

**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**  
**MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**



*“OS LIMITES À MODIFICAÇÃO (UNILATERAL E CONSENSUAL) DO CONTRATO ADMINISTRATIVO POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO À LUZ DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS: A PRESERVAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DO OBJETO E DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO CONTRATUAIS”*

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de  
**Mestre em Direito**

Orientada pelo **Professor Dr. Bernardo Diniz de Ayala**

Elaborada por **João Pedro Coutinho**

Aluno n.º **142710046**

Agosto de 2012

*“OS LIMITES À MODIFICAÇÃO (UNILATERAL E CONSENSUAL) DO CONTRATO ADMINISTRATIVO POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO À LUZ DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS: A PRESERVAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DO OBJETO E DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO CONTRATUAIS”*

**João Pedro Coutinho**

## **ÍNDICE:**

### **Capítulo I. Introdução – Página 5**

1. Razão de Ordem – *Página 5*

### **Capítulo II. Âmbito – Página 7**

2. Enquadramento da modificação de contratos administrativos – *Página 7*
3. Os limites à modificação do contrato – *Página 9*
  - 3.1. Delimitação negativa: os limites à modificação do contrato impostos pelo dever público de respeito pela concorrência – *Página 11*
    - 3.1.1. A observância dos princípios reguladores da contratação pública – *Página 12*
  - 3.2. Delimitação positiva: os limites à modificação do contrato impostos pela vinculação pública à *causa função* do contrato inicial e pelo respeito pela relação *inter partes* – *Página 16*
    - 3.2.1. O núcleo essencial do objeto contratual e a *causa função* do contrato inicial – *Página 18*
    - 3.2.2. O núcleo essencial do objeto contratual e a relação *inter partes* – *Página 19*
    - 3.2.3. O equilíbrio financeiro contratual e a relação *inter partes* – *Página 20*

### **Capítulo III. A intangibilidade parcial do contrato: densificação do conceito à luz do regime legal – Página 22**

4. Da admissão de cláusulas imodificáveis à proteção das prestações principais integradas no objeto contratual – *Página 22*
5. A vinculação do contraente público à *causa função* do contrato base. A fiscalização pelo Tribunal de Contas e a avaliação de interesse público – *Página 25*
6. A razoabilidade da compressão do princípio *pacta sunt servanda* face ao interesse público que concretamente subjaz à modificação do contrato – *Página 29*
7. Uma leitura do atual regime legal – *Página 31*

### **Capítulo IV. O equilíbrio financeiro do contrato – Página 34**

8. O fundamento – *Página 34*
  - 8.1. Uma leitura do artigo 62.º da Constituição da República Portuguesa – *Página 36*

- 8.2. O exercício de um poder de conformação e o direito à reposição do equilíbrio financeiro – *Página 37*
- 8.3. O equilíbrio financeiro na modificação consensual de contratos administrativos – *Página 38*
- 9. Sequência: o Tribunal de Contas e a reposição do equilíbrio financeiro – *Página 39*
  - 9.1. A apreciação do Tribunal de Contas e o equilíbrio financeiro contratual – *Página 40*
  - 9.2. Referência ao artigo 282.º do Código dos Contratos Públicos – *Página 41*

**Capítulo V. Conclusão** – *Página 43*

- 10. Considerações finais: uma tendência de reforço da lógica do *pactum* – *Página 43*

**Capítulo VI. Bibliografia** – *Página 46*

## Capítulo I. Introdução

### 1. Razão de Ordem

A modificação de contratos administrativos é um tema que tem vindo a ser abordado de há muito pela doutrina portuguesa <sup>(1)</sup>, com grandes contributos designadamente do modelo de direito administrativo francês. Desde a sua anterior consagração no Código de Procedimento Administrativo, no seu revogado artigo 180.º – no âmbito do qual esta matéria era regulada apenas da perspetiva dos poderes de conformação do contraente público –, até ao tratamento que lhe é dado no Código dos Contratos Públicos <sup>(2)</sup>, mais complexo e problemático, envolvendo outras figuras e consequências jurídicas diferenciadas.

Creemos, pois, que não será despicienda uma análise atualizada que, considerando apenas o fundamento da reponderação dos interesses públicos em jogo, se proponha a tratar os limites estabelecidos na lei para circunscrever a verificação legal de uma modificação do contrato e

---

<sup>(1)</sup> Sobre o tema são vários os escritos de referência. Referimos alguns exemplos: **Augusto de Ataíde**, *Para a Teoria do Contrato Administrativo: Limites e Efeitos do Exercício do Poder de Modificação Unilateral pela Administração*, in: *Estudos de direito público em honra do professor Marcello Caetano*, Edições Ática: Lisboa, 1973, pp. 73 e ss.; **Paulo Otero**, *Estabilidade Contratual, Modificação Unilateral e Equilíbrio Financeiro em Contrato de Empreitada de Obras Públicas*, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, N.º III – Ano 56, Lisboa, Dezembro de 1996, pp. 913 e ss.; **Pedro Gonçalves**, *O Contrato Administrativo (Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo)*, Almedina: Coimbra, Janeiro de 2003, pp. 101 e ss.; **Maria João Estorninho**, *Requiem Pelo Contrato Administrativo*, Almedina: Coimbra, 1990 pp. 130 e ss.; **Lourenço de Vilhena de Freitas**, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-contratante perante este Exercício)*, AAFDL: Lisboa, 2007. Para uma visão mais atual do tema, de acordo com a consagração legal no Código dos Contratos Públicos: **Carla Amado Gomes**, *A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos*, in: *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora: Coimbra, 2008, pp. 519 e ss.; **Vieira de Andrade**, *A propósito do regime do contrato administrativo no “Código dos Contratos Públicos”*, in: *Estudos de Contratação Pública – II*, Coimbra Editora: Coimbra, 2010, pp. 7 e ss.; **Mário Aroso de Almeida**, *Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos*, in: *Cadernos de Justiça Administrativa n.º 66*, pp. 3 e ss.; **Idem**, *Contratos Administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos*, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Volume II*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora: Coimbra, 2010, pp. 811 e ss.; e **Pedro Miguel Matias Pereira**, *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra Editora: Coimbra, Abril de 2011, pp. 61 e ss..

<sup>(2)</sup> Cada referência a um artigo sem indicação da sua fonte deve ser entendida como atinente ao Código dos Contratos Públicos.

perceber se o alcance desses limites deverá ser exatamente o mesmo quando esteja em causa de um lado, uma modificação unilateral e, de outro, uma modificação acordada entre as partes.

O que aqui estará em causa são os parâmetros que emolduram o âmbito da modificação do contrato – que o artigo 310.º, n.º 2 expressamente considera extensíveis à modificação objetiva do contrato por acordo – e sobre eles nos deteremos nas seguintes linhas, vendo, designadamente, em que termos se justificará a existência dos mesmíssimos limites a qualquer das duas formas de modificação do contrato com que intitulamos este texto.

Por outro lado, os limites que serão tratados sê-lo-ão, pelo menos teoricamente, como limites autónomos, no sentido de que devem ser analisados passo a passo, um por um. Cada um valerá por si e só perante a apreciação que se faça de cada limite se poderá chegar, a final, a conclusões sobre a legalidade da modificação do contrato. De resto, o regime legal traçado a propósito no Código dos Contratos Públicos, bem como a jurisprudência comunitária e, bem assim, os autores que, à luz do novo normativo, se pronunciaram sobre a matéria, apontam no sentido de que o tratamento dos limites deve ser diferenciado e faseado.

Temos, no entanto, consciência de que esta opção acarreta dificuldades práticas. Será em muitos casos difícil justificar, por exemplo, que a alteração de prestações principais do contrato não implique necessariamente uma deturpação da ideia de igualdade na concorrência, uma vez que essas prestações principais que ficaram acordadas foram resultado da maior conformidade (de acordo com o critério de adjudicação) entre os aspetos submetidos à concorrência e os atributos da proposta apresentada pelo co-contratante. E assim poderia não ter sido caso as prestações, a final, pretendidas pela entidade adjudicante não fossem aquelas, mas outras (as resultantes da modificação).

Contudo, aquilo que nos move no presente trabalho é perceber os contornos específicos da relação contratual administrativa (e não os efeitos desta perante terceiros) e, como tal, focaremos a nossa atenção nos limites à modificação do ponto de vista da relação *inter partes*, sem, porém, desconsiderar os fundamentos de interesse público que ditam a alteração da base contratual.

Com efeito, o que se procura na execução de um contrato administrativo é que a prossecução do interesse público, que com frequência dita mudanças no que inicialmente se estipulou, apenas contenda na medida do estritamente necessário com a estabilidade própria do instituto contratual. Há um equilíbrio que se pretende entre as duas matizes mais características do contrato administrativo.

Os contratos administrativos, por definição, estão submetidos a uma lógica de *pactum*. Mas além da natureza contratual evidente, descarecida de grandes considerações, têm em simultâneo uma natureza administrativa, alicerçada na função pública que desempenham enquanto mecanismos de agilização e dispersão de tarefas públicas (que enformam o seu objeto), por razões eminentemente económicas <sup>(3)</sup>. A consensualização administrativa corresponde à procura, nos mercados próprios, de *players* que se encontrem em melhores condições que a Administração Pública *lato sensu* para o desempenho de determinadas tarefas.

Antes, porém, de nos lançarmos na abordagem ao tema, será de fazer uma última referência. É que a circunstância de estar sob análise uma matéria no âmbito da qual os litígios decorrentes da execução contratual são transportados, na maioria das vezes pelo próprio clausulado, para vias extrajudiciais de resolução, dificultou o acesso (por meio de plataformas eletrónicas de busca) a decisões jurisdicionais sobre a matéria à luz do novo regime (à exceção daquelas emanadas pelo Tribunal de Contas).

## Capítulo II. Âmbito

### 2. Enquadramento da modificação de contratos administrativos

Como se enunciou, a modificação de contratos administrativos é matéria que tem suscitado diversas perplexidades. Na origem da discussão que tem levantado afiguram-se paradigmáticas as decisões do Conselho de Estado Francês, nos casos *Gaz de Déville-lès-Rouen* <sup>(4)</sup> (de 10 de janeiro de 1902) e *Cie générale française de tramways* <sup>(5)</sup> (de 21 de

---

<sup>(3)</sup> Como enquadramento para esta questão da procura de um equilíbrio, no âmbito da contratualização administrativa, entre os traços de relação paritária (*pactum*) e os de relação autoritária (função), veja-se, a título de exemplo, **Pedro Gonçalves**, *A relação jurídica fundada em contrato administrativo*, in: *Cadernos de Justiça Administrativa n.º 64*, pp. 36 e ss. e **Rodrigo Esteves de Oliveira**, *O acto administrativo contratual*, in: *Cadernos de Justiça Administrativa n.º 63*, pp. 3 e ss..

<sup>(4)</sup> No âmbito do qual o Conselho de Estado declarou a obrigação para o concessionário de iluminação a gás de passar a explorar a distribuição de iluminação por meio de energia elétrica, face à evolução tecnológica verificada à data, a qual mereceu tutela jurídica em face das concretas razões de interesse público invocadas.

<sup>(5)</sup> Neste caso, o Conselho de Estado impôs ao concessionário da rede de elétricos de Marselha, por concretas razões de interesse público que se prendem com o aumento das necessidades de serviço público, que criasse novas linhas de elétrico que não se encontravam previstas no clausulado inicial e que promovesse a respetiva exploração.

março de 1910). Estes marcos históricos na matéria como que inauguram uma discussão em torno dos mais variados institutos jurídicos, sempre justificadas à luz daquela enunciada relação, por vezes conflituante, entre o *pactum* e a função no seio do contrato administrativo.

Surgiram, dizíamos, uma série de institutos jurídicos que podem acarretar uma modificação do contrato administrativo, que não são, porém, enquadráveis na figura de que aqui tratamos, a da modificação por razões de interesse público. Em jeito de enunciação: referimo-nos essencialmente às figuras do facto do príncipe e da alteração das circunstâncias; ambas têm sido objeto de largo tratamento (designadamente pelos autores que *supra* referenciámos), ambas têm consagração no Código dos Contratos Públicos (<sup>6</sup>), ambas se excluem da nossa análise. De referir apenas que ambas as figuras (i) têm como consequência a alteração do contrato administrativo de base, mas não constituem, elas próprias, uma modificação, antes o respetivo facto gerador; (ii) geram uma modificação que, ao abrigo dos artigos 311.º, n.º 1 e 312.º, alínea a), não poderá ser operada por ato administrativo. Em especial quanto à figura do facto do príncipe, será ainda de destacar que a alteração do contrato que esta venha a gerar (<sup>7</sup>) poderá, desde que verificadas as respetivas condições, constituir na esfera jurídica do co-contratante um direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato alterado [prevendo-se, pois, a mesma consequência que no caso de uma modificação por motivos de interesse público (<sup>8</sup>)].

Mencionada que está a complexa teia de figuras da modificação do contrato administrativo que, de acordo com o que o quadro legal atual indicia, são quase tantas quantas as combinações possíveis entre as formas (artigo 311.º), fundamentos (artigo 312.º) e consequências (artigo 314.º) que lhes subjazem, importa voltar a circunscrever a análise ao caso de modificação por motivos de interesse público, quer na forma de ato administrativo

---

(<sup>6</sup>) De resto, a forma como foi conseguida a integração destas figuras de natureza díspar no capítulo que lhes é dedicado no Código dos Contratos Públicos tem sido objeto de críticas, de que não cabe aqui tratar. A este respeito, ver, por exemplo, **Alexandra Leitão**, *O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais*, Intervenção apresentada no âmbito do V Encontro de Professores de Direito Público, subordinado ao tema “*O Tempo e o Direito Público*”, realizado a 27 e 28 de janeiro de 2012, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 7 e ss..

(<sup>7</sup>) Nos termos do Código dos Contratos Públicos, em resultado de uma decisão do contraente público que, não tendo sido adotada no âmbito dos seus poderes conformadores, provoque uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias (*cf.* artigo 314.º, n.º 1, alínea a)).

(<sup>8</sup>) A que não será alheio o facto de, em qualquer das situações, a iniciativa da alteração do contrato ser do contraente público.

quer na forma de acordo. E avançar para a questão dos limites de legalidade dentro dos quais, de acordo com a opção do legislador, a modificação do contrato pode e deve operar.

### 3. Os limites à modificação do contrato

O Código dos Contratos Públicos estabelece uma série de limites para a modificação objetiva de qualquer contrato administrativo, sob pena de o ato de modificação vir a ser considerado ilegal por haver uma “*discrepância entre o objecto ou o conteúdo do acto e as normas jurídicas com que estes deveriam conformar-se.*” (9).

Tais limites foram consagrados pelo legislador em resultado de um intenso debate e evolução nas posições doutrinárias e jurisprudenciais tomadas ao longo de décadas em torno da questão de saber que tipo de cláusulas contratuais poderia ser objeto de modificação. Nas entrelinhas das posições que foram surgindo acerca do tema encontram-se fundamentos que decorrem de princípios gerais de direito (quer público quer privado). Assim, faremos uma breve enunciação daquilo que consideramos a *ratio* da autonomização legal dos limites à modificação do contrato, com tanto avançando uma destrição entre as questões que serão objeto de tratamento mais detalhado (os limites elencados em 1.2.) e aqueloutra questão (o limite tratado em 1.1.) que apenas enunciamos.

Antes disso, porém, cumpre desde já enunciar o artigo 313.º como o nosso ponto de partida e, em simultâneo, o nosso ponto de chegada. Fazemo-lo também em homenagem à circunstância de se ter autonomizado numa norma do Código dos Contratos Públicos uma matéria que vasta discussão vem gerando. Reza o seu n.º 1 o seguinte:

*“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*

---

(9) De acordo com a melhor doutrina, a violação de lei constitui um dos vícios de que o ato administrativo pode padecer, determinando a sua ilegalidade (que configura uma das causas de invalidade do ato admitidas na dogmática administrativa), podendo, portanto, ser anulável ou nulo nos termos gerais acolhidos pelo Código de Procedimento Administrativo: assim, **João Caupers**, *Introdução ao Direito Administrativo*, 8.ª Edição, Âncora Editora: Lisboa, 2005, p. 207. Já quanto ao acordo endocontratual de modificação que, desconsiderando tais limites, for além daquilo que a lei considera inalterável, uma vez que seja ofensivo dos princípios – sobre que *infra* nos deteremos – que subjazem à estatuição destes limites legais, será, nos termos do artigo 284.º, n.º 1, anulável.

*concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato.”*

Consideremos, no entanto, a opinião <sup>(10)</sup> de que os limites expressamente referidos no artigo 313.º, n.º 1 não são os únicos que circunscrevem a suscetibilidade de modificação do contrato administrativo, pelo menos quando para tanto concorreu a prática de um ato administrativo. Com efeito, partilhamos da visão de que o dever de ser reposto o equilíbrio financeiro (reunidas determinadas condições), antes de funcionar como uma consequência da modificação do contrato, deve ser entendido, em primeira análise, como uma garantia de manutenção do equilíbrio financeiro do contrato, quando este seja modificado unilateralmente. É que, (i) estando em causa uma modificação unilateral do contrato, sempre terá o contrato que manter a equação financeira sobre que se ergueu desde início (seja não a alterando, seja adotando uma reposição como consequência), para proteção da posição do co-contratante, que se vê sujeito <sup>(11)</sup> à alteração da sua situação jurídica, não podendo esta, contudo, ser adulterada em termos que financeiramente lhe provoquem prejuízos; (ii) em qualquer caso, um limite do equilíbrio financeiro contratual sempre terá o desiderato – este pensado na ótica da entidade pública – de impedir que uma alteração do contrato implique que este seja financeiramente desequilibrado em benefício do co-contratante.

Já no caso de ser celebrado um acordo de modificação contratual: (i) por um lado, tendo o co-contratante ao seu encalço *ab initio* a possibilidade de preservar o equilíbrio financeiro contratual no próprio acordo modificativo que subscreveu; e, (ii) por outro, sendo pelo menos discutível <sup>(12)</sup> que deva constituir-se um verdadeiro direito à reposição que não resulte de uma derrogação do princípio da estabilidade contratual; com maior dificuldade se equaciona que o equilíbrio financeiro do contrato possa constituir, em termos teóricos, um limite à sua modificação.

---

<sup>(10)</sup> Acolhida por Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos: *cf. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral, Tomo III, 2.ª Edição, D. Quixote: Alfragide, Setembro de 2009, pp. 154 a 156.*

<sup>(11)</sup> Sobre a natureza da posição jurídica do co-contratante e a propósito da existência de uma “*cláusula de sujeição*”, *cf. Mário Esteves de Oliveira, Direito Administrativo, Volume I, Almedina: Lisboa, 1980, pp. 705 e ss..*

<sup>(12)</sup> Embora tal seja o que parece resultar do quadro legal: *cf. artigo 314.º, n.º 1, alínea b).*

Temos que, de acordo com a perspetiva traçada <sup>(13)</sup> e com o que resulta da lei vigente, surgem como limites autónomos à modificação de qualquer contrato administrativo:

- (i) Não estar em causa uma situação que configure uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo procedimento pré-contratual;
- (ii) A manutenção das prestações principais abrangidas pelo objeto do contrato;
- (iii) A manutenção do equilíbrio financeiro do contrato (pelo menos quando a modificação tenha origem unilateral).

Isto é, se não se verificar nenhuma das circunstâncias elencadas, a modificação do contrato é legal e, portanto, legítima. Resta-nos ver a origem de cada um dos limites identificados, os fundamentos e *ratios* que os enformam, para posteriormente enveredar por uma densificação e concretização mais aturada dos últimos dois limites.

### 3.1. Delimitação negativa: os limites à modificação do contrato impostos pelo dever público de respeito pela concorrência

Como referido, há aspetos que enformam limites à modificação do contrato que aqui enunciaremos mas não densificaremos. Com efeito, apesar da relevância da recente consagração expressa na lei da ilegalidade da modificação que configure uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência – novidade importada em resultado dos diversos contributos que têm vindo a ser facultados pelo direito da União Europeia <sup>(14)</sup> – interessa-nos

---

<sup>(13)</sup> Não desapojada no normativo legal que, embora não reconhecendo expressamente o limite do equilíbrio financeiro (como sucedia no artigo 180.º, alínea a) do Código de Procedimento Administrativo apenas quanto às modificações operadas de modo autoritário pelo contraente público), consagra um direito à reposição do equilíbrio financeiro do co-contratante quando a modificação do contrato suceda por motivos de interesse público (artigo 314.º, n.º 1, alínea b)).

<sup>(14)</sup> Na anotação que faz ao acórdão *Pressetext* do Tribunal de Justiça da União Europeia, Pedro Gonçalves refere diversas decisões da jurisprudência europeia que precedem aquela sob comentário e que traçam o rumo da jurisprudência europeia sobre alterações – admissíveis e inadmissíveis à luz do direito da união europeia – de contratos públicos, tema que vem a ser abordado com contornos especialmente detalhados no próprio *Pressetext*, consagrando-se, em definitivo, uma *ratio decidendi* sobre a matéria que, em boa verdade, já resultava de mecanismos de *soft law* que neste âmbito assumem um relevo significativo (referimo-nos, em especial, ao

tratar de forma autónoma os limites que já vinham consagrados no Código de Procedimento Administrativo que enquadravam o exercício do poder de modificação contratual, especialmente (i) por respeitarem a consequências que se projetam ao nível da própria relação contratual e não às consequências (eminentemente relacionadas com questões concorrenciais) perante terceiros; e (ii) na perspectiva de entender se (ao invés do que sucede quanto ao limite da igualdade na concorrência) esses limites devem ser interpretados de modo diferenciado consoante estejamos perante uma modificação do contrato fixada unilateralmente ou perante um acordo de modificação.

Contudo, não poderemos deixar de fazer um enquadramento, ainda que detido, sobre a vinculação da entidade pública contratante <sup>(15)</sup> ao procedimento pré-contratual, que a limita na execução do contrato adjudicado.

Tal vinculação é devida para preservação da garantia dos participantes no procedimento pré-contratual de que permanecem, na execução contratual, as circunstâncias de igualdade na concorrência. Isto é, pretende dotar-se o momento de execução contratual de maior transparência e de maior sindicabilidade (quer pelos que participaram quer pelos que não participaram e afinal poderiam ter participado no procedimento pré-contratual) face ao eventual desrespeito pelas normas potenciadoras do desígnio da igualdade concorrencial.

### 3.1.1. A observância dos princípios reguladores da contratação pública

A estabilização de uma série de princípios subjacentes ao procedimento administrativo de seleção pelas entidades adjudicantes dos parceiros com os quais celebram contratos tendo em vista a prossecução de tarefas públicas tem origem, *prima facie*, no direito da união europeia. Designadamente no tocante ao modo como esses princípios são delimitadores do exercício de poderes de conformação pelos contraentes públicos. A este respeito o acórdão *Pressetext*, não

---

“*Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões*”). Cf. **Pedro Gonçalves**, *Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato*, *Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Terceira Secção) de 19.6.2008, P. C-454/06*, Anotação, in: *Cadernos de Justiça Administrativa n.º 73*, p. 15.

<sup>(15)</sup> Não olvidando que o regime de proteção da concorrência, no âmbito da execução contratual, tem um alcance indesmentível sobre o co-contratante que se vê igualmente condicionado por esta limitação, em primeira análise, de natureza pública.

inaugurando, fixa uma série de conceitos já sobejamente abordados <sup>(16)</sup> sobre o modo como os princípios que regem a formação dos contratos se aplicam à sua fase de execução, nomeadamente no caso de ocorrerem modificações aos contratos. Com efeito, conforme constata Pedro Gonçalves no referido texto: “ (...) *a partir de certa altura, torna-se evidente que a definição de limites ao poder de modificação do contrato não serve apenas como factor de protecção dos interesses do co-contratante; os interesses da transparência e da objectividade, acautelados pelo procedimento de adjudicação da concessão, também poderiam ser postos em causa pela ausência de limites ao poder de modificação. Quer dizer, o âmbito do poder de modificação não poderia deixar de considerar o facto de o contrato a modificar ter sido atribuído na sequência de um procedimento competitivo de selecção do contratante. À medida que o direito regulador da adjudicação de contratos se aperfeiçoava, destacando o valor da concorrência, tornava-se inevitável concluir que a modificação (ou o poder de modificação) não poderia permitir uma reconstrução do contrato inicial em termos de este deixar de corresponder às condições fundamentais ou essenciais do «convite para contratar» que o contraente público apresentou no procedimento de adjudicação.*”

Está então em causa a protecção de interesses – para além dos tradicionalmente protegidos em caso de modificação do contrato na sequência do exercício de um poder conformador – que não apenas aqueles de quem vê a relação jurídica contratual afetada. Mas também os de quem que não viu estabelecida qualquer relação jurídica contratual e que, à luz da nova configuração contratual, deveria ou poderia, em abstrato, ter tido o direito de a ver constituída, se o contrato tivesse *ab initio* sido estipulado nos novos termos <sup>(17)</sup>.

É claro no Código dos Contratos Públicos o desiderato de não afetar *a posteriori* a posição de igualdade perante a concorrência daqueles que disputaram a adjudicação de determinado contrato. O preceituado no n.º 1 do artigo 313.º é manifestação concreta disso mesmo. O n.º 2, por sua vez, concretiza o modo como se garante a igualdade na concorrência, o que passa pela demonstração, se objetivamente possível, de que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado a modificação em causa. Se assim não for, parece-nos que estaremos perante aquilo que o Tribunal de Justiça da União Europeia tem vindo a considerar uma das situações

---

<sup>(16)</sup> A este propósito *cf.*, por todos, **Pedro Gonçalves**, *Acórdão Pessetext (...)*, pp. 13 e ss..

<sup>(17)</sup> Como se a proposta apresentada por concorrente (ou potencial concorrente) que não o co-contratante melhor tivesse correspondido, de acordo com o critério de adjudicação aplicável, ao que, afinal, teria sido submetido à concorrência pelo caderno de encargos.

(<sup>18</sup>) de *alteração substancial*: “a alteração de um contrato público que introduz condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite.” (<sup>19</sup>).

Ainda do ponto de vista deste novo *interesse concorrencial* sobre que aqui nos detemos, condicionante do *interesse público* subjacente às alterações aos contratos, resta tentar entender em que medida, em caso de modificação do contrato, terá o objeto contratual de permanecer inalterado para que não sejam violados os princípios da contratação pública que enformam aquilo que julgamos constituir um dever público de respeito pela concorrência. A questão surge porque, ainda que de modo indireto, já foi colocada pela doutrina (<sup>20</sup>), merecendo, pois, a nossa referência. É que, considerando a posição citada, se as estipulações contratuais que resultam *ipsis verbis* das peças do procedimento pré-contratual (que, de acordo com Ana Gouveia Martins, definem o objeto do contrato) forem alteradas, tal alteração do objeto contratual estará em desarmonia com regras e princípios próprios da contratação pública.

Vejamos:

---

(<sup>18</sup>) Na senda das orientações europeias, verificar se uma modificação do contrato poderá ser considerada *substancial* é a pedra de toque da respetiva admissibilidade, o que em nada nos parece ficar prejudicado pela concretização legal que, em Portugal, se fez dos limites à modificação. Pelo contrário: é à luz dos ensinamentos da jurisprudência europeia que se deve interpretar a norma portuguesa. A este propósito, acrescentar apenas que a *substancialidade* da alteração se afere de acordo com três critérios (de resto, coincidentes com os três limites legais que avançámos *supra*): para além daquele que referimos no texto, há que considerar outros dois, de que trataremos adiante (*infra* 3.2.): (i) o alargamento do contrato a prestações que não figuravam no contrato inicial; (ii) a modificação do equilíbrio financeiro do contrato.

(<sup>19</sup>) Assim, **Pedro Gonçalves**, *Acórdão Pressetext (...)*, p. 20.

(<sup>20</sup>) “ (...) os elementos que serviram de base ao procedimento pré-contratual, em especial o respectivo caderno de encargos, **definem** o objecto material do futuro contrato em termos que **não permitem que o contrato a celebrar tenha por objecto material uma realidade diferente daquela que foi, em concreto, objecto de um procedimento pré-contratual, sob pena de a submissão às regras da contratação pública constituir uma mera formalidade sem qualquer conteúdo ou utilidade.**” (destaque nosso). Assim, **Ana Gouveia Martins**, *A modificação e os trabalhos a mais nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas*, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Volume II*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora: Coimbra, 2010, p. 74.

Em primeiro lugar, esta posição parece “misturar” os limites impostos à modificação do contrato que a lei prescreve de modo diferenciado e autónomo <sup>(21)</sup>, obrigando a que, afinal, estes fossem entendidos numa lógica conjunta, não podendo ser aferidos individualmente (o que, do ponto de vista da interpretação da lei, suscita as maiores dúvidas); isto é, a alteração, por exemplo, de cláusulas contratuais advenientes do que outrora dispunha o caderno de encargos configuraria, neste entendimento, tanto (i) uma modificação do objeto contratual – possivelmente das prestações essenciais que o compõem – como (ii) uma subversão das regras e princípios atinentes ao procedimento pré-contratual. Mas uma coisa é a alteração do contrato fazer perigar o seu *núcleo essencial*, outra coisa diferente é ser ofensiva dos interesses de terceiros.

Ademais, como bem refere Tiago Duarte <sup>(22)</sup>, seria talvez impossível conceber “*que uma modificação a um contrato, por motivos de interesse público, não “toque” minimamente nos parâmetros-base previstos no procedimento pré-contratual que precedeu o contrato.*” E, portanto, naquela aceção, qualquer alteração das prestações contratuais (fazendo-as diferir daquilo que constava dos *elementos que serviram de base ao procedimento pré-contratual*) constituiria uma deturpação da ideia de concorrência e uma violação das garantias dos terceiros concorrentes ou potenciais concorrentes.

Finalmente, e também atendendo à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia <sup>(23)</sup>, tendemos a oferecer uma resposta discordante à hipótese levantada: é que, evocando o critério de “*alteração substancial*” a que já nos referimos, “*apenas uma modificação substancial, no sentido de uma modificação que descaracterize os aspectos essenciais do contrato, alterando o objecto do mesmo, a ponto de se poder concluir que se está perante outro contrato e já não perante o contrato inicial modificado, justifica o recurso*

---

<sup>(21)</sup> Pela utilização da expressão “*nem*” no n.º 1 do artigo 313.º mais dificilmente se torna defensável outra interpretação da norma que não a de que cada limite é um limite e que, como tal, deve ser perspetivado individualmente. Devendo a análise da admissibilidade da modificação do contrato passar por várias etapas (correspondentes à verificação, em concreto, do respeito do ato de modificação por cada um dos limites).

<sup>(22)</sup> Cf. **Tiago Duarte**, *Os eléctricos de Marselha não chegaram a Sintra: o Tribunal de Contas e os limites à modificação de contratos*, in: *Revista dos Contratos Públicos* n.º 3, p. 36.

<sup>(23)</sup> Veja-se, a título de exemplo, para além do acórdão *Pressetext*, o acórdão *Succhi di Frutta* do Tribunal de Justiça da União Europeia (processo C-496/99).

*a novo procedimento pré-contratual (...)*”<sup>(24)</sup>, não bastando portanto que seja alterado o objeto contratual<sup>(25)</sup> para que se perturbe a igualdade na concorrência.

Tratados sinteticamente alguns problemas que se colocam a propósito da proteção do *interesse concorrencial*, está, pois, bom de ver que o “*scope of competition*”<sup>(26)</sup> não releva apenas para efeitos do procedimento adjudicatório, mantendo-se objeto de especial preocupação no campo da execução contratual, designadamente quanto à questão de determinar o âmbito da modificação à luz da concorrência de mercado. Acrescendo assim ao “*scope of the contract*” próprio da relação jurídica contratual estabelecida e das partes nessa relação, que é aquilo que, a partir de agora, nos moverá no presente trabalho.

### 3.2. Delimitação positiva: os limites à modificação do contrato impostos pela vinculação pública à *causa função* do contrato inicial e pelo respeito pela relação *inter partes*

Neste ponto enunciamos as ideias que melhor desenvolveremos nos Capítulos III e IV deste texto; são aqui lançados alguns dos temas chave de que nos propomos ocupar.

A entidade pública contratante, quando decide lançar mão de um procedimento administrativo tendente à escolha de um parceiro com quem celebrar um contrato, fá-lo, na prossecução das atribuições que a lei lhe comete, com vista a resolver uma lacuna que identificou no âmbito dessas atribuições a que está adstrita, na medida em que verificou que tal lacuna melhor poderia ser colmatada por uma entidade externa<sup>(27)</sup>.

Há, pois, no âmbito das atribuições da entidade pública em causa, um espaço que, de acordo com o interesse público que em concreto dita a necessidade, por exemplo, de se construir e explorar uma autoestrada, melhor poderá ser ocupado por um operador económico que, atuando no respetivo mercado, esteja mais apto a prestar (e a explorar) tal serviço, sendo

---

<sup>(24)</sup> Cf. **Tiago Duarte**, *Os eléctricos (...)*, p. 35.

<sup>(25)</sup> Isto assumindo que, de facto, “*os elementos que serviram de base ao procedimento pré-contratual (...) definem o objecto contratual do futuro contrato*”, no que não se concede.

<sup>(26)</sup> Quanto a esta terminologia, citados por Pedro Gonçalves na sua anotação ao acórdão *Pressetext*: **J. Cibinic, Jr., R. C. Nash, Jr., J. F. Nagle**, *Administration of government contracts*, The George Washington University: Washington D. C., 2006, pp. 380 e ss.; **T. M. O`Connor**, *Understanding government contract law*, Management Concepts: Vienna (Virgínia), 2007, p. 135.

<sup>(27)</sup> Salvo se a possibilidade de celebração do contrato for diretamente afastada pela lei ou impedida em função da natureza das relações que se venham a estabelecer (cf. artigo 278.º).

que “ «*Em homenagem ao princípio da necessidade de prosseguir o interesse público*», o particular passa a ter a obrigação de adaptar os seus processos, à semelhança da obrigação que a Administração teria, se fosse ela a explorar o serviço.”<sup>(28)</sup>. Isto é, o interesse público que ditou a necessidade de, em primeira análise, colocar à disposição dos administrados determinado serviço público e de, em consequência, celebrar o contrato tendente a essa disponibilização é a fonte fundamental da relação jurídica contratual entretanto criada.

A *causa função* do contrato<sup>(29)</sup>, intimamente ligada ao interesse público que concretamente se visou prosseguir com a sua celebração, baliza os contornos em que negócio poderá orbitar: existe uma razão de interesse público para a realização do contrato e a função que este cumpre é igualmente de interesse público. Em nenhum momento da execução contratual estes considerandos serão de preterir e a inalterabilidade do objeto fundamental do contrato como limite legal à sua modificação está, do nosso ponto de vista, intimamente ligada a este princípio da prossecução do interesse público. A propósito, evocamos, a título exemplificativo, a posição de Magalhães Collaço, quanto a esta delimitação da modificação do contrato na ótica das concessões: “*O interesse público, que é o fundamento das novas regulamentações quanto ao funcionamento dos serviços públicos, deve ser também o seu limite. (...) Do interesse público só é juiz a administração: a auctoridade judicial não tem que averiguar das suas necessidades. E é justamente por esse motivo que todo o escrupulo é pouco quando se trata de avaliar quais as necessidades que realmente constituem o interesse público, que, sendo o fundamento jurídico desse poder deve ser também, em regra, o seu limite.*”<sup>(30)</sup>.

De tudo quanto se constatou será de retirar que a prossecução do interesse público define, por um lado, a razão de contratar (a *causa*) e, por outro, a utilidade do contrato para a satisfação das necessidades dos administrados, em favor das quais se celebrou o contrato (a *função*). Na órbita desta *função* do contrato administrativo, parece-nos Magalhães Collaço considerar ainda a relevância do “*fim de melhoramento do serviço*” (cogitada, em especial,

---

<sup>(28)</sup> Assim, **Maria João Estorninho**, *Requiem (...)*, p. 132. No mesmo sentido, considera Marcello Caetano que: “*O contrato administrativo inclui um pacto de colaboração de certo particular com a Administração para realizar o interesse público sob determinado aspecto.*” in: **Idem**, *Manual de Direito Administrativo, Volume I, 10.ª Edição*, Almedina: Coimbra, 1980, p. 120.

<sup>(29)</sup> Sobre o conceito de *causa função* como limite à modificação do contrato, ver **Sérvulo Correia**, *Contrato administrativo*, in: *DJAP*, vol. III, 1990, pp. 82 e ss..

<sup>(30)</sup> Assim, **Magalhães Collaço**, *Concessões de serviços públicos (sua natureza jurídica)*, 2.ª Edição, Coimbra Editora: Coimbra, 1928, p. 93.

para as concessões) como mais uma fonte de limitação da modificação do contrato <sup>(31)</sup>, no sentido em que esse fim é indissociável do “*benefício constante dos administrados*” <sup>(32)</sup>.

Por outro lado, também a preservação da relação *inter partes* baliza a modificação do contrato administrativo: isto é, um dos fundamentos relevantes para que se limite a alteração do contrato respeita ao não comprometimento, de um lado, (i) do objeto contratual de tal forma que o co-contratante nele deixe de ter interesse ou, simplesmente, passe a não ter condições objetivas para, pela sua parte, prestar aquilo a que inicialmente se comprometeu; e, de outro lado, (ii) do equilíbrio financeiro com base no qual as partes acordaram o conjunto de prestações a seu cargo.

Tanto a primeira como a segunda realidades constituem o cerne da relação contratual estabelecida e, da nossa perspectiva, respeitados que estejam os limites à modificação do contrato baseados nos restantes fundamentos enunciados, deve caber às partes no contrato, no caso de ser obtido um acordo, fixar de modo menos “estrito” os novos termos a que se obrigarão.

### 3.2.1. O núcleo essencial do objeto contratual e a *causa função* do contrato inicial

“*A modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato*”; assim determina a primeira parte do n.º 1 do artigo 313.º. Englobadas no objeto do contrato estão, pois, uma série de prestações que a lei adjetiva como “principais” que não podem ser atingidas pela modificação. Numa primeira linha, na medida em que tais prestações sejam fundamentais para caracterizar o contrato em termos tais que, para ser respeitada a *causa função* do contrato inicial, estas não possam ser adulteradas. A *causa função* do contrato celebrado não é outra que a que o originou; simplesmente, o contraente público, nos termos do artigo 312.º, alínea b), identifica *necessidades novas* (que acrescem às primeiramente identificadas) ou procede a uma *nova ponderação das circunstâncias existentes*.

---

<sup>(31)</sup> Note-se, uma vez mais, que, na mencionada obra de Magalhães Collaço, o autor se reporta à figura da concessão. Parece-nos, contudo, em geral não haver razão para que os seus ensinamentos não sejam aplicáveis a qualquer contrato administrativo, com a ressalva deste concreto *fim de melhoramento do serviço*, pensado especificamente para as concessões administrativas.

<sup>(32)</sup> Cf. **Magalhães Collaço**, *Concessões (...)*, p. 93.

O interesse público em concreto prosseguido – que é simultaneamente a *causa* e a *função* do contrato – justifica assim que se impeça uma descaracterização tal das prestações abrangidas pelo objeto contratual que, ao invés de estas virem ao encontro das novas necessidades ou da nova ponderação sobre as razões de interesse público subjacentes à decisão de modificação, não só não as promovam como as contrariem <sup>(33)</sup>.

A título de exemplo, o interesse público que esteve subjacente à contratualização da exploração de um serviço público de transporte rodoviário (englobando a construção e exploração de *x* autoestradas) de que ficou encarregado determinado concessionário não poderá ser reponderado de uma forma que venha a ditar que esse concessionário deva ficar igualmente a seu cargo com a exploração de um serviço público de transporte ferroviário. Neste exemplo estaria em causa um novo interesse público (para satisfação do qual o contraente público eventualmente necessitaria de colaboração) e não uma reponderação do interesse público que especificamente originou o contrato de concessão da exploração do serviço público rodoviário.

### 3.2.2. O núcleo essencial do objeto contratual e a relação *inter partes*

Por outro lado, as prestações principais integrantes do objeto contratual também não poderão ser alteradas de modo que isso comprometa a relação contratual ao ponto de o co-contratante, por exemplo, se ver obrigado a lançar mão do mecanismo resolutivo previsto no artigo 332.º. A exigência por parte do contraente público de que o contrato seja mantido pode ser contrária à boa-fé designadamente no caso de as prestações principais serem alteradas de modo que o co-contratante, ou (i) não consiga cumprir aquilo a que se comprometeu ou (ii)

---

<sup>(33)</sup> Neste sentido, quanto ao exercício do poder de modificação, atente-se naquilo que Eduardo García Enterría e Tomás-Ramón Fernández constata a propósito: “*El ius variandi, el poder de modificar unilateralmente el objeto y contenido del contrato, es limitado en su extensión e intensidad dentro de las exigencias que el interés público imponga, pero sólo resulta de aceptación obligatoria para el contratista dentro de ciertos márgenes que la propia Ley prevé.*” (destaque nosso). Daqui se retirando que os limites legais estão circunscritos pelas concretas razões de interesse público que entroncam a modificação. Assim **Eduardo García Enterría** e **Tomás-Ramón Fernández**, *Curso de Derecho Administrativo I, Duodécima Edición*, Thomson Civitas: Madrid, 2004, p. 745. No mesmo sentido cfr. **Magalhães Collaço**, *Concessões (...)*, p. 93 e **Ana Gouveia Martins** (sobre o interesse público enquanto fundamento e limite do poder de modificação unilateral), *A modificação (...)*, pp. 64 a 67.

deixe de ter interesse em prestar algo completamente diverso daquilo para que lhe é reconhecida competência no mercado.

Um operador económico que, por lhe ser reconhecida competência na prestação de determinado serviço, – tendo vencido o procedimento competitivo pré-contratual em conformidade – firmou um acordo para fazer as vezes da entidade pública no exercício de uma dada tarefa pública não poderá ver-se numa situação em que, objetiva ou subjetivamente, não tenha condições para prestar aquilo a que se vinculou. Aquilo a que se vinculou (as prestações essenciais a seu cargo) não poderão ser adulteradas até ao limite de não lhe ser possível ou viável cumprir.

Na hipótese levantada *supra*, o concessionário responsável pela exploração de um conjunto de autoestradas não poderá ser obrigado a explorar um serviço público ferroviário (por efeito da modificação do contrato) porque – para além da vinculação à *causa função* do primeiro contrato, antes tratada – também poderá não ter os meios e as condições indispensáveis para realizar, em termos adequados, a nova e diferente exploração.

### 3.2.3. O equilíbrio financeiro contratual e a relação *inter partes*

*“Il est habituellement soutenu que la modification ne peut jamais porter sur les clauses financières parce que la collectivité publique doit respecter l'« équation financière » du contrat.”* <sup>(34)</sup>. Esta posição a determinada altura tomada por parte significativa da doutrina francesa <sup>(35)</sup>, que já não poderá ser equacionada à letra <sup>(36)</sup>, mantém a virtude de alertar para o relevo do equilíbrio financeiro contratual para as partes contratantes, designadamente para o co-contratante. Está em causa a ideia *“de que a remuneração do contraente deve ser modelada pelos encargos que sobre ele pesam realmente, em vez de ser fixada ne varietur pelo contrato, de modo que a álea inerente a qualquer empreendimento seja seriamente limitada”* <sup>(37)</sup> e, portanto, com base no que foi estipulado inicialmente – e instituída que ficou

---

<sup>(34)</sup> Assim, **Laurent Richer**, *Droit des Contrats Administratifs*, 6e édition, L.G.D.J. lextenso editions: Paris, 2008, p. 264.

<sup>(35)</sup> No mesmo sentido, veja-se Jean Rivero, quando afirma que *“As modificações relativas à remuneração escapam ao poder de modificação unilateral da Administração.”* Assim, **Jean Rivero**, *Direito Administrativo*, Tradução de Rogério Ehrhardt Soares, Almedina: Coimbra, 1981, p. 148.

<sup>(36)</sup> É hoje sobejamente reconhecida a suscetibilidade de alteração das “cláusulas financeiras”, respeitado que seja o equilíbrio financeiro contratual.

<sup>(37)</sup> Assim, **Jean Rivero**, *Direito Administrativo (...)*, p. 148.

uma situação de equilíbrio financeiro – deverão as deformações a esse equilíbrio ser remediadas ao longo da execução contratual. Existe uma base económica e financeira do contrato que deve ser respeitada. A este propósito, o princípio *pacta sunt servanda*, para além de promover a estabilidade contratual, integra a ideia de “equilíbrio financeiro do contrato”, que opera diretamente sobre a vida do contrato <sup>(38)</sup>.

Sobre o tema, afirma Mário Esteves de Oliveira <sup>(39)</sup>: “*É, portanto, ponto assente pacificamente o de que a sujeição do co-contratante da Administração aos vínculos que esta autoritariamente lhe impõe, não pode traduzir-se na destruição da «base» em que ambos acordaram, implícita ou explicitamente, ao celebrar o contrato.*” Acrescenta ainda que “*(...) se assim é, também não custa deduzir aqui que sempre que o exercício dos poderes contratuais da Administração se traduz num agravamento, numa maior onerosidade das prestações do seu co-contratante, hão-de ser correspondentemente aumentadas as contrapartidas que lhe são concedidas pelo contrato, deste modo se restabelecendo o equilíbrio inicial deste.*” (destaques nossos).

O mecanismo da reposição do equilíbrio financeiro está originalmente pensado para estes casos em que o co-contratante, mercê da sua situação de sujeição aos poderes conformadores do contraente público, vê a sua esfera contratual financeiramente afetada. Mas mais importante que o mecanismo legal em si é a sua *ratio* que, como vimos frisando, tem que ver, não só, nem sobretudo, com um momento de exercício de uma prerrogativa de poder público, mas com todas as variações no equilíbrio financeiro de que um contrato pode padecer ao longo da sua vigência. E que devem ser debeladas. A lógica do *pactum*, no âmbito de uma modificação do contrato, pode, a nosso ver, também aqui, assumir maior destaque, respeitados que estejam os (restantes) limites à alteração.

---

<sup>(38)</sup> É disto expressão, a título de exemplo, o seguinte: no caso de contratos que configurem uma parceria público-privada [ou mesmo no caso de uma concessão que não revista esta forma de parceria – veja-se o artigo 420.º, alínea d)], a partilha dos eventuais benefícios que dela advenham deve ser realizado de forma equitativa e, portanto, visando a prossecução do equilíbrio financeiro contratual (cf. artigo 341.º).

<sup>(39)</sup> Cf. Mário Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo (...)*, p. 705.

### Capítulo III. A intangibilidade parcial do contrato: densificação do conceito à luz do regime legal

#### 4. Da admissão de cláusulas imodificáveis à proteção das prestações principais integradas no objeto contratual

Para introduzir o presente capítulo desenharemos um percurso realizado a par e passo com a evolução do conceito de intangibilidade parcial do contrato administrativo. Vejamos, pois, os conceitos mais marcantes e cheguemos ao ponto atual consagrado no Código dos Contratos Públicos.

A propósito da discussão sobre a natureza jurídica do caderno de encargos, Magalhães Collaço inaugurou, entre nós, a distinção entre cláusulas de natureza regulamentar e cláusulas de natureza obrigacional<sup>(40)</sup>. Na sua ótica, podiam as primeiras ser objeto de modificação por serem as “*disposições organizadoras do regimen legal do serviço*”<sup>(41)</sup> e, portanto, por serem diretamente atinentes à concreta realização do interesse público na satisfação das necessidades coletivas visada pelo serviço. Já as segundas, respeitando em exclusivo às partes contratantes, sendo “*normas que fixam por particular maneira as recíprocas obrigações em que se constituíram administração e concessionário*”, tal “*significa com rigor a sua estabilidade, a sua inalterabilidade.*”<sup>(42)</sup>.

No século XIX, porém, atribuía-se a todas as cláusulas do caderno de encargos uma igual natureza: obrigacional. No caso das concessões, por exemplo, não se atendia ao seu objeto específico enquanto modo de organização e funcionamento de um determinado serviço público – este tipo contratual era entendido nos mesmos termos de outra qualquer relação obrigacional entre contraente público e contraente privado adveniente de outro tipo de contrato administrativo.

Em termos muito simplistas: uma entidade pública acordava com um operador económico a prestação de um determinado serviço cuja atribuição não lhe estava reservada e pagava o preço devido, produzindo-se efeitos exclusivamente sobre esses dois intervenientes e, portanto, meramente obrigacionais. Esta lógica era acolhida, como se disse, para qualquer tipo

---

<sup>(40)</sup> Uma vez mais, tratando estes conceitos a propósito da figura concessória.

<sup>(41)</sup> Assim, **Magalhães Collaço**, *Concessões (...)*, p. 87.

<sup>(42)</sup> Assim, **Magalhães Collaço**, *Concessões (...)*, p. 87.

de contrato realizado entre particulares e a Administração, sendo incontestado que todas as cláusulas tinham natureza contratual.

O que, segundo Magalhães Collaço, sempre abordando a figura da concessão, constituía uma confusão, sem critério, de estipulações de feição diversa <sup>(43)</sup>. Considerava este autor que cumpria fazer a tal distinção a que nos referimos entre as cláusulas “*expressão de um acto de natureza legislativa ou regulamentar*” e as cláusulas “*expressão de um acto criador de uma situação jurídica individual.*” As primeiras seriam definidoras das “*condições em que o serviço funciona*”, dirigir-se-iam “*à universalidade dos cidadãos*” e considerariam “*apenas o interesse público*”; ao passo que as segundas tratariam as “*condições financeiras da exploração*”, limitariam o seu “*alcance e eficácia*” aos “*pactuantes*”, visando apenas “*interesses privados*”. No mesmo sentido pronunciou-se alguma doutrina francesa, de que destacamos Jean Rivero, na sua obra já citada, e André de Laubadère <sup>(44)</sup>. Consideram estes autores, igualmente a propósito da concessão de serviço público, que esta não configura verdadeiramente um ato contratual, mas um ato de natureza mista, composto por aqueles dois tipos de cláusulas (as regulamentares, suscetíveis de modificação, e as contratuais, insuscetíveis de modificação) <sup>(45)</sup>.

De acordo com esta visão, o limite à modificação do contrato, antes de se situar ao nível do objeto contratual, plasmava-se na inalterabilidade de cláusulas “*(...) que determinam as vantagens e garantias económicas que levaram o particular a contratar: são, em certa medida estranhas à ideia de serviço público; não tocam na sua organização e funcionamento propriamente ditos.*” <sup>(46)</sup>.

---

<sup>(43)</sup> Cf. **Magalhães Collaço**, *Concessões (...)*, pp. 80 e ss..

<sup>(44)</sup> **Jean Rivero**, *Direito Administrativo (...)*, pp. 520 e 521 e **André de Laubadère**, *Direito Público Económico, Tradução e Notas de Maria Teresa Costa, Revista por Evaristo Mendes*, Almedina: Coimbra, 1985, pp. 402 e 403.

<sup>(45)</sup> Mais recentemente, Pedro Gonçalves colocou a questão de modo diverso: o autor propõe uma distinção entre o conceito de *natureza* e o conceito de *eficácia*. As cláusulas, quer constantes do caderno de encargos quer do contrato, têm natureza contratual, e não regulamentar; terão, isso sim, uma eficácia geral ou regulamentar. Cf. **Pedro Gonçalves**, *A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)*, Almedina: Coimbra, 1999, p. 200 a 202.

<sup>(46)</sup> Assim, **Augusto de Ataíde**, *Para a Teoria do Contrato Administrativo (...)*, p. 86. Para maiores esclarecimentos sobre os antecedentes e contornos desta teoria da diferente natureza das cláusulas contratuais e, ainda, para referências a jurisprudência a propósito, ver, com o maior interesse, pp. 85 a 90.

Noutro “método” <sup>(47)</sup> de discussão sobre a limitação ao que no contrato administrativo é alterável, a análise recai sobre o objeto contratual: primeiro é preciso saber o que será, afinal, objeto do contrato e depois, mediante a opção que se tome a propósito, definir se o objeto será ou não alterável. Na verdade, aquilo que é hoje entendido como “objeto contratual” é o resultado de muitas posições <sup>(48)</sup> e muito debate que nos absteremos de descrever por se encontrar amplamente tratado, entre outras, nas obras citadas. Contudo, não deixaremos de anotar a seguinte brevíssima referência.

Parte da doutrina <sup>(49)</sup> considerou que o objeto contratual, não se confundindo com o seu conteúdo (conceitos, de resto, legalmente diferenciados desde a vigência do artigo 180.º do Código de Procedimento Administrativo), corresponde à atividade essencial – e inalterável – ínsita no contrato; alterável seria apenas o conteúdo do contrato <sup>(50)</sup>. Contudo, por ser considerada uma visão estática, apenas limitando a alteração da atividade (da prestação típica que individualiza o contrato em causa), dava lastro a que toda a disciplina contratual fosse “meneada”, desde que a atividade essencial permanecesse intocada.

Tais críticas a esta posição embocam numa nova visão <sup>(51)</sup>: a de que as prestações a que as partes, em concreto, se obrigam é que enformam, elas próprias, o objeto contratual. A grande consequência desta diferente posição é a de que, ao contrário da anterior, torna necessariamente admissível a modificação do próprio objeto contratual, sob pena de, na prática, o contrato não poder ser alterado naquilo que possa ser de efetivo interesse público <sup>(52)</sup>.

---

<sup>(47)</sup> Trata-se de terminologia adotada por Maria João Estorninho, in: **Idem**, *Requiem (...)*, p. 133.

<sup>(48)</sup> Para vasto esclarecimento sobre a matéria à luz do direito português, designadamente sobre as teses que sucessivamente foram surgindo, *cf.*, por exemplo, **Augusto de Ataíde**, *Para a Teoria do Contrato Administrativo (...)*, pp. 76 a 85; **Freitas do Amaral**, *Curso de Direito Administrativo, Volume II, 2.ª Edição*, Almedina: Coimbra, Março de 2011, pp. 628 a 632; **Mário Esteves de Oliveira**, *Direito Administrativo (...)*, pp. 698 a 702; **Ana Gouveia Martins**, *A Modificação (...)*, pp. 68 a 70; **Lourenço de Vilhena de Freitas**, *O Poder de Modificação Unilateral (...)*, pp. 189 e ss..

<sup>(49)</sup> De que são exemplo Augusto de Ataíde, Freitas do Amaral e Mário Esteves de Oliveira.

<sup>(50)</sup> Numa já célebre expressão, Freitas do Amaral define o conteúdo contratual como “*os modos peculiares, técnicos e jurídicos, da execução das prestações*”. Assim, **Freitas do Amaral**, *Curso (...)*, p. 630.

<sup>(51)</sup> Perfilhada, por exemplo, por Sérvulo Correia e por Lourenço de Vilhena de Freitas.

<sup>(52)</sup> Por exemplo, a alteração da prestação, a cargo do co-contratante, em que se prevê a construção de um dado lança de autoestrada para uma nova prestação que passe a contemplar, para além da construção do que inicialmente se previa, a ampliação desse lança.

Se o artigo 180.º do Código de Procedimento Administrativo já respondia a algumas das questões levantadas nas posições sumariadas *supra* sobre o que seria o objeto contratual e se este seria ou não intangível, concluindo pela sua intangibilidade (admitindo apenas alterações ao conteúdo do contrato), o artigo 313.º, n.º 1 parece vir, de algum modo, inverter o caminho trilhado pela anterior disposição legal apostando naquilo que nos parece ser a possibilidade de se alterar o objeto contratual.

À luz do Código dos Contratos Públicos, e numa leitura literal da norma em causa, o objeto contratual é alterável contanto que se encontrem salvaguardadas as prestações principais que o integram. É dizer, o objeto contratual integra prestações secundárias e prestações principais, podendo as primeiras ser alteradas e as segundas não. Mas parece claro que ambas integram o objeto do contrato.

Resta saber, portanto, o que serão então as prestações principais características de cada tipo contratual administrativo e, ademais, que prestações principais serão essas em cada contrato concretamente acordado pelas partes. Não basta, pois, que a análise se faça em abstrato (quanto a isso, não haverá já grandes divergências doutrinárias), pelo que não é possível definir *a priori*, sem um instrumento contratual sob análise, quais serão aquelas prestações inalteráveis em qualquer circunstância.

Ainda assim, parece-nos possível lançar algumas diretrizes quanto a esta matéria, o que tentaremos ensaiar no fecho do presente capítulo, a propósito da leitura que fazemos do atual regime legal da intangibilidade parcial do contrato.

Antes disso, contudo, será necessário entender (i) qual o interesse público que, de acordo com o Tribunal de Contas, pode ditar uma modificação; e (ii) em que medida esse interesse público se pode sobrepor à ideia de estabilidade contratual – melhor se balizando, enfim, que prestações principais são inalteráveis.

## 5. A vinculação do contraente público à *causa função* do contrato base. A fiscalização pelo Tribunal de Contas e a avaliação de interesse público

Como vimos no ponto 3.2.1. do presente texto, a *causa função* do contrato administrativo original deve ser preservada porque, caso esta seja desatendida quando da alteração ao contrato, nas palavras de Sérvulo Correia, “ (...) já não se estaria apenas a adaptar uma certa

*relação obrigacional a novas exigências de interesse público, mas sim a optar por um meio radicalmente distinto de ir ao encontro de tais necessidades.”* <sup>(53)</sup>.

O contraente público está vinculado a observar esta limitação no exercício das suas prerrogativas de poder público, antes de mais, pelo disposto no artigo 266.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa:

*“A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.”*

É dizer, quando ordena a alteração de um determinado contrato a Administração fá-lo visando – ainda que por diferente meio, ainda que em resultado de uma ponderação de novas circunstâncias que aconselham uma mudança – na prossecução do interesse público <sup>(54)</sup> que ditou a decisão de contratar. Trata-se, pois, de uma limitação, para além de legal, constitucional a que a Administração Pública *lato sensu* sempre estará obrigada na prossecução das suas atribuições.

Se a Administração pactua com o mercado, dentro das condições da norma habilitante do artigo 278.º, fá-lo de forma consignada com a finalidade do contrato celebrado (como é de tanto indiciador o preceituado no artigo 281.º) e comprometida com os ditames de interesse público em concreto visados (*cf.* artigo 286.º).

Temos, pois, presente que é à Administração Pública que cabe, no exercício do seu poder discricionário, definir em cada momento de que modo melhor corresponder às necessidades dos particulares. Porém, não deixa de ser verdade que esta também se encontra submetida a um crivo jurisdicional: referimo-nos, em especial, à figura da fiscalização pelo Tribunal de Contas <sup>(55)</sup> <sup>(56)</sup>, em concreto, aquela que é realizada no âmbito da contratação pública e da

---

<sup>(53)</sup> Assim, **Sérvulo Correia**, *Contrato administrativo (...)*, p. 82.

<sup>(54)</sup> Sobre a noção de interesse público, ver anotação ao artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa, in: **Jorge Miranda e Rui Medeiros**, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora: Coimbra, 2007, pp. 559 e ss..

<sup>(55)</sup> A submissão da atividade da Administração Pública a uma apreciação de natureza jurisdicional é, antes de tudo, determinada pela competência atribuída aos tribunais administrativos e fiscais (e, frequentemente, aos tribunais arbitrais) nestas matérias.

<sup>(56)</sup> Sobre a fiscalização dos contratos públicos pelo Tribunal de Contas, ver **José F. F. Tavares**, *Os contratos públicos e a sua fiscalização pelo Tribunal de Contas*, in: *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora: Coimbra, 2008, pp. 967 e ss..

execução dos contratos formados de acordo com os procedimentos próprios da contratação pública. Este controlo, para além de primacialmente financeiro (como notaremos *infra*), visa também garantir que os interesses públicos gizados com a contratação permanecem observados e que a execução contratual sucede de acordo com o bloco de legalidade aplicável.

Vejamos em que termos:

O Tribunal de Contas, de acordo com o artigo 5.º, n.º 1, alínea c) da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas, tem competência para:

*“Fiscalizar previamente a **legalidade** e o cabimento orçamental dos actos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades, directos ou indirectos, para as entidades referidas no n.º 1 e nas alíneas a), b) e c) do n.º 2 do artigo 2.º, bem como para as entidades, de qualquer natureza, criadas pelo Estado ou por quaisquer outras entidades públicas para desempenhar funções administrativas originariamente a cargo das respectivas assembleias legislativas regionais.”*  
(destaque nosso) <sup>(57)</sup>.

O Tribunal de Contas tem assim, nos termos da respetiva lei orgânica, uma competência fiscalizadora quer dos atos administrativos quer dos acordos endocontratuais de modificação contratual que redundem numa diferente configuração do equilíbrio financeiro originário e, portanto, que sejam “*geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades*” para a Administração.

A fiscalização competência do Tribunal de Contas de que aqui tratamos é realizada anteriormente à prática do ato que deva ser seu objeto, conforme previsto no artigo 44.º, n.º 1 da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas. Tal fiscalização (prévia) incide, entre outras realidades consagradas no artigo 46.º daquele diploma, sobre “*os actos ou contratos que formalizem modificações objectivas a contratos (...) e que impliquem um agravamento dos respectivos encargos financeiros ou responsabilidades financeiras*”, isto nos termos das alíneas d) e e) do respetivo n.º 1.

Deste controlo de legalidade dos atos de modificação do contrato está dependente a atribuição de visto pelo Tribunal de Contas que – nos termos da Lei de Organização e

---

<sup>(57)</sup> Os números do artigo 2.º referidos na norma transcrita reportam-se, entre outras, a uma série de pessoas jurídicas de natureza pública que, nos termos do Código dos Contratos Públicos, são entidades adjudicantes.

Processo do Tribunal de Contas –, podendo ser recusada nos termos do artigo 44.º, n.º 3, funcionará como condição de eficácia do próprio ato caso esse corresponda a um determinado valor (*cf.* artigo 45.º, n.º 4). Sem prejuízo de, regra geral, os atos em causa produzirem efeitos antes do visto ou da declaração de conformidade, exceto quanto aos pagamentos a que derem causa (*cf.* artigo 45.º, n.º 1).

É, pois, bom de ver que o Tribunal de Contas assume aqui um papel de relevo na configuração da noção de interesse público que cada ato emanado pela administração pública deve prosseguir, porquanto a sua tarefa jurisdicional opera como “*uma garantia objectiva da legalidade e da boa gestão financeira, funcionando indirectamente como garantia dos cidadãos. Prima facie, não são, pois, órgãos vocacionados para a defesa directa e imediata dos direitos e interesses legítimos dos particulares. É o interesse público que, em primeira linha, domina a actuação do Tribunal de Contas (...)*”<sup>(58)</sup>. (destaque nosso).

Ademais, a fiscalização realizada pelo Tribunal de Contas, bem como todas as suas restantes competências de cariz jurisdicional, apresentam virtualidades acrescidas para o aplicador do direito. É que, como sublinhámos logo no início do texto, a circunstância de nos contratos administrativos comumente serem estipuladas cláusulas arbitrais retira do foro judicial a discussão, pelo menos à luz da lei e doutrina mais recentes, sobre as matérias contratuais administrativas (designadamente sobre a matéria dos limites à modificação dos contratos). Também por isso o Tribunal de Contas tem vindo a assumir um papel criador de jurisprudência<sup>(59)</sup> nos temas relacionados com a contratação pública e com a execução de contratos administrativos<sup>(60)</sup> com acrescido relevo.

---

<sup>(58)</sup> Assim, **José F. F. Tavares**, *Os contratos públicos (...)*, p. 969.

<sup>(59)</sup> Concordamos com José F. F. Tavares quanto à natureza jurisdicional dos poderes de fiscalização do Tribunal de Contas. *Cf.* **José F. F. Tavares**, *Os contratos públicos (...)*, p. 977.

<sup>(60)</sup> Vejam-se, a título exemplificativo, o Acórdão n.º 20/2010, de 01.06.2010, proferido no âmbito de um processo de fiscalização prévia do acordo de alteração de um contrato de recolha e transporte de resíduos sólidos urbanos e o Acórdão (n.º 28/2010, de 03.11.2010) proferido na sequência do recurso interposto da decisão de recusa de visto ditada pelo primeiro (trata-se das decisões do Tribunal de Contas sobre que Tiago Duarte profere um comentário crítico no seu texto já citado: **Idem**, *Os Eléctricos (...)*). Também proferido no âmbito de um recurso interposto pelo Governo Regional da Madeira de uma decisão que recusou o visto a um contrato-programa de cooperação financeira, será de mencionar o Acórdão n.º 5/2012, de 13.03.2012, que, a exemplo dos outros que referimos, se pronuncia sobre a matéria dos limites à modificação de contratos consagrados no artigo 313.º, designadamente considerando que um dos objetivos visados pela estatuição de limites é a estabilidade da relação contratual.

Em suma, a legalidade da modificação (e, portanto, necessariamente o concreto interesse público que a ditou) é apreciada pelo Tribunal de Contas, definindo este, em concreto, se as prestações principais do contrato original se encontram acauteladas e, se assim for, ficam aclarados os termos em que naquele contrato específico se permite uma derrogação da sua estabilidade.

6. A razoabilidade da compressão do princípio *pacta sunt servanda* face ao interesse público que concretamente subjaz à modificação do contrato

Antunes Varela <sup>(61)</sup>, a propósito do tratamento que faz dos princípios fundamentais que regem a figura do contrato, considera ser o princípio *pacta sunt servanda* (princípio da confiança), de um lado, a razão da “*força vinculativa do contrato*” e, de outro, a razão da “*imodificabilidade do contrato por vontade (unilateral) de um dos contraentes*”. Já Almeida Costa <sup>(62)</sup>, admitindo desvios ao princípio da estabilidade dos contratos, considera que “*Se os contratos não fossem irretractáveis e as suas cláusulas intangíveis, desapareceria um fundamental elemento da segurança do comércio jurídico.*”

No âmbito específico das relações jurídicas administrativas, é, contudo, de considerar a existência de uma especial fricção de lógicas, as mais das vezes de difícil articulação <sup>(63)</sup>: à lógica do *pactum* sobrepõe-se, em determinadas circunstâncias, a lógica da função. É isso que sucede quando, no caso objeto do nosso estudo, a modificação do contrato acontece em resultado do exercício de uma prerrogativa de poder público do contraente público. Trata-se de uma das hipóteses de desvio ao princípio da estabilidade dos contratos que, pela sua natureza, apenas opera no âmbito de relações jurídicas administrativas <sup>(64)</sup>.

Quando, porém, a modificação do contrato administrativo sucede por acordo endocontratual, pelo menos em teoria <sup>(65)</sup>, não se assiste a uma compressão do princípio da

---

<sup>(61)</sup> Cf. **Antunes Varela**, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.<sup>a</sup> Edição, Almedina: Coimbra, 2006, p. 227.

<sup>(62)</sup> Cf. **Almeida Costa**, *Direito das Obrigações*, 3.<sup>a</sup> Edição, Almedina: Coimbra, 1979, pp. 234 e ss..

<sup>(63)</sup> Sobre o carácter misto da relação jurídica contratual administrativa, ver, por todos, **Pedro Gonçalves**, *O Contrato Administrativo (...)*, pp. 102 e ss..

<sup>(64)</sup> Sobre a problemática do princípio da estabilidade do vínculo contratual e da sua configuração como princípio geral de direito e, portanto, também aplicável no seio das relações contratuais administrativas, ver **Paulo Otero**, *Estabilidade Contratual (...)*, pp. 923 e ss..

<sup>(65)</sup> Admitimos, contudo, que a circunstância de, na prática, o contraente público “informar” o co-contratante da necessidade de o contrato ser alterado, para tanto propondo um acordo, funcionará como sintoma da inevitabilidade da modificação (que esta seja alcançada por acordo quer venha a ser imposta).

estabilidade dos contratos <sup>(66)</sup>. O que está em causa é um acordo (é certo que fundado em razões de interesse público das quais o co-contratante não se pode alhear) a que as partes chegaram tendo em vista adaptar o inicialmente estipulado ao devir próprio das relações contratuais, designadamente quando duradouras.

Não será, pois, do nosso ponto de vista, em função do respeito pelo *pacta sunt servanda* que será de limitar a modificação consensual. Se é certo (i) que do ponto de vista do que visa proteger o artigo 313.º, n.º 1, 2.ª parte é indiferente de que tipo de ato de modificação se trata <sup>(67)</sup> e, conseqüentemente, que qualquer modificação se encontra sujeita ao limite aí consagrado, (ii) dificilmente se concebe que a limitação opere do ponto de vista da intangibilidade parcial do objeto contratual, uma vez que o acordo de modificação seja visado pelo Tribunal de Contas (nos termos que *supra* se descreveram) e que, portanto, não seja deformado o interesse público ao encaço do qual foi arquitetada a atribuição consensual da tarefa pública em causa <sup>(68)</sup>.

Assim consideramos designadamente porque:

- (i) De um lado, o que, na realidade, se pretende evitar, *prima facie*, com a definição de limites à modificação do objeto contratual (fora os que protegem interesses concorrenciais sobre que aqui não incidimos) é que o co-contratante, por via do poder de modificação unilateral, seja obrigado a uma alteração que deturpe o tipo de contrato celebrado, tornando-o num contrato de diverso cariz, aqui sim estando em causa uma derrogação do princípio da estabilidade dos contratos.
- (ii) De outro lado, releva para esta posição que sufragamos o facto de existirem cláusulas integrantes do objeto contratual que, segundo Freitas do Amaral, não estão sujeitas a uma alteração <sup>(69)</sup>, o que se prende com o facto de não se

---

<sup>(66)</sup> Com efeito, o artigo 406.º, n.º 1 do Código Civil expressamente admite a possibilidade de modificação consensual de qualquer instrumento contratual, não configurando tal modificação uma derrogação do princípio aí prescrito.

<sup>(67)</sup> A nosso ver, é exclusivamente para proteger os interesses concorrenciais que se consagrou (artigo 310.º, n.º 2) a extensão do regime dos limites ao caso da modificação por acordo.

<sup>(68)</sup> É que, do ponto de vista da relação *inter partes* (nos termos que a tratámos: como *ratio* do limite aqui em causa), se a modificação ocorre por acordo, a pretendida proteção do co-contratante deixa de fazer sentido.

<sup>(69)</sup> Cf. **Freitas do Amaral**, *Curso (...)*, p. 632.

encontrar, em abstrato, motivos de interesse público que ditem a necessidade da sua revisão e que, em conformidade, acarretem uma derrogação do princípio *pacta sunt servanda*. É o caso de algumas cláusulas contratuais que, definindo “*direitos e obrigações sinalagmáticos das partes*”, não configuram prestações principais <sup>(70)</sup>.

## 7. Uma leitura do atual regime legal

Por um lado, fica expressa, no ponto anterior, a nossa visão quanto à diferença entre os casos em que a modificação do contrato é imposta e aqueles em que é pactuada do ponto de vista de (i) haver ou não derrogação do princípio *pacta sunt servanda* e, portanto, (ii) de terem ou não de ser mantidas as prestações principais originárias.

Por outro lado, quanto ao que serão efetivamente essas prestações principais, haverá que lançar algumas orientações para melhor definir em que termos podem estas ser alteradas, pelo menos quando esteja em causa uma modificação unilateral <sup>(71)</sup>.

Para tanto, socorremo-nos do “*caso típico*” lembrado por Augusto de Ataíde quanto a contratos de concessão <sup>(72)</sup>: “*A Administração não poderá ordenar ao concessionário a exploração de um serviço diverso do concedido, de um verdadeiro serviço novo, nem tão-*

---

<sup>70</sup> De acordo com o autor são disso exemplo: (i) as cláusulas de exclusividade a favor do concessionário na exploração de um serviço por determinado período temporal; (ii) as cláusulas por intermédio das quais o concedente promete à concessionária uma subvenção financeira; (iii) as cláusulas que atribuem à concessionária o direito de ser ouvida pela Administração antes da tomada de determinadas decisões. Em qualquer destas cláusulas não se coloca, segundo o autor, a possibilidade de modificação unilateral pelo contraente público, por força do princípio geral *pacta sunt servanda* consagrado no artigo 406.º, n.º 1 do Código Civil – que não admite aqui uma derrogação por razões que não sejam de interesse público – sob pena de responsabilidade contratual. Quanto à questão da responsabilidade, no mesmo sentido, pronuncia-se Mário Esteves de Oliveira, in: **Idem**, *Direito Administrativo (...)*, p. 707: “ (...) a violação das suas obrigações contratuais não gera para a Administração o dever de repor o equilíbrio financeiro do contrato: constitui-a, sim, em responsabilidade contratual, nos termos gerais do direito administrativo.”.

<sup>(71)</sup> A definição em concreto do que será (ou não será) prestação principal num contrato administrativo parece-nos dependente daquilo que se visa proteger com a limitação legal da sua inalterabilidade e, portanto, a alteração de prestações poderá ser possível dependendo da densidade dessa alteração.

<sup>(72)</sup> Cf. **Augusto de Ataíde**, *Para a Teoria do Contrato Administrativo (...)*, pp. 81 e 82.

*pouco a execução de uma actividade que manifestamente ultrapasse as suas forças técnicas ou financeiras.”.*

Pegando nesta linha de pensamento e lendo-a à luz do Código dos Contratos Públicos, diríamos, em primeira análise, que peca por escassa. Foi idealizada para a ideia de intangibilidade da atividade essencial regulada pelo contrato, não indo tão longe quanto a ideia do Código de que qualquer prestação considerada principal é inalterável.

É verdade que não restam dúvidas de que a exploração *daquele serviço em concreto, daquele serviço x, daquela autoestrada que vai do ponto  $\alpha$  ao ponto  $\beta$*  é uma das prestações principais ínsitas no objeto contratual.

Mas não o serão também, caso tal hipótese esteja prevista no contrato, a construção de determinados lanços de autoestrada que também virão a ser objeto da exploração (a cargo do co-contratante)? Ou a obrigação de obter financiamento para a exploração de todo o projeto (também a cargo do co-contratante)? Ou mesmo a prestação (esta potencialmente a cargo do contraente público) relacionada com a remuneração a entregar ao concessionário pela exploração do serviço? Não serão todas estas igualmente prestações principais à luz do Código dos Contratos Públicos que, sendo alteradas num contrato de concessão de obras públicas, o transformam num novo contrato?

Para concretizar aquilo que queremos discutir, veja-se o seguinte caso: à luz das modificações (consensuais) recentemente operadas <sup>(73)</sup> a algumas concessões <sup>(74)</sup> atribuídas no âmbito do setor das infraestruturas rodoviárias, por meio das quais foi alterada a forma de remuneração do concessionário – que, com a eliminação do regime SCUT (sem custos para o utilizador), passou a receber um montante (anual) em função dos níveis de disponibilidade verificados, ao invés de o montante devido atender ao número de utilizadores das infraestruturas – diríamos – segundo o que resulta do Código dos Contratos Públicos – das duas uma: (i) que a forma de remuneração não parece constituir uma prestação principal na ótica do artigo 313.º, n.º 1, simplesmente porque se trata de uma prestação que foi objeto de

---

<sup>(73)</sup> No âmbito das renegociações que têm vindo a ter lugar em resultado de alterações na política financeira pública exigidas pela crise e pela intervenção dos financiadores internacionais em Portugal.

<sup>(74)</sup> A título de exemplo, referimo-nos à concessão designada por *Beira Litoral/Beira Alta* (cf. Resolução do Conselho de Ministros n.º 39-B/2010, de 04.06.2010, que aprova a minuta do contrato de alteração ao contrato inicial); à concessão designada por *Norte Litoral* (cf. Resolução do Conselho de Ministros n.º 39-C/2010, de 04.06.2010, que aprova a minuta do contrato de alteração ao contrato inicial); e à concessão designada por *Costa de Prata* (cf. Resolução do Conselho de Ministros n.º 39-D/2010, de 04.06.2010, que aprova a minuta do contrato de alteração ao contrato inicial).

alteração; ou (ii) que a modificação ao contrato não se conformou com o preceituado no artigo 313.º, n.º 1, 1.ª parte, *ex vi* do artigo 310.º, n.º 2.

Do nosso ponto de vista, partindo do exemplo avançado deverá retomar-se a seguinte questão:

“A expressão *prestações principais* deve, afinal, apenas ser entendida como a atividade essencial a que, de um lado, típica e, de outro, concretamente, o contrato respeita <sup>(75)</sup> (a exploração da autoestrada *x*)?”

Caso a resposta a que se chegue seja negativa <sup>(76)</sup>, como de resto nos parece resultar da disposição aplicável do Código dos Contratos Públicos, serão de sugerir os dois seguintes caminhos interpretativos: ou,

- (i) A alteração aos contratos de concessão de obra pública a que *supra* se fez referência foi realizada em violação expressa do regime legal aplicável; ou,
- (ii) A circunstância de a modificação do contrato operar por via unilateral ou por via negocial tem relevo sob o ponto de vista dos limites a que se sujeita <sup>(77)</sup>.

De acordo com o que concluímos no ponto precedente (ponto 6), inclinamo-nos para o segundo caminho interpretativo proposto.

Com efeito, com base no que avançámos parecer-nos a melhor interpretação do artigo 313.º, n.º 1, 1.ª parte – a de que haverá prestações que, não respeitando direta e somente à atividade essencial do contrato, serão, ainda assim principais <sup>(78)</sup> – acolhemos a ideia de que a modificação consensual de uma prestação principal, no pressuposto de os demais limites

---

<sup>(75)</sup> É este o entendimento de Freitas do Amaral. Cf. **Freitas do Amaral**, *Curso (...)*, p. 630.

<sup>(76)</sup> Mário Aroso de Almeida, embora a diferente propósito e remetendo para autores que não acolhem ideia igual, parece aceitar uma conceção de “*intangibilidade do objecto do contrato e das cláusulas atinentes aos direitos e deveres recíprocos das partes.*” (destaque nosso). Assim, **Mário Aroso de Almeida**, *Contratos Administrativos e regime da sua modificação (...)*, p. 838.

<sup>(77)</sup> Isto sempre no pressuposto, do qual não abdicamos, de que “*do ângulo da protecção do interesse da concorrência, afigura-se indiferente que o contrato seja modificado por acordo ou por acto unilateral.*” Assim, **Pedro Gonçalves**, *Acórdão Pressetext (...)*, p. 17.

<sup>(78)</sup> O caso da prestação “modo de remuneração” parece-nos um exemplo muito impressionante, visto que, em última análise, constitui a prestação mais preponderante do ponto de vista do co-contratante.

serem respeitados, é possível porque não afeta o escopo protetor da norma em causa (o princípio *pacta sunt servanda*).

#### Capítulo IV. O equilíbrio financeiro do contrato administrativo

##### 8. O fundamento

Sem querer que a discussão desemboque na importância económica do equilíbrio financeiro do contrato administrativo <sup>(79)</sup>, não podemos deixar de mencionar brevemente que tal equilíbrio é absolutamente fulcral do ponto de vista dos interesses do co-contratante, designadamente – como a tanto daremos destaque – nos casos em que este assume a posição de concessionário (naturalmente, no âmbito de um contrato de concessão), sendo remunerado essencialmente em função da específica exploração que tem a seu cargo e mediante os resultados dessa exploração.

Com efeito, o projeto que sempre representa a contratualização da exploração de um determinado serviço ou obra, regra geral, parte de dois pressupostos: (i) um investimento inicial avultado e (ii) a perspetiva de gerar *cash flows* (fluxos de caixa) em resultado da exploração da obra ou serviço, durante o prazo contratual, para pagar esse investimento. Estes são os vetores fundamentais para aferição da Taxa Interna de Rendibilidade (TIR) da concessão que, no fundo, “*para o concessionário, sintetiza o interesse financeiro da concessão*”, pois “*nela confluem todas as estimativas de investimentos, rendimentos e gastos (e correspondentes recebimentos e pagamentos) que tal concessão implica.*” <sup>(80)</sup>. É em função do valor definido para o investimento, dos *cash flows* previstos e da duração contratual que concedente e concessionário chegam a acordo. E a variabilidade desses pressupostos económicos, repercutindo-se na TIR estimada, tem evidentes implicações na posição e interesse contratuais do co-contratante. Considerando a realidade económica que subjaz a uma ideia jurídica de manutenção do equilíbrio financeiro contratual, mais intuitivamente se entende – designadamente no caso mais impressionante de um contrato de concessão – que os mecanismos de reposição do equilíbrio financeiro foram perspetivados para fazer face à possibilidade de um desequilíbrio sempre imanente para o co-contratante.

---

<sup>(79)</sup> Pensamos, em particular, nos contratos de natureza duradoura, como as concessões de obra ou serviço público.

<sup>(80)</sup> Assim, **António Martins**, *Sobre o equilíbrio financeiro das concessões e a Taxa Interna de Rendibilidade (TIR) Accionista: uma perspetiva económica*, in: *Revista dos Contratos Públicos* n.º 3, p. 6.

É também face a esta visão que consideramos que o equilíbrio financeiro do contrato administrativo pode ser entendido como um limite à modificação do contrato. No sentido de que esta modificação, ocorrendo de forma justificada (pelas concretas razões de interesse público que a ditaram) não onera o co-contratante, quer seja porque (i) a alteração não afeta de *per si* a equação financeira do contrato, quer seja pela (ii) obrigação de ser repostos o equilíbrio financeiro no caso de este ser adulterado.

Sublinhe-se que o facto de – nesta segunda hipótese aventada – a modificação poder implicar uma compensação para o co-contratante por uma imposição que lhe é alheia e que alterou os pressupostos com base nos quais este determinou o valor das prestações a que se obrigou (*cf.* artigo 282.º, n.º 2) torna especialmente intuitiva a perspetiva segundo a qual o equilíbrio financeiro contratual configura um limite à modificação.

Finalmente, o equilíbrio financeiro não é apenas uma garantia do co-contratante. Não obstante as modificações por motivos de interesse público serem impulsionadas pelo contraente público – que é quem, por imperativo legal, prossegue e aprecia em cada momento os interesses coletivos a acautelar <sup>(81)</sup> – o equilíbrio financeiro do contrato visto como limite é também condizente do ponto de vista do erário público. A figura da fiscalização pelo Tribunal de Contas, não só da legalidade dos atos modificativos, mas também do cabimento orçamental dos encargos deles advenientes, é mais um fator indiciador de que o equilíbrio financeiro pode ser visto como limite também da perspetiva da proteção das entidades públicas contratantes e do dinheiro público em geral.

O equilíbrio financeiro contratual é, por diversas vezes, restaurado por meio da figura da reposição do equilíbrio financeiro. Vejamos, para já, o seu fundamento constitucional.

---

<sup>(81)</sup> Embora não só; também o contraente privado tem o dever de colaborar na prossecução do interesse público: “*El contratista es en esencia un colaborador en la satisfacción de un interés público que subyace en el objeto de este tipo de contratos (administrativos). No es un simple administrado o ciudadano ajeno al círculo de operadores que actúan para lograr el cumplimiento o satisfacción del interés público, por ello la doctrina del equivalente económico distribuye entre esta clase de operadores las consecuencias negativas, en términos de mayor onerosidad, de la ruptura del equilibrio económico del contrato administrativo.*”. Assim, **Luis Cosculluela Montaner**, *Manual de Derecho Administrativo I, Sexta Edición*, Editorial Civitas, S.A.: Madrid, 1995, p. 410.

### 8.1. Uma leitura do artigo 62.º da Constituição da República Portuguesa

“ (...) 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.”<sup>(82)</sup>. A reposição do equilíbrio financeiro é uma das manifestações da natureza indemnizável dos atos de utilidade pública que provocam danos na esfera jurídica dos particulares e, nesse sentido, terá como fonte primária o artigo 62.º da Constituição da República Portuguesa.

Embora no n.º 2 se faça apenas referência expressa às figuras da “requisição” e da “expropriação”, o alcance da norma abarca “figuras afins”. Os pressupostos de o ato expropriativo contemplar uma “utilidade pública” e de dar causa ao direito a “justa indemnização” valem igualmente para outras realidades expropriativas, como é o caso da modificação unilateral de contratos por razões de interesse público<sup>(83)</sup>.

A modificação unilateral tem assim uma natureza de expropriação (no sentido de afetar posições jurídicas particulares, importunando os direitos de crédito constituídos ou garantidos por contrato) e a reposição tem uma natureza de indemnização (para fazer face a essa afetação). Naturalmente que por aqui estar em causa a proteção de bens jurídicos afins do direito (fundamental) de propriedade a sua restrição deverá obedecer aos ditames próprios do princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa<sup>(84)</sup>.

O regime legal consagrado no Código dos Contratos Públicos concretiza esta ideia de razoabilidade, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*<sup>(85)</sup> na compressão do princípio

---

<sup>(82)</sup> Assim, **Mário Aroso de Almeida**, *Contratos Administrativos (...)*, p. 826.

<sup>(83)</sup> Neste sentido, **Jorge Miranda e Rui Medeiros**, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra Editora: Coimbra, 2005, p. 629, em anotação ao artigo 62.º.

<sup>(84)</sup> A propósito, cf. **J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira**, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, 4.ª edição revista*, Coimbra Editora: Coimbra, 2007, p. 807, em anotação ao artigo 62.º: “Valem, aqui, inteiramente, os princípios constitucionais relativos à restrição dos direitos fundamentais, nomeadamente o princípio da necessidade e da proporcionalidade. O recurso à expropriação só deve ter lugar quando se gora a aquisição por via negocial que deve ser previamente explorada (...)”. Tal entendimento é reforço de a ideia do *pactum* apenas dever ser comprimida se indispensável e na medida do estritamente necessário, conforme é nosso desiderato demonstrar no presente texto.

<sup>(85)</sup> Sobre as dimensões do princípio da proporcionalidade: a da necessidade – ideia de exigibilidade da atuação; a da adequação – correspondência de meios a fins, providência adequada ao objetivo almejado; e a da proporcionalidade em sentido estrito, ou racionalidade, ou equilíbrio – “que a providência não fique aquém ou

*pacta sunt servanda* (a confiança na estabilidade contratual) e, em consequência, prevê e regula (no artigo 282.º) a figura da reposição do equilíbrio financeiro.

## 8.2. O exercício de um poder de conformação e o direito à reposição do equilíbrio financeiro

A modificação unilateral que altere a equação financeira do contrato tem como consequência a constituição de um direito do co-contratante a ser compensado. Resulta para o co-contratante “*um encargo financeiro que ele não teria sem a alteração imposta*” e “*a Administração, como preço que tem de pagar por derrogar o princípio da estabilidade dos contratos, deve assegurar ao particular que a relação obrigacional alterada sem o seu consentimento lhe continue a proporcionar satisfações de intensidade idêntica.*” <sup>(86)</sup> (destaques nossos).

No exercício do poder de modificação contratual é, para nós, claro que a Administração deve conservar o equilíbrio financeiro do contrato que em nada o co-contratante quis alterar – o que pode suceder pelo modo previsto no artigo 314.º, n.º 1, alínea b), como “*preço*” pela “*derrogação do princípio da estabilidade dos contratos*” – estando, pois, em causa uma limitação ao exercício do *ius variandi*.

Este é um caso paradigmático em que a lei, nos termos do artigo 282.º, n.º 1, consagra um mecanismo de reposição do equilíbrio financeiro do contrato, que opera se verificadas as condições acima mencionadas e outra, a que dispõe o n.º 2 do mesmo artigo: “*(...) o co-contratante 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 co-contratante determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos.*” (destaque nosso). O “*facto invocado*” para o caso que nos interessa é a modificação do contrato por motivos de interesse público.

---

*além do que importa para se obter o resultado devido*”. Neste sentido, **Jorge Miranda e Rui Medeiros**, *Constituição (...)*, Tomo I, p. 162, em anotação ao artigo 18.º.

<sup>(86)</sup> Assim, **Freitas do Amaral**, *Curso (...)*, p. 633.

### 8.3. O equilíbrio financeiro na modificação consensual de contratos administrativos

Face ao fundamento que *supra* se expôs quanto ao direito do co-contratante à reposição do equilíbrio financeiro, torna-se de mais difícil compreensão o regime legal consagrado para os casos em que essa reposição resulte de um acordo de modificação.

Com efeito, a interpretação conjugada dos artigos 310.º, n.º 2, 312.º, alínea b) e 314.º, n.º 1, alínea b) leva à conclusão de que o co-contratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro caso tenha, em conjunto com o contraente público, chegado a acordo quanto a uma modificação contratual por motivos de interesse público que vinculam, em primeira linha, o segundo.

Isto é: pelo menos em teoria, sem ter havido uma sobreposição da lógica da função à lógica do *pactum*, sem estar em causa a derrogação do princípio da confiança na estabilidade dos contratos, sem que o ato modificativo tenha tido uma natureza expropriativa no sentido amplo consagrado no artigo 62.º da Constituição da República Portuguesa, a reposição ressalta, ainda assim, como um direito para o contraente privado. Ora, se vimos que tal direito era necessariamente resultado de condições – inerentes à relação não absolutamente paritária Administração-particulares – que não se verificam no âmbito de um acordo, como será de sustentar o regime legal vigente a este propósito?

Será no âmbito do próprio acordo de modificação que as partes estipulam um montante repositório (ou outro modo de reposição) para compensar a alteração do contrato? Ou deverá-se entender que o regime legal, sendo erróneo a este respeito, não deve ser entendido como contemplando um verdadeiro direito à reposição do equilíbrio financeiro do co-contratante em caso de acordo modificativo <sup>(87)</sup>?

Não se encontrando qualquer apoio na letra da lei para a segunda das hipóteses colocadas, tenderíamos a concluir, ainda assim, que esta é mais sustentável do ponto de vista teórico e dos princípios constitucionais invocados. Mas trata-se certamente de hipótese menos condizente com a realidade.

Antes de tecer mais considerações a propósito – e para melhor responder a este problema essencial – será de recordar o n.º 2 do artigo 282.º e verificar se um acordo endocontratual de modificação também “*altera os pressupostos nos quais o co-contratante determinou o valor das prestações a que se obrigou*”. É que, se assim for, dificilmente será sustentável, ao abrigo

---

<sup>(87)</sup> Na medida em que, do ponto de vista teleológico, como se viu, dificilmente é sustentável.

do regime legal, que não se constitua na esfera do co-contratante um direito à reposição do equilíbrio financeiro.

Parece que a resposta terá de ser positiva. Com efeito, a alteração desses pressupostos, de acordo com a lei, não carece de ser imprevisível ou forçada. Face ao regime legal, parece, pois, tudo coincidir para que se constitua este direito à reposição na esfera jurídica do co-contratante. Do nosso ponto de vista, não se inviabilizando a interpretação de que, na prática, o acordo modificativo não deixa “espaço” para um efetivo exercício do direito à reposição perante os tribunais (em regra, arbitrais) e contempla, ele próprio, a reposição propriamente dita.

Se, em teoria, esta solução não nos parece ser a mais harmoniosa do ponto de vista da teleologia do instituto, a verdade é que, na prática, a ideia de acordo poderá, afinal, significar apenas um modo suavizado de o contraente público obter a inevitável modificação<sup>(88)</sup>. É que se, em última análise, esta acabar por ser obtida de modo unilateral, dúvidas não existem quanto ao fundamento do direito à reposição do co-contratante.

## 9. Sequência: o Tribunal de Contas e a reposição do equilíbrio financeiro

Antes de ser determinada a reposição do equilíbrio financeiro em consequência da modificação do contrato administrativo – e de sê-lo nos termos previstos no artigo 282.º – o ato de modificação está, como vimos, sujeito a uma fiscalização prévia pelo Tribunal de Contas.

Pelo que, para fechar o ciclo dos temas que nos propusemos tratar falte mencionar o momento da apreciação da legalidade da reposição do equilíbrio financeiro e os modos como essa reposição pode ser concretizada. Para tanto, faremos referência:

- (i) Ao controlo efetuado pelo Tribunal de Contas – através, uma vez mais, do instituto da fiscalização prévia – quanto ao modo de ser restabelecida a equação financeira desequilibrada pela alteração ao contrato; e

---

<sup>(88)</sup> Como é sabido, se pretender, de facto, alterar o contrato, o contraente público sempre poderá fazê-lo sem acordo.

- (ii) Aos modos particulares como a reposição do equilíbrio financeiro pode ser efetivada <sup>(89)</sup>, para tanto socorrendo-nos do normativo fundamental do Código dos Contratos Públicos a propósito, o artigo 282.º.

### 9.1. A apreciação do Tribunal de Contas e o equilíbrio financeiro contratual

A preservação do equilíbrio financeiro contratual é materializada na apreciação que o Tribunal de Contas realiza sobre os termos da alteração, nomeadamente sobre o impacto da reposição na equação financeira original do contrato. Trata-se de uma etapa absolutamente decisiva na definição de qual o real impacto da modificação do contrato. Decisiva para o contraente público, mas sobretudo decisiva para o co-contratante, que via nas prestações financeiras acordadas – e vê na sua reconfiguração – aquele que é, para si, o fundamental desiderato da colaboração com a Administração <sup>(90)</sup>.

Ao abrigo da sua competência de controlo da legalidade dos atos de modificação do contrato (cujos termos foram explicitados no ponto 5 do presente escrito) o Tribunal de Contas avalia – para além da questão de saber se os encargos possivelmente resultantes da reposição (caso esta contemple, por exemplo, a entrega de um determinado montante ao co-contratante) têm cabimento orçamental – “*se os actos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras directas ou indirectas estão conforme às leis em vigor*” (cf. artigo 44.º, n.º 1 da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas).

A concessão de visto à modificação do contrato será, em regra, e a partir da notificação da respetiva decisão, uma condição de eficácia dos pagamentos a que aquela modificação der

---

<sup>(89)</sup> Para um ponto de vista económico sobre o tema, ver **António Martins**, *Sobre o equilíbrio financeiro (...)*, pp. 20 e ss..

<sup>(90)</sup> Caso estejam em causa contratos administrativos em regime de *project finance*, envolvendo uma série de outros intervenientes numa moldura contratual complexa – que engloba, nomeadamente, contratos de financiamento – subjacente à realização do projeto concebido *prima facie* pelo contraente público e pelo co-contratante, este será um passo determinante igualmente do ponto de vista desses intervenientes. Fundamentalmente do das entidades financiadoras do projeto, que pretendem ver acautelada a viabilidade financeira do projeto, da qual depende a sua remuneração. Sobre os vários intervenientes interessados na modificação dos contratos administrativos, sobre os modos de acautelarem a sua posição, em especial, sobre os instrumentos contratuais de salvaguarda, e sobre as vantagens da modificação consensual face à modificação unilateral, ver **Bernardo Diniz de Ayala**, *O poder de modificação unilateral do contrato administrativo com regime de project finance*, in: *Revista dos Contratos Públicos* n.º 2, pp. 55 e ss..

causa (cf. artigo 45.º, n.ºs 1 e 2 da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas), o que traduz a especial importância da figura nos casos em que a reposição do equilíbrio financeiro opera por meio da entrega de um determinado valor ao co-contratante.

O crivo de legalidade do Tribunal de Contas, quer do ponto de vista do cabimento orçamental da reconfigurada equação financeira contratual, quer do ponto de vista da conformidade da alteração ao contrato com as normas aplicáveis (nomeadamente as do Código dos Contratos Públicos) <sup>(91)</sup>, constituirá mais uma garantia, desta vez não legal, mas jurisdicional, de que a modificação do contrato não afeta o equilíbrio contratual no qual as partes basearam o seu *animus contrahendi*.

## 9.2. Referência ao artigo 282.º do Código dos Contratos Públicos

O artigo 282.º é uma das grandes novidades do Código dos Contratos Públicos. Regula, em termos mais ou menos precisos, aspetos que já resultavam da prática contratual <sup>(92)</sup> e consagra as traves mestras da figura repositória.

Começamos por fazer referência ao n.º 3 deste artigo – que consagra três modalidades de reposição, e não proíbe uma quarta – no sentido de enunciar quais as possibilidades

---

<sup>(91)</sup> No Acórdão n.º 5/2012, de 13.03.2012, já referenciado *supra*, o Tribunal de Contas, no âmbito da consideração que faz sobre a matéria dos limites à modificação de contratos consagrados no artigo 313.º, atribui um especial alcance financeiro a esses limites, incidindo a sua apreciação, naturalmente, também sobre esse particular escopo (p. 17): *“As regras da contratação pública têm uma multiplicidade de finalidades. Se muitas das disposições têm estritas finalidades de disciplina procedimental, outras visam o igual tratamento dos interesses particulares, outras ainda a proteção da concorrência e o seu funcionamento dos mercados, outras, por fim, visam a proteção dos interesses financeiros públicos, nomeadamente criando condições para a obtenção das melhores propostas para a satisfação das necessidades coletivas. Com estas concretas disposições – as constantes dos artigos 312.º e 313.º – visa-se a proteção de muitos daqueles valores. Mas é indubitável que a fixação de fundamentos e limites claros para a modificação dos contratos públicos também têm como objetivo a sua estabilidade e a sua preservação, e a proteção de interesses públicos financeiros. Têm pois tais normas insita uma natureza financeira.”* (destaques nossos).

<sup>(92)</sup> Tal regulação legal de aspetos de há muito trabalhados no âmbito da negociação contratual não é tida por Pedro Siza Vieira como uma vantagem. Antes de se referir diretamente ao caso da reposição do equilíbrio financeiro como paradigmático do seu entendimento, considera o autor que: *“O que o Código faz – a meu ver indo longe de mais – é, de alguma maneira, acolher, em diploma legal, soluções que foram sendo construídas pela prática contratual, e enquadrá-las de forma que, provavelmente, vai provocar rigidez e pode ser interpretada como limitação, para futuro, da autonomia contratual.”* Cf. **Pedro Siza Vieira**, *Regime das concessões de obras públicas e de serviços públicos*, in: *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 64, p. 53.

legalmente previstas de reposição do equilíbrio que, sublinhe-se, não impossibilitam a consagração contratual de outras vias. São elas:

- (i) A prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato<sup>(93)</sup>;
- (ii) A revisão de preços;
- (iii) A prestação ao co-contratante do valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução contratual;
- (iv) Uma combinação das três anteriores.

A relativa liberdade que a lei atribui às partes (não se atendendo aqui ao que já resulte do estipulado entre elas) para, em concreto, ser definida<sup>(94)</sup> a modalidade – ou conjugação de modalidades – pela qual se procederá à reposição é bem entendível: a norma, integrada em título do Código dos Contratos Públicos aplicável a todos os contratos administrativos, aplica-se genericamente a todos eles, pelo que só em concreto será viável descortinar que modalidade de reposição melhor se adequará *in casu*<sup>(95)</sup>.

A opção entre umas e outras modalidades de reposição está, pois, sujeita ao que, em concreto, melhor sirva o interesse público (neste se incluindo o interesse dos contribuintes – nos casos em que a escolha recaia numa prestação direta de um determinado valor ao co-contratante –, ou o interesse dos utentes de um serviço, caso esteja em causa a respetiva exploração – na hipótese de serem revistos os preços pagos pela sua utilização)<sup>(96)</sup>.

---

<sup>(93)</sup> Quanto a esta modalidade de reposição, avançando uma noção de “*prorrogação correctora*”, ver, por todos, **Lino Torgal**, *Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos*, in: *Revista dos Contratos Públicos n.º 1*, pp. 219 e ss..

<sup>(94)</sup> Sendo sempre possível que a definição dessa modalidade resulte de acordo, a verdade é que, ao abrigo do artigo 307.º, n.º 2, alínea b), estando em causa uma modificação ao conteúdo contratual, tal definição, em rigor, pode ser imposta por ato administrativo. A propósito, sobre a natureza jurídica dos atos praticados no âmbito da execução contratual, ver, por todos, **Alexandra Leitão**, *Da natureza jurídica dos actos praticados pela Administração no âmbito da execução dos contratos*, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Pleno da 1.ª Secção) de 23.06.1998, P. 32 282, Anotação, in: *Cadernos de Justiça Administrativa n.º 25*, pp. 15 e ss..

<sup>(95)</sup> No mesmo sentido, **Lino Torgal**, *Prorrogação (...)*, p. 252.

<sup>(96)</sup> Quanto a contratos de concessão e sobre as vantagens e inconvenientes de cada modalidade de reposição, em especial, sobre as virtualidades da hipótese de prorrogação do prazo contratual, ver **Lino Torgal**, *Prorrogação (...)*, pp. 253 e ss..

Uma coisa é certa: se nada estiver estipulado entre as partes e qualquer que seja a modalidade de reposição, nos termos do n.º 5, o valor da reposição terá sempre por base o valor das prestações inicialmente acordadas e considerará a concreta repercussão da modificação do contrato nesse valor.

Por fim, estabelece o n.º 6 que nunca poderá a reposição do equilíbrio financeiro colocar qualquer das partes em situação mais favorável do que a que lhes resultava do quadro inicialmente estabelecido, não servindo aquela para qualquer outro fim que não o que lhe é reservado pela lei, como seja, a título de exemplo, a cobertura de eventuais perdas já verificadas (que naturalmente se inscrevem na álea do risco próprio do contrato) <sup>(97)</sup>.

As regras consagradas neste artigo apenas balizam o modo como a reposição é concretizada. É que o próprio normativo confere um largo espaço de liberdade às partes para acordarem os termos da sua materialização, uma vez apreciados pelo Tribunal de Contas os termos da alteração do contrato e o impacto da reposição na equação financeira original do contrato.

## Capítulo V. Conclusão

### 10. Considerações finais: uma tendência de reforço da lógica do *pactum*

A mais primorosa diferença entre o ato e o acordo encontra-se na distinta compressão que cada destas formas de modificação do contrato apõe ao princípio da estabilidade contratual. Do ponto de vista dos fundamentos que enquadram a suscetibilidade de modificação dos contratos, é diferente esta suceder em resultado de um ato ou em resultado de um pacto. Essencialmente porque, no primeiro caso, há uma derrogação inequívoca do *pacta sunt servanda* e, no segundo, poderá ser discutido se tal derrogação existe ou não e, caso exista, em que termos.

---

<sup>(97)</sup> De notar a este propósito que para Mário Esteves de Oliveira: “ (...) o equilíbrio financeiro do contrato, nos casos em que a sua reposição seja devida, se faz, pagando ao co-contratante prejudicado pelo agravamento, não o *custo* que ele suporta pela prestação suplementar, mas sim o *preço* que ele provavelmente quereria se, no momento da celebração, tal prestação lhe tivesse sido exigida.” Cf. **Idem**, *Direito Administrativo (...)*, p. 711. Tal posição parece incompatível com o preceituado no n.º 6 do artigo 282.º, uma vez que concebe a hipótese de o co-contratante receber um valor superior àquele que para ele resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido.

Para exemplificar o que acaba de se concluir, retomemos o caso do limite legal da inalterabilidade das prestações principais (que, como vimos, foi em parte concebido para proteção da posição do co-contratante na relação contratual). A circunstância de a modificação poder ser acordada e, portanto, não funcionar como uma ofensiva a que se sujeita, sem mais, o co-contratante, permite-nos concluir que a alteração das prestações <sup>(98)</sup> será possível até ao limite de ser respeitado o interesse público que esteve subjacente à celebração do contrato <sup>(99)</sup>.

Assim, a pedra de toque da legalidade da modificação do contrato administrativo será, julga-se, o interesse público: o limite do interesse público prosseguido com o pacto estipulado e com as concretas razões que pedem uma revisão desse pacto é o ponto estruturante da figura da modificação. Isto porque, qualquer que seja a forma da modificação do contrato administrativo esta terá de se alinhar com a *causa função* do contrato.

O crivo do Tribunal de Contas é de tanto elucidativo, pois resulta da apreciação da conformidade legal e do cabimento orçamental dos atos de modificação sempre à luz do interesse público que se prossegue.

Considerando, no entanto, a circunstância prática de os acordos endocontratuais de modificação terem sempre na retaguarda (caso as negociações não tomem o rumo esperado) a possibilidade de uma modificação imposta, o desígnio teórico que vimos concebendo, não perde cabimento. Na verdade, as diferenças teleológicas entre a figura do ato e a figura do acordo têm sempre suporte constitucional.

O artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa, para além de atribuir à Administração a permanente tarefa de prosseguir o interesse público, igualmente consagra um princípio de boa-fé na relação desta com os particulares: *“A revisão constitucional de 1997 aditou aos princípios fundamentais (n.º 2) o princípio da boa fé. A expressa menção deste princípio, desenvolvido no direito civil, significa que ele é erigido pela Constituição à categoria de princípio jurídico autónomo de direito público. Mas não é transparente a sua especificidade dentro do âmbito dos princípios vinculativos da administração. A positivação constitucional denuncia a ideia subjacente a este título da Constituição – o direito de administração pública como ordem informada por princípios de racionalidade material –,*

---

<sup>(98)</sup> Negociada e, portanto, não derogatória do princípio da estabilidade contratual.

<sup>(99)</sup> A modificação das prestações principais prende-se, pois, com uma questão de densidade daquilo que, em concreto, é alterável e não constitui, quando por acordo, um limite estático.

*onde cabe precisamente o princípio da boa fé. Esta racionalidade material abre as portas à «subjectivação» das medidas orientadoras da actividade pública, desde logo no âmbito das relações jurídico-contratuais e jurídico-obrigacionais entre a administração e os particulares.*

*Também não é líquido se o princípio da boa fé é aqui recortado como princípio autónomo em relação ao princípio da protecção da confiança, há muito considerado pela doutrina e jurisprudência como uma dimensão material do princípio do Estado de direito” (destaques nossos) <sup>(100)</sup>.*

Tal ideia constitucional de boa-fé nas relações Administração-particulares, com clara repercussão na acentuação da lógica do *pactum* e com eventual repercussão na protecção da confiança dos administrados, em especial, dos parceiros contratuais da administração, é mais um sintoma de que, só em última *ratio*, deverá a administração, na qualidade de contraente público, utilizar os poderes conformadores que a lei lhe comete.

Seja pela boa-fé seja pela protecção da confiança, a verdade é que os valores materiais que lhes estão implícitos devem sempre escudar a otimização daquilo que foi negociado e contratualizado (o *pactum*), sem que com tanto se deixe de acautelar os interesses públicos mais atualizados que exigem as alterações (face à ponderação material dos interesses em presença – a função).

A conclusão central não poderá, pois, deixar de ser a de que a estipulação de acordos modificativos deve ser meio preferencial de alteração de contratos. Por um lado, do nosso ponto de vista, trata-se de uma forma de modificação sujeita a limites não tão rígidos quanto a forma de modificação tradicional. Por outro lado, até do ponto de vista constitucional, só nos parece ser de utilizar o mecanismo impositivo do ato unilateral caso não seja viável a via de otimização das vontades contratuais, à luz dos princípios da necessidade, da proporcionalidade e da boa-fé.

---

<sup>(100)</sup> Assim, **J. J. Gomes Canotilho** e **Vital Moreira**, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume II, 4.ª edição revista*, Coimbra Editora: Coimbra, 2010, pp. 803 e 804, em anotação ao artigo 266.º.

## Capítulo VI. Bibliografia

### **Almeida, Mário Aroso de**

- *Apontamento sobre o contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos*, in: *Revista dos Contratos Públicos* n.º 2;
- *Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos*, in: *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 66;
- *Contratos Administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos*, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Volume II*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora: Coimbra, 2010;

### **Amaral, Diogo Freitas do**

*Curso de Direito Administrativo, Volume II, 2.ª Edição*, Almedina: Coimbra, Março de 2011;

### **Andrade, J. C. Vieira de**

*A propósito do regime do contrato administrativo no “Código dos Contratos Públicos”*, in: *Estudos de Contratação Pública – II*, Coimbra Editora: Coimbra, 2010;

### **Ataíde, Augusto de**

*Para a Teoria do Contrato Administrativo: Limites e Efeitos do Exercício do Poder de Modificação Unilateral pela Administração*, in: *Estudos de direito público em honra do professor Marcello Caetano*, Edições Ática: Lisboa, 1973;

### **Ayala, Bernardo Diniz de**

*O poder de modificação unilateral do contrato administrativo com regime de project finance*, in: *Revista dos Contratos Públicos* n.º 2;

### **Caetano, Marcello**

*Manual de Direito Administrativo, Volume I, 10.ª Edição*, Almedina: Coimbra, 1980;

### **Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital**

- *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, 4.ª edição revista*, Coimbra Editora: Coimbra, 2007;
- *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume II, 4.ª edição revista*, Coimbra Editora: Coimbra, 2010;

### **Caupers, João**

*Introdução ao Direito Administrativo, 8.ª Edição*, Âncora Editora: Lisboa, 2005;

### **Collaço, João Maria Tello de Magalhães**

*Concessões de serviços públicos (sua natureza jurídica)*, 2.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora: Coimbra, 1928;

**Comissão Europeia**

*Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões Bruxelas*, COM/2004/327 final, de 30.04.2004;

**Cordeiro, António Menezes**

*Contratos Públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*, in: *Cadernos O Direito*, n.º 2, Almedina: Coimbra, 2007;

**Correia, Sérvulo**

*Contrato administrativo*, in: *DJAP*, vol. III, 1990;

**Costa, Mário Júlio de Almeida**

*Direito das Obrigações*, 3.<sup>a</sup> Edição, Almedina: Coimbra, 1979;

**Duarte, Tiago**

*Os eléctricos de Marselha não chegaram a Sintra: o Tribunal de Contas e os limites à modificação de contratos*, in: *Revista dos Contratos Públicos* n.º 3;

**Enterría, Eduardo García e Fernández, Tomás-Ramón**

*Curso de Derecho Administrativo I, Duodécima Edición*, Thomson Civitas: Madrid, 2004;

**Estorninho, Maria João**

*Requiem Pelo Contrato Administrativo*, Almedina: Coimbra, 1990;

**Freitas, Lourenço B. Manoel de Vilhena de**

*O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-contratante perante este Exercício)*, AAFDL: Lisboa, 2007;

**Gomes, Carla Amado**

*A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos*, in: *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora: Coimbra, 2008;

**Gonçalves, Pedro**

- *A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)*, Almedina: Coimbra, 1999;

- *Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato*, Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Terceira Secção) de 19.6.2008, P. C-454/06, Anotação, in: *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 73;

- *A relação jurídica fundada em contrato administrativo*, in: *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 64;

- *O Contrato Administrativo (Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo)*, Almedina: Coimbra, Janeiro de 2003;

**Gonçalves, Pedro e Martins, Licínio Lopes**

*Os serviços públicos económicos e a concessão no estado regulador*, in: *Estudos de Regulação Pública*, Coimbra Editora: Coimbra, 2004;

**Laubadére, André de**

*Direito Público Económico, Tradução e Notas de Maria Teresa Costa, Revista por Evaristo Mendes*, Almedina: Coimbra, 1985;

**Leitão, Alexandra**

- *Da natureza jurídica dos actos praticados pela Administração no âmbito da execução dos contratos*, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Pleno da 1.ª Secção) de 23.06.1998, P. 32 282, Anotação, in: *Cadernos de Justiça Administrativa n.º 25*;

- *O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais*, Intervenção apresentada no âmbito do V Encontro de Professores de Direito Público, subordinado ao tema “*O Tempo e o Direito Público*”, realizado a 27 e 28 de Janeiro de 2012, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (disponível para consulta em: [http://icjp.pt/sites/default/files/media/o\\_tempo\\_e\\_a\\_alt.\\_das\\_circ.\\_contratuais-2.pdf](http://icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf));

**Maçãs, Fernanda**

*A concessão de serviço público e o Código dos Contratos Públicos*, in: *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora: Coimbra, 2008;

**Martins, Ana Gouveia**

*A modificação e os trabalhos a mais nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas*, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra Editora: Coimbra, 2010;

**Martins, António**

*Sobre o equilíbrio financeiro das concessões e a Taxa Interna de Rendibilidade (TIR) Accionista: uma perspectiva económica*, in: *Revista dos Contratos Públicos n.º 3*;

**Martins, Licínio Lopes**

*Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II: em especial, a reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato e a determinação dos danos*, in: *Estudos de Contratação Pública – II*, Coimbra Editora: Coimbra, 2010;

**Melo, António Barbosa de**

*A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público*, in: *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora: Coimbra, 2008;

**Melo, Pedro**

*A distribuição do risco nos contratos de concessão de obra públicas*, Almedina: Coimbra, 2011;

**Miranda, Jorge e Medeiros, Rui,**

- *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra Editora: Coimbra, 2005;

- *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III*, Coimbra Editora: Coimbra, 2007;

**Montaner, Luis Cosculluela**

*Manual de Derecho Administrativo I, Sexta Edición*, Editorial Civitas, S.A.: Madrid, 1995;

**Oliveira, Mário Esteves de**

- *A necessidade de distinção entre contratos administrativos e privados da Administração, no projecto do CCP*, in: *Cadernos de Justiça Administrativa n.º 64*;

- *Direito Administrativo, Volume I*, Almedina: Lisboa, 1980;

**Oliveira, Rodrigo Esteves de**

*O acto administrativo contratual*, in: *Cadernos de Justiça Administrativa n.º 63*;

**Otero, Paulo**

*Estabilidade Contratual, Modificação Unilateral e Equilíbrio Financeiro em Contrato de Empreitada de Obras Públicas*, in: *Revista da Ordem dos Advogados, N.º III – Ano 56*, Lisboa, Dezembro de 1996;

**Pereira, Pedro Miguel Matias**

Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra Editora: Coimbra, Abril de 2011;

**Richer, Laurent**

*Droit des Contrats Administratifs, 6e edition*, L.G.D.J. lextenso editions: Paris, 2008;

**Rivero, Jean**

*Direito Administrativo, Tradução de Rogério Ehrhardt Soares*, Almedina: Coimbra, 1981;

**Sousa, Marcelo Rebelo de e Matos, André Salgado de**

*Contratos Públicos - Direito Administrativo Geral, Tomo III, 2.ª Edição*, D. Quixote: Alfragide, Setembro de 2009;

**Torgal, Lino**

- *A empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos – breve nota sobre algumas das principais novidades*, in: *Cadernos de Justiça Administrativa n.º 64*;

- *Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos*, in: *Revista dos Contratos Públicos n.º 1*;

**Varela, João de Matos Antunes**

*Das Obrigações em Geral, Vol. I, 10.ª Edição*, Almedina: Coimbra, 2006;

**Vieira, Pedro Siza**

- *O Código dos Contratos Públicos e as parcerias público-privadas*, in: *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora: Coimbra, 2008;

- *Regime das concessões de obras públicas e de serviços públicos*, in: *Cadernos de Justiça Administrativa n.º 64*.