efeito, se, na generalidade dos casos ou de acordo com a experiência normal da vida, um cocontratante estará potencialmente interessado em “modificações para mais” e desinteressado em “modificações para menos”, por estas tornarem o contrato menos rentável, pode igualmente acontecer que haja benefício seu com tais modificações, como, por exemplo, se se tratar da eliminação de uma parte do projeto especialmente complexa do ponto de vista técnico, onde fosse duvidoso se ele teria o *know-how* adequado, ou se se tratar da eliminação de prestações que implicassem para si um custo proporcionalmente elevado sem levar, contudo, a uma redução do valor do contrato segundo a equação financeira subjacente, hipótese em que haveria um desequilíbrio económico do contrato a seu favor.

Em suma, há razões, mesmo do ponto de vista da concorrência, para que a matéria das “modificações para menos” tenham um enquadramento geral ao nível do direito da União Europeia. E, em nossa opinião, têm: ele encontra-se justamente na teoria da “alteração substancial” do contrato, consagrada no artigo 72º/4 da Directiva 2014/24/EU, afirmando-se aí que uma modificação será assim qualificada se introduzir “condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta,

ou teriam atraído mais participações no concurso”, ou alterar “o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista no contrato”, previsões que, pelo seu carácter neutral, são passíveis de regular quaisquer espécies de modificações.

A questão não é portanto saber se há regulamentação europeia passível de ser aplicada às “modificações a menos”, mas se porventura se terá ido, nesta matéria, tão longe quanto seria desejável, sobretudo porque a tutela da posição do cocontratante é ainda, em certa perspectiva, tutela da concorrência (da concorrência que mereceu a adjudicação) e porque, em tempos de crise ou não, é também o interesse do cocontratante que deve ser acautelado.

Em nossa opinião, sabendo que se trata da primeira aproximação ao tema pelo direito derivado da União Europeia e que a lesão do princípio da concorrência advirá mais frequentemente do lado das modificações que majoram o preço, julgamos que se justifica o foco da regulação das directivas nestas últimas, que, no entanto, não deixaram de cuidar de alguns critérios para a admissibilidade (ou inadmissibilidade) das “modificações para menos”.

Por outro lado, as directivas apenas impedem que os legisladores nacionais estabeleçam outras condições de admissibilidade de modificações contratuais, não também outras condições de inadmissibilidade; devem portanto os legisladores nacionais ponderar este problema das “modificações para menos” e decidir, em função das suas políticas da contratação pública e da concorrência, se e em que medida deve ele ser resolvido.

**10.4.4.6.** Em quinto lugar, e quanto à *magnitude ou impacto contratual* dos diferentes casos de modificação, diríamos que o das “prestações complementares” e das “circunstâncias imprevisíveis” são passíveis de acomodar “*major changes*” na

perspectiva do mercado europeu – e provavelmente por isso é que as entidades adjudicantes são obrigadas a publicar um anúncio da modificação introduzida no JOUE, de entre cujas menções constam as seguintes: (i) “descrição do concurso antes e depois da modificação: natureza e extensão das obras, natureza e quantidade ou valor dos fornecimentos, natureza e extensão dos serviços”, (ii) “quando aplicável, aumento de preço causado pela modificação” e (iii) “descrição das circunstâncias que tornaram necessária a modificação” (artigo 72º/1, *in fine*)

Diversamente, a hipótese regulada no artigo 72º/2 apenas será passível de acomodar, justamente pelos requisitos de valor máximo que lhe estão associados, “*minor changes*” (não havendo necessidade de publicitar no JOUE a modificação em causa)<sup>430</sup>.

Por sua vez, as modificações não substanciais, como o próprio nome e regime reflectem, são também, na sua génese e na perspectiva do direito da UE, modificações menores, que não lesam os interesses subjacentes à regra da imodificabilidade das prestações contratuais, sendo também por isso que não se encontram sujeitas ao dever de publicação de anúncio no JOUE. Por último, as modificações previstas nos documentos iniciais dos procedimentos, embora possam ter maior ou menor envergadura, são sempre modificações com que as partes, e também terceiros (interessados ou não), podiam contar, não sendo por isso, neste sentido, “*major changes*”.

**10.4.4.7.** Por outro lado, dos cinco casos de modificações legítimas consagrados na Diretiva 2014/24/UE, três têm limites máximos expressos e matemáticos de valor, a

---

<sup>430</sup> As referências a “*major changes*” e “*minor changes*” encontram-se num documento de carácter puramente explicativo e não jurídico elaborado por um departamento do Governo inglês ([https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/466370/Guidance\\_on\\_Amendments\\_to\\_Contracts\\_-\\_Oct\\_2015.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/466370/Guidance_on_Amendments_to_Contracts_-_Oct_2015.pdf)).

saber, as modificações relativas a “prestações suplementares” e as resultantes de “circunstâncias imprevistas”, por um lado [artigo 72º/1, alíneas b) e c)], e as modificações de “valor reduzido”, por outro (artigo 72º/2). Os outros dois não têm limites máximos de valor, requisito que o legislador da UE teve o cuidado de afastar também expressamente no artigo 72º/1, alínea a), para as modificações previstas (“*independentemente do seu valor monetário*”), e no artigo 72º/1, alínea e), para as chamadas modificações não substanciais (“*independentemente do seu valor*”).

Trata-se, porém, é importante referir, de casos diferentes, pois enquanto o juízo sobre a legitimidade das “modificações previstas” depende de critérios estranhos ao valor da modificação em causa —esse valor não concorre para a verificação ou falta de verificação de qualquer desses critérios —, no caso das “modificações não substanciais”, embora não lhes vá associado um limite expresso de valor (ver os diferentes pressupostos negativos constantes das várias alíneas do artigo 72º/4), há, de certa forma, condicionantes implícitas dessa natureza, na medida em que o aumento ou a diminuição do preço do contrato ou de certas prestações será, na generalidade dos casos, um tópico a tomar em consideração, podendo, quando essas variações sejam significativas ou não estejam numa relação de justo equilíbrio, levar o intérprete a dar como preenchido o primeiro ou segundo desses pressupostos<sup>431</sup> e, logo, inviabilizar a introdução da modificação em causa.

Por último, e como já se disse atrás, todas as situações de admissibilidade de modificações de contratos dependem de pressupostos materiais (positivos ou negativos), sendo que a inalterabilidade da “natureza global do contrato” é quase comum a todas elas, dela dependendo a legitimidade das modificações previstas no

---

<sup>431</sup> A saber, primeiro, “a modificação introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso” e, segundo, a “modificação altera o equilíbrio económico do contrato ou do acordo-quadro a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista no contrato ou acordo-quadro inicial”.

artigo 72º, número 1, alíneas a), c) e e), e números 2 e 4. Só no caso das prestações complementares, da alínea b), é que o legislador da UE não faz referência à manutenção da “natureza global do contrato”, mas julgamos que terá sido por desnecessidade, uma vez que a subsistência ou manutenção da natureza global do contrato é, na prática, inerente ao significado das “prestações complementares”, que, por sua própria natureza, não adulteram a fisionomia do contrato.

#### **10.4.5. Os pressupostos da exigência de um novo procedimento de contratação**

**10.4.5.1.** A regra inscrita no artigo 72º/5 da Directiva 2014/24/EU, sobre a necessidade de o contraente público lançar um novo procedimento aquisitivo quando a modificação do contrato não seja juridicamente admissível, deve ser entendida *cum grano salis*.

Em primeiro lugar, e embora seja relativamente evidente, a questão só se coloca se o contraente público, constatada a inviabilidade de introduzir a modificação pretendida, quiser, ainda assim, obter a prestação em que se materializa a modificação ou quiser um contrato (um novo contrato) que reflecta já, nas suas cláusulas, a modificação em causa. Caso contrário, se o contraente público, constatado aquele facto, e na ponderação que faça sobre as vantagens e desvantagens das alternativas que se lhe colocam, entender (nas situações em que isso seja viável) que a opção mais favorável ou mais equilibrada é a da manutenção do contrato tal qual, prosseguindo-se a sua execução, não haverá necessidade de qualquer novo procedimento de contratação pública<sup>432</sup>.

---

<sup>432</sup> Esta proposição só não seria verdadeira se as modificações dependessem de um critério de estrita necessidade, em termos tais que a sua não introdução tornasse o contrato objectivamente imprestável para o contraente público ou para os objectivos que ele tinha em vista realizar. Num caso desses, havendo *necessidade*, nesse sentido estrito, da modificação em causa e não sendo ela possível, ao contraente público só restaria abrir o tal procedimento de contratação pública. No

**10.4.5.2.** Em segundo lugar, e pressupondo por agora que a única alternativa que o contraente público tem, perante a inviabilidade da modificação, é a de abrir um novo procedimento para “adquirir” apenas as prestações em que se consubstanciava a dita modificação, *mantendo-se assim o contrato inicial*, há ainda que averiguar se, à luz do direito da União Europeia, é obrigatório que esse procedimento assuma uma natureza concorrencial.

Com efeito, se não for assim, designadamente, porque as directivas permitem, no caso, o recurso a um procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio, o contraente público poderá contratar as prestações em causa directamente ao seu actual cocontratante (ou a terceiro). Não se tratará então de uma modificação de um contrato existente, mas, ainda assim, de um novo contrato celebrado com o mesmo operador económico para acomodar uma modificação inviável a um contrato existente. As hipóteses são substancialmente distintas, mas, do ponto de vista prático e no plano dos interesses do contraente público, relativamente equivalentes. Da mesma forma, se se tratar de um novo contrato cujo valor não exceda o limiar das directivas e que, segundo as regras internas, não esteja formalmente sujeito a concurso (ou equivalente), poderá também lançar-se um procedimento de ajuste directo ou, se for um contrato com “interesse transfronteiriço certo”, um procedimento concorrencial, mas em termos mais matizados.

**11.4.5.3.** Se não for assim, isto é, se o contraente público quiser adquirir a prestação em que se consubstancia a modificação, por um lado, e tiver de lançar um procedimento à concorrência, então a regra constante do artigo 72º/5 da Directiva 2014/24/EU só será aplicável, *mantendo-se, repete-se, o pressuposto da manutenção do contrato inicial*, se a prestação puder, em abstracto, ser dada a um terceiro, ou seja, a

---

entanto, as modificações podem fundar-se igualmente em juízos de conveniência, pelo que a proposição constante do texto se afigura correcta.

um operador económico diferente do cocontratante.

Se não for esse o caso, é dizer, a alternativa jurídica à modificação (inviável) do contrato existente não passará então por aí, mas pela manutenção tal qual do contrato ou, eventualmente, pela sua resolução.

E em que casos é que a prestação em que se consubstancia a modificação não pode ser dada a um terceiro? Embora seja questão que depende do caso concreto, pode dizer-se que isso sucederá desde logo quando se tratar de uma *supressão ou eliminação de prestações contratuais* (sejam elas funcionalmente separadas e divisíveis ou não)<sup>433</sup>.

Nestas hipótese, se a modificação não for admitida à luz das regras comunitárias, a alternativa não poderá logicamente passar pela abertura de um novo procedimento de contratação pública para a atribuição a terceiro, a um outro cocontratante, da prestação a suprimir ou eliminar, o que significa que, não podendo suprimir-se ou eliminar-se a prestação do contrato existente, ele há-de continuar tal qual, imodificado (ou então objecto de resolução, como se verá adiante).

Da mesma forma, se se tratar da *substituição directa de prestações contratuais* e não puder modificar-se o contrato inicial, pode também não ser possível (depende dos casos), celebrar um outro contrato para o efeito e manter o anterior.

O caso só poderá eventualmente ser diferente (embora dependa sempre da hipótese concreta, repete-se) se se estiver perante *prestações a mais separáveis* do contrato inicial, designadamente nos contratos de aquisição de serviços e aquisição de bens. Se o contraente público pretender mais computadores ou medicamentos e não puder modificar-se o contrato será possível, em geral, celebrar um outro contrato, que tenha

---

<sup>433</sup> Para dar um exemplo, imagine-se que a entidade adjudicante, tendo celebrado um contrato com vista à construção de dois edifícios públicos para os afectar à administração da justiça, pretendia agora fosse construído apenas um deles (prestações funcionalmente divisíveis). Ou então imagine-se que a entidade adjudicante pretende agora as mesmas viaturas adquiridas, mas com menos especificações técnicas.



por objecto as prestações contratuais em que se materializaria a modificação, mantendo-se o anterior.

Em suma, e é isso que importa afirmar aqui, a regra constante do artigo 72º/5 da Directiva 2014/24/EU, quando passe pela abertura de um procedimento de contratação pública concorrencial, só é aplicável se a prestação em causa puder, em abstracto, ser dada a um terceiro, ou seja, a um operador económico diferente do cocontratante. Fora dessas hipóteses, o contraente público terá de manter o contrato tal qual, não lhe sendo dado introduzir a modificação pretendida, nem lançar um procedimento para a celebração de um contrato que tenha por objecto as prestações em que se consubstanciava (ou consubstanciaria) a modificação.

**10.4.5.4.** Há, no entanto, no nosso direito, uma outra possibilidade. Quando não seja juridicamente legítimo introduzir a modificação pretendida, o contraente público poderá, verificadas que estejam certas condições, *resolver o contrato em curso* e publicar depois um novo e “*fresh invitation to tender*”<sup>434</sup> para a celebração de um novo contrato, cujo caderno de encargos reflita o acordo global tal como ele o queria, com aproveitamento ou não, depende, do que já houvesse sido executado pelo cocontratante inicial, o que só acontecerá quando o contrato anterior seja “*transferable*”<sup>435</sup>.

Sendo uma possibilidade, a questão está porém em saber até que ponto ela tem apoio no direito positivo, ou seja, em que medida o contraente público, no caso de lhe não ser dado modificar o contrato (unilateralmente ou por acordo), pode realmente proceder à resolução do contrato em execução. Abstraindo dos casos em que a questão tenha sido objecto de regulação no contrato, dir-se-ia que, se se tratar de um

---

<sup>434</sup> Jan M. Hebly/ Paul Heijnsbroek, “When amending leads to ending: a theoretical and practical insight into the retendering of contracts after a material change”, p. 163.

<sup>435</sup> Jan M. Hebly/ Paul Heijnsbroek, “When amending leads to ending”, p. 179.

*contrato privado*, a lei não prevê hoje, expressamente, qualquer mecanismo para o efeito; se for um *contrato administrativo*, a solução pode ser encontrada no quadro da resolução por motivos de interesse público (artigo 334º do CCP).

A solução pede, porém, alguma contenção. Quando se estabelecem os limites à modificação dos contratos, a lógica subjacente é a de definir, por um lado, uma área aberta à “instabilidade” ou mutabilidade da relação contratual (ali onde a modificação seja admitida) e, por outro, simultaneamente, uma zona de tendencial estabilidade (onde a modificação não seja admitida), lógica que seria profundamente adulterada se, afinal, nesta última zona se admitisse a intervenção de um mecanismo muito mais agressivo, como a resolução, que poria fim à própria relação contratual quando o Direito não viabilizasse o mecanismo teoricamente menos agressivo (como a modificação)<sup>436</sup>. Por outras palavras, a lógica que preside ao regime da modificação é também a de traçar as fronteiras entre a mutabilidade e a estabilidade da relação contratual (ali onde a modificação não seja admitida, o contrato é para manter, e imodificado), não a de separar o domínio de aplicação das figuras da modificação e da rescisão, afirmando a operatividade desta última quando a primeira não seja admitida. É verdade que, a ser assim, haverá ou poderá haver uma tensão entre o “interesse público” que reclama a modificação e os interesses que inviabilizam a sua materialização, mas esta será uma consequência inevitável do facto de não ser possível dar tutela simultânea a ambos.

Em suma, e em regra, quando não seja juridicamente legítimo introduzir a modificação pretendida e não seja viável, pelas razões apontadas, a abertura de um concurso para a celebração de um contrato que acomode as prestações em que se consubstanciava a modificação, o contraente público — salvo, naturalmente, se obtiver o acordo do seu cocontratante nesse sentido (através, por exemplo, de um contrato extintivo) — não pode resolver o contrato em curso e lançar depois um

---

<sup>436</sup> A proposição é correcta, salvo na parte em que sejam considerados os interesses da concorrência.

procedimento para a celebração de um novo contrato global. Só não será assim se, excepcionalmente, houver previsão contratual para o efeito ou, na falta dela, se houver justificação suficiente para decretar a resolução do contrato por motivos de interesse público (artigo 334º)<sup>437</sup>.

Neste último caso, é necessário, porém, que se verifique um prejuízo grave para o interesse público decorrente da inviabilidade da modificação, seja por causa da sua essencialidade, seja por causa da “imprestabilidade” do contrato sem ela. Por outro lado, além deste prisma administrativo ou político-administrativo da questão, como a rescisão por motivos de interesse público implica, como se sabe, nos termos da lei, “o pagamento ao cocontratante de justa indemnização”, correspondente “aos danos emergentes e aos lucros cessantes” (artigo 344º, números 1 e 2, do CCP), o contraente público poderá também ter de proceder a ponderações relacionadas com a racionalidade económica da resolução, “pesando” o valor a pagar pelo novo contrato e o valor da indemnização que se tenha de pagar ao anterior cocontratante.

São estes os termos do problema à luz do CCP. Veremos adiante se as directivas 2014 trouxeram algum dado novo a esta questão.

#### **10.4.6. As “modificações previstas”**

**10.4.6.1.** Analisando agora as normas que respeitam à modificação objectiva do contrato, o que se estabelece em primeiro lugar no artigo 72.º — e na sequência, aliás, de algumas proposições que podiam já encontrar-se na jurisprudência europeia<sup>438</sup> —

---

<sup>437</sup> E, em alguns casos (designadamente, quando a alteração das circunstâncias é tal que o seu impacto no contrato não se compadece com uma mera modificação, ou não é acomodável através dela, vg, porque pediria uma alteração da natureza global do contrato), se estiverem verificados os pressupostos da resolução por alteração superveniente das circunstâncias (artigo 335º do CCP), mas, nestas hipóteses, e salvo acordo do cocontratante, apenas através dos tribunais.

<sup>438</sup> Por exemplo, no acórdão *pressetext* (C-454/06) o TJUE afirmou, a propósito de uma reformulação da cláusula de indexação dos preços, que “o contrato de base tinha previsto a substituição do

é que os contratos podem ser modificados sem novo procedimento de contratação “se as modificações, independentemente do seu valor monetário, *estiverem previstas nos documentos iniciais do concurso* em cláusulas de revisão (podendo incluir cláusulas de revisão dos preços) ou opção claras, precisas e inequívocas”<sup>439</sup>.

Compreende-se a razão de ser desta hipótese: quando as potenciais modificações de um contrato (e suas condições) constem das peças do procedimento, não apenas todos os operadores económicos puderam formar a sua vontade de concorrer em

---

índice dos preços que mencionava por um índice ulterior” e que o aditamento feito em sede contratual “se limitou a aplicar as estipulações do contrato de base”, devendo portanto entender-se que “a referência a um novo índice dos preços não constitui uma alteração das condições essenciais do contrato inicial susceptível de constituir uma nova adjudicação” (números 64 a 69).

O TJUE já tinha tido, de resto, a oportunidade de afirmar esta ideia de forma mais impressiva e clara no acórdão *Succhi di Frutta SpA* (de 29.04.2004, proc. C-469/99), acentuando a importância de as modificações do contrato serem um reflexo das previsões constantes já das peças do procedimento. Nesse caso, em que se discutia a possibilidade de a entidade adjudicante permitir uma substituição das frutas indicadas no anúncio de concurso por outras enquanto modalidade de pagamento dos produtos a fornecer pelo adjudicatário (hipótese que não tinha sido equacionada nos documentos do concurso), o TJUE considerou salientando que a resposta devia ser negativa com base nas seguintes considerações: “no caso de a entidade adjudicante desejar que, por motivos precisos, certas condições do concurso possam ser modificadas depois da escolha do adjudicatário, é obrigada a prever expressamente esta possibilidade de adaptação, tal como as suas regras de execução, no anúncio de concurso que ela própria elaborou e que traça o quadro do desenrolar do processo, de modo que todas as empresas interessadas em participar no concurso tenham desde o início conhecimento das mesmas e se encontrem assim em pé de igualdade no momento de formularem a sua proposta”, no estrito respeito pelos “princípios da igualdade de tratamento e da transparência”.

<sup>439</sup> Como se explica no Considerando 111 da Directiva 2014/24/UE, “deverá ser conferida às autoridades adjudicantes, nos próprios contratos, a possibilidade de preverem modificações do contrato através de cláusulas de revisão ou opção, mas essas disposições não lhes deverão conferir um poder de apreciação ilimitado. (...) Deverá, por conseguinte, ser especificado que, em cláusulas de revisão ou opção redigidas de forma suficientemente clara, poderão, por exemplo, ser previstas indexações de preços ou se poderá assegurar que, por exemplo, o equipamento de comunicações a entregar ao longo de um determinado período continue a ser adequado, mesmo que haja mudanças nos protocolos de comunicações ou outras mudanças tecnológicas. Também deverá ser possível, em cláusulas suficientemente claras, prever as adaptações do contrato que se tornem necessárias devido a dificuldades técnicas surgidas durante a utilização ou a manutenção. Por último, convém recordar que os contratos poderão, por exemplo, incluir tanto a manutenção normal como as intervenções extraordinárias de manutenção que sejam necessárias para assegurar a continuidade de um serviço público”.

função também disso como aqueles que decidiram concorrer puderam apresentar a sua proposta tomando em consideração essa eventualidade<sup>440</sup> (que pode ser mais ou menos antecipável, consoante o “desenho” das respetivas cláusulas no caderno de encargos). Em tais circunstâncias, não haverá desvirtuamento do princípio da concorrência (porque a a decisão de concorrer e a proposta dos operadores económicos que participaram no procedimento foi formulada também em função dessas hipóteses de modificação), nem uma nova adjudicação (porque do que se trata é de uma modificação em aplicação ou execução de um contrato existente<sup>441</sup>).

Por outro lado, e embora o legislador da UE não faça referência expressa ao facto, às modificações previstas no procedimento de contratação pública deve estar associada, não um valor exacto em euros, mas ao menos uma ideia de valor<sup>442</sup> — que deve ser tomado em conta na decisão de escolha do procedimento<sup>443</sup>, designadamente, para saber se o contrato, tal qual é submetido à concorrência, com a sua configuração inicial e com aquela que decorra das modificações previstas, está ou não sujeito ao regime das directivas e à consequente publicidade internacional —, mas sobretudo para que os operadores possam tomar em consideração essas potenciais modificações nas suas propostas (normalmente, na proposta de preço)<sup>444</sup>.

---

<sup>440</sup> Vázquez Matilla, *La modificación de los contratos públicos*, p. 92.

<sup>441</sup> Assim, Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 586 e 587 (“they merely involve the implementation of the existing contractual agreement”).

<sup>442</sup> Essa referência pode por exemplo encontrar-se numa obra já citada (*Contratação Pública - Guia prático para profissionais sobre a prevenção dos erros mais comuns em projetos financiados pelos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento*, Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2015), onde, a propósito das medidas destinadas a evitar, tanto quanto possível, modificações contratuais ilegítimas, se afirma que as entidades adjudicantes devem “assegurar que o contrato inicial prevê obras, serviços ou fornecimentos complementares facultativos e inclui preços aplicáveis na fase de concurso” (p. 91).

<sup>443</sup> Assim, especificamente em relação às modificações previstas, Diez Sastre, *La impugnación*, p. 100.

<sup>444</sup> No *Livro Verde sobre as PPP e o Direito Comunitário em matéria de contratos públicos e concessão*, da Comissão Europeia [COM(2004) 327 final], referia-se, a este propósito, “que os documentos de consulta, transmitidos aos proponentes ou candidatos no processo de selecção, podem prever cláusulas de ajustamento automático, como cláusulas de indexação de preços, ou estabelecer as

**10.4.6.2.** Questão diversa é saber se a entidade adjudicante *tem* de submeter à concorrência o próprio preço por que os operadores se obrigam a proceder às modificações contratuais previstas, ou seja, mais concretamente, se o objecto das modificações e as propostas que os concorrentes apresentem para o efeito devem constar dos factores de avaliação relevantes para a adjudicação.

Posta assim a questão, julgamos que a resposta é negativa. Haverá, certamente, casos de resolução simples, como quando o próprio caderno de encargos estabelecer um preço fixo para cada uma das modificações previstas ou quando as modificações se traduzirem em mais trabalhos, serviços ou fornecimentos da mesma espécie dos contratados e a escolha da melhor proposta se fizer em função do preço unitário para cada um desses trabalhos, serviços ou fornecimentos, que se aplicará às eventuais modificações futuras.

O problema coloca-se, sim, no caso de as peças do procedimento não pedirem uma proposta para as modificações ou se, pedindo, não se tratar de aspecto da execução do contrato submetido à concorrência (caso em que, no máximo, as propostas dos concorrentes só os vincularão em sede contratual, não sendo porém em função disso que se escolhe a proposta vencedora). Há na doutrina quem considere que uma modificação prevista será com menor probabilidade considerada substancial (ou ilegítima) se porventura a adjudicação se fizer em consideração da proposta oferecida para as modificações<sup>445</sup>, proposição com que concordamos. A questão está em saber se isso é obrigatório, é dizer, se só assim se respeitam os requisitos de legitimidade das modificações previstas.

---

circunstâncias em que será possível rever as tarifas cobradas. Podem igualmente prever cláusulas de revisão, na medida em que estas identifiquem precisamente as circunstâncias e as condições em que se poderão introduzir ajustamentos na relação contratual. No entanto, será sempre necessário que estas cláusulas sejam suficientemente claras para permitir que os operadores económicos as interpretem do mesmo modo na fase de selecção do parceiro” (ponto 47).

<sup>445</sup> É o caso de Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 588.

Como dissemos, a resposta, por nós, é negativa. Desde logo, porque a referida doutrina se apoia para o efeito numa jurisprudência europeia tirada num caso muito especial, que só com dificuldade pode ser generalizada.

Trata-se do caso *Comissão v França* (C-340/02), em que uma entidade adjudicante francesa tinha lançado um concurso essencialmente de ideias (estudo de viabilidade de um sector de tratamento de águas), prevendo-se nas peças do procedimento que o concorrente cuja solução fosse escolhida “podia ser chamado a cooperar na execução da sua ideia no âmbito de um contrato de estudos tendo por objecto [nomeadamente] a assistência ao dono da obra” em dois aspectos, a saber, na elaboração do programa técnico detalhado com base na solução escolhida e, depois, na análise das propostas apresentadas no âmbito do procedimento que depois fosse lançado para a contratação da concepção da obra e sua concretização.

O TJUE considerou ilegítima a atribuição dessa segunda prestação contratual ao cocontratante (a tal assistência ao dono da obra), apesar de as peças do procedimento preverem essa possibilidade, afirmando que o “princípio da igualdade de tratamento entre os diferentes prestadores de serviços [...] e o princípio da transparência [...] exigem que o objecto de cada contrato bem como os critérios da sua adjudicação sejam claramente definidos” e que, no caso, “a simples possibilidade de se adjudicar o contrato relativo à segunda fase de acordo com os critérios previstos para outro contrato, o respeitante à primeira fase, não equivale à sua celebração de acordo com um dos procedimentos previstos na directiva”, além de que as peças do procedimento previam “apenas a possibilidade, mas não a obrigação, de se confiar a segunda fase ao vencedor do concurso relativo à primeira fase. Por conseguinte, não se pode afirmar que o contrato relativo à segunda fase deve ser adjudicado ao vencedor” do concurso.

Ou seja, para o TJUE, o contrato relativo à segunda fase devia ter sido atribuído ou num subsequente procedimento de contratação pública ou no concurso que foi

lançado para a primeira fase, mas nesse caso de acordo com factores de adjudicação aplicáveis especificamente a essa segunda fase, para que, em função das propostas então apresentadas, pudesse confiar-se tal prestação à melhor proposta.

Temos, no entanto, dúvidas que possa retirar-se desta jurisprudência a ideia de que as chamadas modificações previstas só são legítimas quando as condições da sua execução sejam submetidas à concorrência.

Com efeito, além de ser incerta e facultativa, no sentido de que os concorrentes não sabiam se as prestações da segunda fase iriam ser atribuídas necessariamente ao adjudicatário da primeira fase — o que normalmente os levaria a não tomar tal circunstância em conta no preço proposto para a primeira fase (o que seria diferente se porventura a atribuição fosse obrigatória) —, a previsão do caso subjacente ao acórdão *Comissão v França* (C-340/02) não se traduzia, materialmente, numa modificação de um contrato existente, mas, em rigor, na atribuição de um outro contrato, substancialmente distinto do primeiro<sup>446</sup>. Ou seja, seria sempre uma “modificação” que alterava a natureza global do contrato, facto suficiente, independentemente de outras considerações, para considerá-la proibida ao abrigo das regras das modificações previstas [artigo 72º/1, alínea a), Directiva 2014/25/UE]<sup>447</sup>.

É por estas razões que julgamos que a referida jurisprudência não é passível de generalização. Aliás, deve notar-se que se porventura as modificações fossem submetidas à concorrência, no sentido de que os operadores fossem chamados a formular uma proposta também para elas, as directivas certamente não seriam tão

---

<sup>446</sup> Como reconhece Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 588, o segundo contrato “was quite different in nature from the first lot of work”.

<sup>447</sup> O regime da Directiva 2014/25/UE (sectores especiais) é exactamente igual [artigo 89º/1, alínea a)]. Na Directiva 2014/23/EU encontram-se apenas pequenos ajustamentos literais, sem alteração de significado [artigo 43º/1, alínea a)].

<sup>447</sup> Não podendo, em qualquer caso, “tais modificações sucessivas (...) ter por objetivo a não aplicação das disposições da presente directiva”.



exigentes nesta matéria das “modificações previstas”. Mais: quando as modificações são submetidas à concorrência, não se colocará, *em princípio*, um problema de “alteração da natureza global do contrato”; este problema coloca-se, sim, porque elas não são submetidas à concorrência.

Assim, sem prejuízo de se entender que uma modificação prevista será legítima se a adjudicação também se fizer em consideração da proposta oferecida pelos concorrentes para elas, entendemos que isso não é obrigatório, ou seja, que esse aspecto não integra os requisitos de legitimidade que foram definidos no artigo 72º/1, alínea a), da Directiva 2014/24/UE.

**11.4.6.3.** São dois os principais requisitos de legitimidade das “modificações previstas”.

Em primeiro lugar, elas devem constar das peças do procedimento, em regra, do caderno de encargos, não valendo como tais, portanto, aquelas que as partes, sem essa habilitação procedimental ou concorrencial, inscreveram no contrato *ex novo* ou a título inédito<sup>448</sup>. Por outro lado, apesar de as directivas se referirem apenas à necessidade de as hipóteses de modificação estarem incluídas nos “documentos iniciais do concurso”, porque isso garante que foram submetidas à concorrência, elas devem, em nossa opinião, constar igualmente do próprio clausulado contratual (mesmo que por remissão), por serem as cláusulas do contrato, e não as peças do procedimento, que disciplinam a relação entre as partes.

Em segundo lugar, as “modificações previstas” devem estar redigidas de forma “clara, precisa e inequívoca” nas peças do procedimento, indicando-se nas correspondentes cláusulas “o âmbito e a natureza das eventuais modificações ou opções,

---

<sup>448</sup> E isto independentemente do juízo de (in)validade que se faça sobre a inclusão de tais cláusulas no texto do contrato.

*bem como as condições em que podem ser aplicadas*". É portanto um requisito de quase *full detail* quanto àquilo que pode ser modificado e em que termos, o que, possivelmente, em alguns casos, será difícil de cumprir<sup>449</sup>.

O legislador da EU quis, com tal requisito, afastar a relevância, para estes efeitos, e desde logo, das *cláusulas genéricas* de permissão da modificação do contrato (por acordo das partes ou unilateralmente)<sup>450</sup>, que representariam um "cheque em branco" para, depois da adjudicação, se proceder a qualquer modificação e evitar a aplicação das directivas<sup>451</sup>. Mas, além dessas cláusulas genéricas, afasta-se também a própria relevância material das *cláusulas ambíguas*, que não permitam aos operadores económicos antecipar, com um mínimo de rigor, a que modificações se está a reportar o caderno de encargos ou em que circunstâncias podem elas vir a ser introduzidas.

Cumprindo-se os requisitos exigidos, não há limite para o valor implicado ou resultante das revisões ou opções. Criticada por alguns autores<sup>452</sup>, a ideia do legislador da EU parece ter sido a de que, se as modificações estão previstas em cláusulas claras, precisas e inequívocas, com a definição do seu âmbito, natureza e pressupostos, e como os concorrentes puderam formular as suas propostas com consideração de tais hipóteses, não haveria razão para estabelecer limites ao valor das modificações<sup>453</sup>. No entanto, há também quem sustente, em termos que nos

---

<sup>449</sup> Vázquez Matilla, *La modificación de los contratos públicos*, p. 93.

<sup>450</sup> Vázquez Matilla, *La modificación de los contratos públicos*, p. 93.

<sup>451</sup> Por exemplo, no caso *Wall AG (C-91/08)*, a substituição de um subcontratado foi considerada substancial apesar de o contrato prever expressamente essa possibilidade, mas em termos genéricos, dependente apenas de autorização do contraente público.

<sup>452</sup> Vázquez Matilla, *La modificación de los contratos públicos*, p. 93.

<sup>453</sup> Naturalmente, a inexistência de limites deve ser lida por referência directa ao tema da modificação, ou seja, do ponto de vista do direito das modificações aos contratos da perspectiva do direito da União Europeia, o que não significa, naturalmente, que, do ponto de vista do direito português, o valor das modificações seja irrelevante. Há, como se sabe, limites estabelecidos em função do preço base fixado no caderno de encargos, do valor máximo do contrato a celebrar permitido pela

parecem adequados, que, com a proposição “independentemente do seu valor monetário”, o que o legislador da EU quis foi afirmar que o *ponto de partida* na matéria é o da irrelevância do valor das modificações, embora modificações muito significativas em comparação com o valor do contrato inicial possam, a final, vir a ser consideradas uma “alteração da natureza global do contrato”.<sup>454</sup> Com efeito, a proibição de uma alteração da natureza global do contrato, neste contexto, parece pressupor ou exigir uma “certa similitude entre as novas prestações e as iniciais e o escopo de ambas. Quanto mais substanciais forem os ajustamentos ou modificações em relação à natureza e escopo das obrigações iniciais, mais provável é que haja aí um novo contrato”<sup>455</sup>.

Diríamos por isso que é uma questão de medida. Modificações (não submetidas à concorrência) que alarguem consideravelmente o âmbito do contrato ou que sejam de diferente natureza ou escopo, adulterando a fisionomia do contrato inicial, podem ser consideradas como ilegítimas, mesmo que estejam previstas com pormenor no contrato, embora tudo dependa do caso concreto e também das próprias práticas de certo tipo de contratos<sup>456</sup>.

Por último, e na sequência do que se disse, não pode prever-se no caderno de encargos modificações ou opções que *alterem a natureza global do contrato* [artigo 72º/1, alínea a)]<sup>457</sup>, conceito que corresponde à manutenção da *identidade material ou*

---

escolha do procedimento ou do valor máximo até ao qual o órgão competente, por lei ou por delegação, pode autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar (ver artigo 47º do CCP).

Assim, por exemplo, um órgão que tenha competência para autorizar uma despesa contratual até 100.000€ não pode decidir abrir um concurso público para a celebração de um contrato até 95.000€ com previsão de modificações no valor de 20.000€.

<sup>454</sup> Assim, Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 589 e 600 (que dá como exemplo um aumento de 5 e 10 vezes a quantidade inicial contratada).

<sup>455</sup> Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 588.

<sup>456</sup> Assim, Sue Arrowsmith, *The Law*, p.

<sup>457</sup> O regime da Directiva 2014/25/UE (sectores especiais) é exactamente igual [artigo 89º/1, alínea a)]. Na Directiva 2014/23/EU encontram-se apenas pequenos ajustamentos literais, sem alteração de significado [artigo 43º/1, alínea a)].

*característica* do acordo (ver artigo 72º/4, primeira parte), similar, portanto, à intangibilidade do objecto do artigo 313º/1 do CCP.

**10.4.6.4.** Por outro lado, há que procurar fazer uma distinção entre cláusulas de revisão e cláusulas de opção, distinção que não é fácil porque não é matéria que tenha sido esclarecida pelas directivas ou seja de tratamento habitual no âmbito dos contratos administrativos (ou públicos)<sup>458</sup>.

As cláusulas de opção serão normalmente previsões contratuais, em princípio associadas a certos eventos ou factos, que permitem ao contraente público introduzir uma modificação ao contrato, requerendo mais ou menos prestações (prestações com especificações diferentes), mais ou menos prazo, relativamente ao que estava contratado. Por via de regra, tais opções poderão ser accionadas unilateralmente pelo contraente público, sem necessidade de acordo (embora possa estar prevista a formalização da modificação). No entanto, nada impede — embora seja menos frequente — que as cláusulas de opção estejam desenhadas de forma tal que atribuam ao cocontratante a faculdade ou o direito de introduzir ou exigir uma certa modificação.

As cláusulas de revisão, por sua vez, serão previsões contratuais, também associadas a certos ou eventos ou factos, que normalmente atribuem ao cocontratante um direito

---

<sup>457</sup> Não podendo, em qualquer caso, “tais modificações sucessivas (...) ter por objetivo a não aplicação das disposições da presente diretiva”.

<sup>458</sup> Por exemplo, Nicolas Charrel / Thomas Gaspar, “Le nouveau régime juridique de modification des marchés en cours d’exécution”, em *Contrats Publics, Les nouvelles directives «marchés» (2de partie)*, n.º 144, 2015, p. 58, referem, a propósito da cláusula de revisão, que será um instrumento jurídico interessante, mas os seus verdadeiros contornos estão ainda por definir.

Em Kristian Hartlev / Morten Liljenbol, “Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender”, *PPLR*, n.º 2, 2013, pp. 60 e ss, faz-se uma distinção em função do objecto das cláusulas (de preço, prazo, etc.) e procura-se ver em que medida esses diferentes elementos podem ser regulados partes no contrato.

a uma certa modificação contratual (ou o direito a requerer essa modificação), como um certo preço complementar, a majoração de tarifas, concessão de mais prazo<sup>459</sup>, etc, podendo inclusivamente estar descritas em termos tais que a modificação seja automática<sup>460</sup>. No entanto, também aqui as cláusulas podem estar desenhadas de tal forma que o direito à revisão pertença tanto ao contraente público como ao cocontratante, como acontece ou pode acontecer, paradigmaticamente, no âmbito da cláusula de revisão de preços, que, tendo em vista evitar “sobrelucros injustos” ou prejuízos iníquos, pode actuar em favor de um ou outro, dependendo do sentido que tenha em cada caso a variação dos preços<sup>461</sup>.

---

<sup>459</sup> Sobre a prorrogação do prazo das concessões à luz do CCP, Lino Torgal, “Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos”, *RCP*, nº 1, 2011, pp. 219 e ss.

<sup>460</sup> Engrácia Antunes (*Direito*, p. 317) designa-as por “cláusulas de revisão automática”, que se caracterizam por estabelecer “a revisão ou modificação do conteúdo de um contrato comercial ou das suas prestações (mormente, das prestações pecuniárias) de forma mais ou menos automática, sem necessidade de qualquer negociação ou acordo posterior das partes a tal respeito”, assemelhando-se às cláusulas de *hardship* por terem “por objecto uma adaptação do contrato a novos circunstancialismos envolventes”.

De acordo com o referido autor (*Direito*, p. 318), são exemplos de cláusulas de revisão automática “as «cláusulas de estabilização» (*“stabilization clauses”*), que introduzem factores de correcção destinados a neutralizar as flutuações do preço decorrentes da inflação ou de alterações cambiais”, as «cláusulas de revisão de preço» (*“price adjustment”*), que permitem a revisão ou redução do preço em caso de violação de alguma das garantias contratualmente acordadas”, as “cláusulas de «indexação» ou de «escala móvel», que permitem ajustar os montantes a restituir ou os juros a pagar por referência a uma determinada mercadoria (v.g., ouro, prata, trigo) ou índice (“Euribor”, “Mibor”)", etc.

<sup>461</sup> De acordo com Licínio Lopes Martins (por referência à lição de Freitas do Amaral numa edição anterior do seu Manual), “a função do regime de revisão de preços é a de permitir o ajustamento do preço inicialmente estipulado em função das variações normais que podem produzir-se em parâmetros (preços das matérias primas, salários, etc) condicionantes do preço de custo. Ele é assim um meio que, no consenso das partes, poderá permitir, dadas as variações previsíveis de mercado, um resultado financeiro normal no negócio bem conduzido” (“Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II: Em especial, a reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato e a determinação dos danos”, em *Estudos de Contratação Pública*, vol. III, Coimbra Editora, 2010, pág. 394).

A matéria da revisão de preços é, entre nós, ainda regulada pelo Decreto-Lei n.º 6/2004, de 6 de Janeiro de 2004, que estabelece, no seu artigo 1º/1, que o “preço das empreitadas de obras públicas [...] fica sujeito a revisão, em função das variações, para mais ou para menos, dos custos de mão-

#### 10.4.7. As “prestações complementares”

**10.4.7.1.** Em segundo lugar, temos as chamadas *prestações complementares* (suplementares ou adicionais ou ainda, numa terminologia mais tradicional entre nós, *prestações a mais*), prevendo-se no artigo 72º/1, alínea b), da Directiva 2014/24/EU que o contraente público não terá de lançar um novo procedimento de contratação pública “se houver necessidade de obras, serviços ou fornecimentos complementares por parte do contratante original que não tenham sido incluídos no contrato inicial, caso a mudança de contratante (i) não possa ser efetuada por razões económicas ou técnicas, como requisitos de permutabilidade ou interoperabilidade com equipamento, serviços ou instalações existentes<sup>462</sup>, adquiridos ao abrigo do contrato inicial, (ii) e seja altamente inconveniente ou provoque uma duplicação substancial dos custos para a autoridade adjudicante”.

Embora com um novo enquadramento (agora em sede de modificação do contrato) e com pressupostos ligeiramente diferentes, este caso é muito próximo de um outro em que, nas diretivas de 2004, se permitia o recurso ao procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio (para a celebração, portanto, de um novo contrato)<sup>463</sup>, sendo que, curiosamente, também existe nas diretivas de 2014 uma

---

de-obra, dos materiais e dos equipamentos de apoio, relativamente aos correspondentes valores no mês anterior ao da data limite fixada para a entrega das propostas”, sendo ainda aplicável aos contratos de serviços e bens que prevejam o direito à revisão de preços “em tudo o que neles não for especialmente regulado” (artigo 2º). O tema é também objeto de regulação no CCP, nos seus artigos 300º, 341º, 382º, 393º/1 e 399º/2, embora em termos não particularmente claros (como notou Jorge Andrade da Silva, *CCP Comentado e Anotado*, Almedina, 2014, em anotação ao artigo 382º).

<sup>462</sup> A Directiva 2014/25/UE (sectores especiais) acrescenta o termo “software” [artigo 89º/1, alínea b), ponto (ii)].

<sup>463</sup> Com efeito, no artigo 31º, número 4, alínea a), da Directiva 2004/18/EU, previa-se que as entidades adjudicantes podiam recorrer a esse procedimento quando estivessem em causa “obras ou serviços complementares que não constem do projecto inicialmente previsto nem do contrato inicial e que se tenham tornado necessários, na sequência de uma circunstância imprevista, para a execução da obra ou a prestação do serviço neles descritos, na condição de o adjudicatário ser o mesmo operador económico que executa a referida obra ou o referido serviço” e “essas obras ou esses serviços complementares não possam ser técnica ou economicamente separados do objecto de

situação em que é admitido recorrer a esse procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio cuja hipótese coincide, em parte, com a que consta do artigo 72º/1, alínea b), embora se refira apenas aos fornecimentos<sup>464</sup>.

Relativamente ao regime das prestações complementares, note-se que o facto de as obras, serviços ou fornecimentos que agora são necessários não terem sido incluídos no contrato inicial não tem de se dever a circunstâncias imprevistas ou imprevisíveis,<sup>465</sup> podendo tratar-se de circunstâncias relativamente previsíveis, mas que a entidade adjudicante não previu ou que não regulou nos documentos do procedimento de contratação pública (e no contrato) por qualquer outra razão. Por outro lado, é importante esclarecer que, quando se refere à “duplicação substancial de custos”, o legislador não quis limitar a possibilidade de modificação aos casos em que o aumento de custos seja equivalente ao dobro, pois duplicação tem aí o sentido

---

contrato inicial sem grande inconveniente para as entidades adjudicantes” ou, embora podendo ser separados, “sejam absolutamente necessários à sua conclusão” — estabelecendo-se ainda que “o valor total dos contratos relativos a obras ou serviços complementares não pode exceder 50% do montante do contrato inicial”.

Por sua vez, no artigo 31º, número 2, alínea b) previa-se que também seria possível recorrer a um procedimento por negociação sem publicação prévia de um anúncio “quando se trate de entregas complementares efectuadas pelo fornecedor inicial e destinadas, quer à substituição parcial de produtos ou instalações de uso corrente, quer à ampliação de produtos ou instalações existentes, caso a mudança de fornecedor obrigue a entidade adjudicante a adquirir material com características técnicas diferentes, originando incompatibilidades ou dificuldades técnicas desproporcionadas de utilização e manutenção”, prevendo-se, a final, que “a duração destes contratos, bem como a dos contratos renováveis, não pode, em regra, exceder três anos”.

<sup>464</sup> Essa hipótese consta do artigo 32º/3, alínea b), nos termos do qual é possível lançar mão desse procedimento “quando se trate de entregas complementares efectuadas pelo fornecedor inicial e destinadas, quer à substituição parcial de fornecimentos ou instalações, quer à ampliação de fornecimentos ou instalações existentes, nos casos em que a mudança de fornecedor obrigaria a autoridade adjudicante a adquirir fornecimentos com características técnicas diferentes, originando incompatibilidades ou dificuldades técnicas desproporcionadas de utilização e manutenção”, sendo que, neste caso, “a duração desses contratos e dos contratos adicionais não pode, em regra, ultrapassar três anos”.

<sup>465</sup> Esse é um outro caso, regulado no artigo 72º/1, alínea c), da Directiva 2014/24/EU.

de sobreposição ou repetição injustificada de custos<sup>466</sup>. Assim, mesmo que não se atinga o dobro do valor, uma sobreposição significativa e sensível de custos, que só pode ser apurada em concreto, é suficiente para dar preenchido o conceito em causa.

**10.4.7.2.** A principal questão que se coloca neste caso é saber se os requisitos enunciados nos dois pontos da alínea b) são cumulativos ou disjuntivos. À primeira vista, a dúvida não teria justificação, uma vez que, verbalmente, o texto é claro, fazendo-se anteceder um “e” antes do segundo ponto, indicação que, no caso, aponta para uma leitura conjugada dos requisitos<sup>467</sup>. No entanto, também é verdade que a

---

<sup>466</sup> Embora o adjectivo “substancial” faça mais sentido se se entender que a “duplicação” não significa o dobro, também é verdade que o legislador da UE podia estar a querer dizer, implicitamente, que há casos em que o dobro pode não representar algo de substancial, mas não é esse, em nossa opinião, o alcance do preceito.

<sup>467</sup> Dizemos isto não desconhecendo as controvérsias a propósito do uso de “e” ou “ou” nos textos jurídicos (desde contratos a leis). Ou seja, a ideia de que o uso da copulativa “e” envolve uma proposição cumulativa e que o uso da disjuntiva “ou” implica uma proposição alternativa — ou, como hoje se diz, que as conjunções coordenativas “e” e “ou” são, a primeira, aditiva, a segunda, alternativa ou exclusiva —, se, em geral, está correcta do ponto de vista verbal, não dispensa o intérprete da tarefa de descobrir o sentido e alcance jurídico da utilização de cada uma dessas duas conjunções.

Aliás, há casos em que o “e” e o “ou” têm, em sede literária, exactamente o mesmo sentido (afirmar que «o clube aceita homens e mulheres» é, do ponto de vista do seu significado, rigorosamente igual a dizer que «o clube aceita homens ou mulheres»). E quando o uso das conjunções coordenativas se coloca num texto jurídico, ele deixa de ser um problema verbal ou literal e passa a ser, sobretudo, um problema de hermenêutica jurídica, muitas vezes, de resto, difícil de resolver.

Se dúvidas houvesse, bastaria ler as interessantíssimas páginas que Lawrence M. Solan dedica ao assunto da *And/Or Rule*, no seu célebre *The Language of Judges* (da *Chicago Series in Law and Society*, de 1993), afirmando, além do mais, que, em contexto jurídico, o uso de *and* ou de *or* tem fama de notoriamente vago e inexacto (“notoriously loose and inaccurate”)

Aliás, como se sabe, em Inglaterra, o problema do uso e do significado do *and* e *or* é muito debatido, em muitos manuais, e tem a sua origem na famosa frase da *Magna Carta* “*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*” (“*Except by lawful judgment of his peers vel by the law of the land*”) — ou seja, ninguém pode ser condenado “*excepto pelo julgamento legal [justo] dos seus pares vel pela lei da terra*”. O debate sobre se *vel* tem aí o significado de *and* ou de *or* tem consumido páginas e páginas aos juristas e aos literatos britânicos.



exigência da sua verificação simultânea, ao menos em alguns casos, não parece estar de acordo com a *ratio* do preceito.

Na verdade, não se consegue descortinar facilmente por que motivo as “razões económicas” do ponto i) são, ou têm de ser, diferentes da “duplicação substancial de custos” do ponto ii). Pelo contrário, o que se diria é que as ditas razões económicas estarão, nestas hipóteses, relacionadas muitas vezes justamente com a duplicação ou sobreposição de custos se houver mudança de cocontratante. Por outro lado, se estiver demonstrado, nos termos do ponto i), que há razões técnicas relativas à permutabilidade ou interoperabilidade do equipamento existente que tornam inviável a aquisição de outro equipamento ou a contratação de outro cocontratante, com toda a probabilidade haverá, para efeitos do ponto ii), inconveniência em tal opção ou uma duplicação substancial de custos.

Parece portanto que a verificação do primeiro requisito conduzirá, na generalidade dos casos, à verificação consequente do segundo requisito.

Aliás, o próprio Considerando 108 da Directiva 2014/24/EU parece apontar no sentido da suficiência do primeiro requisito, afirmando-se aí que, quando o contraente público necessite de obras, fornecimentos ou serviços adicionais, “pode justificar-se uma modificação do contrato inicial sem novo procedimento de contratação, especialmente se as entregas complementares se destinarem à substituição parcial ou à ampliação de serviços, produtos ou instalações existentes, nos casos em que a mudança de fornecedor obrigaria a autoridade adjudicante a adquirir materiais, obras ou serviços com características técnicas diferentes, originando incompatibilidades ou dificuldades técnicas desproporcionadas de utilização e manutenção”<sup>468</sup>.

---

<sup>468</sup> E no próprio *Public Contracts Regulations 2015*, numa norma (a do seu artigo 72º) que em muitos aspectos é uma transcrição do regime das directivas (como de resto, em larga medida, todo o

Embora os considerandos sejam um importante elemento de interpretação, temos no entanto algumas dúvidas que os requisitos devam ser sempre, em qualquer circunstância, lidos separadamente, até porque, repete-se, isso contraria a letra clara do preceito. Por outro lado, o facto de a mudança de contratante não poder ser efetuada por razões económicas ou técnicas não significa necessariamente que deva haver modificação do contrato, pois o legislador da União Europeia pode ter querido que o contrato se mantenha tal qual no caso de não ser altamente inconveniente ou não haver duplicação substancial de custos.

Julgamos por isso que, embora a verificação do primeiro requisito conduza, na generalidade dos casos, à verificação subsequente do segundo requisito, a questão deve ser vista casuisticamente, de acordo com as seguintes coordenadas: se houver necessidade de prestações complementares e se não for possível a mudança de cocontratante por *razões técnicas*, isso será em regra motivo suficiente para viabilizar a modificação; se, ao invés, o problema da mudança de cocontratante estiver associada a *razões económicas*, tem de se avaliar qual a grandeza de tais razões, designadamente, se ela provoca uma duplicação substancial dos custos para a entidade adjudicante.

Por último, prevê-se no 2º parágrafo da alínea b) do artigo 72º/1 da Directiva 2014/24/UE que “o aumento de preço [resultante das modificações no sentido de abranger as obras, serviços ou fornecimentos complementares] não pode exceder 50 % do valor do contrato original”<sup>469</sup> — o que é ainda uma abertura considerável —, sendo que, “em caso de várias modificações sucessivas, esse limite aplica-se ao valor

---

diploma), alterou-se a palavra “and” para “or”, para que fosse suficiente, para efeitos das “prestações suplementares” ou “complementares”, a verificação de apenas um desses requisitos.

<sup>469</sup> Na Directiva 2014/25/UE (sectores especiais) não há, neste caso, ou com este fundamento, qualquer limite de valor para as modificações [artigo 89º/1, alínea b)]. Na Directiva 2014/23/UE (concessões), o limite de valor (50%) apenas se aplica às “concessões adjudicadas por uma autoridade adjudicante, para efeitos de prosseguir uma atividade diferente das referidas no Anexo II” [artigo 43º/1, alínea b), último parágrafo].

de cada modificação”<sup>470</sup>.

#### 10.4.8. As “circunstâncias imprevisíveis”

10.4.8.1. Em terceiro lugar, temos o caso das chamadas *circunstâncias imprevisíveis*, estabelecendo-se no artigo 72º/1, alínea c), da Directiva 2014/24/EU que poderá não haver lugar a um novo procedimento de contratação pública se (i) “a necessidade de modificação decorre de circunstâncias que uma autoridade adjudicante diligente não possa prever”, (ii) “a modificação não altera a natureza global do contrato” e (iii) “o aumento de preço não ultrapassa 50% do valor do contrato”<sup>471</sup>, sendo que, se houver “várias modificações sucessivas, esse limite aplica-se ao valor de cada modificação”.

Estão portanto aqui reguladas as chamadas circunstâncias imprevisíveis (“*unforeseeable circumstances*”), que representam uma outra fonte de legitimação da modificação do contrato. A letra da directiva não é, na versão portuguesa, muito clara, quando se reporta a circunstâncias que uma entidade adjudicante “não possa prever” – quando certamente se deveria ter escrito “não “pudesse ter previsto”<sup>472</sup>. Como quer que seja, a ideia não será, por causa disso, muito diferente: poderão introduzir-se modificações a um contrato quando ocorram circunstâncias que uma entidade adjudicante diligente não podia ter previsto à data do procedimento de contratação pública. Embora o critério das circunstâncias imprevistas/imprevisíveis valha para qualquer contrato, ele tem o seu campo de aplicação privilegiado no

---

<sup>470</sup> Não podendo, em qualquer caso, “tais modificações sucessivas (...) ter por objetivo a não aplicação das disposições da presente directiva”. É o chamado *aim to circumvent*.

<sup>471</sup> Na Directiva 2014/25/UE (sectores especiais) não há, neste caso, ou com este fundamento, qualquer limite de valor para as modificações [artigo 89º/1, alínea c)]. Na Directiva 2014/23/UE, o limite de valor (50%) apenas se aplica às “concessões adjudicadas por uma autoridade adjudicante, para efeitos de prosseguir uma atividade diferente das referidas no Anexo II” [artigo 43º/1, alínea c), último parágrafo)].

<sup>472</sup> Assim, vg, a versão inglesa (“*could not foresee*”), a versão francesa (“*ne pouvait pas prévoir*”), a versão espanhola (“*no hubiera podido prever*”) e a italiana (“*non ha potuto prevedere*”).

contexto de contratos de longa duração e complexos, sobretudo se forem inovatórios, por ser aí onde o planeamento do esquema contratual se revela mais difícil<sup>473</sup>.

Por outro lado, e quanto a saber se relevam aqui as circunstâncias meramente imprevistas ou apenas as imprevisíveis, julgamos que a resposta pode depender um pouco da forma como se encare o problema: uma circunstância subjectivamente imprevista é uma circunstância que as partes não representaram mentalmente (não pensaram nelas, pura e simplesmente) e, logo, não a tiveram em consideração nas peças do procedimento, uma, e na proposta, a outra, não tendo por isso ficado regulada, positiva ou negativamente, no contrato. Uma circunstância destas, apenas subjectivamente imprevista, não é capaz de legitimar uma modificação do contrato. Há-de ser uma circunstância objectivamente imprevista, no sentido de que não poderia razoavelmente exigir-se a uma entidade adjudicante diligente que a pudesse ou devesse ter previsto<sup>474</sup>. E isto significa uma circunstância imprevisível para efeitos jurídicos.

São estes os eventos que relevam para estes efeitos, aqueles, portanto, que, à data, no plano dos factos ou do Direito, não eram objectivamente previsíveis<sup>475</sup>, expressão que deve, contudo, ser entendida *cum grano salis*, por referência às circunstâncias concretas em que a entidade adjudicante se encontrava à data do procedimento. Como, aliás, o Considerando 109 da Directiva acautela: “o conceito de circunstâncias imprevisíveis refere-se a factos que a autoridade adjudicante não podia prever, apesar de ter preparado a adjudicação inicial de forma razoavelmente diligente,

---

<sup>473</sup> Assim, Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 590.

<sup>474</sup> Aproveitando uma fórmula que se encontra no Acórdão n.º 35/2009 do Tribunal de Contas, “acontecimentos imprevisíveis [são] aqueles que um decisor público normal, colocado na posição do real decisor, não podia nem devia ter previsto. Estão, portanto, fora do conceito de acontecimentos imprevisíveis, os acontecimentos que aquele decisor público podia e devia ter previsto”.

<sup>475</sup> Considerando também que se trata aqui de circunstâncias imprevisíveis, Pedro Costa Gonçalves, *Direito*, p. 517.

tendo em conta os meios que tinha à sua disposição, a natureza e as características do projeto específico, as boas práticas no domínio em questão e a necessidade de assegurar uma relação adequada entre os recursos gastos na preparação da adjudicação do contrato e o seu valor previsível”.

Sendo estas as circunstâncias relevantes à luz do artigo 72º/1, alínea c), isso significa que as novas ponderações político-administrativas que, à revelia da ocorrência de quaisquer eventos supervenientes, a entidade adjudicante faça sobre a maior ou menor conveniência do contrato não constituem razão válida para o modificar.

Por outro lado, se as circunstâncias devem ser imprevisíveis (com o alcance que lhe é dado no referido considerando), não é de exigir aqui que se trate de uma alteração anormal, no sentido de ter um impacto significativo na economia do contrato, adulterando-o. Pode ser um evento de menor significado, que peça apenas acomodações pontuais ao contrato, como também pode ser um evento de maior impacto, que exija modificações mais relevantes, mas, de qualquer forma, sempre independentemente do requisito da anormalidade<sup>476</sup>.

**10.4.8.2.** Pode não ser simples estabelecer a linha de fronteira temporal em função da qual deve medir-se a imprevisibilidade. Por outras palavras, a imprevisibilidade é aferida à data do lançamento do concurso ou à data da fixação dos termos ou da celebração do contrato, ou em um qualquer outro momento intermédio? Mais concretamente, uma circunstância imprevisível que ocorra na pendência do concurso pode justificar, mais tarde, uma modificação ao contrato ou apenas são atendíveis para o efeito os eventos imprevisíveis que tenham lugar já em sede de execução do contrato?

---

<sup>476</sup> Assim, Pedro Costa Gonçalves, *Direito*, p. 517. No sentido de que o evento imprevisível não tem de ser excepcional, Nicolas Charrel / Thomas Gaspar, “Contrats Publics”, p. 57.

Por regra, os eventos imprevisíveis, que podem habilitar uma modificação do contrato, serão apenas aqueles que ocorram depois do contrato. Ou então que, ocorrendo antes dele, não pudessem (nem devessem) ter sido conhecidos da entidade adjudicante. É por isso que a nossa lei fala na alteração das “circunstâncias em que as partes fundaram a *decisão de contratar*” (artigo 312º, alínea a), do CCP, e artigo 437º/1 do Código Civil) — que se materializa no acto de celebração do contrato. Na verdade, os eventos que ocorram antes do contrato e tenham sido delas conhecidos terão sido devidamente ponderados por ocasião da fixação das cláusulas contratuais.

Mas dentro do procedimento de contratação pública que serve de parâmetro vinculativo dos termos e condições a fixar no contrato, e que é marcado pelas notas da estabilidade ou da imodificabilidade, qual o momento a que deve atender-se para este efeito? Como quer o caderno de encargos, que representa uma antecâmara do contrato, quer as propostas apresentadas, que preenchem os seus espaços em branco, digamos assim, não podem ser modificados a partir do termo do prazo para a apresentação das propostas, dir-se-ia que o facto de sobrevir uma circunstância imprevisível durante a pendência do concurso não pode ser devidamente atendido ou tomado em consideração, seja pela entidade adjudicante, que não pode adequar o caderno de encargos a essa circunstância superveniente, seja pelos concorrentes, que não podem alterar as suas propostas depois de os “dados estarem lançados”, digamos assim. A linha de fronteira temporal em função da qual se mede a imprevisibilidade legal seria, então, a abertura do concurso ou, mais precisamente, o termo do prazo para a apresentação das propostas.

Sucedem que esta solução pressuporia que as entidades adjudicantes, ou mesmo os proponentes, não tivessem outra alternativa, depois desse momento, senão levar o concurso até ao fim (aquelas) e manter as suas propostas (aqueles).

Ora, como também se sabe, existe uma alternativa, pois a entidade adjudicante pode

decretar a anulação do procedimento ou, se se preferir, pode decidir não adjudicar o contrato quando, “*por circunstâncias imprevistas, seja necessário alterar aspectos fundamentais das peças do procedimento após o termo do prazo fixado para a apresentação das propostas*” ou quando “*circunstâncias supervenientes ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, relativas aos pressupostos da decisão de contratar, o justifiquem*” [alíneas c) e d) do artigo 79º/1 do CCP]<sup>477</sup>. Por outro lado, os próprios concorrentes, embora se comprometam a manter as suas propostas durante um certo prazo (ver artigo 65º do CCP), não só não estão hoje obrigados a prestar uma caução procedimental, como não está prevista, no CCP, qualquer sanção, designadamente, contra-ordenacional, para a retirada ou desistência da proposta, sobretudo se ela for justificada, é dizer, se se fundar no facto de, entretanto, na pendência do procedimento, ter ocorrido uma alteração das razões em que eles fundaram a sua decisão de apresentar uma proposta (ou uma proposta em certos termos).

Assim, aquilo que pareceria à primeira vista uma proposição juridicamente correcta, atendendo aos princípios da intangibilidade ou imodificabilidade das peças do procedimento e das propostas — ou seja, que o momento relevante para determinar a imprevisibilidade do evento seria o termo do prazo para apresentação das propostas —, acaba por se tornar falível perante a possibilidade de decidir não adjudicar, senão mesmo ao ponto de ser eventualmente mais certa a proposição contrária, de que os eventos relevantes para as modificações contratuais são os que ocorram após a celebração do contrato (ou após a adjudicação).

Julgamos, no entanto, sem prejuízo dessa proposição mais genérica — e reportando-

---

<sup>477</sup> Sobre o regime desses dois preceitos, ver Bernardo Azevedo, “Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2010, pp. 239 e ss., Mário Esteves de Oliveira / Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos*, pp. 1047 e ss, Pedro Fernández Sanchez, “A persistência das dúvidas acerca do alcance das causas de adjudicação em procedimentos de contratação pública”, *CJA*, 2015, nº 109, pp. 53 e ss., e Miguel Assis Raimundo, *A formação dos contratos públicos – uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, 2013, pp. 1139 e ss, a cuja leitura aderimos.

nos sempre e apenas às modificações por razões de interesse público, abstraindo portanto do tema da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias —, que é possível estabelecer algumas coordenadas na matéria:

- (i) se o evento ocorre depois do termo do prazo de apresentação das propostas e é de tal ordem que o seu impacto é claro à data do procedimento, implicando uma alteração substancial dos termos essenciais do caderno de encargos (e, logo, também implicaria, mais tarde, uma “alteração substancial” do contrato), não há possibilidade de uma modificação subsequente do contrato, só restando ao contraente público a possibilidade de decidir não adjudicar o contrato ou aos concorrentes a retirada da sua proposta<sup>478</sup>;
- (ii) se o evento (conhecido pelo contraente público) ocorre na pendência do procedimento e o seu impacto não é de molde a justificar uma decisão de não adjudicação, deve admitir-se a modificação do contrato quando estejam em causa ajustamentos pouco sensíveis ao pactuado;
- (iii) se o evento ocorre na pendência do procedimento e o seu impacto poderia em princípio justificar uma decisão de não adjudicação, mas esta tem, no caso concreto, custos absolutamente desproporcionados (económicos, como por exemplo a perda de fundos comunitários vitais para a execução de um relevante projecto público, ou outros), poder-se-á admitir a modificação futura do contrato, numa lógica próxima do estado de necessidade, se for possível respeitar o limite da inalterabilidade da natureza global do contrato;
- (iv) se o evento ocorre na pendência do procedimento, mas ele só é conhecido, sem culpa, pela entidade adjudicante, depois da adjudicação ou da celebração do contrato ou, embora conhecido antes, o seu impacto só se

---

<sup>478</sup> Sem prejuízo de poder mais tarde resolver o contrato por motivos imperiosos de interesse público.



revela já em sede contratual, deve admitir-se a modificação do contrato desde que não haja adulteração da sua natureza global.

**10.4.8.3.** Além de outros limites, que serão tratados adiante, as modificações introduzidas no contrato devem ser *proporcionais* ao evento imprevisível, no sentido de que devem limitar-se ao necessário para que o instrumento contratual continue, à luz das novas circunstâncias — e na medida em que não haja motivo para resolução —, a revelar-se um mecanismo óptimo ou eficiente de prossecução dos objectivos do contraente público. Por outras palavras, as modificações contratuais devem revelar uma associação clara e objetiva às novas circunstâncias, não podendo a entidade adjudicante (ou ela e o cocontratante) aproveitar a ocasião para introduzir no contrato modificações desligadas da necessidade de acomodação contratual, digamos assim, do evento imprevisível.

No entanto, e ao contrário do que parece sugerir alguma doutrina<sup>479</sup>, não nos parece que a entidade adjudicante *deva* também ponderar, para efeitos da introdução de modificações ao contrato, os custos (incluindo a demora) associados ao lançamento de um novo procedimento de contratação pública, em termos tais que só lhe seria dado optar pela modificação se e na medida em que a abertura desse procedimento fosse desproporcional à luz das circunstâncias do caso. Isso não resulta de qualquer das directivas ou da jurisprudência que tem sido proferida sobre a matéria, nem essa tese está em linha com o sentido do artigo 72º e com a ideia da autossuficiência de cada um dos casos enquanto fonte de legitimação das modificações em derrogação do princípio do concurso estabelecido no número 5 desse preceito. O contraente público pode, naturalmente, ponderar os *pros and cons* de cada uma dessas possibilidades (modificação do contrato ou abertura de um concurso), mas não está

---

<sup>479</sup> Como Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 590.

legalmente obrigado a fazê-lo.

As directivas referem ainda que, se houver “várias modificações sucessivas, esse limite aplica-se ao valor de cada modificação”<sup>480</sup>, ou seja, podem existir várias modificações contanto nenhuma delas ultrapasse o limiar dos 50% do valor do contrato inicial. O valor do contrato pode assim, por força de circunstâncias imprevistas, ser sucessivamente, se e na medida, como se disse atrás, em que isso não altere a sua natureza global.

**10.4.8.4.** Por outro lado, do ponto de vista do direito da União Europeia<sup>481</sup>, parece não se exigir que nestas hipóteses se mantenha o equilíbrio económico tal qual ele constava do contrato inicial<sup>482</sup>.

Na verdade, além de as directivas não o exigirem, a modificação é feita em contexto diverso daquele que presidiu à celebração do contrato inicial, seja porque este terá normalmente sido submetido à concorrência, seja porque a modificação é feita na sequência de um facto imprevisível, não sendo possível garantir que os termos da modificação correspondem ao equilíbrio subjacente ao contrato. No entanto, e por força do princípio da proporcionalidade, há-de assegurar-se que a modificação é necessária (no sentido atrás referido) e que o eventual preço pago acima daquele que eventualmente seria o preço encontrado em ambiente de concorrência seja justificado e o necessário para garantir a existência de um contrato adequado aos objetivos de que ele é instrumento<sup>483</sup>.

---

<sup>480</sup> Repetindo-se mais uma vez a fórmula segundo a qual “tais modificações sucessivas não podem ter por objetivo a não aplicação das disposições da presente diretiva”.

<sup>481</sup> Dizemos assim porque, como se sabe, no CCP, essa questão está devidamente regulada, havendo lugar à reposição do equilíbrio financeiro do contrato subsequente a uma modificação sua.

<sup>482</sup> Assim, Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 601.

<sup>483</sup> Em sentido próximo, Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 601.

Termina-se a análise das “circunstâncias imprevisíveis” dizendo apenas, embora isso resulte já de outras partes deste trabalho, que não está aqui em causa a figura da *alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar*, tratada, por exemplo, no artigo 312º, alínea a) do CCP<sup>484</sup>. Nesse caso, e além de serem exigíveis outros requisitos, a modificação faz-se na sequência de tal alteração para repor o equilíbrio financeiro do contrato, enquanto neste caso a modificação se faz por motivos de interesse público, para repor ou recolocar o contrato (as prestações contratuais) ao serviço do interesse que justificou a sua celebração — embora, porque a modificação desequilibra economicamente o contrato (não a circunstância imprevisível), haja depois lugar à restauração do equilíbrio financeiro dele.

#### **10.4.9. As “alterações não substanciais”**

**10.4.9.1.** Em quarto lugar, temos o regime das *alterações substanciais*, prevendo-se na alínea e) do artigo 72º/1 da Directiva 2014/24/UE que não há necessidade de novo procedimento de contratação pública se “as modificações, independentemente do seu valor, não forem substanciais na acepção do n.º 4”, estabelecendo-se depois neste preceito que a modificação é considerada substancial quando tornar o contrato *materialmente diferente* daquilo que ele era inicialmente.

Este é o primeiro grande critério de uma alteração substancial, que é coincidente, no seu sentido e alcance, à intangibilidade do objecto do contrato, afirmada no artigo 313º/1 do CCP.

No entanto, dispõe-se logo de seguida nessa alínea que, “*em qualquer caso*”, é dizer, independentemente da manutenção ou não da materialidade do contrato, uma modificação é considerada substancial quando se verificar uma das seguintes

---

<sup>484</sup> Neste sentido, Pedro Costa Gonçalves, *Direito*, p. 571.

condições, a saber: (i) ela “introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso”, (ii) “altera o equilíbrio económico do contrato [...] a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista no contrato [...] inicial” (iii) ou “alarga consideravelmente o âmbito do contrato”<sup>485</sup>.

Ao contrário das restantes hipóteses dos n.ºs 1 e 2 do art. 75º/2, esta, do seu n.º 4, é a única que está formulada em *termos negativos*, no sentido que só abre lugar a uma modificação do contrato desde que o caso *não se subsuma* em qualquer um dos três referidos critérios de *substancialidade*.

A ideia subjacente a este preceito é portanto a de que — como nele se diz, “*sem prejuízo dos n.ºs 1 e 2*”, ou seja, além dos outros casos previstos —, as entidades adjudicantes e cocontratantes podem proceder a modificações contratuais desde que elas não configurem uma “alteração substancial”; se se tratar de uma alteração destas não poderá proceder-se à modificação do contrato (salvo se o caso se subsumir, repete-se, numa outra hipótese do artigo 72º)<sup>486</sup>.

Como se vê, este artigo 72º/4 é a tradução, em forma de lei, da jurisprudência *Pressetext* (C-454/06), que representou um marco na matéria da modificação do

---

<sup>485</sup> A alínea d) do artigo 72º/4 reporta-se a uma hipótese de modificação subjectiva, estabelecendo que será substancial uma modificação de adjudicatário (ou de cocontratante) nos “casos não previstos no n.º 1, alínea d)”.

<sup>486</sup> Temos alguma dificuldade em perceber a dúvida colocada por Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 597, em nota, sobre se a verificação de uma das hipóteses referidas inviabiliza a modificação do contrato, mesmo se a acaba por concluir que sim, inviabiliza.

Como observa Pedro Costa Gonçalves, o acórdão *Pressetext* (que está na base deste preceito legal) estabelece “uma associação automática entre «características substancialmente diferentes» e alteração dos «termos essenciais do contrato». Quer dizer, a essencialidade da alteração não exige (i) uma alteração substancial (ii) de um termo ou condição essencial de um contrato: basta que uma alteração se possa considerar substancial no sentido acima explicitado para se concluir que as partes quiseram alterar os termos essenciais do contrato” (“Acórdão *Pressetext*”, p. 18).

contrato, não por que tenha sido o primeiro acórdão do TJUE sobre o assunto, não pelo especial interesse do caso sobre que se debruçou, mas porque foi nele que o TJUE procurou, pela primeira vez, sistematizar as linhas fundamentais do tema, formulando as três directrizes ou critérios das chamadas “alterações substanciais”<sup>487</sup> e, por via disso, estabelecendo a fronteira que separa a modificação do contrato da adjudicação de um novo contrato<sup>488/489</sup>.

A fórmula verbal utilizada pelo legislador da UE não é inteiramente clara quanto ao facto de só estas condições relevarem para o teste da “modificação substancial” ou se pode haver outros casos ou situações com esse efeito ou resultado<sup>490</sup>. A resposta, em nossa opinião, é positiva. Com efeito, de acordo com o artigo 72º/4, primeira parte, uma modificação é sempre considerada substancial se tornar o contrato “materialmente diferente” da sua configuração inicial, referindo-se logo de seguida que, “em qualquer caso”, ou seja, independentemente disso, uma modificação será tida por substancial se se subsumir em alguma das hipóteses enunciadas, mas só nessas<sup>491</sup>.

De qualquer forma, as três situações de modificação objectiva a que se refere o

---

<sup>487</sup> Embora sejam de facto três os critérios das alterações substanciais, “o catálogo que o TJ fornece assume carácter exemplificativo, podendo aliás deduzir-se, a partir de outras passagens da decisão, outros exemplos de alteração substancial: a cessão da posição contratual a uma entidade terceira ou a alteração do preço do contrato que não se reconduza a um mero ajustamento” (Pedro Costa Gonçalves, *Acórdão Pressetext*, p. 18).

<sup>488</sup> Assim, Pedro Costa Gonçalves, “Acórdão Pressetext”, p. 17.

<sup>489</sup> Em geral, sobre os critérios das “alterações substanciais”, ver Kristian Hartlev / Morten Liljenbol, “Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender”, *PPLR*, nº 2, 2013, pp. 56 e ss, Jan Brodec / Vaclav Janeek, “How does the substantial modification of a public contract affect its legal regime?”, *PPLR*, 2015, nº 3, pp. 90 e ss.

<sup>490</sup> Colocando a mesma dúvida, Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 597.

<sup>491</sup> Note-se, por exemplo, que o outro caso de modificação objectiva que estaria subjacente ao acórdão Pressetext (a alteração do preço do contrato que não se reconduza a um mero ajustamento) teria hoje previsão adequada na alínea b) do artigo 74º/4, por se tratar de uma modificação que altera o equilíbrio económico do contrato.

preceito são autónomas entre si, autosuficientes, é dizer, sendo disjuntivas, a verificação de qualquer uma delas leva à qualificação da modificação como substancial (por exemplo, uma modificação que, se fizesse parte do procedimento de contratação inicial, não teria permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta ou não teria atraído mais participações no concurso, mas alargue consideravelmente o âmbito do contrato deve ser considerada substancial).

**10.4.9.2.** A primeira modificação substancial – aquela que *“introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso”* [artigo 72º/4, alínea a)] – é, relativamente às outras duas, a que, por um lado, pressupõe um juízo de prognose e, por outro lado, tem natureza mais fluída, sobretudo na última parte do preceito, sendo, portanto, aquela que, potencialmente, constituirá o maior obstáculo à modificação dos contratos ou, ao menos, que suscitará dúvidas mais ponderosas na sua aplicação.

Desde logo, porque parece haver uma diferença na forma como deve ser avaliada a verificação ou não dos diversos aspectos ínsitos neste critério da *substancialidade*. Com efeito, saber, num juízo retrospectivo, se a modificação *“introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta”*, é algo que se afigura (tendencialmente) passível de uma constatação objectiva<sup>492</sup>: ou essa modificação teria levado a que fossem admitidos mais candidatos, que foram na altura excluídos, ou a aceitação de outra proposta, diferente daquela que veio a ser a adjudicatária. E se não, a modificação não é substancial.

---

<sup>492</sup> Salvo, claro, se os próprios factores ou critérios de avaliação das propostas (eventualmente, de admissão das candidaturas) conferissem ao jurí ou à entidade adjudicante margens autónomas de apreciação.

Diversamente, saber, de acordo com um juízo desses, retrospectivo, se a modificação teria “*atraído mais participações no concurso*” é algo que, dependendo dos casos, pode ou não ser passível de uma constatação objectiva.<sup>493</sup> O que significa que, nestas hipóteses, o juízo será retrospectivo e também de prognose (póstuma).

Por outras palavras, embora todos eles peçam a formulação de um juízo voltado para o passado, reportado ao momento do procedimento de contratação pública (e não ao momento em que a modificação tem lugar)<sup>494</sup> — ou seja, um *assessment ex tunc* e não *ex nunc*<sup>495</sup> —, o critério, da alínea a) exige também, em muitos casos, a formulação de um juízo de prognose póstuma, procurando saber-se se, tivesse o concurso sido aberto e decidido nos termos da modificação agora conhecida, isso seria capaz de influenciar, nessa altura, nomeadamente, a vontade de outros operadores em participar. De qualquer forma, quando não seja passível de uma constatação objectiva, deverá exigir-se uma probabilidade séria, sendo de afastar eventualidades de verificação pouco plausível.

A ideia geral parece então ser a de que não devem ser introduzidas modificações ao contrato em aspectos que (i) teriam sido potencialmente capazes de influenciar a decisão de outros operadores em apresentar-se ao procedimento (como candidatos ou como concorrentes), que (ii) tenham sido objectivamente determinantes da não admissão de certos operadores a concurso ou que tenham sido decisivos na escolha da proposta vencedora.

Note-se que, apesar da autonomia e da autossuficiência de cada uma das hipóteses do artigo 72º/4, o facto de se admitir, na sua alínea c), “alargamentos não

---

<sup>493</sup> Sobre um caso muito recente em que se colocou esta questão no âmbito de uma parceria público-pública, ver Bem Rayment, “Public-public agreements and modifications to existing contracts: the Court of Appeal decision in Edenred”, *PPLR*, 2015, nº 4, pp. 124 e ss..

<sup>494</sup> Assim, Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 582.

<sup>495</sup> Sune Troels Poulsen, “The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law”, *PPLR*, 2012, nº 5, p. 174.

consideráveis” é um elemento que deve ser tido em conta na interpretação desta alínea a), no sentido de o intérprete não se bastar, sobretudo quanto à vontade que outros operadores poderiam ter tido em participar no procedimento, com meras eventualidades ou possibilidades mais ou menos remotas, associadas a alargamentos que não se inscrevam no domínio dessa alínea c)<sup>496</sup>. Há-de exigir-se, como se disse, senão um juízo de certeza, um juízo de probabilidade séria ou de verosimilhança impressiva.

Assim, por exemplo, os requisitos de qualificação técnica ou financeira de acesso ao procedimento concorrencial, que podem ser postos em causa sobretudo em momentos relacionados com as modificações subjectivas (por exemplo, na cessão da posição contratual, na subcontratação, etc.)<sup>497</sup>, podendo a “degradação” das respectivas exigências levar a que, no concurso, tivessem participado mais candidatos ou tivessem sido qualificados mais candidatos de entre aqueles que participaram (e, logo, pudesse também ter sido outra a proposta vencedora).

Em segundo lugar, temos os aspectos relevantes da execução do contrato (submetidos ou não à concorrência), conformados pelo caderno de encargos, e que

---

<sup>496</sup> Parece também ser essa a opinião de Sue Arrowsmith, *The Law*, p 582 e 583.

<sup>497</sup> O Código dos Contratos Públicos estabelece várias normas sobre esta matéria no artigo 318º, dispondo-se no número 2 que “a autorização da *cessão da posição contratual* depende [não apenas] da prévia apresentação dos documentos de habilitação relativos ao potencial cessionário que sejam exigidos ao cedente na fase de formação do contrato em causa, [como] do preenchimento, por parte do potencial cessionário, dos requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira exigidos ao cedente para efeitos de qualificação, quando esta tenha tido lugar na fase de formação do contrato em causa”. Por sua vez, no número 3 faz-se depender a autorização da *subcontratação* “da prévia apresentação dos documentos de habilitação relativos ao potencial subcontratado que sejam exigidos ao subcontratante na fase de formação do contrato em causa” e também “do preenchimento, por parte do potencial subcontratado, de requisitos mínimos de capacidade técnica ou de capacidade financeira, quando o contrato subordinar expressamente a subcontratação à avaliação dessas capacidades ou de uma delas, ou do preenchimento, por parte do potencial subcontratado, dos requisitos mínimos de capacidade técnica relativos às prestações a subcontratar, sempre que o cocontratante recorra à capacidade de potenciais subcontratados, para efeitos de qualificação na fase de formação do contrato”.



sejam de molde a influenciar a decisão de concorrer ou que tenham uma repercussão sensível no modo como os operadores elaboraram as suas propostas. Pode suceder isso, por exemplo, com a eliminação de cláusulas de sanção postas para o incumprimento do contrato<sup>498</sup>, com a alteração do prazo de duração do contrato de 12 para 18 meses e com o adiamento do seu início em 6 meses<sup>499</sup>, com a alteração do tipo de fruta a fornecer<sup>500</sup>, com a alteração do subcontratado inicial quando a sua identidade tenha sido um factor decisivo na adjudicação<sup>501</sup>, com a alteração de um elemento técnico da equipa que iria executar o serviço (vg, um gestor do projecto), cuja experiência e qualidade tenha sido relevante para efeitos de adjudicação<sup>502</sup>, etc. Diferentemente, uma conversão do preço do contrato para euros (ou para uma outra moeda) não configuraria uma alteração substancial.<sup>503</sup>

Note-se, por último, que algumas modificações com impacto no preço do contrato que à primeira vista poderiam subsumir-se aqui devem ser equacionadas à luz do regime das “modificações de pequeno valor”, como se verá melhor a propósito das modificações que alargam consideravelmente o âmbito do contrato.

**10.4.9.3.** Em segundo lugar, é considerada substancial uma modificação que altere o *equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante* de uma forma que não estava prevista no contrato inicial [artigo 72º/4, alínea b), da Directiva 2014/24/EU].

---

<sup>498</sup> Assim, Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 581.

<sup>499</sup> Como sucedeu no caso *R. v Portsmouth City Council* (ver uma descrição sumária em Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 402), que, embora trate de uma alteração efectuada em sede concursal e não contratual, pode ser transposto para esta matéria.

<sup>500</sup> Como no conhecido caso *CAS Succhi di Frutta* decidido pelo TJUE (C-496/99)

<sup>501</sup> Como no caso *Wall* (C-91/08), embora o TJUE tenha reconhecido a especificidade da hipótese, afirmando que a substituição do subcontratado só configurará uma alteração substancial em situações excepcionais (ver número 39 do acórdão).

<sup>502</sup> Assim, Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 582.

<sup>503</sup> Como julgou o TJUE no caso *Pressetext* (C-454/06).

Todos os contratos têm subjacente uma certa equação económico-financeira, que, em termos simples, resulta do feixe sinalagmático de direitos e obrigações de carácter patrimonial que une as partes, resultante do concurso, ou seja, da fusão entre a proposta e o caderno de encargos. Essa equação consubstancia o seu equilíbrio. A ideia é garantir que esse equilíbrio se mantenha quando se introduzam modificações ao acordo (*“to ensure that the contract continues to reflect the outcome of the original award procedure”*<sup>504</sup>).

Assim, o preceito em causa não tem em vista impedir que à assunção de novas obrigações (ou de obrigações mais complexas ou custosas) corresponda uma majoração do preço do contrato. O que se proíbe, desde logo, é que haja uma majoração do preço se o contrato se mantiver tal qual, é dizer, tal como foi celebrado na sequência do concurso, designadamente, para acomodar eventuais perdas sofridas pelo cocontratante durante a execução do contrato ou porque o contrato era deficitário desde o seu início, ou, mesmo tendo havido novas obrigações para o cocontratante, se estabeleça por causa disso uma compensação proporcionalmente mais vantajosa do que a que decorreria dos termos constantes do contrato ou das práticas do sector, com as mesmas finalidades atrás referidas.<sup>505</sup> Da mesma forma, será considerada uma alteração substancial a redução sensível das prestações a cargo do cocontratante sem uma redução proporcional do preço do contrato.

Saber quando há ou não uma alteração do equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante pode depender da formulação de juízos mais ou menos complexos, de carácter técnico e financeiro. Assim, quando se trate de uma modificação para mais de quantidades de trabalhos, serviços ou fornecimentos iguais aos já

---

<sup>504</sup> Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 584. No entanto, a autora admite uma *de minimis rule*, nos termos da qual *“some small price changes are acceptable even if they alter the balance of the contract slightly in favour of the contracting partner, at least where there is a good reason to make such a change”*, e que essas modificações são defensáveis mesmo abstraindo da possibilidade *“of making changes to deal with unforeseeable situations”* (pp. 585 e 586).

<sup>505</sup> Assim, Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 585.

contratados, o equilíbrio será mantido se se lhes fizer corresponder o mesmo preço unitário. No entanto, mesmo nesta hipótese, será importante averiguar se a economia de escala não permitirá ao cocontratante uma redução dos custos por unidade de trabalho<sup>506</sup> (por exemplo, no caso de uma modificação de uma prestação de serviços com uma consultora financeira, contratada para avaliar, por  $x\text{€}$ , o risco associado a um certo contrato do Estado, no sentido de agora avaliar o risco de mais outros dois contratos similares, o pagamento do triplo do preço do acordo inicial pode configurar uma alteração do equilíbrio a favor do cocontratante). Se em casos destes a resolução do problema pode já suscitar dúvidas, a questão será ainda mais complexa quando não haja especificação contratual de preços unitários ou se trate de trabalhos novos, de qualidade diferente.

Por outro lado, deve referir-se que as modificações só serão relevantes para este efeito se alterarem o equilíbrio económico do contrato “de uma forma que não estava prevista no acordo inicial”; se a modificação for feita com base em mecanismos objectivos contratualmente previstos e regulados (ou até com base em mecanismos extracontratuais, mas conformadores do conteúdo do contrato), e na estrita medida em que estão previstos, o equilíbrio do contrato não se altera, mantém-se<sup>507</sup>.

Diversamente, não merecerá o qualificativo de substancial uma modificação que altere o equilíbrio económico do contrato *a favor do contraente público*<sup>508</sup>, por exemplo, através de uma redução do preço acordado, da fixação de uma cláusula de renúncia à rescisão ou resolução durante um período de três anos no decurso da vigência de um contrato de serviços celebrado por tempo indeterminado<sup>509</sup>, de uma renegociação

---

<sup>506</sup> A questão das “*economies of scale*” é referida por Sune Troels Poulsen, “The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law”, *PPLR*, 2012, p. 179.

<sup>507</sup> Assim, Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 586.

<sup>508</sup> Assim, Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 585.

<sup>509</sup> Foi uma hipótese tratada no acórdão *Pressetext* (C-454/06), tendo o TJUE afirmado que “o facto de prever uma cláusula de renúncia à rescisão durante um período de três anos no decurso da

mais extensa do contrato com a finalidade de diminuir os encargos públicos, como aconteceu em vários países, incluindo Portugal, na sequência da crise financeira<sup>510/511</sup>.

---

vigência de um contrato de serviços celebrado por tempo indeterminado não constitui uma nova adjudicação do contrato” — desde que uma cláusula dessas “ não seja sistematicamente reinserida no contrato” —, uma vez que, se porventura o contraente público quisesse resolver o contrato, “o período abrangido por esta cláusula, ou seja, três anos, não era tal que a tivesse disso impedido de o fazer durante um período excessivo relativamente ao tempo necessário para a organização de uma tal operação”.

Esta situação foi, porém, é importante dizê-lo, a que foi tratada com mais cautelas pelo TJUE, além de, sobre o mesmo assunto, se encontrar no acórdão uma outra proposição juridicamente duvidosa e na qual o tribunal não foi claro. Referimo-nos, concretamente, ao facto de o contrato em apreço no acórdão ter sido celebrado *por tempo indeterminado*, tendo o TJUE afirmado, no número 74, que “o direito comunitário, no seu estágio actual, não proíbe a celebração de contratos públicos de serviços por tempo indeterminado” depois de estranhamente ter dito, no número imediatamente antecedente, que a “prática que consiste em celebrar um contrato público de serviços por tempo indeterminado é, em si, incompatível com o sistema e a finalidade das regras comunitárias em matéria de contratos públicos. Tal prática pode ter por efeito, a prazo, entravar a concorrência entre os potenciais prestadores de serviços e impedir a aplicação das disposições das directivas comunitárias em matéria de publicidade dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos”. É difícil compatibilizar as duas proposições. De qualquer forma, J.-D. Dreyfus, com razão, considera “surpreendente” a ideia de que o direito da União Europeia não se oponha à celebração de um contrato por tempo indeterminado (“La modification d’un marché public en cours de validité est-elle possible sans remise en concurrence?”, *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2008, pp. 2010 e segs). É verdade que, como Pedro Costa Gonçalves observou, citando Adrian Brown [“When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU Procurement Rules? Guidance at last in *Presstext Nachrichtenagentur GmbH* (Case C-454/06)”, *PPLR*, 2008, nº 6], a admissão de um contrato por tempo indeterminado “não significa que o contrato possa durar sempre e que haverá um momento em que as partes precisam de fazer alterações, adaptando o contrato a novas circunstâncias. Ora, de acordo com a doutrina do acórdão, a submissão do (novo) contrato à concorrência pode tornar-se inevitável” (“Acórdão *Presstext*”, p. 17/17, nota 21). No entanto, e sem querer imputar ao autor opinião diversa, também é verdade que, por um lado, a própria ideia de um contrato por tempo indeterminado deve ser analisada autonomamente e, por outro lado, e ao menos agora com as novas directivas de 2014, um contrato desses pode ser modificado em diversas circunstâncias e sob certos cenários sem necessidade de lançar um procedimento concorrencial de contratação pública.

<sup>510</sup> Em Portugal, como se sabe, o Estado assumiu o compromisso de renegociar várias PPP, designadamente, do sector rodoviário, com vista a alcançar uma redução dos encargos públicos, designadamente, através da redução do âmbito dos trabalhos ou serviços (sub)concessionados, com a consequente redução dos respectivos encargos para o (sub)concedente. Assim, e a título de

Por último, há um tema próximo das modificações que alteram o equilíbrio económico do contrato que pode inclusivamente, em alguns casos, contribuir para a resolução do problema, mas que é materialmente distinto e tem requisitos específicos. São os chamados “auxílios de Estado”, regulados no artigo 107º do TFUE (e também no artigo 65º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, a Lei da Concorrência), que, com o cumprimento desta regra do artigo 72º/4, alínea b), são também evitados<sup>512</sup>.

**10.4.9.4.** Em terceiro lugar, é também considerada substancial a modificação que “*alarga consideravelmente o âmbito do contrato*” [artigo 72º/4, alínea c)].

Com este preceito, o legislador quis dar cobertura possível a casos em que, não havendo previsão no contrato para o efeito, o contraente público pretende introduzir algumas modificações a mais aos trabalhos, serviços ou produtos, mais extensas do que as que são permitidas pela norma das “*minor changes*” (do artigo 72º/2), não porque haja circunstâncias imprevisíveis, mas por uma qualquer outra razão.

Note-se que, dada a autossuficiência de cada uma das hipóteses das três alíneas do artigo 72º/4, se, por qualquer razão, a modificação alargar consideravelmente o âmbito do contrato é irrelevante que ela não altere o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante ou não fosse capaz, num juízo retrospectivo, de

---

mero exemplo, na Resolução do Conselho de Ministros nº 65-F/2015 (DR, 1ª série, de 28 de Agosto de 2015), a propósito do contrato de subconcessão do Baixo Tejo, celebrado entre a EP - Estradas de Portugal, SA (agora Infraestruturas de Portugal, SA) e a AEBT - Autoestradas do Baixo Tejo, SA, faz-se referência a um objectivo de redução global de encargos para o erário público em 35%, tendo-se solicitado à subconcessionária “a identificação de todas as rubricas passíveis de redução de encargos”.

<sup>511</sup> Note-se, porém, que o mero objectivo da redução de encargos públicos não é, só por si, suficiente para legitimar a modificação; é sempre necessário averiguar se os termos da negociação alteram de facto o equilíbrio económico do contrato a favor do contraente público ou se, ao menos, esse equilíbrio é mantido.

<sup>512</sup> Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 585.

viabilizar o aparecimento de mais participações no concurso ou a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta<sup>513</sup>.

No conceito de âmbito do contrato deve considerar-se incluído o *âmbito material* (quantidade de trabalhos, serviços ou produtos ou suas especificações), mas também, embora se trate de hipóteses eventualmente menos frequentes, o *âmbito temporal* (duração do contrato) e o *âmbito espacial* (território abrangido pelo contrato)<sup>514</sup>.

Independentemente disso, o escopo do contrato não pode ser consideravelmente alargado. Trata-se aqui, portanto, de um critério que apela a uma ideia de medida ou de grau, que há-de ser concretizado em função essencialmente de dois vectores, a saber, a dimensão (objecto) do contrato inicial e a dimensão da modificação. Quanto maior aquela e menor esta, menor o risco de a hipótese ser considerada substancial.

Só caso a caso a questão poderá ser resolvida naturalmente.

No entanto, no acórdão *Comissão v República Federal da Alemanha*, processo C-160/08, o TJUE parece ter seguido um critério mais abstracto. Estando aí em causa uma modificação ou extensão, no valor de 673.000€, de um contrato de prestação de serviços (com um valor inicial de 4.450.000€), concluiu-se que se tratava de um alargamento considerável pelo simples facto de o preço da modificação estar muito acima dos limiares comunitários aplicáveis aos contratos de prestação de serviços (à data, de acordo com o artigo 7º da Directiva 2004/18/CE, seriam €162.000 ou €249.000, dependendo dos casos), passando assim a ideia de que o teste da medida do “alargamento considerável” poderá esgotar-se, de alguma forma, na comparação entre o valor da modificação e os limiares comunitários<sup>515</sup>. Por sua vez, o Advogado-

---

<sup>513</sup> Neste sentido, Sue Arrowsmith, *The Law*, p 582.

<sup>514</sup> No acórdão *Comissão vs. República Federal da Alemanha*, de 29.04.2010 (C-160/08), estava em causa a modificação de um contrato de serviço público de transporte médico de emergência e de transporte especial de doentes, que passou a abranger um posto de socorro de mais uma localidade, ou seja, um alargamento do âmbito territorial do objecto do contrato.

<sup>515</sup> Assim, Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 583.

Geral, embora tenha chegado à mesma conclusão, seguiu uma fundamentação diferente, referindo que a modificação era um “novo contrato” porque alargava em 25% a área de cobertura do contrato e em 15% o valor do acordo inicial.

Estes critérios foram agora de alguma forma consagrados na nova regra constante do artigo 72º/2 da Directiva 2014/24/EU, nos termos da qual os contratos podem ser modificados, sem necessidade de novo procedimento de contratação, quando o valor da modificação seja inferior aos limiares comunitários e também a 10 % do valor do contrato inicial, no caso dos contratos de serviços e fornecimentos, e a 15 %, no caso de empreitada de obras. Ou seja, por via de regra um “alargamento” do contrato que respeite esses critérios ou patamares das chamadas “*minor changes*” não será “considerável”. No entanto, é importante tomar em consideração que, na hipótese do último § do artigo 72º/2, o valor de cada uma das modificações é acumulável para efeitos do cálculo dos limites de valor aí previstos, pelo que pode dar-se o caso de a modificação em causa já não ser subsumível nesse preceito, cabendo então perguntar se (i), por causa disso, ela deve ser necessariamente considerada substancial ou se (ii), porventura, o facto de o seu valor respeitar tais limites (do artigo 72º/2) permitirá considerá-la, para efeitos do artigo 72º/4, como não substancial. A questão só em concreto poderá ser apreciada, mas temos por seguro que, em hipóteses destas, o facto de a modificação respeitar os limites de valor do artigo 72º/2 não a afasta, naturalmente, do critério da substancialidade. Com efeito, foi justamente para evitar alterações de valor excessivas, que ultrapassassem critérios de razoabilidade, que se estabeleceu, neste preceito, a regra do valor cumulado das diferentes modificações. Além disso, uma modificação que tenha um impacto económico inferior aos limiares das directivas não é indiferente para o mercado e respectivos operadores e, logo, para o direito da União Europeia<sup>516</sup>; por outras palavras, modificações abaixo dos

---

<sup>516</sup> A prova está na *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos* (2006/C 179/02) e na variadíssima jurisprudência do TJUE sobre a matéria.

limiares podem representar prestações com um *interesse transfronteiriço certo* (“*certain cross-border interest*”)<sup>517</sup>, sendo que, ao menos a atender a alguma jurisprudência<sup>518</sup> (cujo sentido não partilhamos), só em determinados casos, quando o interesse económico seja muito reduzido, adjudicação de um contrato pode não ter interesse para operadores económicos localizados em outros Estados-Membros. Em segundo lugar, o legislador admitiu que, sem justificação específica (na perspectiva do direito da União Europeia), um contraente público pudesse modificar o contrato até certos valores porque terá entendido que até esses patamares não haveria dano sensível para os interesses da concorrência ou, ao menos, porque tal solução se revelava equilibrada. Se é assim, então todas as hipóteses que ultrapassem essa previsão devem ser testadas em concreto.

Outra questão é saber se quando a modificação exceda um dos referidos patamares (ou os dois) há *necessariamente* um alargamento considerável do âmbito do contrato. À primeira vista, dir-se-ia que uma modificação dessas não poderá ser considerada, sem mais, uma alteração substancial de acordo com o artigo 72º/4, alínea c), da Directiva 2014/24/EU, sob pena de este preceito perder parte do seu sentido útil, limitando-se em larga medida a confirmar aquilo (ilegitimidade da modificação) que já resultaria, *a contrario*, do artigo 72º/2. Parece-nos, pois, que uma modificação que exceda os limites do artigo 72º/2 deverá ser casuisticamente apreciada à luz do

---

<sup>517</sup> Sobre o critério do interesse transfronteiriço certo, ver, por exemplo, acórdãos do TJUE de 13.11.2007, C-507/03, de 21.02.2008, C-412/04, de 15.05.2008 (C-147/06 e C-148/06), de 18.12.2014 (C-470/13). Na doutrina, Pedro Telles, “The Good, the Bad and the Ugly: EU's Internal Market, Public Procurement Thresholds and Cross-Border Interest”, *PCLJ*, vol. 43, nº 1, 2013, pp. 3 e seguintes (com vasta citação de bibliografia sobre o tema), e a muito crítica nota do editor da revista Steven L. Schooner, “Editor’s Note: Reflections on Comparative Public Procurement”, pp. 1 e 2, Christopher Bovis, *EU Public Procurement Law*, 2012, Elgar European Law, p. 371, Roberto Caranta, “The Borders of EU Public Procurement Law”, em *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty?*, Livro 4, European Procurement Law Series, Dacian Dragos / Roberto Caranta (editors), Djoef Publishing, 2012, pp. 25 e seguintes.

<sup>518</sup> Assim, Acórdão do TJUE de 15.05.2008 (C-147/06 e C-148/06).



critério do “alargamento considerável” do artigo 72º/4, alínea c)<sup>519</sup> e atendendo também às razões invocadas para o efeito.

#### 10.4.10. As modificações de valor reduzido

Em quinto lugar, os contratos podem ser modificados sem necessidade de novo procedimento de contratação quando se trate *bagatelas*, digamos assim, de alterações de pequeno valor (ver Considerando 107) vista a questão na perspectiva do direito da União Europeia<sup>520</sup>. Esses limiares *de minimis*, de acordo com o artigo 72º/2 da Directiva 2014/24/EU, serão respeitados quando o valor da modificação seja inferior aos “limiares estabelecidos no artigo 4.º”<sup>521</sup> e a “10 % do valor do contrato inicial, no

---

<sup>519</sup> Neste sentido, Sue Arrowsmith, *The Law*, p 584.

<sup>520</sup> Na perspectiva do direito nacional, os valores em causa não podem considerar-se de valor reduzido, bastando, para o efeito, confrontar os valores até aos quais, no CCP, se admite o ajuste directo.

<sup>521</sup> A Directiva 2014/24/EU, relativa aos *contratos públicos*, aplica-se, de acordo com o seu artigo 4º, aos contratos cujo valor estimado, sem IVA, seja igual ou superior aos seguintes limiares:

- (i) €5 186 000 para os contratos de empreitada de obras públicas;
- (ii) €134 000 para os contratos públicos de fornecimento e de serviços adjudicados por autoridades governamentais centrais e concursos para trabalhos de concepção organizados por essas autoridades; quando os contratos públicos de fornecimento forem adjudicados por autoridades adjudicantes que operem no domínio da defesa, este limiar só se aplica aos contratos relativos a produtos mencionados no Anexo III.
- (iii) €207 000 para os contratos públicos de fornecimento e de serviços adjudicados por autoridades adjudicantes subcentrais e concursos para trabalhos de concepção organizados por essas autoridades; quando os contratos públicos de fornecimento forem adjudicados por autoridades adjudicantes que operem no domínio da defesa, esse limiar só se aplica aos contratos relativos a produtos mencionados no Anexo III.
- (iv) €750 000 para os contratos públicos de serviços relativos a serviços sociais e outros serviços específicos enumerados no Anexo XIV.

Por sua vez, a Directiva 2014/25/EU, relativa aos contratos públicos celebrados pelas *entidades que operam nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais*, aplica-se, por via de regra (artigo 15º), aos contratos cujo valor estimado, sem IVA, seja igual ou superior aos seguintes limiares:

- (i) €414 000 para os contratos de fornecimento de bens e prestação de serviços e para os concursos de concepção.

caso dos contratos de serviços e fornecimentos, e 15 % do valor do contrato inicial, no caso dos contratos de empreitada de obras”<sup>522</sup>. Trata-se, como se vê, de requisitos (de valor) cumulativos, o primeiro de ordem absoluta (por referência aos limiares de aplicação das directivas), o segundo, relativa (por referência a uma certa percentagem do valor inicial do contrato), sendo que, “em caso de várias modificações sucessivas, esse valor é avaliado com base no valor líquido acumulado das modificações sucessivas” (sempre reportado ao valor do contrato inicial), ou seja, o valor das modificações vai acumulando, vai sendo somado, não podendo ultrapassar qualquer um dos referidos requisitos — além de que também aqui existe o limite da inalterabilidade da “natureza global do contrato” (artigo 72º/2, 2º parágrafo).

Por outro lado, desde que respeitados os patamares em causa, não há necessidade, do ponto de vista do direito da União Europeia, de uma justificação específica para a introdução da modificação; não é que ela possa fazer-se sem mais, apenas sucedendo que as directivas não preveem qualquer motivo específico que deva estar subjacente à modificação, mesmo se ela há-de suportar-se em razões de interesse público.

Note-se que o facto de a modificação (ou de as modificações acumuladas) ultrapassar algum destes limites não significa que haja obrigatoriedade de lançar um novo procedimento concorrencial; como se disse atrás, basta que o caso se subsuma numa outra hipótese prevista no artigo 72º para afirmar a sua legitimidade, sendo que, além disso, uma modificação que exceda de forma ligeira tais limites não pode considerar-se, só por isso, pelo contrário, uma alteração substancial para efeitos do

---

(ii) €5 186 000 para os contratos de empreitada de obras.

(iii) €1 000 000 para os contratos de prestação de serviços sociais e outros serviços específicos enumerados no Anexo XVII.

Por último, a Directiva 2014/23/EU, relativa à adjudicação de *contratos de concessão*, aplica-se, nos termos do seu artigo 8º/1, às concessões cujo valor seja igual ou superior a €5 186 000.

<sup>522</sup> Na Directiva 2014/23/UE (concessões), o limite é sempre de 10% [artigo 43º/2, (ii)].

artigo 72º/4 da Directiva 2014/24/EU<sup>523</sup>.

A questão, oposta a essa, está em saber se o facto de a modificação se conter dentro dos limites de valor é suficiente para poder afirmar-se, sem mais, a sua legitimidade. Com efeito, parece haver aqui um *loophole*, na medida em que uma modificação dessas pode, por exemplo, alterar o equilíbrio do contrato a favor do cocontratante, mas aparentemente, por se situar dentro dos patamares de valor [e não tendo por isso de conjugar-se com o regime das alterações substanciais, concretamente, com a condição da alínea b) do artigo 72º/4], ser, ainda assim, uma modificação legítima. É um caso que só à luz do princípio da proporcionalidade pode ser resolvido<sup>524</sup>.

Aliás, literalmente, a norma até admitiria mais do que isso, ou seja, admitiria uma modificação que se fizesse apenas ao valor do contrato, majorando-o, até certos limiares, sem que a essa modificação/majoração correspondesse qualquer acréscimo de encargos ou obrigações sobre o cocontratante, por exemplo, porque o preço contratual que resultou da proposta é baixo (ou, até, por razões do interesse do contraente público) — hipótese que deve, porém, considerar-se liminarmente excluída.

As modificações de pequeno valor são admitidas porque elas corresponderão a (ou serão reflexo de) pequenos ajustamentos contratuais (nas prestações a cargo de qualquer das partes) sem impacto económico relevante, sendo incompatível com o princípio da concorrência que se pretende ver tutelado nestas situações um aumento do preço do contrato sem uma contrapartida proporcional.

Por último, a modificação não pode alterar a “natureza global do contrato”, como

---

<sup>523</sup> Assim, Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 598, e, em sentido aproximado, Nicolas Charrel / Thomas Gaspar, *Contrats Publics*, p. 59.

<sup>524</sup> Cf. Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 599. Ao que parece, Steen Treumer, *Contract changes*, p. 151, refere que quando a modificação em causa, apesar do seu valor reduzido, alterar a natureza do contrato, também se alterará o universo de potenciais concorrentes.

acontecerá se a natureza ou objecto das prestações forem sensivelmente alterados (por exemplo, fornecimento de outros produtos ou prestação de outros serviços, diferentes dos inicialmente contratados)<sup>525</sup>.

### 10.5. Consideração final: uma “presumption of impermissibility”?

A título de comentário final, não parece poder dizer-se que, nesta matéria dos contratos públicos e com o novo pacote das directivas de 2014, a solução caminha no sentido da afirmação de um princípio de “presunção de impermeabilidade do contrato” (“*presumption of impermissibility*”)<sup>526</sup>, que deveria ser executado nos termos inicialmente contratados, passando a estar imune a considerações (supervenientes ou não) de interesse público, nem, de resto, nos parece que se tenha posto em xeque o poder de modificação unilateral, continuando o contraente público a dispor de uma margem considerável de actuação.

Naturalmente, a apreciação crítica da inovadora abordagem das directivas de 2014 depende do ponto de partida do intérprete, do seu pré-conceito: quem defendesse uma modificação de banda larga do contrato e olhe mais para o segmento do interesse público tenderá naturalmente a ver no regime das directivas um obstáculo, uma restrição a uma faculdade inerente aos contratos públicos (*rectius*, aos contratos desses que sejam administrativos e onde valha a razão de ser do poder de modificação unilateral); diversamente, quem parta do postulado da imodificabilidade do contrato e valorize a tutela da concorrência tenderá a considerar que tal regime foi longe demais na matéria<sup>527</sup>, legitimando certas modificações que

---

<sup>525</sup> Assim, Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 599.

<sup>526</sup> A expressão é de Omer Dekel, *Modification of a government contract*, p. 403.

<sup>527</sup> Veja-se, por exemplo, a reacção de alguns autores espanhóis, como Vázquez Matilla, que critica o facto de as directivas serem mais permissivas na matéria do que o que resultava da jurisprudência (*La modificación*, p. 89) e considera, por exemplo, a propósito do artigo 72º/2 (“umbral de

deviam ser inadmissíveis.

Por nós, o regime das directivas é equilibrado, como dissemos atrás, e estabelece uma ponderada composição ou harmonização entre o interesse público subjacente à modificação do contrato e a tutela da concorrência, o que nos parece justo assinalar atendendo, além do mais, ao facto de elas virem de um ambiente especialmente sensível aos temas da concorrência e de representarem uma maior abertura ao tema da modificação do que aquele que resultaria de uma mera transposição das linhas da jurisprudência do TJUE, que, como se sabe, é um actor altamente prestigiado e respeitado no seio da União Europeia.

Para quem considere que o contrato administrativo é um instituto que tem uma razão de ser, pelo facto de ir nele implicado o interesse público, o problema não está, portanto, no estado actual da matéria, na regulação das modificações tal qual ela se encontra nas directivas 2014, mas na tendência que, por causa delas e a partir delas, pode vir a ser criada. A ideia que a tutela da concorrência deve prevalecer sobre a tutela do interesse público e a ideia de que o contrato administrativo é um contrato normal ou, ao menos, que deve estar imune à consideração que, uma vez celebrado, sobre ele faça a Administração Pública, tem uma consequência: um recuo nos instrumentos de que ela dispõe para a “prosecução do interesse público”.<sup>528</sup>

## **10.6. A existência de uma modificação substancial: consequências e possibilidades**

### **10.6.1. Uma resolução reintegradora da legalidade?**

**10.6.1.1.** Do ponto de vista do direito da União Europeia, uma modificação a um contrato que não esteja de acordo com as regras estabelecidas nas Directivas pode,

---

minimis”), que a directiva “*incita a modificar el contrato hasta esse umbral*” (*La modificación*, p. 97) e franceses, como Dreyfus, que se refere a “*une assez grande tolérance*” (*La modification*, p. 2012).

<sup>528</sup> Pedro Costa Gonçalves, “Acórdão Ppresetext”, p. 20.

desde logo, ser objecto de uma tutela jurisdicional adequada, designadamente à luz das chamadas Directivas Recurso<sup>529/530</sup> e no quadro do direito nacional dos Estados-membros<sup>531</sup>. Essa tutela é dada ao cocontratante, quando a modificação seja introduzida por acto administrativo, e também a terceiros (designadamente, os “*losing bidders*”), nesse mesmo caso ou quando a modificação tenha sido efectuada por acordo, ao abrigo do seu “right to fairness and competition”.<sup>532</sup>

A novidade, ao nível do direito da União Europeia, não está porém aí, mas no facto de se prever hoje que a existência de uma “modificação substancial” pode dar lugar também à possibilidade de rescisão do contrato. Com efeito, de acordo com o artigo 73º, alínea a), da Directiva 2014/24/EU, a legislação dos Estados-Membros deve assegurar “que as autoridades adjudicantes tenham a possibilidade de rescindir um contrato público durante a sua vigência [...] *caso o contrato tenha sido objeto de uma modificação substancial que exigiria um novo concurso nos termos do artigo 72º*”.

Não é fácil determinar o sentido e alcance deste preceito. À primeira vista, e atendendo à fórmula da lei, dir-se-ia estar aqui em causa uma espécie de *rescisão*

---

<sup>529</sup> A saber, as Directivas 89/665/CEE e 92/13/CEE, alteradas pela Directiva 2007/66/CE, de 11 de Dezembro de 2007.

<sup>530</sup> O tema da tutela jurisdicional no quadro das modificações contrárias ao Direito da União Europeia tem merecido alguma atenção por parte da doutrina, como pode ver-se em Mari Ann Simovart, *Old remedies for new violations? The deficit of remedies for enforcing public contract modification rules*, artigo disponível em [http://www.urt.cc/sites/default/files/UrT%202015-1\\_Simovart.pdf](http://www.urt.cc/sites/default/files/UrT%202015-1_Simovart.pdf), e Diez Sastre, *La impugnacion*, p. 96.

<sup>531</sup> No caso português, a questão não suscitará especiais dúvidas. Quando a modificação ilegal seja decretada por acto administrativo do contraente público, a legitimidade alargada do artigo 55º do CPTA assegura a um terceiro a possibilidade de impugnar a decisão; quando a modificação seja feita por acordo, a legitimidade alargada do artigo 77º-A/1 assegura ao terceiro a possibilidade de impugnar o contrato modificativo, prevendo-se na alínea b) desse preceito que pode deduzir um pedido de invalidação do contrato “quem tenha sido prejudicado pelo facto de não ter sido adoptado o procedimento pré-contratual legalmente estabelecido” (também neste sentido, Pedro Costa Gonçalves, “Acórdão Preetext”, p. 15).

<sup>532</sup> Assim, Gabriella M. Racca / Roberto Cavallo Perin / Gian Luigi Albano, “Competition in the execution phase of public procurement”, *Public Contract Law Journal*, volume 41, nº 1, 2011, p. 100 e 102).

*reintegradora da legalidade*, ou seja, uma rescisão do contrato inicial na sequência de uma modificação ilegítima ou substancial que lhe houvesse sido introduzida, para garantia das normas da directiva que regulam a matéria da modificação dos contratos. O contrato seria portanto resolvido porque padeceria de uma ilegalidade à luz do direito da União Europeia e a intenção das instâncias comunitárias teria sido a de permitir que os contraentes públicos pudessem agir, pondo termo ao contrato, sem necessidade de aguardar pela decisão de um tribunal na sequência de um processo instaurado por eles mesmos ou por um terceiro<sup>533</sup>.

Esta tese padece de várias fragilidades. Em primeiro lugar, se se trata verdadeiramente de uma rescisão do contrato com fundamento em ilegalidade, fica por explicar a razão por que as directivas não atribuem esse poder de rescisão ao contraente público noutros casos em que tenha havido “adjudicação de contratos sem observância das regras da concorrência”<sup>534</sup>. Mais: ficaria, em tal caso, também por explicar o motivo por que as directivas destacam uma outra hipótese de rescisão dos contratos públicos com idêntico fundamento, que seria capaz de abranger os casos de modificação substancial — que à luz do direito da União Europeia, configuram situações de adjudicação de contrato sem concurso —, mas com requisitos formais muito diferentes. Referimo-nos à hipótese da alínea c) do artigo 73º, nos termos da qual deve ser reconhecido às autoridades adjudicantes a

---

<sup>533</sup> Assim, Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 604, referindo ainda a autora que o preceito em causa deve ser visto como estabelecendo um regime especial, que não afasta, em qualquer medida, o regime geral que decorre das Directivas-Recurso, antes acresce a ele.

<sup>534</sup> Colocando a mesma questão, Sue Arrowsmith, *The Law*, p. 604. Pode no entanto haver uma explicação para o efeito. Na verdade, de acordo com as Directivas Recursos — e justamente porque a “adjudicação ilegal de contratos por ajuste directo” configura a “mais importante violação do direito comunitário em matéria de contratos públicos por parte de entidades adjudicantes” (Considerando 13 da Directiva 2007/66) —, um contrato adjudicado sem publicação prévia de um anúncio de concurso no JOUE quando isso não seja permitido deve ser considerado *desprovido de efeitos* [ver, por exemplo, artigo 2º-D, número 1, alínea a), da Directiva 89/665/CEE]. A ser assim, não caberia ao caso uma tutela rescisória, mas uma tutela puramente declarativa.

Entre nós, um contrato celebrado por ajuste directo quando ao caso coubesse um concurso tem sido igualmente considerado um contrato nulo e, logo, desprovido de efeitos.

possibilidade de rescindir um contrato quando ele “*não poderia ter sido adjudicado ao adjudicatário em virtude de uma infração grave das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados e da presente diretiva*”, exigindo-se porém que essa “*infração [tenha sido] constatada pelo TJUE num procedimento conduzido em conformidade com o artigo 258º do TFUE*”<sup>535</sup>.

Com efeito, e atendendo à diferente gravidade que as duas hipóteses normalmente assumirão, não se justifica que, no caso de uma modificação ilegítima, a entidade adjudicante possa rescindir o contrato, mas que no caso de um contrato dado sem concurso, ela só possa actuar se tal infração tiver sido dada como verificada pelo próprio TJUE, não parecendo ser suficiente aqui a “*verificação*” pelos tribunais nacionais<sup>536</sup>. Por outro lado, a previsão da alínea c) exige ainda que se trate de uma infracção grave, como quando se haja adjudicado um contrato sem precedência de concurso sem verificação dos respectivos requisitos, enquanto para a rescisão por modificação ilegal não se faz igual exigência. Ora, em tese, justificar-se-ia bem mais a prévia constatação da infração pelo TJUE no caso da modificação ilegítima (que pode, como se sabe, assumir formas muito diferentes) do que na adjudicação

---

<sup>535</sup> O preceito da alínea c) teve a sua origem no caso decidido pelo TJUE em 18 de Julho de 2007, C-504/04, Comissão/República Federal da Alemanha, cuja descrição mais detalhada pode encontrar-se em Pedro Matias Pereira, “*Deveres de Resolução*”, pp. 157 e ss.

Em termos sumários: houve dois contratos (com prazo de vigência de 30 anos) celebrados sem concurso, cuja irregularidade havia sido constatada pelo TJUE (Acórdão de 10 de Abril de 2003, C-20/01 e C-28/01), mas, depois disso, a República Federal da Alemanha, instada pela Comissão para repor a legalidade, entendeu que não tinha o dever de anular tais contratos e afirmava ter tomado já as diligências necessárias para que a situação não se repetisse. Entretanto, depois de instaurada uma acção por incumprimento, a Alemanha informou que as entidades adjudicantes tinham anulado os contratos em causa, mas a acção seguiu para verificação do incumprimento do Acórdão de 2003, que o TJUE sancionou no tal Acórdão de 2007.

<sup>536</sup> Criticando esta solução, Pedro Matias Pereira, “*Deveres de Resolução*”, p. 164. Como observa Steen Treummer, “*Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules – the end of the status of concluded public contracts as sacred cows*”, em *PPLR*, nº 6, 2007, p. 382, a solução segunda a qual apenas um incumprimento constatado pelo TJUE teria relevância autónoma e suficiente para fundamentar uma resolução do contrato seria demonstrativa da falta de coerência do sistema comunitário de reintegração da legalidade.



ilegítima (cujo requisito da gravidade permitiria dispensar essa constatação). Aliás, sabendo-se que as modificações ilegítimas ou “substanciais” podem ser muito heterogêneas e de muito diferente relevo, o requisito da gravidade deveria, também aqui, ser condição da rescisão<sup>537</sup>.

Por outro lado, como se disse atrás, a diferente regulação dada às duas hipóteses também não se justifica, em geral, porque, do ponto de vista do próprio direito da União Europeia, elas são juridicamente equivalentes. Assim, por um lado, para efeitos do artigo 73º, alínea c), da Directiva 2014/24/EU, o caso potencialmente mais grave em que um contrato tenha sido adjudicado em violação das obrigações comunitárias que incumbem à entidade adjudicante é o da adjudicação sem concurso (quando ele fosse obrigatório), e, por outro lado, uma modificação introduzida num contrato fora das situações previstas e reguladas na directiva corresponde também a uma adjudicação (ainda por cima, qualitativamente menos relevante) de um contrato sem concurso. Ou seja, as duas situações são juridicamente equivalentes, não se justificando, também por aqui, a diferente regulação dada a cada uma delas, sendo que, bem vistas as coisas, a previsão da alínea c) seria perfeitamente capaz, não fosse a alínea a), de abranger as duas<sup>538</sup>.

**10.6.1.2.** As fragilidades desta tese (“rescisão reintegradora da legalidade”) podem ainda colocar-se a outro nível. É que um contrato que seja ilegalmente modificado não é, necessariamente, um contrato ilegal, ao menos na sua totalidade, mas apenas nos segmentos contratuais, nas prestações, que hajam sido ilegalmente modificadas (ou introduzidas). No resto, o contrato é perfeitamente legal ou, se se preferir, não é ilegal por causa das modificações introduzidas, ficando assim por perceber como

---

<sup>537</sup> Fazendo um paralelismo similar com a hipótese da alínea b) do artigo 73º, Pedro Matias Pereira, “Deveres de Resolução”, p. 165.

<sup>538</sup> Em sentido similar, Pedro Matias Pereira, “Deveres de Resolução”, p. 166.

poderia o contraente público rescindi-lo (e é ao contrato inicial que se reporta, indiscutivelmente, o preceito das directivas).

Aliás, haveria casos em que a rescisão constituiria um verdadeiro comportamento contraditório, logo, em princípio, de adopção ilegítima, como quando a modificação houvesse sido decretada por acto administrativo do contraente público (situação, de resto, que seria então resolvida, em regra, com a anulação administrativa de tal acto). Por outro lado, mesmo quando a modificação tivesse sido feita por acordo das partes, a solução mais imediata, para regularizar a situação, passaria pela rescisão do próprio contrato modificativo, voltando as partes a ter como parâmetro da sua actuação o contrato inicial.

## **10.6.2. Uma resolução por motivos de interesse público**

**10.6.2.1.** A interpretação mais correcta do artigo 73º, alínea a), pese embora a sua letra (equívoca), é a de que, quando considere haver motivos de interesse público para modificar um contrato, mas a isso se oponham as regras da União Europeia (sobre a modificação dos contratos), postas no artigo 72º, o contraente público possa decretar a sua resolução justamente com fundamento no interesse público<sup>539</sup>.

A possibilidade de uma rescisão unilateralmente decretada pela autoridade pública contratante (o “*power of termination*” a que se refere a doutrina anglo-saxónica), e não

---

<sup>539</sup> A letra é equívoca porque a hipótese da rescisão antecipada está posta, em termos literais, para as situações em que um contrato “*tenha sido objeto de uma modificação substancial*”, sendo que “*modificação [ou alteração] substancial*” tem, no léxico da União Europeia, um sentido conhecido. A norma deveria estar posta antes para as situações em que um contraente público constata a inviabilidade da modificação e equaciona a possibilidade de, nesse caso e nesse momento, poder rescindir/resolver o contrato em curso. Com efeito, se o preceito tem realmente em vista resolver um “*impasse*”, é no mínimo estranho que a sua estatuição (a resolução do contrato) dependa, em termos literais, daquilo que se diria ser a prévia verificação de um acto ilegal (a introdução de uma modificação substancial).

uma rescisão judicialmente declarada, está posta, portanto, para permitir a superação daquilo que poderia ser uma situação de “impasse”, com prejuízo para o interesse público, a saber, o facto de um contrato, por razões supervenientes ou em resultado de uma reponderação das circunstâncias existentes, ter sofrido uma alteração substancial na sua lógica ou função, reclamando a introdução de modificações para ajustá-lo ao interesse público, e, no entanto, essa modificação não ser viável à luz das regras da União Europeia, caso em que a Administração Pública ficaria vinculada a um contrato que não lhe serve, sem possibilidade de o dar como terminado (pois *pacta sunt servanda*) e não poderia, em regra, por força disso, lançar um novo procedimento de contratação pública com vista à adjudicação de um novo contrato (que seria incompatível com o anterior)<sup>540/541</sup>.

Como resulta do proémio do artigo 73º, as condições que devem estar verificadas para a resolução do contrato em tais casos devem ser “determinadas pelas normas de direito nacional aplicáveis”, cabendo portanto também ao legislador nacional uma palavra na matéria.

As condições dessa renúncia devem ser, em nossa opinião, equiparadas à resolução por razões de interesse público consagrada no artigo 334º do CCP<sup>542</sup>, em termos, portanto, exigentes e que não criem uma situação de instabilidade contratual maior

---

<sup>540</sup> Assim, entre nós, Pedro Costa Gonçalves, *Direito*, pp. 574, 575 e 604.

<sup>541</sup> É essa a solução que também se retira do Considerando 112 da Directiva 2014/24/EU: “As autoridades adjudicantes veem-se por vezes confrontadas com circunstâncias que tornam necessária uma *rescisão antecipada de contratos públicos* a fim de cumprir obrigações decorrentes do direito da União em matéria de contratação pública. Os Estados-Membros deverão, por conseguinte, assegurar que as autoridades adjudicantes tenham a possibilidade, nas condições determinadas pelas normas de direito nacional, de rescindir um contrato público durante a sua vigência se o direito da União assim o exigir”.

<sup>542</sup> Pedro Costa Gonçalves, *Direito*, p. 410, considera que a garantia que as directivas pretendem instituir já existe há muito no nosso ordenamento, traduzindo-se na “resolução administrativa de contratos por motivos de interesse público” — posição que seguimos no texto —, embora deva referir-se que isso não dispensará o legislador nacional de prever especificamente essa possibilidade de resolução para os contratos públicos que não sejam administrativos, uma vez que aquela faculdade está posta no CCP apenas para estes últimos.

do que a estritamente necessária para garantir a tutela dos interesses do contraente público ali onde isso seja adequado e proporcional.

Com efeito, os limites postos à modificação dos contratos têm um valor jurídico, servem para a protecção dos interesses da concorrência, naturalmente, mas também do cocontratante. “*Amending*” só deve levar “*to ending*” quando o bem jurídico tutelado através da resolução antecipada dos contratos públicos se revele materialmente mais valioso do que o bem jurídico objecto de tutela através dos limites à modificação, sob pena de, a pretexto de uma regulação que se destinaria a introduzir maiores factores de estabilidade nos contratos públicos (os tais limites às modificações constantes das directivas 2014), se estar, afinal, a consagrar um regime bem mais flexível no que respeita à extinção dos contratos.

Aliás, considerando o equilíbrio e moderação do regime das modificações constante das directivas 2014, o grande factor de desequilíbrio na matéria pode estar justamente aqui, sobretudo se passasse, porventura, a existir uma espécie de associação entre a não verificação das condições para a modificação do contrato e a verificação das condições para a sua resolução (ou seja, ali onde não fosse possível modificar seria legítimo resolver). É verdade que, possivelmente, para o direito da União Europeia, que tende a ver no contrato um instrumento puramente económico, essa solução (ou uma próxima) poderia não ser inadequada, na medida em que dela resultaria a submissão do novo contrato (modificado) à concorrência. É portanto aqui, mais no que no regime das modificações, que pode encontrar-se a base para um “endeusamento” dos valores da concorrência.

No entanto, em sistemas jurídicos, como o nosso e tanto outros, em que o “contrato” e o princípio da *pacta sunt servanda* constituem valores jurídicos em si mesmos e têm um “papel relevante [...] na compreensão do Estado de Direito e da ordem jurídica

própria deste”<sup>543</sup>, soluções que abram lugar à “quebra da palavra dada” devem ser analisadas com ponderação, devendo afastar-se regimes especialmente permissivos, mesmo no Direito dos contratos administrativos.

Além desses “custos axiológicos”, digamos assim, a extinção prematura de um contrato tem custos económicos, implicando o pagamento de indemnizações, e custos políticos, a que os operadores são especialmente sensíveis, considerações que, podendo ser pouco relevantes na perspectiva do Direito da União Europeia, são, entre nós, de importância crítica (sobretudo os custos económicos).

É por isso que, atendendo ao facto de o regime das modificações das Directivas não trazer afinal, para o interesse público, o perigo que a dada altura se pressentira, e considerando que, até hoje, o sistema jurídico nacional tem convivido bem com a cláusula aberta, mas de densificação exigente, da resolução por motivos de interesse público (artigo 334º do CCP), julgamos que a melhor solução de transposição da alínea a) do artigo 73º da Directiva 2014/24/EU passa pelo alargamento dessa faculdade aos meros contratos públicos, eventualmente com a advertência, para o contraente público, de que só deve decretar a resolução do contrato quando os efeitos negativos (os danos) resultantes da manutenção do contrato — vg, para o interesse público, para o erário público (implicando o desperdício de dinheiros públicos), etc. — sobrelevem os efeitos negativos da sua extinção prematura com vista à subsequente abertura de um procedimento de contratação pública.

---

<sup>543</sup> António Barbosa de Melo, “A ideia de contrato”, p. 7.

## *Capítulo IV – A alteração das circunstâncias imputável ao contraente público*

### *(O fait du prince)*

#### **11. O regime da alteração das circunstâncias no contrato administrativo**

**11.1.** Vistos os casos de modificação (do texto) do contrato administrativo, é altura de ver como é que devem ser tratados os casos de alteração das circunstâncias dos contratos imputável ao contraente público<sup>544</sup>.

---

<sup>544</sup> Matéria substancialmente diversa é a da alteração das circunstâncias, não enquanto uma vicissitude contratual, mas como uma *vicissitude concursal* ou *procedimental*, designadamente, se, no caso de a alteração das circunstâncias ocorrer depois do termo do prazo para a apresentação das propostas e antes da adjudicação, cabe aí, e em que casos, a alteração das propostas ou o “desatendimento” de algumas regras do concurso.

A questão é complexa pois, como se sabe, um dos corolários do princípio da concorrência consiste na estabilidade ou intangibilidade das propostas: uma vez apresentadas, os concorrentes ficam vinculados a elas durante um determinado período de tempo (artigo 65º do CCP), não podendo alterá-las. Por outro lado, quando a alteração das circunstâncias altera os próprios pressupostos inerentes à decisão de contratar ou, por causa dela, se torne necessário alterar aspectos fundamentais das peças do procedimento, o caso resolve-se em regra, nos termos do artigo 79º/1, alíneas c) e d), do CCP, por via da decisão de não adjudicação.

A hipótese não tem porém regulação expressa na lei quando a alteração das circunstâncias não altere os pressupostos subjacentes à decisão de contratar (porque o contraente público continua a querer o contrato) ou não exija a alteração de aspectos fundamentais das peças do procedimento (porque o contraente público continua a querer contratar nesses termos), mas altere os pressupostos subjacentes à decisão de apresentar uma proposta, é dizer, quando a alteração das circunstâncias tem impacto, não nos juízos da entidade adjudicante, mas nos juízos do concorrente.

A questão foi colocada a propósito de uma série de contratos de subconcessão rodoviária na sequência de diversos procedimentos de concurso público com fase de negociações aos quais eram genericamente aplicáveis o Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, e o Decreto-Lei nº 197/99, de 8 de Junho, mas cujas principais regras constavam de um programa de concurso, um regulamento, portanto, designadamente as regras sobre a primeira fase (de apresentação das propostas) e sobre a segunda fase (de negociação das duas melhores propostas apresentadas) do concurso, entre as quais a regra (constante do nº 28 do programa) que, por um lado, estabelecia que a “*fase das negociações visa atingir uma melhoria das propostas selecionadas*” e, por outro lado, em concretização dessa proposição, que o “*resultado das negociações não pode resultar em condições menos vantajosas para o Concedente do que as inicialmente propostas*”, considerando-se que “*uma proposta tem condições menos vantajosas para o Concedente se obtiver, no termo da fase de negociações, uma pontuação que*”, no critério

específico do valor actualizado do esforço financeiro líquido do Estado (VAL), ou seja, grosso modo, nos pagamentos exigidos ao Estado pelos concorrentes, ou na nota global, “*seja inferior àquela que obteve para efeitos de selecção para essa fase*”.

Após a apresentação das versões iniciais das propostas, mas antes da apresentação das propostas finais (as BAFO), chegaram a Portugal os impactos da crise financeira mundial de 2008, o que levou a que, com o agravamento das condições de financiamento bancário dos concorrentes, estes, na fase final de negociação das propostas, tenham apresentado propostas finais financeiramente menos atrativas do que as respetivas versões iniciais, em contradição com a regra da melhoria sucessiva das condições contratuais propostas pelos concorrentes, é dizer, com a regra da proibição da degradação das condições das propostas da primeira fase para a segunda fase do concurso. A entidade adjudicante, porém, entendeu que o instituto da alteração das circunstâncias também se aplicava, ao menos, sob certas condições, no domínio dos procedimentos de contratação pública, e adjudicou os contratos, nos vários procedimentos, à proposta (modificada ou alterada) melhor classificada, mesmo tendo elas uma pontuação inferior no tal critério VAL.

Alguma doutrina considerou que, embora “uma análise meramente literal das regras específicas [levasse] a concluir, linearmente, pela ilegalidade do acto de adjudicação praticado nos referidos procedimentos [...], a questão não pode ser perspectivada ou resolvida com a apreciação isolada de um bloco de regras extraído de uma área compartimentada ou estanque do sistema jurídico, mas antes da análise da aplicabilidade do instituto das alteração das circunstâncias aos referidos casos”, sendo necessário fazer um “apelo a todo o sistema jurídico” (Sérvulo Correia / Lino Torgal / Pedro Fernández Sánchez, “Alteração de circunstâncias e modificação de propostas em procedimentos de contratação pública”, *Estudos de Contratação Pública*, vol. III, 2011, p. 164).

Começando por reconhecer que a norma do artigo 312.º, alínea a), do CCP se reporta à fase contratual e não à fase de formação do contrato, concluem no entanto que a teoria da imprevisão adapta o instituto da alteração das circunstâncias ao ordenamento administrativo, “limitando-se a concretizar uma mera decorrência do princípio da boa fé que conforma toda a actividade administrativa” (Sérvulo Correia/Lino Torgal/Pedro Fernández Sánchez, “Alteração”, p. 173), devendo, nessa medida, questionar-se se “as razões justificativas da possibilidade de modificação dos contratos ao longo da sua execução podem valer em igual medida para a fase pré-contratual. Isto é, cabe confirmar se o conteúdo normativo dos princípios da boa fé e da tutela da confiança – aos quais acresce o princípio da prossecução do interesse público no âmbito dos contratos administrativos – justifica a alteração das condições contratuais na fase de formação do contrato na mesma medida em que ela é admitida ao longo da sua execução” (“Alteração”, p. 173).

Por outro lado, afirmam que o artigo 79.º/1, alínea d), do CCP, que consagra uma causa de não adjudicação fundada em casos de alteração das circunstâncias, não resolveria nem seria aplicável ao caso na medida em que “está pensada para os casos em que os pressupostos que sofreram a modificação são aqueles em que a entidade adjudicante – e não os operadores de mercado – fundaram a sua decisão de contratar”. Sendo que no caso “a entidade adjudicante continua ter todo o interesse em celebrar o contrato”, embora ao “proponente privado [não possa exigir-se] que mantenha talqualmente a sua proposta” (Sérvulo Correia/Lino Torgal/Pedro Fernández Sánchez, “Alteração”, p. 180).

Entendem ainda os referidos autores que, do mesmo modo, não se verificará uma segunda causa de não adjudicação, a saber, “a de considerar contratualmente inaceitáveis quaisquer propostas

que apresentassem uma pontuação inferior à obtida na primeira fase do procedimento”, e que “o instituto excepcional da alteração das circunstâncias é efectivamente aplicável em hipóteses do tipo das referidas desde logo porque o regime geral da contratação pública não oferece uma única solução viável para o aplicador”, uma vez que o “Direito da Contratação Pública [...] não contempla a possibilidade de a entidade adjudicante ficcionar que os participantes no procedimento apenas apresentam propostas aceitáveis e adjudicáveis no termo da fase de negociações” (“Alteração”, p. 185). Ou seja, “desde que as versões iniciais das propostas não sejam incompatíveis com as «normas imperativas» das peças do procedimento e com os fins de interesse público subjacente à celebração do acordo, é inevitável concluir que a entidade adjudicante dispõe de propostas contratualmente aceitáveis e, por isso, susceptíveis de adjudicação” (“Alteração”, p. 186).

Por outro lado, seria também inadmissível a Administração “fazer apelo à obrigação de manutenção das versões iniciais das propostas que os concorrentes apresentaram” e ser adjudicada uma proposta que seria objetivamente impossível de ser cumprida, ficcionando a Administração não ter conhecimento de tal facto e vir depois mais tarde, em fase de execução contratual, invocar o instituto da alteração das circunstâncias [...] para modificar o contrato, sob pena de se cair numa “profunda incoerência dogmática”(Sérvulo Correia/Lino Torgal / Pedro Fernández Sánchez, “Alteração”, pp. 189 e 190).

E, como sustentam estes autores, o simples facto de ter ou não sido celebrado o contrato não poderá servir de pretexto para tal concepção, visto que no domínio da contratação pública “o compromisso contratual é assumido logo com a apresentação de uma proposta [...] e não com a celebração do contrato final” (“Alteração”, p. 190) — pelo que “a estrita aplicação do regime geral ou próprio da contratação pública conduziria a [...] um contraente privado a ser obrigado a executar uma proposta ruínosa ou inexecutável”, o que contrariaria o ordenamento jurídico, os princípios da boa fé e da tutela da confiança, concretizada na cláusula *rebus sic stantibus* (Sérvulo Correia/Lino Torgal / Pedro Fernández Sánchez, “Alteração”, p. 191).

Nesse contexto, a solução para o caso em apreço não poderia resultar do regime geral de contratação pública, mas antes “da aplicação de um instituto excepcional que o ordenamento jurídico-administrativo adaptou através da teoria da imprevisão”.

Concluem ainda os referidos autores que o único momento em que a alteração das circunstâncias poderia ser legitimamente invocada seria precisamente o pré-contratual – visto que a alteração não seria superveniente ao contrato –, admitindo-se, assim, “a apresentação de propostas que, sendo menos atractivas do que as respectivas versões iniciais, permitem a sua execução através da formulação de condições contratuais economicamente viáveis” (Sérvulo Correia/Lino Torgal/Pedro Fernández Sánchez, “Alteração”, p. 192).

Acresce que, nos casos em que esta solução não implicasse qualquer alteração na ordenação das propostas, o princípio da concorrência não seria beliscado, visto que o adjudicatário seria sempre o mesmo, e nos casos em que a ordenação inicial fosse alterada, ainda assim, o princípio da concorrência não constituiria um “obstáculo incontornável à aplicação do instituto da alteração das circunstâncias em sede pré-contratual”, na medida em que o mesmo não pode ser assumido como um “super-princípio”, nem como o único valor constitucionalmente protegido que pode ser afetado com a degradação das propostas (Sérvulo Correia/Lino Torgal/Pedro Fernández Sánchez, “Alteração”, p. 192 e 193).



À luz destas considerações, concluem os referidos autores que “a solução que o ordenamento concebe para situações excepcionais de alteração das circunstâncias ocorridas no seio de um procedimento de formação de um contrato público consiste no mesmo apelo ao conteúdo normativo do princípio da boa fé em sede pré-contratual [...], auxiliado agora pelo princípio da prossecução do interesse público”, e que, enquanto o princípio da boa fé é “chamado para justificar o motivo por que uma parte não pode ser obrigada a manter-se vinculada a uma proposta contratual cujas condições passaram a ser ruinosas”, o princípio da prossecução do interesse público explica por que “tal proposta não pode ser completamente abandonada, mas apenas modificada: o interesse público que a entidade adjudicante tem em contratar mantém-se intacto, pelo que, em lugar de permitir que o concorrente simplesmente se desvincule de um contrato ruinoso, aquela prefere participar com este último nos encargos acrescidos que a alteração das circunstâncias lhe provocou – assegurando assim que, pelo menos, o contrato pode ainda ser executado equilibradamente, sem que o proponente privado fique arruinado” (Sérvulo Correia/Lino Torgal/Pedro Fernández Sánchez, “Alteração”, p. 198).

Por fim, no que respeita à proporção da partilha dos prejuízos, observam os referidos autores que, “quando toma a decisão de participar no procedimento, cada operador económico assenta numa expectativa criada quando à atractividade do benefício económico que pode receber no caso de obter a adjudicação”, pelo que, “se, em resultado da alteração das circunstâncias, tal benefício desaparece, não lhe pode ser exigível que mantenha, sem mais, o interesse em contratar” (Sérvulo Correia/Lino Torgal/Pedro Fernández Sánchez, “Alteração”, p. 199).

Assim, se a Administração não admite a desvinculação do proponente, “pode ter de ser o parceiro público, e não o privado, a suportar, na proporção mais substancial, a perda de atractividade das condições contratuais” (Sérvulo Correia/Lino Torgal/Pedro Fernández Sánchez, “Alteração”, p. 199 e 200).

Por seu turno, Menezes Cordeiro sustenta que, caso os fundamentos em que se apoiava uma proposta apresentada no âmbito de um procedimento de contratação pública venham a modificar-se profundamente, designadamente, na ambiência económico-financeira, podem equacionar-se, em abstrato, duas soluções: “ou a proposta era intocável e, com ela, chegava-se depois, a um contrato que ou seria inexecutável ou teria de ver reposto o equilíbrio financeiro [...] ou a proposta era retirada, por inviabilidade superveniente” (Menezes Cordeiro, “A proposta na contratação pública e a alteração das circunstâncias”, em *O Direito*, Ano 142.º, 2010, II, pág. 312).

No entanto, como qualquer dessas duas soluções prejudicariam o interesse público — por um lado, porque não há qualquer vantagem em “forçar a celebração de um contrato que se saiba, de antemão, ser inviável” (Menezes Cordeiro, “A proposta”, p. 312 e 313), por outro lado, porque a retirada das propostas seria “contraproducente”, privando “a parte pública das vantagens que, nas negociações subsequentes”, resultaria “da concorrência entre vários interessados”, quando a *ratio* subjacente aos procedimentos de contratação pública é, precisamente “para fazer funcionar, a favor do interesse público, as regras da concorrência”, as quais ficam “fortalecidas [...] com a manutenção de vários candidatos na contenda” (“A proposta”, p. 313) — o referido autor considera que o mecanismo da alteração das circunstâncias seria capaz de viabilizar uma solução adequada, é dizer, “permitiria modificar a proposta, com vista à sua adequação” à nova ambiência económico-financeira, alcançando-se assim “o *optimum* possível, na defesa do interesse público” (“A proposta”, p. 312 e 313).

É verdade, observa, que a aplicabilidade do instituto da alteração das circunstâncias “não dispensa a observância [de] regras imperativas” e que, caso o programa que regula o procedimento “estipule expressamente para a hipótese de alteração das circunstâncias ou sempre que a interpretação melhorada do seu texto permita enquadrar o tema, haverá que aplicá-lo, em detrimento das soluções *ex bona fide*” (Menezes Cordeiro, “A proposta”, p. 313), mas, por outro lado, “em compensação, a aplicabilidade do instituto da alteração das circunstâncias não pode ser bloqueada por textos regulamentares [como era o caso do programa de concurso] subjacentes ao concurso. Tais textos, quando existam, não podem afastar o artigo 437.º/1 do Código Civil, que tem a dignidade de uma lei formal” e, além disso, com esses regulamentos teve-se em vista “regular a normalidade dos casos. Por definição, as alterações de circunstâncias caem fora do âmbito das suas previsões” (Menezes Cordeiro, “A proposta”, p. 313).

Além disso, a igualdade entre os concorrentes deverá ser sempre respeitada, ou seja, a alteração das circunstâncias deverá ser “aplicada a todos eles, sem privilégios para nenhum”, devendo no entanto verificar-se, caso a caso, “se efectivamente todos têm (e mantêm) as mesmas possibilidades de execução e adequação das propostas perante os factos supervenientes” (Menezes Cordeiro, “A proposta”, p. 314). Entendendo que o problema se torna mais delicado quando a alteração ocorre numa fase terminal do procedimento, em que alguns candidatos ou concorrentes tenham já sido excluídos, o autor sustenta que haverá duas possibilidades: ou a proposta que seria vencedora fica aquém das excluídas, caso em que o concurso deverá ser reconsiderado, ou a proposta modificada permanece melhor do que as rejeitadas, caso em que “não há, por imperativo lógico, qualquer problema perante o princípio da igualdade” (“A proposta”, p. 313).

Por fim, conclui o autor que a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias às propostas formuladas no âmbito de contratos públicos “não só não põe em crise a regularidade do procedimento, como, antes, constitui uma útil garantia dos administrados”, que “numa confluência objectiva com o interesse público, ficarão ao abrigo de alterações anormais e imprevisíveis” (Menezes Cordeiro, “A proposta”, p. 314), avançando, exemplificativamente, um conjunto de situações que considera justificar, tipicamente, a aplicação deste instituto à fase pré-contratual (A título exemplificativo, refere as “alterações profundas de ordem geral, causadas pela crise planetária de 2007/2011, designadamente nos mercados dos diversos produtos e serviços, com impactos ponderosos na procura e nas regras de concessão de crédito pelos Bancos; modificações legislativas que alterem seriamente as valorações subjacentes à proposta; quebras no movimento ou na clientela; aumento significativo das matérias-primas ou o seu desaparecimento do mercado; dificuldades financeiras na arquitectura do negócio, designadamente por oscilações nos critérios da concessão do crédito e nas condições do mesmo (patamares ou juros, como exemplos); problemas no factor humano, com desaparecimento de técnicos, de trabalhadores ou de outros elementos necessários”).

O Tribunal de Contas teve, porém, um entendimento muito diverso e considerou que a alteração anormal das circunstâncias não podia aplicar-se aos procedimentos de contratação pública e recusou a concessão de visto prévio (Cf. Acórdãos do Tribunal de Contas n.º 160/2009, de 2 de novembro, n.º 161/09, de 2 de novembro, n.º 164/09, de 17 de novembro, n.º 168/09, de 23 de novembro, n.º 169/09, de 23 de novembro, e n.º 12/2010, de 26 de março), suportando-se, para o efeito, nos seguintes argumentos:

- (i) A admissão de propostas com condições menos vantajosas para a entidade adjudicante relativamente à versão selecionada para a fase de negociação violaria

A matéria gravitou durante muito tempo na órbita de vários institutos do direito administrativo associados ao princípio de equidade e justiça contratual “*contractus que habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*”,<sup>545</sup> ou seja, ao *fait du prince* e à imprevisão (ou ao caso de força maior, quando da alteração resulta a impossibilidade de cumprimento das prestações

---

as regras definidas no programa do procedimento, designadamente, a que proibia a degradação das condições das propostas entre a primeira e a segunda fase;

- (ii) Ao estabelecer as regras do programa do procedimento, a entidade adjudicante (auto)vinculou-se a essas regras e condicionou a evolução do procedimento e as posições assumidas pelos concorrentes;
- (iii) Os preceitos legais que se referem à alteração das circunstâncias não eram aplicáveis na medida em que não estavam em causa alterações dessas ocorridas após a celebração do contrato, mas na pendência do procedimento negocial a ele conducente;
- (iv) O programa de concurso é um instrumento de auto-vinculação da entidade adjudicante, emitido ao abrigo de lei, fixando as regras de conduta a seguir no procedimento, formuladas abstratamente e aplicando-se a uma generalidade de sujeitos e de situações que venham nele a ocorrer, pelo que, “dado que a lei exige o programa de concurso e a sua conformidade com a lei, o facto de se desrespeitar disposição naquele contida que esteja em conformidade com a lei traduz-se na violação da própria lei”;
- (v) Na fase de negociação, os concorrentes selecionados conhecem já as demais propostas, donde a admissibilidade da degradação das propostas apresentadas representaria uma violação dos princípios da igualdade, da concorrência e da transparência;
- (vi) A aplicação dos preceitos legais sobre a alteração das circunstâncias dos contratos à fase da contratação pública implicaria a violação da intangibilidade das regras do procedimento e das propostas, a imparcialidade da entidade adjudicante e a igualdade dos concorrentes, designadamente, porque permitira uma modificação das regras do procedimento não previsível e não aplicável aos concorrentes não selecionados;
- (vii) A admissibilidade da inobservância da regra do procedimento que vedava a degradação sucessiva das propostas teria como resultado uma incerteza jurídica e uma subjetividade incompatíveis com o bem público que ela visava assegurar;

O Tribunal de Contas concluiu, em suma, que o instituto da alteração das circunstâncias dos contratos não seria aplicável na pendência do procedimento de contratação pública, considerando ilegais as propostas finais cuja classificação era inferior à das respectivas propostas iniciais e recusou o visto aos contratos em causa.

<sup>545</sup> Em tradução livre: “os contratos de trato sucessivo e que dependem de circunstâncias futuras entendem-se *como estando assim as coisas*”.

contratuais), de fundo eminentemente doutrinário ou, ao menos, de consagração legal dispersa e avulsa, mas, como se sabe, o CCP veio, em termos inovatórios entre nós, dispor sobre o assunto em termos gerais, permitindo agora uma melhor sedimentação do tema da alteração anormal das circunstâncias e uma mais clara distinção entre esses institutos.

No entanto, uma crítica que a doutrina, em especial, Mário Aroso de Almeida, tem feito ao regime do CCP reside no facto de não tratar autónoma e concentradamente a figura da alteração das circunstâncias, regulando-a dispersamente no Capítulo V do Código e, em certo sentido, subordinadamente, ora a propósito da modificação do contrato, ora a propósito da sua resolução. Ou seja, e em rigor, o CCP não regulou a figura da alteração das circunstâncias, mas a modificação e a resolução do contrato, inscrevendo em ambos os regimes, e dependendo das diferentes espécies de modificação e resolução, os casos em que a alteração das circunstâncias releva, bem como os seus requisitos e consequências.

Além disso, e a questão, aqui, já se torna mais complexa (embora seja em parte decorrência da observação anterior), o legislador não terá sido muito claro na descrição normativa dos vários casos de alteração das circunstâncias, ou seja, dos requisitos de que depende a sua relevância no direito dos contratos administrativos.

Com efeito, no artigo 312º, alínea a), do CCP, estabeleceu-se, ao estilo de preceito geral na matéria, que poderá haver lugar à modificação do contrato “quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato” – preceito que corresponde, com excepção da referência à “imprevisibilidade”, ao teor verbal do artigo 437º do Código Civil.

Depois, na parte relativa à reposição do equilíbrio financeiro, dispôs-se no artigo

314º/1, alínea a), que haverá direito a essa reposição quando se verifique uma “alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público, adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do cocontratante”. Já não há aí referência, portanto, ao facto de a “exigência das obrigações por si assumidas [afectar] gravemente os princípios da boa fé e não [estar] coberta pelos riscos próprios do contrato”.

Logo abaixo, no artigo 314º/2, o legislador optou por se referir apenas aos “demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias”, sem outra explicação adicional, designadamente, se esta hipótese deve ser lida conjugadamente com os requisitos da alínea a) do artigo 314º/1, com a excepção natural de a alteração não ser imputável a uma medida do contraente público adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação contratual, ou se deve antes ser lida por referência à (suposta) cláusula geral do artigo 312º, alínea a).

Além disso, e um pouco estranhamente, na regulação dos termos da reposição do equilíbrio financeiro do contrato — aplicável às situações das alíneas a) e b) do artigo 341º/1, já não à do artigo 314º/2 —, o legislador veio dispor, no artigo 282º/2 do CCP, que o “cocontratante só tem direito à reposição do equilíbrio financeiro quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais o cocontratante determinou o valor das prestações a que se obrigou, *desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos*”, numa alusão, parece, à “pressuposição” comum das partes da teoria de Windscheid, que hoje a própria doutrina civilista considera ser de rejeitar na interpretação do regime do artigo 437º do Código Civil<sup>546</sup>

---

<sup>546</sup> Ver, por exemplo, Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 2005, p. 610.

**11.2.** A situação não é substancialmente diferente quando se enquadra o problema na temática da resolução do contrato. Assim, refere-se no artigo 312º/1, alínea a), a propósito da *resolução por iniciativa do cocontratante*, que lhe cabe esse direito quando se verifique uma “alteração anormal e imprevisível das circunstâncias”, adiantando-se depois no respectivo número 2 algumas condições especiais, a saber, a resolução “não implique grave prejuízo para a realização do interesse público” ou, implicando, “a manutenção do contrato ponha manifestamente em causa a viabilidade económico-financeira do cocontratante ou se revele excessivamente onerosa, devendo, nesse último caso, ser devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença”. No entanto, não se faz referência aos demais requisitos do artigo 312º, alínea a).

De seguida, no artigo 335º/1 do CCP o legislador já estabeleceu, a propósito da *resolução pelo contraente público*, que este “tem o direito de resolver o contrato com fundamento na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, nos termos do disposto na alínea a) do artigo 312º”, ou seja, de acordo com os requisitos aí previstos – embora não tenha avançado quais as consequências da resolução (se é que as há) –, referindo-se no número seguinte, no artigo 335º/2, à “resolução do contrato por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias (...) imputável a decisão do contraente público adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual”, que é uma situação simétrica da hipótese da alínea a) do artigo 314º/1, adiantando-se que neste caso haverá ao “pagamento de uma justa indemnização”, correspondente, como previsto no artigo 334º/2, “aos danos emergentes e aos lucros cessantes, devendo, quanto a estes, ser deduzido o benefício que resulte da antecipação dos ganhos previstos”.

## 12. O *fait du prince* numa perspectiva histórica

### 12.1. Descrição genérica

12.1.1. Entrando agora no tema das vicissitudes contratuais imputáveis ao contraente público na qualidade de poder extracontratual, ou seja, no *fait du prince*, vamos começar por tomar em consideração o seu enquadramento geral doutrinário, à revelia, portanto, do que se estabelece hoje no CCP. O objecto do nosso estudo é, note-se, a figura tal qual ela hoje é regulada pela lei, pelo que esta abordagem inicial serve apenas de enquadramento prévio para esclarecer alguns pontos ou aspectos do seu regime legal.

Como se sabe, a generalidade das figuras associadas à permeabilidade do contrato administrativo a “eventos supervenientes” ou a “factos novos”, e que foram durante algum tempo consideradas, ao menos em parte, uma marca da sua autonomia substantiva, nasceram do labor pretoriano do *Conseil d’État* e são ainda objecto de estudo profundo pela doutrina francesa. Em inícios do século XX, afirmava Maurice Hauriou – a quem se deve a teorização inicial sobre os contornos da figura – que a categoria do *fait du prince* é bem possivelmente uma dessas “categorias jurídicas provisórias onde se vão subsumindo todos os casos inovadores e que constituem uma excepção às ideias feitas; mais tarde percebemos que esses casos são diferentes e que é melhor estudar cada um atendendo à sua especificidade”<sup>547</sup>.

Também é verdade que o desenho e pressupostos específicos foram ganhando consistência com o tempo, mas, note-se, ainda em 1984, Laubadère, Moderne e Delvolvé – autores daquela que é a mais marcante e rica obra de língua francesa sobre os contratos administrativos<sup>548</sup> – observavam que “a utilização frequente da

---

<sup>547</sup> Citado por A. Laubadère / F. Moderne / P. Delvolvé, *Traité*, II, p. 517, nota 4.

<sup>548</sup> Sem esquecer a igualmente impressionante obra do belga Maurice-André Flamme (*Traité Théorique et Pratique des Marchés Publics*, Bruxelas, Bruylant, de 1969, quase 2000 páginas distribuídas por 2

expressão «*fait du prince*», a própria antiguidade que se revela na aparência desse vocábulo obsoleto, poderia fazer crer que estaríamos em presença de uma construção comprovada, de uma teoria cujo conteúdo devia ser claro e que não dispensaria senão certezas”, mas não: “*il n’en est rien. La théorie du fait du prince est l’une des plus confuses du droit des contrats administratifs*”<sup>549</sup>.

Remontando as suas origens às “cartas” (aos forais) que os monarcas de França assinavam com as cidades (“villes” e “communes”), outorgando-lhes ou reconhecendo-lhes certos “privilégios” e direitos, mas que podiam ser suprimidos ou extintos, por acto do monarca, em caso de traição ou deslealdade com a coroa, a expressão *fait du prince* passou a significar, mais tarde, no Absolutismo, o poder do rei, por acto soberano (*fait souverain*), logo incontestável, de não cumprir os contratos que ele próprio houvesse celebrado<sup>550</sup>, além de, muitas vezes, designar, ainda hoje, em linguagem corrente, um acto arbitrário do Governo.

Actualmente, e no plano jurídico, o *fait du prince*, pesem as diferentes matizes com que ainda é tratado pela doutrina, pretende traduzir, *grosso modo*, a ideia de que, quando contratam, as autoridades administrativas não ficam por causa disso impedidas de exercer os seus poderes públicos gerais, constituindo-se no entanto no dever de indemnizar integralmente os seus cocontratantes quando as medidas por elas tomadas afectem de forma imprevisível e específica a economia dos contratos firmados.

**12.1.2.** Embora haja um mínimo denominador comum às várias espécies enquadráveis na figura do *fait du prince*, a verdade é que a controvérsia e discussão

---

volumes), não há estudo posterior que não encontre na obra francesa tanto a base da matéria do regime dos contratos administrativos, como a referência sempre clara a questões de pormenor.

<sup>549</sup> Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, vol. II, p. 516.

<sup>550</sup> Eduardo Garcia de Enterría/Tomás Ramón Fernandez Rodríguez, *Curso*, p. 753.



sobre ela ocorre ainda em aspectos nucleares seus, quando se procura precisar os respectivos contornos. Assim, o *fait du prince*, num seu sentido amplo, é genericamente entendido como “toda a intervenção dos poderes públicos que tenham como resultado alterar de uma qualquer forma as condições jurídicas ou mesmo apenas as condições de facto nas quais o cocontratante da Administração executa o seu contrato”<sup>551</sup>.

Esta breve noção é capaz de fornecer uma explicação simples, mas não revela a “turbulência” que ainda hoje — embora os traços da controvérsia se tenham de certa forma estagnado nos finais do século passado — se fazem sentir na delimitação mais exacta das fronteiras desse histórico instituto.

Assim, pergunta-se:

- (i) De um ponto de vista *subjectivo* ou *peçoal*: subsumem-se no *fait du prince* os actos de qualquer entidade pública, parte no contrato ou não, ou apenas se incluem aí os actos da autoria da parte pública vinculada pelo contrato?
- (ii) De um ponto de vista *subjectivo* e *objectivo*: relativamente ao contraente público, incluem-se no *fait du prince* também os actos que adopte nessa qualidade, de parte no contrato (ao abrigo do *ius variandi* ou poder de modificação unilateral), ou apenas as medidas que sejam produto dos seus poderes gerais ou extracontratuais?
- (iii) De um *ponto de vista objectivo*: independentemente da questão da autoria, subsumem-se no *fait du prince* todos os actos que tenham interferência directa ou indirecta no contrato, desde operações materiais a leis ou actos políticos, ou apenas actos normativos? E, independentemente da questão da natureza do acto, subsumem-se no *fait du prince* apenas as medidas que interfiram com o contexto de certo contrato (ou um conjunto identificado

---

<sup>551</sup> Laubadère / Moderne / Delvolvé, *Traité*, vol. II, p. 516.

de contratos) ou também as medidas que modifiquem o próprio contrato, o seu texto?

E quanto às *garantias* do cocontratante será o *fait du prince*, quando se determine uma alteração das circunstâncias específicas de certo contrato, a única garantia ao dispor do cocontratante ou dispõe eele de outras alternativas ou remédios?

Para lá de todas essas dúvidas, há, como se verá adiante, um ponto em que a generalidade da doutrina consente: o *fait du prince* implica ou determina, para o sujeito que deva responder por ele, o dever de indemnizar integralmente o contraente lesado, repondo o equilíbrio financeiro do contrato, indo aqui incluídos danos emergentes e lucros cessantes.

## 12.2. As diferentes compreensões do *fait du prince*

12.2.1. Olhando para as diferentes matizes doutrinárias, pode dizer-se que o *fait du prince* pode ser entendido com um alcance máximo (ou sentido amplo), médio e mínimo ou restrito<sup>552</sup>.

É importante no entanto ter em consideração, em primeiro lugar, que, olhando para a questão do ponto de vista estritamente subjectivo, que é o que mais concorre para a determinação dos contornos da figura, existem na doutrina sobre o *fait du prince* duas correntes ou compreensões: (i) um sentido lato, abrangendo qualquer intervenção dos poderes públicos que afecte as condições de execução (exteriores ou não) do contrato, seja qual for o sujeito a quem deva imputar-se a medida; (ii) um sentido restrito, abrangendo apenas as intervenções do poder público contratante. No entanto, como nesta última hipótese a doutrina tanto pode pretender referir-se a

---

<sup>552</sup> Também assim, entre nós, Cláudia Pinto, *O facto*, p. 25 e seguintes. Referindo-se igualmente a três correntes ou alcances possíveis do *fait du prince*, Laurent Richer, *Droit*, p. 263.

qualquer espécie de intervenção do poder público contratante, *seja nas vestes e na função de contraente público* (modificação unilateral do contrato e, também para certos autores, rescisão por motivos de interesse público), *seja nas vestes e na função de poder público extracontratual*, que não deixa de ser porque contratou, e como o regime de uma e outra há-de necessariamente ser diferente, abre-se assim a porta a uma terceira corrente, que permita distinguir quem tenha essa visão um pouco mais alargada ou mais restrita sobre a figura<sup>553</sup>.

Em segundo lugar, é também importante tomar em consideração que, opte-se pela fórmula bipartida ou pela fórmula tripartida, há sempre aí algo de artificial ou de redutor, ou seja, há em tais propostas alguma simplificação, pois as *nuances*, de autor para autor, de sistema jurídico para sistema jurídico, são mais do que as que ficam representadas. De todo o modo, não apenas as correntes (máxima, média e restrita) referidas permitem captar o que de mais essencial e relevante há no debate doutrinário sobre o *fait du prince*, como se adequam às próprias opções legislativas tomadas pelo legislador português na matéria das vicissitudes contratuais administrativas.

**12.2.2.** Assim, de acordo com a tese do alcance máximo, o *fait du prince* corresponde a uma intervenção dos poderes públicos que afecte ou prejudique de qualquer maneira, mas sempre sensivelmente, quer as cláusulas contratuais propriamente ditas quer apenas as circunstâncias ou contexto dentro das quais o cocontratante executa o seu contrato<sup>554</sup>.

---

<sup>553</sup> Julgamos ser por essas razões que Laubadère / Moderne / Delvolvé, *Traité*, vol. II, p. 516 e 517, propunham (ou começassem por propor) apenas duas correntes (“*le fait du prince lato sensu*” e “*le fait du prince stricto sensu*”), mas acabem por reconhecer a viabilidade de uma terceira (“*le fait du prince strictissimo sensu*”), embora só se lhe refiram de forma incidental.

<sup>554</sup> O representante máximo desta fórmula ampla é Saroit Badaoui, *Le fait du prince dans les contrats administratifs en Droit français et en Droit Égyptien*, LGDJ, 1954, p. 153 e seguintes.

Com este alcance, o *fait du prince* abrange praticamente todas as modalidades possíveis de intervenção pública:

- (i) seja do ponto de vista da sua autoria, pois compreende os titulares da função legislativa, os titulares da função administrativa, em especial, os titulares do poder regulamentar, bem como a autoridade pública contratante (seja como poder geral, seja no quadro dos seus poderes de conformação contratual) ou outra qualquer autoridade pública distinta dela.
- (ii) seja do ponto de vista do seu objecto, incluindo portanto as medidas gerais, com impacto em todos os tipos de contratos de índole económica, e as medidas particulares, incluindo grupos ou categorias de contratos, as medidas jurídicas e os actos materiais, as medidas normativas e as medidas individuais e concretas, as medidas de modificação do contrato, das suas prestações, e as medidas com impacto apenas nas condições exteriores em que se desenvolve a execução do contrato)<sup>555</sup>.

O que releva para esta corrente é o facto de, independentemente do sujeito a quem seja imputável a medida, nem as autoridades administrativas quando ficam limitadas nos seus poderes pelo facto de as medidas por si adoptadas terem um impacto em contratos celebrados por outras Administrações, nem o sujeito público contratante renuncia de qualquer forma aos seus poderes gerais quando contrata, continuando a ser legítimo o respectivo exercício em vista do interesse público, mesmo que a medida adoptada tenha um impacto significativo no seu parceiro contratual. Por

---

<sup>555</sup> S. Badoui é claro quanto a esta abrangência do *fait du prince*, referindo que se subsumem neste instituto tanto as medidas “*extrinsèques*”, que, sem modificar o conteúdo do contrato, tornam a sua execução mais onerosa, como “*intrinsèques*”, que têm o próprio contrato como objecto, modificando as suas cláusulas, o modo da sua execução ou a sua substância essencial (*Le fait du prince*, pp. 173 e ss.). No mesmo sentido, Prosper Weil, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier*, RCADI, vol. III, 1969, pp. 95 e ss.

outro lado, o cocontratante está sujeito ou subordinado às medidas de ambas as Administrações, por igual, não havendo por isso motivo para as distinguir. O acento tónico é colocado, portanto, não no sujeito lesante, no “*responsable*”, não também no “*fait dommageable*”, mas no “*dommage*” ou na “*victime*”<sup>556</sup>.

**12.2.3.** De acordo com a tese do alcance médio, só deve falar-se em *fait du prince* – que agora aparece aqui por vezes designado como *fait de l’administration*<sup>557</sup> – quando se trate de uma medida tomada pela autoridade pública contratante, excluindo-se, portanto, as medidas (particulares ou gerais) que provenham de outras pessoas colectivas públicas, de outra Administração diferente daquela que se comprometeu contratualmente, embora se incluam aí potencialmente quaisquer medidas que sejam imputáveis à autoridade contratante e que afectem as condições de execução do contrato, seja as que têm por objecto directo e ao mesmo tempo por efeito modificar as condições de execução do contrato, seja as que, não tendo por objecto o contrato, têm no entanto um efeito sobre o modo como se processa essa execução<sup>558</sup>.

De acordo com esta tese do alcance médio, sufragada por uma boa parte da doutrina<sup>559</sup>, incluindo portuguesa<sup>560</sup>, é a imputabilidade da medida ao contraente público ou a outro sujeito administrativo que traça a linha de fronteira entre o *fait du prince* e a imprevisão, a primeira tida como uma *álea administrativa*, a outra, mesmo quando resulta de medidas que juridicamente sejam idênticas às que podiam ser

---

<sup>556</sup> Saroit Badaoui, *Le fait du prince*, p. 140.

<sup>557</sup> Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, vol. II, p. 517.

<sup>558</sup> Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, vol. II, p. 517.

<sup>559</sup> Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, vol. II, pp. 389 a 392, pp. 517 a 520, Laubadère/Venezia/Gaudemet, *Traité*, p. 697, Jean Rivero / Jean Waline, *Droit Administratif*, 24ª edição, Dalloz, 2014, p. 138 e 139, Chapus, *Droit*, nº 1384, Laurent Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 7ª edição, 2010, p. 285, Hoepffner, *La modification*, p. 24 (estes últimos dois autores adiantam também que a jurisprudência francesa recusa a aplicação da teoria do *fait du prince* quando não esteja em causa uma medida da autoridade pública contratante), García de Enterría / Fernández, *Curso*, I, p. 746.

<sup>560</sup> Marcello Caetano, *Manual*, pp. 618 e seguintes, Mário Esteves de Oliveira, *Direito*, pp. 706 e seguintes.

adoptadas pelo contraente público, integrando já, porque resultam de um facto estranho à vontade dos contraentes, a chamada *álea económica*.

Para estes autores, há um sistema binário, é dizer, um instituto que deve ser capaz de compreender potencialmente todas as medidas tomadas pelo contraente público, seja no exercício de poderes de conformação contratual, que nascem com o contrato (mesmo que não estejam previstos nele), seja no exercício de poderes extracontratuais, regulem ou não directamente o contrato, e depois um regime próprio e específico, com diferentes requisitos, para as medidas da autoria de (ou que devam considerar-se imputadas a) Administrações ou Poderes diferentes do contratante, que são remetidas para a figura da imprevisão, se se preferir, que são remetidas para o regime comum da alteração das circunstâncias. Ou, mais correctamente, devendo estas últimas ser avaliadas no contexto do regime da imprevisão quando o cocontratante pretenda uma indemnização do contraente público, ou no contexto do regime geral da responsabilidade do Estado (e demais pessoas colectivas públicas) se o cocontratante pretender obter uma indemnização directamente do autor da medida.

Note-se porém que, para muitos defensores da tese do alcance médio, a circunstância de o *fait du prince* abranger as medidas contratuais e extracontratuais do contraente público não significa que se lhes reconheça um regime jurídico unitário, é dizer, que modificação unilateral (ou a rescisão por motivos de interesse público) e medidas extracontratuais obedeçam exactamente às mesmas regras (sobretudo, requisitos e limites)<sup>561/562</sup>. A razão de ambas as hipóteses se subsumirem aí resulta de vários

---

<sup>561</sup> Como reconhece Mário Esteves de Oliveira, *Direito*, pp. 708 e 709.

<sup>562</sup> O que é também visível por o seu estudo ou tratamento se fazer quase sempre em separado — por exemplo, Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, vol. II, tratam do poder de modificação unilateral nas pp. 430 e seguintes (concessões de serviço público e contratos similares), 461 e seguintes (empreitadas) e 484 e seguintes, 492 e seguintes, 494 e seguintes (para diferentes espécies de aquisições de bens e serviços), e do *fait du prince* nas pp. 516 e seguintes; Richer, *Droit*, estuda o *fait du prince* nas pp. 262 e seguintes e o poder de modificação unilateral nas pp. 232 e seguintes.

factores, que, segundo vários autores, tornaria a distinção artificial:

- (i) Além de provirem da mesma autoridade pública, as duas espécies de medidas têm o mesmo fundamento, a saber, o interesse público, inalienável e indisponível, e a “cláusula especial de sujeição do contraente particular” ou o chamado “pacto de colaboração”.<sup>563</sup>
- (ii) Se a questão essencial está em saber se, “em caso de conflito entre a manutenção rigorosa da execução do contrato e a realização de um objectivo de interesse geral (...), uma autoridade administrativa está habilitada ou não a fazer uso dos seus títulos de competência para modificar as prestações previstas no contrato (...), não se vê por que razão devem separar-se as medidas gerais e as medidas particulares que têm em vista um certo contrato, quando estão em causa medidas unilaterais adoptadas pela autoridade que é signatária de um contrato e susceptíveis de ter uma incidência directa ou indirecta sobre a execução do contrato”.<sup>564</sup>
- (iii) Em certos casos é difícil “distinguir entre medidas que têm por objecto a modificação das condições de execução do contrato e aquelas que, sem ter em vista esse objecto, têm esse efeito”, como sucede com o “bloqueio” dos preços, que tanto “tem por objecto como por efeito alterar as condições de execução do contrato”.<sup>565</sup> Ou então imagine-se que, no âmbito de uma concessão de zonas balneares, o município resolve modificar o regulamento sobre o acesso e uso do bem, sendo difícil saber se o faz enquanto parte de um contrato ou enquanto titular do domínio.
- (iv) É difícil afirmar que a Administração tem os seus poderes ora com

---

<sup>563</sup> Marcello Caetano, *Manual*, p. 620 e 621.

<sup>564</sup> Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, vol. II, p. 390 e 391.

<sup>565</sup> Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, vol. II, p. 517.

origem no contrato, ora provenientes de uma outra habilitação, pois ela “dispõe sempre das suas prerrogativas de um poder de organização do serviço exterior ao próprio contrato”<sup>566</sup>.

- (v) Modifiquem elas o contrato ou alterem as condições exteriores da sua execução, não pode esquecer-se que o essencial, para o cocontratante, é o efeito (lesivo) das medidas adoptadas pela autoridade contratante.<sup>567</sup>
- (vi) Modifiquem elas o contrato ou alterem as condições exteriores da sua execução, têm as mesmas consequências ou efeitos: constituem o contraente público no dever de reparar integralmente os danos causados (a distinção seria assim, “en ce qui concerne la réparation, sans portée”).<sup>568</sup>

**12.2.4.** Por último, o conceito de *fait du prince* pode ser reservado apenas para as medidas adoptadas pela autoridade pública contratante no quadro dos seus poderes gerais ou extracontratuais, na sua qualidade de “*puissance publique dans son attitude de commandement*” (M. Hauriou), com exclusão, portanto, quer daquelas que sejam por si tomadas na qualidade de parte de um contrato administrativo, no exercício de poderes públicos contratuais, quer, naturalmente, das medidas que provenham de outras Administrações que não a contratante. É a tese do alcance restrito ou mínimo do *fait du prince*<sup>569</sup>, a que alguns autores se referem como *fait du prince strictissimo*

---

<sup>566</sup> Richer, *Droit*, p. 286.

<sup>567</sup> Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, vol. II, p. 518.

<sup>568</sup> Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, vol. II, p. 517.

<sup>569</sup> Defendida por J. F. Oum Oum, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, LGDJ, 2014, pp. 238 e ss., Francis-Paul Bénétoit, *Le Droit Administratif Français*, Dalloz, Paris, 1968, p. 636, Philippe Terneyre, *La responsabilité*, p. 142 e pp. 150 e seguintes, Morand-Deville, *Cours*, p. 423, Flamme, *Traité*, II, p. 632 e 633 e 638, García de Enterría/Fernández, *Curso*, I, p. 753, Casares Marcos, “Equilibrio Económico”, pp. 1364 e 1365, em *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Santamaría Pastor (Director), Madrid, La Ley, 2010, Edimir Netto de Araújo, *Curso de Direito Administrativo*, 2015, p. 642.



*sensu*<sup>570</sup>.

Globalmente, o sistema seria então composto por três segmentos, separando-se:

- (i) O *fait du prince*, ou seja, as medidas (gerais ou particulares) que se reflectem na execução do contrato mas que decorrem do exercício de uma competência que lhe é exterior – na expressão de Ariño Ortiz, são as medidas *à la grande orchestre*<sup>571</sup>.
- (ii) Os poderes contratuais do contraente público consubstanciados na modificação unilateral do contrato por motivos de interesse público.
- (iii) A imprevisão, enquanto facto exterior à vontade dos contraentes que se repercute de forma grave no desenvolvimento ou na economia das prestações contratadas.

Os motivos que justificam a distinção entre o *fait du prince* e o poder de modificação do contrato pelo contraente público são também eles variados, dependendo da concepção de cada autor, mas podem ser resumidos da seguinte forma:

- (i) Correspondem ao exercício de competências ou títulos de natureza muito diversa, um (o *fait du prince*) fundado no poder de regulação e de decisão sobre as matérias ou interesses públicos que estão legalmente atribuídas a uma certa Administração, independente do contrato, outros (os poderes contratuais) fundados no contrato ou, mesmo quando se admita a sua presença na falta de lei ou cláusula nesse sentido, que só existem por causa do contrato, esgotando aí a sua razão de ser.
- (ii) Projectam de forma diferente o seu impacto no contrato, pois enquanto os poderes contratuais têm por objecto o próprio contrato – as

---

<sup>570</sup> Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, vol. II, p. 517.

<sup>571</sup> Gaspar Ariño Ortiz, *Teoria*, p. 263.

prestações contratadas e seus termos ou modo de execução, modificando-as ou extinguindo-as –, o *fait du prince* traduz-se em medidas que alteram as condições exteriores (políticas, económicas, sociais, técnicas, jurídicas, etc.) ou o ambiente em que se processa a execução do contrato, cujo conteúdo, porém, se mantém inalterado.<sup>572</sup>

- (iii) Não é seguro que tenham o mesmo efeito ou consequência jurídica, havendo quem considere que a modificação unilateral pode não dar lugar a uma indemnização integral<sup>573</sup> e quem considere, por sua vez, que é o *fait du prince* que não garante em todos os casos essa indemnização integral<sup>574</sup>.
- (iv) Dão origem a “diferentes responsabilidades: a modificação unilateral do contrato configura um caso de responsabilidade contratual e o *fait du prince* um caso de responsabilidade extracontratual”<sup>575</sup>.

### 12.3. Notas sobre a natureza e especialidades das medidas do *fait du prince*

**12.3.1.** De acordo com a doutrina, são de natureza muito diversa e heterogénea as espécies de medidas que cabem objectivamente no conceito de acto de Poder.

Genericamente pode dizer-se que cabem aí, por um lado, tanto medidas de carácter geral ou tendencialmente geral (leis, regulamentos), como medidas de carácter particular (operações materiais, decisões administrativas). Por outro lado, tanto podemos estar na presença de medidas que têm por objecto o próprio contrato, dirigidas a modificar as prestações contratadas ou a paralisá-las, ou que incidem

---

<sup>572</sup> Morand-Deviller, *Cours*, p. 423, Ariño Ortiz, *Teoria*, pp. 263 e seguintes.

<sup>573</sup> Por exemplo, Morand-Deviller, *Cours*, p. 423 (embora em aparente contradição com o que afirma a pp. 412).

<sup>574</sup> Ariño Ortiz, *Teoria*, p. 266.

<sup>575</sup> Maria Di Pietro, *Direito Administrativo*, Atlas, 2001, p. 257 e 258.

apenas sobre as condições externas em que se desenvolve a execução do contrato, como o preço a que o cocontratante adquire o material para a realização da obra, os salários que ele paga aos funcionários alocados à prestação do serviço, etc.<sup>576</sup>

E ao dizer-se isto já se adianta um pouco relativamente ao que ficou dito atrás. Com efeito, há quem estabeleça a separação entre a modificação unilateral e o *fait du prince* em função do diferente objecto ou realidade sobre que eles recairiam (o próprio contrato ou o contexto da sua execução, as chamadas “modificações indirectas”), mas há também na doutrina quem não estabeleça essa diferenciação, entendendo que o *fait du prince* pode incidir sobre uma e outra realidade<sup>577</sup>.

Como alguns observam, é verdade que quando se trata de uma medida legislativa ou regulamentar que tenha por efeito modificar as próprias disposições do contrato, incidindo sobre uma cláusula sua (vg, alteração legislativa da distribuição percentual do montante das contraordenações entre o cocontratante e as autoridades públicas reguladoras) ou paralisar outras (vg, proibição de certa actividade compreendida no contrato), ou ainda, de pôr fim permanentemente à sua execução, a teoria do *fait du prince* funciona mais facilmente, dando direito a indemnização<sup>578</sup> — até pela aproximação que essas hipóteses têm com a modificação do contrato por acto administrativo do contraente público —, mas isso não significa que não deva ser nesse contexto (do *fait du prince*), e não noutro, que a questão deve ser colocada.

De qualquer forma, como por agora nos interessa, mais do que saber qual a boa solução, averiguar as soluções possíveis, vamos partir deste entendimento mais alargado do *fait du prince*.

---

<sup>576</sup> Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, II, p. 527.

<sup>577</sup> Além dos autores citados na nota anterior, Flamme, *Traité*, 632.

<sup>578</sup> Flamme, *Traité*, p. 635.

**12.3.2.** Assim, quando estejam em causa *medidas gerais ou genéricas* (legislativas e regulamentares) que não afectam os termos do contrato, em si mesmos considerados, *mas apenas as condições envolventes da sua execução*, a regra é a de que está daí afastada a aplicação da teoria do *fait du prince* e o respectivo direito de indemnização<sup>579</sup>.

A “fórmula de estilo” repetidamente afirmada pela jurisprudência francesa a este respeito é a seguinte: “as disposições da lei (ou de regulamento) que tenham um carácter genérico e os custos adicionais que elas possam trazer ao cocontratante devem ser suportadas por ele mesmo, nas mesmas condições que por todos os outros comerciantes, e em tais circunstâncias essas medidas não dão origem a um direito de indemnização senão nos casos em elas tenham por efeito «bouleverser l’économie du contrat»”<sup>580</sup> — havendo depois dúvidas sobre se esta última hipótese é ainda enquadrável no *fait du prince* ou, diversamente, na teoria da imprevisão<sup>581</sup>.

Na regra geral da irressarcibilidade incluem-se, entre outras, as medidas fiscais gerais, as medidas sociais ou de carácter laboral e as medidas económicas ou monetárias, adoptadas pelo Estado como curador dos superiores interesses da colectividade, sem ponderação de um particular objecto contratualizado.

Há no entanto três excepções admitidas a essa regra, que conferem ao cocontratante direito à plena indemnização de prejuízos no quadro do *fait du prince*, a saber:

- (i) Quando a lei ou o regulamento preveja a atribuição de uma indemnização.
- (ii) Quando o contrato preveja que essa categoria de casos dê direito a uma indemnização ou à reposição do equilíbrio financeiro (e, diríamos nós, o contrato possa validamente regular essa matéria nos termos em que o

---

<sup>579</sup> Flamme, *Traité*, p. 635, Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, II, p. 531 e 532.

<sup>580</sup> Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, vol. II, p. 531.

<sup>581</sup> Neste segundo sentido, Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, II, p. 531, nota 18.

faz).

- (iii) Quando a medida tomada, mesmo sendo genérica, afecta “um dado que possa considerar-se essencial, determinante da conclusão do contrato” ou “modifique um elemento essencial do contrato” (seja porque atenta contra o objecto essencial do contrato, seja porque altera o estado de coisas fundamentais em consideração do qual o cocontratante celebrou o contrato) e, que, por causa disso, ou além disso<sup>582</sup>, o cocontratante tenha sofrido “um prejuízo especial”, distinto daqueles que, nas mesmas condições, foram suportados pelos outros comerciantes ou operadores económicos— de que são exemplo as medidas legislativas de natureza fiscal especial, as medidas de polícia (vg, regulação do trânsito, com especial incidência sobre a economia de uma concessionária de transportes públicos), etc.

**12.3.3.** Relativamente às *medidas particulares*, também há que distinguir as que têm por objecto *as próprias disposições do contrato* e as que afectam apenas as condições

---

<sup>582</sup> Para alguns autores (Flamme, *Traité*, p. 635, Terneyre, *La responsabilité*, p. 156), a existência de um “prejuízo especial” ora é um outro caso em que a medida geral dá lugar à aplicação do *fait du prince* ora, no caso específico da medida de natureza legislativa, algo que deve acrescer à “modificação de um elemento essencial do contrato”. Como explica o último autor citado, se uma medida genérica afecta um conjunto considerável de contratantes, atentando contra um dado essencial por eles tido em consideração à data do contrato, o prejuízo não é especial e, logo, não há direito de indemnização.

Para outros (Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, p. 536), a existência de um “prejuízo especial” é uma mera consequência do facto de a medida geral atentar contra o objecto essencial do contrato ou alterar o estado de coisas fundamentais em consideração do qual o cocontratante celebrou o contrato, não constituindo um requisito autónomo ou adicional (como sucede, por exemplo, no contexto do princípio da igualdade perante os encargos públicos).

Um outro requisito consistiria no facto de a medida em causa ter em vista “*un enrichissement des patrimoines administratifs*” e não, primacial e directamente, uma finalidade de interesse geral — mas também este, de acordo com Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, p. 536 e 537, não é reconhecido como critério de fixação das situações reparáveis em sede de *fait du prince*.

exteriores da sua execução, tornando-a mais onerosa (são as “*modifications indirectes*”).

Além das que sejam adoptadas pelo próprio contraente público, nessa sua qualidade, enquadráveis no contexto do poder de modificação unilateral ou da resolução por motivos de interesse público – para quem as considere aqui incluídas e que não suscitem especiais dificuldades –, temos, de entre as primeiras, as medidas legislativas ou regulamentares, que dão igualmente direito a indemnização, embora, no caso das primeiras, só se ele não for excluído explícita ou implicitamente, caso em que “*le juge ne pourra que s’incliner devant la volonté exprimée ou évidente du législateur*”<sup>583</sup>.

**12.3.4.** Relativamente àquelas *medidas específicas ou particulares* (seja qual for a sua natureza) que, não alterando os termos contratuais das prestações, *alteram as condições da sua execução*, o princípio geral – por oposição ao (ou, dependendo da perspectiva, em correspondência com o) princípio da inindemnizabilidade das medidas genéricas com o mesmo efeito – é o de que há aí lugar a indemnização no quadro do *fait du prince*.

Subsumem-se aqui as medidas de polícia, fundadas em razões de segurança e ordem pública (como, por exemplo, a deslocação de linhas eléctricas por motivos de segurança das vias públicas), as operações de trabalhos públicos (sobretudo as que contendam com os direitos de uso e fruição dos concessionários com títulos de ocupação do domínio público ou cuja actividade dependa da utilização de um certo domínio público, como os concessionários de transportes) – distinguindo-se as que são realizadas no interesse do domínio sobre o qual o concessionário exerce a sua actividade (não conferem direito a indemnização, salvo se forem efectuadas em

---

<sup>583</sup> Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, p. 545.

condições anormais) e as que são realizadas em vista de outro interesse —, e, por último, as operações materiais em geral<sup>584</sup>.

### 13. O regime legal do *fait du prince*

#### 13.1. A função estabilizadora e a função dinâmica do Direito

13.1.1. Vistos os termos controvertidos em que a doutrina procura delimitar a figura do *fait du prince*, vai agora analisar-se o regime legal da figura no direito português, nos termos em que ela veio a receber consagração no artigo 314<sup>o</sup>/1, alínea), do CCP.

De qualquer forma, convém desde já referir que, embora o seu nome seja obsoleto, “um resquício do passado, associado a uma lógica de privilégios do poder público, absolutamente inaceitável nos dias de hoje”<sup>585</sup>, o sentido actual *fait du prince* é produto da combinação de duas ideias política e administrativamente sãs. O Estado, *apesar de contratar*, não fica tolhido nos seus poderes de intervenção e de acção públicas em ordem à realização dos interesses da colectividade, continuando a dispor dos seus poderes gerais ou extracontratuais sobre as matérias de interesse público que se relacionem directa ou indirectamente com o objecto dos contratos em que seja parte, mesmo que daí resulte um efeito negativo (ou até mesmo um *bouleversement*) da economia geral de tais contratos<sup>586</sup>. Como disse sugestivamente o juiz Rowlatt em 1921, num caso que marcou o direito dos “government contracts” ingleses, “*the Crown cannot by contract hamper its freedom of action in matters which concern welfare of*

---

<sup>584</sup> Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, p. 546 e seguintes, Cláudia Saavedra Pinto, *O facto*, pp. 30 e 31.

<sup>585</sup> Maria João Estorninho, *Curso*, p. 494, em nota.

<sup>586</sup> Assim, Mark Kirkby, *Contratos sobre o exercício*, p. 436, e Cláudia Saavedra Pinto, “Ainda o Facto”, p. 216.

*the state*"<sup>587</sup>.

No entanto, *porque contratou*, o Estado tem, em nome dessa mesma colectividade, de reparar os danos que de forma específica e diferenciada provoque ao seu cocontratante, permitindo que, tal como no poder de modificação unilateral, também aqui possa dizer-se que há “um equilíbrio harmonioso entre a prossecução do interesse público e o respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares, que é, afinal”, como se sabe, “aquilo que define o Direito Administrativo”<sup>588</sup>.

**13.1.2.** Numa perspectiva mais lata, o *fait du prince* no contexto dos contratos administrativos é um tema que relaciona duas funções fundamentais do Direito.

O Direito tem uma *função estabilizadora* das relações sociais, garantindo a calculabilidade e previsibilidade dos efeitos jurídicos associados aos comportamentos das pessoas. Todos devem poder confiar que aos seus actos e aos seus contratos se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico em vigor à data<sup>589</sup>. Sem uma certa estabilização das regras, sem uma tendência para a codificação, sem confiança comunitária na permanência e durabilidade das leis, sem respeito pela *micro-ordem jurídica* em que se consubstancia o contrato<sup>590</sup>, não há ordenação da vida em sociedade e, logo, não há *ordem* jurídica, nem paz social. É ponto assente que o “homem necessita de segurança para conduzir,

---

<sup>587</sup> Citado por John David Bawden Mitchell, *The contracts of public authorities. A comparative study*, The London School of Economics, University of London, 1954, p. 27.

<sup>588</sup> Rodrigo Esteves de Oliveira, “O acto administrativo contratual”, p. 17. Neste sentido, especificamente a propósito do *fait du prince*, Cláudia Saavedra Pinto, “Ainda o Facto do Príncipe...reflexão sobre a unidade de sentido deste instituto no âmbito dos contratos administrativos”, *Estudos em Homenagem a Rui Machete* (Comissão Organizadora Paulo Otero / Carla Amado Gomes / Tiago Serrão), Coimbra, Almedina, 2015, pp. 213.

<sup>589</sup> Neste sentido, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 602.

<sup>590</sup> Constantin Yannakopoulos, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, LGDJ, 1997, p. 55.



planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida”<sup>591</sup> e que, sem a garantia dessa segurança, o indivíduo se tornaria “mero objecto do acontecer estatal”<sup>592</sup>.

E tão inestimáveis são esses valores da confiança e da segurança jurídica que a doutrina os faz assentar na própria concepção normativa do Estado de Direito, como seus princípios estruturantes, dando às exigências da fiabilidade, calculabilidade e previsibilidade das leis a força e valor de requisito do Direito das “nações civilizadas”, tutelando-se as legítimas expectativas dos cidadãos.

**13.1.3.** Mas ao Direito cabe igualmente uma outra função, tendencialmente contrária a essa, de *dinamização e modelação*<sup>593</sup>, de ajustamento e adaptação das leis às mudanças e inovações dos tempos e das circunstâncias e às novas considerações e juízos feitos pelos órgãos democraticamente legitimados em vista de um direito mais aperfeiçoado em todos os domínios (sociais, políticos, económicos e técnicos) juridicamente relevantes. Como afirma, Baptista Machado, “as ordens jurídicas da sociedade técnica estão sujeitas ao postulado de uma dinâmica ordenada e ordenadora, por isso mesmo que o equilíbrio deste tipo de sociedade se há-de buscar também num processo dinâmico de contínua mudança”<sup>594</sup>.

O Direito é portanto avesso a petrificações, assumindo a “estrutura da historicidade”<sup>595</sup>, no sentido de que é representação de “uma determinada situação histórica” ou expressão da “consciência jurídica geral em cada momento”. Por outras palavras, “a legislação assume-se como transitoriedade ou novidade permanente, o

---

<sup>591</sup> Gomes Canotilho, *Direito*, p. 604.

<sup>592</sup> Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, 2004, p. 262.

<sup>593</sup> Baptista Machado, *Introdução*, p. 223.

<sup>594</sup> Baptista Machado, *Introdução*, p. 224.

<sup>595</sup> Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, FCG, 2002, p. 108.

que lhe consente dirigir *pari passu* o imprevisível na História e orientar a contínua dinâmica da Sociedade”<sup>596</sup>.

À ideia da continuidade jurídica, reclamada pela segurança que o Direito deve permitir à sociedade e pela protecção da confiança devida às legítimas expectativas que se hajam criado, opõe-se assim a ideia de evolução, de mutabilidade, características de um sistema aberto e dinâmico, sobretudo nos domínios administrativos, onde as mudanças se têm feito sentir a um ritmo vertiginoso. A alteração dos paradigmas administrativos, os novos juízos dos órgãos políticos assentes em considerações sociais, económicas e técnicas, as novas políticas públicas e os novos esquemas de implementação das políticas públicas, as inovações na teoria da regulação, as dinâmicas do comércio jurídico-administrativo, os sucessivos *acquis* dos conhecimentos científicos, a pressão dos “cofres públicos”, muitas vezes, apenas diferentes concepções políticas sobre a organização da vida comunitária, em suma, diferentes “maneiras de ver” as coisas, tudo aponta para a recusa de perspectivas imobilistas ou conservadoras do sistema jurídico.

Por isso e porque o nosso Estado de direito é democrático, “baseado na soberania popular” (artigo 2º da CRP) e assente numa comunidade política livre e pluralista, a *autorevisibilidade* ou *autoreversibilidade* são notas características da função legislativa, considere-se essa nota como autónoma ou como integrando a *liberdade constitutiva*. Há quem, na doutrina, assinale à função legislativa cinco notas ou características, a saber, o seu conteúdo normativo, a sua prioridade (a “força de lei”), a sua omnivalência, a liberdade constitutiva e a autoreversibilidade<sup>597</sup>. A liberdade constitutiva pretende pôr em destaque o “momento soberano da legislação, quer no que concerne à iniciativa do seu exercício (liberdade quanto ao *an*), quer em relação ao seu conteúdo normativo (liberdade quanto ao *quid* e ao *como*)”, pelo que “uma

---

<sup>596</sup> António Barbosa de Melo, *Sobre o problema da competência para assentar*, policopiado, Coimbra, 1988, p. 37.

<sup>597</sup> António Barbosa de Melo, *Sobre o problema*, pp. 30 e seguintes.

marca da lei será a sua *novidade* ou emergência relativamente ao estado anterior da ordem jurídica positiva”<sup>598</sup>.

Claro que hoje a “omnipotência legislativa no Estado constituído foi superada pelo reconhecimento da força normativa da Constituição”<sup>599</sup>, pela ideia de *paramount law* afirmada pelo juiz Marshall<sup>600</sup>, e é também verdade que a generalidade dos textos constitucionais aspira a ser muito mais do que um *instrument of government*, com um mero papel organizador da vida política em vista da sua estabilidade, mas essa força normativa constitucional – afirmada pelo Tribunal Constitucional, em tempos mais recentes, de forma particularmente intensa – não torna a função legislativa em função executiva, a lei em “mera *execução* de normas constitucionais”. Com efeito, “na Constituição a liberdade constitutiva do legislador encontra, em regra, *limites*, e não paradigmas. Pois não só os princípios e diretivas constitucionais comportam *n* possibilidades de concretização ou especificação, como também acabam por ser muito escassas as normas constitucionais cujo desenvolvimento legislativo se mostra «calculável» segundo os cânones da hermenêutica jurídica. A obra legislativa continua, em suma, a ser hoje, em larguíssima medida, resultado da vontade, da oportunidade ou da criatividade políticas com vista à realização histórica dos valores primordiais epitomizados na ideia do bem-comum”<sup>601</sup>.

**13.1.4.** Além da nota da liberdade constitutiva, e em certa medida como consequência dela, a função legislativa tem também como característica a sua autoreversibilidade: “qualquer acto legislativo (desde o código mais bem elaborado até à lei-providência mais circunstancial) pode ser *sempre* modificado, suspenso ou revogado por outro

---

<sup>598</sup> António Barbosa de Melo, *Sobre o problema*, pp. 33 e 34.

<sup>599</sup> António Barbosa de Melo, *Sobre o problema*, p. 34.

<sup>600</sup> José Manuel Cardoso da Costa, “Constituição e Justiça Constitucional”, *ARS Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Castanheiras Neves*, vol. 3, Coimbra, 2010, p. 165.

<sup>601</sup> António Barbosa de Melo, *Sobre o problema*, p. 35.

acto legislativo”<sup>602</sup>, sendo esse o “melhor sintoma da soberania da função legislativa” e, por via disso, da democracia. “Com ela, como que prosseguindo o princípio «*quod principi placuit legis habet vigorem*», realiza-se no Estado Constitucional a ideia de que a vontade soberana nunca se auto-vincula em definitivo através de qualquer das suas manifestações passadas”<sup>603</sup>.

Ora, esta revisibilidade implica, por sua vez, uma negação de um suposto “direito à não-frustração de expectativas jurídicas ou à manutenção do regime legal em relações jurídicas duradouras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados”<sup>604</sup>. ou, por outras palavras, “não pode toda e qualquer expectativa da comunidade jurídica em geral, ou dos membros dela que vão ser diretamente afetados, constituir obstáculo à alteração da ordem jurídica exigida pelo interesse público, ou pela nova avaliação que dele faz o legislador (o legislador democrático). Há aí, pois, uma «ponderação» a fazer, mas há, de todo o modo, limites – sob pena da subversão da «estadualidade de direito»”<sup>605</sup>.

Proposição válida mesmo quando tais expectativas estejam consolidadas por *contrato*: “não existe um princípio constitucional que imponha o respeito pelos direitos adquiridos em virtude de um contrato”<sup>606</sup>. O cocontratante não tem um direito geral à não-frustração de expectativas jurídicas, seja no que respeita a modificações contratuais (ou ao regime legal do contrato), seja no que respeita às circunstâncias (jurídicas) em que fundou a sua decisão de contratar. Não há portanto aqui uma espécie de *proibição de retrocesso contratual*, um impedimento constitucional, digamos assim, de o legislador (ou da própria Administração Pública) colocar certos contraentes numa posição mais desfavorável do que aquela que resultava do

---

<sup>602</sup> António Barbosa de Melo, *Sobre o problema*, p. 36.

<sup>603</sup> António Barbosa de Melo, *Sobre o problema*, p. 36.

<sup>604</sup> Assim, acórdão do Tribunal Constitucional n.º 287/90.

<sup>605</sup> Assim, acórdão arbitral do caso “terminal de Alcântara”, citado em acórdão do Tribunal Constitucional n.º 202/2014.

<sup>606</sup> Laurent Richer, *Droit*, p. 265.

contrato ou que decorria das circunstâncias (jurídicas) que presidiram à sua celebração. São, diríamos, consequências normais do exercício legítimo dos tais poderes gerais.

**13.1.5.** Esses poderes, porém, não são absolutos. O seu exercício, fundado na dinâmica do sistema jurídico, tem naturalmente limites jurídicos, que, na feliz síntese de Vieira de Andrade, “não são os de uma reserva, que o legislador, por definição livre, não possa invadir, mas os de um quadro normativo, dentro do qual o legislador tem permanentemente de se manter”<sup>607</sup>, limites decorrentes dos próprios contratos que hajam sido celebrados pelos Poderes públicos e fundados nos tais princípios da protecção da confiança e da segurança jurídica<sup>608</sup>.

Ponto é que possa afirmar-se a violação manifesta de tais limites ou quadros normativos, dentro dos quais a revisibilidade legislativa há-de conter-se. Tomando em consideração a jurisprudência do Tribunal Constitucional, assume especial importância o Acórdão n.º 287/90<sup>609</sup>, muitas vezes citado por jurisprudência posterior, que densificou o juízo de inadmissibilidade, arbitrariedade ou onerosidade excessiva da medida legislativa, violadora do princípio da protecção da confiança, por referência a dois critérios: “a) a afectação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas delas constantes não possam contar; e, ainda b) quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considera-se prevalecentes (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade). Pelo primeiro critério, a afectação das expectativas será extraordinariamente onerosa. Pelo segundo, que deve

---

<sup>607</sup> Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, 2009, p. 381.

<sup>608</sup> Embora costumem vir associados, ou seja, mesmo objecto de referência indistinta.

<sup>609</sup> Publicado em Acórdãos do Tribunal Constitucional, 17.º vol., p. 159 e ss.

acrescer ao primeiro, essa onerosidade torna-se excessiva, inadmissível ou intolerável, porque injustificada ou arbitrária”.

Entretanto, o acórdão nº 128/2009 veio precisar ou explicitar os dois referidos critérios, afirmando que são, no fundo, “reconduzíveis a quatro diferentes requisitos ou testes”. Assim, “para que para haja lugar à tutela jurídico-constitucional da «confiança» é necessário, em primeiro lugar, que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; depois, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do «comportamento» estadual; por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa”.

**13.1.6.** Trata-se, porém, de casos mais graves e, nesse sentido, extraordinários. Em geral, as mutações na “macro-ordem jurídica”<sup>610</sup>, mesmo quando alteram, com carácter anormal e imprevisível, o contexto dos contratos, com repercussão específica na situação contratual dos operadores privados, frustrando até as suas expectativas, constituinte o contraente público, se lhe for imputável essa alteração, no dever de repor o equilíbrio financeiro do contrato.

É por isso que, hoje, o *fait du prince* não está associado a privilégios, nem sequer permite aos Poderes públicos mais do que eles já podiam nos termos gerais, não sendo por isso “base habilitante autónoma para a introdução de modificações ou

---

<sup>610</sup> Constantin Yannakopoulos, *La notion de droits acquis*, p. 55.

alterações aos contratos administrativos<sup>611</sup>.

Aliás, actualmente, e no plano jurídico, o *fait du prince*, pesem as diferentes matizes com que ainda é tratado pela doutrina, associa ao Príncipe deveres, mais do que privilégios. Por um lado, o Estado (em sentido lato), pela circunstância de se ter comprometido por contrato, não pode desconsiderar os interesses da colectividade, ou seja, não deve deixar de tomar as medidas tidas por necessárias ou convenientes para a realização do interesse público. Este é o primeiro *devoir du prince*. No entanto, o Estado, justamente porque contratou, não pode desconsiderar os efeitos que a sua actuação tenha sobre os compromissos assumidos e por ele firmados, devendo, por isso, no mínimo, repor o equilíbrio do contrato desequilibrado pro mor do interesse colectivo. Este é um *devoir du prince* resultante dos seus *faits*.

O *fait du prince* é portanto, hoje, essencialmente, uma teoria da indemnização (ou da reparação integral).

**13.1.7.** Em suma, o facto de se admitir, no artigo 314<sup>o</sup>/1, alínea a), do CCP, que uma decisão do contraente público, adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação contratual, possa provocar uma alteração das circunstâncias subjacentes ao contrato significa, primeiro que tudo, que a existência de um contrato, em que ele é parte, não representa um *esvaziamento* ou sequer uma *mitigação* dos poderes de ele seja titular no plano do direito extracontratual.

A Administração Pública não fica desresponsabilizada, político-administrativamente,

---

<sup>611</sup> Como bem explicou Ana Gouveia Martins, “A modificação”, p. 78, o facto do príncipe “*não designa um poder genérico de incumprimento dos contratos, nem sequer consubstancia uma causa de exclusão da ilicitude, idónea para justificar e afastar a ilicitude de uma medida ilegal ou inconstitucional. Bem pelo contrário, assenta no pressuposto de que se verificou uma alteração lícita do Direito aplicável que, contudo, agravou a carga contratual e coloca-se num momento lógico posterior às alterações ocorridas a qualquer título, desde que lícitas, para efeitos de garantir o ressarcimento dos danos causados*”.

perante a colectividade, quanto à eficiente realização dos interesses públicos – seja em geral, seja em especial, relativamente àqueles cuja realização passa em parte por um contrato já celebrado –, nos tão variados domínios em que se faz sentir a sua intervenção, e, por outro lado, o interesse público é por definição uma “grandeza” variável, não podendo por isso admitir-se que fique ela amarrada a um contrato e às suas circunstâncias, que a impedissem de actuar de acordo com as exigências da função, nem tão pouco se compreenderia que, em homenagem aos interesses do ou dos cocontratantes, ficasse a ordem administrativa impedida de evoluir em todos os planos socialmente relevantes postas à guarda da Administração Pública. A actualização e renovação da ordem jurídica de acordo com os melhores critérios de justiça, segurança e bem estar-social são um imperativo constitucional.

E é por isso, como se disse atrás, que, em certos momentos, a parte pública do contrato administrativo se “descobre Príncipe” (M. Hauriou).

É sobre estes momentos que cuida a alínea a) do artigo 314º/1 do CCP.

### 13.2. Considerações gerais

A fórmula legal faz depender o *fait du prince* de pelo menos quatro requisitos, a saber, a existência de uma (i) “alteração anormal e imprevisível das circunstâncias”, (ii) “imputável a decisão do contraente público”, (iii) “adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual”, (iv) “que se repercuta de modo específico na situação contratual do cocontratante”.

Apesar de ser, em alguns traços seus, equívoca<sup>612</sup>, a fórmula da lei permite, desde

---

<sup>612</sup> A expressão é de Vieira de Andrade, que, entre outras observações, refere que a “redacção adoptada parece sugerir que o exercício de poderes de conformação contratual também pode produzir alteração das circunstâncias (de facto), quando o exercício destes poderes visa



logo, excluir as modificações do contrato (do seu clausulado, do seu modo de execução) por razões de interesse público, por não se tratar de um caso de alteração de circunstâncias e por ser, em qualquer medida, uma hipótese que resulta ou do exercício de poderes de conformação contratual ou da autonomia das partes (legalmente conformada, como se viu).

Por outro lado, e como também já vimos, são hipóteses especiais de *fait du prince*, sem sujeição aos requisitos postos nesta alínea a), a norma de lei ou de regulamento que modifique o regime legal ou regulamentar do contrato ou que modifique este mesmo, no seu clausulado firmado pelas partes.

Em terceiro lugar, excluem-se do referido preceito as hipóteses de alteração das circunstâncias não imputável a decisão do contraente público, para as quais se reverva o regime especial do artigo 314º/2 do CCP.

### **13.3. A imputabilidade da decisão ao contraente público**

#### **13.3.1. O conceito de contraente público**

##### **13.3.1.1. Em geral**

O primeiro traço distintivo do *fait du prince* relativamente à imprevisão encontra-se no facto de, naquele, e segundo a alínea a) do artigo 314º/1 do CCP, a medida geradora da alteração das circunstâncias ser imputável ao *contraente público*. Compreende-se e justifica-se a separação, designadamente ao nível das consequências, entre as alterações das circunstâncias imputáveis ao contraente público e imputáveis a outro sujeito (ou a eventos da natureza). Em primeiro lugar, é o contraente público que está sujeito à *força vinculativa do contrato*. Isso pode não lhe

---

modificações (jurídicas) das próprias cláusulas contratuais” (“A propósito do regime do contrato administrativo”, p. 32).

limitar de forma sensível as suas competências em geral, mas explica que, quando resultarem, do exercício dessas competências extracontratuais, danos específicos para o cocontratante, o contraente público seja obrigado a restaurar o equilíbrio que ele mesmo aceitou respeitar. Em segundo lugar, é do contraente público, da entidade que celebrou consigo o contrato, que o cocontratante pode justificadamente esperar uma *especial protecção da confiança* que depositou no contrato. Por último, porque se evitam, dessa forma, dificuldades na distinção entre o que é *ainda* modificação unilateral do contrato ou é *já* facto do príncipe, ou evita-se, até mesmo que o contraente público faça uso dos poderes extracontratuais para atingir resultados práticos idênticos ou similares aos que poderia obter através da modificação unilateral, mas sujeitos a um regime de “compensação” financeira para si mais favorável.

Adoptando na alínea a) do artigo 314º/1 um conceito de alcance pacífico no quadro do CCP (contraente público), o legislador considerou que o critério adequado para separar as situações aí previstas daquelas a que se refere o artigo 314º/2 será o *critério da personalidade jurídica*<sup>613</sup>, funcionando cada centro abstracto de imputação de atribuições como um contraente público<sup>614</sup>.

Contraente público é, assim, não o órgão em que se integra (como seu titular ou membro) a pessoa singular que assina ou outorga o contrato (artigo 106º do CCP), mas a pessoa colectiva (pública ou privada) parte no contrato (a “entidade”, para utilizar a expressão do artigo 3º do CCP). Assim, se quem outorga o contrato, se quem o assina, é o presidente da câmara, parte no contrato (contraente público) é o município, pelo que qualquer acto do outorgante, da própria câmara ou da assembleia municipal é acto do contraente público para este efeito. Um acto que seja

---

<sup>613</sup> Cláudia Saavedra Pinto, *O facto*, p. 77 e pp. 149 e seguintes.

<sup>614</sup> Sobre os casos de “desdobramento funcional” (*dédoublement fonctionnel*), em que um mesmo órgão está habilitado a intervir em nome ou representação de duas pessoas públicas distintas, ver Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, vol. II, p. 526, e Terneyre, *La responsabilité*, pp. 151 e 152.

imputável ao Governo ou a um ministro seu, ou à Assembleia da República, não será, relativamente a esse contrato municipal, um acto imputável ao contraente público. Da mesma forma, se quem outorga o contrato é um ministro, parte no contrato é o Estado, pelo que qualquer acto imputável a um órgão do Estado, pessoa colectiva, ao Conselho de Ministros, a um outro ministro ou a qualquer órgão dessa “administração departamental”<sup>615</sup>, etc., será um acto imputável ao contraente público.

#### 13.3.1.2. Os contratos do Estado e o legislador

A maior dúvida consistiria em saber se, para estes efeitos, as *leis*, sobretudo as leis *da Assembleia da República*, devem ou não ser consideradas como da autoria do contraente público quando esteja em causa um contrato do Estado, celebrado por um qualquer órgão ou membro do Governo.

A questão, por nós, só tem verdadeira razão de ser quando esteja em causa um acto legislativo parlamentar, ou seja, do órgão legislativo por excelência — que pode ser considerado como um sujeito ou um órgão diferente da entidade administrativa governamental que se comprometeu contratualmente —, não já quando se trate de um acto legislativo do Governo, nos sistemas, como o nosso, que reconheçam este tipo de poder ao órgão executivo por excelência. O que significa, portanto, que o problema não se suscita por causa ou com base na natureza do acto (legislativo ou não), mas por ele provir de um órgão diferente do Estado-Administração.

Também nesta matéria há quem tenha um entendimento mais restrito do conceito de Estado e um entendimento mais lato. Assim, há autores que sustentam só caberem no *fait du prince* os actos administrativos (em sentido lato, qualquer que seja a sua

---

<sup>615</sup> A expressão é de Vital Moreira, *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra Editora, 1997, p. 105.

natureza, normativa ou não) da pessoa pública contratante, excluindo assim os actos legislativos parlamentares<sup>616</sup>, cujo impacto no contrato e ressarcibilidade dos respectivos danos devem ser avaliados no contexto da imprevisão, perante o outro contraente, ou, se for o caso, no contexto do *fait du législateur*, é dizer, no quadro da responsabilidade por acto legislativo ilícito<sup>617</sup> – caso em que, portanto, quem responde perante o cocontratante é o Estado-Legislador, e a título de responsabilidade extracontratual, e não o contraente público propriamente dito, a título contratual.

Mas há também autores que consideram dever prevalecer para estes efeitos um entendimento mais lato, à luz de uma “*noção global de Estado*”, aplicando assim a teoria do *fait du prince* a uma série de medidas que não são “directamente adoptadas pela autoridade administrativa contratante propriamente dita”, como sucede com as medidas do Estado-Legislador, se se preferir, com as leis do parlamento<sup>618</sup>. Por outras palavras, sendo verdade que se trata de órgãos constitucionais diferentes (o legislativo e o executivo), são ambos órgãos do Estado, da mesma pessoa jurídica e, portanto, as leis parlamentares configurariam, para os cocontratantes do Estado (do

---

<sup>616</sup> É o caso, por exemplo, de Laurent Richer, *Droit*, pp. 264 e 265, e Cláudia Saavedra Pinto, *O facto*, pp. 78 e ss., embora, a pp. 81, considere que uma hipótese dessas (lei da Assembleia da República que altera um contrato do Governo) configura um *fait du prince*. Esta contradição é apenas aparente, claro, e resulta do facto de a autora distinguir, sem razão, a nosso ver, o *fait du prince* imputável ao contraente público e o *fait du prince* não imputável ao contraente público, o que, por vezes, dificulta a leitura. Em nossa opinião, só há um *fait du prince*, a saber, aquele que seja imputável ao contraente público. A autora mantém a sua opinião em “Ainda o facto”, p. 220, salvo no caso de “atuação cruzada” entre a Assembleia da República e o Governo.

<sup>617</sup> Laurent Richer, *Droit*, p. 265, só se refere à hipótese da responsabilidade do Estado por acto legislativo, parecendo não admitir que possa tratar-se de um caso de imprevisão.

<sup>618</sup> Assim, M.-A. Flamme, *Traité*, II, p. 634, Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, II, p. 525 e 526, Laubadère/Veneza/Gaudemet, *Traité*, I, p. 696, Terneyre, *La responsabilité*, pp. 154 e seguintes. Neste sentido, também, ao que parece, Vieira de Andrade, *Lições*, p. 289, por incluir no *fait du prince* as “decisões de soberania político-legislativa”, e Marisa Apolinário, *O Estado Regulador*, p. 501.

Governo), um caso de *fait du prince*<sup>619</sup>.

A resposta, olhando à letra da lei, parece ser positiva, na medida em que, nos termos do artigo 3º/1 do CCP, entende-se serem contraentes públicos, “para efeitos do presente Código”, as “entidades referidas no número 1 do artigo anterior”, aparecendo aí, na respectiva alínea a), o “Estado”, do qual é órgão a Assembleia da República<sup>620</sup>. É um argumento, mas não nos parece decisivo. Como também não nos parece que o problema se resolva em função de critérios como o da “maioria parlamentar” ou das “actuações cruzadas” — embora se reconheça que podem ser tópicos importantes na matéria, como poderia igualmente ser relevante saber se se trata de matéria da exclusiva competência da Assembleia, se a lei desta foi votada na sequência de iniciativa do Governo, se a lei é do Governo, mas houve autorização legislativa parlamentar, etc.

Por nós, a questão deve ser vista numa perspectiva jurídica *realista*, que atenda mais à realidade das coisas do que à sua lógica pura no plano da organização política do Estado. A diferenciação entre leis da Assembleia da República e leis do Governo é determinante para efeitos constitucionais, mas não vemos que o seja no quadro do *fait du prince*. Enquanto instituto destinado a proteger os interesses económicos do cocontratante perante medidas que perturbem a equação financeira do seu contrato, o que, em nossa opinião, interessa saber, nos contratos que o Estado (Governo) celebra, é se a medida é imputável ao Estado, seja qual for o órgão que, no caso, o represente. Trata-se de uma lei da Assembleia ou do Governo, é o Estado que responde perante o seu cocontratante, parecendo-nos administrativamente inadequado dizer, no plano dos contratos administrativos, que, na hipótese de uma lei parlamentar alterar de forma sensível e específica um contrato do Governo, se está

---

<sup>619</sup> É esta a posição de Mark Kirkby, *Contratos sobre o exercício de poderes públicos*, p. 439, com base num critério de “controlo” (ou de “tutela forte”, de “mérito”) que haja entre o contraente público e o órgão que adoptou a medida.

<sup>620</sup> Neste sentido, Mário Esteves de Oliveira / Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos*, p. 91.

perante um facto “estranho” a ambos os contraentes.

### **13.3.2. Os contratos administrativos da administração indirecta**

**13.3.2.1.** A questão pode também colocar-se a propósito dos contratos administrativos celebrados pela administração indirecta das pessoas colectivas territoriais, procurando saber-se se uma decisão imputável a estas (às pessoas colectivas territoriais) deve ser considerada, para os efeitos aqui em causa, uma decisão do contraente público ou se, pelo contrário, se trata de uma situação subsumível na hipótese geral da alteração das circunstâncias, regulada no artigo 314º/2 do CCP<sup>621</sup>.

A atender à letra da lei e assumindo o conceito de contraente público com o sentido técnico que ele tem no CCP, como *pessoa jurídica parte no contrato*, as alterações das circunstâncias provocadas num contrato de um instituto público ou de uma empresa pública estadual (com um particular) por um decreto-lei ou provocadas num contrato de uma empresa pública local (com um particular) por um regulamento camarário (do seu próprio município) são alterações que, de forma clara, não resultam de uma medida adoptada pelo contraente público e, logo, seriam hipóteses subsumíveis no regime do artigo 314º/2<sup>622</sup>.

É um critério seguro, que não suscitará muitas dúvidas na sua aplicação, e que será de facto a solução correcta se nesta matéria dever prevalecer uma ideia de *controlabilidade do risco* (económico-financeiro) associado à alteração, ou de *controlo*

---

<sup>621</sup> Suscitando esta mesma questão, com recurso ao argumento do “levantamento do véu” (da personalidade colectiva), ver Cláudia Saavedra Pinto, *O facto*, pp. 150 e ss., embora sem oferecer uma resposta (ver p. 154).

<sup>622</sup> É nesse sentido que se pronuncia alguma doutrina francesa, afirmando que o Estado é uma entidade contratante diferente dos institutos públicos ou dos municípios, como estes são contraentes públicos diferentes das suas empresas locais (Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, vol. II, p. 517).

*sobre o próprio facto ou medida*, quanto ao seu *se* e quanto aos seus *termos*, embora possa haver mais argumentos para o efeito.

Assim, quando se reporta a uma medida imputável ao “contraente público” como requisito subjectivo da alteração prevista na alínea a) do artigo 314º/1 do CCP, o legislador poderá, desde logo, querer *apenas* impedir que, com significativa diferença quanto às consequências daí resultantes, um contraente público pudesse optar pelo exercício dos seus poderes gerais, extracontratuais, em vez dos seus poderes contratuais, para chegar ao mesmo resultado (a modificação do contrato) — caso em que não se justificaria subsumir no *fait du prince* os casos em que um regulamento ou lei do Governo se repercute especificamente sobre a posição contratual de um cocontratante de um instituto público seu.

É, no entanto, pouco verosímil que tenha sido esta a única razão do legislador. O poder de modificação unilateral é substancialmente distinto da alteração das circunstâncias provocado por medida do contraente público, pelo que em regra não haverá situações de fungibilidade. Aliás, se o legislador quisesse apenas impedir os “desvios de procedimento” teria desenhado o *fait du prince* de outra forma, no mínimo, abrangendo os casos de modificação directa do contrato, pois é aí que haveria “fungibilidade”, o que não fez<sup>623</sup>.

Diversamente, o legislador pode ter delimitado subjectivamente o *fait du prince*, fazendo-a assentar na imputabilidade do acto ao contraente público, porque, em tais casos, foi ele que contratou e é ele que tem *o controlo ou a disponibilidade sobre a adopção ou não da medida* que altera de forma anormal o contrato (ou os contratos) que celebrou. Por outras palavras, apesar de os contratos que haja firmado não

---

<sup>623</sup> Sendo que, por nós, se porventura a medida adoptada pelo contraente público fora do exercício dos seus poderes de conformação contratual implicar uma mudança directa no contrato, impondo novas ou mais intensas obrigações ao cocontratante, a hipótese deve ser tida como um *fait du prince* especial, cujo regime é legalmente equiparado, nos seus pressupostos, ao exercício do poder de modificação unilateral, não à alteração das circunstâncias da alínea a) do artigo 314º/1 do CCP.

constituírem um obstáculo jurídico formal ao exercício dos seus poderes gerais, a verdade é que o contraente público se comprometeu com o seu cocontratante, o que significa, pelo menos, (i) que é ele que se encontra adstrito à *força vinculativa do contrato* e (ii) que há uma justificação para a especial confiança que o cocontratante tenha depositado na actuação futura (mesmo que extracontratual) do contraente público. Se uma empresa pública do sector empresarial do Estado celebra um contrato com um privado, é ela que está sujeita ao “laço contratual”, não o Estado, como também poderá dizer-se, embora, em nossa opinião, de forma mais artificial, que é nela, na sua actuação não especialmente perturbadora do compromisso que assumiu, não da do Governo, que o cocontratante deposita confiança.

Por outro lado, o contraente público pode ou não adoptar uma certa medida e pode configurá-la de forma mais ou menos perturbadora para os seus cocontratantes. O contraente público não tem propriamente a obrigação jurídica de ponderar o interesse dos seus cocontratantes no exercício dos seus poderes gerais, mas, estando em causa medidas que se repercutem de modo específico na situação contratual desses operadores, ele tem, ao menos, sabendo que pode ficar constituído no dever de reposição do equilíbrio financeiro de tais contratos, o poder (no sentido de faculdade) de ponderar entre as vantagens públicas ou comunitárias decorrentes da adopção da medida e as desvantagens que daí podem resultar para o erário público, estando por isso na sua disponibilidade o *se* da medida e, mesmo quando ela se revele inevitável, ao menos a sua concreta configuração e modelação<sup>624</sup>.

Seria portanto no facto de ser o contraente público o único sujeito especialmente vinculado pelo contrato e de ele ter o controlo ou disponibilidade sobre a medida a

---

<sup>624</sup> Há uma consagração legal deste dever no artigo 20º/1 do Decreto-Lei n.º 111/2012, sobre as PPP, estabelecendo-se aí que, “quando o parceiro público pretenda, nos termos fixados no contrato ou na lei, e sem prejuízo da observância do regime jurídico relativo à realização de despesas públicas, proferir uma determinação unilateral suscetível de fundamentar um pedido de reposição do equilíbrio financeiro do respetivo contrato de parceria, *deve, previamente, estimar os efeitos financeiros decorrentes dessa determinação e verificar a correspondente comportabilidade orçamental*”.



adoptar que justificaria que o legislador tivesse equiparado, do ponto de vista das suas consequências, as hipóteses das duas alíneas do artigo 314º/1 do CCP, remetendo as restantes hipóteses para o respectivo número 2 porque em tais casos ou há um facto da natureza, estranho a ambas as partes, ou há um acto voluntário mas cujo autor não está vinculado pela força obrigatória do contrato, não tendo o contraente público controlo sobre a emissão da medida e seu conteúdo.

A ser este o entendimento correcto da alínea a) do artigo 314º, a leitura mais perto da letra que se faça do conceito *contraente público* daí constante estará conforme com o seu espírito.

**13.3.2.2.** Há no entanto uma outra leitura possível, não necessariamente com base no critério do levantamento do véu da personalidade colectiva<sup>625</sup> ou com base na existência ou não de poderes de tutela de mérito entre os sujeitos públicos em causa<sup>626</sup> — apesar de serem tópicos relevantes na matéria — mas com fundamento no critério do “*dono*” *último dos interesses administrativos subjacentes ao contrato* ou do *responsável último pela função*.

A regra, como se sabe, é que cada pessoa integrada na Administração Pública é um centro autónomo de atribuições ou tarefas administrativas, pela qual é exclusivamente responsável (no sentido de que, no campo de interesses públicos legalmente definidos por lei como estando a seu cargo, não pode, sob pena de nulidade, haver intervenções jurídico-administrativas de terceiros).

Assim, quando a administração indirecta (do Estado, das regiões autónomas e dos municípios) actua, celebrando, por um exemplo, um contrato, fá-lo em nome

---

<sup>625</sup> Cláudia Saavedra Pinto, *O facto*, p. 150 e ss, e Vieira de Andrade, *Lições*, p. 289.

<sup>626</sup> Mark Kirkby, *Contratos sobre o exercício*, pp. 439 e 440.

próprio<sup>627</sup>, no exercício das suas competências próprias e para a prossecução das atribuições ou tarefas postas sob sua directa responsabilidade. No entanto, isso não pode levar o intérprete a esquecer que a sua existência é, em larga medida, uma “tecnicidade”<sup>628</sup>, é dizer, as pessoas da administração indirecta são desdobramentos funcionais ao serviço das pessoas colectivas territoriais, ao serviço de interesses que são, em última instância, destas, não daquelas<sup>629</sup>. Trata-se portanto de uma “descentralização por serviços”<sup>630</sup>, uma “desconcentração personalizada”<sup>631</sup> ou “desconcentração técnica”, em suma, de instrumentos de que as pessoas colectivas territoriais se servem para a prossecução (mais organizada, mais eficiente) dos interesses que estão (constitucional ou legalmente) a seu cargo.

Assim, apesar de os contratos da administração indirecta serem outorgados em nome próprio e não consubstanciarem, do ponto de vista jurídico-formal ou orgânico, em geral, actos imputáveis à administração directa estadual, regional ou autárquica, o responsável pelos interesses públicos a que o contrato administrativo se destina a dar satisfação é o Estado, a região autónoma ou o município. É por essa razão que a circunstância de uma pessoa colectiva territorial criar um instrumento organizatório personalizado, colocando-o ao seu serviço (e, assim como o criou, também pode extingui-lo), não implica, da sua por parte, uma “desresponsabilização político-administrativa”, senão também pelo exercício, ao menos pelos resultados da função, havendo mesmo na lei indícios claros de que não há sequer uma

---

<sup>627</sup> Vital Moreira, *Administração autónoma*, p. 109.

<sup>628</sup> Marcello Caetano dizia que a administração indirecta é um “*expediente técnico-jurídico*” (Manual de Direito Administrativo, 1973, vol. I, Almedina, p. 173).

<sup>629</sup> Vital Moreira, *Administração autónoma*, p. 105 (“os entes encarregados de realizar essa parcela administrativa de outra entidade não prosseguem interesses próprios, mas sim interesses da entidade-mãe”).

<sup>630</sup> Vital Moreira, *Administração autónoma*, p. 143.

<sup>631</sup> José Casalta Nabais, *A autonomia local (alguns aspectos gerais)*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1990, p. 61

“desresponsabilização jurídico-administrativa” absoluta pelo exercício<sup>632</sup>.

---

<sup>632</sup> Há vários exemplos desta “responsabilização jurídica”, a nível central, regional e local, do ente territorial relativamente aos respectivos entes instrumentais. Assim:

- (i) Nas relações entre o Estado e os institutos públicos, a Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro (Lei-quadro dos institutos públicos), prevê a extinção dos institutos públicos quando “*o Estado tiver de cumprir obrigações assumidas pelos órgãos do instituto para as quais o respectivo património se revele insuficiente*”, o que já apontaria, só por si, para a obrigação em que aquele está constituído de assumir as dívidas ou obrigações do seu ente instrumental. No entanto, para que não se suscitasse dúvidas na matéria, veio também prever-se no respectivo artigo 36º/6 que, “*pelos obrigações do instituto responde apenas o seu património, mas os credores, uma vez executada a integralidade do património do mesmo ou extinto o instituto público, podem demandar o Estado para satisfação dos seus créditos*”. Ou seja, pelas dívidas contraídas pelo instituto público responde ele em primeira linha, mas o Estado responde em segunda linha ou subsidiariamente, justamente porque é dele, originariamente, a função exercida pela instituto ou, se se preferir, porque é ele o titular da função ou actividade em causa, mesmo que tenha confiado o seu exercício a outrem.
- (ii) Nas relações entre o Estado e as fundações públicas, a Lei n.º 24/2012, de 9 de julho (a Lei-quadro das fundações), prevê, no seu artigo 56º/1, alínea d), a extinção das fundações “*quando o Estado, a Região Autónoma ou a autarquia local tiverem de cumprir obrigações assumidas pelos órgãos da fundação para as quais o respetivo património se revele insuficiente*”, além de lhes ser aplicável, por força do artigo 54º dessa lei, o regime do artigo 36º/6 da Lei n.º 3/2004, acima referido.
- (iii) Nas relações entre o Estado e as autoridades reguladoras, o artigo 35º/3 da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto (Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores privado, público e cooperativo), também prevê que “*pelos obrigações da entidade reguladora responde apenas o seu património, mas os credores, uma vez executada a integralidade do património da mesma ou extinta a entidade reguladora, podem demandar o Estado para satisfação dos seus créditos*”.
- (iv) Relativamente à relação entre os municípios e as suas associações, estabelecia-se, no domínio da vigência da Lei n.º 11/2003, de 13 de Maio, sobre as comunidades intermunicipais de direito público, que os “*municípios são subsidiariamente responsáveis pelo pagamento das dívidas contraídas pela comunidade ou pela associação, na proporção da respectiva capacidade de endividamento*” (artigo 7º/4), não distinguindo para esse efeito, como se vê, as comunidades intermunicipais de fins gerais (CIM) das associações de municípios de fins específicos. Mais tarde, a Lei n.º 45/2008, de 11 de Março, veio estabelecer, no seu artigo 27º/4, que “*os municípios são subsidiariamente responsáveis pelo pagamento das dívidas contraídas pelas CIM que integram, na proporção da população residente*”, sem prever idêntica solução para as associações de fins específicos. Hoje, porém, na Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro — que aprovou o regime jurídico das autarquias locais, o estatuto das entidades intermunicipais, o regime da transferência de competências do Estado para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais e o regime jurídico do associativismo autárquico —, não se prevê idêntica solução.

- (v) Relativamente à relação entre os municípios e as empresas locais, havia, na Lei nº 53-F/2006, de 29 de Dezembro (a lei do sector empresarial local), um preceito do qual podia retirar-se a responsabilidade das primeiras pelas dívidas das segundas. Tratava-se do artigo 44º/2, onde se previa que *“as entidades empresariais locais devem ser extintas quando a autarquia ou associação responsável pela sua constituição tiver de cumprir obrigações assumidas pelos órgãos da entidade empresarial local para as quais o respectivo património se revele insuficiente”*. Como se vê, a lei só se referia às entidades empresariais locais e já não às normais empresas municipais, com formato (então) societário. Hoje, na Lei nº 50/2012, de 31 de Agosto, não se prevê um regime de responsabilidade subsidiária, mas o mecanismo consagrado na lei é ainda assim revelador da *“responsabilidade jurídica”* do município pelo equilíbrio das contas da empresa local. Assim, retomando uma solução que já se encontrava na Lei nº 53-F/2006, o artigo 40.º da Lei nº 50/2012, depois de estabelecer que as *“empresas locais devem apresentar resultados anuais equilibrados”* (nº 1), dispõe que, *“no caso de o resultado líquido antes de impostos se apresentar negativo, é obrigatória a realização de uma transferência financeira a cargo dos sócios, na proporção da respetiva participação social, com vista a equilibrar os resultados do exercício em causa”* (nº 2), chegando-se mesmo a prever que, se o *“orçamento anual do ano em causa não [contiver] verba suficiente para a cobertura dos prejuízos (...), os sócios de direito público deverão proceder a uma alteração ou revisão do mesmo, por forma a contemplar o montante necessário, e proceder à sua transferência no mês seguinte à apreciação das contas da empresa local, nos termos e nos prazos da lei comercial”* (nº 4). É verdade que a referida obrigação não é aplicável apenas ao município que seja sócio da empresa, mas a todos os *“sócios públicos”*, o Estado, por exemplo, e ainda aos *“sócios privados”* (ver, sobre este assunto, Pedro Costa Gonçalves, *Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local*, Almedina, 2012, p. 211 e seguintes), mas, como se disse acima, é um mecanismo revelador de que o município não fica juridicamente desresponsabilizado pelo exercício e pelos resultados da sua administração indirecta.

Há ainda um outro exemplo, mas já não tão aplicável à matéria tratada no texto, sobre a *“responsabilização jurídica do titular da função”* por actos praticados por outro, mais concretamente, sobre a responsabilidade do concedente (de obras, serviços ou bens públicos) perante terceiros por factos que podem ser imputáveis ao concessionário.

Assim, começando-se por prever no artigo 424º do CCP que o *“concedente responde por danos causados pelo concessionário a terceiros no desenvolvimento das actividades concedidas por facto que ao primeiro seja imputável”* (nº 1), dispõe-se no número subsequente que o *“concedente responde ainda por facto que não lhe seja imputável, mas neste caso só depois de exercidos quaisquer direitos resultantes de contrato de seguro que no caso caibam e de excutidos os bens do património do concessionário”*. Embora não haja aqui uma relação similar à que existe no contexto das relações entre o Estado e os seus institutos públicos ou entre os municípios e as suas empresas locais, o legislador, baseando-se na *“responsabilidade político-administrativa”* do concedente pela actividade do concessionário, colocou aquele na posição de responsável subsidiário pelos danos causados por este no exercício da concessão, mesmo que o facto lesivo se inscreva na autonomia de gestão do concessionário. O concedente é visto portanto como o *“garante final da indemnização patrimonial do lesado”* (Pedro Costa Gonçalves, *A concessão*, p. 122) porque, bem vistas as coisas, é

Considerando tais circunstâncias, justifica-se uma interpretação mais lata do conceito *contraente público* relevante para efeitos da alínea a) do artigo 314º/1 do CCP, não já com o sentido técnico atrás referido (ou seja, como pessoa jurídica parte no contrato),

---

ele o titular e o responsável originário da actividade concessionada — admitindo-se que possa também ter concorrido para a solução o facto de a situação de incapacidade do concessionário solver as suas dívidas poder resultar de uma *culpa in vigilando* por parte do concessionário.

Estas soluções legais (sobre a responsabilidade do ente primário sobre o ente instrumental) mostram que, apesar de o princípio clássico na matéria ser o de que pelas dívidas de uma entidade responde, em princípio, apenas o património dessa entidade, o legislador é sensível aos casos em que uma determinada entidade está ao serviço dos interesses de outra, desenhando para eles, ao menos em algumas situações, um regime especial, de responsabilização subsidiária do ente titular da função em causa.

Por último, cabe apenas referir a existência de outro mecanismo consagrado no CPTA (2015) que, embora possa conduzir a resultados práticos idênticos aos dos mecanismos atrás citados, é muito diferente na sua lógica e pressupostos, não tendo como subjacente a responsabilidade inerente à titularidade originária da função.

Assim, prevê-se no seu artigo 172º, a propósito do incumprimento de sentenças que condenem uma entidade pública no pagamento de uma quantia certa, que “no Orçamento do Estado é anualmente inscrita uma dotação à ordem do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, *afecta ao pagamento de quantias devidas a título de cumprimento de decisões jurisdicionais*” (nº 3), sendo que, “quando o exequente o tenha requerido, o tribunal dá conhecimento da sentença e da situação de inexecução ao CSTAF, ao qual cumpre emitir, no prazo de 30 dias, a correspondente ordem de pagamento” (nº 4).

Neste caso, portanto, é o património do Estado (melhor, a dotação à ordem do CSTAF, constituída à custa do Estado) que responde em segunda linha, depois do incumprimento da sentença por parte da entidade condenada, e responde mesmo que esteja em causa uma entidade que não seja da sua administração (indirecta), como, por exemplo, uma entidade da administração local ou regional.

Em qualquer caso, a satisfação do crédito pelo Orçamento do Estado constitui a favor deste um direito de regresso sobre a entidade responsável que, em geral, se processa através de “desconto nas transferências a efectuar para a entidade em causa no Orçamento de Estado do ano seguinte” [artigo 172º/9, alínea a)]. No entanto, e como se prevê hoje no artigo 172º/7 — que passou a estar em linha com o que já se previa no artigo 3º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprovou o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas —, o crédito indemnizatório exeq uendo só pode ser satisfeito por conta da dotação orçamental inscrita à ordem do CSTAF desde que, “através da prévia aplicação do regime da execução para pagamento de quantia certa regulado na lei processual civil, não tenha sido possível obter o respectivo pagamento junto da entidade devedora”.

No entanto, como se disse acima, este mecanismo do CPTA não assenta na lógica da responsabilidade do ente titular da função ou actividade em causa, mas, a título directo, no direito a uma tutela jurisdicional efectiva.

mas abrangendo qualquer ente integrado na Administração (enquanto centro primário de imputação de interesses públicos próprios) de que faça parte o contraente público.

Melhor dizendo, assentando a organização da nossa Administração Pública em três sistemas autónomos territoriais (central, regional e municipal), cada um deles funcionando como esfera de centralização constitucional de interesses públicos, deverá considerar-se que existe um acto imputável ao contraente público quando a medida, mesmo não provindo deste, seja ainda assim da autoria do ente primário do respectivo sistema orgânico-administrativo<sup>633</sup>.

Concorre no mesmo sentido, mesmo se é apenas uma decorrência do que ficou dito, o facto de a medida (legislativa ou regulamentar) imputável a um desses três centros orgânicos se destinar à tutela dos interesses públicos postos a seu cargo, com vista a uma mais eficiente e adequada prossecução das tarefas administrativas por que cada um deles é responsável, o que também justifica que, mesmo estando tais tarefas distribuídas por várias “células administrativas”, se tome em consideração, não a “separação técnica”, mas o denominador comum que as une, a saber, o facto de estarem elas ao serviço de uma mesma colectividade (nacional, regional ou local), no quadro de um mesmo interesse público (nacional, regional ou local).

Embora se trate de situação mais rara, a solução deve ser a mesma, por identidade de razão, quando se trate de contratos do Estado (de uma região autónoma ou de um município) que sofram um impacto específico resultante de um acto imputável a uma entidade integrada no respectivo sistema orgânico-administrativo ou quando se

---

<sup>633</sup> Com base noutro critério, como se disse atrás, é também neste sentido que se pronuncia Vieira de Andrade, *Lições*, p. 289, quando afirma que a equiparação de feitos entre as hipóteses da alíneas a) e b) do artigo 314º/1 do CCP só se justifica quando o “contraente público seja o próprio Estado ou a entidade com poderes normativos gerais que exerceu o poder (ou uma entidade por eles dominada, em contexto que permita o «levantamento do véu»)”.

No mesmo sentido, ver Mark Kirbky, *Contratos sobre o exercício*, pp. 439 e 44, com fundamento na ideia de controlo de mérito.

trate da perturbação de um contrato da administração indirecta de um desses sistemas provocada por uma entidade integrada no mesmo sistema (um contrato de uma empresa pública que sofra um *bouleversement* causado por medida imputável a um instituto público).

Por último, deve dizer-se que esta categorização (entre administrações directas e indirectas), como a subsequente (relativa à administração autónoma de base associativa ou funcional), não é capaz de revelar a extrema diversidade e heterogeneidade das situações organizatório-administrativas<sup>634</sup> (institutos ou organismos públicos representativos<sup>635</sup>, “institutos” ou fundações com autonomia constitucional, como as universidades<sup>636</sup>, os consórcios públicos<sup>637</sup>, as sociedades entre Estado e municípios, com participação maioritária daquele ou destes, entidades com funções de regulação do mercado e de representação institucional do Estado enquanto concedente, etc.), como dos próprios contratos em causa (parcerias público-privadas institucionalizadas de capital maioritário público ou privado, etc.) e ainda a possibilidade de, em certas hipóteses, uma administração autónoma funcionar eventualmente como administração indirecta, como um segmento organizatório-funcional do Estado<sup>638</sup>.

---

<sup>634</sup> Falando-se hoje no “*poliformismo organizatório da administração pública*” (Vital Moreira, *Administração autónoma*, p. 255 e ss.).

<sup>635</sup> Vital Moreira, *Administração autónoma*, pp. 527 e ss.

<sup>636</sup> Ver o artigo 76º da CRP e a Lei nº 62/2007, de 10 de Setembro, sobre o regime jurídico das instituições de ensino superior.

<sup>637</sup> Vital Moreira, *Administração autónoma*, pp. 359 e ss..

<sup>638</sup> Ver, sobre esta hipótese, Vital Moreira: pode “*suceder que o Estado encarregue do desempenho das suas tarefas administrativas, não um ente instrumental, propositadamente criado ou personalizado, mas sim uma entidade já existente e pertencente à administração autónoma, isto é, à administração não estadual. A hipótese mais mencionada é a de o Estado encarregar as autarquias locais do desempenho de funções suas e cuja titularidade não quer perder. Para alguns autores estar-se-á também aí perante uma forma de administração indirecta, sobre a qual o Estado mantém uma função de orientação semelhante à exercida sobre os seus entes instrumentais. Para esse efeito a entidade da administração autónoma passa a funcionar, cumulativamente, como organismo da administração indirecta*” (*Administração autónoma*, pp. 109 e ss.).

Significa isto que o critério do *responsável último pela função* ou o *responsável último pelos interesses públicos subjacentes ao contrato administrativo*, que consideramos relevante para efeitos do conceito *contraente público* da alínea a) do artigo 314º/1 do CCP, não terá a virtualidade de resolver todos os casos, funcionando, no entanto, como linha geral, auxiliado, ali onde isso se justifique, pelos critérios do “levantamento do véu” e do “controlo de mérito”.

### **13.3.3. As medidas da administração independente e da administração autónoma não territorial**

**13.3.3.1.** Por nós, onde o problema se coloca de forma mais complexa é nos casos em que a medida seja da autoria de entes que gozam de um *estatuto* (constitucional ou legal) *de independência*, sobretudo das autoridades reguladoras independentes. Na verdade, apesar de as tarefas públicas assumidas por estas entidades se inscreverem no leque de atribuições primárias do Estado<sup>639/640</sup>, o regime de independência em que exercem as suas funções, sem sujeição a superintendência ou tutela governamental, torna-as entidades de um sistema orgânico-administrativo à parte, de um quinto sistema<sup>641</sup>, caracterizado justamente pelo facto de estarem em causa funções que se considera só estarem em condições de ser convenientemente prosseguidas fora da órbita da interferência do Governo (“desgovernamentalização da regulação”) e que se orientam essencialmente por critérios técnicos e não políticos (“neutralidade política” das autoridades reguladoras).

---

<sup>639</sup> Assim, Vital Moreira/Fernanda Maçãs, *Autoridades reguladoras independentes*, CEDIPRE, 2003, p. 31.

<sup>640</sup> Com ressalva das atribuições que o Banco de Portugal recebe por delegação directa do direito da União Europeia, enquanto membro do Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC), constituído pelo Banco Central Europeu (BCE) e pelos bancos centrais nacionais da União Europeia, e enquanto membro do Eurosistema, constituído pelo BCE e pelos bancos centrais nacionais participantes no euro.

<sup>641</sup> O quarto será o das administrações autónomas de base não territorial.



Ainda assim, tenderíamos, com base no critério adoptado, a considerar que esses casos — em que uma medida de uma autoridade reguladora altera as circunstâncias ou modifica o próprio contrato de um cocontratante do Estado — devem ser integrados, não no domínio da imprevisão, mas no *fait du prince* (posto, naturalmente, se verificarem os restantes requisitos), com duas excepções. A primeira abrange as situações em que a autoridade reguladora seja independente por força da Constituição ou por força de normas europeias, por não poder, nesse caso, dizer-se que o estado-Governo é o “responsável último pela função”. A segunda abrange as situações em que no sector regulado existam, além do cocontratante do Estado, outros operadores económicos (sem contrato e) igualmente afectados pela medida da autoridade reguladora e quando a subsunção da hipótese no *fait du prince* apenas relativamente ao cocontratante do Estado o colocasse numa posição de injustificada vantagem, o que só em concreto poderá averiguar-se.

A questão não suscitará dúvidas, segundo o critério adoptado, quando as autoridades reguladoras, além de funções de regulação do mercado, estejam investidas de poderes de representação do contraente público (normalmente, na qualidade de representação do concedente)<sup>642</sup>, ou seja, dos poderes de gestão dos respectivos contratos, caso em que, sendo a alteração das circunstâncias imputável ao exercício dessas competências, há *fait du prince*.

**13.3.3.2.** Por último, as entidades que integrem a *administração autónoma de base associativa*<sup>643</sup> constituem, para estes efeitos, um quarto sistema orgânico-

---

<sup>642</sup> Como sucede, por exemplo, com a Autoridade da Mobilidade e dos Transportes (Decreto-Lei n.º 78/2014, de 14 de Maio), que representa o Estado nos contratos de concessão que este tenha celebrado no sector portuário e nos sectores dos transportes (terrestres, fluviais, marítimos e aéreos).

<sup>643</sup> Ver, sobre as “dimensões da administração autónoma” e sobre os “formatos da administração autónoma não territorial”, Vital Moreira, *Administração autónoma*, pp. 170 e ss. e 369 e ss.

administrativo, pelo que os impactos que os contratos destas entidades sofram em virtude de medidas da autoria do Estado, por exemplo, como também os contratos deste cujas circunstâncias, digamos assim, sejam alteradas de forma anormal, por medidas daquelas, devem solucionar-se normalmente no quadro da imprevisão.

### 13.3.4. O conceito de imputabilidade

13.3.4.1. A imputabilidade a que se refere a lei (“alteração anormal e imprevisível das circunstâncias *imputável* a decisão do contraente público”), como requisito do *fait du prince* e, logo, da reposição do equilíbrio financeiro do contrato, pode medir-se de duas formas: em função da *autoria material da medida*, em termos puramente orgânicos e objectivos, ou em função da *responsabilidade pela adopção da medida*.

De acordo com o primeiro critério, uma medida será imputável ao contraente público quando tenha sido adoptada por ele, é dizer, quando a alteração das circunstâncias resulte de um acto (normativo ou não) aprovado por um dos seus órgãos ou estruturas.

Embora a generalidade das situações possa resolver-se em função deste critério, há que tomar em consideração que, em algumas situações, a medida poderá ter sido adoptada por ele *mas na sequência de uma outra tomada a um nível diferente*. A hipótese não é excepcional. Num sistema jurídico de vários estalões normativos da responsabilidade de diferentes órgãos, e sobretudo no quadro de um “direito administrativo europeu multi-nível”<sup>644</sup>, em que as instâncias nacionais (legislativas ou administrativas) são chamadas a executar alguns segmentos do direito da União Europeia, ou em que as próprias estruturas administrativas nacionais actuam como

---

<sup>644</sup> Assim, Suzana Tavares da Silva, *Direito Administrativo Europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 35.

células de “administração regional europeia”<sup>645</sup>, como uma sua “administração indirecta”<sup>646</sup>, pode dar-se a circunstância de uma certa medida ou evento lesivo ser da autoria directa de uma determinada entidade administrativa (contraente público), mas isso não ser suficiente para o tornar responsável perante o seu cocontrante a título de *fait du prince*, mas só, eventualmente, em sede de imprevisão.

Se há casos, portanto, como vimos atrás, em que as questões devem ser equacionadas, de alguma forma, na *perspectiva do cocontratante* (como na hipótese de uma lei do Governo que altere as circunstâncias de um contrato administrativo celebrado por uma sociedade anónima de capitais estaduais, respondendo esta por *fait du prince*), outros existem em que o problema deve ser analisado essencialmente sob a *óptica do contraente público*, com vista a saber se e em que medida deve ele responder pela reposição do equilíbrio financeiro do contrato quando o acto por si adoptado seja consequência, “transposição”, de um outro, que o vincula.

Em nossa opinião, o conceito de imputabilidade inscrito na alínea a) do artigo 314º/1 do CCP pressupõe portanto que a medida é da autoria do contraente público *também* no sentido de que deve considerar-se *responsável por ela*, é dizer, no sentido de que estava na sua *disponibilidade* adoptá-la ou não. Nestes termos, se e quando a medida “impactante” no contrato for, em última instância, imputável a outra entidade, não se

---

<sup>645</sup> Suzana Tavares da Silva, *Um novo Direito Administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 38.

<sup>646</sup> Como refere Jean-Paul Jacqué (*Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2012, Dalloz, pp. 204 e 205), “la fonction publique communautaire est relativement restreinte si on la compare à celle d’une ville comme Paris (56 000). Les fonctionnaires ont rempli à l’origine essentiellement des tâches de conception et de contrôle *puisque les tâches de gestion étaient assurées par les administrations nationales*”. No mesmo sentido, Paul Craig / Gráinne de Búrca (*EU Law: text, cases, and materials*, 2011, OUP, pp. 38), “Policies, once made, have to be administered. Legislation, once enacted, must be implemented. *This will commonly be through shared administration, using national agencies*”. Koen Lenaerts / Piet Van Nuffel (*Constitutional Law of the European Union*, 2005, Sweet & Maxwell, p. 503), observam que o funcionamento dos organismos do Estado enquanto “executores” das políticas e do direito da União Europeia afecta “both the organisation of the national administration and internal constitutional relationships”.

reconhecendo ao contraente público liberdade político-legislativa ou administrativa para, *legitimamente*, deixar de tomar a medida que adoptou, o caso deve ser enquadrado na imprevisão, não no *fait du prince*.

Assim, há que distinguir tais casos, em que há uma medida inicial que é a causa do acto do contraente público, daqueles em que é a medida dessa outra entidade a causadora directa ou exclusiva da alteração das circunstâncias, hipótese que deve ser resolvida nos termos gerais. Quando a medida do contraente público seja antecedida de uma outra, tomada a um nível superior, há que averiguar se ele dispunha de “liberdade” ou de uma margem de conformação autónoma tal que lhe permitiria não actuar (“liberdade” quanto ao *an*), actuar apenas mais tarde, sobretudo, depois da vigência do contrato (“liberdade” em relação ao *quando*), ou actuar em termos e condições, quanto ao conteúdo da intervenção, que não interferissem anormalmente com as circunstâncias do contrato (“liberdade” quanto ao *quid*). Se não dispuser destas margens de conformação autónoma, se a medida adoptada tiver sido essencialmente *determinada* por acto de terceiro, ela será, para estes efeitos, imputável a este último, não havendo, por isso, *fait du prince*.

Assim, se uma lei do Governo implicar para os municípios a adopção de certas medidas, que alterem de forma imprevisível e anormal as circunstâncias de contratos por si celebrados, tratar-se-á, em rigor, de um caso de imprevisão, como também quando um regulamento de base da União Europeia exija do Estado português a adopção de uma lei que altere as circunstâncias de um contrato por ele celebrado.

**13.3.4.2.** O critério da responsabilidade pela adopção da medida também se revela útil naqueles casos em que as medidas adoptadas pelo contraente público são *consequência de factos da natureza ou factos de carácter económico e social*, exteriores a ambas as partes.

Pelas mesmas razões que ficaram enunciadas no ponto anterior, as medidas de reacção contra os (ou de mitigação dos) efeitos de tais eventos exteriores às partes, mas que alterem de forma anormal o contrato, não serão enquadradas no âmbito do *fait du prince* quando elas não consubstanciam mais do que a “constatação ou uma consequência inevitável” dessa exterioridade<sup>647</sup>, caso em que poderá eventualmente haver lugar a imprevisão<sup>648</sup>.

### 13.5. A imprevisibilidade e anormalidade da alteração das circunstâncias

Continuando na análise dos vários requisitos postos no artigo 314º/1, alínea a), o *fait du prince* depende igualmente, diz a lei, de uma “alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar”.

A primeira proposição que se retira (ou retiraria) deste preceito é que, nesta parte, o *fait du prince* se faria eco do mesmo tipo de requisitos ou do mesmo género de eventos que se subsumem na imprevisão ou no instituto da alteração superveniente das circunstâncias. Não é essa a nossa opinião, ou seja, parece-nos que o legislador se terá deixado influenciar pelo tratamento conjunto que quis dar, num só artigo, a figuras tão diferentes como a modificação unilateral do contrato, o *fait du prince* e a imprevisão, e acabou por associar a certas delas características que são só doutras. Acontece isso, precisamente, com a ideia de que o *fait du prince* se constrói *também* em função da ideia da “alteração anormal e imprevisível das circunstâncias” em que as partes fundaram a decisão de contratar, ou seja, que o *fait du prince* é um acto que afecta de forma radical a base do contrato.

---

<sup>647</sup> Laubadère / Moderne / Delvolvé, *Traité*, II, p. 523.

<sup>648</sup> Excluindo também estes casos do *fait du prince*, ver Carla Amado Gomes, “A conformação”, p. 549, Mário Aroso de Almeida, “Contratos administrativos e regime da sua modificação”, p. 828, em nota, e Laubadère / Moderne / Delvolvé, *Traité*, II, p. 523.

Não é necessariamente assim, como veremos.

**13.5.1.** O instituto da alteração das circunstâncias, consagrado no artigo 437º do Código Civil, tem sido um dos mais controvertidos no quadro do direito privado. Embora haja um mínimo denominador comum a todas as teses que têm sido avançadas, centrado na construção de Bártolo sobre a *clausula rebus sic stantibus*<sup>649</sup>, as variantes são inúmeras e têm sido amplamente debatidas.

Desde a teoria da *pressuposição* de Bernhard Windscheid<sup>650</sup>, de natureza subjectivista,

---

<sup>649</sup> Profundamente analisada em Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Almedina, reimpressão de 2015, pp. 941 e ss.). Ver também, por exemplo, Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, pp. 579 e ss. (a cláusula é “one of the most interesting, and potentially most dangerous, inroads into pacta sunt servanda”). A cláusula *rebus sic stantibus* é também extensamente estudada no direito canónico e consagrada em vários textos de direito canónico (ver, por exemplo, o artigo de Eugenia Relãno Pastor, “Rebus sic stantibus”, *Derecho General de Derecho Canónico*, vol. VI, 2012, Thomson Reuters). A doutrina *rebus sic stantibus* é genericamente reconhecida como estando consagrada no direito internacional público, no artigo 62º/1 da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*, de 1969 (com a epígrafe “Alteração fundamental das circunstâncias”), que dispõe nos seguintes termos: “Uma alteração fundamental das circunstâncias relativamente às que existiam no momento da conclusão de um tratado e que não fora prevista pelas Partes não pode ser invocada como motivo para fazer cessar a vigência de um tratado ou para dele se retirar, salvo se: a) a existência dessas circunstâncias tiver constituído uma *base essencial do consentimento* das Partes em ficarem vinculadas pelo tratado; e b) essa alteração tiver por efeito a *modificação radical da natureza das obrigações* assumidas no tratado” (ver Resolução da Assembleia da República n.º 67/2003). Ver, sobre o assunto, Ian Brownlie, *Princípios de Direito Internacional Público*, FCG, 1997, pp. 643 e ss., e Nguyen Quoc Dinh / Patrick Daillier / Alain Pellet, *Direito Internacional Público*, FCG, 1992, pp. 285 e ss.

<sup>650</sup> De acordo com a teoria da pressuposição, se quando alguém contrata na convicção de que um certo evento irá verificar-se (ou não verificar-se), em termos tais que, doutro modo, não teria contratado ou não teria celebrado o contrato nas condições em que o fez, a não verificação de tal evento (ou a sua verificação) atribui a esse contraente (o pressuponente) o direito de resolver ou revogar o contrato, desde que a pressuposição fosse conhecida ou cognoscível pela outra parte (ver Adriano Vaz Serra, “Anotação ao Acórdão do STJ de 6.4.1978”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 111º, p. 346). Esta teoria levava, segundo a generalidade dos autores, a uma permeabilidade muito sensível do contrato às alterações das circunstâncias e tornava-o muito dependente das representações mentais das partes. Manuel de Andrade, por exemplo, referia-se às condições da

e da teoria da base do negócio desenvolvida por Paul Oertmann<sup>651</sup>, incluindo a formulação mais restritiva de Ennecerus-Lehmann<sup>652</sup>, até à teoria da *excessiva onerosità sopravvenuta* do direito italiano<sup>653</sup>, à *imprévision* do direito francês e à distinção entre “base negocial subjectiva” e “base negocial objectiva” de Karl Larenz<sup>654</sup>, passando pela *frustation* do direito inglês<sup>655</sup> e pela *impracticability* norte-

---

teoria da pressuposição como “intoleravelmente perigosas para a segurança da contratação” (*Teoria*, II, p. 409).

<sup>651</sup> A eficácia vinculativa dos negócios está intimamente associada à manutenção ou subsistência da sua base negocial, que é constituída pelas representações de uma das partes sobre a existência de certas circunstâncias que são tidas como fundamentais, contanto a outra parte as tenha reconhecido como importantes, sem as contradizer (Adriano Vaz Serra, “Anotação”, p. 346). Sobre a crítica a esta concepção, Menezes Cordeiro, *Da boa fé*, pp. 1038 e ss, e *Tratado de Direito Civil*, vol. IX, Almedina, 2014, pp. 281 e 282.

<sup>652</sup> Que, no sentido de uma maior estabilidade do contrato, considerava que a não verificação da pressuposição só seria relevante quando conhecida ou cognoscível para a outra parte no momento da outorga do contrato e desde que esta, se porventura lhe tivesse sido proposta a subordinação do negócio à verificação da circunstância pressuposta, ou seja, se lhe tivesse sido proposto a cláusula negocial correspondente à data da conclusão do negócio, tê-lo-ia aceitado ou, pelo menos de acordo com as regras da boa fé, deveria tê-la aceitado (Manuel de Andrade, *Teoria*, II, pp. 406 e 407), a que este mesmo autor, que tinha como boa a formulação de Lehmann, acrescentava que “valerá a mesma solução [resolução ou modificação do negócio] quando a boa fé, porventura não exigindo a aceitação daquela cláusula, todavia imponha que o negócio, uma vez concluído, não permaneça inalterável depois de falhada a pressuposição”, é dizer, desde que a boa fé exiga *agora* essa solução.

<sup>653</sup> De acordo com o artigo 1467º do Código Civil italiano, “nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta *excessivamente onerosa* per il verificarsi di *avvenimenti straordinari e imprevedibili*, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto”, estabelecendo-se depois que “la risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra *nell'alea normale del contratto*”, sendo que, tal como se prevê no artigo 437º do CC, “la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di *modificare equamente* le condizioni del contratto”.

Ver, por exemplo, Carlo G. Terranova, “L’*excessiva onerosità* nei contratti. Artt. 1467-1469”, Coleção *Il codice civile. Commentario*, vol. XVI, Giuffrè, 1995, pp. 274 e ss., Paolo Tartaglia, *Onerosità eccessiva*, ED, vol. XXX, 1980, pp. 155 - 174, Antonio Lombardi, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, da coleção “Il Diritto Privato Oggi” (org. Paolo Cendon), Giuffrè, Milão, 2007.

<sup>654</sup> De acordo com uma tradução espanhola a que se teve acesso (Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Comares, 2002, p. 34), o autor refere que a “la expresión «base del negocio» puede ser entendida, y así lo ha sido, en un doble sentido. En primer lugar, como la base “subjectiva” de la determinación de la voluntad de una o ambas partes, como una representación

americana<sup>656</sup>, bem como pela *hardship*, comum a ambos os sistemas e muito tratada no âmbito dos contratos internacionais<sup>657/658</sup>, e ainda, mesmo se já num outro plano,

---

mental existente al concluir el negocio que ha influido grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como la base “objetiva” del contrato (en cuanto complejo de sentido inteligible), o sea, como conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato – sépanlo o no los contratantes –, ya que, de non ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría “sentido, fin u objeto”.

Sobre a crítica a esta tese, Menezes Cordeiro, *Da boa fé*, pp. 1034 e ss.

<sup>655</sup> A “frustração”, no direito inglês, abrange normalmente três hipóteses diferentes, a saber, quando a execução ou cumprimento do contrato se torna física ou legalmente impossível, quando a sua execução se torna “impraticável”, no sentido de extremamente onerosa ou difícil, e quando a prestação do devedor (“counter-performance”) perdeu o seu valor para o credor (é a chamada “frustration of purpose”), próxima, de resto, do “impedimento do fim” de Larenz. Ver, entre outros, Andrew Kull, “Mistake, Frustration, and the Windfall Principle of Contract Remedies”, *Hastings Law Journal*, Universidade da Califórnia, 1991, nº 43, 23 e ss, Guenter H. Treitel, *Frustration and force majeure*, Thomson Sweet & Maxwell, Londres, 2004, pp. 66 e ss., Mindy Chen-Wishart, *Contract Law*, Oxford University Press, 2007, pp. 283 e ss.

<sup>656</sup> Referindo que, no direito norte-americano, os termos “impossible” and “impossibility” foram sendo substituídos por “impracticable” and “impracticability”, aproximando-se da teoria da “frustration” inglesa e abrangendo o mesmo tipo de casos, ver G. Treitel, *The Contract of Law*, 10ª edição, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, p. 819. Ver, no mesmo sentido, R. Sommer, “Commercial Impracticability. An Overview”, *Duquesne Law Review*, Pittsburgh, pp. 521 e ss.

Sobre as diferentes fisionomias da “impracticability of performance”, ver John Cibinic Jr. / Ralph Nash Jr. / James Nagle, *Administration of Government Contracts*, pp. 314 e ss.

<sup>657</sup> As cláusulas de hardship são “cláusulas que estabelecem a renegociação do contrato quando a execução das obrigações contratuais se tornou excessivamente onerosa para uma das partes, devido a uma alteração substancial das circunstâncias, susceptível de afectar o equilíbrio global do contrato” (Engrácia Antunes, *Direito dos contratos comerciais*, 2001, Almedina, p. 313).

<sup>658</sup> Ver, por exemplo, os *Principles of European Contract Law*, em cujo artigo 6:111 (com a epígrafe “Change of Circumstances”) – depois de se afirmar que o princípio na matéria (“a party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished”) – se estabelece que, “se, no entanto, a execução/cumprimento [“performance”] do contrato se torna excessivamente onerosa devido a uma alteração das circunstâncias, as partes deverão entrar em negociação com o escopo de adaptar o contrato ou de o rescindir/pôr-lhe termo/revogar, desde que: a) a alteração de circunstâncias haja ocorrido após o momento da conclusão do contrato; b) a possibilidade dessa alteração de circunstâncias seja de tal tipo que não pudesse ser razoavelmente tida em consideração no momento da conclusão do contrato, e c) o risco dessa alteração de circunstâncias não seja tal que, de acordo com o contrato, fosse de exigir que a parte afectada o devesse suportar”.

No mesmo sentido, ver o ponto III.-1:110 do *Draft Common Frame Of Reference* (“DCFR”), a propósito da “variation or termination by court on a change of circumstances”, onde, depois também de



pelas chamadas “*grandes alterações de circunstâncias*” (a “grande base do negócio” de Kegel ou as “condições da existência social”, de Werner Flumme), incluindo propostas de reenquadramento do tema, como o recurso à ideia do *risco* (de W. Flumme)<sup>659</sup>, que acaba por delimitar, pela negativa, o âmbito da eficácia da alteração das circunstâncias<sup>660</sup>, à *tutela da confiança* (de W. Fikentscher)<sup>661</sup> ou à *interpretação contratual* (de Schmidt-Rimpler)<sup>662</sup>, são, como se disse, muitas as teses e suas variantes — com a nota (que não deixa de ser uma curiosidade) de que, a atender à doutrina que mais se tem debruçado sobre o tema, nenhuma delas consegue explicar de forma plena a realidade e, embora se superem e rejeitem umas às outras, todas acabam (ou acabaram) por contribuir para a resolução do problema da alteração das

---

se afirmar o princípio na matéria (“*an obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished*”), se estabelece no §(2) que, “se, todavia, a execução/cumprimento de uma obrigação contratual (...) se torna tão onerosa por causa de uma alteração anormal de circunstâncias [“*exceptional change of circumstances*”], que seria manifestamente injusto continuar o devedor sujeito à obrigação contratual, o tribunal poderá: a) modificar a obrigação, de modo a torná-la razoável e equitativa de acordo com as novas circunstâncias; ou b) pôr termo à obrigação, em data e nos termos a fixar pelo tribunal”.

Em termos também próximos, ver *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* de 2010 (usualmente conhecidos por “Unidroit PICC”), dispondo-se no artigo 6.2.1 (“Obrigação de cumprimento do contrato; *pacta sunt servanda*), que “quando o cumprimento de um contrato se tornar mais oneroso para uma das partes, esta está ainda assim obrigada a cumprir as suas obrigações de acordo com as seguintes disposições relativas à *hardship*”, prevendo-se depois no artigo 6.2.2 (“Definição de *hardship*”) que “há *hardship* sempre que a ocorrência de certos factos altere de modo fundamental o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do cumprimento da obrigação por uma das partes aumentou, ou porque o valor da prestação recebida por uma das partes sofreu uma diminuição, e (a) os factos ocorram ou a parte lesada só tome deles conhecimento após a celebração do contrato; (b) os factos não possam razoavelmente ter sido tidos em conta pela parte lesada no momento da celebração do contrato; e (c) os factos estejam fora do controlo da parte lesada; e (d) o risco dos factos ocorridos não tenha sido assumido pela parte lesada”.

Sobre a alteração das circunstâncias no direito europeu dos contratos, ver Henrique Antunes, “A alteração das circunstâncias no Direito Europeu dos Contratos”, *Cadernos de Direito Privado*, nº47, 2014, pp. 3 e ss.

<sup>659</sup> Ver Menezes Cordeiro, *Tratado*, IX, pp. 284 e 285 e 293 e ss.

<sup>660</sup> Ver Menezes Cordeiro, *Tratado*, IX, pp. 284.

<sup>661</sup> Ver Menezes Cordeiro, *Tratado*, IX, pp. 285 e 286 e 303 e ss.

<sup>662</sup> Ver Menezes Cordeiro, *Tratado*, IX, pp. 286 e 299 e ss.

circunstâncias<sup>663</sup>.

A complexidade da matéria, associada à ideia de que não há hoje uma teoria ou tese que permita resolver globalmente o assunto, mas que também será “estéril qualquer tentativa de retirar, dos preceitos legais dedicados à alteração das circunstâncias, um sentido útil, com recurso às regras tradicionais de interpretação da lei”<sup>664</sup>, pedem, por um lado, uma “consideração mais analítica dos problemas”<sup>665</sup> que têm sido reconduzidos ao instituto da alteração das circunstâncias e, por outro lado, às vezes mais do que a mera subsunção ou não do caso da vida em cada um dos específicos requisitos legais por que se desdobra a figura, uma visão mais compreensiva, de acordo com o *princípio da boa fé* e com o *princípio da protecção da confiança*, que deverão funcionar de duas formas: como mecanismo de legitimação ou de refutação finais do resultado alcançado através desse “jogo” do preenchimento dos requisitos e como grandezas jurídicas que devem iluminar cada um desses requisitos *em função do caso concreto*.

**13.5.2.** Posto isto, e conscientes, portanto, que não há uma fórmula que permita compreender todo o problema e surpreender toda a sua riqueza, é, ainda assim possível, por referência à expressão utilizada pelo legislador, traçar umas linhas

---

<sup>663</sup> António Menezes Cordeiro, justamente um dos autores portugueses que, a par de António Pinto Monteiro, mais estudou o tema da alteração das circunstâncias, considera, por exemplo, que a base do negócio é uma “fórmula vazia” (*Tratado*, IX, pp. 281 e 283), referindo-se ao “fracasso doutrinário da base do negócio e do pensamento contratualístico-liberal que lhe estava subjacente” (*Tratado*, IX, p. 284), e entende igualmente que, da alteração das circunstâncias, pouco resta” (*Tratado*, IX, pp. 312). Porém, reconhecendo que a locução “alterações nas circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar”, constante do artigo 437º do CC [idêntica à do artigo 312º, alínea a), e artigo 314º/1, alínea a), do CCP], tem um “laivo subjectivo no seu teor, hoje rejeitado”, aceita que a “fórmula legal — e a própria base negocial oertmanianna — é, no entanto, útil” para certos efeitos (*Tratado*, IX, p. 321 e 322).

<sup>664</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado*, IX, p. 266.

<sup>665</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado*, IX, p. 288.

gerais quanto ao seu sentido e alcance<sup>666</sup>.

Assim, e pela negativa, a fórmula utilizada pelo legislador no artigo 314º/1, alínea a), do CCP pode desde logo levar o intérprete a concluir que (i) “não relevam superveniências a nível de aspirações subjectivas extracontratuais das partes; deve haver uma afectação do próprio contrato e, nessa medida, ambos os celebrantes ficam implicados”, (ii) “não interessam modificações no campo das aspirações subjectivas contratuais de apenas uma das partes; é o contrato — e logo os contratantes — que está em causa, e não as esperanças de lucro — ou de não perda — de somente um dos intervenientes, quando a lógica do negócio não esteja em causa”.<sup>667</sup>

Por outro lado, é também seguro que o intérprete há-de tomar em especial consideração, mais do que as representações mentais ou psicológicas das partes (a

---

<sup>666</sup> Sobre o tema, em geral, na doutrina portuguesa, ver, entre outros, Carvalho Fernandes, *A teoria da imprevisão no Direito civil português*, Reimpressão com nota de actualização, Lisboa, Quid Juris, 2001, Durval Ferreira, *Erro Negocial (Objecto - Motivos - Base Negocial) e Alterações de Circunstâncias*, Coimbra, Almedina, 1998, Oliveira Ascensão, “Onerosidade excessiva por «alteração das circunstâncias»”, *ROA*, 2005, vol. III, p. 625 e ss., Menezes Cordeiro, *Da alteração das circunstâncias / A concretização do artigo 437.º do Código Civil à luz da jurisprudência posterior a 1974*, Lisboa, AAFDL, 1987, Vaz Serra, “Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias”, *BMJ*, nº 68 (1957), p. 293 e ss., Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, reimpressão de 2007, pp. 670 e ss. e 863 e ss., António Pinto Monteiro, “Inflação e Direito Civil”, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia, II, Coimbra, 1989, pp. 871 e ss., “Rebus sic stantibus - Hardship clauses in portuguese law” (com a colaboração de Júlio Gomes), *European Review of Private Law*, nº 3, 1998, Kluwer Law International, pp. 319 e ss., “Erro e teoria da imprevisão”, *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, nº 6, 2004, pp. 319 e ss., *Unexpected circumstances in European Contract Law*, ed. by Hondius e Grigoleit, Cambridge University Press, 2011, António Pinto Monteiro / Júlio Gomes, *A «hardship clause» e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento)*, “Juris et de jure. Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto”, coord. Manuel Afonso Vaz/ J. A. Azeredo Lopes, Porto, 1998, pp. 17 e ss., António Menezes Cordeiro, “Contratos públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, *Cadernos O Direito*, nº 2, Almedina, Coimbra, 2007, Carla Amado Gomes, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, 2007, Coimbra Editora, pp. 688 e ss., Pedro Melo, *A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas*, 2011, Almedina, pp. 79 e ss.

<sup>667</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado*, IX, p. 322, a propósito do artigo 437º do Código Civil.

pressuposição subjectiva), as situações típicas e objectivas inerentes ao negócio jurídico, em condições de normalidade, sejam as situações objectivas gerais, sejam as situações específicas, características do tipo de negócio em causa.

O contrato é sempre um dado histórico, um objecto “historicamente situado”. “A realidade histórica que explica o negócio é deste modo intrinsecamente constitutiva da vinculatividade. Não é conteúdo do negócio, porque não pertence ao seu clausulado. Mas é nela e por ela que se negocia”<sup>668</sup>. É por isso que, quando essa realidade se transforma em sentido contrário ao que era objectivamente pressuposto pelas partes e subjacente ao contrato e à sua economia, o Direito, por intermédio da boa fé, actua atribuindo à parte lesada a faculdade de requerer a modificação do negócio (ou, no caso do *fait du prince*, a reposição do seu equilíbrio).

No entanto, se, recordando Ortega y Gasset, o contrato, tal como o homem, é ele mesmo (no seu clausulado e individualidade) e a sua circunstância, isso não significa, naturalmente, que todas as circunstâncias relevam para este efeito, nem que todas as alterações às circunstâncias relevantes abram as portas à modificação ou resolução do negócio. As circunstâncias que estão na base da decisão de contratar podem não se manter tal qual durante toda a vida do contrato, sobretudo nos de longa duração, sofrendo, aqui ou ali, mutações de intensidade e graus diversos. Só em concreto poderá dizer-se se essas mutações são ou não relevantes.

Em geral, têm de se tratar de circunstâncias relevantes para a economia do negócio e e cuja alteração, segundo princípios de justiça objectiva<sup>669</sup> e atendendo à tutela da confiança, deve conduzir à modificação desses mesmos termos ou à reposição do equilíbrio do contrato. Não basta, pois, uma esperança em que determinadas circunstâncias não se alterem; é necessário que algo que fosse relevante para os termos do negócio segundo critérios objectivos se modifique de forma sensível e que,

---

<sup>668</sup> Oliveira Ascensão, “Onerosidade excessiva”, p. 626.

<sup>669</sup> Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da confiança*, p. 863, em nota.

portanto, possa ainda dizer-se, quando se atende a essa alteração, que se está ainda a atender ao próprio contrato, enquanto dado jurídico, que se está a respeitar a “vinculação realmentre assumida”<sup>670/671</sup>.

Essa base contratual objectiva interessa para efeitos do *fait du prince*, essas circunstâncias, de facto e/ou de direito, que fundaram ou influenciaram a vontade das partes, ou de uma delas, objectivamente, e cuja alteração (não prevista no contrato) tenha um impacto negativo que a boa fé exija seja reparado<sup>672</sup>.

No entanto, não nos parece o *fait du prince* dependa necessariamente de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, com esse sentido, que afecte a base contratual.

Com efeito, apesar da associação que o legislador faz, no artigo 314º/1, alínea a), do CCP, entre *fait du prince* e alteração (anormal e imprevisível) das circunstâncias — conceito que, nesse diploma, está posto para as alterações às “circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar” [ver, por exemplo, artigo 312º, alínea a)], como também se comprova pela fórmula da própria reposição do equilíbrio financeiro constante do artigo 282º/2 (alteração dos “*pressupostos nos quais o cocontratante determinou o valor das prestações a que se obrigou*”) —, associação essa que remete, portanto, para a ideia de uma alteração que perturba a base do negócio, a verdade é que, no caso do *fait du prince*, parece ser suficiente a imputabilidade do acto ao contraente público e a sua repercussão específica na posição contratual do

---

<sup>670</sup> Oliveira Ascensão, “Onerosidade excessiva”, p. 648.

<sup>671</sup> Como se refere em José Carlos Vieira de Andrade / Francisco Sá Carneiro / Rui Pena, *Acórdão Arbitral*, p. 145, deve ter-se em conta que “não interessa apenas hoje a não concretização das «pré-figurações» desenvolvidas pelas partes no momento da contratação (perspectiva subjectivista), mas também e sobretudo o impacto das modificações fácticas sobre relações jurídicas contratuais que não as previram (perspectiva objectivista)”.

<sup>672</sup> Recorrendo à fórmula do artigo 282º do CCP, poderia dizer-se que o facto só pode ser invocado como fundamento do direito à reposição do equilíbrio financeiro quando ele “*altere os pressupostos nos quais o cocontratante determinou o valor das prestações a que se obrigou*”.

cocontratante.

**13.5.3.** Por outras palavras, a exigência legal não deve ser lida aqui, necessariamente, com o significado que, em geral, lhe é dado no contexto da alteração superveniente das circunstâncias ou da imprevisão, como um evento que altera, de “forma radical”<sup>673</sup>, o contexto em que se processa a execução do contrato ou que introduz uma “verdadeira convulsão na economia do contrato”<sup>674/675</sup>. Com efeito, estando em causa, por um lado, medidas do próprio contraente público, tomadas no exercício dos seus poderes extracontratuais, mas que se repercutem especificamente na posição do cocontratante — hipótese que não tem paralelo no domínio dos negócios privados —, a exigência deve ser interpretada como um impacto, uma alteração, com um significado sensível na economia do contrato, causando “maior onerosidade no cumprimento das prestações ou agravando de outro modo a posição patrimonial do

---

<sup>673</sup> Mota Pinto, *Teoria*, p. 606.

<sup>674</sup> Mário Esteves de Oliveira, *Direito*, p. 713.

<sup>675</sup> Aliás, a generalidade da doutrina, quando enuncia os requisitos do *fait du prince*, ou não se reporta à anormalidade do impacto ou, quando se reporta, reconhece que ele tem aí um significado diferente daquele que lhe é dado na imprevisão. Laubadère / Moderne / Delvolvé, *Traité*, II, p. 521 e ss., apenas se referem à imprevisibilidade do facto lesivo e à imputabilidade desse facto ao contraente público, distinguindo depois a diferente natureza das intervenções susceptíveis de dar lugar à aplicação da teoria do *fait du prince*, e quando se reportam ao prejuízo, exigem apenas que ele exista, que seja certo e directo. Laurent Vidal, *L'équilibre financier*, p. 132 a 136, também não faz depender o *fait du prince* de um “bouleversement” da economia do contrato. Na mesma linha, Morand-Deville, *Cours*, p. 423. Entre nós, ver, por exemplo, Marcello Caetano, *Direito*, pp. 618 e ss., e Mário Esteves de Oliveira, *Direito*, pp. 707 e ss., não distinguindo os autores, adeptos da tese monista, os casos em que o *fait du prince* é produto do exercício de um poder contratual ou extracontratual), Sérvulo Correia, *Contrato*, pp. 83 e 84.

Laurent Richer (*Droit*, p. 316), por sua vez, só exige uma adulteração da economia do contrato quando se reporta ao *fait du prince* legislativo.

Terneyre (*Responsabilité*, p. 177 e ss.), que dedicou atenção especial ao tema, defendendo que o prejuízo deve ser especial (ou específico) e anormal, considera que esse conceito tem, no plano contratual, um significado específico (“même si l’anormalité prend, en matière contractuelle, une signification particulière, le prejudice causé par un fait du prince ne sera réparable [...] que s’il est cumulativement spécial e anormal” (p. 179).

contraente privado”, portanto, um “prejuízo significativo”<sup>676</sup> ou um prejuízo relevante.

De resto, considerando que o *fait du prince*, nesta modalidade de acto do Poder que altera as circunstâncias do contrato, representa um caso de responsabilidade contratual por acto lícito com características próximas da responsabilidade civil extracontratual por facto lícito (ou da indemnização pelo sacrifício), diríamos que o tal conceito de “alteração anormal” se fundará mais no correspondente requisito da responsabilidade extracontratual<sup>677</sup> do que no do “bouleversement” da imprevisão, se, com isso, se concluir que apenas ficam excluídos os “prejuízos de pequena gravidade”<sup>678</sup>, os “pequenos encargos que a acção administrativa e a vida em sociedade naturalmente comportam”<sup>679</sup>, os pequenos danos que sejam “inerentes aos riscos normais da vida em sociedade”<sup>680</sup>, incluindo-se já no *fait du prince* quaisquer outros que tenham uma materialidade relevante ou significativa, uma materialidade que, noutra perspectiva, seja equiparável a uma modificação unilateral do contrato propriamente dita<sup>681</sup>.

Aferindo este requisito em função das consequências que a lei associa ao *fait du prince*, pode dizer-se que haverá uma alteração anormal ou relevante quando ela *desequilibra efectivamente* o contrato.

---

<sup>676</sup> José Carlos Vieira de Andrade / Francisco Sá Carneiro / Rui Pena, *Acórdão Arbitral*, p. 144. Já temos mais dificuldade em concordar com outras passagens do mesmo Acórdão, em que se fala de “prejuízo substancial grave”, embora nos pareça que, no seu conjunto, os autores não pretendam exigir, no *fait du prince*, mais do que um prejuízo relevante.

<sup>677</sup> Entre nós, no artigo 2º do RRCE, nos termos do qual são considerados prejuízos ou danos “anormais os que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito”.

<sup>678</sup> Acórdão do STA de 18.06.2016, p. 1314/13.

<sup>679</sup> Acórdão do STA de 19.12.2012, p. 01101/12.

<sup>680</sup> Acórdãos do STA de 25.03.2015, p. 1389/14, e de 9.12.2008, p. 1088/08.

<sup>681</sup> A ideia da “medição” do impacto relevante (ou “anormal”) do *fait du prince* por confronto (ou por equiparação) com o impacto da modificação unilateral do contrato transparece em vários passos do *Acórdão Arbitral* de José Carlos Vieira de Andrade / Sá Carneiro / Pena, por exemplo, a pp. 144, 158 e 159.

**13.5.4.** Da mesma forma que o requisito da “alteração anormal”, também o requisito da “alteração imprevisível”, a que se refere a alínea a) do artigo 314º/1 do CCP, tem, na economia do *fait du prince*, um sentido próprio.

A imprevisibilidade, aqui, deve ser entendida essencialmente como um *evento superveniente* ao contrato, como uma alteração que ocorreu após a sua celebração (ou após a adjudicação) e que não foi objecto de regulação específica no acordo ou que não foi tomada em consideração pelas partes nesse momento<sup>682</sup>. É esse o sentido operativo da imprevisibilidade no quadro do *fait du prince*: facto imprevisto no contrato<sup>683</sup>

Com efeito, estando em causa alterações de circunstâncias que resultam do exercício normal ou regular da função legislativa ou da função administrativa, não pode dizer-se que, quando ocorram, elas sejam imprevisíveis, seguramente em abstracto, mas também em concreto, havendo situações em que a discussão de uma nova política pública ou de uma nova regulamentação para um certo sector, que demora sempre o seu tempo, tem lugar durante a pendência de um concurso com vista à adjudicação de um contrato que pode vir a sofrer o impacto dessas novas eventuais medidas, não se sabendo, em muitos casos, se e quando terá lugar a sua aprovação, em que termos, qual o prazo da sua implementação, etc. Em situações destas, o evento, se ocorrer durante a execução do contrato, não pode dizer-se que fosse imprevisível para as partes, mas não deixará, por causa disso, de relevar para efeitos do *fait du prince*, se a na medida em que as partes não o tenham previsto no contrato e, naturalmente, se

---

<sup>682</sup> A doutrina francesa, mesmo a mais recente, faz normalmente referência à imprevisibilidade como um dos requisitos do *fait du prince* (por exemplo, L. Richer, *Droit*, p. 263, ou C. Guettier, *Droit*, p. 464), reportando-a até, em alguns casos, à teoria dos “factos novos”, a par da imprevisão, do caso de força maior e das sujeições imprevistas (Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, II, p. 522). No entanto, A Furtuna, *Le fait*, p. 36 e 37, já explicava, em 1924, que o que importava, para o *fait du prince*, era, mais do que a imprevisibilidade, saber se o evento devia ou não ter sido previsto e regulado no momento da celebração do contrato.

<sup>683</sup> Assim, expressamente, Cláudia Saavedra Pinto, *O facto*, p. 65, no texto e em nota.



ele se repercutir especificamente e sensivelmente na posição contratual do cocontratante.

Assim, diríamos que se subsumem, naturalmente, no requisito da imprevisibilidade os eventos que um cocontratante diligente, nas circunstâncias do caso concreto, não pudesse (ou não devesse) ter previsto, como, ao invés, devem ter-se por afastados os eventos em relação aos quais, por interpretação do contrato (e do que eventualmente lhe tenha antecedido), possa concluir-se terem sido objecto de *ponderação específica*, no sentido de que as partes tomaram em consideração a ocorrência futura de um determinado evento e lhe deram uma solução, seja tratando-o especificamente no contrato, seja rejeitando a sua relevância.

No entanto, devem igualmente relevar para efeitos da alínea a) do artigo 314º/1 do CCP a ocorrência de um evento que ou não era certo e seguro fosse ter lugar após a celebração do acordo ou um evento que, mesmo previsível (ou até provável), não foi ponderado pelas partes no contrato<sup>684</sup>.

---

<sup>684</sup> Defendendo que “as intervenções públicas que sejam causa directa e específica da maior onerosidade da posição do contraente privado” fazem parte do “risco político-administrativo” assumido pelo Estado, “independentemente de a alteração das circunstâncias provocada ser imprevisível”, ver Vieira de Andrade / Sá Carneiro / Pena, *Acórdão Arbitral*, p. 154.

Sustentando igualmente que a imprevisibilidade não é um requisito do *fait du prince*, Cláudia Saavedra Pinto, *O facto*, p. 65.

No mesmo sentido, Carla Amado Gomes, “A conformação”, p. 545, critica aquilo a que chama uma “corrupção da figura da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, através da sua aplicação a modificações previsíveis porque imputáveis a decisão do contraente público — ainda que abstractamente determinadas”, sugerindo que a fórmula da alínea a) do artigo 314º/1 deveria ter sido concebida noutros termos, como uma “modificação em virtude de alterações de enquadramento normativo relativo à categoria contratual em causa”.

Também Christophe Guettir, *Droit*, p. 625, considera, no quadro do *fait du prince*, que “a verificação de uma álea previsível não é um obstáculo ao direito de indemnização, salvo se estiver provado que o cocontratante sabia de maneira segura que a Administração iria adoptar medidas que afectassem a execução do contrato”.

## 13.6. A repercussão específica na situação contratual do cocontratante

### 13.6.1. Sentido e alcance

Nos termos da lei, do artigo 314º/1, alínea a), do CCP, só pode falar-se em *fait du prince* quando a medida imputável ao contraente público se repercute de forma específica na posição contratual do cocontratante.

Embora também aqui, e olhando à doutrina, não haja coincidência de pontos de vista, porque, mais uma vez, a questão, em parte, depende da própria compreensão do que seja o *fait du prince*<sup>685</sup>, a controvérsia não é significativa, parecendo que a grande dúvida estará em saber se as medidas gerais (de âmbito, por exemplo, nacional) adoptadas pelo contraente público, mas que, por alguma razão, se repercutam de forma específica devem ainda ser subsumidas nesta figura ou se cabe antes ao caso o regime da imprevisão. É questão que se tratará de seguida.

Assim, com a exigência de que a alteração imputável ao contraente público se “repercuta de modo específico na situação contratual do cocontratante”, o legislador quis afastar a relevância indemnizatória das medidas que afectam a generalidade das pessoas e que, portanto, também afectam o cocontratante, mas enquanto operador económico ou como empresário<sup>686</sup>, não na sua qualidade de parte do contrato. É com este sentido que se costuma dizer que as medidas gerais ou genéricas, como a alteração das leis laborais, das leis fiscais ou da segurança social, das leis ambientais, etc., não dão lugar a qualquer indemnização ou reparação (ao menos, no quadro do *fait du prince*). O cocontratante, só pelo facto de o ser, não deve ser objecto de uma tutela privilegiada, que o coloque a salvo de medidas desfavoráveis resultantes da

---

<sup>685</sup> Julgamos que isto é visível, por exemplo, no estudo de Cláudia Saavedra Pinto, *O Facto*, pp. 83 e ss., em que a autora enuncia, como requisitos objectivos do *fait du prince*, a “operatividade directa ou imediata” da medida sobre o contrato e ainda os “efeitos especiais” sobre a esfera jurídica do cocontratante.

<sup>686</sup> Mário Esteves de Oliveira, *Direito*, p. 709.

intervenção legislativa ou regulamentar de alcance geral dos poderes públicos, nem o Estado e demais entidades administrativas são um “garante geral dos interesses económicos dos seus cocontratantes”, devendo todos “contribuir igualmente para os encargos públicos, suportando as desvantagens decorrentes das opções públicas destinadas a governar a vida em comum”.<sup>687</sup>

Diversamente, as medidas (normativas ou não) que sejam tomadas com ponderação de um particular interesse público, designadamente, do interesse público envolvido no contrato, ou por referência a um contrato ou a uma certa categoria de contratos (como, por exemplo, as PPP celebradas pelo Estado ou apenas os contratos de concessão da saúde, ou apenas as infraestruturas rodoviárias, portuárias ou aeroportuárias), configuram caracteristicamente medidas incluídas no *fait du prince*. Por outras palavras, quando o contraente público actuar como poder extracontratual, em vista dos interesses da colectividade, mas no exercício das suas funções de regulador de um determinado sector (quando se trate, portanto, de *legislação sectorial* ou de uma *medida sectorial*), existirá aí *fait du prince*<sup>688</sup>.

O carácter específico da repercussão reporta-se, portanto, sobretudo a uma “especialidade de incidência” segundo um “critério quantitativo (círculo de pessoas atingidas)”<sup>689</sup>, abrangendo assim, tipicamente, as intervenções sectoriais. Não é necessário que a medida afecte apenas um cocontratante, sendo suficiente que, pelo seu objecto, tenha um impacto diferenciado num círculo de pessoas, de cocontratante, bem definidos e determinados — como, de resto, sucede também no quadro da responsabilidade extracontratual por acto lícito (ou indemnização pelo sacrifício) a propósito do critério da especialidade.

---

<sup>687</sup> Vieira de Andrade / Sá Carneiro / Pena, *Acórdão Arbitral*, p. 155.

<sup>688</sup> Referindo-se também às leis sectoriais, Cláudia Saavedra Pinto, *O facto*, p. 95.

<sup>689</sup> Vieira de Andrade / Sá Carneiro / Pena, *Acórdão Arbitral*, p. 149.

**13.6.1.1.** Sem prejuízo destas considerações, há, em nossa opinião, vantagem em distinguir várias hipóteses, consoante, por um lado, a *natureza da medida* (geral ou especial) e, por outro, a *repercussão* (genérica ou específica) *da medida* e, por último, a sua *razão de ser* ou *intenção* (se para resolver um problema de interesse público presente em certos contratos ou para resolver um outro problema, não relacionado com o contrato afectado, mas que nele se repercute especificamente), a saber:

- (i) Medida geral do contraente público, mas não nessa sua qualidade, com impacto genérico, tendencialmente nacional (ou, se estiver em causa uma região autónoma ou um município, tendencialmente regional ou local), sem diferenciação relevante entre os diversos operadores económicos.
- (ii) Medida geral, de natureza genérica, tendencialmente nacional (regional ou local), mas com impacto negativo específico num contrato (ou categoria deles).
- (iii) Medida especial ou sectorial (tomada por referência a um caso ou conjunto determinável de casos) com impacto específico num contrato (ou categoria deles), embora não adoptada em vista do (de um) interesse público presente em tal contrato (“impacto directo colateral”).
- (iv) Medida especial ou sectorial com impacto específico num contrato (ou categoria deles) e adoptada em vista de um interesse público presente em tal contrato (“impacto directo intencional”).

As medidas gerais com impacto genérico [as medidas referidas em (i)] não dão direito a qualquer compensação financeira. É o que sucede, por exemplo, com o aumento do imposto sobre o combustível, da taxa geral do IRC ou das taxas gerais do IVA, que penalizam todos os operadores económicos.

Por sua vez, as hipóteses referidas em (iii) e (iv) correspondem aos casos típicos do *fait du prince*. Em termos aproximados, mas não idênticos, poderia falar-se,

aproveitando a terminologia do direito anglo-saxónico, em casos de “*discriminatory change in Law*”, que corresponde a qualquer medida que se aplica apenas a um certo contrato, e não aos demais similares a ele, ou que se aplica apenas ao cocontratante, e não aos demais, e em casos de “*specific change in Law*”, que corresponde a qualquer medida que se refira especificamente à prestação dos serviços que estão em causa no contrato (ou similares) ou que se reporta à generalidade das empresas que prestem o mesmo serviço (ou similar)<sup>690</sup>.

Um exemplo permitirá talvez ilustrar melhor o que deve entender-se por impacto directo colateral. Imagine-se que o Estado decide introduzir portagens numa dada concessão rodoviária, que até aí tinha sido objecto de utilização gratuita por parte dos utentes. Relativamente ao contrato modificado, trata-se de um caso de modificação unilateral, havendo lugar à reposição do respectivo equilíbrio financeiro. Mas imagine-se que a infraestrutura com o regime de portagens modificado estava fisicamente ligada a outra concessão, cujo tráfego dependia também dos utentes dessa primeira e que agora diminuíram. Em nossa opinião, a alteração das circunstâncias resultante da introdução de portagens numa infraestrutura contígua representa para o cocontratante da outra concessão um *fait du prince*, pois, apesar de se tratar de um facto não intencional (no sentido de que a medida não tinha por objecto a tutela do interesse público implicado em tal contrato), tem um impacto suficientemente diferenciado e imediato para preencher o requisito da repercussão específica.

**13.6.1.2.** O caso das medidas gerais referidas em (ii) é que pode revelar-se mais problemático.

---

<sup>690</sup> Ver, por exemplo, as *guidelines* do *Public-Private-Partnership in Infrastructure Resource Center* (do Banco Mundial) em <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/overview/practical-tools/checklists/change-of-law#introduction>.

A resposta, bem vistas as coisas, está em saber se deve de alguma forma fazer-se uma distinção em função da natureza genérica ou específica da própria medida em si, independente (ou, ao menos, prévia à averiguação) do tipo de impacto por ela provocado, ou se o dado nuclear para o efeito é apenas este (o impacto específico ou não, à revelia da natureza da medida).

Em termos porventura mais claros, a questão coloca-se da seguinte forma: devem incluir-se no *fait du prince* as medidas gerais, tomadas pelo contraente público na qualidade de curador dos interesses colectivos, mas que tenham um impacto específico em certo contrato, ou categoria deles, ou essas hipóteses devem ser resolvidas eventualmente em sede de imprevisão (leia-se, artigo 314<sup>o</sup>/2 do CCP)<sup>691</sup>?

---

<sup>691</sup> Alguma doutrina parece de facto inclinar-se para a relevância da referida distinção, entendendo que as medidas gerais não devem, em abstracto, ser subsumidas no *fait du prince*. Carla Amado Gomes, por exemplo, considera que é adequado manter as “medidas gerais adoptadas pela Administração contratante, relativas a uma categoria de contratos” no quadro do regime do “*fait du Prince*/poder de modificação unilateral”, mas enquadrar no regime da imprevisão “as medidas gerais adoptadas pelo legislador, que se reflectem sobre os contratos administrativos” (Risco, p. 687, em nota. Já não concordamos porém com a Autora quando refere aí que “o desdobramento funcional do Governo pode perturbar a clareza deste entendimento, o que poderá levar o juiz a conceder ao co-contratante a alternativa entre a “indemnização de imprevisão” e a “indemnização por modificação unilateral”, pois não se trata de matéria que esteja na disponibilidade da parte lesada, além de não poder ela optar por um regime mais vantajoso se a parte que responde tem “direito”, nos termos da lei, a responder segundo um regime menos penalizador para si).

Como também vimos atrás, alguma doutrina francesa não só procede à mesma distinção (medidas gerais e medidas específicas), como entende que, quando estejam em causa medidas gerais ou genéricas (legislativas e regulamentares) que, não afectando os termos do contrato, em si mesmos, alterem as respectivas condições envolventes da sua execução, só há direito a uma compensação financeira de indemnização nos casos excepcionais em que possa afirmar-se um “bouleversement de l'économie du contrat”, quando a medida tomada, mesmo sendo genérica, afecta “um dado que possa considerar-se essencial, determinante da conclusão do contrato” ou “modifique um elemento essencial do contrato” (seja porque atenta contra o objecto essencial do contrato, seja porque altera o estado de coisas fundamentais em consideração do qual o cocontratante celebrou o contrato) e, que, por causa disso, ou além disso, o cocontratante tenha sofrido “um prejuízo especial”, distinto daqueles que, nas mesmas condições, foram suportados pelos outros operadores económicos (vg, medidas gerais de regulação do trânsito, com especial incidência sobre a economia de uma concessionária de transportes públicos) — sendo que, mesmo aí, há autores que remetem a hipótese para os quadros da imprevisão e não do *fait du prince*

Sendo verdade que, normalmente, uma medida genérica, que o contraente público adopte como “curador dos superiores interesses da colectividade”, não dá direito a uma compensação financeira, seja a que título for (imprevisão e *fait du prince*), julgamos que, em princípio, quando ela tenha um impacto específico num certo contrato ou categoria de contratos, o caso deve ser tratado como imprevisão e não como *fait du prince*.

É o que resulta, em nossa opinião, além da referência à “repercussão específica”, da equiparação ou agrupamento sistemático que se fez no artigo 314º do CCP entre a modificação unilateral e o *fait du prince*, sugerindo que as medidas a subsumir nesta figura são aquelas que ainda se relacionam, de alguma forma, com as matérias públicas implicadas no contrato. Com efeito, esse agrupamento só se justifica quando o *fait du prince* tenha algo que, além da nota subjectiva (proveniente do contraente público), possa assemelhá-lo à modificação unilateral, não quanto ao seu objecto, mas quanto ao seu impacto concretamente singular. Em certo sentido, aliás, tal agrupamento ou equiparação pode ser visto como uma forma de evitar situações de “desvio de procedimento”<sup>692</sup>, o que é também sinal da proximidade que, nestes casos, as medidas extracontratuais tomadas devem ter com o objecto do contrato. E, logo, um argumento para excluir as medidas gerais do Estado, mesmo que com um impacto específico em certos contratos — que devem ser analisadas ao abrigo do regime geral da alteração das circunstâncias e seus requisitos.

A linha pode ser ténue, reconhece-se, havendo casos em que é de facto difícil traçar as fronteiras entre as duas hipóteses, mas trata-se, ainda assim, de um conceito (ou de um critério) juridicamente operativo e que se funda, julgamos, em boas razões. No entanto, como dissemos atrás, alguns casos avançados pela doutrina suscitam-nos

---

(apesar de estar em causa uma medida do próprio contraente público). Ver Flamme, *Traité*, p. 635, Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, II, pp. 531 (nota 18) e 532, e Terneyre, *La responsabilité*, p. 156.

<sup>692</sup> Vieira de Andrade, *Lições*, p. 261.

dúvidas ou, melhor dizendo, seriam resolvidos nos termos desse critério de forma diferente.

Por exemplo, por nós, as medidas gerais de regulação do trânsito, com especial incidência sobre a economia de uma concessionária de transportes públicos, devem considerar-se, pela especialidade que tais eventos naturalmente podem ter em concessões dessas, como uma espécie de “regulação sectorial” e tratadas como um *fait du prince*. Só serão remetidas para o domínio da imprevisão as medidas de cunho marcadamente genérico, como as medidas de carácter económico ou social geral, as medidas de carácter monetário (quando fosse possível ao Estado ter uma palavra na matéria), as medidas fiscais, etc. Só estas, e similares, quando, por factores mais ou menos acidentais, se repercutam de forma específica num certo contrato (ou categoria deles), devem ser resolvidas no contexto da imprevisão. As demais convocam o instituto do *fait du prince*.

**13.6.1.3.** Além de se repercutir especificamente na posição contratual do cocontratante, a doutrina considera que essa repercussão deve ser *directa*, ou seja, que o evento imputável ao contraente público deve ser causa directa do “dano”<sup>693</sup>, que entre aquele e a diminuição das receitas ou agravamento das despesas não se interpuseram, de forma determinante, outros factos de terceiros ou da natureza.

Apesar de alguma doutrina considerar que há aqui um “pressuposto exigente de causalidade”<sup>694</sup>, julgamos que, em geral, deve funcionar no *fait du prince* o critério geral da causalidade adequada, só se excluindo a responsabilidade do contraente público quando o acto por ele praticado tenha sido apenas uma causa longínqua ou indirecta do dano ou quando entre possa concluir-se que, apesar desse acto, foram

---

<sup>693</sup> Assim, Vieira de Andrade / Sá Carneiro / Pena, *Acórdão*, p. 149, Cláudia Saavedra Pinto, por exemplo em “Ainda o Facto”, pp. 222 e ss, e Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, II, pp. 534

<sup>694</sup> Vieira de Andrade / Sá Carneiro / Pena, *Acórdão*, p. 149.



outros que entretanto ocorreram, de terceiros ou da natureza, a causa determinante do prejuízo sofrido pelo cocontratante.

**13.6.1.4.** Resta dizer, por último, repescando ideias que já ficaram referidas, que não há uma categoria de medidas que, em função da sua *natureza*, fique excluída, por natureza, do regime do *fait du prince*<sup>695</sup>.

Assim, devem considerar-se incluídas no conceito legal de “*decisão do contraente público*” quaisquer umas, desde leis, regulamentos e estatutos até actos políticos, actos administrativos, outros contratos, passando pelas próprias operações materiais ou até por recomendações ou advertências. O que releva é que se trate de uma medida que tenha alterado de forma anormal as circunstâncias em que o cocontratante decidiu contratar e sejam imputáveis ao contraente público.

As leis fiscais ou laborais, por exemplo, frequentemente citadas como casos em que não haveria qualquer direito do cocontratante, podem constituir um *fait du prince* se não forem gerais. Um imposto específico sobre as PPP – como chegou a ser equacionado entre nós –, assim como uma nova obrigação legal sobre os prestadores de certos serviços (de informática, de segurança, de saúde), são medidas que devem ser analisadas, como as demais, à luz do regime da lei sobre as vicissitudes contratuais, não havendo nelas qualquer “*especificidade natural*” que as torne imunes a essa análise<sup>696</sup>.

---

<sup>695</sup> Como se refere no documento acima citado do Banco Mundial, a propósito da “*change in law*”, “*for the avoidance of doubt, Applicable Law shall include any applicable statute, ordinance, decree, regulation, or by-law or any rule, circular, directive or any licenses, consent, permit, authorization, concession or other approval issued by any authority which has appropriate jurisdiction*”.

<sup>696</sup> O STA, por acórdão de 17.05.1995 (p. 18848), considerou que o aumento das taxas do IVA sobre as aquisições de bens destinados a salas de jogo das concessionárias das zonas de jogo não justificava uma modificação ou reposição do equilíbrio dos respectivos contratos, em termos, porém, que não são convincentes.

Da mesma forma, não deve colocar-se de parte a hipótese de a “decisão do contraente público” configurar um *contrato* que ele celebre com outro sujeito. Recorremos novamente ao exemplo da modificação unilateral de uma concessão (que passa a ser portajada, quando antes era em regime SCUT), que tem um impacto sensível e específico no tráfego que circula numa infraestrutura rodoviária fisicamente ligada a essa. Ora, sabendo-se que a introdução de portagens nessa outra concessão pode ser introduzida por acordo, não se vê que haja razões ponderosas que levem, por causa de uma circunstância que pode ser fortuita ou acidental, a enquadrar o mesmo facto num instituto diferente. Da mesma forma que o Estado pode celebrar um contrato com um operador que altera de forma anormal e específica as circunstâncias de um outro contrato seu. Nesses casos, pode sempre dizer-se que, subjacente a esses contratos (ao modificativo ou ao inicial), vai sempre subjacente uma decisão (de contratar) do Estado, em termos tais que, sem essa sua decisão, sem a sua vontade, as circunstâncias do outro seu contrato não se alterariam, permitindo assim dar como verificado o requisito da lei.

E o mesmo se diga das taxas, embora estas possam suscitar outros problemas, desde logo, se deve ou não atender-se ao valor da prestação pública como causa eventualmente excludente ou mitigadora do dever de reposição do equilíbrio financeiro.

A taxa, quando o é verdadeiramente, tem subjacente uma prestação de um serviço público (*lato sensu*) concreto e individualmente utilizado ou disponibilizado ao sujeito passivo, não um serviço — por muito importante que ela seja do ponto de vista dos interesses da colectividade — prestado de forma indistinta a um conjunto de pessoas.<sup>697/698</sup>. A lógica das taxas assenta num esquema de reciprocidade jurídica, do

---

<sup>697</sup> Ver, neste sentido, o artigo 4º/2 da Lei Geral Tributária, que, a propósito das taxas, se refere a uma “prestação concreta de um serviço público”.

<sup>698</sup> As taxas devidas especificamente pela prestação de serviços públicos pressupõem, portanto, como costuma assinalar a doutrina e o Tribunal Constitucional, a “utilização de serviços públicos

tipo *du ut des* (“dou para que me dê” ou “dou se me deres”), por força da qual um dos sujeitos da relação tributária (o sujeito passivo) está obrigado a efectuar uma prestação pecuniária e o outro (o sujeito activo) uma concreta e específica prestação de serviço público.

A questão portanto está em saber se o facto de ir associada à taxa uma prestação de serviço público afasta ou não o direito à reposição do equilíbrio financeiro.

Em primeiro lugar, há que distinguir consoante o serviço já existisse à data da celebração do contrato ou não. Se existia, só a sua tributação é superveniente, não havendo motivo para afastar ou mitigar o direito à reposição do equilíbrio financeiro, caso se verifiquem os demais requisitos do *fait du prince*. Se não existia — trata-se de um serviço novo e de uma taxa nova —, ainda assim o que releva essencialmente para efeitos de aferição do direito à reposição do equilíbrio financeiro é o facto de as taxas resultarem de um acto do Poder, com impacto específico no contrato, alterando a equação financeira original. E isto independentemente de os novos encargos a suportar terem ou não como contrapartida uma prestação de serviços, pois a verdade é que esses novos encargos financeiros foram juridicamente impostos ao cocontratante, sem o concurso da sua vontade. Só não será assim, julgamos, no caso de o serviço público subjacente às taxas ser prestado em *benefício directo* do cocontratante, trazendo-lhes vantagens à gestão do contrato, do ponto de vista das suas receitas ou encargos, que não teria doutro modo<sup>699</sup>.

---

individualizados”, de que o sujeito passivo seja concretamente destinatário, como sucede, por exemplo, com as propinas pagas pela prestação do serviço de educação pública, com as taxas moderadoras, pela prestação de serviços públicos de saúde, com a taxa de justiça, pela prestação de serviços de justiça, com as taxas emolumentares, pela prestação de serviços registais, com as taxas de certificação pública, devidas pela certificação de produtos para efeitos da sua comercialização, etc.

<sup>699</sup> Em Vieira de Andrade / Sá Carneiro / Pena, *Acórdão Arbitral*, p. 189, colocou-se uma questão de reposição do equilíbrio financeiro de uma concessão em virtude do surgimento, não de uma taxa (comutativa), mas de uma “contribuição financeira em favor de uma entidade pública”. De acordo com

## 13.7. O problema do risco

### 13.7.1. O risco do contrato

**13.7.1.2.** De acordo com artigo 312º, alínea a), do CCP, a alteração das circunstâncias só justificará o direito à (resolução ou à) modificação se, entre o mais, as suas consequências não estiverem cobertas ou abrangidas pelos “*riscos próprios do contrato*”, donde resultaria, portanto, que não haveria lugar a reposição se a alteração anormal (se os efeitos da medida adoptada pelo contraente público) se projectassem em domínios abrangidos pelo risco assumido pelo cocontratante<sup>700</sup>. *The loss lie where it falls.*

---

esse Acórdão, o problema estava em “saber se essa contrapartida, sendo fundamentalmente colectiva e não individualizável, exclui, ou não, a reposição do equilíbrio financeiro, nos casos em que haja uma imposição superveniente da contribuição a um grupo de co-contratantes do Estado, não havendo benefício específico, com expressão patrimonial, para cada um desses contraentes, individualmente considerado”, tendo-se concluído o seguinte:

- a) Haverá “lugar a reposição, porque a contribuição causa desequilíbrio, quando a contrapartida é difusa e visa sobretudo disciplinar o mercado regulado, em termos tais que não há um novo benefício para os «contribuintes» e a imposição se justifica pelo sobrecusto administrativo abstractamente imputável ao grupo – não há um serviço novo, que exclua ou compense o agravamento (patrimonial) dos custos em termos de eliminar ou excluir o desequilíbrio financeiro dos contratos”;
- b) Não haverá “lugar a reposição quando haja um serviço *serviço novo*, efectivamente prestado ao grupo, do qual cada um dos membros real ou presumivelmente beneficia, uma “utilidade de grupo”, de modo a existir uma correspectividade económica com expressão patrimonial potencial”.

Ainda de acordo com esse Acórdão, “no primeiro tipo de casos, designadamente quando a contribuição se destine a financiar despesas específicas de funcionamento administrativo, embora a imposição superveniente seja legítima, há lugar a reposição, por isso implicar um custo acrescido e não ter sido considerado no momento e no contexto da celebração do contrato”; diversamente, “no segundo tipo de casos, quando haja a criação de um novo serviço, que implique um benefício real para o grupo dos contribuintes, não há lugar a reposição, porque não há verdadeiro desequilíbrio, ainda que a contrapartida não seja, em termos económicos, para cada pessoa ou empresa, equivalente à contribuição” (p. 190).

<sup>700</sup> Como observa Oliveira Ascensão, “o art. 437º CC exige que «não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato». Não esteja coberta, o quê? Qual o sujeito da oração? Por conexão próxima seria a exigência das obrigações, mas não é decerto esta que não é abrangida pelos riscos próprios do contrato. A frase só pode referir-se à «alteração anormal»” (“Onerosidade excessiva”, p. 633).

É extramente complicado precisar o conceito de risco, havendo já quem tenha dito que ele é “o lado obscuro da técnica”<sup>701</sup> ou que “surge frequentemente envolvo numa penumbra semântica”<sup>702</sup>.

Em termos gerais, o risco próprio ou normal do contrato “é aquele que pertence à sua peculiaridade, é o risco ao qual cada parte se sujeita ao concluir o contrato. O risco constitui a álea normal do contrato e é-lhe intrínseco. O risco não coberto pelo contrato é-lhe extrínseco, alheio”<sup>703</sup>.

De acordo com algumas formulações, o “risco é um perigo pressentido, mas não comprovado; o perigo é um risco de altíssima probabilidade”<sup>704</sup>. Embora seja uma proposição correcta e que deve ser contextualizada (pois é normalmente com essa sua faceta que ele aparece no quadro da alteração anormal das circunstâncias, mas é sobretudo nesse sentido que ele é usado noutras disciplinas científicas)<sup>705</sup>, isso permite-nos chamar desde já a atenção para o facto de o risco não significar apenas possibilidade de perda ou a existência de uma situação de perigo. Esse é só o lado negativo do risco, a sua “*éventualité négative*”<sup>706</sup>. Ao conceito de risco vai igualmente associada uma possibilidade de ganho, no sentido de remuneração ou ou lucro acima do que seria esperado ou do que foi estimado. É o lado positivo do risco, a sua “*éventualité positive*”<sup>707</sup>. Em suma, o risco é uma incerteza, uma álea (embora

---

<sup>701</sup> Esteve Pardo, *apud* Carla Amado Gomes, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, 2007, Coimbra Editora, p. 224.

<sup>702</sup> Pedro Melo, *A distribuição do risco*, p. 61.

<sup>703</sup> Heinrich Hörster *A Parte geral do Código Civil Português*, Almedina, 2011, pp. 579 e 580.

<sup>704</sup> Carla Amado Gomes, *Risco*, p. 226.

<sup>705</sup> Ver Pedro Melo, *A distribuição do risco*, pp. 70 a 72.

<sup>706</sup> Thomas Pez, *Le risque dans les contrats administratifs*, Paris, LGDJ, n° 274, 2013, pp. 8 e ss. e 17 e ss.

<sup>707</sup> Thomas Pez, *Le risque*, pp. 8 e ss. e 19 e ss. No mesmo sentido, Pedro Melo, *A distribuição do risco*, pp. 72 e 73, e Giovanni di Giandomenico, *Il contratto e l'alea*, CEDAM, 1987, p. 91

previsível) e, como tal, algo que abrange eventualidades positivas ou negativas<sup>708</sup>.

Além de aparecer geralmente associado a um factor de perigo, o risco é também muitas vezes utilizado para representar a ideia de *evento imprevisível*, embora, uma vez mais, erradamente. O risco, enquanto conceito jurídico operativo no quadro dos contratos administrativos, é um “evento incerto, mas previsível”<sup>709</sup> ou, como refere de forma impressiva alguma doutrina, “*la prévisibilité est son essence*”, devendo assim distinguir-se a “*aléa prévisible*” das “*aléas imprevisibles*”, separando o risco da imprevisão ou, no nosso caso, da alteração das circunstâncias<sup>710</sup>. Por outras palavras, os riscos próprios do contrato não incluem “*todos aqueles riscos que, historicamente, levaram ao aparecimento do instituto do equilíbrio financeiro*”<sup>711</sup>, distinguindo-se assim do instituto da alteração das circunstâncias, que “*só opera em face de uma ocorrência imprevista pelas partes*”<sup>712</sup>. Em suma, “*o risco acaba onde começa a imprevisão*”<sup>713</sup>, impondo-se assim separar a álea normal (riscos ordinários) da álea extraordinária.

---

<sup>708</sup> No sentido de que o risco partilha com a álea a ideia de incerteza (“*incertitude*”), mas se distingue dela, como veremos já de seguida, pela ideia de previsibilidade (o risco é uma álea previsível), ver Thomas Pez, *Le risque*, pp. 14 e ss. e 23 e ss.

<sup>709</sup> Pedro Melo, *A distribuição do risco*, p. 76.

<sup>710</sup> Thomas Pez, *Le risque*, pp. 3 e 26 e ss. O problema não fica, com isso, plenamente resolvido, senão, claro, no plano dos conceitos, pois ficará sempre por saber, em concreto, qual a medida da previsibilidade que integra o risco. O referido autor apela ao critério do “*maximum prévisible*”, tomando por referência critérios de normalidade (p. 29).

<sup>711</sup> Menezes Cordeiro, “Contratos Públicos - Subsídios Para a Dogmática Administrativa, Como Exemplo no Princípio do Equilíbrio Financeiro”, *Cadernos O Direito*, nº 2, 2007, p. 111. Temos, porém, algumas dúvidas sobre se o risco corresponderá apenas, como refere o autor, àquelas “pequenas flutuações do dia-a-dia, que ao concessionário compete gerir”, parecendo-nos que pode ir além disso, até flutuações mais sensíveis, contanto não alcancem as notas da anormalidade e imprevisibilidade.

<sup>712</sup> Pedro Melo, *A distribuição do risco*, pp. 96 e 97.

<sup>713</sup> Pedro Melo, *A distribuição do risco*, p. 74.

**13.7.1.3.** Falar portanto de risco é falar de incerteza. O risco é incerteza<sup>714</sup>. É algo que as partes, ou uma delas, podem controlar mais (riscos endógenos ao contrato) ou controlar menos ou não controlar sequer (riscos exógenos ao contrato), mas é sempre uma álea feita de imprevistos. Normalmente, quando se fala de riscos, atende-se a factores externos ou exógenos. Como se afirma, por exemplo, na Directiva 2014/23/UE, sobre as concessões, o risco de exploração (da procura ou da oferta) “deverá decorrer de factores independentes do controlo das partes”, ou seja, “deverá ser entendido como um risco de exposição às incertezas do mercado que pode ser quer um risco ligado à procura, quer um risco ligado à oferta, ou ambos”.

Há sempre portanto incerteza. Ela nem sempre é a mesma, mas existe em todos os contratos, no sentido de que o desenvolvimento do programa contratual está sempre aberto a factores de risco externos.

Nuns casos pode resumir-se aos riscos políticos (álea legislativa), às situações de força maior, como acontecerá em qualquer contrato, incluindo uma normal aquisição de serviços, de bens ou de obras<sup>715</sup>, embora nestas hipóteses a incerteza não seja um elemento integrante do *tipo* contratual. Ou seja, por via de regra, tais contratos são comutativos, conseguindo as partes antecipar e avaliar, de forma mais ou menos segura, as respectivas vantagens, uma vez que as atribuições patrimoniais de cada uma delas estão fixadas à partida, no momento da celebração do negócio, encontrando-se os factores de risco sobretudo em sede extracontratual (a chamada *álea extracontratual*)<sup>716</sup>.

---

<sup>714</sup> Guido Alpa, “Rischio contrattuale”, em *Contrato e Impresa: dialoghi*, Pádua, 1986 (coord: Francisco Galgano), p. 621.

<sup>715</sup> No sentido de que o risco não está excluído dos chamados contratos públicos (as encomendas públicas), ver o Considerando 20 da Directiva 2014/23/UE e Thomas Pez, *Le risque*, pp. 237 e segs.

<sup>716</sup> Note-se que não tem de ser assim, ou seja, também nesses contratos pode haver álea contratual natural (variação, por exemplo, do preço dos materiais) ou induzida pelas partes, quando elas introduzem factores de risco inerentes ao próprio programa negocial (por exemplo, contrato de

Noutros, porém, o risco faz parte do *tipo legal* de contrato administrativo, é inerente a eles (álea intrínseca ou “*inhérent au contrat*”<sup>717</sup>), são contratos aleatórios<sup>718</sup> ou, talvez mais correctamente, parciários, como acontece nas concessões de obras e serviços públicos (artigo 413º do CCP), em especial, com o risco da procura (como, por exemplo, o risco de tráfego) ou da oferta (como, por exemplo, o risco da disponibilidade) – ao ponto de essa incerteza significar, sob pena de não haver risco, ao menos como ele é entendido no direito da União Europeia, não haver garantia de resultado positivo ou sequer de resultado neutro. Como se estabelece hoje no artigo 5º/1, alínea b) da referida Directiva, “o concessionário assume o risco de exploração quando, em condições normais de exploração, não há garantia de que recupere os investimentos efetuados ou as despesas suportadas no âmbito da exploração das obras ou dos serviços que são objeto da concessão. A parte do risco transferido para o concessionário envolve uma exposição real à imprevisibilidade do mercado, o que implica que quaisquer perdas potenciais incorridas pelo concessionário não sejam meramente nominais ou insignificantes”<sup>719</sup>.

Essa incerteza “pode incidir sobre a verificação do próprio fenómeno, sobre o momento da sua eclosão, sobre o tipo de efeitos que esta provocará, sobre o alcance destes efeitos, sobre o seu potencial lesivo. Por outras palavras, pode dizer-se que o risco se desdobra em dois elementos: a probabilidade de ocorrência de um evento, por um lado, e o potencial lesivo deste, por outro lado”<sup>720</sup>.

---

serviços de preço global para assessoria financeira em todos os casos em que os concessionários venham apresentar um pedido de reposição do equilíbrio financeiro.

<sup>717</sup> Thomas Pez, *Le risque*, pp. 482 e 483.

<sup>718</sup> Embora não se trate, naturalmente, de contratos de álea radical, dependentes da sorte (como nos jogos de fortuna ou azar).

<sup>719</sup> Sobre a medida do risco implicada nas concessões, e o problema que suscita o conceito de “efectiva transferência do risco, ver Pedro Leite Alves, “Reflexões sobre o regime legal das PPP”, *RCP*, nº 6 2012, pp. 15 e ss.

<sup>720</sup> Carla Amado Gomes, *Risco*, p. 227.



**13.7.1.4.** O “risco próprio do contrato” será portanto um risco cujos eventos (tipo de eventos com impacto no negócio) e respectiva medida lesiva (grau de impacto negativo no negócio) são, à luz da experiência normal das coisas e segundo um critério de justa medida, ponderados pelas partes quando procederam à sua distribuição no clausulado.

O critério pede que se tome em consideração o tipo de contrato em causa, a eventual existência de regulação contratual na matéria e o princípio da boa fé, sendo que tudo quanto se subsuma nessa álea normal ou ordinária (previsível) não dá lugar à reposição do equilíbrio financeiro, que só existe quando (i) haja consequências lesivas resultante de um facto imprevisível, com que as partes não podiam ter razoavelmente contado, ou (ii) haja consequências lesivas anormalmente graves de um facto com que as partes até podiam razoavelmente ter contado, mas não naquela medida, com aquele impacto (imprevisível, portanto).

Os contratos administrativos aleatórios não são contratos de álea radical (como nos jogos de fortuna e azar), mas de uma álea normal. Assim, as alterações e flutuações que não ultrapassam o risco contratual normal que as partes assumem, a álea do negócio jurídico, correm os seus efeitos por conta de quem assumiu o risco em causa. Para o efeito, há que saber, primeiro, quais as consequências que a alteração das circunstâncias projectou sobre a relação contratual e, depois, se elas ainda podem imputar-se à álea inerente ao tipo de contrato e à forma como as partes nele distribuíram o risco ou se, pelo contrário, exorbitam dela.

Quando portanto se diz que o risco acaba quando começa a imprevisão, ou que o risco recorta negativamente a cláusula *rebus sic stantibus*, a afirmação é correcta do ponto de vista conceitual ou técnico, mas não é suficiente para surpreender a complexidade do problema, que, estamos em crer, só se resolve satisfatoriamente com recurso a critérios de justiça contratual.

### 13.6.2. As espécies de risco

**13.6.2.1.** Na modelação jurídica de qualquer contrato, em especial, de uma concessão de obra ou serviço público (ou genericamente, de uma concessão translativa), o problema do risco e da sua distribuição representa um tópico fundamental, do qual pode depender o sucesso de um projecto (na perspectiva de qualquer das partes)<sup>721</sup>.

Embora a sua existência varie em função do projecto contratual em causa, os riscos são normalmente separados em duas categorias, consoante possam ou não ser controlados ou mitigados por uma das partes no contrato, a saber, os *riscos* ou *variáveis endógenos* e os *riscos* ou *variáveis exógenos*<sup>722</sup>, devendo, em princípio, ser alocados (atribuídos) a quem esteja em melhores condições para o controlar<sup>723</sup>.

---

<sup>721</sup> Sobre as diferentes matrizes de risco (“*risk matrix*”) nas PPP rodoviárias, ferroviárias e portuárias, saúde, energia, ver o relatório elaborado em 2012 pela Direcção-Geral do Tesouro e Finanças em [http://www.dgtf.pt/ResourcesUser/PPP/Documentos/Relatorios/2012/Relatorio\\_Anual\\_PPP\\_2012.pdf](http://www.dgtf.pt/ResourcesUser/PPP/Documentos/Relatorios/2012/Relatorio_Anual_PPP_2012.pdf)

<sup>722</sup> Egon Bockman Moreira, *Direito*, pp. 126 e seguintes.

<sup>723</sup> É o problema do “*risk allocation*”, que, por um lado, pede uma definição prévia de uma matriz com o enunciado de todos os riscos conhecidos e, de seguida, a identificação, para cada um deles, da parte contratual que está em melhores condições para o gerir e controlar e, logo, para o suportar. No âmbito dos contratos com *project finance*, a obra de referência na matéria era a de Graham D. Vinter, *Project Finance*, Thomson Sweet & Maxwell, 3ª edição, 2006, que na sua quarta edição passou a ser de Graham D. Vinter / Gareth Price / David Lee, *Project Finance*, 2013, Thomson Sweet & Maxwell. É igualmente muito reputada a obra de Jeffrey Delmon, *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure: an essential guide for Policy Makers*, Cambridge University Press, 2011.

Do ponto de vista do clausulado a inserir nos contratos e dos principais problemas e questões que devem ser abordados numa parceria público-privada de infraestruturas e serviços, o grande documento de referência é o *Standardisation of PF2 Contracts*, de 2012, do Governo inglês, e que pode ser consultado aqui: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/207383/infrastructure\\_standardisation\\_of\\_contracts\\_051212.PDF](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207383/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.PDF).

A matéria da alocação do risco é regulada com algum pormenor no Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, que abrange os contratos de concessão ou de subconcessão de obras ou de serviços públicos, de fornecimento contínuo, de prestação de serviços, de gestão e ainda os de colaboração (quando estiver em causa a utilização de um estabelecimento ou uma infraestrutura já existentes,

São normalmente considerados riscos exógenos o risco económico, o risco de força maior, o risco financeiro e o risco político (administrativo ou legislativo), que, com eventual excepção deste último, não podem ser controlados pelas partes envolvidas no contrato, não dependem da sua acção ou diligência; a sua origem transcende-as.

O *risco económico* (muitas vezes designado por risco comercial) é geralmente associado à “frequentação do estabelecimento” ou à procura ou oferta do serviço ou do bem em causa, típico nas concessões de obra e serviço público<sup>724</sup>. Como hoje se refere na Directiva 2014/23/UE, a “principal característica de uma concessão, ou seja, o direito de explorar obras ou serviços, implica sempre a transferência para o concessionário de um risco de exploração de carácter económico associado à possibilidade de não recuperar todos os investimentos efetuados nem as despesas suportadas com a exploração das obras ou dos serviços adjudicados em condições de exploração normais, mesmo se uma parte do risco fica a cargo da autoridade adjudicantes ou entidade adjudicante. Numa infraestrutura rodoviária, por exemplo, será o chamado “risco de tráfego”, a alteração do volume de tráfego ou da sua composição ou configuração (menos veículos pesados, por exemplo, que

---

pertencentes a outras entidades que não o parceiro público). Assim, no artigo 6º desse diploma prevê-se que o lançamento e a adjudicação do contrato de parceria

Pressupõem, entre outras coisas, a “*identificação discriminada e detalhada dos riscos a assumir por cada um dos parceiros*” e uma “*adequada atribuição de responsabilidades e partilha de riscos entre os parceiros públicos e privados*”. Depois, no artigo 7º dispõe-se que a “*partilha de riscos entre os parceiros públicos e privados deve estar claramente identificada contratualmente*”, devendo os “*os diferentes riscos inerentes à parceria (...) ser repartidos entre as partes de acordo com a respetiva capacidade de gerir esses mesmos riscos*”, prevendo-se ainda no número 2 desse artigo que “*os contratos devem incluir um anexo com a matriz de riscos, em formato de tabela ou outro de natureza semelhante, donde conste uma descrição sumária daqueles, que permita a clara identificação da tipologia de riscos assumidos por cada um dos parceiros*”.

Sobre a distribuição do risco nas concessões de obra pública, ver Pedro Melo, *A distribuição do risco*, pp. 145 e ss.

<sup>724</sup> De acordo com a Directiva 2014/23/UE, risco de procura é “o risco associado à procura efetiva de obras ou serviços que são objeto do contrato”. Risco de oferta é “o risco associado ao fornecimento de obras ou à prestação de serviços que são objeto do contrato, em particular o risco de a prestação de serviços não corresponder à procura”.

normalmente pagam taxas mais altas), que pode depender do contexto macroeconómico (crescimento da economia, crise económica) ou a factores microeconómicos ou específicos (por exemplo, a entrada em serviço de uma via concorrente)<sup>725</sup>.

Os *riscos financeiros* são aqueles que decorrem da inflação, da variação da taxa de juros (quando o projecto seja financiado a taxas de juros flutuantes ou os prazos das dívidas contratadas sejam inferiores ao prazo de concessão), da variação cambial (quando o fluxo de receitas e o fluxo de despesas são definidos em moedas distintas) ou do incumprimento (*default*) perante os bancos, este último, no caso das PPP em *project finance*.

Por sua vez, o *risco de força maior* corresponde ao risco da ocorrência de um evento que impeça o cumprimento do contrato, incluindo-se muitas vezes neste conceito, além das catástrofes naturais, das guerras e dos tumultos, também os achados arqueológicos, com a especificidade de serem, alguns deles, seguráveis.

Por último, os *riscos políticos* (onde se subsumem muitas vezes os riscos administrativos e legislativos) são os que resultam da acção dos órgãos políticos de um Estado, designadamente, dos seus órgãos legislativos, e abrangem tanto as medidas ordinárias de desenvolvimento da legislação (alterações à lei fiscal, à lei laboral, à lei ambiental, etc.), como medidas extraordinárias de natureza essencialmente política, como a expropriação ou estatização da concessão, a mudança de regime político, etc.<sup>726</sup>

---

<sup>725</sup> O risco de tráfego – ou em geral o risco da procura – pode também ele ser distribuído de diferentes formas, não tendo de ser alocado totalmente ao cocontratante: ver, por exemplo, o artigo de Gines de Rus / Gustavo Nombela, *Concesiones de plazo variable para la construcción y explotación de autopistas [Variable-term concessions for road construction and operation]*, de 2003 (que se encontrou disponível em [http://mpira.uni-muenchen.de/12653/1/MPRA\\_paper\\_12653.pdf](http://mpira.uni-muenchen.de/12653/1/MPRA_paper_12653.pdf)).

<sup>726</sup> Estes últimos são muitas vezes cobertos por seguros ou contratos de garantias do Banco Mundial (através da Agência Multilateral de Garantia de Investimentos).

**13.6.2.2.** Os riscos endógenos, por sua vez, compreendem os riscos de projecto, de construção, ambientais, os riscos de exploração e manutenção, os riscos de financiamento e o risco regulatório.

Os *riscos de projecto* (subdividindo-se pela fase de concurso e pela fase de contrato) correspondem geralmente aos riscos de planeamento e de obtenção de licenças e autorizações. Por sua vez, os *riscos de construção* correspondem ao incumprimento das cláusulas e especificações técnicas da obra (qualidade e fiabilidade), ao incumprimento do prazo contratual de execução da obra, aos problemas, atrasos, litígios e maiores custos com as expropriações, aos danos em infraestruturas próprias ou de terceiros ou acidentes com trabalhadores – e tanto podem resultar de factores económicos (aumento inesperado do custo de construção ou divergência imprevista entre o custo de construção e o fluxo de caixa projectado no orçamento inicial), como de factores técnicos (levantamentos geológicos ou uso de tecnologia inovadora). Os *riscos ambientais* prendem-se, em geral, com a chamada pós-avaliação ambiental e com o cumprimento das regras ambientais.

Por sua vez, os *riscos de exploração e manutenção* respeitam aos problemas e maiores custos com a cobrança de portagens, quando existam, a sinistralidade (acidentes dos utentes), desactualizações ou inovações, incumprimento dos níveis de qualidade, etc.. O *risco de financiamento* corresponde à obtenção e estruturação dos financiamentos necessários à execução do projecto e à gestão dos fluxos de caixa ao longo do período do contrato, designadamente, para garantir os compromissos assumidos com o “serviço da dívida”.

O chamado *risco regulatório* corresponde ao risco jurídico resultante dos poderes contratuais de intervenção do contraente público sobre a execução e gestão do contrato (atrasos na aprovação de projectos, modificação das taxas ou tarifas aplicadas aos utentes da obra ou do serviço, alargamento da categoria das pessoas beneficiárias de isenção tarifária, determinações de introdução de melhorias técnicas

ou operacionais do serviço, etc.). Além das medidas sancionatórias do incumprimento do contrato por parte do contraente público, a doutrina tem considerado que uma forma de mitigar o risco regulatório passa pela separação entre o poder do contraente público (ou do poder concedente) e o poder regulador, através da criação de agências reguladoras das concessões<sup>727</sup>.

### **13.6.3. Os riscos próprios do contrato enquanto requisito negativo do *fait du prince*?**

**13.6.3.1.** Vistos os termos gerais do problema do risco, a questão que se coloca é saber se a circunstância de o *fait du prince* ter um impacto em aspectos contratuais cujo risco corra por conta do cocontratante afasta a obrigação de reposição. Por outras palavras, o facto de o evento imputável ao contraente público provocar uma alteração mas apenas em aspectos situados nos riscos próprios do contrato é um requisito negativo do *fait du prince*?

A lei, como já se referiu, não é clara na matéria. Com efeito, enquanto no artigo 312º, alínea a), do CCP, se estabelece, a título geral, que o “contrato pode ser modificado (...) quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas (...) não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”, no artigo 314º/1, alínea a), na descrição do *fait du prince*, não se faz qualquer referência a esse propósito, limitando-se o legislador a exigir, como

---

<sup>727</sup> Sobre a tipologia completa dos riscos implicados nos contratos de PPP, em função de cada uma das infraestruturas em causa (rodoviárias, aeroportuárias, etc.), e onde nos baseámos em parte, ver um documento publicado em 2016 do Banco Mundial, disponibilizado no seu *site*, em [https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/GIHub\\_Allocating\\_Risks\\_PPP\\_Contracts\\_EN\\_2016.pdf](https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/GIHub_Allocating_Risks_PPP_Contracts_EN_2016.pdf).

Ver também, mas mais sumariamente, Pedro Melo, *A distribuição do risco*, pp. 146 e ss.

requisito especial dessa figura, ou, se se preferir, como seu elemento constitutivo, que a alteração anormal e imprevisível “se repercute de modo específico na situação contratual do co-contratante”.

Poderia assim argumentar-se que, havendo uma norma geral na matéria, que faz apelo à ideia de risco, e uma norma especial, que descreve os contornos do *fait du prince* sem se referir a esse requisito, prevaleceria esta última.

Sucedo que, além de falível, esse argumento é contrariado pelo próprio preceito legal sobre a reposição do equilíbrio financeiro, onde se dispõe, de forma clara, que o cocontratante só tem esse direito “quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais o cocontratante determinou o valor das prestações a que se obrigou” (artigo 282º/2 do CCP).

**13.6.3.2.** Apesar do sentido literal deste último preceito, que parece apontar em sentido contrário, a nossa opinião é que a questão dos riscos próprios do contrato não tem, em geral, relevo em matéria de *fait du prince*, é dizer, a circunstância eventual de a medida do contraente público ter um impacto em aspectos contratuais cujo risco corra por conta do cocontratante não afasta a obrigação de reposição.

Concorre nesse sentido, em primeiro lugar, a equiparação sistemática que se fez nas alíneas a) e b) do artigo 314º/1 do CCP, tratando ao mesmo tempo, com os mesmos efeitos, o *fait du prince* e a modificação unilateral. Ora, se na modificação unilateral também há lugar à reposição do equilíbrio financeiro e se nesse caso não existe qualquer dúvida de que o risco é sempre do contraente público — não fazendo sentido averiguar qual seja a repartição dos riscos entre as partes —, é de admitir, pelo menos, que a solução possa ser a mesma no *fait du prince*, apesar do aparente teor verbal em sentido contrário do artigo 282º/2 do CCP. Ou seja, estariam em causa

duas hipóteses cujo risco é legalmente do contraente público<sup>728</sup>.

Em segundo lugar, a exclusão do direito a uma modificação (compensadora) do contrato relativamente a efeitos lesivos que se projectem no âmbito dos riscos próprios assumidos pelo cocontratante só se justifica quando não estejam em causa medidas adoptadas pelo contraente público que se repercutam especificamente no contrato. Por outras palavras, o problema da delimitação do risco a cargo do cocontratante só pode ter lugar quando estejamos perante alterações imputáveis às circunstâncias da vida, a eventos exteriores à vontade das partes. Aí, sim, no domínio da *imprevisão*, pode haver lugar à definição de uma linha de fronteira entre as alterações imprevisíveis, mas cujos impactos devem ainda assim ser acomodados pelo cocontratante, justamente porque é seu o risco, ou se se trata de um caso em que os impactos devem ser partilhados entre os contraentes.

Diferentemente, quando a medida seja adoptada pelo contraente público fora dos seus poderes de conformação contratual e tenha um impacto específico na situação do cocontratante, o risco corre por conta do contraente público: é nisso que se traduz, afinal, o *fait du prince*<sup>729</sup>. Como se afirma em vários documentos sobre a alocação do risco, “*the risk of change in law sits with the Contracting Authority*”<sup>730</sup>.

Por outras palavras, este instituto ou, se se preferir, o artigo 314º/1, alínea a), do CCP serve justamente para delimitar uma esfera de risco do contraente público, não

---

<sup>728</sup> Sustentando que o facto do príncipe suscita problemas idênticos àqueles que decorrem do exercício dos poderes de modificação e resolução unilateral, “nomeadamente quanto à tutela do cocontratante da administração, ao qual não deve ser imputado o risco do facto do príncipe”, Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado Matos, *Direito*, III, p. 422.

<sup>729</sup> No sentido de que no caso do *fait du prince*, mais concretamente, no caso da alínea a) do artigo 314º/1 do CCP, não terá, em regra, sentido operativo o limite da não cobertura pelos riscos contratuais, Vieira de Andrade, A propósito do regime do contrato administrativo no «Código dos Contratos Públicos», em *Estudos de Contratação Pública*, II, 2010, Coimbra Editora, p. 33.

<sup>730</sup> Ver o documento do Banco Mundial sobre a alocação de riscos em [https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/GIHub\\_Allocating\\_Risks\\_PPP\\_Contracts\\_EN\\_2016.pdf](https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/GIHub_Allocating_Risks_PPP_Contracts_EN_2016.pdf).



se justificando assim que, no momento da reposição, se tenha, em geral, como regra, de averiguar a repartição do risco entre eles.

**13.6.3.3.** Aliás, se, como se viu, a alteração das circunstâncias resultante do *fait du prince* há-de ser anormal e se essa anormalidade exorbita, por definição, da esfera do risco assumido pelo cocontratante (como vimos atrás, o risco termina ali onde começa a imprevisão, no sentido de alteração imprevisível e anormal das circunstâncias), não faz sentido, uma vez constatada essa anormalidade, averiguar ainda, por regra, se não se tratará de um risco alojado na esfera do cocontratante.

A ideia do legislador, com o artigo 282º/2 do CCP, terá sido assim apenas a de admitir que, em alguns casos excepcionais, possa existir uma *regulação legal* (eventualmente contratual) *específica* que estabeleça regras especiais na matéria, como, por exemplo, que determinado aspecto do contrato corre sempre por risco do cocontratante ou definindo parâmetros (quantitativos) a partir dos quais ou até aos quais o risco (pela alteração das circunstâncias imputável ao contraente público) corre por conta de uma ou outra parte.

É, por nós, este o significado útil do artigo 382º/2 do CCP, na parte em que estabelece que o cocontratante só tem direito à reposição do equilíbrio financeiro “quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais o cocontratante determinou o valor das prestações a que se obrigou”. Essa proposição está posta, portanto, para prevenir o intérprete para a eventual existência de regras legais especiais na matéria do risco, sem prejuízo de, em regra, o *fait du prince* correr por conta e risco do contraente público, sem necessidade de averiguar, designadamente, se porventura a medida tem impacto em aspectos do contrato cujo risco corra por conta do cocontratante, pois, mesmo aí, repete-se, o risco passa a ser do contraente público.

**13.6.3.4.** Daqui resulta, portanto, que há uma importante distinção a fazer entre *esfera do risco* (próprio do contrato, relevante em geral para o tema da alteração imprevisível das circunstâncias) e *eventos* (imputáveis ao contraente público) *com impacto na esfera do risco*.

O risco da procura ou da demanda, assumido pelo cocontratante, não significa que corram por sua conta todos os eventos com implicações sobre a procura. Ou seja, há eventos que têm impacto específico sobre o contrato, reduzindo, por exemplo, a utilização da infraestrutura (rodoviária, hospitalar, portuária, etc.) objecto da concessão, e que configuram situações enquadráveis no risco de tráfego, que corre por conta do cocontratante, mas, por outro lado, também é seguro que nem todos os eventos que produzam efeitos sobre o tráfego, reduzindo-o, configuram situações enquadráveis nesse risco.

Para se saber então em que categoria é que deve subsumir-se cada situação da vida há que recorrer ao critério que define a matriz de risco (legal e/ou contratual) de cada contrato, a saber, os preceitos de lei e as cláusulas que definem o risco de tráfego e as que, por sua vez, estabelecem os eventos geradores do dever de reposição do equilíbrio financeiro do contrato, como no caso do artigo 314º/1, alínea a), do CCP.

Ambas concorrem para o sentido e alcance da matriz de risco e, note-se, concorrem em igual medida, não havendo em princípio prevalência de umas sobre as outras.

Assim, é verdade que o risco da procura é, em termos técnicos, um risco próprio do contrato, ou seja, uma álea que corre por conta do cocontratante, querendo com isso dizer-se que as oscilações sentidas na utilização da infraestrutura que sejam imputáveis às circunstâncias da vida, a eventos exteriores à vontade das partes ou a eventos imputáveis à vontade do contraente público mas com alcance geral (no

sentido em que não têm um impacto específico nas actividades concessionadas), devem ser acomodadas pelo cocontratante, justamente porque é seu o risco.

Mas para definir e delimitar esse risco é necessário tomar em igual consideração os preceitos da lei ou as cláusulas do contrato que estabelecem os casos em que há direito à reposição do equilíbrio financeiro, pois, se sobrevier um evento aí subsumível, então é porque se trata de um caso de risco do contraente público.

Assim, se o contraente público decide, por um qualquer motivo, reduzir as prestações contratadas (vg, a infraestutura deixa de ligar de forma contínua duas localidades, como estava previsto), com diminuição da procura, já não se trata aí de um risco que corra por conta do cocontratante, mas de um acto imputável ao contraente público que modifica unilateralmente as condições de desenvolvimento das actividades integradas no contrato, gerador do dever de reposição do equilíbrio financeiro. Risco da procura ou da demanda e eventos com impacto sobre a procura são, portanto, duas realidades juridicamente diferentes.

Da mesma forma, se o contraente público, nas suas vestes de autoridade pública extracontratual, resolve criar um tributo extraordinário e especial (vg, “tributo por maior comodidade de circulação”) – cumulável com as taxas de portagens –, aplicável aos utentes utilizadores da infraestrutura, com consequências sobre a afluência de tráfego, também será um caso de risco público, não de risco do cocontratante.

Em suma, o risco da procura que corra por conta do cocontratante não abrange o risco associado a qualquer evento que possa dar origem à redução da procura<sup>731</sup>.

---

<sup>731</sup> Isto sucede também, naturalmente, nos casos gerais da imprevisão ou da força maior. Assim, se se verificar um caso de força maior que tenha um impacto sobre a procura, as consequências daí resultantes não correm por conta do cocontratante, mesmo que seja dele o risco da procura, mas por conta do contraente público (se se tiver associado, no contrato, o caso de força maior à

Assim, reportando-nos apenas ao *fait du prince*, quando um certo risco é alocado a uma das partes, por exemplo, o risco da demanda, o que resulta daí, de acordo com as boas práticas jurídicas em matéria de partilha de riscos, é que a redução da procura que decorra de circunstâncias fortuitas e aleatórias, não imputáveis, portanto, ao contraente público, correm, em princípio, por conta do cocontratante, salvo se se verificarem os requisitos da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias (imprevisão). Quando, diversamente, a redução da procura resulte de um *fait du prince* é risco público, por definição legal, não cabendo portanto ao caso a discussão sobre a delimitação de riscos e imprevisibilidades.

**13.6.3.5.** É como se os preceitos legais ou as cláusulas contratuais que alocam os riscos ao cocontratante fossem *cláusulas gerais*, que não se aplicam quando ocorra um evento que se subsuma num *regime especial*, como acontece com as hipóteses previstas na lei ou no contrato que se reportem à reposição do equilíbrio financeiro.

O cocontratante, portanto, assume o risco da procura e correm por sua conta as consequências decorrentes de eventos com impactos negativos sobre a procura, mas só se e na medida em que esses eventos e suas consequências não hajam sido legal ou contratualmente imputados ou assumidos pelo contraente público, dando-se primazia às *disposições especiais* quando se verificarem os respectivas condições de

---

reposição do equilíbrio financeiro) ou de modo partilhado, procedendo-se à modificação do contrato ou à atribuição de uma compensação financeira ao cocontratante (artigo 314º/2 do CCP).

Imagine-se que havia uma derrocada de terras, resultantes de chuvas anormais, que impossibilitava a utilização, durante meses, de uma certa infraestrutura, com impactos graves sobre a procura. Numa hipótese destas, não pode dizer-se que, como o cocontratante assume integralmente o risco da procura inerente à “frequentação do estabelecimento”, é ele que deve arcar com as consequências desse facto, pois, como é evidente, o que haverá aí é um caso de força maior, gerador de uma modificação do contrato ou de uma compensação financeira (ou, se for o caso contratualmente previsto, da reposição do equilíbrio financeiro). Risco da procura ou da demanda e eventos com impacto sobre a procura são duas realidades juridicamente diferentes.

aplicação. Em suma, as cláusulas de imputação do risco ao cocontratante devem ser vistas como um regime geral, cedendo o passo às disposições (contratuais ou de lei) especiais de assunção da “responsabilidade pelo equilíbrio” por parte do contraente público.

É essa a única interpretação conforme ao espírito que preside às regras de distribuição do risco nos contratos administrativos, que pressupõe uma alocação racional do risco pelas partes.

### 13.7. Conclusões finais

A imputabilidade da decisão ao contraente público, a repercussão específica na posição contratual do cocontratante e a maior onerosidade ou o impacto minimamente sensível na economia do contrato são os elementos caracterizadores do *fait du prince*.

Não é necessário que exista uma alteração imprevisível ou sequer que essa alteração seja anormal, no sentido de um *bouleversement* do contrato ou sequer de um efeito negativo grave. Basta, como se disse, que haja um impacto negativo que exceda a medida dos danos de “pequena gravidade”, que não consubstanciem uma lesão propriamente dita (atendendo ao contrato em questão).

Por outro lado, o risco, no *fait du prince*, é do contraente público, não cabendo assim equacionar, nesse contexto, o risco normal ou próprio do contrato em causa, senão na medida em que o contrato disponha especificamente sobre a matéria. Ou seja, o tema do risco só é verdadeiramente relevante caso as partes hajam regulado no contrato algumas hipóteses especiais de medidas imputáveis ao contraente público, afastando a sua relevância ou estabelecendo os patamares mínimos a partir dos quais se constitui o direito à reposição do equilíbrio financeiro, etc.

Da mesma forma, o *fait du prince* não depende, em nossa opinião, da prova de que, havendo uma alteração das circunstâncias, “a exigência das obrigações (...) assumidas [pelo cocontratante] afecte gravemente os *princípios da boa fé*” [artigo 312º, alínea a), do CCP]<sup>732</sup>.

Esse será, sim, eventualmente, um requisito da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias não imputável ao contraente público, designadamente, no âmbito do regime da imprevisão (artigo 314º/2 do CCP). O princípio da boa fé, no contexto do *fait du prince*, pode servir de orientação genérica do intérprete, para saber se, em alguns casos especiais, poderá eventualmente mitigar-se o dever de reparação integral<sup>733</sup>, ou até mesmo como tópico de interpretação dos restantes requisitos (por exemplo, na qualificação do que deva entender-se por dano especial ou minimamente sensível), mas não é, repete-se, um elemento constitutivo da respectiva figura. O que se compreende, atendendo a que, no *fait du prince*, a autoria e a responsabilidade pelo facto corre por conta do contraente público.

Por último, e apesar do que se estabelece na parte final do artigo 282º/2 (“desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos”), o conhecimento (ou dever de cognoscibilidade), por aquele, dos pressupostos “nos quais o cocontratante determinou o valor das prestações a que se obrigou” também não constitui um requisito do *fait du prince*<sup>734</sup>.

Aliás, possivelmente, não se trata sequer de um requisito da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, se, como parece, se quis fazer aí uma referência à “pressuposição” comum das partes da teoria de Windscheid, que hoje, como já se

---

<sup>732</sup> No mesmo sentido, Vieira de Andrade, “A propósito”, p. 33.

<sup>733</sup> Como também admite Mark Kirkby, “Contratos sobre o exercício”, p. 437 e 438.

<sup>734</sup> Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado Matos, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2010, p. 411, criticam esta solução, considerando-a excessiva e mesmo, “porventura, em alguns casos, inconstitucional por violação da garantia constitucional do artigo 62º, nº 2, CRP; para assegurar o interesse público”, dizem, “bastaria que se exigisse que a alteração dos pressupostos fosse objectivamente comprovável”.

disse, é rejeitada pela doutrina civilista.

Assim, o que releva no *fait du prince* é a existência de um acto do contraente público que altera objectivamente as condições (jurídicas, técnicas ou operacionais) específicas de desenvolvimento e execução do contrato e se repercute negativamente na posição económico do cocontratante. Na medida em que isso esteja provado, é em regra irrelevante o conhecimento ou não que o contraente público tivesse sobre a importância, para o contrato ou para o cocontratante, dessas condições objectivamente alteradas (ou, para utilizar a terminologia da lei, desses “pressupostos”). Sem prejuízo, porém, de, na generalidade dos casos, seja por considerações de boa fé ou até mesmo de bom senso, o contraente público saber (ou não por ignorar, quais as condições contextuais (jurídicas, técnicas ou operacionais) que importam para o desenvolvimento e execução do contrato nos termos em que ele foi contratado.

#### 14. A questão da ilicitude do *fait du prince*

14.1. Se há ponto em que a doutrina converge é no de que as medidas associadas às vicissitudes contratuais consubstanciadas no exercício de poderes públicos gerais, e que podem dar origem à reposição do equilíbrio financeiro nos termos da alínea a) do artigo 314º/1,<sup>735</sup> são medidas “lícitas”<sup>736</sup>, legítimas, que não violam os respectivos parâmetros de juridicidade e, como tal, medidas enquadráveis na chamada responsabilidade *sans faute* do contraente público<sup>737</sup>. E que, portanto, aquelas

---

<sup>735</sup> Como, em geral, também as que ocorrem no quadro da imprevisão por acto de autoridade distinta do contraente público (artigo 314º/2).

<sup>736</sup> Assim, apenas como exemplo, Christophe Guettier, *Droit*, p. 464, L. Richer, *Droit*, p. 263 — a expressão é idêntica em ambos (“*mesure légalement prise*”) —, e Cláudia Saavedra Pinto, *O Facto*, p. 13 (“acto lícito de poder”) e também em “Ainda o facto”, pp. 213 e 214.

<sup>737</sup> Laubadère/Moderne/Devolvé, *Traité*, p. 553 e 554, Flamme, *Traité*, p. 633 e, em especial, Terneyre, *La responsabilité*, pp. 163 a 166.

medidas que correspondam a um exercício ilegítimo de tais poderes – seja por razões gerais, seja por razões mais específicas ligadas à protecção da confiança que o contrato celebrado tenha gerado – não devem ser enquadradas aí, mas na *responsabilidade por acto ilícito*, constituindo o seu autor (não a outra parte no contrato) no dever de indemnizar a parte lesada<sup>738</sup>.

A questão, porém, tem sido assumida, a nosso ver, de forma algo acrítica, sem ponderar as respectivas consequências, havendo dúvidas sobre se não se estará realmente perante um requisito que acresça aos que são definidos por lei e que faça parte dos elementos constitutivos de tais direitos do cocontratante. Aliás, o legislador, no enunciado dos requisitos das figuras em causa [artigo 312º, alínea a), e artigo 314º, número 1, alínea a) e número 2, do CCP], refere-se apenas, entre outros, à alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, não adiantando, sequer implicitamente, que a medida que tenha provocado essa alteração há-de ser legítima e conforme com o “bloco legal”. A licitude, *rectius*, a legalidade da medida não consta expressamente entre os requisitos de que o legislador faz depender a constituição dos direitos a favor da parte lesada em caso de *fait du prince* (e também no quadro da imprevisão).

No entanto, se é assim no enunciado do requisito da figura, as coisas poderiam passar-se de forma um pouco diferente no plano da consequência que lhe vai assinalada. Aí seria já possível encontrar alguns indícios de que o legislador teria eventualmente partido do pressuposto da licitude das medidas perturbadoras do contrato: com efeito, enquanto a responsabilidade por acto ilícito constitui o seu autor no *dever de indemnizar*, seja reconstituindo a situação que existiria hoje se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação, seja pagando uma soma em

---

<sup>738</sup> É essa também a posição de Christophe Guettir, *Droit*, p. 625: “só as medidas regulares (legais) da pessoa pública contratante são de natureza a constituí-la em responsabilidade contratual «sans faute». Se as medidas forem irregulares (ilegais), a responsabilidade deve ser procurada no terreno «de la faute», que será necessário provar”.



dinheiro (quando a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa)<sup>739</sup>, as figuras aqui em causa não se reconduzem ao esquema indemnizatório, muito menos ao da restauração *in natura*, gerando antes um dever de reposição do equilíbrio financeiro (ou, na hipótese da imprevisão, na modificação do contrato ou na atribuição de uma compensação financeira), indício, portanto, de que elas se diferenciam, por uma qualquer forma, dos actos e medidas que implicam um dever de indemnizar. E esse ponto de diferenciação seria justamente por estarem aqui em jogo medidas lícitas, conformes ao Direito.

Aliás, se é verdade que é quanto ao *fait du prince* que a natureza lícita da medida é mais comunmente afirmada, embora aí a consequência passe por um instrumento (reposição do equilíbrio financeiro) que, embora distinto do dever de indemnizar, se pauta igualmente por um critério de integral reparação, as consequências imputáveis à imprevisão por acto de terceiro (ou seja, a modificação do contrato ou a compensação financeira, segundo juízos de equidade) se compreendem também em função dessa mesma licitude<sup>740</sup>.

Por outro lado, o regime legal de ambos os eventos (tanto do facto do príncipe, como da imprevisão decorrente de acto de terceiro) parte do pressuposto de que o problema se há-de resolver contratualmente, pelos próprios contraentes, sem interferência do autor da medida (seja o contraente público na qualidade de poder geral, seja o terceiro), o que significa também que o impacto decorrente de tal medida é inevitável para os contraentes, é dizer, que a alteração das circunstâncias é, para eles, algo de “fatal” e irremovível. Ora, a inevitabilidade da alteração das circunstâncias, do seu impacto contratual, num caso e noutro, só se justifica quando

---

<sup>739</sup> Cf. artigo 3º do RJRCEEP (“obrigação de indemnizar”).

<sup>740</sup> Se compreendem também, note-se, e não exclusivamente, em função dessa circunstância, pois as tais consequências justificam-se igualmente por se tratar de um acto estranho às partes, cujo impacto considera o legislador não dever recair apenas sobre uma delas.

ela seja resultado ou produto de um acto lícito (legal). Se se tratasse de um acto ilegal, a ordem jurídica coloca, em princípio, à disposição das partes, da parte lesada, remédios (de acção ou de reacção) destinados à remoção de tal acto e respectivo impacto.

Em suma, apesar de não o referir expressamente, há, mesmo abstraindo da própria construção dogmática das figuras, indícios de que a lei poderá ter partido do pressuposto da licitude (legalidade) das medidas.

**14.2.** A questão, porém, não é essa, mas a de saber se a eventual ilegalidade ou ilicitude do acto do contraente público (adoptado fora do exercício dos seus poderes de conformação contratual) prejudica que se constitua a favor da parte lesada o direito à reposição do equilíbrio financeiro, no caso de se entender que ele é reconhecido por lei com base no pressuposto da licitude, passando a caber ao caso um direito de indemnização, mas a fazer-se valer, nesse caso, extracontratualmente (contra a pessoa do contraente, mas não nessa sua qualidade).

À partida, poderia dizer-se que, como o direito à indemnização (que se constitui por via do acto ilícito) será, em tese, mais favorável à parte lesada do que os mecanismos postos por lei para os actos lícitos, não se justificaria saber se uma pessoa pode, tendo à sua disposição remédios mais vantajosos, fazer uso dos menos vantajosos.

A proposição só em limitada medida é verdadeira. E possivelmente nem seria por esse motivo, ao menos a título principal, pois, como já se disse, a reposição do equilíbrio financeiro rege-se por um princípio de integral reparação, que, do ponto de vista da tutela dos interesses patrimoniais da parte lesada, não se diferencia sensivelmente do dever de indemnização<sup>741</sup>. No entanto, apesar desta relativa

---

<sup>741</sup> Só portanto na parte relativa à imprevisão por acto de terceiro é que haveria uma mais fraca tutela dos interesses patrimoniais da parte lesada, na medida em que o critério da equidade posto no

paridade entre o dever de indemnização e o dever de reposição do equilíbrio financeiro, não pode esquecer-se que os requisitos de que a lei faz depender a constituição do direito em caso de *fait du prince* são mais exigentes do que quando há um *acto ilícito*. Por outras palavras, os requisitos da reparação dos danos em caso de acto lícito e em caso de acto ilícito são diferentes, mais exigentes e específicos no primeiro caso, menos exigentes e nos termos gerais do direito (ilicitude, culpa<sup>742</sup>, dano e nexa de causalidade entre o facto ilícito e o dano) no segundo. É assim estando em causa uma medida da função administrativa. Tratando-se de uma medida da função legislativa, o RJRCEEP exige já que os danos sejam “anormais” (artigo 15º/1), ou seja, “que, ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito” (artigo 2º).

Assim, se, por exemplo, um regulamento municipal ilegal provoca danos específicos num cocontratante do município este tem direito a uma indemnização sem necessidade de provar que a alteração foi anormal e imprevisível, nem que a manutenção tal qual das suas obrigações é contrária aos princípios da boa fé, uma vez que esses são requisitos apenas da perturbação lícita ou, se se preferir, porque uma alteração das circunstâncias por acto ilícito é, para quem a sofre, anormal e imprevisível<sup>743</sup>.

**14.3.** Por outro lado, se a licitude for um requisito do *fait du prince* isso significa que, em caso de ilicitude, a parte lesada não poderá naturalmente prevalecer-se do direito

---

artigo 314º/2 do CCP funciona como fundamento de uma certa distribuição dos efeitos danosos, não sendo equivalente, nessa perspectiva, ao dever de indemnização.

<sup>742</sup> Que, aliás, se presume (“presume-se a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos”), nos termos do artigo 10º/2 do RJRCEEP.

<sup>743</sup> Como também não teria de provar que o impacto se verificou fora da esfera dos riscos que assumiu no contrato (uma vez que só pode falar-se em risco contratual perante actos lícitos do poder de outrem) — embora, como dissemos atrás, também não deva exigir-se este requisito, ou esta prova, no domínio do *fait du prince*.

à reposição do equilíbrio financeiro perante o seu contraente, mas apenas do direito de indemnização perante o autor da medida, na qualidade em que a adoptou<sup>744</sup>. Ou seja, o problema deixa a esfera do contrato (da “responsabilidade” contratual e do contencioso contratual) e passa para a esfera extracontratual (da responsabilidade extracontratual e do contencioso que seja aplicável à medida).

E, em tese, necessariamente: com efeito, se a doutrina admite que, em caso de acto lícito, a parte contratante lesada pode optar por demandar directamente o autor da medida no quadro da teoria geral da responsabilidade do Estado e demais pessoas colectivas públicas<sup>745/746</sup> – proposição que se justifica mais nos casos ditos de imprevisão (acto de terceiro), mas que também se aplica ao *fait du prince*, designadamente se se entender, como nós, que cabem também aí actos de terceiro (por exemplo, do Governo) quando esteja em causa contratos da sua administração indirecta –, em caso de acto ilícito não há, para a parte lesada, se a figura do *fait du prince* pressupuser licitude, alternativa ao esquema extracontratual, apenas lhe sendo dado demandar, nesse domínio (extracontratual), o autor da medida.

**14.4.** Note-se ainda que quando se faz referência à ilicitude, ela não deve ser confundida com a ilegalidade. A ilicitude é algo que acresce à antijuridicidade objectiva, pelo que o facto de o binómio aqui relevante ser, não entre medidas legais e ilegais, mas entre medidas lícitas e ilícitas, introduz um outro factor de complexidade. Mais concretamente, estando em causa medidas jurídicas, pode acontecer que se constate a sua ilegalidade (em sentido amplo), mas que não haja ilicitude.

---

<sup>744</sup> A proposição vale, em igual medida, para a imprevisão por acto jurídico de terceiro.

<sup>745</sup> Por exemplo, Laubadère/Moderne/Dèvolvé, *Traité*, p. 524.

<sup>746</sup> Seja na responsabilidade por acto lícito, seja, para quem a autonomize, na chamada indemnização pelo sacrifício.

Assim, a ilicitude desdobra-se hoje em dois planos ou dimensões: uma dimensão objectiva e uma dimensão subjectiva<sup>747</sup> ou uma dimensão de conduta e uma dimensão de resultado<sup>748</sup>. A primeira (a dimensão objectiva ou de conduta) reconduz-se, nos termos do artigo 9º do RRCEE, à violação das disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares e à infracção de regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado<sup>749</sup>. Por sua vez, a dimensão subjectiva ou de resultado consubstancia-se, nos termos do mesmo preceito legal, na “ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos”, ou seja, de posições jurídicas substantivas. Só a verificação conjunta das duas dimensões permite afirmar um ilícito.

Embora a dimensão subjectiva não se traduza apenas na lesão de direitos, mas também de interesses legalmente protegidos, de qualquer forma, só uma *ilegalidade qualificada* é que configura um acto ilícito gerador de responsabilidade. É, pois, necessário, nos casos concretos, determinar a relação existente entre as normas e

---

<sup>747</sup> Como propõem, por exemplo, Carlos Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, 2011, pp. 178 e seguintes, e Mário Aroso de Almeida, em anotação ao artigo 9º do RRCEE, constante do *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Editora, 2013, pp. 240 e seguintes.

<sup>748</sup> Como propõe Vieira de Andrade, *A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil do Estado e demais entes públicos*, em RLJ, Ano 137º, 2007-2008, n.ºs 3946-3951, p. 365.

<sup>749</sup> Havendo ainda quem autonomize a hipótese do funcionamento anormal do serviço – referida no artigo 9º/2 do RRCEE – como uma terceira dimensão da ilicitude objectiva (é o caso de Mário Aroso de Almeida, em anotação ao artigo 9º do RRCEE, constante do *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Editora, 2013, pp. 243 e 244) e quem, ao invés, considere que o legislador pretendeu apenas explicitar que, “mesmo que não seja possível identificar o autor material da acção ou da omissão ou os danos sejam imputáveis a uma actuação do serviço globalmente considerado, não deixa de considerar-se o facto como ilícito para efeito de responsabilidade administrativa” e que, portanto, ainda que haja funcionamento anormal do serviço, é sempre necessário reconduzir o caso a uma das duas formas de ilicitude objectiva, ou seja, à violação das disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares e à infracção de regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado (assim, Carlos Cadilha, *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, 2011, pp. 195).

princípios violados e a esfera jurídica substantiva do particular, de forma a determinar se aqueles comandos jurídicos tinham (também) por fim a protecção dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos<sup>750</sup>. Questão que se complica se a medida for ilegal por razões formais: se não houvesse lugar à figura do *fait du prince*, caberia, nestas hipóteses de actos formalmente inválidos, responsabilidade por acto ilícito ou seria apenas configurável uma responsabilidade por acto lícito ou uma indemnização pelo sacrifício?<sup>751/752</sup>.

---

<sup>750</sup> Cfr. Rui Medeiros, *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Coimbra, 1992, pp. 168 e ss., e Margarida Cortez, *responsabilidade Civil da Administração por Actos Administrativos ilegais e Concurso de Omissão Culposa do Lesado*, Coimbra, 2000, p. 70 e ss..

<sup>751</sup> A distinção entre a responsabilidade por acto lícito e a indemnização pelo sacrifício não é fácil de fazer e a lei não se refere às duas figuras autonomamente. De acordo com Vieira de Andrade, “A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado Social”, RLJ, ano 140º, nº 3969, pp. 354 e 355, a distinção deve fazer-se nos seguintes termos: “a indemnização pelo sacrifício resulta da circunstância de um acto do poder público, de carácter geral, ocasionar, indirectamente, prejuízos especiais e anormais, que devem ser compensados para garantir a reposição da igualdade dos particulares na contribuição para os encargos públicos. Trata-se de um instituto especialmente vocacionado para a compensação de prejuízos decorrentes de medidas de cunho normativo – “regulating” na terminologia anglo-saxónica -, medidas que visam um fim público de interesse geral, mas das quais resultam situações concretas que, de forma indirecta, envolvem, para determinadas pessoas ou grupos, prejuízos colaterais, patrimoniais ou pessoais, juridicamente relevantes. Já a responsabilidade por acto lícito resulta da adopção de uma medida administrativa lícita (acto ou norma imediatamente operativa), mas que acarreta directamente e intencionalmente a lesão ou a ablação – “taking”, na terminologia anglo-saxónica -, de posições jurídicas subjectivas, lesão justificada, que tem de ser reparada pela comunidade através da indemnização dos danos patrimoniais ou pessoais provocados pela medida”.

Em resultado desta diferença, “a indemnização pelo sacrifício não tem função reparadora de danos, mas, sim, uma função compensadora de prejuízos”, ao contrário do que sucede no quadro da responsabilidade por acto lícito, “existe uma posição jurídica subjectiva do particular que é lesada por incidência directa do acto do poder público e que pode justificar a reparação na medida da reconstituição dos danos, incluindo o dano da confiança”.

<sup>752</sup> Como se sabe, a jurisprudência tem vindo a sublinhar, a propósito dos vícios formais, que a ilicitude é aferida em função do âmbito de protecção concreto de formas jurídicas específicas e não em função do princípio genérico da legalidade. Assim, a ilicitude dos actos administrativos não decorra da simples violação do princípio da legalidade, mas sim da ofensa dos bens jurídicos que as normas violadas visavam salvaguardar (ver acórdãos do STA de 28.11.2007, p. 808/07, de 1.07.1997, p. 41588, e de 4.11.1998, p. 40165).

**14.5.** Retomando a questão colocada, consideramos, tudo ponderado, que nem a ilegalidade (em sentido amplo), nem a ilicitude do acto proveniente do contraente público (fora do exercício dos seus poderes de conformação contratual) prejudicam o exercício, pela parte lesada, dos direitos atribuídos com base no pressuposto da licitude. Por outras palavras, mesmo reconhecendo que é dessa forma que as figuras são tratadas na doutrina e que será também esse o pressuposto do regime do CCP, julgamos que o direito à reposição do equilíbrio financeiro em resultado de *fait du prince* não é afastado no caso de ilegalidade/ilicitude, muito menos se exigirá ao cocontratante prova da legitimidade da medida.

A razão, julgamos, não está tanto no facto, como assinala alguma doutrina, de o contencioso contratual ser um “contencioso de reparação” ou um “contencioso de indemnização” e de, portanto, “o juiz, perante uma hipótese de *fait du prince*, se

---

O referido entendimento jurisprudencial, que se manifesta em diversos arestos, tem sobretudo em vista o vício de forma por falta de fundamentação, ancorando-se, neste sentido, numa concepção doutrinária bem conhecida, que contesta a ideia, para empregar as palavras de Margarida Cortez, que os vícios de forma “constituem uma ilegalidade relevante sob o ponto de vista da ilicitude”.

Na verdade, as normas que regulam os aspectos estritamente formais – e já não funcionais – da actividade administrativa dificilmente podem ser configuradas como disposições legais de protecção de interesses individuais qualificados, donde resulta a tese de que “os actos inválidos por vício de forma (...) não geram ilicitude, a menos que se demonstre (...) que as normas de cuja violação resultaram esses vícios tinham por fim a protecção – não meramente reflexa mas intencional – do interesse do particular. Por isso, não pode qualificar-se como ilícito um acto que, apesar de ter potenciado uma situação de desfavor objectivo para o destinatário (ou para terceiros), não violou nenhuma disposição legal de protecção dos seus interesses (Margarida Cortez, *O crepúsculo da invalidade formal?*, CJA, nº 7, p. 38 e *Responsabilidade civil da Administração por actos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado*, Coimbra, 2000, pp. 65 e ss).

Foi em reacção a essa jurisprudência que o Tribunal Constitucional, no Acórdão nº 154/2007, — confrontado com uma decisão do STA que sustentara que dificilmente podia haver ilicitude (para efeitos de responsabilidade civil da Administração) quando se estava perante uma ilegalidade resultante de um vício formal, em geral, e que, em caso algum, havia ilicitude decorrente da falta de fundamentação — concluiu expressamente que “não é compatível com o artigo 22º da Constituição uma interpretação (...) que exclua sempre e em qualquer caso a responsabilidade do Estado por danos verificados na sequência de um acto administrativo anulado por falta de fundamentação, quando a sentença anulatória não for executada e não for praticado novo acto, sem o vício que determinou a anulação, com o fundamento de que se não verifica nunca o pressuposto da ilicitude do acto”.

recusar a apreciar a validade desse acto”, sendo assim “impossível saber se o *fait du prince*, gerador de uma reparação contratual, era ou não lícito”<sup>753</sup>. Com efeito, se se sustentasse que a “legalidade” da medida que perturba o contrato é um requisito do direito de reparação nas hipóteses de *fait du prince* poderia admitir-se, em tese, que o próprio tribunal averiguasse do preenchimento desse requisito (ou até mesmo que o contraente público, no caso de não ter sido ele, em concreto, o autor da medida, como no caso das relações administração directa / indirecta, opusesse ao cocontratante a ilicitude / ilegalidade da medida). Não estaria em causa nesse processo, portanto, um juízo a título principal sobre a “legalidade” da medida<sup>754</sup>, mas apenas um juízo incidental, destinado a verificar o preenchimento ou não de um requisito do direito invocado.

O motivo para considerarmos que o direito de reparação em caso de *fait du prince* não depende da legalidade da medida perturbadora do contrato também não está, em rigor, no facto de não dever colocar-se a parte lesada em situação juridicamente mais frágil quando haja acto ilícito, argumentando-se que, se ela tem direito a uma reparação em caso de acto lícito por maioria de razão o terá em caso de acto ilícito. Em primeiro lugar, porque está por demonstrar que haja aí um tratamento mais desfavorável em caso de acto ilícito (depende muito da configuração da hipótese). Em segundo lugar, porque, tratando-se de um acto ilegal, poderia dizer-se que o cocontratante dispunha (ou disporá, em regra) de remédios judiciais para evitar que se consumassem os efeitos lesivos da medida do contraente público, pelo que, não o

---

<sup>753</sup> P. Terneyre, *La responsabilité*, p. 152 e 153.

<sup>754</sup> Além do mais, porque isso pressuporia que (i) fosse parte no processo o próprio autor da medida (se ela for resultado da função administrativa) (ii) ou houvesse um processo de matriz diferente (de impugnação da legalidade da medida) ou até mesmo o funcionamento, em última instância, de uma diferente jurisdição (a constitucional, se estivesse em causa uma medida da função legislativa). Neste último caso, tratar-se-ia normalmente de uma fiscalização concreta, cujo “caso pretexto” seria justamente o pedido da parte lesada no sentido da reposição do equilíbrio financeiro.



tendo feito, haveria aí uma espécie de “concorrência de culpas”<sup>755</sup>.

**14.6.** A razão que verdadeiramente nos leva a considerar que a ilicitude da medida não afasta o direito (contratual) de reposição do equilíbrio financeiro é o facto de, em nossa opinião, o sistema construído pelo legislador abstrair dessa questão para efeitos contratuais.

O regime das chamadas vicissitudes contratuais está posto para casos singulares ou excepcionais, em que se reconhece à parte lesada, em caso de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias por acto lícito, o direito a uma reparação, mas funciona também quando haja acto ilícito se e na medida em que se verifiquem os demais requisitos legais de que se faz depender a constituição daquele direito. É como se o sistema das vicissitudes contratuais olhasse para a alteração das circunstâncias resultante do *fait du prince* de forma juridicamente neutral, é dizer, apenas por referência aos quadros estritos da perturbação anormal e imprevisível do contrato, como sendo essa a única questão que releva para a operatividade dos remédios que coloca à disposição do cocontratante, sem atender portanto ao facto da licitude ou ilicitude da medida perturbadora, que, nesse contexto, é pura e simplesmente irrelevante. De resto, a favor desta posição, pode invocar-se o regime civil da alteração das circunstâncias, de que o regime administrativo se tornou largamente tributário, onde a legalidade ou ilegalidade da medida perturbadora (quando, naturalmente, a questão possa colocar-se nesses termos) não é um assunto discutido.

---

<sup>755</sup> A questão é mais impressiva no lado da imprevisão por acto jurídico de terceiro, pois aí ela deve também ser vista na perspectiva da parte não lesada (se a houver), ou seja, do contraente público, que é chamado a responder pelos efeitos lesivos, e não apenas da parte lesada. Com efeito, se se compreende a oneração da parte não lesada em caso de acto lícito, na medida em que o impacto deste resultante configura uma inevitabilidade imposta ao contrato, se se tratar de acto ilegal há remédios na ordem jurídica destinados à sua remoção, podendo dizer-se que não se justificaria em tal hipótese, ou não sendo tão justificável em tal hipótese, onerar a parte não lesada se a parte lesada não cuidou de evitar a consumação do efeito lesivo pela via de impugnação da medida ilegal.

Em suma, o enquadramento contratual do *fait du prince* depende da verificação dos respectivos pressupostos legais, mas sempre com desconsideração da ilicitude ou ilegalidade da medida, que não releva ou não pode relevar nesse domínio (seja para efeitos de mitigar os pressupostos legais do *fait du prince*, seja para majoração da reparação devida, etc.).

Se as partes, qualquer uma delas, pretenderem afastar o impacto negativo que a medida jurídica ilegal traz ao contrato podem fazer uso dos mecanismos que a lei coloca à sua disposição, embora não estejam obrigadas a isso. A questão terá então uma dimensão extracontratual e será aí resolvida. Se, pelo contrário, o cocontratante preferir, e está na sua disponibilidade fazê-lo, fazer uso dos direitos reparatórios que a lei lhe reconhece perante o contraente público, a questão terá, nessa hipótese, uma dimensão estritamente contratual e será solucionada nesses termos.

## **15. A regulação contratual da alteração das circunstâncias (*fait du prince* ou imprevisão)**

### **15.1. Um regime imperativo passível de regulação contratual**

**15.1.1.** Prevendo-se e regulando-se no CCP o “facto do príncipe”, seus requisitos e consequências, coloca-se a questão de saber se e em que medida podem as partes dispor *contratualmente* sobre a matéria (ou sobre a matéria da imprevisão).

O problema resolve-se por outra via quando haja lei especial ou quando o contrato seja precedido de lei de bases: nesses casos, e salvo inconstitucionalidade do regime assim estabelecido, a questão resolve-se em função da regulação especial (se ela dispõe ou não imperativamente sobre o assunto ou, mais raro, se ela habilita as partes para o efeito) ou em função do disposto na lei de bases (que o contrato não

pode validamente contrariar)<sup>756</sup>.

Em geral, o problema resolve-se em função da imperatividade do regime posto no CCP sobre a matéria da alteração das circunstâncias ou da reposição do equilíbrio financeiro. Com efeito, apesar de, como se afirma no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro – que aprovou o CCP –, “o regime estabelecido na parte III do Código [reflectir] uma filosofia de reforço claro e deliberado da autonomia contratual das partes, denotando-se, neste contexto, uma predominância evidente de normas de carácter supletivo”, as normas de lei sobre o *fait du prince* são imperativas<sup>757</sup>. É nesse sentido que aponta o próprio fundamento subjacente a tais normas – princípio da boa fé, o princípio do equilíbrio financeiro, a força legal vinculativa do contrato – e também o facto de não haver nelas qualquer indício ou sugestão sobre a admissibilidade do seu afastamento *ad hoc*, por vontade das partes,

---

<sup>756</sup> Assim, nas Bases da Concessão aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 55-A/2000, de 14 de abril, estabelece-se no número 87 que, “tendo em atenção a distribuição de riscos estipulada no Contrato de Concessão, a Concessionária terá direito à reposição do equilíbrio financeiro da Concessão, nos termos dispostos neste artigo, nos seguintes casos: (a) Modificação unilateral, imposta pelo concedente, das condições de desenvolvimento das actividades integradas na Concessão, desde que, em resultado directa da mesma, se verifique, para a Concessionária, um aumento de custos ou uma perda de receitas; (b) Ocorrência de casos de força maior, excepto se, em resultado dos mesmos, se verificar a resolução do contrato de Concessão; (c) Quando o direito de aceder à reposição do equilíbrio financeiro é expressamente previsto no Contrato de Concessão; (d) *Alterações legislativas de carácter específico que tenham impacto directo sobre as receitas ou custos respeitantes às actividades integradas na Concessão*”. A terminar, uma cláusula muito comum, dispondo que “as alterações à lei geral, designadamente à lei fiscal e à lei ambiental, ficam expressamente excluídas da previsão da alínea (d) do número anterior” (número 87.2).

<sup>757</sup> Como afirma Menezes Cordeiro, “no Direito Público, as regras que impõem o equilíbrio financeiro são de ordem pública” e o “próprio princípio da legalidade condenaria [a] hipótese” de a Administração Pública vir afastar essas regras “através de cláusulas *ad hoc*” (Contratos Públicos, p. 107). No mesmo sentido, Pedro Melo afirma que, “ao passo que no seio do Direito Privado, as partes, ancoradas nos postulados do princípio da autonomia contratual (...), podem livremente convencionar um determinado “plano de risco” para o contrato que se propõem celebrar, distribuindo os riscos, entre elas, de acordo com os seus interesses, nos contratos administrativos, pelo contrário, a Administração, porque está sujeita a normas injuntivas (por regra) e a princípios jurídicos que condicionam a sua atuação, está inelutavelmente limitada na fixação das estipulações contratuais sobre a distribuição do risco” (*A distribuição do risco*, p. 122).

quando, ao invés, se constata que, ali onde considerou ajustada a natureza supletiva do regime da lei, o legislador estabeleceu-a expressamente.

Tratando-se portanto de normas imperativas, as partes não podem regular a matéria das vicissitudes contratuais imputáveis ao contraente público *contra legem*. No entanto, julgamos que essa proibição só vale perante regimes contratuais que ofendam o núcleo essencial do regime da lei, seja qual for o sentido dessa regulação (favorável ou desfavorável ao contraente público), não devendo afastar-se a hipótese de as partes estabelecerem algumas regras sobre a matéria, atendendo, até, à relevância que pode ter, para ambas, o facto de se encontrarem no contrato algumas cláusulas que lhes permitam, com maior segurança — em comparação com a cláusula geral da lei —, saber em que casos haverá direito à reposição do equilíbrio financeiro. O critério, portanto, não deve ser o da absoluta indisponibilidade da matéria do *fait du prince*, mas uma indisponibilidade apenas relativa, admitindo-se que as partes possam regular contratualmente o assunto, ficando a legitimidade das respectivas cláusulas dependente do respeito pelo núcleo essencial do regime da lei e da observância do princípio da proporcionalidade.<sup>758/759</sup>

Assim, estará desde logo afastada a legitimidade de as partes consagrarem no contrato duas soluções radicais nesta matéria, como seria a de elas estabelecerem a inexistência absoluta da reposição do equilíbrio financeiro nos casos do *fait du prince*

---

<sup>758</sup> Princípio que vale em geral, mas que tem uma consagração especial a favor do contraente público, dispondo-se no artigo 281º do CCP que ele “não pode assumir direitos ou obrigações manifestamente desproporcionados”.

<sup>759</sup> Apesar de não ser uma norma muito clara, julgamos que é também neste sentido que deve ser interpretado o artigo 282º/1 do CCP, quando nele se dispõe que “há lugar à reposição do equilíbrio financeiro apenas nos casos especialmente previstos na lei ou, a título excepcional, no próprio contrato”. O legislador admite portanto que o contrato possa estabelecer regras que atribuam ao cocontratante esse direito, mas só a título excepcional, no sentido de que a admissibilidade ou legitimidade das hipóteses previstas pelas partes deve ser sujeita a critérios jurídicos rigorosos, mais concretamente, devem representar uma densificação ou pormenorização do regime da lei para casos mais específicos.

(nulidade do contrato por negação absoluta de direitos legais do cocontratante) ou, ao invés, preverem que haverá lugar a essa reposição quando se verifique uma circunstância ou evento que não obedeça minimamente aos requisitos essenciais da figura (nulidade do contrato por assunção, por parte do contraente público, de obrigações desproporcionadas).

## 15.2. Casos de regulação contratual: descrição dos eventos

**15.2.1.** Ao invés, é de admitir que as partes procedam no contrato à *concretização* ou *densificação* de alguns aspectos do regime da alteração das circunstâncias, devendo no entanto distinguir-se consoante se trata de matérias reguladas pela lei (através de conceitos gerais) ou de matérias não reguladas.

No quadro das matérias que devam considerar-se abrangidas pela lei, a regra é a da regulação contratual *secundum legem*, ou seja, uma regulação concretizadora, que não viole os segmentos fundamentais do regime legal do *fait du prince*. Assim, é de admitir, por exemplo, que as partes:

- (i) Descrevam de forma mais detalhada o tipo de hipóteses ou casos da vida cuja verificação dá lugar à reposição do equilíbrio financeiro.
- (ii) Prevejam “métodos de avaliação” ou de medição do impacto dos eventos<sup>760</sup>, em função de determinados factores.
- (iii) Estabeleçam “sinais de alarme quanto a alterações”<sup>761</sup>.
- (iv) Prevejam os limiares acima dos quais se considera que os eventos implicam uma perturbação relevante da economia do contrato, dando origem à reposição do equilíbrio financeiro.
- (v) Estabeleçam os mecanismos ou as formas da reposição (pagamento de

---

<sup>760</sup> Menezes Cordeiro, *Contratos Públicos*, p. 107.

<sup>761</sup> Menezes Cordeiro, *Contratos Públicos*, p. 107.

uma compensação financeira, prorrogação do prazo, etc.)

No quadro das matérias que não estão abrangidas pela lei pode admitir-se uma margem mais sensível de conformação pelo contrato, mas sempre com o limite da não frustração grosseira dos objectivos do regime legal e da proporcionalidade. Têm especial importância, aqui, as “regras de procedimento”<sup>762/</sup> que as partes consagram no contrato.

A primeira hipótese atrás referida (descrição mais detalhada do tipo de hipóteses ou casos da vida) é relativamente comum<sup>763</sup> e a sua justificação encontra-se normalmente em razões de maior segurança das partes quanto aos eventos cuja verificação dá lugar à reposição do equilíbrio financeiro, designadamente, por *fait du prince*<sup>764</sup>.

---

<sup>762</sup> Menezes Cordeiro, *Contratos Públicos*, p. 107 e, implicitamente, Pedro Melo, *A distribuição do risco*, p. 178.

<sup>763</sup> Num contrato de subconcessão celebrado com a antiga EP- Estradas de Portugal, SA, estabelece-se, entre outros casos, que “a Subconcessionária terá direito à reposição do equilíbrio financeiro da Subconcessão, nos termos do disposto neste número, nos seguintes casos: [...] b) *Decisão, pelo Governo, de introdução do pagamento de portagens reais no Lanços e Vias*; [...] d) *Alterações legislativas ou regulamentares de carácter específico que tenham um impacto directo sobre as receitas ou custos relativos às actividades incluídas no objecto da Subconcessão* [...] Qando o direito de aceder à reposição do equilíbrio económico-financeiro seja expressamente previsto no Contrato de Subconcessão; f) *Rescisão dos Contratos de Financiamento pelos Bancos Financiadores em virtude de a Subconcedente deixar de ser uma empresa detida maioritariamente pelo Estado*” — em todos os casos, “*desde que, em resultado directo de alguma as situações acima referidas, se verifique, para a Subconcessionária, aumento de custos e/ou perda de receitas*”.

<sup>764</sup> Por exemplo, nas Bases da Concessão aprovadas pelo Decreto-Lei nº 215-B/2004, de 16 de Setembro, estabeleceram-se alguns casos especiais de reposição do equilíbrio financeiro:

- (i) “Qualquer atraso imputável ao Concedente e superior a 30 dias na prática de acto ou actividade que pela sua natureza deva ser praticado pelo Concedente, designadamente a publicação da declaração de utilidade pública dos terrenos a expropriar ou a prática dos actos de autoridade necessários à posse efectiva e investidura na propriedade dos terrenos e demais bens expropriados por parte da Concessionária”
- (ii) “Se, relativamente aos Lanços [...] o traçado que viera ser aprovado pelo MOP não se localizar, no todo ou em parte, no Corredor previsto na Proposta, a Concessionária terá direito à reposição do equilíbrio financeiro, [...] desde que demonstre ter havido aumento de custos”.

Quando suscitem dúvidas, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas em conformidade com a lei, no sentido de que não pretendem incluir casos que manifestamente não se subsumam no regime do *fait du prince* e no sentido de que também não pretendem excluir casos que claramente se subsumam aí.

Por exemplo, em muitos contratos, sobretudo de concessão, faz-se referência expressa, entre os eventos potencialmente geradores do dever de reposição do equilíbrio financeiro, às “alterações legislativas específicas”, e não, digamos assim, a qualquer acto do poder público, como os regulamentos ou os actos administrativos. A fórmula corrente é a seguinte: a concessionária tem direito à reposição do equilíbrio financeiro quando ocorram “alterações legislativas de carácter específico que tenham impacto [muitas vezes escreve-se impacte] directo sobre as receitas ou custos respeitantes às actividades integradas na concessão”.

A questão que se coloca é saber se, com isso, quis limitar contratualmente os casos de

- 
- (iii) “Sempre que o atraso no cumprimento do Programa de Trabalhos seja imputável ao Concedente”
  - (iv) Quando, em “situações de emergência, estado de sítio ou calamidade pública, o Concedente [decrete] a suspensão ou interrupção da execução de quaisquer trabalhos ou obras e adoptar as demais medidas que se mostrem adequadas, mediante comunicação dirigida à Concessionária e imediatamente aplicável” ou quando se descubra “qualquer património histórico ou arqueológico [...] no curso das obras de construção da Auto-Estrada”.
  - (v) Depois de se ter estabelecido que a “assunção do risco de tráfego [assumido pela concessionária] tem apenas lugar no pressuposto de que as vias rodoviárias alternativas à Auto-Estrada são apenas as constantes do PRN 2000” e que “o Concedente [se compromete] a não conferir às vias rodoviárias referidas [nesse PRN 2000] nível de serviço superior” ao previsto, estabelece-se que o “incumprimento pelo Concedente da obrigação assumida nos números anteriores ou a criação, por parte do Concedente, de vias rodoviárias alternativas não previstas no PRN 2000 de que comprovadamente resulte prejuízo substancial para a Concessionária conferir-lhe-á o direito à reposição do equilíbrio financeiro da Concessão”.

Por outro lado, prevê-se também nessas bases que a concessionária fica “obrigada, *sem direito a qualquer indemnização ou à reposição do equilíbrio financeiro*, a respeitar e a transmitir aos utentes todas as medidas adoptadas pelas autoridades com poderes de disciplina de tráfego, em ocasiões de tráfego excepcionalmente intenso, com o fim de obter o melhor aproveitamento do conjunto da rede viária nacional”.

eventos que podem implicar a reposição do equilíbrio financeiro dos contratos. É matéria que pode depender da interpretação do contrato em causa, naturalmente, mas, em geral, julgamos que se trata de uma expressão imperfeita da realidade que se pretende abranger. Com efeito, na generalidade dos casos, e apesar do teor verbal dessas cláusulas, deve entender-se que irá incluída aí qualquer alteração por acto do Poder, venha ele nas vestes de lei ou nas vestes de regulamento (ou, claro, sob a forma de acto administrativo). O que interessa é que haja um impacto negativo na economia do contrato em resultado de um acto exterior ou estranho aos poderes contratuais do contraente público, sendo irrelevante saber qual a concreta forma por que se revela a medida lesiva, se o seu invólucro formal se apresenta sob a forma de um acto legislativo ou de um acto regulamentar, porque, bem vistas as coisas, a ambos deve obediência a contraente privado e ambos são aptos a produzir o mesmo efeito ou impacto negativo, não havendo justificação material bastante para distinguir uns e outros nesta matéria.

Aliás, num sistema político-constitucional como o nosso, que reconhece ao Governo, além dos poderes regulamentares (resoluções, portarias, despachos normativos, etc.), poderes legislativos normais (decreto-lei), fazer assentar, em contratos por ele celebrados, o critério da existência do dever contratual de reposição do equilíbrio financeiro na forma (legal ou regulamentar) por que determinado acto vem “trajado” poderia, em algumas situações, conduzir a resultados absolutamente indesejáveis. Bastaria que o Governo dispusesse sob a forma de regulamento – acolitado ou não numa lei prévia – para que, em fraude ao regime do contrato, as medidas por ele aprovadas com impacto específico sobre as actividades contratadas não tivessem qualquer consequência em sede de reposição do equilíbrio perdido.

**15.2.2.** As partes podem também prever mecanismos de avaliação ou de medição do impacto dos eventos, em função de determinados factores de ordem económica ou



financeira, e estabelecer os limites acima dos quais se considera haver uma perturbação relevante da economia do contrato, dando origem à reposição do equilíbrio financeiro.

Trata-se, mais uma vez, de uma situação comum, cuja justificação se encontra igualmente em razões de segurança, procurando evitar litígios e controvérsias sobre se determinado evento, que pacificamente se aceite inscrever-se na tipologia do *fait du prince*, implicou ou não uma alteração relevante da economia do contrato.

Os factores em função dos quais se mede o impacto podem ter natureza muito diversa. Normalmente, nos contratos de concessão, os factores ou critérios-chave em função dos quais se mede o impacto são a taxa interna de rentabilidade para os accionistas (“*internal rate of return*”)<sup>765</sup>, o *rácio de cobertura anual do serviço da dívida*,<sup>766</sup> que, em termos gerais, é um rácio, um índice, que permite aferir, numa base anual, a capacidade de os fluxos de caixa líquidos cobrirem os encargos com os empréstimos contraídos, e o *rácio de cobertura da vida do empréstimo*, que é um índice que revela, também numa base anual, a relação existente entre o valor actual líquido dos fluxos de caixa disponíveis para o serviço da dívida vincenda e os montantes em dívida no início do período de referência.

---

<sup>765</sup> A designação varia algumas vezes, de contrato para contrato, sem alteração do significado (taxa interna de retorno, taxa interna de rentabilidade, etc.). A noção de TIR accionista costuma ser mais ou menos próxima da seguinte: “taxa interna de rendibilidade para os accionistas, em termos anuais nominais, para todo o prazo da concessão, definido como a taxa interna de rendibilidade nominal dos fundos disponibilizados e do *cash-flow* distribuído aos accionistas (designadamente sob a forma de juros e reembolso de prestações acessórias ou outros empréstimos subordinados de accionistas, dividendos pagos ou reservas distribuídas), a preços correntes, durante todo o período da concessão, calculada nos termos constantes do caso base” [Base 1, número 1, alínea f), das Bases anexas ao Decreto-Lei n.º 392-A/2007, de 27 de Dezembro, relativo a uma concessão rodoviária].

<sup>766</sup> A noção de “*rácio de cobertura anual do serviço da dívida sem caixa*” é o “quociente entre a soma do *cash-flow* disponível para o serviço da dívida no ano *t* com as utilizações do ano *t* relativas à tranche *D* (conforme o caso base) e a soma das amortizações de capital ocorridas no ano *t*, no âmbito das facilidades de crédito (com excepção da tranche *D*), com o total das despesas de financiamento a pagar no ano *t*”.

O que normalmente se verifica é que a variação tida como relevante para dar lugar à reposição do equilíbrio financeiro é sensivelmente baixa. A título de exemplo, em várias concessões, o valor de redução da TIR Accionista a partir do qual se considera existir direito à reposição do equilíbrio financeiro é geralmente de 0,01 pontos percentuais, havendo casos em que se prevê um limite de 0,05000 pontos percentuais. Do mesmo modo, no caso do rácio de cobertura anual do serviço da dívida e do rácio de cobertura da vida do empréstimo, o limite de variação acima do qual há lugar a reposição do equilíbrio financeiro situa-se nos 0,01 pontos<sup>767</sup>.

Em rigor, tais regimes revelam que o único requisito verdadeiramente relevante é o da imprevisibilidade do evento, pois o da anormalidade não tem nesses casos o sentido específico que lhe é dado, sendo suficiente uma variação muito pouco significativa dos tais rácios ou critérios-chave.

### **15.3. (Cont.): regras de procedimento a observar pelas partes**

#### **15.3.1. Contrariamente ao que sucede com os aspectos abrangidos pelo regime da lei**

---

<sup>767</sup> Assim, na Base 87.7 das Bases aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 55-A/2000, de 14 de abril, estabelece-se que “constitui alteração material nas condições financeiras de exploração da Concessão (a) uma redução em mais de 0,01 (zero vírgula zero um) pontos do Rácio de Cobertura Anual do Serviço da Dívida ou do Rácio de Cobertura da Vida do Empréstimo; ou (b) a redução da Taxa Interna de Rendibilidade anual nominal para os accionistas da Concessionária em mais de 0,01 (zero vírgula zero um) pontos percentuais”. A previsão é igual à da Base 85.5 das Bases aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 335-A/99, de 20 de agosto.

Nas Bases da Concessão aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 242/2006, de 28 de dezembro, o limite é o mesmo, mas descrito com maior detalhe, reportando-se à “redução da TIR Accionista em mais de 0,01000 (zero vírgula um zero zero zero) pontos percentuais face ao que se encontra previsto no Caso Base; ou à redução do valor mínimo do Rácio de Cobertura Anual do Serviço da Dívida Sénior Sem Caixa em mais de 0,01000 (zero vírgula zero um zero zero zero) pontos percentuais”.

Ver também, entre outras, a Base 81.10 das Bases aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 86/2008, de 28 de maio, havendo lugar a reposição do equilíbrio financeiro se se verificar que por qualquer evento posto sob risco do concedente “a Taxa Interna de Rendibilidade anual nominal para os accionistas da Concessionária é reduzida em mais de 0,05000 pontos (zero vírgula zero cinco zero zero zero)”.

em matéria de *fait du prince*, em que a regulação contratual deve, essencialmente, limitar-se a uma tarefa de densificação ou concretização, na regulação de aspectos não abrangidos pelo regime da lei as partes dispõem de maior liberdade e as soluções (*praeter legem*) que venham a ser acolhidas no contrato só serão ilegítimas se violarem algum princípio geral do direito administrativo, designadamente, o da proporcionalidade, ou se frustrarem de forma sensível os objectivos do sistema instituído pelo legislador.

Uma matéria que é normalmente objecto da atenção das partes e não foi tratada em geral pelo legislador é a relativa ao *procedimento* a observar em caso de alteração das circunstâncias<sup>768</sup>, melhor dizendo, o procedimento que o cocontratante deve seguir quando considere que ocorreu um evento subsumível no *fait du prince*, designadamente, se há lugar a comunicações prévias, se há ou não dever de negociar (ou de renegociar) o contrato, como é que se processa essa (re)negociação (por escrito ou não), que elementos ou informações devem constar do eventual “requerimento” ou solicitação para negociação, qual o prazo dentro do qual as partes devem tentar alcançar um acordo antes de submeter o litígio aos tribunais (judiciais ou arbitrais), etc.

---

<sup>768</sup> Existem no CCP algumas normas procedimentais no artigo 354º, mas apenas aplicáveis às empreitadas de obras públicas e na medida em que se trate de acto imputável ao dono da obra (e cujo regime parece ser extensivo, por força do artigo 426º, às empreitadas de obras públicas “cuja execução seja necessária para a realização do objecto da concessão [de obra pública]” e se de outra forma não estiver regulado “pelo contrato de concessão”).

No referido artigo 354º estabelece-se, por um lado, um prazo (que parece ser, ao menos para algumas hipóteses, excessivamente curto) de caducidade do direito do empreiteiro à reposição do equilíbrio financeiro (“o direito à reposição do equilíbrio financeiro previsto no número anterior caduca no prazo de 30 dias a contar do evento que o constitua ou do momento em que o empreiteiro dele tome conhecimento, sem que este apresente reclamação dos danos correspondentes nos termos do número seguinte, ainda que desconheça a extensão integral dos mesmos”) e, por outro lado, os elementos que devem constar da reclamação ou “requerimento” do empreiteiro (a “reclamação é apresentada por meio de requerimento no qual o empreiteiro *deve expor os fundamentos de facto e de direito e oferecer os documentos ou outros meios de prova que considere convenientes*”).

**15.3.2.** De entre os aspectos referidos, merece destaque, em primeiro lugar, a previsão de um *prazo* dentro do qual o cocontratante deva comunicar ao contraente público a ocorrência de um evento que, na sua opinião, possa dar lugar à reposição do equilíbrio financeiro do contrato ( $x$  dias ou meses a contar da data do evento, da data em que o cocontratante dele tomou ou devesse ter tomado conhecimento, etc.). A fixação de um prazo para esses efeitos é, em geral, compreensível, seja por razões de estabilidade e segurança, seja para, quando o facto provenha dele, o contraente público possa equacionar alternativas ao acto praticado ou possa adoptar medidas mitigadoras dos seus efeitos lesivos sobre o contrato ou contratos em causa.

A principal questão que se coloca a este propósito é saber se a inobservância desse prazo implica a *caducidade* do direito à reposição do equilíbrio financeiro. Apesar da indicação constante do artigo 354º/2 do CCP (que, de qualquer forma, só teria força obrigatória para os casos nele abrangidos) e de alguma doutrina em sentido contrário<sup>769</sup>, entendemos que, em regra, o incumprimento do prazo, sobretudo quando ele seja relativamente exíguo (1 ou 2 meses), não determina a caducidade desse direito.

A questão deverá, em primeiro lugar, ser analisada em sede de interpretação do contrato em causa, mas não deve, em regra, associar-se a preclusão definitiva ou absoluta do direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato ao decurso de um prazo procedimental estabelecido no contrato. Em primeiro lugar, porque a lei se absteve de condicionar o direito à reposição do equilíbrio ao cumprimento de um prazo, qualquer que ele fosse (só o fez para as situações abrangidas pelo referido artigo 354º/2). Em segundo lugar, porque, estando em causa um direito fundamental do cocontratante no contexto dos contratos administrativos, os casos da sua preclusão liminar devem ser vistos como excepcionais, em hipóteses em que a “caducidade punitiva” seja claramente justificável e proporcionada.

---

<sup>769</sup> Pedro Melo, *A distribuição do risco*, p. 178.

Diríamos, portanto, que, quando a comunicação do cocontratante não observe o prazo contratualmente estabelecido haverá uma espécie de “concorrência de culpas”, com eventual repercussão nos termos da reposição do equilíbrio financeiro, por exemplo, fazendo correr por conta do cocontratante os efeitos lesivos que se verificaram desde o termo do prazo até à comunicação do evento ao contraente público. Aliás, essa ponderação do momento tardio em que o cocontratante faça a comunicação do evento (ou instaure o processo com vista à reposição do equilíbrio financeiro) pode igualmente existir mesmo nos casos em que as partes não tenham estabelecido um prazo para o efeito, designadamente, quando, em função do caso concreto, possa afirmar-se que se excedeu o limite do razoável, por exemplo, quando o cocontratante só promova o equilíbrio do contrato com fundamento em circunstâncias ocorridas há muito tempo.

**15.3.3.** Em segundo lugar, merece também uma referência o *dever de renegociar* o contrato após a alteração das circunstâncias e antes de um eventual processo (judicial ou arbitral) tendente à reposição do equilíbrio financeiro<sup>770</sup>.

Na verdade, apesar de a situação não ser uniformemente tratada em alguns documentos de harmonização do direito europeu dos contratos – oscilando entre a imposição de um verdadeiro dever jurídico de renegociação (com as consequências indemnizatórias correspondentes em caso de recusa de negociar ou de quebra da boa fé durante as negociações) ou a mera imposição de prova por parte do devedor ou da parte afectada da sua tentativa de alcançar de boa fé uma solução razoável e equitativa através de negociação com a outra parte<sup>771/772</sup> –, a doutrina portuguesa

---

<sup>770</sup> Dever, esse, que, em certa medida, pode existir independentemente de previsão contratual.

<sup>771</sup> A primeira via foi adoptada nos *Principles of European Contract Law*, em cujo artigo 6:111 (com a epígrafe “*Change of Circumstances*”) se estabelece que, se “a execução/cumprimento [“performance”] do contrato se torna excessivamente onerosa devido a uma alteração das circunstâncias, as partes deverão entrar em negociação com o escopo de adaptar o contrato ou de o

tem sustentado que, nas relações jurídicas duradouras, especialmente “sensíveis às alterações das circunstâncias”, há uma “cominação, *ex bona fide*, de um dever de

---

*rescindir/pôr-lhe termo/revogar*, desde que: a) a alteração de circunstâncias haja ocorrido após o momento da conclusão do contrato; b) a possibilidade dessa alteração de circunstâncias seja de tal tipo que não pudesse ser razoavelmente tida em consideração no momento da conclusão do contrato, e c) o risco dessa alteração de circunstâncias não seja tal que, de acordo com o contrato, fosse de exigir que a parte afectada o devesse suportar”

Optou-se pela segunda via no III.-1:110 do *Draft Commom Frame Of Reference* (“DCFR”), a propósito da “*variation or termination by court on a change of circumstances*”, onde se começa por estabelecer, no §(2), que, quando “a execução/cumprimento de uma obrigação contratual (...) se torna tão onerosa por causa de uma alteração anormal de circunstâncias [“*exceptional change of circumstances*”], que seria manifestamente injusto continuar o devedor sujeito à obrigação contratual, o tribunal poderá: a) modificar a obrigação, de modo a torná-la razoável e equitativa de acordo com as novas circunstâncias; ou b) pôr termo à obrigação, em data e nos termos a fixar pelo tribunal”, se dispõe depois no §(3) que o regime do §(2) só se aplica se, entre outros requisitos, “*o devedor tiver tentado, razoavelmente e de boa fé, obter, mediante negociação, um ajustamento razoável e equitativo dos termos que regulam a respectiva obrigação*”.

O documento oferece uma explicação para a adopção de uma solução diferente dos *Principles of European Contract Law*, esclarecendo-se que, na fase de consulta pública, essa outra solução (imposição de um dever de renegociar) foi criticada por ser “desnecessariamente complicada e exigente” (“*as being undesirably complicated and heavy*”), tendo-se optado assim por uma via juridicamente mais mitigada e sem consequências indemnizatórias (“*não há lugar a que alguém seja obrigado a negociar/renegociar ou a que possa ser responsabilizado por danos no caso de deixar de negociar/renegociar*”).

A solução consagrada nos *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (usualmente conhecidos por “Unidroit PICC”) é muito próxima do DCFR, dispondo-se no artigo 6.2.3 (“*Effects of hardship*”) que, “no caso de excessiva dificuldade [“*hardship*”], a parte lesada tem o direito de pedir uma renegociação”, prevendo-se no entanto no §(3) que “caso não se chegue a um acordo dentro de um prazo razoável, qualquer das partes poderá recorrer aos tribunais”, revelando portanto que a interpelação para negociação é um requisito processual da acção de *hardship*. Por outras palavras, qualquer das partes só pode dirigir-se ao tribunal se “*não conseguirem chegar a um acordo relativamente à adaptação do contrato às novas circunstâncias dentro de um prazo razoável*”, mas esclarece-se que “*uma tal situação pode surgir seja porque a parte que não ficou lesada ignorou por completo o pedido de renegociação, seja porque a renegociação, ainda que levada a cabo por ambas as partes de boa fé, não foi bem sucedida*”, o que mostra que não há aí um dever jurídico de renegociação, mas apenas um pressuposto a cargo da parte lesada em interpelar a outra, convidando-a para negociar.

<sup>772</sup> Em sentido contrário, considerando que o “dever jurídico de renegociação é consensual ou quase consensual” nos projectos de uniformização do direito europeu dos contratos, Nuno Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, 2001, p. 583.

negociar, com vista ao acompanhamento das realidades”<sup>773</sup>, “*un obbligo nascente direttamente dalla lege*”<sup>774</sup>, com vista à adaptação do contrato às “circunstâncias reais, modificando-o ou revogando-o”<sup>775</sup>.

Seria portanto um caso em que a liberdade de contratar (ou não contratar), ou seja, de adaptar o contrato através de acordo, seria comprimida ou mitigada pelas exigências de boa fé, embora, como não existe uma obrigação de resultado, ou seja, um “dever de acordar ou de concluir certo contrato, nem uma adstrição das partes a atingir um determinado resultado quanto ao conteúdo contratual”, o que se impõe será apenas um “dever de negociar, de acordo com determinados padrões éticos, um desfecho consensual para a alteração das circunstâncias”, mais concretamente, “um dever de participação no processo de negociação”, “uma vinculação relativa a um «processo» ou procedimento de negociação”<sup>776</sup>. Em suma, havendo alteração (anormal e imprevisível) das circunstâncias, decorre da boa fé não apenas um dever de renegociar (ou negociar), como um dever de renegociar de boa fé (“*fair dealing*”, ou seja, “*in a constructive manner*”, sem estratégias ardilosas e ocultação de informação essencial para o caso).

No caso de quebra ou incumprimento do dever de renegociar, os *Principles of European Contract Law* referem que o “tribunal pode atribuir uma compensação financeira pelos danos sofridos em consequência de uma das partes se ter recusado a

---

<sup>773</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado*, II, p. 533. No mesmo sentido, ou seja, sustentando a existência de um dever de renegociação com fundamento no princípio da boa fé, António Pinto Monteiro/Júlio Gomes, “A *hardship clause* e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento)”, em *Juris et de jure – Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*, Universidade Católica, Porto, 1998, págs. 17-40 (39-40), Nuno Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, 2001, p. 582, e Catarina Monteiro Pires, “Efeitos da alteração das circunstâncias”, revista *O Direito*, Ano 145º, 2013, I/II, pp. 198 e seguintes, em especial, pp. 202 e seguintes.

Ver também Licínio Lopes Martins, *Empreitada*, pp. 531 e ss.

<sup>774</sup> Francesco Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Nápoles, 1996, p. 296.

<sup>775</sup> Nuno Pinto Oliveira, *Princípios de Direito dos Contratos*, 2001, p. 582.

<sup>776</sup> Catarina Monteiro Pires, “Efeitos da alteração das circunstâncias”, p. 204.

negociar ou por ter rompido ou cessado as negociações [“breaking off negotiations”] em termos contrários à boa fé e à lealdade nas negociações [“fair dealing”]” (artigo 6:111). Algo, portanto, próximo de uma *culpa in contrahendo*, a reparar em função do interesse contratual negativo<sup>777</sup>, embora as consequências possam igualmente depender da parte incumpridora (da “disadvantaged party” ou do contraente público) e da obrigação concretamente violada. Assim, se a parte afectada não tiver suscitado sequer o problema da alteração das circunstâncias perante a outra parte, pode questionar-se se ela estará em condições (processuais) para submeter o litígio a um tribunal, por falta de interesse em agir<sup>778</sup> ou por falta de verificação de um pressuposto processual específico dos pedidos fundados em alteração das circunstâncias<sup>779</sup>. Há porém quem pareça ir mais longe e sustente – em termos que nos parecem de afastar – que o “devedor que não adote uma conduta conforme ao dever (ou ao ónus?) de renegociação (...) não poderá prevalecer-se dos direitos que lhe seriam atribuídos pelo artigo 437º do Código Civil”<sup>780</sup>. Diversamente, quando seja a parte não afectada a não adoptar uma “conduta conforme ao dever de renegociação (...) deverá indemnizar o seu devedor”<sup>781</sup>.

---

<sup>777</sup> Apesar de também haver várias referências doutrinárias à indemnização em função do interesse contratual positivo, não em função do “hipotético contrato modificado”, mas em função das vantagens que o contrato visava proporcionar, tendo em conta «o originário equilíbrio contratual e o lucro que, na falta de supervniência, a parte fiel teria auferido (*apud* Catarina Monteiro Pires, “Efeitos da alteração das circunstâncias”, p. 201).

<sup>778</sup> Assim, Catarina Monteiro Pires, “Efeitos da alteração das circunstâncias”, p. 205.

<sup>779</sup> Assim, no Unidroit estabelece-se, no artigo 6.2.3(3) que “upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court”.

<sup>780</sup> Nuno Pinto Oliveira, *Princípios*, p. 582.

<sup>781</sup> Nuno Pinto Oliveira, *Princípios*, p. 583.



## Capítulo V – A reposição do equilíbrio financeiro do contrato

### 16. Enquadramento e fundamento da obrigação de reposição do equilíbrio financeiro do contrato

#### 16.1. Enquadramento e fundamentos propostos

A lei associa à modificação do contrato por razões de interesse público e ao *fait du prince* as mesmas consequências jurídicas, constituindo o contraente público, em ambas as hipóteses, sem qualquer distinção, no dever de repor o equilíbrio financeiro do contrato<sup>782/783</sup>, é dizer, reparação integral dos danos sofridos<sup>784</sup>, aproximando, assim, nesta perspectiva indemnizatória, a teoria do “*fait de l’administration*” da teoria da “*faute de l’administration*”<sup>785</sup>.

O legislador assumiu, portanto, que um e outro são casos que se integram na *esfera de risco* do contraente público. Só isso pode justificar que se tenha feito recair sobre ele as consequências lesivas que esses seus actos projectam na posição jurídico-contratual do cocontratante.

Têm sido vários os fundamentos e enquadramentos propostos para o dever em que o contraente público se constitui quando modifica o contrato ou altera as suas

---

<sup>782</sup> Como afirmam Marcelo Rebelo de Sousa / André Salgado Matos, *Direito*, III, p. 410, “a administração pode alterar o equilíbrio financeiro originário do contrato desde que reponha o equilíbrio financeiro do contrato”.

<sup>783</sup> Apesar de nos parecer uma proposição que resulta de forma clara do artigo 314º/1 do CCP, há, pelo menos, duas vozes na doutrina em sentido contrário relativamente ao *fait du prince* que altera as circunstâncias do contrato: Maria João Estorninho, *Curso*, p. 494, em nota, remete o caso para a “teoria da responsabilidade por acto da função legislativa” ou para a “teoria da imprevisão, em sede de responsabilidade contratual”; Ana Gouveia Martins, *Contributo*, pp. 717 e ss., convoca o regime do artigo 314º/2.

<sup>784</sup> Assim, Marcello Caetano (*Manual*, p. 621), Laubadère/Moderne/Delvolvé (*Traité*, p. 555 e 556), Flamme (*Traité*, p. 637) e P. Terneyre (*Responsabilité*, p. 163).

<sup>785</sup> Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, p. 555 e 556.

circunstâncias. Desde institutos mais clássicos, como o da responsabilidade extracontratual por facto legislativo<sup>786</sup>, da responsabilidade extracontratual objectiva<sup>787</sup> ou da responsabilidade contratual por acto lícito ou sem culpa (“sans faute”)<sup>788</sup>, passando pela força vinculativa do contrato<sup>789</sup>, pela ideia da expropriação<sup>790</sup>, fundada, em parte, numa distinção entre *taking* and *regulating*, tratada no direito norte-americano<sup>791</sup>, pelo princípio da igualdade perante os encargos públicos, pela compensação pelo sacrifício ou indemnização pelo sacrifício<sup>792</sup>, pelo próprio princípio da “prosecução do interesse público *no respeito* pelos direitos e interesses legalmente protegidos”<sup>793</sup> pelo princípio do equilíbrio financeiro<sup>794</sup>, que, para certo autores, assentaria numa espécie de cláusula tácita fundada numa intenção presumida e comum das partes<sup>795</sup>, até correntes que

---

<sup>786</sup> Como parece entender Carla Amado Gomes, ao menos nos casos em que “o contrato não sobreviva à radicalidade das alterações impostas”, restando ao contraente a imputação de responsabilidade por facto da função legislativa, a determinar nos termos do artigo 15<sup>o</sup> do RRCE (“Os poderes de conformação”, p. 537).

<sup>787</sup> Gaspar Ortiz, *Teoria*, p. 267 e p. 268.

<sup>788</sup> Terneyre, *La responsabilité*, pp. 163 e seguintes, Christophe Guettier, *Droit*, p. 622 e ss.

<sup>789</sup> Mário Aroso de Almeida, “Contratos administrativos e regime da sua modificação”, p. 825 e 828.

<sup>790</sup> Assim, Paulo Otero, “Estabilidade”, pp. 944 e 945. Esta tese é comum em Espanha para a hipótese da modificação unilateral do contrato (Luís Cosculluela Montaner, *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I, 9<sup>a</sup> edição, 1997, pp. 723 e seguintes, García de Enterría / Ramón Fernandez, *Curso*, pp. 429). Entre nós, Mário Aroso de Almeida (“Contratos administrativos e regime da sua modificação”, p. 826) também refere que, “quando implica uma alteração do equilíbrio financeiro do contrato, lesiva da situação contratual do contraente privado, o acto de exercício do poder de modificação unilateral possui um *alcance expropriativo*”, entendimento que parece estender ao caso do *fait du prince* (p. 828).

<sup>791</sup> Uma das obras mais importantes sobre o assunto é de William Fischel, *Regulatory Taking: Law, Economics, and Politics*, Harvard University Press, Cambridge, 1995.

<sup>792</sup> Assim, Cláudia Saavedra Pinto, *O Facto*, p. 115 e ss, e Ana Gouveia Martins, *Contributo*, p. 717 (embora esta última autora só se reporte aos casos da modificação unilateral do contrato e ao *fait du prince* que modifica as obrigações contratuais, remetendo o *fait du prince* que apenas altera o “circunstancialismo extrínseco à execução do contrato” para o regime do artigo 314<sup>o</sup>/2 do CCP, que tem um fundamento diferente).

<sup>793</sup> Paulo Otero, “Estabilidade”, p. 946.

<sup>794</sup> Por exemplo, Mário Esteves de Oliveria, *Direito*, p. 710, Sérvulo Correia, “Contrato administrativo”, p. 82 e ss, Flamme, *Traité*, p. 637 e 638.

<sup>795</sup> Por exemplo, Jèze (*apud* Flamme, *Traité*, p. 637).

combinam várias teses, como a do equilíbrio financeiro e da responsabilidade contratual,<sup>796</sup> são muitas as propostas oferecidas para fundamentar e enquadrar este dever de repor a equação financeira inicial do contrato.

## **16.2. Posição adoptada: responsabilidade contratual por acto lícito com base na força vinculativa do contrato**

**16.2.1.** Embora, em tese geral, se reconheça que a figura do *fait du prince* poderia ser construída com base na ideia da responsabilidade civil extracontratual por facto lícito ou indemnização pelo sacrifício, que tem como fundamento último o princípio da igualdade perante os encargos públicos<sup>797</sup>, a questão, no sistema do CCP, foi resolvida, em nossa opinião, com base no esquema da *responsabilidade contratual*, mas aqui configurada em termos *sui generis*, como uma responsabilidade por acto lícito, fundada, a nosso ver, no princípio da força vinculativa do contrato.

A responsabilidade contratual por acto lícito é o instrumento de técnica jurídica através do qual se concretiza a “indemnização” devida ao cocontratante; a força vinculativa do contrato representa o fundamento dessa responsabilidade e o facto de ela se processar através da reposição do equilíbrio financeiro<sup>798</sup>. Por outras palavras, a primeira explica em que é que se traduz o dever de indemnizar nas hipóteses de modificação unilatral do contrato e de *fait du prince*: é um caso de

---

<sup>796</sup> Laubadère / Moderne / Delvolvé, *Traité*, II, pp. 553 a 555.

<sup>797</sup> Laubadère / Moderne / Delvolvé, *Traité*, II, p. 554, são muito claros: “o princípio do equilíbrio do contrato tem, no caso da responsabilidade contratual por acto lícito, um papel análogo àquele que é desempenhado pelo princípio da igualdade perante os encargos públicos no contexto da responsabilidade extracontratual por acto lícito”. No mesmo sentido, Terneyre, *La responsabilité*, p. 165.

<sup>798</sup> Seguimos aqui de perto a proposta de Laubadère / Moderne / Delvolvé, *Traité*, pp. 553 e seguintes, e Terneyre, *La responsabilité*, pp. 163 e seguintes, que distinguem ou separam o instrumento técnico através do qual se realiza a indemnização do cocontratante e o fundamento para essa responsabilidade (que eles fazem assentar no princípio do equilíbrio do contrato).

responsabilidade contratual do contraente público por acto lícito<sup>799</sup>. A segunda explica por que é que se tem de indemnizar e qual a medida da indemnização: por força da eficácia vinculativa do contrato (e do equilíbrio que lhe está inerente).

**16.2.2.** São três as razões que justificam a tese da *responsabilidade contratual*. Por um lado, porque o pedido de reposição é feito perante o contraente público na sua qualidade de *parte* no contrato, independentemente de ter sido ele o autor da medida (como, em algumas hipóteses, pode acontecer no *fait du prince*). Por outro lado, porque o *título* com base no qual esse pedido é feito reside no contrato. As razões estarão associadas aos efeitos lesivos (menos receitas / mais encargos) da modificação unilateral ou do *fait du prince*, mas o título que o cocontratante invoca é o próprio contrato. Em terceiro lugar, porque, no sistema do CCP (e do CPTA), se houver necessidade de intervenção judicial (ou arbitral), o litígio será resolvido através de uma acção de contratos, não através de uma acção de responsabilidade contratual, com as diferenças, designadamente, de prazos, que daí resultam.

**16.2.2.1.** Alguma doutrina considera que o *fait du prince* não poderia constituir uma hipótese de responsabilidade contratual *sans faute* pois, embora esteja em causa uma medida imputável ao contraente público, não só ele não actua com base numa competência contratual, mas extracontratual ou geral, como, *et pour cause*, não actou na qualidade de parte, mas na qualidade de Administração Pública (ou de órgão legislativo)<sup>800</sup>.

Em nossa opinião, a circunstância de a lesão resultar de um *facto legislativo* ou de um *facto regulamentar* não altera, só por si, os dados essenciais da questão. Em primeiro lugar, porque uma coisa é o vínculo perturbado (o contrato), que releva para efeitos

---

<sup>799</sup> No sentido atrás explicitado, ou seja, de um caso em que se abstrai da eventual ilicitude do acto (da modificação unilateral ou da medida extracontratual adoptada pelo contraente público).

<sup>800</sup> Assim, por exemplo, Dufau, *apud* Terneyre, *La responsabilité*, p. 163.

da qualificação da responsabilidade em causa, outra, diferente, o facto em que se materializa essa perturbação. Por outras palavras, se o contraente público, com a celebração do contrato, se compromete *contratualmente* a respeitar o seu equilíbrio financeiro, a respeitar a equação do contrato — é isso que resulta do regime do artigo 314º/1 do CCP<sup>801</sup> —, a adopção, por ele, de uma medida lesiva (independentemente da sua natureza) constitui-o em responsabilidade contratual.

E é assim porque o recorte entre os institutos da responsabilidade contratual e da responsabilidade extracontratual (incluindo aqui quaisquer outros mecanismos reparatórios ou compensatórios situados fora da órbita contratual) não se faz, repete-se, em função da natureza jurídica do *facto lesivo*, mas da natureza do vínculo ou da *obrigação violada*<sup>802</sup>.

Não se quer dizer com isto, note-se, que o contraente público se compromete contratualmente a não violar ou perturbar o equilíbrio financeiro do contrato. A existência do poder de modificar unilateralmente o contrato ou o reconhecimento de que este não é obstáculo à adopção de medidas de fundo extracontratual que tenham um impacto negativo na posição do cocontratante seriam suficientes para refutar essa tese. Aliás, é justamente porque ele não se compromete a tanto que essas medidas são lícitas — ou podem ser lícitas —, não se constituindo a favor do cocontratante um direito à reintegração *in natura* da sua posição jurídico contratual, como aconteceria se se lhe reconhecesse o direito à manutenção do vínculo tal qual.

O que se sustenta é que o contraente público se compromete a *respeitar* o contrato e o equilíbrio que lhe é inerente, donde, adoptando qualquer medida (contratual ou

---

<sup>801</sup> No sentido de que o equilíbrio financeiro é objecto de uma garantia contratual, ver Melo Machado, *Teoria jurídica*, p. 211 (“o equilíbrio financeiro da exploração parece ser, portanto, o objecto duma garantia contratual”), Sérvulo Correia, “Contrato”, pp. 32 e 33, e Mário Aroso de Almeida, “Contratos administrativos”, p. 827, mesmo se se reportando mais directamente à força vinculativa do contrato.

<sup>802</sup> Assim, por exemplo, Terneyre, *La responsabilité*, pp. 75 e ss.

extracontratual) que perturbe tal equilíbrio, fica contratualmente obrigado a repô-lo<sup>803</sup>.

**16.2.3.** Por outro lado, e como dissemos, o fundamento dessa responsabilidade assenta na *força vinculativa do contrato*<sup>804</sup>.

Abstraindo das suas originalidades e especificidades, há algo que aparenta o contrato administrativo a qualquer contrato e isso é aqui representado pelo núcleo do consenso, fruto do acordo de vontades: a “comutação dos interesses”<sup>805</sup>, é dizer, o facto de as prestações e obrigações reciprocamente assumidas terem sido acordadas com base num determinado equilíbrio financeiro, considerado justo e adequado pelas partes.

É essa força vinculativa do contrato expressa num *certo equilíbrio financeiro* que é objecto de garantia e que justifica a responsabilidade contratual do contraente público quando, por acto (contratual ou extracontratual) a si imputável (ou que lhe deva considerar-se imputável) se verifique um agravamento dos custos ou uma diminuição das receitas contratuais. Como refere a doutrina, o princípio do equivalente económico é “aquilo que nos permite continuar a falar de contrato, pois através dele se realiza administrativamente a igualdade entre as partes, o

---

<sup>803</sup> Como parece evidente, contra isto não pode argumentar-se que, como o compromisso de respeitar o equilíbrio financeiro e como o dever de repor esse equilíbrio resultam directamente da lei, não caberia falar aqui em responsabilidade contratual. A força vinculativa dos contratos (civis ou administrativos) também advém da lei (ou da Constituição), não deles mesmos, e não é por isso que o enquadramento correcto do incumprimento do contrato deixa de ser em sede de responsabilidade contratual.

<sup>804</sup> Não haveria diferença sensível se, como outros autores, reportássemos tal fundamento à ideia do equilíbrio financeiro do contrato. No entanto, como o respeito por esse equilíbrio resulta da própria vinculatividade do acordo de vontades, julgamos mais adequada a nossa opção.

<sup>805</sup> Marcello Caetano, *Manual*, p. 621.

reconhecimento dos direitos adquiridos e a reciprocidade das prestações”<sup>806</sup>.

Além dessa consideração de ordem mais geral, há outras duas razões mais que concorrem nesse sentido (de que o fundamento é a força vinculativa do contrato).

Por um lado, porque é isso que explica o tratamento paralelo dado no CCP às figuras da modificação unilateral e do *fait du prince*. O único factor que as liga é o facto de se projectarem de modo específico (e negativo) na situação contratual do cocontratante<sup>807</sup> e provirem ambas do contraente público, o que significa que o legislador terá considerado que nestes casos é, directamente, a força vinculativa do contrato (mais, nesse plano, do que a protecção da confiança), ou seja, o especial nexo e compromisso que relaciona as partes, que justifica o recorte comum dado às duas figuras, sobretudo em contraposição com a matéria da imprevisão.

É verdade que o exercício do poder de modificação unilateral implica um desvio ao *pacta sunt servanda* (pelo menos, quando não estejam contratualmente previstas as várias modificações que podem ser introduzidas) e que o *fait du prince*, quando se limite a alterar as circunstâncias do contrato, pode não ter esse alcance ou sentido, mas isso não deve levar a entender, em nossa opinião, que o fundamento de um seja diferente do outro.

Com efeito, essa diferença só explica e justifica que o legislador tenha sido mais exigente na descrição dos requisitos do segundo, sendo que, quando não haja tal diferença (é dizer, quando o *fait du prince* determine uma modificação propriamente dita do contrato), cessa a razão de ser dos pressupostos mais exigentes descritos na alínea a) do artigo 314º/1 do CCP e o caso deve ser resolvido apenas em função do impacto directo negativo (menos receitas ou maiores despesas) do evento, independentemente de outras considerações.

---

<sup>806</sup> Gaspar Ortiz, *Teoria del equivalente economico*, p. 229.

<sup>807</sup> Aroso de Almeida, “Contratos administrativos e regime da sua modificação”, p. 828.

A segunda razão, mesmo se menos decisiva, que nos leva a considerar que o fundamento da responsabilidade em causa reside na força vinculativa do contrato relaciona-se com a “causa de pedir” e com o “pedido” de reposição do equilíbrio financeiro. Assim, o que o cocontratante tem de demonstrar — é uma condição necessária, por muito ou pouco exigente que se fosse relativamente aos outros critérios — é que a economia do contrato, o seu equilíbrio, foi posto em xeque, é dizer, que a capacidade efectiva de o contrato gerar receitas diminuiu ou que as despesas necessárias ao seu cumprimento, tal qual ele tinha sido celebrado, aumentaram. E o que ele pede é que o equilíbrio desse contrato seja repostado. Não há portanto aqui lugar a uma indemnização por perdas e danos, no sentido da responsabilidade civil por acto ilícito, mas apenas reposição do equilíbrio inicial do contrato.

**16.2.4.** Tendo-se enquadrado a reposição do equilíbrio financeiro no quadro de uma responsabilidade contratual fundada na força vinculativa do acordo de vontades, há duas questões a que falta dar resposta: por que motivo há também uma responsabilidade contratual do contraente público no caso da imprevisão por acto de terceiro (314º/2)<sup>808</sup> e, nesse caso, o seu fundamento é também a força vinculativa do contrato?

Quando o acto do Poder provenha de terceiro, a primeira questão que se coloca é saber por que motivo o legislador considerou que ainda assim se justificava “responsabilizar” o contraente público por tal facto, a que ele é estranho. Por que não imputar essa responsabilidade, exclusivamente, ao autor do acto, a título extracontratual, em vez de chamar a responder por isso alguém que em nada contribuiu para o desequilíbrio do contrato?

---

<sup>808</sup> Só nos reportamos aqui, portanto, à alteração anormal e imprevisível das circunstâncias provocada por acto de uma Administração Pública que não é parte no contrato, deixando de fora as demais hipóteses, pois, nestes últimos casos, o fundamento será idêntico ao do regime da alteração superveniente das circunstâncias no direito civil.



Teoricamente, haveria razões para afirmar a “responsabilidade” de qualquer um deles.

O terceiro autor do acto justamente por essa razão, ou seja, por ter sido uma medida sua que implicou a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias e de, portanto, segundo o princípio da imputação de responsabilidades a quem lhes deu causa, se justificar que fosse ele chamado a responder pelos danos.

No entanto, contra esse argumento, pode dizer-se que o que cabe a qualquer Administração Pública, no quadro das suas tarefas, é velar pela melhor realização possível do interesse público posto a seu cargo, sem constrangimentos resultantes de contratos que outros (pertencentes também à esfera do sector público) hajam eventualmente celebrado com terceiros. Por outras palavras, se não foi o terceiro autor do acto que se comprometeu contratualmente e se não teve qualquer controlo sobre os termos e condições desses contratos que outros, para a prossecução dos seus próprios interesses, celebraram com terceiros, não há, designadamente, no contexto do princípio da protecção da confiança, justificação jurídica suficiente para que se lhe imputem, a si, autor de um acto lícito (é este o pressuposto), as consequências jurídicas económicas resultantes do eventual desequilíbrio de um contrato ao qual é estranho.

Por outro lado, e na sequência do que ficou dito, pode argumentar-se que há razões para afirmar a “responsabilidade” do contraente público: foi ele quem se comprometeu com a sua parte no contrato *rebus sic stantibus* e, portanto, deixando as coisas de ser como pressuposto, não deve ser o autor do acto, mas esse contraente público a responder pelo desequilíbrio contratual.

Além disso, a alteração das circunstâncias, mesmo se provocada por acto de terceiro, ter-se-á projectado em matérias relacionadas com as suas atribuições legais, ou seja, no leque de tarefas por que esse contraente público é legalmente responsável perante

a colectividade (é o que decorre do facto de a nenhuma entidade do sector público ser dado celebrar contratos senão para a prossecução das suas atribuições legais). E se é assim, então, havendo um *bouleversement* da economia do contrato, que pode fazer perigar a prossecução do interesse público implicado no objecto contratual, é ele que deve responder perante o seu cocontraente por tudo quanto, em prejuízo deste, se haja alterado, em benefício daquele (ou da colectividade), em tais domínios ou matérias.

Em suma, há razões que justificam a imputação das consequências relacionadas com a alteração das circunstâncias seja ao autor do acto, seja ao contraente público.

Marcello Caetano, porém, respondia à questão (quem é o responsável “se a alteração de ordem contratual é devida a acto de autoridade proveniente de pessoa colectiva diferente do contraente público”?) de forma a não deixar dúvidas: “a responsabilidade é sempre do contraente”<sup>809</sup>. E justificava essa sua posição do seguinte modo: “o interesse público nunca é alienado e, por isso, a entidade administrativa contraente é que deve suportar as consequências resultantes da sua realização em tudo quanto, pelo contrato, não haja sido posto a cargo do particular. (...) Esta responsabilidade do contraente público por acto alheio compreende-se melhor se considerarmos, por exemplo, a concessão de serviço público municipal. O serviço, pelo facto de ser concedido, não deixa de pertencer ao município que conserva o poder de o reorganizar, regulamentar e actualizar. O concedente institui um serviço e entregou em certos termos a sua exploração. Se amanhã uma lei, fruto da soberania do Estado, alterar a organização e as condições de desempenho do serviço municipal concedido, de tal modo que o concessionário sofra por isso prejuízo, quem tem de suportar essas repercussões financeiras é o dono do serviço, o Município, gestor do interesse público em cujo benefício a lei o modificou. O contraente público não responde por ter culpa: mas sim por ser ele quem representa

---

<sup>809</sup> No mesmo sentido, Laubadère/Moderne/Devolvé, *Traité*, p. 524.

os beneficiários dos encargos impostos ao património de um só ou de alguns”. Ele, contraente público, que “dissemine depois pelos contribuintes, mediante o imposto, aquilo que pagar”<sup>810</sup>.

Além desta razão, pode também dizer-se que, tal como no caso da alteração das circunstâncias do Código Civil, valem aqui — não a ideia da força vinculativa do contrato, mas — considerações de justiça e boa fé e também o facto de, *estando o contrato afectado pelo evento imprevisto também ao serviço dos interesses públicos do contraente público*, se compreender que, ficando o cocontratante numa situação económico-financeira precária ou deficitária, mais do que consentiriam os riscos próprios e normais do contrato, aquele seja chamado em auxílio financeiro deste, dentro, note-se, de uma lógica equitativa. A tese, portanto, de que o contraente público é chamado a responder não significa que o desequilíbrio económico-financeiro do contrato corra exclusivamente por sua conta. *O contraente público*, salvo se o contrato dispuser diversamente (e na medida em que seja legítimo fazê-lo), *não assume o risco da imprevisão*. Por outras palavras, o instituto da imprevisão tem, como se viu no primeiro capítulo deste trabalho, uma *função meramente compensadora* ou, em certo sentido, de *partilha equitativa* dos efeitos económicos negativos resultantes do evento imprevisto, e não uma função reparadora ou de indemnização.

A tese de que é o contraente público a responder pelas consequências contratuais resultantes da alteração das circunstâncias consubstanciada no acto de um sujeito público estranho ao contrato, e não este mesmo, encontra-se consagrada no artigo 314º/2 do CCP. Quando se estabelece aí que “os demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias conferem direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade”, o legislador está a reportar-se às consequências ou aos *efeitos contratuais*, entre as partes, portanto, resultantes de tais casos (de alteração das circunstâncias). Por outras palavras, o que se pretendeu,

---

<sup>810</sup> *Manual*, p. 621 e 622.

com o artigo 314º, foi regular, em termos gerais, as consequências contratuais de determinados eventos, mais concretamente, as pretensões (reposição do equilíbrio financeiro, modificação do contrato ou compensação financeira) que, nesses casos, o co-contratante pode fazer valer contra o seu parceiro (não contra outros sujeitos)<sup>811</sup>.

**16.2.4.1.** Uma questão que pode colocar-se é saber se a solução é ainda adequada quando o acto da autoridade pública tenha em vista a tutela de interesses próprios e não do contraente público. Com efeito, a tese de Marcello Caetano assentava na ideia de que o contraente público devia suportar os encargos contratuais da alteração das circunstâncias porque essa alteração se projectava sobre matéria do seu interesse e da qual ele seria o beneficiário. Ora, pode acontecer que a alteração introduzida tenha em vista a tutela de interesses que cabem legalmente ao autor do acto, ou seja, tenha em vista a regulação de assuntos do qual é ele (ou a comunidade por ele representava) o beneficiário, e não o contraente público. Por exemplo, há matérias que têm segmentos nacionais e locais ou autárquicos, como é o caso do ordenamento do território e do urbanismo. Assim, havendo um contrato celebrado entre um particular e um município que tenha incidência urbanística, pode uma nova lei na matéria, ditada por razões de interesse nacional, ter repercussões nesse contrato. Outro exemplo: vir o Estado aprovar uma lei que imponha uma nova taxa sobre as concessões de um determinado sector administrativo local que reverta para um organismo regulador governamental ou, então, a Infraestruturas de Portugal decretar o encerramento de uma estrada nacional que era fundamental para uma

---

<sup>811</sup> Aliás, das duas consequências postas no artigo 314º/2 do CCP, uma (a modificação do contrato) só pode valer perante a outra parte no contrato. A outra (a compensação financeira), em termos teóricos, é verdade que tanto podia valer contra o contraente público como perante o autor do acto, mas é pouco verosímil que, num mesmo preceito, o legislador pretendesse, sem dar nota mínima disso, regular dois direitos do co-contratante com distinto sujeito passivo ou, menos verosimilmente ainda, que pretendesse estabelecer que o direito a uma compensação financeira pudesse ser exercido indistintamente ou contra o contraente público ou contra o autor do acto.

concessionária municipal de transportes públicos.

A questão que se coloca é saber se, em casos como estes, se mantém a “responsabilidade” do contraente público ou se, falhando aquela que será em princípio a *ratio* do artigo 314º/2 do CCP, deve proceder-se a uma interpretação restritiva (ou a uma redução analógica) desse preceito e considerar que nesse caso a “responsabilidade” é apenas do autor do acto.

Por nós, deve manter-se a regra da lei: seja porque as consequências contratuais devem ser feitas valer perante o contraente público, seja porque não é de afastar a hipótese de, depois de responder perante o seu cocontratante, o contraente público instaurar um acção com vista a obter, do autor do acto, um ressarcimento pelos prejuízos que haja suportado. Não se trata de um “direito de regresso”, em sentido técnico, mas de fazer responder pelos encargos aquele que os provocou (ou de quem beneficia da nova regulação).

Ponto é que haja justificação ou habilitação jurídica para o efeito, que não é de todo evidente. Com efeito, não podendo chamar-se à colacção figuras de base contratual (como a própria alteração das circunstâncias ou a imprevisão ou o acto do Poder) – porque não há um laço contratual entre o contraente público e o autor do acto –, esse seu eventual direito só terá cabimento se se verificarem os requisitos da responsabilidade extracontratual por acto lícito, como a indemnização do sacrifício, ou, no caso de a medida ser ilegal, se se verificarem os pressupostos da responsabilidade extracontratual por acto ilícito.

Por último, resta dizer que, quando o cocontratante demande, com base no artigo 314º/2, o contraente público, pedindo a modificação do contrato ou uma compensação financeira, esse seu direito tem natureza e regime contratual, ao contrário do quando demande o próprio autor do acto, pedindo-lhe uma indemnização por sacrifício ou por acto ilícito, caso em que a pretensão tem natureza

e regime extracontratual.

## 17. A obrigação de reposição do equilíbrio financeiro

### 17.1. Considerações gerais

17.1.1. Ao presente trabalho interessava essencialmente definir as figuras da modificação do contrato e do *fait du prince* [na expressão que o legislador lhe deu no artigo 314º/1, alínea a), do CCP] e traçar as respectivas fronteiras com casos vizinhos, estando já fora das nossas principais preocupações o peculiar regime da reposição do equilíbrio financeiro<sup>812</sup>.

As considerações que aqui se deixam são, portanto, mais de enquadramento do que de investigação propriamente dita.

Uma coisa é certa: pese a aparente singeleza (e até do carácter relativamente intuitivo) da expressão, a matéria da reposição do equilíbrio financeiro do contrato pode ser extremamente complexa, sobretudo quando a modificação ou a alteração das circunstâncias interfere com elementos variáveis ou aleatórios dos contratos (caracteristicamente, a oferta ou procura).

Assim, de um lado estão as hipóteses em que eventos geradores da reposição do equilíbrio financeiro se traduzem essencialmente em *sobrecustos, sem interferência nesses elementos variáveis*, sejam eles de verificação única ou de impacto avulso (por

---

<sup>812</sup> Entre nós, sobre os modos em que há lugar à reposição do equilíbrio financeiro e as principais teses na matéria, ver Paulo Otero, “Estabilidade contratual”, pp. 941 e ss (embora antes do CCP), e Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas*, pp. 695 e ss. e 719 e ss.

Em Thierry Kirat / Laurent Vidal, “Litigation on public contract performance: a comparative study of the treatment of additional costs and contract equilibrium by administrative judges in the United States and France”, *PCLJ*, vol. 38, nº 1, 2008, pp. 154 - 185, há uma interessante análise comparativa sobre o que aproxima (mais) e separa (menos) o regime da reposição do equilíbrio financeiro nos Estados Unidos e em França.

exemplo, determinação do concedente para que se faça uma certa obra não contratada) ou de verificação sucessiva ou de impacto duradouro (por exemplo, determinação do concedente para que se passe a prestar regularmente um certo serviço não contratado). Nestes casos, não só será relativamente simples, em regra, apurar o impacto económico do evento (corresponderá ao valor do sobrecusto) — mesmo quando, como pode suceder no caso da prestação de um serviço adicional até ao fim da concessão, haja de separar o impacto que se conhece (o chamado “impacto histórico”) do impacto futuro, na medida em que seja previsível (impacto futuro ou previsional”) —, como a reposição se processará normalmente através do pagamento, pelo contraente público, desses mesmos sobrecustos

No entanto, quando o evento se projecta nos *elementos variáveis* do contrato (por exemplo, tráfego de uma concessão, procura de uma unidade hospitalar) e for de verificação duradoura ou de impacto contínuo, perdurando tendencialmente até ao termo do contrato, ou seja, quando o evento gera no contrato, na sua economia, uma espécie de “incapacidade permanente”, diminuindo-lhe a sua *capacidade de ganho*, independentemente da condição *ceteris paribus*. Nestas situações, pode revelar-se difícil apurar o respectivo impacto real (o histórico e, sobretudo, o futuro), dificuldade que se agrava, por um lado, quando o evento é contemporâneo do contrato — por não ser possível, nesse caso, medir o impacto do evento através da comparação dos dados históricos do contrato antes do evento e depois do evento — e, por outro lado, quando se tratar de um contrato com *project finance* e houver, portanto, um *caso base*<sup>813</sup>.

---

<sup>813</sup> Sobre esta matéria, ver Lício Lopes Martins, *A empreitada de obras públicas*, pp. 719 e ss., Mário Aroso de Almeida, “Apontamento sobre o problema da repartição do risco e do reequilíbrio financeiro nos contratos de concessão”, *Estudos em Homenagem a Rui Machete* (Comissão Organizadora Paulo Otero / Carla Amado Gomes / Tiago Serrão), Coimbra, Almedina, 2015, pp. 679-692, António Martins, “Sobre o equilíbrio financeiro das concessões e a taxa interna de rentabilidade (TIR) acionista: uma perspectiva económica”, RCP, 2011, nº 3, pp. 5-26, e “Project

**17.1.2.** Em segundo lugar, estabelecendo no artigo 282º/3 que a reposição do equilíbrio financeiro é efectuada, “na falta de estipulação contratual, designadamente, através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, da revisão de preços ou da assunção, por parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato”, o legislador parte claramente do pressuposto que a *modificação do contrato agrava a condição económica do cocotratante*.

Por outras palavras, o legislador, apesar de ter desenhado o poder de modificação unilateral sem qualquer restrição quanto ao seu sentido, parte depois do princípio, no regime da reposição do equilíbrio financeiro, que o contraente público modifica o contrato através da imposição de novas obrigações ou através da extensão das obrigações já existentes, que recaem sobre o cocontratante, quando a verdade é que o interesse público, designadamente, na modalidade de reponderação das circunstâncias, pode antes conduzir a uma supressão ou eliminação de algumas obrigações ou prestações a cargo do seu cocontratante (as chamadas “modificações para menos”). Ora, este facto não encontra no regime do artigo 282º do CCP uma resposta adequada ou completa. É verdade que a “revisão de preços” pode, ainda assim, funcionar para algumas situações, mas o problema carece de uma análise mais atenta por parte do legislador.

Diferentemente, o *fait du prince* é legalmente assumido como um facto que agrava a posição económica contratual do cocontratante, devendo as alterações das circunstâncias (imputáveis ou não ao contraente público) que avantejem a posição económica contratual daquele ser resolvidas em sede tributária, se e quando isso seja

---

finance e medidas de reequilíbrio financeiro: uma nota analítica”, RCP, 2013, nº 8, pp. 5 – 24, Pedro Costa Gonçalves, *Direito*, pp. 560 e ss.



possível, designadamente, através das chamadas *contribuições especiais de melhoria* (referidas no artigo 4º/3 da Lei Geral Tributária), ou, mais comumente, através do sistema de *partilha de benefícios* consagrado no artigo 314º do CCP, nos termos do qual, “nos contratos que configurem uma parceria pública-privada, sempre que ocorrer um *acréscimo anormal e imprevisível dos benefícios financeiros para o cocontratante que não resulte da sua eficiente gestão e das oportunidades por si criadas*, há lugar à partilha equitativa desses benefícios entre o cocontratante e o contraente público”.

Como quer que seja, sendo o *fait du prince*, na sua natureza, um facto lesivo da posição económica contratual do contratante, compreende-se, ao menos em parte, como veremos já de seguida, o regime do artigo 282º do CCP.

**17.1.3.** Em terceiro lugar, e apesar de o legislador apenas se referir à reposição do equilíbrio financeiro, deve notar-se, em primeiro lugar, que a modificação unilateral do contreato, mas sobretudo o *fait du prince*, podem ter *outras consequências*. Assim, dependendo dos casos, trais factos podem servir de fundamento para a exclusão ou redução das sanções por cumprimento tardio ou defeituoso do contrato, ou mesmo do direito à resolução do contrato, se o acréscimo de dificuldades ou de obrigações for tal que não seja legítimo exigir ao cocontratante a sua execução<sup>814/815</sup>.

Além disso, e embora o legislador não o refira, o *fait du prince*<sup>816</sup> pode implicar ou exigir uma *modificação do contrato em aspectos técnicos, operacionais ou outros*<sup>817</sup>. Com efeito, se o evento se repercutir, por exemplo, na capacidade de oferta da concessão e

---

<sup>814</sup> Laubadère/Moderne/Delvolvé, *Traité*, p. 552.

<sup>815</sup> Naturalmente, se o *fait du prince* implicar a impossibilidade de cumprimento do contrato haverá uma causa justificativa da sua inexecução.

<sup>816</sup> Tanto, aliás, quanto a modificação, que pode implicar uma remodelação do contrato não exclusivamente no plano financeiro.

<sup>817</sup> Julgamos que é esta também a opinião de Pedro Melo, o Juízo de eficiência na alteração de circunstâncias das parcerias público-privadas.

se existirem, por exemplo, parâmetros contratuais destinados a aferir do cumprimento, por parte do concessionário, de certas exigências na prestação do serviço, esses parâmetros devem ser modificados de acordo com a nova realidade. Da mesma forma, se o evento se repercutir na capacidade de procura ou oferta da concessão e existirem, por exemplo, parâmetros contratuais para a variação das tarifas a cobrar aos utentes ou para determinar se deve ou não o concedente efectuar um pagamento ao concessionário e tais parâmetros estiverem associados à oferta ou procura da concessão, eles devem igualmente ser modificados de acordo com a nova realidade.



### Reflexões Finais:

1. A “permeabilidade” do contrato administrativo aos “eventos novos”, sobretudo àqueles que são imputáveis ao contraente público, é uma “marca genética” da figura.
2. O poder de modificação unilateral (fruto da lógica da função contratual) e o *fait du prince* (expressão da lógica da função extracontratual) receberam, em 2008, um regime legal que lhes traça as fronteiras (nos requisitos), mas que também lhes aponta as afinidades (nas consequências). Ao contrário do que se pensaria, não foram tempos de estabilização, esses que se viveram daí até hoje.
3. O poder público de modificar o texto do contrato administrativo e o poder público de alterar o contexto do contrato administrativo (*fait du prince*, no formato com que foi recebido no CCP) – ambos com idêntica potencialidade lesiva, ou até este mais do que aquele – são hoje as marcas especificamente administrativas reveladoras da instabilidade contratual num contexto de subsistência do contrato administrativo. São as vicissitudes juridicamente administrativas modificativas do contrato.
4. O poder de modificação unilateral, que se havia imposto à lógica da paridade, sofreu nos últimos tempos o choque da lógica da concorrência, que lhe vai moldar os limites, mesmo se ainda não há ventos europeus que lhe contestem a natureza. Nesse *meeting point* das diferentes culturas jurídico-administrativas, e apesar do sinal que está dado com a primeira sua grande “intromissão” nos domínios da execução dos contratos públicos, a verdade é que as soluções que foram expressamente consagradas pelo Direito da União Europeia são equilibradas e justificadas. O contrato administrativo não passou



a reger-se por uma *presumption of impermissibility* relativamente aos novos juízos que sobre ele faça o contraente público e as “changes pursuant to the contract” não se tornaram ainda a regra, havendo uma margem considerável para as “changes of the contract”.

5. De qualquer forma, fica a nota de a maior estabilidade (e, só nesse sentido, vinculatividade) do contrato administrativo resultar agora, não da sua própria matriz (acordo de vontades vinculativo), mas em função de um factor que, em rigor, lhe é estranho, a saber, ser ele o produto de um procedimento concorrencial.
6. Por outro lado, em tempos de renovação das “vicissitudes contratuais” (Vieira de Andrade), algumas perderam parte da sua autonomia jurídico-administrativa, como sucedeu em parte com a *imprevisão* (e foi aí que tudo começou...), que, nos termos da lei, passou a regular-se como um caso de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, com a única eventual nota de, nos contratos administrativos, poder justificar-se uma inclinação de princípio para a subsistência do contrato (com modificações).
7. E como sucedeu também com o caso de força maior, que deixou de ter, segundo a velha regra de prudência lógica *entia non sunt multiplicanda*, regulação administrativa própria com um mínimo de substância, dispendo o CCP, em geral, por referência aos termos civilistas da impossibilidade não culposa de cumprimento das obrigações.
8. O *fait du prince*, esse conceito obsoleto apoiado actualmente em ideia tão sãs, viu confirmada pelo CCP a sua autonomia, mas continua, apesar do seu recorte legal mais definido, a fazer-se acompanhar das dificuldades de sempre: quem, verdadeiramente, é o contraente público para efeitos do seu regime, que medidas cabem nele, que grau de afectação se devem reconhecer a estas estas medidas para que constituam o contraente público no dever de repor o equilíbrio financeiro? A estas questões, que são e sempre foram

complexas, juntam-se hoje, por força da lei, uma outra: o que deve o *fait du prince* ao instituto da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias? Em nossa opinião, e apesar de ele ser um instrumento de gestão das aléas extracontratuais, possivelmente é mais o que separa esses dois institutos do que o que os une.

## **Bibliografia:**

### **Almeida, José Mário Ferreira de**

- *Legalidade e estabilidade objectiva do contrato administrativo*, Scientia Iuridica, Tomo XXXVII, 1988, pp. 121 - 140

### **Almeida, Mário Aroso de**

- “Apontamento sobre o problema da repartição do risco e do reequilíbrio financeiro nos contratos de concessão”, *Estudos em Homenagem a Rui Machete* (Comissão Organizadora Paulo Otero / Carla Amado Gomes / Tiago Serrão), Coimbra, Almedina, 2015, pp. 679-692
- *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Universidade Católica Editora (Org. Rui Medeiros), 2013
- *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, Almedina, 2012
- *Apontamentos sobre o contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos*, Revista dos Contratos Públicos, nº 2, 2011, 5 - 34
- “Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvoulo Correia*, vol. II, Lisboa, 2010, 811 - 846
- “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, 2007, n.º 66, 3 - 16

### **Alpa, Guido**

- “Rischio contrattuale”, *Contratto e Impresa*, Pádua, vol. 2, nº 2, 1986 (coord: Francisco Galgano), pp. 619-662

### **Alterini, Atilio Aníbal**

- “Teoría de la imprevisión y cláusula de Hardship”, Roma e America



Diritto Romano Comune; Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in América Latina, Mucchi Editore, 2002, nº 13<sup>818</sup>

**Alves, Pedro Leite**

- “Reflexões sobre o regime legal das PPP”, *Revista dos Contratos Públicos*, nº 6 2012, pp. 5 – 20

**Amaral, Diogo Freitas do**

- *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2016, Almedina (com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal)
- *O caso do Tamariz. Estudo de jurisprudência crítica*, 1965, Livraria Petrony

**Amaral, Diogo Freitas do / Quadros, Fausto de / Andrade, José Carlos Vieira de**

- *Aspectos Jurídicos da Empreitada de Obras Públicas*, Almedina, 2002, pp. 169

**Andrade, José Carlos Vieira de**

- *Lições de Direito Administrativo*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015
- *A Justiça Administrativa (Lições)*, Almedina, 2015
- *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 2012
- “A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública*, CEDIPRE, vol. II, 2010, Coimbra Editora, pp. 7 - 39
- “A responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil do Estado e demais entes públicos”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 137º, 2007-2008, nºs 3946-3951
- “A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado Social”, *RLJ*, ano 140º, nº 3969, pp. 345 -

---

<sup>818</sup> Só tivemos acesso à versão disponível em [www.alterini.org/tonline/to\\_aaa10.htm](http://www.alterini.org/tonline/to_aaa10.htm).

\* Publicado no sítio do Centro de Arbitragem Comercial, na ficha “jurisprudência” (disponível em [http://www.centrodearbitragem.pt/index.php?option=com\\_content&view=article&id=18&Itemid=120&lang=pt](http://www.centrodearbitragem.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=18&Itemid=120&lang=pt))

362

**Andrade, José Carlos Vieira de / Francisco Sá Carneiro / Rui Pena**

- *Acórdão Arbitral\**

**Andrade, Manuel de**

- *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 2003 (reimpressão)

**Antoine, Julien**

- “La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties”, *Revue Française de Droit Administratif*, 2004, n° 1, pp. 80-88

**Antunes, Engrácia**

- *Direito dos contratos comerciais*, 2001, Almedina

**Antunes, Henrique**

- “A alteração das circunstâncias no Direito Europeu dos Contratos”, *Cadernos de Direito Privado*, n°47 Julho/Setembro 2014, pp. 3 - 41

**Antunes, J. M. Oliveira**

- *Código dos Contratos Públicos*, 2009

**Apolinário, Marisa**

- *O Estado Regulador: o novo papel do Estado*, 2015, Almedina

**Araújo, Edimir Netto de**

- *Curso de Direito Administrativo*, 2015, Editora Saraiva, São Paulo,

**Arnould, Joel**

- “Le texte définitif de la communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire”, *Revue Française de Droit Administratif*, n° 16, 2000, pp. 1016 e ss.

**Arrowsmith, Sue**

- *The law of public and utilities procurement (regulation in the EU and UK)*, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, Londres, 2014

**Ascensão, José de Oliveira**

- “Onerosidade excessiva por alteração das circunstâncias”, *Revista da*

*Ordem dos Advogados*, Ano 65, 2005, pp. 625 - 648

**Ashmore, Rory**

- "Variations on a theme (Presstext in action) - changes to development plans in favour of commercial developer successfully challenger: R (on app. Gottlieb) v Winchester City Council", *Public Procurement Law Review*, 2015, nº 3, pp. 81-87

**Atayde, Augusto de**

- "Para a teoria do contrato administrativo: limites e efeitos do exercício do poder de modificação unilateral pela Administração Pública", *Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano*, Edições Ática, 1973, pp. 73 e ss.
- *Poderes unilaterais da Administração sobre o contrato administrativo*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1981

**Ayala, Bernardo Diniz**

- "O poder de modificação unilateral do contrato administrativo com regime de «project finance»", *Revista dos Contratos Públicos*, nº 2, 2011, pp. 55 - 88

**Azevedo, Bernardo**

- "Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos", *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2010, pp.223 - 271

**Badaoui, Saroit**

- *Le fait du prince dans les contrats administratifs en Droit français et en Droit Égyptien*, LGDJ, 1955

**Bailey, Julian**

- "What lies beneath: site conditions and contract risk", *International Construction Law Review*, 2007, pp. 394 e ss.

**Bandiera, Oriana / Prat, Andrea / Valletti, Tommaso**

- “Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a Policy Experiment”, *American Economic Review*, vol. 99, 2009, n° 4, pp. 1278-1308

**Barbosa, Mafalda/ Campos, Diogo Duarte**

- “A decisão do Tribunal de Portalegre, 4 de Janeiro de 2012: breve anotação”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVIII, 2012, pp. 379 - 405

**Bénoit, Francis-Paul**

- *Le Droit Administratif français*, Dalloz, Paris, 1968

**Boulois, Xavier Dupré de**

- *Le pouvoir de décision unilatérale*, Bibliothèque de Droit Public, LGDJ, 2007

**Bovis, Christopher**

- *EU Public Procurement Law*, 2012, Elgar European Law

**Brandão, Diogo de Paiva**

- “Considerações sobre o problema da imprevisão”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XVII, pp. 173 - 262

**Braziel, Tishisa L.**

- “Contracting Out Contracting”, *Public Contract Law Journal*, vol. 38, n° 4, 2009, pp. 857 - 894

**Brodec, Jan / Yáclav Janeek**

- “How does the substantial modification of a public contract affect its legal regime?”, *Public Procurement Law Review*, 2015, n° 3, pp. 90-105

**Brown, Adrian**

- “When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in *Presstext* (Case C-454-06)”, 2008, *Public Procurement Law Review*, 2008, n° 6, pp. 253-267

**Brownlie, Ian**

- *Princípios de Direito Internacional Público*, FCG, 1997

**Cabral, Margarida Olazabal**

- *O concurso público nos contratos administrativos*, Coimbra, 1977

**Cadilha, Carlos**

- “Legitimidade processual”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 34, 2002, pp. 9 - 23
- *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*, Coimbra Editora, 2011

**Caetano, Marcello**

- *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, reimpressão de 2010, Almedina

**Calheiros, Maria Clara**

- “O contrato de swap no contexto da actual crise financeira global”, *Cadernos de Direito Privado*, Braga, nº 42, 2013, pp. 3 - 13

**Campo, Diogo Duarte / Machado, Carla**

- “Um por todos e todos por um? Efeitos da insolvência em agrupamento de concorrentes”, *Estudos de Contratação Pública*, CEDIPRE, vol. IV, Coimbra Editora, 2013, pp. 305 - 337

**Canaris, Claus-Wilhem**

- *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2002

**Canotilho, José Gomes**

- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 2015 (reimpressão da edição de 2003)

**Canotilho, José Gomes / Moreira, Vital Martins**

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Ed., Coimbra Editora

**Caranta, Roberto**

- “The changes to the public contract directives and the story they tell how

EU law works”, *Common Market Law Review*, vol. 52, n° 2, 2015, pp. 394 e ss

- “The Borders of EU Public Procurement Law”, *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty?*, vol. 4, European Procurement Law Series, Dacian Dragos / Roberto Caranta (editores), DJOF Publishing, Copenhaga, 2012, pp.

**Carrilho, Gonçalo**

- “Insolvência e Contratação Pública: Brevíssimas Notas”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 75, Lisboa, 2015, pp., pp. 835 – 857

**Catz, Jacques**

- *Les constructeurs et le risque du sol*, Paris, Editions du Moniteur (Colecção Actualité Juridique), 1985

**Chalmers, Damien / Davies, Gareth / Monti, Mario**

- *European Union Law*, Cambridge University Press, 2011

**Charrel, Nicolas / Gaspar, Thomas**

- “Le nouveau régime juridique de modification des marchés en cours d'exécution”, *Contrats Publics, Les nouvelles directives «marchés» (2de partie)*, n.º 144, 2015

**Chapus, Réne**

- *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, vol. I, 2001

**Chen-Wishart, Mindy**

- *Contract Law*, Oxford University Press, 2007

**Cianflone, António / Giovannini, Giorgio**

- *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, 2012, vol. 1

**Cibinic Jr., John / Nash Jr., Ralph C / Nagle, James F.**

- *Administration of Government Contracts*, The George Washington University, Wolters Kluwer, 2006

**Claisse, Yves**

- “Qu'est-ce que la technique contractuelle?”, *Contrats Publics*, n° 129, 2013,

pp. 62-63

**Clouzot, Ludivine**

- “La théorie de l’imprévision en droit des contrats administratifs: une improbable désuétude”, *Revue Française de Droit Administratif*, 2010, n° 5, pp. 937 - 948

**Collins, Hugh**

- *Regulating contracts*, Oxford University Press, Londres, 1999

**Comba, Mário E.**

- “Retendering or sale of contract in case of bankruptcy of the contractor? Different solutions in an EU comparative perspective”, *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Gustavo Piga / Steen Treumer (editores), Routledge, 2013

**Cordeiro, António Menezes**

- *Tratado de Direito Civil*, vol. IX, Almedina, 2014 (reimpressão)
- “A proposta na contratação pública e a alteração das circunstâncias”, *O Direito*, Ano 142.º, 2010, vol. II, pp. 275 - 315
- “Contratos Públicos”, *Cadernos O Direito*, n° 2, 2007
- “Da alteração das circunstâncias - A concretização do artigo 437.º do Código Civil à luz da jurisprudência posterior a 1974”, *Separata dos Estudos Da Boa Fé no Direito Civil*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1984

**Correia, Sérvulo**

- “Contrato administrativo”, *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Lisboa, 1990, vol. III, pp. 54 - 89
- *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987

**Correia, Sérvulo / Torgal, Lino / Sánchez, Pedro Fernández**

- “Alteração das circunstâncias e modificação de propostas em procedimentos de contratação pública”, *Estudos de Contratação Pública*,

CEDIPRE, vol. III, Coimbra Editora, 2010. pp. 149 - 200

**Cortez, Margarida**

- *Responsabilidade civil da Administração por actos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado*, Coimbra, 2000
- “O crepúsculo da invalidade formal?”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 7, 1997, pp. 32 - 43

**Costa, José Manuel Cardoso da**

- “Constituição e Justiça Constitucional”, *ARS Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. 3, Coimbra, 2010

**Costa, Mário Júlio Almeida**

- *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, 12ª edição, 2009

**Couzinet, Jean-François**

- “Cas de force majeure et cas fortuit: causes d’exonération de la responsabilité administrative”, *Revue du Droit Public*, nº 5, LGDJ, 1993, pp. 1385 - 1425

**Craig, Paul / De Búrca, Gráinne**

- *EU Law: Text, Cases, and Materials*, OUP, 2011

**Crowe, Brian / Sias, Suzanne**

- *Modification of Contracts*, Contract Law, Illinois Institute for Continuing Legal Education, 2006

**Davies, Anne C. L.**

- *The Public Law of Government Contracts*, Oxford University Press, 2008

**Dekel, Omner,**

- “Modification of a government contract awarded following a competitive procedure”, *Public Contracts Law Journal*, vol. 38, nº 2, 2009, pp. 401 - 426

**Delmon, Jeffrey**

- *Public-Private Partnership Projects in Infrastructure: an essential guide for Policy Makers*, Cambridge University Press, 2011



**Dinh, Nguyen Quoc / dailler, Patrick / Pellet, Alain**

- *Direito Internacional Público*, FCG, 1992

**Dreyfus, Jean David**

- “La modification d’un marché public en cours de validité est-elle possible sans remise en concurrence?”, *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2008, pp. 2004 e ss.

**Domingo, Carmen Rodríguez de Rivera**

- *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Bosch, vol. III, Org: Luciano Parejo Alfonso / Alberto Palomar Olmeda / Javier Vásquez Garranzo, 2009, pp. 1777 - 1814

**Duarte, Tiago**

- “Os eléctricos de Marselha não chegaram a Sintra: o Tribunal de Contas e os limites à modificação dos contratos”, *Revista de Contratos Públicos*, nº 3, 2011, pp. 27 - 50

**Eiró, Vera**

- “Contratos públicos e insolvência. Uma primeira aproximação”, Actas do VI encontro de Professores de Direito Público portugueses<sup>819</sup>

**Enterría, García de / Fernandez, Ramón Tomás**

- *Curso de Derecho Administrativo*, Thomson Civitas, Madrid, vol. I, 16ª ed., 2013

**Estorninho, Maria João**

- *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2012

**Fardet, Christophe**

- “La clause exorbitante et la réalisation de l’intérêt général”, *Actualité Juridique Droit Administratif*, nº 2, 2000, pp. 115

---

<sup>819</sup> E-book em

[http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook\\_encontrosdp\\_31out2013a.pdf](http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf),

pp. 169 - 189

**Fenn, Peter**

- “Review of International Practice on the Allocation of Risk of Ground Condition”, *International Construction Law Review*, vol. 17, Parte 3, 2000, pp. 439 - 453

**Fernandes, Luís A. Carvalho**

- *A teoria da imprevisão no Direito civil português*, Reimpressão com nota de actualização, Lisboa, Quid Juris, 2001

**Ferreira, Durval**

- *Erro Negocial (Objecto - Motivos - Base Negocial) e Alterações de Circunstâncias*, Coimbra, Almedina, 1998

**Filho, Marçal Justen**

- *Teoria geral das concessões de serviço público*, Dialéctica, São Paulo, 2003

**Fischel, William**

- *Regulatory Taking: Law, Economics, and Politics*, Harvard University Press, Cambridge, 1995

**Fissell, Brenner M.**

- “The dual standard of review in contracts clauses jurisprudence”, *GLJ*, 2014, vol. 101, Issue 4, pp. 1090 - 1115

**Flamme, Maurice-André**

- *Traité théorique et pratique des marchés publics*, vol. II, Bruxelas, Bruylant, 1969

**Fortini, Cristiana / Pires, Priscila / Giannetti, Campos**

- Equilíbrio económico-financeiro nas parcerias público-privadas, *Revista dos Contratos Públicos*, nº 8, 2013, pp. 25 - 57

**Frada, Manuel Carneiro da**

- *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, reimpressão de 2007

**Freitas, José Lebre**

- “Contrato de swap meramente especulativo - regimes de validade e de

alteração das circunstâncias”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72º, 2012, pp. 943 - 970

**Freitas, Lourenço Vilhena**

- *O poder de modificação unilateral do contrato administrativo pela Administração: as garantias contenciosas do seu co-contratante perante esse exercício*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2007
- *Direito dos Contratos Públicos e Administrativos*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014

**Furtuna, Alphonse**

- *Le fait du Prince*, Paris, Jouve, 1924

**Giandomenico, Giovanni di**

- *Il contratto e l’alea*, CEDAM, 1987, nº 274

**Gil, José Luís Meilán**

- “Las prerrogativas de la administración en los contratos administrativos : propuesta de revisión”, *Revista de Administración Publica*, CEPC, 2013, pp. 11 - 41
- *La estructura de los contratos públicos*, IUSTEL, 2008
- *Categorías Jurídicas en el Derecho Administrativo*, IUSTEL, 2011

**Gilliaux, Pascal**

- *Les directives européennes et le Droit Belge*, Bruyillant, 1997

**Gomes, Carla Amado**

- “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública*, Coimbra Editora, vol. III, 2010, pp. 519 - 567
- *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, 2007, Coimbra Editora

**Gonçalves, Pedro Costa**

- *A concessão de serviços públicos*, Almedina, 1999

- *O contrato administrativo. Uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*, Almedina, 2003
- *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, 2005
- “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 64, 2007, pp. 36 - 46
- “Acórdão Presetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 73, 2009, pp. 1 - 20
- “Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo”, *Estudos de Contratação Pública*, CEDIPRE, Vol. I, Coimbra Editora, 2008, pp. 569 - 626
- “Gestão dos contratos públicos em tempos de crise”, *Estudos de Contratação Pública*, III, 2010, Coimbra Editora, pp. 5 - 49
- *Regime jurídico da atividade empresarial local*, Almedina, 2012
- *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, CEDIPRE, 2013
- *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015 (com a colaboração de Carla machado e José Azevedo Moreira)
- A “nova contratação pública” - As diretivas de 2014”, *La nueva contratación pública*, Marcos Almeida Cerredá / Isaac Martín Delgado (directores), 2015, pp. 19 - 27\*

### **Gorjão-Henriques, Miguel**

- “Anotação ao Artigo 288.º TFUE”, *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Manuel Lopes Porto / Gonçalo Anastácio (coord.), 2012, Almedina

### **Guettier, Christophe**

- *Droit des contrats administratifs*, PUF, Paris, 2011

### **Guimarães, Ana Luísa**

- *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012

---

\* Disponível em

[http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos\\_La-nueva-contratacion-publica\\_e813ae7b%232E%23pdf/chk.cdd19408e57c2bf2e92eb186d7786d1b](http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_La-nueva-contratacion-publica_e813ae7b%232E%23pdf/chk.cdd19408e57c2bf2e92eb186d7786d1b).

**Hartlev, Kristian / Liljenbol, Morten Wahl**

- “Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender”, *Public Procurement Law Review*, n° 2, 2013, pp. 51 – 73

**Hebly, Jan M. / Heijnsbroek, Paul**

- “When amending leads to ending: a theoretical and practical insight into the retendering of contracts after a material change” *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Routledge, pp. 163 - 184

**Hebraud, Pierre**

- *Observations sur la notion du temps dans le droit civil*, Études offertes à Pierre Kayser, 1979, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, vol. 2, pp. 1- 58

**Hörster, Heinrich**

- *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, 2011

**Hoepffner, Hélène**

- *La modification du contrat administratif*, Bibliothèque de Droit Public, LGDJ, 2009
- “La modification des contrats de la commande publique à l’épreuve du droit communautaire”, *Revue Française de Droit Administratif*, 2011, n° 1, pp. 98 - 111

**Jacqué, Jean Paul**

- *Droit Institutionnel de l’Union Européenne*, Paris, Dalloz, 2012

**Jèze, Gaston**

- *Théorie générale des contrats de l'administration*, Giard, 1934, vol. II

**Kirat, Thierry / Vidal, Laurent**

- “Litigation on public contract performance: a comparative study of the treatment of additional costs and contract equilibrium by administrative judges in the United States and France”, *Public Contract Law Journal*, vol. 38, n° 1, 2008, pp. 154 - 185

**Kirkby, Mark Bobela-Mota**

- “Conceito e critérios de qualificação do contrato administrativo – um debate académico”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia*, vol. II, Lisboa, 2010, pp. 759-810
- *Contratos sobre o exercício de poderes públicos*, Coimbra Editora, 2011

**Kull, Andrew**

- Mistake, Frustration, and the Windfall Principle of Contract Remedies, *Hastings Law Journal*, 1991, nº 43, pp. 1-55.

**Larenz, Karl**

- *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Comares, 2002

**Laubadère, André De / Venezia, Jean-Claude / Gaudemet, Yves**

- *Traité de Droit Administratif*, vol. I, LGDJ, 1984

**Laubadère, André De / Moderne, Franck / Delvolvé, Pierre**

- *Traité des contrats administratifs*, vol. II, LGDJ, 1983

**Leitão, Alexandra**

- *O tempo e a alteração das circunstâncias contratuais*, Acta do V Encontro dos professores Portugueses de Direito Público, 2012

**Lecuyer, Hervé**

- Le contrat, acte de prévision, in *L'avenir du droit*, Mélanges F. Terré, PUF, 1999, p. 643

**Lenaerts, Koen / Van Nuffel, Piet**

- *Constitutional Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, 2005

**Libert, Xavier**

- “Les modifications du marché en cours d’exécution”, *L’Actualité Juridique: Droit Administratif*, número especial, 1994, pp. 65-69

**Liberati, Eugenio Bruti**

- *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Giuffré, 1996

**Lima, Fernando Pires de / Varela, João de Matos Antunes**

- *Código Civil Anotado*, Coimbra Editora, vol. I, 2010 (reimpressão)

**Linditch, Florian**

- “Le contrat au service des politiques publiques”, *Revue Française de Droit Administratif*, nº 3, 2014, pp. 617-655

**Lombardi, Antonio**

- *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, coleção “Il Diritto Privatto Oggi” (org. Paolo Cendon), Giuffrè, Milão, 2007

**Long, Marceau / Weil, Prosper / Braibant, Guy / Devolvé, Pierre / Genevois, Bruno**

- *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz-Sirey, Paris, 1996

**Loureiro, Joana de Sousa**

- *A modificação do contrato administrativo à luz do princípio da concorrência: uma análise sob a perspectiva do direito da EU*, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Vol. LXXXVII, Coimbra, 2011, pp. 951 e ss.

**Luxembourg, Fanny**

- “Le Fait du Prince: convergence du droit privé et du droit public”, *La Semaine Juridique*, Juris Classeur, nº 8, 2008

**Macario, Francesco**

- *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Nápoles, 1996

**Machado, João Baptista**

- *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1982

**Machado, João de Melo**

- *Teoria jurídica do contrato administrativo*, Coimbra Editora, 1937

**Macneil, Ian Roderick**

- “Relational contract theory: challenges and queries”, *Northwestern University Law Review*, vol. 94, nº 3, 2000, 877-907
- “Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical and relational contract law”, *Northwestern University Law*

*Review*, vol. 72, nº 5, 1978, 854-905

- “The many futures of contract”, *Southern California Law Review*, nº 47, 1974, 691-816

**Marcos, Ana Belén Casares**

- “Equilibrio Económico”, *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Santamaría Pastor (Director), Madrid, La Ley - Actualidad, 2010

**Matilla, Francisco Vásquez**

- *La modificación de los contratos públicos*, Thomson Reuters, Arandazi, 2015

**Martins, Ana Gouveia**

- *Contributo para uma desconstrução dogmática da teoria do Facto do Príncipe*, Universidade de Lisboa, faculdade de Direito, 2012 (inédito)
- “A modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, volume II, Coimbra, 2010, pp. 59 - 118

**Martins, António**

- “Project finance e medidas de reequilíbrio financeiro: uma nota analítica”, *Revista dos Contratos Públicos*, nº 8, 2013, pp. 5 - 24
- “Sobre o equilíbrio financeiro das concessões e a taxa interna de rendibilidade (TIR) acionista: uma perspectiva económica”, *Revista de Contratos Públicos*, nº 3, 2011, pp. 5 - 25

**Martins, Licínio Lopes**

- *Empreitada de obras públicas*, 2014
- “Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos: em especial, a reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato e a determinação dos danos”, *Estudos de Contratação Pública*, CEDIPRE, vol. III, Coimbra Editora, 2010, pp. 339 - 394

**Medeiros, Rui**

- *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*, Coimbra,



1992

**Melo, António Barbosa de**

- “A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público”, *Estudos de Contratação Pública*, CEDIPRE, 2008, pp. 7 – 21
- *Sobre o problema da competência para assentar*, policopiado, Coimbra, 1988

**Melo, Pedro**

- “Contratos de concessão de obras públicas e força maior”, *Revista de Contratos Públicos*, nº 6, 2012, pp. 21 – 40
- *A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas*, Almedina, 2011
- “O juízo de eficiência na alteração de circunstâncias das parcerias público-privadas”, *Revista O Direito*, Lisboa, ano 141º, IV, 2009, pp. 911 – 953

**Meltz, Robert**

- *When Congressional Legislation Interferes with Existing Contracts: Legal Issues*, CRS Report for Congress, Congressional Research Service, 2012<sup>820</sup>

**Mitchell, John David Bawden**

- *The contracts of public authorities – A comparative study*, Londres, 1954

**Montaner, Luís Coscullela**

- *Manual de Derecho Administrativo*, vol. I, 9ª edição, 1997

**Monteiro, António Pinto**

- “Erro e teoria da imprevisão”, *Estudos de Direito do Consumidor*, Coimbra, n.º 6, 2004, pp. 319-340
- *Unexpected circumstances in European Contract Law*, ed. by Hondius e Grigoleit, Cambridge University Press, 2011
- “Inflação e Direito Civil”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correia*, II, Coimbra, 1989, pp. 871-907
- “Rebus sic stantibus - Hardship clauses in portuguese law” (com a

---

<sup>820</sup> Disponível em <http://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc122231/>.

colaboração de Júlio Gomes), *European Review of Private Law*, nº 3, 1998, Kluwer Law International, pp. 319-332

**Monteiro, António Pinto / Gomes, Júlio**

- A “hardship clause” e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento), *Juris et de Jure – Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*, Universidade Católica, Porto, 1998, pp. 17-40

**Morand-Deviller, Jaqueline**

- *Cours de Droit Administratif*, Montchrestien, 2003

**Moreira, Vital**

- *Administração autónoma e associações públicas*, Coimbra Editora, 1997

**Moreira, Vital / Maçãs, Fernanda**

- *Autoridades reguladoras independentes*, CEDIPRE, Coimbra, 2003

**Moreira, Egon Bockmann**

- *Direito das concessões de serviço público*, Sociedade Brasileira de Direito Público, Malheiros Editores, 2010

**Mourato, Helder**

- “Swap de taxa de juro: A primeira jurisprudência”, *Cadernos de Valores Mobiliários*, nº 44, 2013, pp. 30-44

**Munáiz, Rodrigo Núñez**

- *Comentários al texto refundido y al Reglamento General de la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Dykinson, 2004

**Nabais, José Casalta**

- *Contratos fiscais. Reflexões acerca da sua admissibilidade*, *Studia Iuridica*, nº 5, 1994
- *A autonomia local (alguns aspectos gerais)*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1990

**Nash, Ralph / O'Brien-DeBakey, Karen / Schooner, Steven**

- *The Government Contracts Reference Book*, CCH Incorporated, 2007 (há uma 4ª edição, de 2013)

**Nibley, Stuart B. / Jade, Totman**

- “Let the Government Contract: The sovereign has the right, and good reason, to shed its sovereignty when it contracts”, *Public Contract Law Journal*, vol. 42, nº 1, p. 1 - 41

**Novais, Jorge Reis**

- *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004

**Oliveira, Mário Esteves de**

- *Direito Administrativo*, 1980, Almedina

**Oliveira, Mário Esteves de / Gonçalves, Pedro Costa / Amorim, João Pacheco de**

- *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Almedina, 1997

**Oliveira, Mário Esteves de / Oliveira, Rodrigo Esteves de**

- *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Almedina, 2014
- *Código do Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 2004, vol. I

**Oliveira, Rodrigo Esteves de**

- *Autoridade e Consenso no Contrato Administrativo*, 2011 (inérito)
- “Os princípios gerais da contratação pública”, *Estudos de Contratação Pública*, CEDIPRE, Coimbra, vol. I, 2008, pp. 51 - 113
- “O acto administrativo contratual”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 63, 2007, pp. 3 - 17

**Oliveira, Nuno Manuel Pinto**

- *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2011
- *Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, Almedina, 2007

**O'Connor, Terrence**

- *Understanding Government Contract Law, Management Concepts*, 2007

**Otero, Paulo**

- “Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 56, 1996, pp. 913 - 958

**Ortiz, Gaspar Ariño**

- *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968

**Pastor, Eugenia Relãno**

- “Rebus sic stantibus”, *Derecho General de Derecho Canónico*, vol. VI, 2012, Thomson Reuters

**Pereira, Pedro Matias**

- “Deveres de resolução de contratos públicos e de anulação de atos administrativos”, *Diálogos Jurídicos Luso-Brasileiros. Perspectivas Atuais do Direito Público - o Direito em Tempos de Crise*, Paulo Oliveira / Gabriel Prado Leal (org.), vol. 1, 2015, Salvador, pp. 153 - 180
- “Gestão do contrato administrativo: a aplicação de sanções”, *Revista dos Contratos Públicos*, nº 10, 2014, pp. 69 - 99
- *Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra Editora, 2011

**Pietro, Maria Di**

- *Direito Administrativo*, Atlas, 2001

**Péquignot, Georges**

- *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, A. Pédone, 1945

**Pez, Thomas**

- *Le risque dans les contrats administratifs*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Public, Paris, LGDJ, 2013

**Pintat, Pierre/ Vernet, Melanie**

- “Passation des marchés et droit des entreprises en difficulté: un équilibre à parfaire”, *Revue Contrats Publics*, Groupe Moniteur, n.º 127, 2012, pp. 26 -

**Pinto, Carlos Alberto da Mota**

- *Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, 4.<sup>a</sup> edição por António Pinto Monteiro / Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005*

**Pinto, Cláudia Saavedra**

- *O Facto do Príncipe e os contratos administrativos, Almedina, 2012*
- “Ainda o Facto do Príncipe... reflexão sobre a unidade de sentido deste instituto no âmbito dos contratos administrativos”, *Estudos em Homenagem a Rui Machete* (Comissão Organizadora Paulo Otero / Carla Amado Gomes / Tiago Serrão), Coimbra, Almedina, 2015, pp. 211 - 231

**Pires, Catarina Monteiro**

- *Efeitos da alteração das circunstâncias, O Direito, Ano 145º, I/II, 2013, pp. 181-206*

**Perin, Roberto Cavallo / M. Racca. Gabriella**

- “La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici”, *Diritto Amministrativo, Anno XVIII, 2010, n° 2, pp. 325-354*

**Poulsen, Sune Troels**

- “The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law”, *Public Procurement Law Review, 2012, n° 5, pp. 167- 187*

**Powell Jr., George E.**

- “The cardinal change doctrine and its application to Government construction contracts”, *Public Contract Law Journal, 2014, pp. 377 - 398*

**Platon, Sébastien**

- “La passation des concessions: de l’eau du service public dans le vin de la concurrence?”, *L/Actualité Juridique Droit Administratif, n° 15, 2014, pp. 841-847*

**Pradera, Lis Paula San Miguel**

- “La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, nº 3, 2002, pp. 1115-1132

**Prechal, Sacha**

- *Directives in European Community Law*, Oxford University Press, 1995

**Priess, Hans-Joachim**

- “The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive”, *Public Procurement Law Review*, nº 3, 2014, pp. 112 - 123

**Pujol, José**

- “Novos erros e omissões do regime de erros e omissões do Código dos Contratos Públicos”, *Revista dos Contratos Públicos*, nº 5, 2012, pp. 105 - 141

**Quadros, Fausto de**

- *O concurso público na formação do contrato administrativo*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 47, 1987

**Racca, Gabriella M. / Perin, Roberto Cavallo / Albano, Gian Luigi**

- “Competition in the execution phase of public procurement”, *Public Contract Law Journal*, volume 41, nº 1, 2011, pp. 89-108

**Raimundo, Miguel Assis**

- “Uma primeira análise das novas Diretivas (Parte II)”, *Revista dos Contratos Públicos*, nº 10, 2014, pp. 131 - 169
- *A Formação dos Contratos Públicos*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013

**Rayment, Ben**

- “Public-public agreements and modifications to existing contracts: the Court of Appeal decision in Edenred”, *Public Procurement Law Review*, 2015, nº 4, pp. 124-128

**Richer, Laurent**

- *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 7<sup>a</sup> edição, 2014

**Rivero, Jean / Waline, Jean**

- *Droit Administratif*, 24ª edição, Paris: Dalloz, 2014

**Rodrigues, Pedro Nuno**

- *A modificação objectiva do contrato de empreitada de obras públicas*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012

**Rodrigues, Nuno Cunha**

- *A contratação Pública como Instrumento de Política Económica*, Almedina, 2013

**Sánchez, Pedro Fernández**

- “A persistência das dúvidas acerca do alcance das causas de não adjudicação em procedimentos de contratação pública”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 109, 2015, pp. 47 - 64

**Sandulli, Maria Alessandra / de Nictoris, Rosanna / Garofoli, Roberto**

- *Trattato sui Contratti Pubblici*, Giuffré Editore, 2008

**Santos, Amilcar Freire**

- “A teoria da imprevisão no Direito Privado”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 10, nºs 3 e 4, 1950, pp. 244 - 276

**Sastre, Silvia Diez**

- “La impugnación de las modificaciones de los contratos públicos”, *Revista de Estudios Locales*, número extraordinário, 161, 2013, pp. 106 e ss.

**Scarpelo, Aldo**

- *La modifica unilaterale del contratto*, Le monografie di Contratto e impresa, Serie diretta da Francesco Galgano, nº 128, CEDAM, 2010

**Schooner, Steven L.**

- “Editor’s Note: Reflections on Comparative Public Procurement”, *Public Contract Law Journal*, vol. 43, nº 1, 2013, pp. 1 - 2

**Schwartz, Alan**

- “Legal contract theories and incomplete contracts”, *Contract Economics*, Lars Werin / Hans Wijkander (coord.), Blackwell Publishers, pp. 76 - 108

**Serra, Adriano Vaz**

- “Anotação ao Acórdão do STJ de 6.4.1978”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 111º
- *Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias*, Boletim do Ministério da Justiça, 1957, nº 68, pp. 293 - 384

**Silva, Jorge Andrade**

- *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, Almedina, 3ª edição, 2010

**Silva, Suzana Tavares da**

- *Um novo Direito Administrativo?*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010
- *Direito Administrativo Europeu*, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010

**Simovart, Mari Ann**

- “Amendments to procurement contracts: Estonian Law in the light of the Prettetext ruling”, *Juridica International*, XVII, 2010, pp. 151 - 160
- *Old remedies for new violations? The deficit of remedies for enforcing public contract modification rules*<sup>821</sup>

**Smith, Robert J.**

- “Risk identification and allocation: saving money by improving contracts and contracting practices”, *International Construction Law Review*, pp. 40-71

**Sommer, R.**

- “Commercial Impracticability. An Overview”, *Duquesne Law Review*, Pittsburgh, 1974, nº 13, pp. 521 e ss.

**Sousa, Luis Verde de**

- *A negociação nos procedimentos de adjudicação*, Almedina, 2010

---

<sup>821</sup> Artigo disponível em [http://www.urt.cc/sites/default/files/UrT%202015-1\\_Simovart.pdf](http://www.urt.cc/sites/default/files/UrT%202015-1_Simovart.pdf).



- *A negociação pós-adjudicatória dos atributos da proposta*, em Estudos de Contratação Pública, CEDIPRE, vol. III, 2010, pp. 261 - 337

**Sousa, Marcelo Rebelo de**

- *O concurso público na formação do contrato administrativo*, Lex, 1994

**Sousa, Marcelo Rebelo de / Matos, André Salgado de**

- *Direito Administrativo Geral*, vol. III, D. Quixote, 2009

**Tartaglia, Paolo**

- “Onerosità eccessiva”, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXX, 1980, 155-175

**Telles, Pedro**

- “The Good, the Bad and the Ugly: EU's Internal Market, Public Procurement Thresholds and Cross-Border Interest”, *Public Contract Law Journal*, vol. 43, n° 1, 2013, pp. 3-25

**Terranova, Carlo G.**

- “L'eccessiva onerosità nei contratti. Artt. 1467-1469”, *Colecção Il codice civile. Commentario*, vol. XVI, Giuffrè, 1995, pp. 274 e ss.

**Terré, François / Lequette, Yves**

- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, 12<sup>a</sup> Edition, Dalloz, 2008

**Terneyre, Philippe**

- “Réflexions nouvelles sur les «clauses à caractère réglementaire» des contrats administratifs à objet de service public”, *Revue Française de Droit Administratif*, n° 5, 2011, pp. 893 - 898
- *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Paris, 1989

**Tiefer, Charles / Shook, William A.**

- *Government Contract Law*, Carolina Academic Press, 2003

**Torgal, Lino**

- “Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos”, *Revista de Contratos Públicos*, nº 1, 2011, pp. 219 - 263

**Torgal, Lino / Geraldés, João de**

- “Concessões de actividades públicas e direito exclusivo”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2012, ano 72º, nº 4, pp. 1095 - 1127

**Torres, Isabel Fernández**

- “Algunas consideraciones en torno a los efectos del concurso sobre los contratos del sector público”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 14, 2009, Civitas, pp. 493 - 528

**Torrijos, Julian Valero**

- “La transposición en España de la normativa europea sobre contratación pública electrónica: una oportunidad para la innovación tecnológica”, *La nueva contratación pública*, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo, Marcos Almeida Cerredá / Isaac Martín Delgado (Coord.), 2015

**Treitel, Guenter H.**

- *Frustration and force majeure*, Thomson Sweet & Maxwell, Londres, 2004
- *The Contract of Law*, 10ª edição, Sweet & Maxwell, Londres, 1999

**Treumer, Steen**

- “Transfer of contracts covered by the EU Public Procurement Rules after insolvency”, *Public Procurement Law Review*, nº 1, 2014, pp. 21 - 31
- “Contract Changes and the Duty to Retender Under the New EU Public Procurement Directive”, *Public Procurement Law Review*, nº 3, 2014, pp. 148 - 155
- “Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission’s proposals of December”, *Public Procurement Law Review*, nº 5, 2012, pp. 153 - 166
- “Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the

E.C. Public procurement rules – the end of the status of concluded public contracts as sacred cows”, *Public Procurement Law Review*, nº 6, 2007, pp. 371 – 386

**Viana, Cláudia**

– *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007

**Vidal, Laurent**

– *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruylant, 2005

**Vieira, André Luís**

– “Gestão de contratos administrativos”, *Revista dos Contratos Públicos*, nº 9 2013, pp. 135 – 166

**Vinter, Graham D.**

– *Project Finance*, Thomson Sweet & Maxweel, 3ª edição, 2006 (na quarta edição passou a ser de Graham D. Vinter / Gareth Price / David Lee, *Project Finance*, 2013, Thomson Sweet & Maxweel)

**Vital, Domingos Fézas**

– “A teoria da imprevisão e as concessões de serviços públicos na jurisprudência do Conselho de Estado francês”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 62º, 1929, nº 2382 – 2386

**Oum, Joseph Frank Oum**

– *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, LGDJ, 2014

**Yannakopoulos, Constantin**

– “L'apport de la protection de la libre concurrence à la théorie du contrat administratif”, *Revue Droit Public*, 2008, nº 2, pp. 421-444

**Wallace, Duncan**

– *Hudson's building and engineering contracts*, vol. I, 11ª edição, Londres, Sweet & Maxwell, 1995

**Whelan, John W. / Nagle, James F.**

- *Federal Government Contracts*, Foundation Press, 2007

**Wiegand, Christian**

- “Allocation of the soil risk in construction contracts: a legal comparison”, *International Construction Law Review*, vol. 6, Parte 1, 1989

**Wiesel, James P.**

- “The «significant change in the character of the work» clause: uncertain federalism in highway construction contracts”, *Public Contract Law Journal*, vol. 42, nº 2, 2013, pp. 327 - 346

**Zimmermann, Reinhard**

- *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996

### **Resumo em português**

A tese de doutoramento tem como temas essenciais a modificação do contrato administrativo e a alteração das circunstâncias do contrato administrativo. É um tema clássico do direito, mas também um tema de pleno de actualidade procurando saber-se quais são, em rigor, os desvios ao princípio da força obrigatória dos contratos impostos pela lógica da função e em que termos funcionam no Código dos Contratos Públicos as figuras clássicas de origem francesa como o facto do príncipe, a imprevisão e o caso de força maior. Ao que parece, estamos praticamente à beira de uma mudança de paradigma, que aponta no sentido da imodificabilidade do contrato administrativo por modificação unilateral do contraente público.

#### Palavras-Chave

- Contrato administrativo
- Contrato Público
- Modificação unilateral
- Fait du prince
- Alteração das circunstâncias

### **Resumo em Inglês / Abstract**

The main topics addressed in this doctoral dissertation are the modification of administrative contracts during their term and the consequences of a change of circumstances during the term of an administrative contract.

It is a classic subject matter which, nevertheless, remains highly topical. Our aim was to analyse the existing exceptions to the principle of the binding nature of contracts, determined by functional considerations and how the French theories of fait du prince, unpredictability and force majeure have been reflected in the Portuguese Public Procurement Code.

It seems that we are at the edge of a shift in paradigm, towards the prohibition of contract modifications based solely on the unilateral will of the public contracting authority.

#### Key Words

- Administrative Contract
- Public contract
- Change order
- Fait du prince
- Unforfeen events

**Índice:**

<i>Capítulo I – Enquadramento</i>	8
<b>1. Algumas questões a propósito do contrato administrativo</b>	8
<b>2. Vicissitudes contratuais num contexto de manutenção do contrato: apresentação de um tema clássico pleno de actualidade</b>	35
<b>3. As restantes vicissitudes: breve aproximação</b>	48
<b>3.1. Considerações introdutórias</b>	48
<b>3.2. A imprevisão</b>	54
3.2.1. Descrição genérica	54
3.2.2. Os requisitos da imprevisão	60
3.2.3. As consequências da imprevisão	66
<b>3.3. O caso de força maior</b>	67
3.3.1. Descrição genérica	67
3.3.2. Os requisitos do caso de força maior	69
<b>3.4. As “sujeições imprevistas”</b>	76
3.4.1. O problema do “risco do solo”	76
3.4.2. Os requisitos das “sujeições imprevistas”	78
3.4.3. O risco do solo nos contratos <i>à forfait</i>	82
<b>3.5. A resolução por motivos de interesse público</b>	83
<i>Capítulo II – Modificação do contrato e alteração das circunstâncias do contrato</i>	88
<b>4. A modificação do texto e do contexto do contrato administrativo</b>	88
<b>4.1. Considerações introdutórias</b>	88
<b>4.2. A modificação do contrato administrativo</b>	89
<b>4.3. A classificação das modificações do contrato</b>	94
<b>4.4. A alteração (das circunstâncias) do contrato administrativo</b>	102
<b>4.5. A classificação das alterações das circunstâncias do contrato</b>	104

<i>Capítulo III – A modificação do contrato administrativo</i>	106
<b>5. A modificação do contrato por acto administrativo do contraente público</b>	106
<b>5.1. O interesse público implicado no contrato administrativo</b>	106
<b>5.2. A caracterização do poder de modificação do contrato administrativo: distinção do instituto da alteração das circunstâncias e do <i>fait du prince</i></b>	108
<b>5.3. Os fundamentos do poder de modificação do contrato administrativo</b>	117
5.3.1. As razões de interesse público e as modificações previstas em disposição especial e no contrato	118
5.3.2. A recusa do poder de modificação em caso de alteração das circunstâncias	118
5.3.3. As razões de interesse público	121
5.3.3.1. Considerações introdutórias	121
5.3.3.2. As necessidades novas e a reponderação de circunstâncias existentes	123
<b>6. A modificação do contrato administrativo por acordo das partes</b>	128
<b>6.1. Fundamentos</b>	128
<b>6.2. Os limites à modificação por acordo das partes</b>	132
<b>7. A modificação do contrato administrativo por decisão judicial ou arbitral</b>	135
<b>7.1. Considerações gerais</b>	135
<b>7.2. Fundamentos da modificação por decisão do tribunal</b>	137
7.2.1. Por alteração das circunstâncias	137
7.2.2. Por razões de interesse público	137
<b>7.3. Os limites à modificação do contrato administrativo por decisão do tribunal</b>	141
7.3.1. Limites gerais	141
7.3.2. Limites em razão da autonomia das partes	141
7.3.3. Limites em razão da função: as valorações próprias do exercício da função administrativa	144

<b>8. A modificação do contrato administrativo por lei</b>	150
<b>8.1. Considerações gerais: um caso não previsto</b>	150
<b>8.2. Regime aplicável</b>	152
<b>9. Os limites gerais à modificação do contrato administrativo no CCP</b>	155
<b>9.1. Considerações introdutórias</b>	155
<b>9.2. O caso especial dos contratos com minuta aprovada por bases</b>	156
<b>9.3. A inalterabilidade das “prestações principais” do contrato</b>	162
<b>9.4. A intangibilidade do objecto e as modificações por acordo das partes</b>	172
<b>9.5. O problema tradicional das “cláusulas contratuais”</b>	174
<b>9.5.1. Cláusulas regulamentares e cláusulas com eficácia regulamentar</b>	178
<b>9.5.2. Cláusulas regulamentares e cláusulas contratuais</b>	181
<b>9.5.3. A inalterabilidade das cláusulas contratuais</b>	181
<b>9.6. A “eficácia póstuma” dos vínculos da contratação pública</b>	191
<b>9.6.1. Considerações gerais: os problemas das diferentes categorias de contratos</b>	191
<b>9.6.2. Os termos do problema: a lógica da função e a lógica da concorrência</b>	195
<b>9.6.3. O critério geral do “congelamento da equação adjudicatória”</b>	200
<b>9.6.4. Outras limitações do critério geral da lei</b>	207
<b>9.6.5. A excepção à regra: o decurso do tempo</b>	211
<b>10. O regime das modificações ao contrato no Direito da União Europeia</b>	214
<b>10.1. Considerações gerais</b>	214
<b>10.2. Revelações do interesse comunitário no tema das modificações contratuais</b>	215
<b>10.3. A jurisprudência das “alterações substanciais”</b>	222
<b>10.3.1. A jurisprudência do TJUE</b>	222
<b>10.3.2. A sua recepção na jurisprudência nacional</b>	236
<b>10.4. As directivas de 2014</b>	245



10.4.1. Considerações gerais	245
10.4.2. Regras sobre modificação e rescisão: diferenças	250
10.4.3. A expansão do direito da contratação pública ao regime dos contratos públicos	256
10.4.4. A estrutura dos casos tipificados nas directivas	261
10.4.5. Os pressupostos da exigência de um novo procedimento de contratação	274
10.4.6. As “modificações previstas”	279
10.4.7. As “prestações complementares”	290
10.4.8. As “circunstâncias imprevisíveis”	295
10.4.9. As “alterações não substanciais”	303
10.4.10. As modificações de valor reduzido	317
10.5. Consideração final: uma “ <i>presumption of impermissibility</i> ”?	320
10.6. A existência de uma modificação substancial: consequências e possibilidades	321
10.6.1. Uma resolução reintegradora da legalidade ?	321
10.6.2. Uma resolução por motivos de interesse público	326
<i>Capítulo IV – A alteração das circunstâncias imputável ao contraente público (o fait du prince)</i>	330
11. <i>O regime da alteração das circunstâncias no contrato administrativo</i>	330
12. <i>O fait du prince numa perspectiva histórica</i>	339
12.1. Descrição genérica	339
12.2. As diferentes compreensões do <i>fait do prince</i>	342
12.3. Notas sobre natureza e especialidades das medidas do <i>fait do prince</i>	350
13. <i>O regime legal do fait du prince</i>	355
13.1. A função estabilizadora e a função dinâmica do Direito	355
13.2. Considerações gerais	364

<b>13.3. A imputabilidade da decisão ao contraente público</b>	365
<b>13.3.1. O conceito de contraente público</b>	365
13.3.1.1. Em geral	365
13.3.1.2. Os contratos do Estado e o legislador	367
<b>13.3.2. Os contratos administrativos da administração indirecta</b>	370
<b>13.3.3. As medidas da administração independente e da administração autónoma não territorial</b>	380
<b>13.3.4. O conceito de imputabilidade</b>	382
<b>13.4. A imprevisibilidade e anormalidade da alteração das circunstâncias</b>	385
<b>13.5. A repercussão específica na situação contratual do cocontratante</b>	385
<b>13.6. O problema do risco</b>	398
<b>13.6.1. Sentido e alcance</b>	398
<b>13.6.2. As espécies de risco</b>	414
<b>13.6.3. Os riscos próprios do contrato enquanto requisito negativo do <i>fait du prince</i> ?</b>	418
<b>13.6.4. Sentido e alcance</b>	418
<b>13.7. Conclusões finais</b>	425
<b>14. A questão da ilicitude do <i>fait du prince</i></b>	427
<b>15. A regulação contratual da alteração das circunstâncias</b>	438
<b>15.1. Um regime imperativo passível de regulação contratual</b>	438
<b>15.2. Casos de regulação contratual: descrição dos eventos</b>	441
<b>15.3. (Cont.): regras de procedimento a observar pelas partes</b>	444
 <i>Capítulo V – A reposição do equilíbrio financeiro do contrato</i>	452
<b>16. Enquadramento e fundamento da obrigação de reposição do equilíbrio financeiro do contrato</b>	452
<b>16.1. Enquadramento e fundamentos propostos</b>	452

<b>16.2. Posição adoptada: responsabilidade contratual por acto lícito com base na força vinculativa do contrato</b>	455
<b>17. <i>A obrigação de reposição do equilíbrio financeiro</i></b>	465
<b>17.1. Considerações gerais</b>	465
<b>Reflexões finais</b>	471
<b>Bibliografia</b>	474
<b>Índice</b>	503