



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Cátia Sofia Fonseca Fernandes

CONTRATO ADMINISTRATIVO
DO REGIME CLÁSSICO ÀS ALTERAÇÕES MAIS
RECENTES, EM ESPECIAL A MODIFICAÇÃO OBJETIVA
DO CONTRATO

Dissertação no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, na Área
de Ciências Jurídico-Políticas com Menção em Direito
Administrativo orientada pelo Professor Doutor Licínio Lopes
Martins e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra

Outubro de 2021

Cátia Sofia Fonseca Fernandes

Contrato Administrativo

Do Regime Clássico às Alterações Mais Recentes, em especial a Modificação Objetiva do
Contrato

Administrative Contract

*From the Classic Regime to the Most Recent Changes, in particular the Objective
Modification of the Contract*

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos
em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Políticas com Menção
em Direito Administrativo.

Orientador: Senhor Professor Doutor Licínio Lopes Martins.

Coimbra, 2021

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e irmã que me acompanharam e ajudaram ao longo de todos estes anos. Pela paciência que tiveram comigo, pelo apoio que sempre me deram e pelos valores que me transmitiram. Os pilares da minha vida.

Ao meu namorado que me apoiou e ajudou. Por todas as palavras de força e ânimo, por estar sempre ao meu lado, por acreditar em mim e por toda a compreensão e respeito.

Ao Exmo. Senhor Professor Doutor Licínio Lopes Martins que aceitou ser orientador desta Dissertação de Mestrado. Agradeço a sua disponibilidade e orientações e também por sempre me transmitir segurança e confiança. Foi um privilégio tê-lo como orientador.

A todos os meus amigos e amigas que me apoiaram e me proporcionaram momentos inesquecíveis, que preservo na minha memória.

Ao Bruno Gonçalves, uma pessoa muito especial para mim que sempre me apoiou e me viu crescer e que infelizmente já partiu. Deixaste-nos de forma precoce e inesperada, mas sei que estás a olhar por mim. Onde quer que te encontres, espero que estejas orgulhoso.

A Coimbra e à prestigiada Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra!

À memória de Bruno Gonçalves

“It is a wicked thing to be neutral between right and wrong. Impartiality does not mean neutrality. Impartial justice consists not in being neutral between right and wrong, but in finding out the right and upholding it, wherever found, against the wrong.”

Theodore Roosevelt

RESUMO

O contrato administrativo é uma forma de exercício do poder administrativo que, ao longo dos tempos, tem conquistado uma maior importância e, por isso, com a presente dissertação tencionamos, primeiramente, tornar mais evidente a diferença entre contrato público e contrato administrativo, desde o conceito primitivo deste último à previsão atual de fatores de administratividade. Veremos que o contrato administrativo é uma figura autónoma que assegura a prossecução do interesse público.

Analisaremos, em termos gerais, o regime clássico do contrato administrativo, no tangente aos poderes exorbitantes detidos pelo contraente público, que permitem garantir a realização do interesse público visado pelo contrato. Estes demonstram a desigualdade entre as partes. Neste leque de poderes, iremos aprofundar o poder de modificação. Este é o poder que mais frontalmente coloca em causa a estabilidade contratual.

Depois explicaremos o regime atual, relativamente aos poderes do contraente público e sua previsão legal (artigo 302.º do CCP). Neste âmbito, é sobretudo relevante o poder de modificação unilateral e todo o regime da modificação objetiva do contrato administrativo, quanto às fontes, fundamentos, limites e consequências da modificação (artigos 311.º-315.º do CCP).

No final pretendemos fazer uma clara contraposição entre o regime anterior e regime atual, quanto à modificação objetiva do contrato e propor soluções e alterações ao regime vigente, por forma a torná-lo mais claro e eficaz.

Palavras-chave: contrato administrativo; poderes do contraente público; modificação objetiva; ato administrativo; regime substantivo.

ABSTRACT

The administrative contract is a form of exercising administrative power that, over time, has gained greater importance. With this dissertation we intend, firstly, to differentiate public contracts from administrative contracts, starting with the initial understanding of the latter concept, and on to the current forecast of factors of administration. We will see that the administrative contract is an autonomous figure that ensures the pursuit of the public interest.

We will analyse the administrative contract's classical regime, focusing on the exorbitant powers held by the public contracting party, which ensures the fulfilment of the public interest covered by the contract. These underline the inequality between the parties. In this array of powers, we will focus on the power of modification.

Thereafter, we will explain the current regime, namely the public contracting party's power and its legal provision (article 302.º of the Portuguese Public Contracts Code). In this context, the power of unilateral modification and the entire regime of objective modification of the administrative contracts are especially relevant, particularly in as to the sources, foundations, limits, and consequences of modification (articles 311.º to 315.º of the Portuguese Public Contracts Code).

Finally, we intend to highlight contrast between the previous and current regime, regarding the power to modify the contracts, as well as to and propose solutions to the prevailing legislation, as to make it clearer and more effective.

Keywords: administrative contract; public contractor's power; objective modification; administrative act; substantive regime.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AAFDDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

AEDREL - Associação de Estudos de Direito Regional e Local

CCP – Anexo ao Código dos Contratos Públicos

CCiv. – Código Civil

CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

CEDOUA – Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho

Cf. – Confrontar

CPA – Código do Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, com as alterações operadas pela Lei n.º 72/2020, de 16 de novembro).

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

IGAT – Inspeção Geral da Administração do Território

nº – número

pp./ p. – páginas/ página

RJEOP – Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março) – revogado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro

TCA-N – Tribunal Central Administrativo Norte

TCA-S – Tribunal Central Administrativo Sul

STA – Supremo Tribunal Administrativo

ÍNDICE

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	6
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES GERAIS RESPEITANTES AO CONCEITO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO	13
1. Conceitos Anteriores.....	13
2. Conceito Atual	17
2.1. Contrato Administrativo e Contrato Público	18
2.2. Critérios legais de administratividade: o artigo 280.º do CCP	20
CAPÍTULO II – REGIME CLÁSSICO: Considerações Gerais	26
1. Regime Substantivo	26
1.1. Os Elementos Essenciais do Contrato Administrativo	27
1.2. Os Poderes Exorbitantes do Contraente Público	30
1.2.1. Poder de Direção	30
1.2.2. Poder de Fiscalização	31
1.2.3. Poder Sancionatório.....	32
1.2.4. Poder de Resolução Unilateral	33
1.2.5. Em especial, o Poder de Modificação	34
1.2.5.1. Pressupostos da Modificação	34
i. O Caso de Força Maior e o Caso Imprevisível.....	37
1.2.5.2. Limites à Modificação	38
i. Objeto do Contrato	39
ii. Equilíbrio Económico-financeiro do Contrato.....	43
iii. Direito à Resolução do Contrato?	47
CAPÍTULO III – REGIME ATUAL: As Alterações Mais Recentes, Em Especial, A Modificação Objetiva do Contrato Administrativo	48
1. A Influência do Direito Europeu	48

2. Regime do Contrato Administrativo no CCP: Breves Notas.....	51
2.1. Os Poderes do Contraente Público (Poderes de Conformação)	53
i. Poder de Direção.....	56
ii. Poder de Fiscalização.....	58
iii. Poder de Aplicação de Sanções Contratuais.....	60
iv. Poder de Resolução Unilateral do Contrato.....	62
v. Poder de Ordenar a Cessão da Posição Contratual.....	65
2.2. O Direito à Partilha Equitativa de Benefícios	69
2.3. A Natureza dos Poderes do Contraente Público.....	69
2.4. Princípio da Autonomia Contratual Pública.....	75
3. Em especial, a Modificação Objetiva	78
3.1. Fontes da Modificação.....	79
3.2. Fundamentos da Modificação.....	81
i. Modificação Prevista nas Cláusulas Contratuais	83
ii. Modificação por Alteração Anormal e Imprevisível das Circunstâncias ..	85
iii. Modificação por Razões de Interesse Público	87
3.3. Modificação Unilateral vs. <i>Fait du Prince</i>	89
3.4. Limites da Modificação	91
i. Artigo 313.º, nº1 do CCP – Limite Substantivo	92
ii. Artigo 313.º, nº2 do CCP – Limite Substancial e Limite Concorrencial ...	96
iii. Artigo 313.º, nº2, alínea a) do CCP – Limite Procedimental.....	98
iv. Artigo 313.º, nº2, alínea b) do CCP – Limite Económico.....	99
v. Artigo 313.º, nº2, alínea c) do CCP – Limite Quantitativo	99
vi. O revogado artigo 313.º, nº1, alínea d) do CCP – Limite Quantitativo ..	100
3.5. Não Aplicação dos Referidos Limites (artigo 313.º, nº3 e nº4 do CCP).....	101
3.6. Síntese dos Limites da Modificação	104
3.7. O Confronto entre a Modificação Geral e a Modificação Especial.....	105
3.8. Celebração de um Novo Contrato: Quando?.....	106
3.9. Consequências da Modificação: A Reposição do Equilíbrio Financeiro do Contrato ou Compensação Financeira?	107
i. No Caso de Modificação com Fundamento nas Cláusulas Contratuais: ..	108

ii. Nos Casos de Modificação com Fundamento na Alteração Anormal e Imprevisível das Circunstâncias e com Fundamento em Razões de Interesse Público:	108
3.9.1. O revogado nº 3 do artigo 314.º do CCP	115
3.9.2. Como se Operacionaliza a Reposição do Equilíbrio Financeiro do Contrato? (artigo 282.º do CCP).....	115
3.9.3. O Valor da Indemnização	120
3.10. Publicidade da Modificação	122
 CONCLUSÃO	 124
 BIBLIOGRAFIA	 128
 JURISPRUDÊNCIA	 134

Modo de Citação:

Ao longo da presente dissertação citamos as obras consultadas com exclusiva referência ao(s) autor(es), título, edição, local da edição, editora, ano de publicação e página(s) consultada(s). Nas obras citadas mais do que uma vez, após a primeira citação, abreviamos o título e omitimos o local da edição, editora e ano de publicação. Quando o título e o autor da obra são os mesmos e muda a edição e o ano, após a primeira citação, abreviamos o título, colocamos o ano da obra e omitimos o local da edição e editora.

Se a obra citada anteriormente for do mesmo autor e sendo a mesma obra, a citação é feita através de “*Ibidem*”. Já se for do mesmo autor, mas obra diferente, a citação é feita através de “*Idem*”.

Todas as demais indicações relevantes podem ser encontradas na lista bibliográfica organizada alfabeticamente no final desta dissertação.

INTRODUÇÃO

Na presente investigação iremos fazer uma contraposição entre o regime clássico e o regime atual do contrato administrativo, particularmente, no que diz respeito à modificação objetiva do contrato administrativo.

Primo, veremos, em termos muito sistemáticos, o conceito de contrato administrativo ao longo dos tempos e, por fim, o conceito atual, de modo a consolidarmos a noção de contrato administrativo. Examinaremos também quais os fatores de administratividade, que permitem identificar um contrato como administrativo (artigo 280.º do CCP).

Secundo, examinaremos o regime clássico, referindo quais eram os elementos essenciais e os poderes exorbitantes que assistiam ao contraente público, em especial, o poder de modificação unilateral. Este é, sem dúvida, o poder que mais frontalmente coloca em causa a estabilidade contratual.

Tertio, iremos compreender o regime substantivo do contrato administrativo no atual CCP (Parte III), designadamente, os poderes de conformação do contraente público, a natureza destes poderes e desenvolveremos especialmente o ponto respeitante à modificação objetiva do contrato (artigos 311.º a 315.º). Atentaremos ao facto de que este regime atual do contrato administrativo é maioritariamente influenciado pelo Direito da União Europeia.

Efetivamente o contrato administrativo tem uma história relativamente curta e impressionante, uma vez que se inicia com a sua *negação*, depois há uma *aceitação limitada, excecional e legalmente tipificada* e atualmente é considerado uma *figura de utilização geral* no exercício da função administrativa. Embora existam limites ao uso do contrato administrativo no âmbito do direito público – artigo 278.º do CCP.

Consequentemente, e observando a evolução do contrato administrativo, pode-se afirmar que este adquiriu uma importância crescente ao longo dos tempos. Sendo que, ao longo das últimas décadas tem havido um processo de *afirmação* e de *generalização* da aplicação do contrato, passando este a assumir um papel fulcral na moderna administração, que procura estratégias mais flexíveis e a colaboração dos particulares para a concretização dos objetivos a prosseguir com vista à satisfação dos interesses públicos em questão.

O Ordenamento Jurídico Português, no quadro europeu, é um dos mais ligados ao contrato administrativo. Anteriormente, nos países europeus, a admissibilidade do contrato administrativo foi alvo de discussão, ou seja, havia autores que o admitiam e outros que não.

Atualmente não se discute sobre a legitimidade e as vantagens da possibilidade do Estado e demais entes públicos celebrarem contratos, uma vez que estes não deixam de garantir certos poderes de supremacia aos entes públicos, embora representem em parte uma limitação da sua soberania. De facto, os contratos são importantes fontes de obrigações, apesar de haver limitações ao princípio da autonomia da vontade.

De referir que antes do CPA de 1991, ou seja, antes da consagração expressa do contrato administrativo, havia controvérsia acerca da autonomia do mesmo. Com o CPA de 1991, os contratos administrativos são reconhecidos legalmente, ao lado dos atos administrativos e dos regulamentos, como uma forma de exercício do poder administrativo, não havendo quaisquer dúvidas sobre a sua autonomia (*stricto e lato sensu*). Por conseguinte, o contrato administrativo é convertido numa forma de exercício de poder administrativo, ao lado do ato e do regulamento – e, por isso, em determinados casos não se podem cumular.

De notar que o contrato administrativo tem uma nota muito peculiar em relação aos restantes contratos, porque tem como características a *autoridade administrativa* e a inerente obrigação de *prossecação do interesse público*, sendo este um princípio constitucional, consagrado no artigo 266.º da CRP. Por conseguinte, a Administração Pública pode impor, licitamente, alterações contratuais ou desvincular-se da relação contratual. A Administração não perde, portanto, o “*jus imperii*”. Mas, como veremos, o cocontratante não está “desprotegido” perante esta autoridade do contraente público.

No que toca à modificação do contrato administrativo tem de se ter em atenção que pode haver dois tipos de modificação: modificação *objetiva* e modificação *subjativa*. Ora, a *primeira* tem que ver com o objeto e conteúdo (artigos 311.º a 315.º do CCP), já a *segunda* diz respeito às partes (artigos 316.º a 324.º do CCP). Na presente tese, iremos essencialmente referir-nos à modificação objetiva.

Um exemplo típico da modificação subjativa é a cessão da posição contratual (artigos 316.º e seguintes do CCP). Muito embora a subcontratação e as alterações societárias estejam juntamente com a cessão (artigos 316.º-324.º do CCP), não são verdadeiramente modificações subjativas do contrato administrativo.

Já a modificação objetiva pode ter como *fontes* aquelas previstas no artigo 311.º do CCP (acordo das partes, decisão judicial ou arbitral e ato administrativo do contraente público) e os *fundamentos* estipulados no artigo 312.º do CCP. Esquematizando desta forma parece que a modificação objetiva é algo simples e de fácil aplicação. Todavia, há muitos aspetos que “*limitam*” a modificação e acarretam *consequências* para o contraente público (artigo 313.º e 314.º do CCP, respetivamente). Sendo certo que tem de haver uma correta ponderação, caso a caso, para aplicar esta figura.

Não nos podemos esquecer que as modificações ainda têm de ser *publicitadas* no Portal dos Contratos Públicos (artigo 315.º do CCP), garantindo, desta forma, o cumprimento dos princípios da concorrência e da transparência.

O regime da modificação objetiva do contrato administrativo já faz, na presente tese, de acordo com a nova redação, operada pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, que procedeu à última alteração ao CCP. Esta lei veio trazer importantes alterações em diversas partes do CCP, nomeadamente, no que diz respeito aos limites da modificação do contrato, aplicando-os a todos os contratos públicos, sejam estes administrativos ou não (artigo 280.º, nº3 do CCP). De facto, esta lei veio corrigir grande parte dos equívocos incorridos pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

Assim, veremos que o contrato administrativo é sem dúvida, nos dias de hoje, uma forma de atuação relevante. É, nas palavras de PEDRO GONÇALVES, “uma instituição do direito administrativo do nosso tempo”¹. Sendo certo que, mesmo apesar das recentes alterações, detém uma autonomia substantiva, tornando-se num importante mecanismo para a prossecução do interesse público.

No final da presente tese, esperemos conseguir fazer uma contraposição entre o regime anterior e o regime vigente da modificação objetiva e, consequentemente, propor soluções/alterações ao atual regime, por forma a que se torne mais eficaz.

¹ GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo: Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra, Almedina, 2002; *Idem*, *Direito dos Contratos Públicos*, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 69-70.

CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES GERAIS RESPEITANTES AO CONCEITO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. Conceitos Anteriores

O contrato administrativo é uma forma de ação administrativa que ganhou cada vez mais importância. É essencial, portanto, fazer uma síntese do conceito do contrato desde o século passado.

Primo, o contrato administrativo foi definido por MARCELLO CAETANO como o “*contrato celebrado entre a Administração e outra pessoa com o objeto de associar esta por certo período ao desempenho regular de alguma atribuição administrativa, mediante prestação de coisas ou de serviços, a retribuir pela forma que for estipulada, e ficando reservado aos tribunais administrativos o conhecimento das contestações, entre as partes, relativas à validade, interpretação e execução das suas cláusulas*” (itálico nosso)^{2/3}; sendo que tinha como traço peculiar “a associação duradoura e especial do particular à realização do fim administrativo de tal modo que a sua actividade fique vinculada à regularidade e à continuidade do serviço”⁴. Simplificando, era *o acordo, assente em duas ou mais declarações de vontade, contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que vise criar, modificar ou extinguir relações jurídicas administrativas*⁵. Por sua vez, MELO MACHADO defendia que o conceito de contrato administrativo era idêntico ao conceito de contrato público⁶, pelo que o contrato de direito público se manifestava em dois atos administrativos: “um impõe uma prestação e o outro concede, em troca, uma indemnização”

² Este é um conceito meramente doutrinal, uma vez que na lei ainda não estava previsto. Cf. CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10ª Edição (9ª Reimpressão), Coimbra, Almedina, 2007, p. 588. Sendo que foi o Código Administrativo de 1940 (Decreto-Lei n.º 31 095) que veio enumerar uma lista taxativa de contratos administrativos (§ 2.º do artigo 815.º).

³ O contrato administrativo distingue-se do ato administrativo por causa da sua *bilateralidade*, ou seja, pela “conjugação indispensável de pelo menos duas vontades dotadas de igual valor”. Cf. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Reimpressão da edição de 1987, Coimbra, Almedina, 2013, p. 347.

⁴ CAETANO, Marcello, *Manual...*, p. 561.

⁵ Para mais desenvolvimentos sobre o contrato administrativo, cf. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade...*, p. 344 e pp. 773-775.

⁶ MACHADO, João de Melo, *Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1937, p. 104.

– defendia esta posição, porque tinha receio que a Administração perdesse a sua autoridade^{7/8}.

De referir que no início século XX havia uma divergência relativamente à admissibilidade do contrato administrativo. Alguns autores, maioritariamente alemães (Otto Mayer, Fleiner, Laband e Jellinek) e italianos (Ranelletti e Cammeo) *não admitiam* a figura do contrato no direito público por diversas razões⁹. Já outros *admitiam*, como é o caso da doutrina portuguesa, espanhola e francesa^{10/11}. Tal discussão já não se coloca atualmente, uma vez que o contrato administrativo é uma figura imprescindível no direito administrativo europeu.

Secundo, antes do CCP (que iria ser aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro) o *ETAF* (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de abril) e o *CPA* (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro), nos artigos 9.º, n.º1 e 178.º, n.º1, respetivamente, estabeleciam uma definição de contrato administrativo como o “*acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa*” (itálico nosso)¹². Esta conceção de contrato administrativo remetia para

⁷ *Ibidem*, p. 245.

⁸ Quanto ao conceito clássico de contrato administrativo VILHENA DE FREITAS faz uma ótima síntese, que nos permite consolidar a evolução deste conceito. Cf. 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)*, Lisboa, AAFDL, 2007, pp. 19-46.

⁹ GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo*: ..., pp. 12-14; ESTORNINHO, Maria João, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 48-53; AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 504-509.

¹⁰ GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo*: ..., pp. 16-19; ESTORNINHO, Maria João, *Requiem*..., pp. 53-63.

¹¹ Para um maior desenvolvimento desta divergência sobre os vários sistemas tradicionais europeus, cf. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2020 (reimpressão), pp. 453-456; PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011; ALMEIDA, Mário Aroso de, *O Problema do Contrato Administrativo: No Quadro Normativo Decorrente do Código dos Contratos Públicos Revisto*, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 9-31; ESTORNINHO, Maria João, *Requiem*..., pp. 41-67; ESTORNINHO, Maria João, *Direito Europeu dos Contratos Públicos: Um Olhar Português*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 125-277.

¹² Foi apenas em 1991, com o CPA, que foram consagrados um leque de artigos respeitantes ao contrato administrativo. Para um melhor entendimento sobre o regime do antigo CPA, cf. OLIVEIRA, Mário Esteves de/ GONÇALVES, Pedro Costa/ AMORIM, João Pacheco de, *Código do Procedimento Administrativo: comentado*, 2ª Edição (8ª Reimpressão da edição de 1997), Coimbra, Almedina, 2010, pp. 808-816; FREITAS, Lourenço B. Manoel de Vilhena de, *O Poder de Modificação*..., pp. 46-56.

Todo o Capítulo III (artigos 178.º-189.º) do CPA iria ser *revogado* pelo artigo 14.º, alínea c) do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro. Cf. FERREIRA-PINTO, Fernando Brandão, *Código Procedimento Administrativo: anotado e com a jurisprudência do STA desde o ano de 2000*, Lisboa, Livraria Petrony, 2011, p. 379; ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 7ª Edição - atualizada e ampliada, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 509-510.

distinção entre direito administrativo e direito privado, admitindo um *critério estatutário*¹³, associado ao objeto, com base em diversos tópicos doutrinários. Mas, efetivamente, a “administratividade” do contrato decorria de os sujeitos serem *públicos*¹⁴, haver uma relação de *supremacia*, a finalidade ser de *interesse público* ou de o contrato se desenvolver em uma “*ambiência*” de direito público¹⁵.

A lei adotava, portanto, um conceito material e aberto/genérico do contrato administrativo. Todavia, PEDRO GONÇALVES aprofundou este conceito, com base nas disposições legais existentes, definindo o contrato administrativo como um “*acordo juridicamente vinculativo celebrado entre dois ou mais sujeitos de direito com vista à constituição, modificação ou extinção de uma relação regulada pelo direito administrativo e que, por isso mesmo, fica submetido a um regime substantivo de direito público*” (itálico nosso)¹⁶.

Tertio, o CCP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua redação inicial, adotava uma conceção diferente, uma vez que, para efeitos de demarcação do respetivo campo de aplicação, abrangia a contratação administrativa (formação do contrato), de um lado, e o regime substantivo da relação contratual (execução do contrato), de outro. Por conseguinte, previa um conceito amplo e um conceito restritivo de contrato¹⁷.

O *conceito amplo* circunscrevia os sujeitos outorgantes, para efeitos da utilização de um dado regime procedimental de formação de contratos (regulado na Parte II do CCP). Este conceito compreendia, supostamente, todos os contratos celebrados no âmbito da função administrativa, independentemente da sua natureza e da sua designação (ou seja, mesmo aqueles que eram de direito privado) – artigo 1.º, n.º2 do CCP –, mas desde que fossem outorgados pelas entidades adjudicantes mencionadas no artigo 2.º e no artigo 7.º (no âmbito dos setores especiais - água, energia, transportes e serviços postais) do CCP. Todavia, este regime não se aplicava a todos os contratos celebrados pelas entidades adjudicantes,

¹³ Segundo este critério, relativo às relações jurídicas administrativas, podia dizer-se que eram administrativos os contratos regulados pelo direito administrativo, que era um direito estatutário, ou seja, era um direito especial privativo da Administração Pública. Cf. OLIVEIRA, Fernanda Paula /DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 5ª Edição - Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2018, p. 290; e DIAS, Eduardo Figueiredo/ OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Direito Administrativo*, Coimbra, Centro de Estudos e Formação Autárquica, 2001, p. 245; ESTORNINHO, Maria João, *Requiem...*, pp. 103-110.

¹⁴ GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo...*, pp. 79-84.

¹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, 2ª Edição, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2011, p. 200; PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público...*, p. 31; GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo...*, p. 27.

¹⁶ GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo...*, p. 27.

¹⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, 2011, pp. 200-204.

porque aplicava-se apenas aos contratos cujas prestações suscitavam a concorrência no mercado (artigos 5.º, nº1 e 16.º, nº2 do CCP) – Inseriam-se, aqui, os contratos públicos, fossem estes administrativos ou não¹⁸.

Por sua vez, o *conceito restrito* dizia respeito aos contraentes públicos, para efeitos de aplicação do regime substantivo de execução, modificação e extinção das relações jurídicas administrativas (regulado na Parte III) – artigo 1.º, nº5 do CCP. Aqui, podia-se fazer a distinção entre um *plano subjetivo* (para ser um contrato administrativo, pelo menos uma das partes, tinha de ser um contraente público¹⁹) e um *plano substancial* (os contratos administrativos eram identificados pelos “fatores de administratividade”²⁰) – Inseriam-se, neste caso, somente os contratos administrativos²¹.

VIEIRA DE ANDRADE revelava os vários problemas que estes critérios provocavam na prática²² e concluía que os conceitos legais (de contrato administrativo e de contrato público) não coincidiam inteiramente, uma vez que existiam contratos públicos que não eram contratos administrativos e existiam contratos administrativos que não eram contratos públicos²³. Sendo certo que aos contratos administrativos se aplicaria um regime próprio.

Efetivamente, “a experiência de mais de um século permitiu concluir, mercê da impossibilidade de identificar um critério que permita apreender numa categoria pretendidamente unitária o universo das relações contratuais que se justifica submeter a regimes específicos de direito público, que, mais do que de uma categoria unitária ou monolítica de *contrato administrativo*, do que hoje faz sentido é falar de espécies diferenciadas de *contratos administrativos*, com objectos diversificados, celebrados para a prossecução de fins distintos entre si e, portanto, cuja submissão a regimes específicos de direito público é determinada, consoante os casos, pela necessidade de dar resposta a exigências muito heterógenas”²⁴. Por conseguinte, no artigo 1.º, nº6 do CCP previa-se

¹⁸ PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público...*, pp. 27-28.

¹⁹ Remissão para o artigo 3.º do CCP.

²⁰ Remissão para o artigo 1.º, nº6 do CCP de 2008. Em síntese, este preceito estabelecia um regime substantivo de direito público, por determinação legal ou escolha das partes, pela natureza do seu objeto, pelo seu regime ou pela sua finalidade imediata. Cf. SOUSA, Marcelo Rebelo de/ MATOS, André Salgado de, *Contratos Públicos: Direito Administrativo Geral - Tomo III*, Lisboa, Dom Quixote, 2008, pp. 23-31.

²¹ PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público...*, pp. 28-34.

²² ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, 2011, pp. 203-211.

²³ *Ibidem*, pp. 203-204.

²⁴ ALMEIDA, Mário Aroso de, “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no Código dos Contratos Públicos”, in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 66, Braga, CEJUR, novembro/dezembro 2007, p. 5.

critérios que permitiam identificar e qualificar um contrato como administrativo (os intitulados “fatores de administratividade”)²⁵.

2. Conceito Atual

Atualmente a legislação em vigor não apresenta, e muito bem, uma definição de contrato administrativo.

Primeiramente temos de ter em atenção que com o (novo) CPA, aprovado pelo Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de janeiro, passou-se novamente a prever um conjunto de artigos referentes aos contratos da Administração Pública (artigos 200.º a 202.º) – Parte IV, Capítulo III do CPA²⁶.

Deste modo, o artigo 200.º, nº1 do CPA estabelece que *a Administração Pública pode celebrar contratos administrativos, sujeitos quer ao regime substantivo de direito administrativo quer ao regime de direito privado*. Sendo que o nº2 deste preceito determina o contrato administrativo como *aquela que, como tal, é classificado no CCP ou em legislação especial*, ou seja, o conceito de contrato administrativo dado pelo CPA, remete apenas para a definição aclamada no CCP (artigo 280.º, nº1), que se limita a enunciar *fatores de administratividade*²⁷.

Logo, nem o CPA nem o CCP apresentam uma definição geral de contrato administrativo. Contudo, pode definir-se o contrato administrativo como um *contrato*²⁸ *que envolve a participação de, pelo menos, um contraente público (artigo 3.º do CCP) e que se insira numa das categorias previstas no artigo 280.º, nº1 do CCP*.

É importante referir que “[N]a prossecução das suas atribuições ou dos seus fins, os órgãos da Administração Pública podem celebrar quaisquer contratos administrativos,

²⁵ Isto é, segundo PEDRO MATIAS PEREIRA, uma “opção de continuidade em relação ao art. 4.º, n.º 1, al. f) do ETAF”. Cf. PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público...*, p. 32.

²⁶ O CPA, no que respeita aos contratos celebrados pela Administração Pública, apenas sintetiza o sistema das fontes disciplinadoras dos aspetos principais dos regimes aplicáveis, tanto no plano procedimental, como no plano substantivo. Já o CCP pormenoriza o regime dos procedimentos administrativos de formação das principais categorias de contratos públicos e o regime substantivo comum dos contratos administrativos. Cf. OLIVEIRA, Fernanda Paula/ DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais...*, pp. 288-289.

²⁷ São *fatores de administratividade* as peculiaridades que conferem a um dado contrato a natureza de contrato administrativo. Assim, o CCP colidiu com a filosofia do CPA, uma vez que a relação jurídica administrativa surge como um resultado ou efeito da administratividade de um contrato e não como uma fonte de qualificação da natureza do mesmo. Para mais desenvolvimentos, cf. OLIVEIRA, Fernanda Paula/ DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais...*, pp. 290-291.

²⁸ Ou seja, negócio jurídico bilateral, constituído por duas ou mais declarações de vontade, que visa a produção de certos efeitos jurídicos.

salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer” (artigo 200.º, nº3 do CPA²⁹ e artigo 278º do CCP). Todavia, os órgãos da Administração Pública estão vinculados às regras gerais do CPA, que efetivam normas constitucionais e princípios gerais da atividade administrativa (artigos 2.º, nº3 e 202.º, nº2 do CPA)^{30/31}.

Adiante-se já que o regime do CCP não é aplicável à formação de todos os contratos administrativos e, por isso, o artigo 200.º, nº3 do CPA refere que “[N]a ausência de lei própria, aplica-se (...) o regime geral do procedimento administrativo estatuído pelo presente Código, com as necessárias adaptações”.

2.1. Contrato Administrativo e Contrato Público

Em termos muito simplistas, o CCP, na sua redação atual, parte de um *dualismo interno* entre o conceito de contrato público e contrato administrativo³². Efetivamente, o CCP tem uma *estrutura de aplicação objetiva bipartida*³³.

Por um lado, as normas relativas ao procedimento de *formação* dos contratos são aplicáveis aos *contratos públicos*, que são aqueles que, independentemente da sua designação ou natureza, sejam celebrados por entidades adjudicantes mencionadas no CCP (artigos 2.º e 7.º do CCP) e não sejam excluídos do seu âmbito de aplicação (artigo 1.º, nº2 do CCP) – *aplica-se, aqui, a Parte II do Código*.

Por outro lado, as normas relativas ao regime substantivo da *execução, modificação e extinção* do contrato serão apenas aplicáveis aos contratos qualificados como contratos

²⁹ Corresponde, sem alterações significativas, à revogada norma do artigo 179.º, nº1 do CPA de 1991. Há, portanto, aqui uma linha de continuidade, que ultrapassava a tese negativista do contrato administrativo. Cf. OLIVEIRA, Mário Esteves de/ GONÇALVES, Pedro Costa/ AMORIM, João Pacheco de, *Código...*, pp. 816-820; GOMES, Carla Amado, “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, in: *Estudos da Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 520.

³⁰ GONÇALVES, Fernando/ ALVES, Manuel João/ VIEIRA, Vítor/ GONÇALVES, Rui Miguel/ CORREIA, Bruno/ GONÇALVES, Mariana Violante, *Novo Código do Procedimento Administrativo: Anotado e Comentado*, 3ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016, p. 255.

³¹ Já o artigo 189.º do CPA de 1991 remetia subsidiariamente para os princípios gerais do direito administrativo. Cf. OLIVEIRA, Mário Esteves de/ GONÇALVES, Pedro Costa/ AMORIM, João Pacheco de, *Código...*, pp. 857-860.

³² Deste modo, pode afirmar-se que nos dias de hoje se prossegue um caminho diferente do que foi acolhido no CPA de 1991 (artigo 178.º). Portanto, o CPA de 2015 remete para o CCP; Já o de 1991, no artigo 178.º definia o contrato administrativo como “o acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica administrativa”.

³³ OLIVEIRA, Fernanda Paula /DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais...*, p. 291; SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos: Anotado e Comentado, 8ª Edição - Revista e Atualizada*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 33-45; GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Públicos*, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 59-61; ANDRADE, José Carlos Vieira de, “A Propósito do Regime do Contrato Administrativo no “Código dos Contratos Públicos”, in: *Estudos de Contratação Pública*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 8-14.

administrativos³⁴ (artigo 1.º, nº5 do CCP), sendo que estes são identificados como tal, por um lado, se uma das partes for um contraente público (nos termos do artigo 3.º e 8.º do CCP) e, por outro lado, se se integrar numa das categorias (“fatores de administratividade”) enumeradas no artigo 280.º – *aplica-se, aqui, a Parte III do CCP*. Mas não esqueçamos o que refere o nº3 do artigo 280.º do CCP.

Já no Direito da União Europeia, na Diretiva 2014/24/UE, artigo 2.º, nº5, o contrato público é o “*contrato, a título oneroso, celebrado por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais autoridades adjudicantes, que tenha por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos e a prestação de serviços*” (itálico nosso)^{35/36}.

Importa expor que os *contratos públicos não se esgotam nos contratos administrativos*, porque o contrato público tem uma noção bastante vasta, abrangendo o contrato administrativo e outros contratos de natureza jurídica privada³⁷.

FREITAS DO AMARAL chega a uma conclusão: “[Q]uase todos os contratos administrativos são contratos públicos³⁸; Nem todos os contratos públicos são contratos administrativos, pois também cabem na noção dada alguns contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública” (itálico nosso)³⁹. Por conseguinte, este autor faz uma expressa distinção entre contrato administrativo e contrato público, dizendo que:

- “São *contratos administrativos* todos os contratos que, à luz do direito administrativo, criem, modifiquem ou extingam relações jurídico-administrativas;

³⁴ Anteriormente a 2021, em vez de “contratos administrativos, nos termos do 280.º”, estava “relações jurídicas administrativas”. Na prática, estas duas expressões vão dar ao mesmo.

³⁵ Este é um conceito que *nada diz acerca da natureza jurídica privada ou administrativa do contrato*. O legislador português apenas transpôs este conceito. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, pp. 448-449.

Segundo PEDRO COSTA GONÇALVES, este é um conceito funcional, delimitado por preocupações substanciais, não sendo concebido para corresponder ao conceito formal de contrato dos ordenamentos dos Estados Membros. Assim, pode haver contratos públicos segundo o direito nacional, que o não sejam para efeitos das diretivas (exemplos: contratos de doação produtos; contratos de alienação bens móveis pela Administração Pública) ou pode haver contratos para efeitos de aplicação das diretivas que podem não corresponder a contratos em sentido formal segundo o direito nacional dos Estados Membros. Cf. GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol.1, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2018, p. 25.

³⁶ Para mais desenvolvimento acerca do conceito europeu de contrato público, cf. CARVALHO, Raquel, *Direito da Contratação Pública*, Porto, Universidade Católica Editora, 2019, pp. 28-32.

³⁷ OLIVEIRA, Fernanda Paula/ DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais...*, pp. 291-292; ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, 5ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p. 258; ANDRADE, José Carlos Vieira de, “A propósito do regime do contrato administrativo...”, p. 9.

³⁸ De facto, este autor menciona “quase”, uma vez que entende que há contratos administrativos entre sujeitos de direito privado, sem haver uma entidade adjudicante.

³⁹ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, p. 449.

- São *contratos públicos* os contratos celebrados pela Administração Pública (entidades adjudicantes referidas no CCP, artigo 2.º) que, sendo regulados pelo direito administrativo ou pelo direito privado, sejam submetidos por lei a um especial procedimento de formação, regulado por normas decorrentes do Direito Europeu”⁴⁰.

Concluindo, o contrato administrativo é atualmente uma *figura autónoma*, dotado de uma autonomia substantiva e assinalado pela desigualdade das partes e está sujeito a um regime mais rigoroso que os demais contratos de direito privado⁴¹. De facto, o CCP estabelece um conceito muito amplo de contrato público (que inclui os contratos administrativos), pelo que os conceitos legais operativos não coincidem integralmente no que respeita à aplicação dos regimes da Parte II e da Parte III.

2.2. Critérios legais de administratividade: o artigo 280.º do CCP

Como não se consegue estabelecer um conceito unitário de contrato administrativo, devido às diversas espécies contratuais, o legislador consagrou um método tipológico, que conseguisse garantir o mínimo de segurança, quanto à aplicação do regime substantivo da contratação pública⁴².

Ora, o artigo 280.º, nº1 do CCP delimita o campo de aplicação do regime substantivo dos contratos administrativos, considerando que são administrativos os contratos em que uma das partes é um contraente público (artigo 3.º do CCP) e que se integrem numa das categorias indicadas nas suas alíneas.

De referir que este artigo foi alvo de importantes alterações, e muito bem, efetuadas pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio^{43/44}. Sendo certo que, com a nova redação do artigo 280.º

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público...*, pp. 38-52.

⁴² OLIVEIRA, Fernanda Paula/ DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais...*, pp. 292-294; TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 647.

⁴³ Antes desta revisão havia alguma controvérsia acerca deste artigo, devido à sua má redação e consequente impacto. Para mais desenvolvimentos, cf. ALMEIDA, Mário Aroso de, *O Problema do Contrato Administrativo...*, pp. 43-84; GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito...*, 2018, pp. 37-40; SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, Reimpressão, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 61-66; BATALHÃO, Carlos José, “Institutos Jurídico-contratuais convocados pela pandemia da Covid-19”, in: *Questões Atuais de Direito Local*, nº 26, Braga, AEDREL, abril/junho de 2020, pp. 107-108.

⁴⁴ Em 2008, o CCP previa no artigo 1.º, nº6, “contratos administrativos” e, em 2017, o referido artigo foi revogado e deslocado para o artigo 280.º, passando este a referir “relações jurídicas contratuais administrativas”. Em 2021, o legislador voltou novamente para “contratos administrativos” e muito bem. Efetivamente, a alteração operada em 2017 era desnecessária, porque não alterava em nada as posições jurídicas do cocontratante e do contraente público. Sendo que se aplicava a Parte III somente aqueles contratos submetidos à Parte II que configuravam relações jurídicas contratuais administrativas (agora já não é assim).

do CCP, é irrelevante conhecer as vicissitudes que surgiram no procedimento pré-contratual⁴⁵. Destarte, o atual artigo 280.º, n.º1 do CCP refere que “[A] parte III aplica-se aos contratos administrativos, entendendo-se como tal aqueles em que pelo menos uma das partes seja um contraente público e que se integrem em qualquer uma das seguintes categorias:

a) Contratos que, por força do presente Código, da lei ou da vontade das partes, sejam qualificados como contratos administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público;

b) Contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos;

c) Contratos que confiram ao cocontratante direitos especiais sobre coisas públicas ou o exercício de funções dos órgãos do contraente público;

d) Contratos que a lei submeta, ou que admita que sejam submetidos, a um procedimento de formação regulado por normas de direito público e em que a prestação do cocontratante possa condicionar ou substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público” (itálico nosso)⁴⁶.

Por conseguinte, o supracitado preceito normativo indica *critérios de qualificação de um contrato como um contrato administrativo*. Estes critérios são *alternativos*, ou seja, basta que um contrato se integre num deles, para ser considerado um contrato administrativo, ou seja, o legislador optou pela *enumeração das várias categorias de contratos administrativos*⁴⁷. Os critérios são os seguintes:

i. *Qualificação legal*: são contratos administrativos os contratos que, por força da lei, sejam qualificados como tal. São contratos administrativos por natureza. Exemplos: os contratos disciplinados no Título I da Parte III do CCP, que tem maior relevância –

⁴⁵ Apesar da alteração, o CCP ainda continua a distinguir contratos públicos e contratos administrativos.

⁴⁶ Este é um critério residual, ambíguo e desnecessário.

⁴⁷ Em contraposição ao *critério de cláusula geral* utilizado no antigo CPA, em que só eram contratos administrativos aqueles que, como tal, eram qualificados na lei.

No CCP de 2008, o Código já tinha previsto, no seu artigo 1.º, n.º6, alíneas a) e d), o *critério da enumeração*. Sendo que depois, em 2017, este artigo passou para o artigo 280.º, n.º1 do CCP – aqui o legislador reestruturou o âmbito de aplicação da Parte III do CCP. Mas como disse anteriormente, o legislador não redigiu o novo artigo 280.º de forma correta e, por isso, foi alvo de imensas críticas. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, pp. 456-463.

Com as revisões em 2021, o artigo foi melhorado, e corretamente, porque não faz sentido verificarmos se a formação de determinado contrato administrativo foi ou não sujeito à Parte II.

empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas e de serviços públicos, locação e aquisição de bens móveis e de serviços.

ii. *Submissão legal do contrato a um regime substantivo de direito público*: são contratos administrativos os contratos que, por força de opção legal ou da vontade das partes, estejam submetidos a um regime substantivo de direito público. É um contrato administrativo por força da lei. Exemplo: contrato de investimento.

iii. *Vontade das partes*: as partes contratuais podem qualificar um contrato como contrato administrativo, mas só nos casos em que a Administração Pública tenha margem de livre decisão na escolha entre um contrato administrativo e um contrato de direito privado.

iv. *Caráter público do objeto*: são contratos administrativos os contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos e os contratos que conferem ao cocontratante direitos sobre coisas públicas ou no exercício de funções públicas.

v. *Regime pré-contratual específico (regulado por normas de direito público) e na natureza da prestação do cocontratante*: são contratos administrativos, aqueles contratos que a lei submeta, ou que admita que sejam submetidos, a um procedimento de formação regulado por normas de direito público e, cumulativamente, em que a prestação do cocontratante possa condicionar ou substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público.

Estes são os critérios de administratividade que permitem identificar um contrato como contrato administrativo, sendo que basta que um contrato se integre numa destas categorias⁴⁸ e que pelo menos uma das partes seja um contraente público, nos termos do artigo 3.º do CCP.

AROSO DE ALMEIDA reduz estes cinco critérios, em três grandes grupos: contratos administrativos por natureza, por determinação da lei ou por qualificação das partes⁴⁹. E ainda elenca as categorias de contratos que se inserem nestes grupos⁵⁰.

VIEIRA DE ANDRADE critica o artigo 280.º, afirmando que “os tipos definidos neste preceito legal, para além de alguma obscuridade, seriam porventura dispensáveis, nada acrescentando à antiga formulação do CPA, pois que os critérios materiais subjacentes à

⁴⁸ A título de referência, acerca das várias classificações dos contratos administrativos, cf. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, pp. 464-479.

⁴⁹ ALMEIDA, Mário Aroso de, *O Problema do Contrato Administrativo:...*, pp. 69-84.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 84-109.

enumeração estabelecida reconduzem-se, de uma maneira ou de outra, à ideia de um *regime substantivo de direito público*, seja por determinação legal ou escolha das partes, seja pela natureza do seu objeto, seja pelo seu regime exorbitante do direito privado, seja pela sua finalidade imediata”. Acrescenta ainda que “esta série de critérios, para além de complicada, suscita, na sua concretização, vários problemas”, sendo que a qualificação não pode ser arbitrária, uma vez que tem de haver um controlo substancial para verificar as características (objeto ou finalidade da prestação, por exemplo) que justificaram a sujeição de um determinado contrato ao regime de direito administrativo⁵¹. Exemplificando, um contrato administrativo de locação ou aquisição de bens móveis só está sujeito à Parte III do CCP se estiver em causa fornecimentos contínuos.

De facto, o legislador português optou por preservar a realidade do conceito do contrato administrativo, aumentando a sua regulamentação (sendo que tal não foi imposto pelo direito europeu). Afastou-se, portanto, a corrente doutrinária que defendia o fim da autonomia do contrato administrativo, face ao contrato público.

Posto isto, e devido à nova redação do n.º 1 do artigo 280.º, o n.º 2 deste artigo apenas precisa, agora, de ressaltar os seguintes casos: “(...) *as disposições do presente título só se aplicam quando o tipo contratual em questão não afaste, pela sua natureza, as razões justificativas da disciplina em causa*” (itálico nosso). Inserem-se, nesta norma, por exemplo, os contratos interadministrativos (artigo 338.º) e os contratos sobre o exercício de poderes públicos (artigos 336.º e 337.º do CCP), em que não se aplica a Parte III do CCP⁵².

É importante referir que o artigo 280.º, n.º 3 do CCP, devido à revisão operada em 2021, prevê que as disposições gerais do regime substantivo dos contratos administrativos “(...) relativas à invalidade, limites à modificação objetiva, cessão da posição contratual e subcontratação *são aplicáveis*, com as devidas adaptações e sem prejuízo do disposto em lei especial, *a todos os contratos públicos*, independentemente da sua qualificação como contratos administrativos nos termos do n.º 1” (itálico nosso). Ou seja, as disposições gerais sobre a *invalidade, limites à modificação objetiva, cessão da posição contratual e subcontratação* são aplicáveis a todos os contratos públicos. A *ratio legis* desta norma é a seguinte: se um contrato foi submetido à concorrência na fase pré-contratual não pode ser

⁵¹ Para mais desenvolvimentos, cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições ...*, 2017, pp. 257-258.

⁵² Acerca destes tipos contratuais e do problema dos regimes aplicáveis, cf. ALMEIDA, Mário Aroso de, “Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos”, in: *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 3ª edição, Lisboa, AAFDL, Editora, 2019, p. 32; *Idem*, *O Problema do Contrato Administrativo: ...*, pp. 119-138.

agora afetado por atos praticados durante a sua execução que perturbem a competição previamente realizada. Este nº3 *amplia*, sem dúvidas, a aplicação do regime substantivo dos contratos administrativos aos contratos públicos, sejam administrativos ou não – abrange, por exemplo, contratos públicos de direito privado.

Já o nº4 do supracitado artigo prevê que “em tudo quanto não estiver regulado no presente Código ou em lei especial, ou não resultar da aplicação dos princípios gerais de direito administrativo, é subsidiariamente aplicável à execução dos contratos administrativos, com as necessárias adaptações, o *direito civil*” (itálico nosso). Aqui prevê-se que o direito civil é uma *fonte subsidiária* de regulação dos contratos administrativos.

Destarte, esta norma quer dizer que, antes de se proceder ao preenchimento das lacunas do CCP através de outras normas de direito administrativo e de direito civil, deve-se preencher as lacunas através dos princípios gerais de direito administrativo⁵³. Estes princípios sempre foram, e vão continuar a ser, uma *fonte fundamental* no sistema da contratação pública⁵⁴.

Efetivamente, o artigo 280.º, n.º4 do CCP estabelece a *ordem* de aplicação dos regimes jurídicos que regulam o conteúdo das relações jurídicas administrativas que advêm dos contratos. vejamos

De referir ainda que, como expõe RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, o contrato administrativo deve muito ao contrato de direito privado, “(...) quer em aspectos fundamentais (sentido e consequências básicas da consensualidade, por exemplo), quer em aspectos ligados ao próprio desenrolar (normal ou patológico) da relação constituída, lançando-se mão, no que não estiver regulado de outra forma, do regime geral do direito civil (ou do direito comercial). Mas isso também não pode fazer esquecer que há, no contrato administrativo, especificidades directamente decorrentes do facto de ele, além de definir, em obediência à *lógica do pacto*, os direitos e obrigações das partes, se traduzir simultaneamente num instrumento ou mecanismo votado à prossecução de interesses públicos, ou seja, por

⁵³ Observemos, quanto a estes princípios os artigos 3.º a 19.º do CPA. E ainda o artigo 1.º-A do CCP. Para mais desenvolvimentos relativamente a estes princípios, cf. GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito ...*, 2021, pp. 133-154; SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 51-117.

⁵⁴ OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, “Os princípios gerais da contratação pública”, in: *Estudos da Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 51-113; GONÇALVES, Pedro Costa, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. 1, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 364-424; SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos: anotado e comentado*, 9ª edição, Revista e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 718-720.

nele estar também presente a lógica da função”⁵⁵. É por isso que a Administração dispõe de certos poderes de conformação que permitem prosseguir eficazmente o interesse público.

Em síntese, temos de ter presente que podem materializar-se as duas situações subsequentes.

Por um lado, no âmbito do CCP há *contratos públicos que não são contratos administrativos*: Os contratos outorgados por contraentes públicos e que sejam qualificados pela lei ou, desde que a lei o não proíba, pelas partes, como contratos de direito privado; Os contratos celebrados por contraentes públicos e que sejam subjugados a um regime de direito privado; Os contratos públicos outorgados pelos “organismos de direito público” que não sejam celebrados no “exercício de funções materialmente administrativas”, nem subordinados pela vontade das partes a um regime substantivo de direito público.

Por outro lado, há *contratos administrativos que não são contratos públicos*, porque não se lhes aplica a Parte III, uma vez que não envolvem prestações sujeitas à concorrência de mercado.

⁵⁵ OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, “O Ato Administrativo Contratual”, in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 63, maio/junho 2007, pp. 3-5.

CAPÍTULO II – REGIME CLÁSSICO: Considerações Gerais

1. Regime Substantivo

Desde o início do século XX que contrato administrativo, na generalidade dos países europeus, é visto como uma *figura autónoma e essencial* do direito administrativo.

O contrato administrativo era dotado de uma *autonomia substantiva*^{56/57}, ou seja, o contrato estava sujeito a um regime substantivo específico, diferente dos outros contratos. Todavia, os contratos em apreço *não tinham autonomia procedimental nem autonomia processual*⁵⁸.

O regime jurídico dos contratos administrativos, delineado fundamentalmente por normas de direito público, era integrado por normas que concedem *poderes especiais de autoridade* à Administração Pública e por normas que impunham peculiares deveres ao cocontratante. Não havia uma igualdade jurídica entre as partes. Não sendo, portanto, exequível uma comparação com o regime jurídico dos contratos de direito privado.

Ao celebrar um contrato administrativo, *o contraente particular, mediante uma retribuição, submetia-se ao interesse público*. Sendo certo que tinha de haver uma relação direta entre as prestações do particular e o cumprimento das atribuições da pessoa coletiva pública que está a contratar. Ou seja, tinha de haver obrigatoriamente a prossecução de fins públicos para haver contrato administrativo. Vigorava, no contrato administrativo, o *princípio da prevalência do interesse público*, colocando o interesse público acima do respeito pelo *pacta sunt servanda*⁵⁹.

A denominada “*cláusula de sujeição*” queria dizer, na prática, que o cocontratante se comprometia a respeitar, como se fosse a Administração Pública, as leis, regulamentos e atos administrativos que, durante a execução do contrato, exprimiam as exigências do interesse público fornecido, quanto ao objeto nele estipulado e desde que se mantivesse o princípio da colaboração livre e remunerada. De facto, havia uma *interdependência dos interesses das partes*, isto é, o interesse que a Administração prosseguia ficava vinculado ao interesse do particular contraente. No entanto, quando fosse necessário alterar o clausulado

⁵⁶ Esta autonomia é condição necessária e suficiente para afirmar a autonomia do contrato administrativo. Cf. GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo*:..., p. 28 e pp. 30-36.

⁵⁷ Mas nem todos os autores tinham a mesma opinião, uma vez que não defendiam a autonomia do contrato administrativo. Cf., a este respeito, ESTORNINHO, Maria João, *Requiem*....

⁵⁸ GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo*:..., pp. 28-30.

⁵⁹ Este princípio ainda vigora atualmente.

do contrato (devido aos interesses públicos), de maneira a aumentar os encargos dos particulares, a Administração tinha de o indemnizar ou remunerá-lo *equitativamente* (“*cláusula de remuneração*”)⁶⁰.

Por conseguinte, e sintetizando, os contratos administrativos, ao estarem sujeitos ao regime do direito público, refletiam evidentemente os poderes autoritários da Administração. Este regime era *caracterizado essencialmente pelas seguintes notas*⁶¹:

- i. Princípio da adaptação ou adequação ao interesse público, ou seja, cláusula de sujeição;
- ii. Princípio da reposição do equilíbrio financeiro do contrato, ou seja, cláusula de remuneração.

1.1. Os Elementos Essenciais do Contrato Administrativo

Para haver um contrato administrativo este tinha de reunir não só os “*elementos essenciais*” de qualquer contrato, nomeadamente, a capacidade dos contraentes, mútuo consenso e objeto possível, como também *outros elementos exclusivos do contrato administrativo*, designadamente, o fim de interesse público e o elemento formal composto pela observância das formalidades do processo de formação do contrato e pela forma externa exigida por lei⁶². MARCELLO CAETANO afirmava que em “*todos os elementos do contrato se revela a influência do Direito Público*”⁶³.

M. J. ESTORNINHO, acerca destes elementos, sistematizava-os em dois critérios: *critérios substantivos* (sujeitos, fim e objeto) e *critérios formais* (regime jurídico e garantia)⁶⁴.

De qualquer das formas, os *elementos essenciais* (ou requisitos fundamentais) do contrato administrativo eram, em geral, os seguintes:

⁶⁰ CAETANO, Marcello, *Manual...*, pp. 588-591; ESTORNINHO, Maria João, *Requiem...*, pp. 91-93.

⁶¹ Para mais desenvolvimentos acerca dos princípios e traços principais do regime do contrato administrativo, cf. ESTORNINHO, Maria João, *Requiem...*, pp. 115-122.

⁶² Com o CPA de 1991, o legislador definiu o contrato administrativo e elencou os contratos administrativos (artigo 178.º). Todavia, continuou a haver dúvidas em qualificar um contrato numa das categorias previstas neste artigo. Sendo que o ETAF, em 2002, também estipulou alguns fatores (artigo 4.º, n.º 1, alínea f). Cf. OLIVEIRA, Mário Esteves de/ GONÇALVES, Pedro Costa/ AMORIM, João Pacheco de, *Código...*, pp. 808-816; GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo:...*, pp. 57-61.

⁶³ CAETANO, Marcello, *Manual...*, pp. 591-592.

⁶⁴ ESTORNINHO, Maria João, *Requiem...*, pp. 73-76.

i. **Capacidade dos contraentes**⁶⁵: tanto os entes públicos como os privados tinham de ter capacidade estabelecida nos termos da lei, sendo que para haver contrato administrativo, um dos sujeitos contratantes tinha de ser uma pessoa coletiva de direito público, seja de natureza territorial, seja de natureza funcional. A competência pertencia ao Estado, às Regiões Autónomas, às Autarquias Locais e aos Institutos Públicos⁶⁶.

BARBOSA DE MELO e ALVES CORREIA referiam que a capacidade contratual, no domínio do direito administrativo, podia não coincidir com a capacidade contratual jurídico-privada, uma vez que a primeira é mais restrita e mais exigente que a segunda. Por conseguinte, além da capacidade jurídica geral, o cocontratante público disponha de capacidade técnica e de idoneidade moral e financeira⁶⁷.

Todavia, quanto a este elemento essencial, é importante mencionar que o *Princípio da Especialidade* da capacidade dos entes públicos, isto é, o cocontratante apenas possuía determinados poderes, atribuídos por lei, de modo a prosseguir os seus fins ou interesses.

ii. **Mútuo consenso**⁶⁸: era o acordo de vontades, uma transação entre as partes, que se formava através de um processo administrativo (muitas vezes longo e demorado), de maneira a que os interesses públicos não fossem prejudicados. Por isso, havia muitas formalidades e regras especiais a cumprir para a formação do mútuo acordo⁶⁹. Sendo certo que, apesar do mútuo consenso, havia uma *sujeição* do cocontratante ao interesse público.

iii. **Objeto**⁷⁰: este devia ser lícito, fisicamente possível e determinado quanto à sua natureza e ainda tinha de prosseguir uma utilidade pública.

Podiam ser objeto destes contratos os fornecimentos contínuos, a concessão de obras ou serviços públicos e outras prestações expressamente indicadas na lei.

⁶⁵ CAETANO, Marcello, *Manual...*, pp. 593-595; MELO, Barbosa de/ CORREIA, Fernando Alves, *Contrato Administrativo*, Coimbra, Serviço de Documentação do CEFA, 1984, p. 21 e pp. 23-24; ESTORNINHO, Maria João, *Requiem...*, pp. 81-83.

⁶⁶ Sérvulo Correia defendia que, além das pessoas coletivas públicas, ainda se integravam “as associações, fundações, e sociedades, nascidas da iniciativa dos particulares e cuja personalidade colectiva é reconhecida nos termos do direito privado, mas sujeitas na sua actividade a normas de Direito administrativo que lhes conferem o poder de praticar actos administrativos definitivos e executórios”. Cf. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Contrato Administrativo*, Coimbra, Atlântida Editora, 1972, pp. 30-31 e p. 35.

⁶⁷ MELO, Barbosa de/ CORREIA, Fernando Alves, *Contrato Administrativo*, p. 23.

⁶⁸ CAETANO, Marcello, *Manual...*, p. 592; MELO, Barbosa de/ CORREIA, Fernando Alves, *Contrato Administrativo*, p. 25.

⁶⁹ CAETANO, Marcello, *Manual...*, pp. 595-598.

⁷⁰ CAETANO, Marcello, *Manual...*, p. 592; MELO, Barbosa de/ CORREIA, Fernando Alves, *Contrato Administrativo*, p. 24; ESTORNINHO, Maria João, *Requiem...*, pp. 88-91.

O objeto do contrato tinha de ser explícito, no que toca à sua natureza, de modo a que os contraentes percebessem as suas obrigações (os seus direitos e deveres), sendo que tinha de respeitar os requisitos fundamentais do tipo de contrato em causa.

Sintetizando, o objeto contratual constituía as prestações relativas ao cumprimento das atribuições da pessoa coletiva de direito público, sendo que o elemento finalista que dominava a causa-função caracterizava também o objeto do contrato. Esta causa-função eram os poderes-deveres criados pelo mesmo contrato⁷¹.

iv. **Forma**⁷²: em regra, o contrato devia ser reduzido a *escrito*, com determinadas solenidades. Isto constava no artigo 8.º, nº1 do Decreto-Lei n.º 211/79, de 12 de julho⁷³. Neste ponto, importa referir o artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 41375, de 19 de novembro de 1957: “[O]s contratos em que seja outorgante o Estado ou serviço público autónomo, quando devam ser reduzidos a escrito, constarão de *documento autêntico oficial* exarado ou registado em livros próprios do Ministério ou do serviço interessado e no qual servirá de oficial público o funcionário designado nas leis orgânicas ou, no silêncio destas, por despacho ministerial” (itálico nosso). Isto não significava a exigibilidade de escritura notarial. Todavia, estava previsto no § único do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 41375 que “[Q]uando, pela complexidade das estipulações contratuais, seja julgado conveniente, *poderá* o Ministro autorizar que a minuta do contrato seja elaborada por notário, ao qual serão pagos os emolumentos correspondentes à prestação do serviço” (itálico nosso).

Contudo, admitia-se o *ajuste verbal* nas situações expressamente previstas na lei – artigo 8.º, nº2 do supracitado diploma. Mesmo nestes casos, SÉRVULO CORREIA mencionava que “do ajuste algumas provas documentais ficarão constituídas, nem que não seja para efeitos de cumprimento das regras de gestão financeira”⁷⁴.

Também havia diplomas que autorizavam a conclusão do contrato administrativo com *dispensa de formalidades*, pelo que não seria necessário o visto do Tribunal de Contas.

v. **Fim de interesse público**: era, e ainda é, imprescindível que um contrato administrativo prosseguisse fins de interesse público⁷⁵.

⁷¹ Para mais desenvolvimentos, cf. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Contrato Administrativo*, p. 28.

⁷² CAETANO, Marcello, *Manual...*, p. 592 e pp. 605-307; MELO, Barbosa de/ CORREIA, Fernando Alves, *Contrato Administrativo*, pp. 25-26; ESTORNINHO, Maria João, *Requiem...*, pp. 79-81; AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2002, pp. 602-603.

⁷³ Ver ainda os artigos 12.º (“*Cláusulas Contratuais*”) e 13.º (“*Formalidades dos Contratos*”).

⁷⁴ CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Contrato Administrativo*, p. 35.

⁷⁵ ESTORNINHO, Maria João, *Requiem...*, pp. 83-88.

O interesse público era o interesse de uma determinada comunidade, num dado momento; era os “direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos” (vejamos, a este respeito, o artigo 266.º, nº1 da CRP). Deste modo, o interesse público era definido legalmente, consoante a sociedade em questão – conceito variável que tinha de ser prosseguido através de uma boa administração⁷⁶.

Estes elementos essenciais, enunciados anteriormente, induziam a ideia de que os contratos administrativos eram uma figura excecional, mas tal não podemos aceitar, porque estes eram, e ainda são, uma das formas de atuação do contraente público, ao lado do administrativo e do regulamento administrativo⁷⁷.

1.2. Os Poderes Exorbitantes do Contraente Público

A Administração Pública/contraente público, para prosseguir o interesse público, detinha de certos poderes de autoridade (as denominadas *prerrogativas exorbitantes*) que os contraentes privados não tinham. Garantia-se, assim, uma *posição privilegiada da Administração em relação à outra parte*, competindo à Administração, na execução do contrato, a delimitação das exigências do interesse público. Sendo que o contraente privado ficava sujeito igualmente aos imperativos do interesse público⁷⁸.

Os intitulados poderes exorbitantes que a *Administração possuía eram são os subsequentes*: poder de direção, poder de fiscalização, poder de resolução unilateral, o poder sancionatório e poder de modificação unilateral⁷⁹.

Estes poderes de autoridade podiam ser estipulados por *lei* ou por *contrato*^{80/81}.

1.2.1. Poder de Direção

Este poder *permitia ao ente público emitir ordens, instruções, avisos e notificações, proceder a verificações e medições e outros atos necessários para haver uma correta*

⁷⁶ Para mais desenvolvimentos, cf. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2002, pp. 35-38.

⁷⁷ GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo:...*, pp. 60-61.

⁷⁸ Sobre a natureza da teoria dos “poderes exorbitantes”, Cf. GOMES, Carla Amado, “A conformação...”, p. 525-526; ESTORNINHO, Maria João, *Requiem...*, pp. 93-100 e pp. 120-122.

⁷⁹ O legislador elencou estes poderes no CPA de 1991, no artigo 180.º. Atualmente estão previstos no artigo 302.º do CCP, sendo que apenas se acrescentou a estes, o poder de *ordenar a cessão da posição contratual do cocontratante para terceiro*.

⁸⁰ Havia uma divisão doutrinal (entre França e Alemanha) na aceitação da estipulação contratual dos poderes de autoridade. Cf. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Contrato Administrativo*, pp. 720-723;

⁸¹ Para mais desenvolvimentos acerca da fonte dos poderes de autoridade, cf. GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo:...*, pp. 105-107.

execução do contrato. O poder de direção extraía-se do artigo 157.º, nº1 do Decreto-Lei n.º 48 871, de 19-02-1969⁸².

Assim, havia uma estabilização do contrato, mantendo-o dentro dos critérios em que foi celebrado⁸³. Sendo, portanto, um poder de *integração*. De facto, existia uma subordinação do contraente particular ao ente público devido ao interesse público que tinha de ser devidamente prosseguido⁸⁴.

Em síntese, o exercício do poder de direção compreendia a emanação de ordens dirigidas ao contraente particular, para que este executasse corretamente as prestações contratuais⁸⁵.

1.2.2. Poder de Fiscalização

Este poder significava que *a Administração Pública podia fiscalizar o modo como o particular estava a executar o contrato, através de inspeções, vistorias, medições, pedidos de esclarecimentos, entre outros*. Isto porque a Administração não podia deixar que o interesse privado do cocontratante se sobrepusesse ao interesse público⁸⁶.

Ora este poder encontrava-se minuciosamente *regulado pela lei*, nomeadamente nos artigos 154.º a 159.º do Decreto-Lei n.º 48 871, de 19-02-1969, para os contratos de empreitada de obras públicas⁸⁷. Este supracitado diploma, no seu artigo 155.º, mencionava que “[À] fiscalização incumbe vigiar e verificar o exacto cumprimento do projecto e suas alterações, do contrato, do caderno de encargos e do plano de trabalhos em vigor (...)”. Também havia casos em que era o *próprio contrato* que fixava os termos em que deveria ter lugar a fiscalização.

No entanto, e segundo MARCELLO CAETANO, quando as *leis, regulamentos e contratos eram omissos*, este poder de fiscalização *nunca* poderia ser negado ao contraente público⁸⁸.

⁸² Mais tarde, o CPA de 1991 previu este poder no artigo 180.º, alínea b). Cf. OLIVEIRA, Mário Esteves de/ GONÇALVES, Pedro Costa/ AMORIM, João Pacheco de, *Código...*, pp. 825-826.

⁸³ MELO, Barbosa de/ CORREIA, Fernando Alves, *Contrato Administrativo*, p. 36.

⁸⁴ CAETANO, Marcello, *Manual...*, pp. 617-618; ESTORNINHO, Maria João, *Requiem...*, pp. 126-127.

⁸⁵ OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 1980, p. 695.

⁸⁶ CAETANO, Marcello, *Manual...*, pp. 616-618; MELO, Barbosa de/ CORREIA, Fernando Alves, *Contrato Administrativo*, p. 36; ESTORNINHO, Maria João, *Requiem...*, pp. 124-126.

⁸⁷ Poder este que o CPA de 1991 passou a prever expressamente no artigo 180.º, alínea d). Cf. OLIVEIRA, Mário Esteves de/ GONÇALVES, Pedro Costa/ AMORIM, João Pacheco de, *Código...*, pp. 826-827.

⁸⁸ CAETANO, Marcello, *Manual...*, p. 617.

Note-se que existiam *limites* ao poder de fiscalização e ao poder de direção. Estes limites eram os seguintes⁸⁹:

- i. O próprio contrato, nomeadamente as suas cláusulas e o seu objeto – a Administração não podia afastar o objeto do contrato, porque era este que individualizava o contrato, de tal maneira que, caso se procedesse à sua substituição, haveria a extinção de uma relação contratual e à formação de outra;
- ii. O dever de não onerar, dificultar ou impedir o cumprimento do contrato sem fundamento adequado – artigo 157.º do Decreto-Lei n.º 48 871.

Nas palavras de MARCELLO CAETANO, “o particular tem o dever de, procurando embora realizar o seu legítimo interesse, prosseguir o interesse público, concretizado no objeto do contrato, com o mesmo espírito que deve animar a Administração; mas esta, por sua vez, além de cumprir exata e pontualmente aquilo a que se obrigou, deve facilitar ao outro contraente o cumprimento das suas obrigações evitando embaraçá-lo mais do que as exigências normais da fiscalização inevitavelmente imponham”⁹⁰.

Posto isto, ainda é importante referir que os poderes de fiscalização e direção eram exercidos através do *uso de prerrogativas de autoridade* pela Administração, por intermédio de atos administrativos definitivos ou de atos preparatórios que se impunham executoriamente à outra parte⁹¹.

1.2.3. Poder Sancionatório

Este poder *permitia ao ente público impor licitamente ao cocontratante o cumprimento daquilo a que se comprometera, sem colocar em causa a regularidade e continuidade do uso dos bens e dos serviços públicos.*

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 617-618.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ No entendimento de ESTEVES DE OLIVEIRA, apesar dos poderes de direção e fiscalização serem apreciados judicialmente mediante ação administrativa e não de recurso contencioso de anulação, não deixavam de ter natureza de atos administrativos. Referia, pois, que era o entendimento mais correto para o artigo 218.º, nº1 do Decreto-Lei nº 48 871. De facto, se os atos da Administração não revestissem a natureza de ato administrativo, prejudicava-se a satisfação dos interesses públicos.

Acrescentava ainda que a admissão de ação administrativa, neste âmbito, era uma garantia dada ao cocontratante, uma vez que era desta forma que se reconhecia o direito a uma sentença de plena jurisdição e não somente a anulação do ato ferido por violação do contrato. Todavia, esta garantia era demasiado demorada, podendo resultar em prejuízo para o cocontratante. Cf. OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, pp. 695-696.

As sanções contratuais, no âmbito do contrato administrativo, *reprimiam* as violações contratuais e tinham como objetivo a satisfação do interesse público, no qual o cocontratante foi designado a colaborar ativa e diretamente. Por isso é que estas sanções eram diferentes, no que tocava ao conteúdo e natureza, das sanções contratuais privadas⁹².

É importante indicar que as sanções podiam estar previstas na *lei* (exemplo: artigos 174.º e 175.º do Decreto-Lei nº 48 871⁹³) ou nos *próprios contratos* (exemplo: quando havia uma cláusula no contrato a referir que a Administração poderia apropriar-se da caução prestada pelo cocontratante caso houvesse violação do contrato).

Note-se que a aplicação unilateral das sanções contratuais não era livre e incondicionada, uma vez que a Administração *só podia sancionar o cocontratante depois de o “constituir em mora”*, ou seja, depois de o ter avisado de que o seu comportamento violava as cláusulas contratuais^{94/95}.

1.2.4. Poder de Resolução Unilateral

Este poder *permitia que a Administração rescindisse licitamente o contrato, de maneira a não afetar a regularidade e continuidade do uso dos bens e dos serviços públicos administrativos*^{96/97}.

ESTEVES DE OLIVEIRA mencionava que, quando a rescisão do contrato aparecesse imposta pela Administração, considerava-se uma sanção pelas faltas contratuais da outra parte, englobando-a, conseqüentemente, no poder sancionatório⁹⁸. Acrescentava ainda que apenas podia ocorrer em caso de *falta grave*, salvo se a lei ou o contrato aplicassem a resolução a algum facto menos importante – como, por exemplo, aplicação de multas no contrato de empreitada⁹⁹.

⁹² OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, p. 697; LAUBADÈRE, André de/ VENEZIA, Jean-Claude/ GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, Tome I, 12ª edição, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, pp. 683-684; ESTORNINHO, Maria João, *Requiem...*, pp. 127-130.

⁹³ Em 1991, o CPA passou a prever este poder expressamente no artigo 180.º, alínea e). Cf. OLIVEIRA, Mário Esteves de/ GONÇALVES, Pedro Costa/ AMORIM, João Pacheco de, *Código...*, p. 827.

⁹⁴ Ressalve-se, aqui, os casos previstos contratualmente ou casos excecionais e de urgência.

⁹⁵ OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, p. 698.

⁹⁶ Poder este que passou a estar expressamente previsto no artigo 180.º, alínea e) do CPA. Cf. OLIVEIRA, Mário Esteves de/ GONÇALVES, Pedro Costa/ AMORIM, João Pacheco de, *Código...*, p. 826.

⁹⁷ Este poder distinguia-se da rescisão nos contratos privados, porque podia ser utilizado pela Administração sem previsão legal ou contratual. ESTORNINHO, Maria João, *Requiem...*, pp. 138-140.

⁹⁸ OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, p. 697 e pp. 720-721.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 698.

Note-se que a Administração tinha de ouvir o cocontratante antes de impor a rescisão do contrato (artigo 209.º, nº1 do Decreto-Lei n.º 48 871).

Por fim, é importante referir, acerca deste poder, que a rescisão por mera conveniência administrativa constituía um princípio geral aplicável aos contratos de colaboração subordinada, embora, nestes casos, fosse devida ao cocontratante uma indemnização pelos danos emergentes e pelos lucros cessantes provenientes da rescisão (artigo 208.º, nº1 do Decreto-Lei n.º 48 871).

1.2.5. Em especial, o Poder de Modificação

1.2.5.1. Pressupostos da Modificação

*A Administração Pública tinha o poder de unilateralmente introduzir modificações estritamente necessárias no conteúdo do contrato, sempre que o interesse público o impusesse, e desde que respeitasse o objeto do contrato, ficando o cocontratante subjugado a essas alterações*¹⁰⁰. A aceitação deste poder era a corrente dominante na doutrina jurídico-administrativa¹⁰¹. Era intitulado pela doutrina de *jus variandi* ou *fait du prince*, porque é, de facto, o poder que mais colocava em causa a lógica do *pactum*.

O *fundamento* do poder de modificação consistia no facto de o cocontratante ficar diretamente ligado à satisfação do interesse público, estando, assim, subordinado a uma *cláusula de sujeição*, implícita ou explicitamente em qualquer contrato administrativo, “segundo a qual a Administração pode intervir nas condições jurídicas ou mesmo somente nas condições de facto que constituem o ambiente em que o cocontratante da Administração executa o contrato”¹⁰².

Este poder encontrava-se previsto na *lei*, quanto às empreitadas de obras públicas, nos artigos 22.º, 23.º, 40.º e 135.º do Decreto-Lei n.º 48 871, de 19-02-1969¹⁰³. Também podia estar previsto no próprio *contrato*, desde que as partes o indicassem expressamente,

¹⁰⁰ CAETANO, Marcello, *Manual...*, pp. 618-623; MELO, Barbosa de/ CORREIA, Fernando Alves, *Contrato Administrativo*, p. 37; OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, pp. 698-703.

¹⁰¹ De referir que os principais ordenamentos jurídicos europeus, excluindo o alemão, aceitavam, em geral, os poderes unilaterais do contrato (embora com algumas diferenças entre eles); já o alemão negava completamente estes poderes. Em Portugal, primeiramente negava-se estes poderes, mas logo depois vieram as teses afirmativas. Cf. FREITAS, Lourenço B. Manoel de Vilhena, *O Poder de Modificação...*, pp. 85-96.

¹⁰² MELO, Barbosa de/ CORREIA, Fernando Alves, *Contrato Administrativo*, p. 37.

¹⁰³ O CPA de 1991 veio prever este poder, no artigo 180.º, alínea a). Cf. OLIVEIRA, Mário Esteves de/ GONÇALVES, Pedro Costa/ AMORIM, João Pacheco de, *Código...*, p. 825.

sendo que a modificação tinha de ser “fundada na circunstância de o contrato administrativo gerar um vínculo de colaboração e sujeição entre a Administração e um particular, em ordem à prossecução de um determinado aspecto do interesse público por que aquela é responsável”¹⁰⁴.

Por conseguinte, o contraente público podia, a qualquer momento, adaptar as prestações do cocontratante¹⁰⁵ às evoluções do interesse público em causa, sendo que não constituiria uma violação contratual, mas apenas um *ato de autoridade*, incluído, obviamente, nos seus poderes de supremacia¹⁰⁶.

A doutrina francesa intitulava genericamente o poder de modificação das prestações contratuais de “*fait du prince*”, distinguindo o *fait du prince* em sentido amplo (qualquer modificação, seja qual for a sua fonte) e o *fait du prince* em sentido estrito (modificação efetuada pelo contraente público)¹⁰⁷. MARCELLO CAETANO também entendia que eram noções semelhantes¹⁰⁸. Mas tal não pode ser aceite atualmente como veremos no capítulo III da presente tese¹⁰⁹.

Podia acontecer, eventualmente, que a modificação fosse imposta por outra pessoa coletiva de direito público. Exemplificando, num contrato celebrado por uma Autarquia Local, podia o Estado ter o poder de regulamentar e fiscalizar o contrato.

MARCELLO CAETANO resumia a doutrina acerca desta matéria da seguinte forma:

- a) “A Administração pode, nos contratos administrativos em que seja parte, impor ao outro contraente modificações nas prestações convencionais ou

¹⁰⁴ ATHAYDE, Augusto de, “Para a Teoria do Contrato Administrativo: Limites e Efeitos do Exercício do poder de Modificação Unilateral pela Administração”, in: *Estudes de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano*, Lisboa, Edições Ática, 1973, p. 76.

¹⁰⁵ Relembre-se que estes são uma ferramenta de realização do interesse público.

¹⁰⁶ Claramente, a Administração, para prosseguir o interesse público, devia procurar sempre os melhores processos técnicos e os meios materiais e jurídicos de realizá-lo.

¹⁰⁷ LAUBADÈRE, André de, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, Tome III, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, pp. 23-69.

¹⁰⁸ CAETANO, Marcello, *Manual...*, p. 620; ESTORNINHO, Maria João, *Requiem...*, pp. 130-131.

¹⁰⁹ De facto, e deixando aqui as bases atuais da sua diferença, o poder (“*jus variandi*”) não se confunde com o denominado, pela doutrina francesa, “*fait du prince*”, uma vez que o poder de modificação pressupõe um ato administrativo no exercício do poder administrativo, ou seja, é um ato de autoridade do ente público que celebrou o contrato, que produz diretamente efeitos no contrato; já o “*fait du prince*” pode resultar de um ato genérico (geral e abstrato), praticado por outro ente público, externo ao contrato administrativo, mas que teve efeitos indiretos no contrato. Cf. FREITAS, Lourenço B. Manoel de Vilhena, *O Poder de Modificação...*, pp. 115-116.

alterar por sua autoridade as condições jurídicas e técnicas de execução do contrato;

- b) Estas modificações e alterações são feitas no exercício do Poder público, por via de regulamentos ou atos administrativos definitivos e executórios e obrigam em virtude da cláusula especial de sujeição do contraente particular;
- c) Mas como é da essência do contrato administrativo que a sujeição do particular seja voluntária e remunerada, ao ato do Poder que autoritariamente afete o equilíbrio financeiro inicial deve em princípio corresponder a revisão das cláusulas de remuneração para procurar restabelecer as condições normais de risco”¹¹⁰.

No que toca ao poder de modificação, mencionava SÉRVULO CORREIA que tanto podia pertencer ao órgão administrativo contratante como ao cocontratante privado e que “(...) materializa a ideia de colaboração, nuclear do contrato administrativo. Na maioria das vezes, na vida social como nas figuras de Direito, a colaboração não traduz uma rigorosa igualdade de situações entre quem a recebe e quem a presta, mas sim uma adstrição a alguém que permanece numa posição dominante. É precisamente o que ocorre através dos contratos administrativos”¹¹¹.

Acrescentava ainda que este era um *poder discricionário*, sendo “delimitado pelo fim a que a lei o concede: a necessidade de adaptar o contrato a novas circunstâncias para salvaguarda dos interesses públicos. Só este motivo determinante legítima a modificação que, além disso, conhece outros limites objectivos postos pela própria estrutura do instituto em que se insere a decisão administrativa. Um deles (...) é a interdependência de interesses, que impõe em tal caso a revisão das cláusulas de remuneração. Outro, directamente relacionado com o fim legal do poder discricionário de introduzir modificações, é posto pela causa-função do contrato. Esta não poderá ser alterada, transformando-se o contrato noutra de tipo distinto porque, em tal eventualidade, já não se estaria apenas a adaptar uma certa relação obrigacional a novas exigências do interesse público, mas sim a optar por um meio radicalmente distinto de ir ao encontro de tais necessidades. Assim, por exemplo, a Administração nunca poderia decidir unilateralmente a mutação de um contrato de fornecimento contínuo em contrato de empreitada de obras públicas”¹¹².

¹¹⁰ CAETANO, Marcello, *Manual...*, pp. 622-623.

¹¹¹ CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Contrato Administrativo*, p. 32.

¹¹² *Ibidem*, pp. 32-33.

i. O Caso de Força Maior e o Caso Imprevisível

É ainda importante alertar que *podia haver modificação dos contratos independentes da vontade dos contraentes*, ou seja, por factos alheios à vontade das partes, como sucedia no caso de força maior e o caso imprevisto – estes casos eram involuntários e imprevisíveis no momento da celebração do contrato administrativo, muito embora fossem uma possibilidade (e se ocorresse não se sabia que influência teriam no contrato), sendo que podiam ter impactos bastante consideráveis¹¹³.

Por um lado, podia ocorrer o *caso de força maior*, ou seja, era o “*facto imprevisível e estranho à vontade dos contraentes que impossibilita absolutamente de cumprir as obrigações contratuais*” (itálico nosso)¹¹⁴. Deste modo, tinha como requisitos: a imprevisibilidade e a impossibilidade. Aqui o cocontratante ficava exonerado da obrigação de cumprir as suas obrigações, não havendo lugar a qualquer tipo de responsabilidade. Todavia, se estivesse estipulado no contrato, poderia o eventual risco ser suportado pela Administração. Exemplos: tremor de terra, incêndio, greves, atos de guerra, entre outros¹¹⁵. Quanto aos *casos* de força maior vejamos o artigo 170.º (“Caso de força maior”) do Decreto-Lei n.º 48 871¹¹⁶.

Por outro lado, podia ocorrer o *caso imprevisto*, isto é, “*facto estranho à vontade dos contraentes que, determinando a modificação das circunstâncias económicas gerais, torna a execução do contrato muito mais onerosa para uma das partes do que caberia no risco normalmente considerado*” (itálico nosso)¹¹⁷. Neste caso, o cocontratante não ficava exonerado da obrigação de cumprir, apenas podia rescindir o contrato, pedir a revisão das cláusulas de remuneração ou ser indemnizado. Aqui, estávamos perante a *teoria da*

¹¹³ Atualmente estas situações estão previstas legalmente.

¹¹⁴ CAETANO, Marcello, *Manual...*, pp. 623-624; OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, pp. 718-719.

¹¹⁵ MELO, Barbosa de/ CORREIA, Fernando Alves, *Contrato Administrativo*, p. 38; CAETANO, Marcello, *Manual...*, pp. 623-624.

¹¹⁶ O ARTIGO 170.º (“Caso de força maior”) previa que: “1. Cessa a responsabilidade do empreiteiro por falta, deficiência ou atraso na execução do contrato quando se verifique caso de força maior devidamente comprovado. 2. Os danos causados nos trabalhos de uma empreitada por caso de força maior devidamente comprovado serão suportados pelo dono da obra quando não correspondam a riscos que devam ser seguros pelo empreiteiro nos termos do contrato. 3. Consideram-se, para os efeitos deste diploma, casos de força maior unicamente os que resultem de acontecimentos imprevistos e irresistíveis cujos efeitos se produzam independentemente da vontade ou das circunstâncias pessoais do empreiteiro, nomeadamente actos de guerra ou subversão, epidemias, radiações atómicas, fogo, raio, graves inundações, ciclones, tremores de terra e outros cataclismos naturais que directamente afectem os trabalhos da empreitada” (itálico nosso).

¹¹⁷ CAETANO, Marcello, *Manual...*, p. 625.

imprevisão, “cujo fundamento jurídico no contrato administrativo devia ir buscar-se ao próprio fundamento do princípio do “*pacta sunt servanda*”: sempre que o equilíbrio de interesses fosse alterado profundamente por factos imprevisíveis e alheios às pessoas dos contraentes, os princípios da equidade e da boa-fé, que vinculavam as partes ao cumprimento do estipulado, impunham também que se equacionassem de novo os termos do contrato”¹¹⁸. Quanto aos *efeitos* da teoria da imprevisão observemos o artigo 173.º (“Revisão por alteração das circunstâncias) do Decreto-Lei n.º 48 871 (com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 232/80, de 16 de julho)¹¹⁹. Em relação aos *requisitos* da teoria da imprevisão, era necessário um facto imprevisto e imprevisível; estranhos às pessoas dos contraentes; anormais; situação contratual deficitária; e não interrupção do cumprimento das prestações¹²⁰.

A jurisprudência francesa referia que o caso imprevisto é um “*bouleversement du contrat*”, ou seja, era uma perturbação profunda, absolutamente anormal, que as partes não podiam prever no momento da celebração do contrato¹²¹.

1.2.5.2. Limites à Modificação

O poder de modificação unilateral do contrato estava sujeito a severos *limites* e impunha *contrapartidas*, porque, caso contrário, este poderia levar a uma “desnaturação do

¹¹⁸MELO, Barbosa de/ CORREIA, Fernando Alves, *Contrato Administrativo*, pp. 39-41; CAETANO, Marcello, *Manual...*, pp. 625-634; OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, p. 712; LAUBADÈRE, André de/ VENEZIA, Jean-Claude/ GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit...*, pp. 698-703.

¹¹⁹ ARTIGO 173.º (Revisão por alteração das circunstâncias): “1 - Quando as circunstâncias em que as partes hajam fundado a decisão de contratar sofram alteração anormal e imprevisível, segundo as regras da prudência e da boa-fé, de que resulte grave aumento de encargos na execução da obra que não caiba nos riscos normais, o empreiteiro terá direito à revisão do contrato para o efeito de, conforme a equidade, ser compensado do aumento dos encargos efectivamente sofridos ou se proceder à actualização dos preços. 2 - O preço das empreitadas e fornecimentos de obras públicas será revisto nos termos das cláusulas insertas nos contratos, as quais, todavia, deverão subordinar-se aos princípios fundamentais previstos na lei especial aplicável. 3 - Se na data da ordem do pagamento da situação de trabalhos não forem conhecidos os valores finais dos índices, o dono da obra deve proceder ao pagamento provisório com base no valor inicial previsto no contrato ou com base no valor inicial revisto em função da última situação económica conhecida. 4 - Logo que os elementos necessários sejam determinados, o dono da obra procederá integralmente à revisão. 5 - O acerto da revisão referido no número anterior pode, contudo, desde que o contrato o estipule, ser efectuado no fim da empreitada ou no fim de cada ano para as empreitadas cuja execução se prolongue por vários anos” (itálico nosso). A lei especial aplicável, referida no nº2 do supracitado artigo, era o Decreto-Lei n.º 273-B/75, de 3 de junho. Para mais desenvolvimentos, cf. MELO, Barbosa de/ CORREIA, Fernando Alves, *Contrato Administrativo*, pp. 40-41; OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, pp. 715-716.

¹²⁰ Para um maior aprofundamento dos requisitos da teoria da imprevisão, cf. OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, pp. 713-714; e quanto ao seu funcionamento, *ibidem*, pp. 714-715. Cf. ainda CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Contrato Administrativo*, pp. 36-38.

¹²¹ Cf. LAUBADÈRE, André de, *Traité Théorique...*, Tomo III, pp. 15-19, mais concretamente acerca do “*bouleversement du contrat*”, pp. 17-18.

próprio conceito de contrato, quando se admitisse que o seu exercício fosse livre e incondicionado”^{122/123}.

i. Objeto do Contrato

Como anteriormente mencionámos, a modificação apenas era possível se se respeitasse o objeto contratual, que se encontrava especificado nas cláusulas contratuais¹²⁴, uma vez que se a Administração alterasse as prestações a que o cocontratante estava obrigado pelo contrato, não lhe podia exigir outras que não estivessem no seu objeto¹²⁵. O *objeto* do contrato administrativo correspondia aos poderes e deveres relativos às prestações. Esta era a visão adotada por MARCELLO CAETANO, que consagrava, assim, o *princípio da intangibilidade do objeto* na modificação contratual. Exemplificando, a Administração não podia alterar o objeto contratual de uma reconstrução de um edifício para a construção de um novo edifício, porque já iria alterar o objeto contratual.

Todavia, havia autores que não adotavam o princípio da intangibilidade do objeto do contrato administrativo, ou seja, *defendiam a suscetibilidade de alteração unilateral do objeto do contrato*:

- JOÃO DE MELO MACHADO defendia que a Administração, ao exercer o poder de modificação unilateral, alteraria obrigatoriamente o próprio objeto do contrato administrativo. Acrescentava ainda que havia uma predominância da Administração na relação contratual e, por isso, existia juridicamente um “elevado grau de indeterminação do objecto da referida obrigação”¹²⁶. Este grau de indeterminação seria superior ao que era permitido no Direito Privado (verificava-se aqui um ponto de distinção entre os contratos administrativos e contratos privados)¹²⁷.

¹²² OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, p. 699.

¹²³ ESTORNINHO, Maria João, *Requiem...*, pp. 133-135.

¹²⁴ A indicação do objeto no contrato era exigida por lei. Exemplos: artigos 6.º, 15.º, 103.º e 113.º do Decreto-lei n.º 48 871.

¹²⁵ Esta ideia era unânime da doutrina portuguesa e estrangeira. Vejamos, a título de exemplo, LAUBADÈRE, André de, *Traité Théorique...*, Tomo II, p. 339.

¹²⁶ MACHADO, João de Melo, *Teoria Jurídica...*, p. 275.

¹²⁷ AUGUSTO DE ATHAYDE criticava esta posição, referindo que “a determinação ou indeterminação do objecto, contrariamente ao que sustentou Melo Machado, é um problema que se prende com a própria essência do contrato e que, portanto, se põe nos mesmos termos quanto aos contratos de Direito privado e quando aos de Direito público. Mas a intangibilidade do objecto não é prejudicada pela modificação meramente quantitativa ou formal das prestações, desde que estas subsistam com a caracterização fundamental assumida no momento da celebração do contrato”. Cf. ATHAYDE, Augusto de, “Para a Teoria do Contrato Administrativo:...” , pp. 78-79.

- JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA defendia que a Administração podia unilateralmente alterar o objeto do contrato ou ordenar apenas modificações quantitativas das prestações e nas circunstâncias da sua realização. Portanto, este autor recuperou a tese da livre modificabilidade do objeto do contrato administrativo, uma vez que considerava que o objeto do contrato eram as próprias prestações sobre que incidiam os direitos e obrigações por ele constituídas e, assim sendo, o poder de modificação exercido pela Administração envolvia *inevitavelmente* a modificação do objeto do contrato (e não somente as prestações contratuais).

O último autor referia ainda que, tanto na visão dele como na de MARCELLO CAETANO, “(...) nas hipóteses em que as coisas ou serviços a que respeitam as prestações foram precisamente determinadas no contrato (fornecimento de bens de um certo padrão; exploração de uma certa linha de caminho de ferro) não parece de considerar que o objecto do contrato seja apenas a actividade em abstracto – ou apenas os poderes e deveres relativos a uma actividade em abstracto – (fornecimento de coisas, exploração de linhas de caminho de ferro). Antes se afigura objecto a actividade pessoal do devedor concreta e individualmente considerada. O direito à prestação e o dever de prestar não se reportam a uma forma abstracta mas a uma acção objectivada através de certa coisa ou certo serviço. Só assim se explica que a obrigação se extinga quando a prestação devida se torne impossível por causa imputável ao devedor, mesmo que este pudesse fornecer outras coisas ou prestar serviço diferentes. Fora pois dos casos em que as prestações estipuladas são indeterminadas (embora sempre determináveis), o poder da Administração de ordenar unilateralmente a sua alteração parece resolver a faculdade de modificar o objecto”¹²⁸.

Mas estas duas posições referidas não nos parecem corretas (nem antigamente, nem atualmente), porque o objeto do contrato tem de ser obrigatoriamente definido no que diz respeito à sua natureza e tem de ser explícito quanto às obrigações do cocontratante e contraente público, de maneira a não haver, portanto, indeterminação do objeto. Assim, poderá haver modificação das prestações contratuais (e não do objeto), dentro dos limites delimitados pelo próprio objeto do contrato (que tem de ser suficientemente determinado).

AUGUSTO DE ATHAYDE menciona que “o *contrato*, como livre acordo de vontade para a auto-regulamentação de interesses das partes, *só pode existir desde que se identifiquem os interesses a regular e fiquem claros os termos em que se estabelece a sua*

¹²⁸ CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Contrato Administrativo*, p. 32.

regulamentação. Esta corresponde à *definição do complexo de direitos e deveres* que ele faz nascer entre as partes. É o objecto desses direitos e deveres que constitui o objecto do contrato, *cujo grau de indeterminação não pode depender da circunstância de a relação constituída estar submetida a um regime de Direito público ou de Direito privado*. O grau de indeterminação do objecto para além do qual não há contrato é o mesmo em Direito Público ou em Direito privado. Que o contrato administrativo se caracterize essencialmente por uma indeterminação do objecto maior do que a do contrato de Direito privado *não nos parece assim aceitável*. Os direitos e deveres que nascem do contrato administrativo incidem sobre o objecto do contrato, ou seja, as prestações a que o particular se obriga, a actividade através da qual colaborará na satisfação de certa necessidade pública. A natureza dessa actividade *não poderá ser alterada unilateralmente pela Administração*. Apenas à medida que a necessidade se for modificando a Administração tentará adaptar a actividade à sua satisfação, sem, todavia, poder ir até ao ponto em que essa actividade «deixe de ser o que é» passe a ser algo de diverso do que se convencionou. É a própria lógica do contrato que não o permite” (itálico nosso)¹²⁹.

De facto, *o poder de modificação unilateral do contrato administrativo tinha de respeitar a intangibilidade do objeto contratual*, incidindo apenas estas modificações sobre as condições das prestações contratuais.

Neste âmbito é necessário distinguir o objeto contratual e as prestações contratuais, que era realizado pela doutrina e jurisprudência¹³⁰, uma vez que só se podia modificar as últimas. Por conseguinte, o contraente público só podia alterar as obrigações contratuais, no que toca à sua quantidade, qualidade, modelo, condições técnicas e jurídicas de execução. Não podia obviamente ordenar ao cocontratante a prestação de uma atividade diferente daquela que foi estipulada¹³¹.

ESTEVES DE OLIVEIRA referia alguns *exemplos* acerca desta matéria, nomeadamente^{132/133}:

¹²⁹ ATHAYDE, Augusto de, “Para a Teoria do Contrato Administrativo:...”, p. 79.

¹³⁰ Os tribunais administrativos defendiam a intangibilidade do objeto do contrato administrativo, como se poderá ver no Acórdão da 1ª Secção do STA, de 23 de abril de 1937; no Acórdão da 1ª Secção do STA, de 24 de julho de 1959; e no Acórdão da 1ª Secção do STA, de 22 de junho de 1962. Para mais desenvolvimentos, cf. ATHAYDE, Augusto de, “Para a Teoria do Contrato Administrativo:...”, pp. 80-81.

¹³¹ OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, p. 699.

¹³² *Ibidem*, pp. 699-700.

¹³³ AUGUSTO DE ATHAYDE também menciona alguns exemplos de modificações que ofendem e que não ofendem o objeto do contrato. Cf. ATHAYDE, Augusto de, “Para a Teoria do Contrato Administrativo:...”, pp. 81-85.

- a. Primeiro, o contraente público podia impor ao empreiteiro de obras públicas que prolongasse a estrada cuja construção lhe foi adjudicada por mais uns quilómetros; ou que em vez de a contornar pela montanha, podia fazer-se um túnel sob a montanha e a estrada passava por baixo dela;
- b. Segundo, o contraente público podia obrigar também que o cocontratante/fornecedor mudasse a qualidade do papel fornecido.
- c. Terceiro, podia alterar-se os prazos de execução de uma obra ou prestação de serviços.

Logo, podia haver modificação unilateral dos contratos em vários aspetos, mas nunca se poderia modificar o objeto dos mesmos. A modificação incidia, portanto, apenas sobre as prestações contratuais.

Deste modo, não podia o contraente público exigir a realização de uma obra nova ou diferente como, por exemplo, em vez da construção de uma estrada, havia uma construção de aqueduto de água¹³⁴. Tal já não era possível, porque se mudaria o objeto do contrato, ou seja, era uma atividade qualitativamente diferente daquela que constava no contrato¹³⁵.

É importante referir que os autores não conseguiram formular mais escrupulosamente o critério das modificações que ofendem e que não ofendem o objeto do contrato administrativo. Assim, tinha de se ver, caso a caso, se a modificação unilateral extravasa ou não o objeto contratual.

Revela-se agora importantíssimo fazer a seguinte questão: será que, além das cláusulas que definiam o objeto, havia outras insuscetíveis de modificação unilateral pelo contraente público? Ou seja, será que havia cláusulas modificáveis e cláusulas imodificáveis, independentemente da sua qualificação como regulamentares e contratuais?

Por um lado, AUGUSTO DE ATHAYDE respondia negativamente à pergunta, rejeitando a distinção entre *cláusulas contratuais* (que definiam os direitos e deveres recíprocos dos cocontratantes, não interferindo com o modo da realização do interesse público) e *cláusulas regulamentares* (eram incluídas no contrato, mas diziam respeito à exploração e utilização dos bens, obras ou serviços públicos, controlando a forma como eles deviam ser organizados e prestados aos seus utentes), tradicional em França¹³⁶. Este autor

¹³⁴ De igual forma, não se podia pedir ao fornecedor de papel que passe a fornecer doravante candeeiros ou cadernos.

¹³⁵ OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, p. 700.

¹³⁶ ATHAYDE, Augusto de, “Para a Teoria do Contrato Administrativo:...”, pp. 85-90; LAUBADÈRE, André de, *Traité Théorique...*, Tomo II, p. 339.

referia também que eram *modificáveis* as cláusulas respeitantes ao serviço a efetuar, que determinavam as prestações que o cocontratante teria de fazer no interesse do serviço; e já serão *imodificáveis* as cláusulas que determinavam as vantagens e garantias económicas que levaram o cocontratante a celebrar o contrato, ou seja, são cláusulas que não mexiam com a organização e funcionamento do contrato^{137/138}.

Por outro lado, ESTEVES DE OLIVEIRA defendia que não era correta a distinção entre cláusulas modificáveis e imodificáveis unilateralmente, uma vez que não considerava que “esteja subjacente à distinção tradicional a ideia de que as cláusulas de incidência económica e financeira nas relações entre os contraentes são cláusulas «contratuais» e, portanto, imodificáveis”. Acrescentava ainda que a distinção era adequada para as cláusulas de incidência económica, quando estas não se repercutiam diretamente na exploração do serviço, obra ou bem público. Caso contrário a cláusula seria considerada regulamentar e, consequentemente, modificável¹³⁹.

Concluindo, o objeto do contrato administrativo era intocável, pelo que era este que individualizava o contrato, de tal maneira que a sua modificação/substituição corresponderia à extinção de uma relação contratual e à formação de outra nova.

ii. Equilíbrio Económico-financeiro do Contrato

A modificação unilateral do contrato, na visão de MARCELLO CAETANO, além de não permitir a alteração objeto contratual, também *não podia passar os limites da capacidade económico-financeira do cocontratante*¹⁴⁰.

Deste modo, era necessário haver um *equilíbrio financeiro do contrato*, porque caso a Administração o infringisse, esta era obrigada a estabelecer o equilíbrio do contrato, nos termos do qual o cocontratante firmou as suas previsões quando o celebrou. Tinha de se

¹³⁷ ATHAYDE, Augusto de, “Para a Teoria do Contrato Administrativo:...”, pp. 85-86.

¹³⁸ De referir que a suprema jurisprudência portuguesa acolhia a distinção entre cláusulas modificáveis e imodificáveis. Observemos, por exemplo, o Acórdão da 1ª Secção, de 5 de março de 1937; o Acórdão da 1ª Secção, de 24 de março de 1939; Acórdão da 1ª Secção, de 7 de novembro de 1941; e Acórdão da 1ª Secção, de 2 de julho de 1946. Para mais desenvolvimentos, cf., ATHAYDE, Augusto de, “Para a Teoria do Contrato Administrativo:...”, pp. 86-88.

¹³⁹ OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, p. 701.

¹⁴⁰ Diferentemente, SÉRVULO CORREIA defendia a possibilidade de alteração do objeto do contrato, mas, para tal ser possível, tinha de haver o equilíbrio das prestações. Cf. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Contrato Administrativo*, p. 33.

manter o equilíbrio financeiro inicialmente previsto, apesar das posteriores alterações impostas pela Administração¹⁴¹.

Este fundamento de dever da Administração em compensar/indemnizar o cocontratante era intitulado pela doutrina, nacional e estrangeira, como a “*teoria tradicional do equilíbrio financeiro do contrato administrativo*”, que se resumia da seguinte forma: “as obrigações das partes foram calculados de tal maneira que se equilibram sob o ponto de vista financeiro e o juiz do contrato deverá esforçar-se por manter, custe o que custar, esse equilíbrio. As prestações das partes estão em correlação umas com as outras e, se as de uma delas aumentam ou diminuem, é conforme com a equidade e o fim do contrato (e com a intenção comum das partes) que as da outra variem no mesmo sentido”¹⁴².

Apesar de o ato de modificação unilateral do contrato administrativo pela Administração ser *lícito* e *iníquo*, esta tinha o dever de indemnizar o cocontratante.

SÉRVULO CORREIA referia que era “um *mecanismo corretor* destinado a assegurar ao particular co-contratante que a relação obrigacional alterada sem o seu consentimento lhe continuará a proporcionar satisfações de intensidade idêntica. Este mecanismo é o chamado *princípio da reciprocidade dos interesses, ou do equilíbrio financeiro ou ainda da equação financeira do contrato*, pela primeira vez exposto fundamentadamente pelo comissário do Governo Blum perante o «Conseil d’État», em 1910, no caso «Compagnie Française des Tramways» (itálico nosso)^{143/144}.

Este autor acrescentava ainda que era “um mecanismo próprio dos contratos administrativos, porque se destina a contrabalançar dentro de um esquema que se pretende continue contratual, o «*fait du prince*», isto é, o poder, que também só nestes contratos existe, de uma das partes alterar sem carecer do consentimento da outra, as prestações ou as respectivas circunstâncias. Trata-se, assim: duma garantia da «álea administrativa», inconfundível com a garantia da «álea económica», comum a todos os contratos, constituída pelo princípio da imprevisão. Através do princípio do equilíbrio financeiro não se indemnizam prejuízos causados por circunstâncias excepcionais e imprevisíveis alheias à

¹⁴¹ Sobre a modificação objetiva do contrato e o equilíbrio financeiro antes do CCP, cf. Acórdão do TCA-S, de 12-09-2013, processo n.º 05723/09, 2º Juízo do Contencioso Administrativo.

¹⁴² ATHAYDE, Augusto de, “Para a Teoria do Contrato Administrativo:...”, p. 91.

¹⁴³ CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Contrato Administrativo*, pp. 33-34.

¹⁴⁴ Acerca do modelo francês, cf. LAUBADÈRE, André de, *Traité Théorique...*, Tomo II, p. 33; FREITAS, Lourenço B. Manoel de Vilhena, *O Poder de Modificação...*, pp. 69-73.

vontade das partes: mantém-se um equilíbrio que, por respeito ao significado do contrato, a administração não pode romper”¹⁴⁵.

MARCELLO CAETANO entendia que a reposição do equilíbrio financeiro era sempre da responsabilidade do contraente público, pelo que se aplicava *indistintamente*, desde que as condições respeitantes à execução das obrigações do particular fossem alteradas por lei, regulamento ou ato administrativo. Ou seja, não distinguia os casos de modificação do contrato provenientes de ato administrativo do contraente público ou provenientes de outro órgão da Administração¹⁴⁶.

Posto isto, o equilíbrio económico-financeiro do contrato podia estar previsto na *lei* (como, por exemplo, se encontrava nos artigos 27.º e 40.º do Decreto-Lei n.º 48 871) ou no *contrato* (quando as partes fixavam o valor máximo dentro do qual o contraente público podia modificar a quantidade das prestações contratuais). Também podia acontecer que a lei não estabelecesse um valor máximo, permitindo ao cocontratante a demonstração que não detinha do equipamento ou organização imprescindíveis para a realização das modificações determinadas pelo contraente público¹⁴⁷.

Quando *não havia disposições legais ou contratuais aplicáveis* respeitantes à indemnização, AUGUSTO DE ATHAYDE entendia “que não tem de ser reparado o prejuízo sofrido pelo contraente que vê a Administração intervir para limitar os seus lucros excessivos. Na verdade estamos perante um acto lícito e que, (...), se não pode considerar iníquo: não é contrário ao princípio da interdependência dos interesses que a Administração intervenha para impedir o sobrelucro de um à custa da coletividade”¹⁴⁸.

O supracitado autor defendia que, em termos globais, tanto os danos emergentes como os lucros cessantes (*lucrum cessans*) tinham de ser revestidos por uma indemnização. Por um lado, quanto aos *danos emergentes*, se a Administração impusesse aumentos quantitativos no contrato administrativo, devia esta pagar uma indemnização ao cocontratante. Aqui incluíam-se diferentes tipos de danos, sendo que todos eles tinham de ser indemnizados, desde que se verificasse a existência de um nexo de causalidade. Exemplos: quando o contraente público renunciava a alguma prestação contratual e conseqüentemente gerasse encargos para o cocontratante; quando havia despesas

¹⁴⁵ CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Contrato Administrativo*, p. 34.

¹⁴⁶ CAETANO, Marcello, *Manual...*, pp. 620-623.

¹⁴⁷ Neste caso existia, em regra, a possibilidade da execução das prestações modificadas serem realizadas pelo cocontratante, sendo que este ou as aceitava ou tinha direito à rescisão do contrato.

¹⁴⁸ ATHAYDE, Augusto de, “Para a Teoria do Contrato Administrativo:...”, p. 101.

complementares, em geral, devido à modificação; entre outros¹⁴⁹. Por outro lado, tinha também de haver indemnização dos *lucros cessantes*, uma vez que se houvesse prejuízos “decorrente de acto lícito iníquo, a regra da igualdade perante os encargos justifica a reparação de todo o prejuízo iniquamente causado”¹⁵⁰. Neste caso, tinha de se verificar, caso a caso, quais os lucros que foram efetivamente prejudicados (e conseqüentemente não foram colhidos pelo cocontratante) com a modificação unilateral. Sendo certo que o valor da indemnização não devia ser nem superior nem inferior ao prejuízo efetivamente sofrido¹⁵¹.

Deste modo, podia afirmar-se que os danos emergentes eram de determinação mais ao menos segura e os lucros cessantes já ostentavam um maior grau de incerteza.

É ainda importante expor que o poder de modificação unilateral envolvia sempre a *alteração proporcional das contrapartidas económicas* previstas no contrato a favor daquele que tinha que suportar as conseqüências desse exercício¹⁵².

De facto a *teoria do equilíbrio financeiro* significava que o contraente público, quando impunha um *acréscimo* das prestações ao seu cocontratante, obrigava-se a compensá-lo na medida proporcional. Contudo, quando impunha uma *diminuição* das prestações inicialmente estipuladas, havia uma diminuição das correspondentes contrapartidas económicas¹⁵³.

Não existia uma fórmula rigorosa para estabelecer o equilíbrio económico-financeiro e, por isso, tinha de haver uma correta ponderação dos encargos ou prejuízos causados pela Administração ao cocontratante.

Em suma, o cocontratante tinha direito a ser indemnizado, caso a modificação unilateral de qualquer cláusula, presente no contrato, lhe causasse um encargo ou prejuízo com que ele não contara inicialmente, aquando da celebração do contrato. MELO MACHADO mencionava que “rigorosamente a *administração não indemniza*; restabelece um equilíbrio determinado que se obrigara a manter”¹⁵⁴.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 101-102.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 101.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 102.

¹⁵² OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, p. 702.

¹⁵³ Para mais desenvolvimentos acerca da *teoria do equilíbrio financeiro*, cf. OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, pp. 706-711; ATHAYDE, Augusto de, “Para a Teoria do Contrato Administrativo:...”, pp. 91-99.

¹⁵⁴ MACHADO, João de Melo, *Teoria Jurídica...*, p. 270.

iii. Direito à Resolução do Contrato?

O cocontratante podia ainda pedir a rescisão do contrato quando entendesse que as modificações exigidas ultrapassavam, devido à sua importância ou à sua natureza, a sua capacidade técnico-financeira. Assim, se a modificação fosse lícita¹⁵⁵, a Administração não devia obrigar o cocontratante a continuar a execução, uma vez que, e apesar da eventual indemnização, o mais provável era o cocontratante não cumprir o contrato e depois seria necessário contabilizar a sua responsabilidade contratual. Isto dava muito mais trabalho e seria mais demorado, comparativamente à rescisão contratual.

A possibilidade de rescisão por parte do cocontratante estava prevista e regulada, quanto às *empreitadas de obras públicas*, no artigo 27.º a 30.º do Decreto-Lei n.º 48 871, de 19 de fevereiro de 1969. Quanto aos *restantes contratos administrativos*, poderia eventualmente o cocontratante ter direito à rescisão do contrato, mas tinha de se ver, caso a caso, se poderia ou não haver esta possibilidade. A impossibilidade do cocontratante em executar a modificação podia revelar-se em qualquer um dos aspetos da sua atividade, mas é dela que dependia a existência do direito à rescisão do contrato¹⁵⁶.

Concluindo, quando havia modificação do contrato, o cocontratante podia ter direito a uma indemnização ou rescisão do contrato.

¹⁵⁵ Se fosse ilícita bastava pedir a *anulação* da modificação.

¹⁵⁶ Para mais desenvolvimentos acerca deste ponto, cf. ATHAYDE, Augusto de, “Para a Teoria do Contrato Administrativo:...”, pp. 103-106.

CAPÍTULO III – REGIME ATUAL: As Alterações Mais Recentes, Em Especial, A Modificação Objetiva do Contrato Administrativo

1. A Influência do Direito Europeu

O direito dos contratos públicos tem diversas fontes, não se circunscrevendo exclusivamente ao direito nacional. Atualmente tem como fontes principais o Direito da União Europeia e o direito internacional.

De facto, “existe um extenso leque de normas convencionais e de *soft law* que operam no plano internacional”¹⁵⁷. Destaca-se, sobretudo, a influência do direito europeu, uma vez que há uma harmonização e aproximação de legislações entre todos os Estados-Membros da União Europeia, vigorando o Princípio do Primado do Direito União Europeia¹⁵⁸. Efetivamente, o “[D]ireito Administrativo dos Estados-Membros é, cada vez mais, Direito Europeu concretizado”¹⁵⁹.

A publicação do CCP em 2008 (aprovado no âmbito da transposição das diretivas europeias da contratação pública de 2004 do Parlamento Europeu e do Conselho¹⁶⁰), e posteriores alterações ao mesmo, foi faseadamente determinada, em grande parte, pela necessidade de adaptar a legislação nacional às diretrizes europeias, de modo a haver uma *uniformização* dos procedimentos na contratação pública.

Note-se que o CCP de 2008, por um lado, dotou o contrato administrativo de uma maior administratividade que até aqui este não tinha, porque o CPA de 1991 disciplinava o contrato insuficientemente e, por outro lado, compilou toda a matéria dos contratos públicos num único diploma, porque até aqui havia uma dispersão, em diplomas avulsos, da regulamentação normativa dos contratos.

As diretivas de 2004 comportaram inovações relevantes no âmbito da regulamentação dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos, no uso de mecanismos de contratação eletrónica e de desmaterialização de procedimentos, por

¹⁵⁷ GONÇALVES, Pedro Costa, *Manual...*, pp. 295-296; *Idem*, *Direito...*, 2021, pp. 44-45. Para mais desenvolvimentos quanto às fontes de regulamentação do direito dos contratos públicos, vejamos as pp. 44-68 da obra referida. Cf. ainda SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Direito...*, pp. 37-41.

¹⁵⁸ OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 518-527.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 525.

¹⁶⁰ Diretiva 2004/17/CE, relativa à *coordenação dos processos de adjudicação nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais*; e a Diretiva 2004/18/CE relativa à *coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços*.

exemplo¹⁶¹. Todavia, apesar das alterações operadas em virtude do direito europeu, manteve-se o conceito de contrato administrativo e afastou-se o conceito de contrato privado da Administração Pública para um campo secundário, especialmente, quando esteja em causa uma entidade que integre a Administração, mas não esteja no exercício da função administrativa.

Em 2017 houve uma profunda alteração ao CCP, efetuada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, devido à transposição das Diretivas de 2014 do Parlamento Europeu e do Conselho¹⁶². Estas diretivas revelam, na sequência das anteriores, a renovação do esforço das autoridades europeias para assegurar a efetiva liberdade de contratação no espaço europeu.

Por conseguinte, e relativamente ao regime da modificação, o artigo 72.º da Diretiva 2014/24/UE¹⁶³ determinou uma “reformulação global do regime de modificação de contratos públicos no sentido da sua considerável flexibilização, atribuindo às Administrações Públicas dos Estados-Membros importantíssimos meios de gestão e adaptação dos seus contratos em resposta às necessidades de interesse público que surgem durante a execução. Sem esquecer que o exercício do poder de modificação contratual se mostra muito sensível em vista da possível defraudação da concorrência que tenha sido realizada no procedimento pré-contratual, o legislador europeu revelou uma meritória razoabilidade quanto ao equilíbrio a adoptar nesta matéria¹⁶⁴, sobretudo ao admitir que a necessidade de flexibilização contratual será tanto maior quanto mais duradouros ou mais complexos forem os negócios celebrados pela Administração Pública”¹⁶⁵.

¹⁶¹ Para mais desenvolvimentos, cf. CEDOUA/ FDUC/IGAT, *Contratação Pública Autárquica*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 33-41; PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público...*, pp. 20-24.

¹⁶² Diretiva 2014/23/UE, relativa à *adjudicação dos contratos de concessão*; Diretiva 2014/24/UE, relativa aos *contratos públicos*, que revogou e substituiu a Diretiva 2004/18/CE; Diretiva 2014/25/UE, relativa aos *contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais* e que revogou e substituiu a Diretiva 2004/17/CE. De referir que anteriormente à transposição das Diretivas de 2004 vigoravam os seguintes regimes: Regime Jurídico Realização Despesas Públicas e da Contratação Pública (Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho); e o Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas (Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março).

¹⁶³ FONTOURA, João Lamy da, “Modificação objetiva do contrato: uma leitura dos artigos 312.º e 313.º do Código dos Contratos Públicos à luz do artigo 72.º da Diretiva 2014/24/UE”, in: *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 3ª edição, Lisboa, AAFDL, 2019, pp. 1131-1151.

¹⁶⁴ Esta razoabilidade advém das diversas possibilidades de modificação dos contratos que os Estados-Membros poderiam adotar. Assim, os Estados-Membros possuíam uma agilidade, que antes não tinham, para proteger os seus meios de gestão.

¹⁶⁵ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021...*, pp. 107-108.

Porém, foi “verdadeiramente surpreendente que o legislador português de 2017 tivesse repudiado a oferta que o Direito Europeu lhe assegurou, procedendo unicamente a alterações do regime da modificação contratual no sentido da sua rigidificação, e não da sua flexibilização, dificultando ainda mais o exercício da actividade contratual pública”¹⁶⁶. Obviamente que esta opção legislativa portuguesa foi alvo de duríssimas críticas doutrinárias¹⁶⁷.

Consequentemente, o CCP foi alvo de alterações pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio¹⁶⁸, que, a nosso ver, corrigiu alguns equívocos cometidos em 2017. Esta lei está relacionada com a revisão do CCP de 2017, por um lado, e com a pandemia internacional da Covid-19, por outro.

Note-se que a Lei 30/2021, de 21 de maio, entrou em vigor a 20 de junho de 2021, sendo que “as alterações à parte III do Código dos Contratos Públicos relativas a modificação de contratos e respetivas consequências aprovadas pela presente lei aplicam-se aos contratos que: a) Venham a resultar dos procedimentos de formação que *se iniciem após a data da sua entrada em vigor*; b) Se encontrem em execução à data da sua entrada em vigor, desde que o *fundamento* da modificação decorra de *facto ocorrido após* essa data” (itálico nosso) – artigos 28.º e 27.º da Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.

No presente capítulo, iremos abordar com pormenor as alterações efetuadas à modificação objetiva contratual. De facto, todos os artigos referentes à modificação (artigos 311.º-315.º do CCP) foram alterados. Houve, portanto, uma “substancial reformulação das disposições do Código nesta matéria. Simultaneamente, aproveitou-se a oportunidade para proceder também a uma simplificação adicional de algumas disposições já oriundas da versão inicial de 2008 e cuja complexidade vinha dificultando a sua correcta interpretação”^{169/170}.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 108.

¹⁶⁷ Acerca deste ponto, cf. ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 5ª Edição - Atualizada e Refundida, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 502-503.

¹⁶⁸ Esta lei, além de efetuar importantíssimas alterações no CCP, aprovou *medidas especiais de contratação pública*, permitindo uma verdadeira “simplificação, desburocratização, flexibilização” dos procedimentos pré-concursais”. Para mais desenvolvimentos, cf. BATALHÃO, Carlos José, “A revisão da revisão de 2017 do Código dos Contratos Públicos”, in: *Questões Atuais de Direito Local*, n.º 30, Braga, AEDREL, abril/junho de 2021, pp. 39-41; SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021...*, pp. 47-59.

¹⁶⁹ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021...*, p. 108.

¹⁷⁰ Tenha-mos presente, aqui, o CCP de 2008.

Atualmente, por um lado, pode dizer-se que há uma “europeização do direito administrativo”¹⁷¹, que se verifica também nos ordenamentos internos de outros Estados-Membros da União Europeia e, por outro, há também uma internacionalização/globalização do direito administrativo¹⁷².

2. Regime do Contrato Administrativo no CCP: Breves Notas

O regime jurídico dos contratos administrativos é delimitado especialmente pelo Direito Administrativo (mais concretamente pelo CPA e CCP), por leis especiais, pelo Direito da União Europeia e pelo Direito Internacional.

Primo, o CPA, quanto ao regime substantivo do contrato administrativo, no artigo 202.º, nº1, refere que “[A]s relações contratuais administrativas são regidas pelo Código dos Contratos Públicos ou por lei especial, sem prejuízo da aplicação subsidiária daquele quando os tipos de contratos não afastem as razões justificativas da disciplina em causa”. Por sua vez, o nº2 deste preceito menciona que, estando em causa “contratos sujeitos a um regime de direito privado”, são aplicáveis aos órgãos da Administração Pública as disposições do presente Código que concretizam preceitos constitucionais e os princípios gerais da atividade administrativa^{173/174}.

¹⁷¹ Para mais desenvolvimentos, cf. GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito...*, 2021, pp. 53-58 e pp. 89-93; PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público...*, pp. 19-24; OTERO, Paulo, *Manual...*, pp. 522-525; CARVALHO, Raquel, *Direito...*, pp. 16-27.

¹⁷² Inicialmente, a globalização identificava-se com o conceito de compras públicas. Mas atualmente já não é assim. Para mais desenvolvimentos relativamente à internacionalização do direito administrativo, cf. GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito...*, 2021, pp. 45-53; OTERO, Paulo, *Manual...*, pp. 513-518 e pp. 527-530; VIANA, Cláudia, “A Globalização da Contratação Pública e o Quadro Jurídico Internacional”, in: *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 23-49; CARVALHO, Raquel, *Direito...*, pp. 14-16; SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Direito...*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 37-41.

¹⁷³ Por exemplo: compra e venda, doação, permuta, arrendamento de bens imóveis ou contratos similares - artigo 4.º, nº 2, alínea c) do CCP. Embora, como se trata da atividade de entes públicos, tenham sempre de ser respeitados os princípios fundamentais que regem todas as atuações administrativas (artigo 2.º, nº 5 do CPA).

¹⁷⁴ Este artigo regula o regime substantivo e, como se vê, tem uma estrutura simplificada, porque o CCP estabelece com algum rigor e cuidado o regime dos procedimentos administrativos de formação das principais espécies de contratos públicos e o regime substantivo comum dos contratos administrativos. Por isso, o legislador optou por sintetizar, mediante remissão, o sistema das fontes disciplinadoras e os aspetos estruturais relativos aos regimes aplicáveis. O legislador fê-lo na vertente substantiva, mas também na vertente procedimental, relativamente a todos os contratos celebrados pela Administração Pública.

De notar, que o CCP não se aplica à formação de todos os contratos administrativos, vem estatuir-se que na ausência de lei própria se aplica, à formação destes, o regime geral do procedimento administrativo (artigo 201.º, nº3 do CPA). Cf. GONÇALVES, Fernando/ ALVES, Manuel João/ VIEIRA, Vítor/ GONÇALVES, Rui Miguel/ CORREIA, Bruno/ GONÇALVES, Mariana Violante, *Novo Código...*, p. 256.

Secundo, o CCP determina, no Título I da Parte III¹⁷⁵, o regime geral aplicável à generalidade dos *contratos administrativos* e, no Título II¹⁷⁶, os regimes de diversos *contratos administrativos em especial*: empreitada de obras públicas, concessões de obras públicas e de serviços públicos, locação de bens móveis, aquisição de bens móveis e aquisição de serviços¹⁷⁷.

Posto isto, a autonomização de um regime substantivo aplicável somente aos contratos administrativos pretende assegurar a *prossecação do interesse público*, que prevalece sobre o próprio contrato administrativo. O interesse público prevalece, portanto, sobre o princípio do *pacta sunt servanda*, visto que se existisse uma sujeição total a este princípio “seria subvertida toda a lógica do direito público”¹⁷⁸.

O regime do contrato administrativo, na visão de FERNANDA PAULA OLIVEIRA e FIGUEIREDO DIAS, “caracteriza-se genericamente por conferir à entidade pública uma posição de *supremacia jurídica* sobre o cocontratante, na medida em que determina a sua investidura em *poderes públicos de autoridade*, que tornam desiguais as posições jurídicas das partes no contrato: a relação contratual não é de pura paridade”¹⁷⁹. Embora, claro, estejam garantidos os direitos e interesses dos cocontratantes privados.

Não obstante, esta disparidade relacional entre as partes não é totalmente incompatível com o princípio do *pacta sunt servanda*, uma vez que existem legalmente formas de garantia dos interesses do cocontratante em face daqueles poderes, que modelam e imperam sobre o estipulado entre as partes, particularmente na obrigação do contraente público indenizar o contraente privado.

É importante referir que, quando o CCP revogou os artigos 178.º a 189.º do CPA de 1991, inseriu uma maior preocupação em fortalecer a autonomia contratual das partes, para responsabilizar todos os intervenientes nas relações contratuais, bem como uma repartição de riscos na execução dos contratos¹⁸⁰.

Tendo em conta o exposto, o regime substantivo corresponde a uma *ponderação equilibrada* entre o princípio do interesse público (que fundamenta os preceitos

¹⁷⁵ Artigos 278º-342º do CCP.

¹⁷⁶ Artigos 343º-454º do CCP.

¹⁷⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, 2017, p. 271; OLIVEIRA, Fernanda Paula/ DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais...*, p. 318.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Fernanda Paula/ DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais...*, p. 318.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 318-319.

determinantes da prevalência do contraente público¹⁸¹) e a garantia dos interesses do cocontratante (para proteção da confiança e defesa dos seus interesses, nomeadamente em razão dessa prevalência¹⁸²)¹⁸³.

Atente-se que a aplicação do regime substantivo determinado no CCP é somente para os contratos celebrados pelos contraentes públicos (indicados no CCP) no âmbito da respetiva gestão pública (isto é, quando exercem “funções materialmente administrativas”), não se incluindo aqui os contratos que os contraentes públicos celebram em torno da gestão privada¹⁸⁴.

De referir ainda que a pandemia causada pela Covid-19 “colocou em crise a normal e regular execução dos contratos públicos (e administrativos), de forma não imputável à vontade dos cocontratantes, como, por exemplo, com aqueles ligados ao normal e regular funcionamento das atividades letivas (...)”¹⁸⁵.

2.1. Os Poderes do Contraente Público (Poderes de Conformação)

Ora, o contrato, ao ser qualificado como administrativo, pressupõe que, por norma, e a menos que outra coisa resulte de lei especial ou da natureza do próprio contrato (por exemplo, contratos de atribuição), são reconhecidos à Administração os poderes expostos no artigo 302.º do CCP. Sendo que, para além destes poderes, podem haver nos contratos administrativos outros poderes ou deveres especiais, de *supra* ou *infra* ordenação jurídica, entre contraente público e particular¹⁸⁶.

Por conseguinte, o artigo 302.º do CCP¹⁸⁷ prevê um conjunto de “*poderes do contraente público*” no âmbito e nos termos do contrato, “*salvo quando outra coisa resultar da natureza do contrato*¹⁸⁸ *ou da lei*¹⁸⁹” (itálico nosso). Estes poderes são os seguintes: “a)

¹⁸¹ Ligada, em regra, à mutabilidade e adaptação do conteúdo contratual.

¹⁸² Relacionada, em regra, à garantia da estabilidade e do equilíbrio das prestações contratuais.

¹⁸³ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, 2017, pp. 273-274.

¹⁸⁴ Vejamos, aqui, o artigo 3.º do CCP.

¹⁸⁵ BATALHÃO, Carlos José, “Institutos Jurídico-contratuais...”, pp. 109-110.

¹⁸⁶ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, pp. 520-521.

¹⁸⁷ Corresponde ao que constava anteriormente no artigo 180.º do CPA, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro. Cf. OLIVEIRA, Mário Esteves de/ GONÇALVES, Pedro Costa/ AMORIM, João Pacheco de, *Código...*, pp. 821-829. Ao manter-se este elenco de poderes de autoridade manifesta-se “uma sedimentação doutrinal e jurisprudencial nesta sede. É a dimensão da legalidade a prevalecer sobre a dimensão da autonomia, ainda que com a estrita tutela dos princípios da prossecução do interesse público, da igualdade e da proporcionalidade”. Cf. GOMES, Carla Amado, “A conformação...”, p. 522.

¹⁸⁸ Ou seja, se o contrato administrativo for de cooperação paritária.

¹⁸⁹ Isto é, lei especial que estabeleça um regime diferente.

Dirigir o modo de execução das prestações; b) Fiscalizar o modo de execução do contrato; c) Modificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público, com os limites previstos no presente Código; d) Aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato; e) Resolver unilateralmente o contrato; f) Ordenar a cessão da posição contratual do cocontratante para terceiro” (itálico nosso)¹⁹⁰.

Estes são os poderes legalmente previstos, todavia há autores que admitem existir mais poderes, nos contratos administrativos, diretamente resultantes de lei como, por exemplo, o poder de apreensão de garantias ou o poder de denúncia¹⁹¹.

Nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE, “*ressalvadas estas exceções, o contraente público detém destes poderes contratuais por força da lei, independentemente de estarem ou não previstos expressamente nas espécies contratuais concretas*”(itálico nosso)¹⁹². Sendo que estes poderes permitem garantir “*a funcionalidade da execução do contrato quanto à realização do interesse público visado – exprimem um princípio ou cláusula de sujeição ao fim contratual ou da reserva do contraente público (...)*” (itálico nosso)¹⁹³.

Os poderes do contraente público na *execução do contrato* – exceto o poder de aplicação de sanções contratuais e o poder de ordenar a cessão da posição contratual do cocontratante, que têm que estar claramente previstos e consagrados no mesmo ou na lei – são *poderes intrínsecos à função do contrato*, isto é, “são poderes-deveres, dos quais a Administração não pode abrir mão, uma vez que estão funcionalizados à prossecução do interesse público. Constituem poderes conaturais ao contrato administrativo, pelo que

¹⁹⁰ Efetivamente, o artigo 302.º do CCP, “recuperando o regime, nos seus aspetos fundamentais, os princípios do contrato administrativo de matriz jurisprudencial francesa, já evidenciados no CPA, mas que agora, com o novo diploma, ganham uma dimensão renovada”. Cf. OLIVEIRA, Fernanda Paula/ DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais...*, p. 319.

Eu concordo com os autores supracitados, porque faz todo o sentido os poderes da Administração estarem consagradas num código onde se estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo.

De facto, não há grandes alterações do anterior para o atual regime, porque olhando para o artigo 180.º do CPA de 1991, o CCP de 2017 acrescentou apenas um poder: poder de ordenar a cessão da posição contratual do cocontratante para terceiro.

¹⁹¹ Para alguns exemplos nesse sentido, cf. OLIVEIRA, Mário Esteves de/ GONÇALVES, Pedro/ AMORIM, João Pacheco de, *Código...*, pp. 827-828.

¹⁹² ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, 2017, p. 274.

¹⁹³ *Ibidem*.

existem apesar da ausência de previsão contratual e impõem-se contra a (eventual) exclusão prevista no contrato”^{194/195}.

Efetivamente os contratos administrativos são marcados pela *desigualdade entre as partes*, uma vez que a Administração pode, autoritariamente, modificar o contrato, fiscalizar, ou até mesmo determinar a resolução do mesmo, por exemplo.

Todavia, a gestão dos contratos públicos, segundo PEDRO GONÇALVES, “não deve limitar-se a referenciar a dimensão de autoridade e de desigualdade presentes no regime de certos contratos públicos. O conceito abrange outras facetas ou momentos do *dever ser* da intervenção do contraente público, destacando-se desde logo o *acompanhamento da relação contratual*, orientado numa perspectiva *profilática* ou *preventiva*, no sentido de evitar ou prevenir eventos de incumprimento por parte do contraente privado”¹⁹⁶.

É importante referir que os poderes de conformação da relação contratual *não têm obrigatoriamente de existir sempre nos contratos administrativos*, uma vez que estes podem ser afastados por *lei especial* ou pela *própria natureza do contrato* (isto é, quando a função que o contrato desempenha é incompatível com o exercício dos poderes públicos, apesar de ser uma função que visa um fim de interesse público – contratos interadministrativos, contratos com objeto passível de ato administrativo e contratos sobre o exercício de poderes públicos). De facto, uma lei que retire os poderes de conformação, terá de ser uma lei especial, determinada pela natureza dos interesses a realizar e as circunstâncias que reduzem e presidem à contratação. Sendo que podem ser excluídos todos ou alguns poderes de conformação. Se forem retirados todos os poderes de autoridade do cocontratante, será um “contrato administrativo paritário”¹⁹⁷.

Densificando o artigo 302.º do CCP, os *poderes de conformação da relação contratual* são os subsequentes¹⁹⁸:

¹⁹⁴ GOMES, Carla Amado, “A conformação...”, p. 526.

¹⁹⁵ Cf. ainda PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público...*, pp. 60-61; TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário...*, p. 713; SOUSA, Marcelo Rebelo de/ MATOS, André Salgado de, *Contratos Públicos:...*, pp. 140-141.

¹⁹⁶ GONÇALVES, Pedro Costa, “Gestão de contratos públicos em tempo de crise”, in: *Estudos de Contratação Pública*, Vol. III, Coimbra Editora, 2010, p. 19.

¹⁹⁷ GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo:...*, pp. 112-113.

¹⁹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, 2017, pp. 274-275; OLIVEIRA, Fernanda Paula/ DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais...*, pp. 319-324; TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário...*, pp. 714-717; AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, pp. 522-554; SOUSA, Marcelo Rebelo de/ MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III (*Atividade Administrativa*), 2ª Edição, Lisboa, Dom Quixote, 2009, pp. 405-419; SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos:...*, 2019, pp. 637-654; SOUSA, Marcelo Rebelo de/ MATOS, André Salgado de, *Contratos Públicos:...*, pp. 140-150; GOMES, Carla Amado, “A conformação...”, pp. 524-557.

i. Poder de Direção

Traduz-se na *eventualidade de o contraente público dirigir ordens, diretivas e instruções escritas (ou reduzidas a escrito) vinculativas ao cocontratante particular sobre a maneira de execução técnica, financeira ou jurídica*¹⁹⁹ das prestações contratuais (artigo 304.º, nº2 e nº3 do CCP).

Deste modo, e na esteira do nº3 do referido artigo, é o contraente público que decide *discricionariamente* em que circunstância é necessário recorrer às ordens verbais. Sendo que estas serão escritas e notificadas ao cocontratante no prazo de 5 dias, salvo *justo impedimento*. Muito embora a ordem não esteja escrita, se o justo impedimento for invocado reconhece-se que a ordem foi dada²⁰⁰. Caso contrário, terá o cocontratante de confirmar por escrito que a ordem foi dada, pelo que procedeu/irá proceder ao seu cumprimento, notificando o contraente público²⁰¹. Assim, e tendo em consideração o princípio da boa-fé e o princípio da colaboração recíproca²⁰², as ordens verbais têm de ser cumpridas, ainda que a ordem escrita garanta ao cocontratante explicitamente o que pretende o contraente público.

Este poder é sobre o modo de *execução (modus faciendi)* das prestações e pretende assegurar a funcionalidade da *execução do interesse público* (artigos 303.º, nº1 e 286.º do CCP). Por isso, está sujeito a *limites*, devendo limitar-se ao *estritamente necessário* para a prossecução do interesse público e de modo a não perturbar a execução do contrato, com a observância das regras legais ou contratuais aplicáveis e sem diminuir a iniciativa e responsabilidade do cocontratante (artigo 303.º, nº2 do CCP e ainda o artigo 304.º, nº1, que prevê a “(...) reserva de autonomia técnica ou de gestão do cocontratante que se encontre

¹⁹⁹ Há um controlo sobre o cumprimento das obrigações contratuais de natureza técnica em geral (fiscalização técnica), incidindo sobre a gestão económica do contrato por parte do cocontratante (fiscalização financeira) e também sobre o cumprimento das obrigações/deveres do cocontratante (fiscalização jurídica). Cf. GONÇALVES, Pedro, *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 248; *Idem*, *Contrato administrativo:...*, p. 110.

²⁰⁰ SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos:...*, 2019, p. 647.

²⁰¹ Já o artigo 182.º do RJEOP (“*Modos de actuação da fiscalização*”) estabelecia algo semelhante: “1 - Para realização das suas atribuições, a fiscalização dará ordens ao empreiteiro, far-lhe-á avisos e notificações, procederá às verificações e medições e praticará todos os demais actos necessários. 2 - Os actos referidos no número anterior só poderão provar-se, contra ou a favor do empreiteiro, mediante documento escrito. 3 - A fiscalização deverá processar-se sempre de modo a não perturbar o andamento normal dos trabalhos e sem diminuir a iniciativa e correlativa responsabilidade do empreiteiro” (itálico nosso). – Este preceito foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

²⁰² Artigos 286.º e 289.º do CCP respetivamente.

assegurada no contrato ou que decorra do tipo contratual aplicável ou, ainda dos usos sociais.”)²⁰³.

Assim sendo, e sintetizando, o poder de direção está sujeito a três princípios limitativos²⁰⁴:

- i. Princípio de otimização do fim de interesse público prosseguido pelo contrato administrativo (artigos 303.º, n.º1 e 304.º, n.º1);
- ii. Princípio de respeito pela autonomia da contraparte, pois este poder limita-se ao estritamente necessário (artigos 303.º, n.º2 e 304.º, n.º1);
- iii. Princípio de não diminuição da responsabilidade da contraparte (artigo 303.º, n.º3).

Pode dizer-se que este poder é natural nos contratos de prestação de serviços, sendo que existe também na empreitada de obras públicas e em determinadas concessões – “apesar de, pelo papel de substituto da Administração que assume, se deve reconhecer, por via de regra, uma maior autonomia funcional do concessionário em relação a outros tipos de cocontratantes da Administração”²⁰⁵.

A Administração, através deste poder, não impõe novas obrigações (não exerce, portanto, o seu poder de modificação unilateral do contrato), *desenvolve* apenas as obrigações contratuais, impondo ao cocontratante o cumprimento das obrigações que este assumiu.

Ora, o poder de direção é um “poder de *integração* do que o contrato já estabelece”²⁰⁶, visto que algumas das obrigações que o cocontratante assume podem estar definidas através de conceitos vagos ou indeterminados (por exemplo, obrigação de agir com a “máxima segurança para os utentes”, em “condições de operacionalidade”, de “eficiência”, de “segurança”)²⁰⁷. Visa preencher as lacunas e os conceitos genéricos, no âmbito da

²⁰³ Este poder de direção, segundo PEDRO MATIAS, tem “(i) a *finalidade positiva* de assegurar que o contrato seja executado de forma a prosseguir o interesse público visado na decisão de contratar (art. 303.º, n.º 1), e (ii) a *finalidade negativa* de impedir que o contrato seja executado de modo inconveniente ou inoportuno para o interesse público (art. 304.º, n.º1)”. Cf. PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público...*, p. 73. Também nesta esteira, cf. SOUSA, Marcelo Rebelo de/ MATOS, André Salgado de, *Contratos Públicos:...*, p. 142.

²⁰⁴ Sobre estes limites e suas vantagens, cf. GOMES, Carla Amado, “A conformação...”, pp. 527-528.

²⁰⁵ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, p. 523; GONÇALVES, Pedro, *A Concessão...*, pp. 243-246.

²⁰⁶ GONÇALVES, Pedro Costa/ OLIVEIRA, Mário Esteves de/ AMORIM, João Pacheco de, *Código...*, pp. 825-826; GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo:...*, p. 110; PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público...*, p. 74; SOUSA, Marcelo Rebelo de/ MATOS, André Salgado de, *Contratos Públicos:...*, pp. 142-143.

²⁰⁷ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, pp. 523-524.

execução das prestações contratuais “carentes de regulamentação ou insuficientemente reguladas de forma a impedir que o contrato seja executado de modo inconveniente ou inoportuno para o interesse público (...) – artigo 304.º, nº1 do CCP –, ou seja, é um *poder integrativo* que abrange a possibilidade de realização do *modus faciendi* do cocontratante na execução das prestações contratuais²⁰⁸.

Note-se, no entanto, se uma ordem, diretiva ou instrução do contraente público não for cumprida, aquele não a pode impor coercivamente. Isto é, o contraente público não dispõe do privilégio da *execução prévia* (regime constante no artigo 309.º do CCP)²⁰⁹.

Acrescente-se ainda que se o cocontratante entender que as ordens dadas contêm algum tipo de erro ou vício deve dizê-lo ao contraente público. Se este mantiver a ordem, o cocontratante não é responsável por eventuais danos que poderão surgir.

ii. Poder de Fiscalização

Constitui a *possibilidade do contraente público vigiar e controlar, ou seja, fiscalizar técnica, financeira e juridicamente a execução do contrato, de maneira a poder delimitar as necessárias correções e aplicar as devidas sanções* (artigo 305.º, nº1 do CCP).

Este poder “constitui penhor da realização do concreto interesse público que subjaz ao contrato”²¹⁰. Sendo que se realiza através de pedidos (ao contraente privado) de informações e esclarecimentos, vistorias, inspeções de locais, equipamentos, documentação, registos informáticos e contabilidade, corretamente documentados e *reduzidos ao que se prenda imediatamente com o modo de execução do contrato* e que não representem segredos profissionais ou comerciais (artigo 305.º, nº2 do CCP).

Deste modo, a entidade pública acompanha a execução do contrato, vigiando ou controlando essa execução, verificando eventuais insuficiências ou deficiências e, deste modo, evitando surpresas prejudiciais ao interesse público; podendo ainda sancionar o cocontratante pelos erros na execução do contrato²¹¹.

²⁰⁸ PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público...*, p. 73; SOUSA, Marcelo Rebelo de/ MATOS, André Salgado de, *Contratos Públicos:...*, pp. 142-143; GOMES, Carla Amado, “A conformação...”, p. 527.

²⁰⁹ Anteriormente, estava previsto no artigo 187.º do CPA de 1991. Este artigo foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, que aprovou o CCP. Cf. OLIVEIRA, Mário Esteves de/ GONÇALVES, Pedro Costa/ AMORIM, João Pacheco de, *Código...*, pp. 852-855.

²¹⁰ GOMES, Carla Amado, “A conformação...”, p. 529.

²¹¹ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, p. 524; PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público...*, p. 75.

O exercício do poder de fiscalização deve ainda ficar *documentado em autos, relatórios ou livros próprios* (artigo 305.º, nº3 do CCP).

A fiscalização *não atenua nem elimina* as responsabilidades técnicas e os encargos próprios do cocontratante, mas deve limitar-se ao estritamente necessário (artigo 303.º, nº2 e nº3 do CCP).

Note-se que este poder não se confunde com o anterior, uma vez que o *poder de fiscalização* é um poder passivo e preventivo, que simplesmente admite ao contraente público acompanhar a execução do contrato e evitar situações de incumprimento, sendo, portanto, *instrumental* ao poder de direção e ao poder de aplicar sanções contratuais – as ordens, diretivas ou instruções somente serão emitidas em consonância do que for apurado pela fiscalização à execução do contrato e do que constar dos autos ou relatórios devidamente documentados. Por isso, *o contraente público primeiro fiscaliza e depois atua*²¹².

Em conformidade com alguma doutrina, FERNANDA PAULA OLIVEIRA e FIGUEIREDO DIAS referem que “o poder regulado no nº2 do artigo 325.º do CCP pode ser reconduzido aos poderes anteriormente referidos. Este poder permite que, mantendo-se a situação de incumprimento, após notificação do cocontratante e decorrido o prazo tido como razoável, o contraente público pode optar pela efetivação das prestações de natureza fungível em falta, diretamente ou por intermédio de terceiro, mediante notificação para o cumprimento, ou por resolver o contrato com fundamento em incumprimento definitivo. Em todo o caso, parece-nos que este poder é, do ponto de vista material, mais intenso, assumindo-se mesmo como uma execução coativa, razão pela qual se poderá porventura enquadrar melhor no poder de aplicação de sanções administrativas”²¹³.

Este poder pode ser delegado em comissões paritárias de acompanhamento ou entidades públicas ou privadas especializadas (artigo 305.º, nº 4 e 5 do CCP).

Conclui-se, quanto ao poder fiscalização, que existe um conjunto de regras que definem e restringem este poder e que determinam os deveres e sujeições que impendem, consequentemente, sobre o cocontratante, sendo que este não pode opor-se ou recusar-se à

²¹² OLIVEIRA, Fernanda Paula/ DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais...*, p. 319; AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, p. 524; PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público...*, p. 76; GOMES, Carla Amado, “A conformação...”, p. 529; SOUSA, Marcelo Rebelo de/ MATOS, André Salgado de, *Contratos Públicos:...*, p. 141.

²¹³ OLIVEIRA, Fernanda Paula/ DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais...*, p. 320.

realização das diligências impostas pela Administração, uma vez que esta tem poder legítimo e justificado para o impor.

iii. Poder de Aplicação de Sanções Contratuais

Permite que *o contraente público possa aplicar sanções previstas expressamente na lei ou estipuladas contratualmente* (artigo 329.º, n.º1 do CCP). Todavia, é “suficiente a mera autorização legal para a previsão, no contrato, de sanções contratuais, dispensando-se uma indicação legal taxativa do elenco de sanções aplicáveis”²¹⁴.

Este poder assenta (tem como fundamento) no incumprimento contratual por parte do cocontratante, sendo que é aplicado nas situações de mora, de cumprimento defeituoso ou de incumprimento do contrato (quer seja total ou quer seja parcial) e ainda pela não execução pessoal do contrato sem prévia autorização do contraente público. O mencionado poder tem, além de uma *função punitiva*, uma *função coerciva*, impondo ao cocontratante o cumprimento das obrigações contratuais assumidas ou, até mesmo, acabar com o contrato (através da resolução sancionatória - artigo 333.º)²¹⁵.

Enfatize-se que só podem ser previstas sanções para a “*inexecução do contrato*”, ou seja, para a inexecução das obrigações contratuais. Deste modo, *fora do âmbito do poder sancionatório* fica a inexecução de obrigações impostas por lei ou por ato administrativo²¹⁶.

As *modalidades típicas de sanções* utilizadas neste âmbito são as subsequentes²¹⁷: aplicação de multas contratuais²¹⁸, a resolução sancionatória²¹⁹ e o sequestro²²⁰ do contrato.

²¹⁴ GONÇALVES, Pedro, “Cumprimento e Incumprimento do contrato administrativo”, in: *Estudos da Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 601.

²¹⁵ TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário...*, p. 716; e AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, p. 536.

²¹⁶ GONÇALVES, Pedro, “Cumprimento e incumprimento...”, p. 602.

²¹⁷ OLIVEIRA, Fernanda Paula/ DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais...*, pp. 322-323; TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário...*, pp. 716-717; AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, pp. 536-537.

²¹⁸ As *multas contratuais ou sanções pecuniárias* podem consistir numa pena ou numa medida compulsória (caso da sanção pecuniária compulsória prevista no artigo 403.º do CCP), sendo que estão previstas especificamente para as empreitadas de obras públicas.

De referir que estas multas não estão sujeitas ao princípio da taxatividade e, apesar de a lei não se referir expressamente quanto ao momento temporal até ao qual as multas contratuais podem ser aplicadas, refere GUERRA TAVARES que só se aplicam, por factos ou situações anteriores, “até à recepção provisória, quando a mesma se encontre prevista, ou, por maioria de razão, até à recepção definitiva, quando a mesma ocorrer desde logo”. Cf. TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário...*, p. 791.

²¹⁹ A *resolução sancionatória* consiste na extinção do contrato por decisão unilateral, sendo que está prevista nos artigos 330.º, alínea c) e no 333.º do CCP.

²²⁰ O *sequestro*, previsto nos artigos 420.º, alínea a) e 421.º do CCP, é o poder em que o contraente público se substitui ao contraente privado, ou seja, poder de o contraente público recuperar a gestão do serviço em substituição do concessionário e à custa dele, sempre que se haja uma situação de incumprimento grave, efetivo ou eminente, das obrigações previstas. É, portanto, específico das concessões de serviço público. Contudo, a

Estes são exemplos de previsão legal do poder sancionatório, não sendo, por isso, necessária previsão expressa no contrato.

Já nos casos em que não há previsão legal, só pode haver sanções por incumprimento se as mesmas estiverem expressamente previstas no contrato administrativo. Acontece, por exemplo, nos casos de aquisição de bens e de serviços.

Por conseguinte, e como refere PEDRO GONÇALVES, nesta matéria não há um *numerus clausus*, uma vez que “o contrato pode desenhar medidas sancionatórias que se afastem dos tipos a que a lei alude: será o caso, por exemplo, da *advertência*. O que, em todo o caso, se deve considerar excluída é a previsão de sanções com consequências extracontratuais, dotada de uma repercussão fora da relação contratual (exemplo: proibição de contratar ou de participar em procedimentos de adjudicação)”²²¹.

As sanções pecuniárias têm como limite global 20% do preço contratual, ou de 30%, se não houver lugar à resolução do contrato – artigo 329.º, nº 2 e 3 do CCP²²². O contraente público não tem, aqui, uma discricionariedade total.

Nos casos em que o contrato prevê prorrogações expressas ou tácitas do prazo contratual, o valor das sanções, para efeito dos limites previstos no artigo 329.º, nº2 e nº3 do CCP, tem por referência o preço referente ao período de vigência inicial – artigo 329.º, nº4 do CCP²²³.

lei não o qualifica expressamente como tal. Este aplica-se nas concessões de obras públicas e de serviços públicos.

Este é uma medida temporária, porque acaba quando se regularizar a situação de inexecução ou de incumprimento ou no caso de impossibilidade da manutenção do contrato, através da resolução deste.

O sequestro pode ocorrer nas seguintes casos: no caso de cessação ou interrupção do desenvolvimento das atividades e da exploração dos serviços objeto da concessão; no caso de existência de deficiências graves no regular desenvolvimento das atividades e serviços objeto da concessão e situações de insegurança de pessoas e bens; ou no caso de haver deficiências no estado geral das instalações e equipamentos da rede postal pública que comprometam a continuidade e/ou qualidade da prestação dos serviços objeto da concessão.

Por fim, o concessionário suportará todos os encargos resultantes da manutenção dos serviços e despesas extraordinárias necessárias ao restabelecimento da normalidade da exploração do serviço público (artigo 421.º, nº5 do CCP).

²²¹ GONÇALVES, Pedro, “Cumprimento e incumprimento...”, p. 604.

²²² Este limite é semelhante ao que se estabelecia no domínio do anterior regime das empreitadas de obras públicas previsto no artigo 201.º, nº1, alínea b) do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março. Este diploma foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, que aprovou o CCP.

Atente-se que a norma do 329.º, nº 2 do CCP não impede que o contrato estabeleça limites inferiores a esse. Nesta esteira, menciona GUERRA TAVARES que “se para todos os contratos administrativos – com exceção da empreitada de obras públicas – a aplicação de multas contratuais depende da sua previsão expressa no texto contratual, parece-nos evidente, por maioria de razão, que pode também ser estabelecido no contrato um limite inferior ao referido na norma”. Cf. TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário...*, p. 792.

²²³ Norma aditada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 agosto.

iv. Poder de Resolução Unilateral do Contrato

O contraente público pode resolver o contrato administrativo unilateralmente, sem necessidade de utilizar a via judicial ou arbitral (artigos 302.º, alínea e); 330.º, alínea c); 333.º-335.º do CCP)²²⁴.

De notar que se trata de um *poder excecional*, uma vez que só pode ser utilizado caso ocorra uma violação grave das obrigações assumidas pelo cocontratante especialmente consagradas no contrato²²⁵ e, por isso, este poder tem um carácter de *ultima ratio*, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade²²⁶. Aplica-se a todos os contratos, não sendo, portanto, exclusivo dos contratos administrativos.

Pode suceder em *três situações distintas*:

a) *resolução sancionatória (rescisão) por incumprimento do cocontratante* (artigos 329.º, nº1 e 333.º do CCP) – pode ser imposta quando se verificarem as situações previstas expressamente na lei (artigo 331.º, nº1), de incumprimento ou violação grave das obrigações assumidas pelo cocontratante, ou outras situações especificamente previstas nas cláusulas contratuais como causas de resolução do contrato;

b) *resolução por razões de interesse público* (artigo 334.º do CCP) – pode ser imposta quando o interesse público deixou de ser realizável através de contrato, pelo que tem de ser devidamente justificada pelo contraente público e respeitando sempre diversos princípios como, por exemplo, o princípio da proporcionalidade;

c) *resolução do contrato por alteração anormal ou imprevisível das circunstâncias*²²⁷ (artigo 335.º do CCP)²²⁸.

Note-se que o contratante particular tem direito a uma *justa indemnização*, que deverá abranger os danos emergentes²²⁹ e os lucros cessantes²³⁰. Exceto quando a resolução

²²⁴ Esta é uma das causas de extinção do contrato administrativo.

²²⁵ No caso de violações menos graves poderá haver multas contratuais.

²²⁶ OLIVEIRA, Fernanda Paula/ DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais...*, p. 323; GONÇALVES, Pedro, *A Concessão...*, p. 340.

²²⁷ Alteração esta que pode resultar de circunstâncias *objetivas*, mas também pode ser *imputável* ao exercício de *poderes não contratuais* pelo contraente público (artigo 335.º, nº 1 e nº 2 do CCP).

²²⁸ Para mais desenvolvimentos acerca dos fundamentos da resolução unilateral do contraente público, cf. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, pp. 551-554; TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário...*, pp. 799-808; ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, 2017, pp. 286-287; SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos:...*, 2019, pp. 725-729; ANDRADE, José Carlos Vieira de, “A propósito do regime do contrato administrativo...”, pp. 35-38.

²²⁹ O contraente público tem de colocar o cocontratante na situação em que se encontraria se não tivesse havido resolução.

²³⁰ O contraente público tem de colocar o cocontratante na situação em que estaria se o contrato fosse pontualmente cumprido.

assenta em razões de violação grave das obrigações contratuais (resolução sancionatória) – neste caso, o contraente público é que tem o direito a uma indemnização, devido aos prejuízos decorrentes da adoção do novo procedimento de formação do contrato²³¹.

No caso de *resolução sancionatória*, VIEIRA DE ANDRADE alerta para a seguinte divergência: deve-se incluir na indemnização do lesado (cocontratante ou contraente público) o *interesse contratual negativo* (denominado por “*dano de confiança*”) – sustentado tradicionalmente pela maioria da doutrina civilística e jurisprudência, baseando-se na lógica retroativa, análoga à da anulação do contrato – ou o *interesse contratual positivo* – apoiado por alguma doutrina e jurisprudência suprema²³², sendo que este se fundamenta principalmente nos contratos administrativos quando a sua resolução produza efeitos somente para o futuro, nos casos de contrato de longa duração²³³.

VIEIRA DE ANDRADE, quanto ao artigo 334.º, nº2, ou seja, quando esteja em causa uma *resolução unilateral por motivos de interesse público*, afirma que o preceito legal evidencia uma *indemnização pelo interesse contratual positivo*, nomeadamente, porque o artigo 334.º, nº2, *in fine*, menciona a dedução do “benefício que resulte da antecipação dos ganhos previstos”. De facto, esta é uma expressão da *Teoria da Diferença*, pelo que se tem de calcular todos os benefícios afastados da antecipação. Inclui-se, aqui, o “ganho de chance” derivado da possibilidade de utilização alternativa do tempo, materiais e capitais em outro projeto e a eliminação dos variados riscos que pudessem correr por conta do cocontratante (em caso de períodos de antecipação longos).

Este autor expõe ainda que, em alguns casos, era mais oportuno uma *indemnização pelo interesse contratual negativo*, que visasse colocar o cocontratante na situação em que se encontraria caso não tivesse celebrado o negócio. Sendo que exemplifica com o seguinte caso: “quando a resolução determine a destruição retroactiva do contrato (nesses casos, seria equiparada de facto às situações de anulação), e, mesmo nos contratos de longa duração, quando a resolução aconteça logo no início, em termos próximos de uma revogação da adjudicação – sendo que, em qualquer das situações, para além dos danos emergentes, poderia haver lugar à indemnização de lucros cessantes, relativos a uma comprovada “perda de chance” de negócios alternativos por parte do co-contratante”²³⁴.

²³¹ OLIVEIRA, Fernanda Paula/ DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais...*, p. 324.

²³² Vejamos, a este respeito, o Acórdão do STJ, de 14-06-2011, processo nº 4883/05.04TVLSB.L1.S1, 1ª Secção.

²³³ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, 2017, p. 289.

²³⁴ *Ibidem*, p. 288.

É importantíssimo mencionar que não se pode confundir a *resolução por motivo de interesse público* (que diz respeito ao exercício de um poder contratual) e o “*fait du prince*” (que advém de um poder extracontratual do contraente público, ou de uma terceira entidade pública, quando determine a resolução do contrato – artigo 335.º, nº2 do CCP).

Quanto à *resolução do contrato por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias*, normalmente, não há indemnização para nenhuma das partes, porquanto “a exigência do cumprimento das obrigações assumidas pela parte lesada afecte gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”²³⁵. Todavia, se a alteração decorrer do exercício de poderes extracontratuais (*factum principis*), há lugar a indemnização, nos termos estabelecidos para a resolução por motivo de interesse público (artigo 335.º, nº2 do CCP) – através do princípio de atração ou absorção da responsabilidade extracontratual pela responsabilidade contratual ou através da “responsabilidade semi-contratual”²³⁶.

De referir também que o resgate (previsto no artigo 422.º do CCP) é o caso mais comum de resolução não sancionatória, pelo que pode definir-se como o *ato administrativo pelo qual o contraente público, antes do fim do prazo do contrato (de concessão), decide recuperar as funções administrativas que estavam entregues ao cocontratante, por razões de interesse público e mediante, obviamente, uma justa indemnização*.

A título de referência, *o poder de resolução do contrato está também à disposição do cocontratante privado, nas situações previstas no CCP*, sendo que tem de ser exercido por via judicial ou mediante arbitragem (vejamos o artigo 332.º do CCP sobre a “resolução do contrato por iniciativa do cocontratante”)²³⁷.

²³⁵ *Ibidem*, p. 289.

²³⁶ Atente-se que esta solução só tem cabimento quando a alteração se produz diretamente sobre o contrato e quando há identidade entre o autor do ato e o contraente público. Exemplificando, quando o contraente público é o Estado ou integre a Administração Indireta e a alteração das circunstâncias aconteçam devido a medidas político-legislativas ou administrativa do Governo (ou Assembleia da República) que produza diretamente efeitos específicos relevantes sobre o conteúdo do contrato. Destarte, nos casos em que o contraente público constitua uma administração autónoma relativamente ao autor do ato de poder, o cocontratante poderá ter direito a uma “indemnização pelo sacrifício”, ao encargo do Estado, o que implica uma compensação pelos prejuízos no âmbito da responsabilidade extracontratual (e não uma indemnização por responsabilidade contratual), que desfavorece os cocontratantes comparativamente com as hipóteses de identidade ou identificabilidade organizativa. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, 2017, p. 290.

²³⁷ Para mais desenvolvimentos, cf. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, pp. 549-550; ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, 2017, p. 287.

Por fim, a resolução dos contratos administrativos *não tem efeitos retroativos* (ao contrário do que acontece na invalidade dos contratos administrativos). Já no Direito Civil, a resolução tem efeito retroativo – artigos 433.º e 434.º, nº1 do CCiv.

v. **Poder de Ordenar a Cessão da Posição Contratual**

O contrato pode prever que, *em caso de incumprimento, o cocontratante ceda a sua posição contratual ao concorrente*, isto é, o contraente público pode determinar unilateralmente a substituição do cocontratante, cedendo a sua posição contratual para terceiro, nos termos e condições do artigo 318.º-A, nº1 do CCP²³⁸.

Isto evita todos os inconvenientes relacionados com a instauração de um novo procedimento adjudicatário em caso de incumprimento do cocontratante e a conservação de relações jurídicas que o cocontratante estabelecesse com terceiros para a execução do contrato, protegendo-os²³⁹.

A cessão da posição contratual apenas tem lugar quando verificados os *requisitos subsequentes*: *i)* a sua previsão expressa no contrato; *ii)* a ocorrência de uma situação de incumprimento por parte do cocontratante que reúna os pressupostos para o contraente público poder declarar a resolução (rescisão-sanção) do contrato nos termos do artigo 333.º do CCP; e *iii)* que o contrato tenha sido adjudicado em procedimento concorrencial no qual tenham participado e sido ordenados outros concorrentes²⁴⁰.

Diferentemente, pode o contraente público exercer este mesmo direito, assumindo a posição do cocontratante (*step in*), nos casos de incumprimento *grave* das obrigações

²³⁸ Poder acrescentado no CCP, pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto. Sendo que tem por base o artigo 72.º, nº1, alíneas a) e d) da Diretiva 2014/24/UE e artigo 43.º, nº1, alíneas a) e d) da Diretiva 2014/23/UE. Isto implicou alterações em outros artigos 302.º e 307.º, nº2 do CCP. Este é um poder que se “aproveita”, digamos assim, dos princípios da transparência, da concorrência e da igualdade.

²³⁹ Neste sentido vai também o artigo 321.º-A do CCP (“Pagamento direto ao subcontratado”). Acerca deste preceito legal, cf. ALVES, Pedro Leite, “Alguns problemas em sede de execução e (in)cumprimento do contrato – os artigos 318.º-A e 321.º-A do CCP”, in: *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. II, 4ª edição, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 712-723; MELO, Pedro, “Subcontratação e pagamento directo aos subcontratados”, in: *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. II, 4ª edição, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 551-570.

²⁴⁰ Isto vai de encontro com o Considerando 110 da Diretiva 2014/24/UE e o Considerando 77 da Diretiva 2014/23/UE que referem em termos semelhantes o seguinte: “*Em conformidade com os princípios da igualdade de tratamento e da transparência, o adjudicatário não deverá, por exemplo quando um contrato seja rescindido devido a deficiências na execução, ser substituído por outro operador económico sem abrir novo concurso relativo ao contrato (...)*” (itálico nosso).

contratuais que justifica a resolução sancionatória e nos casos que este incumprimento seja *iminente* (artigo 322.º, n.º2 do CCP)²⁴¹.

Destarte, o vencedor do procedimento pré-contratual é substituído de forma gradual e sequencial por outro concorrente que participou no procedimento original, de modo a concluir um (*novo*) contrato para a (adjudicação da) conclusão dos trabalhos (artigo 318.º-A, n.º2 do CCP). Colocamos entre parênteses estas palavras, porque não fazem sentido estarem aqui. De facto, este preceito legal devia ter sido alterado pela Lei n.º 30/2021, mas não o foi, infelizmente.

Note-se que deve ser respeitada a ordem de classificação das respetivas propostas do procedimento, não havendo, obviamente, espaço para uma negociação com os concorrentes.

Todavia, os concorrentes não estão obrigados a aceitar a cessão da posição contratual, devendo esta ocorrer nas mesmas condições propostas pelo cedente, e não em conformidade com a proposta que o cessionário havia apresentado no procedimento anterior (artigo 318.º-A, n.º3 do CCP)²⁴². Na verdade, este preceito quer dizer que *os concorrentes estão obrigados a manter as propostas apresentadas* como, por exemplo, o prazo de manutenção da proposta (artigo 65.º do CCP). Caso nenhum dos concorrentes aceitar a cessão da posição contratual, há resolução sancionatória, de acordo com o artigo 333.º do CCP.

Permite-se, assim, aproveitar o resultado do procedimento pré-contratual, no âmbito do qual se procedeu à adjudicação da proposta apresentada pelo cocontratante, para aí encontrar, em obediência ao resultado desse procedimento e, como tal, à ordenação das propostas²⁴³, o respetivo cessionário, que assumirá o lugar do cocontratante por “mero efeito de ato do contraente público, sendo eficaz a partir da data por este indicada” (artigo 318.º-A, n.º4 do CCP)²⁴⁴. Mas, como referimos anteriormente, para haver cessão da posição contratual o cessionário tem de aceitar primeiro.

²⁴¹ SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos: ...*, 2019, pp. 698-700; ALVES, Pedro Leite, “Alguns problemas...”, pp. 700-701.

²⁴² Esta norma também devia ter sido, no presente ano, reformulada e não foi.

²⁴³ Assim respeita-se os princípios da contratação pública, respetivamente o da transparência e concorrência.

²⁴⁴ Devia haver aqui também uma reformulação na norma, porque não é necessário apenas um ato do contraente público/ato administrativo executório; é necessário também o consentimento do cessionário. Mas, uma vez mais, o legislador de 2021 nada mudou.

Por conseguinte, este poder assegura a subsistência das relações jurídicas contratuais administrativas e também os contratos delas dependentes ou com elas relacionados nos casos em que as mesmas se tenham desenrolado de maneira tão problemática que, sem a cessão da posição contratual, não sobraria outra alternativa senão proceder à resolução sancionatória do contrato com o cocontratante inicial.

É importante referir que todos os direitos e obrigações do cocontratante (incluindo os subcontratos) constituídos antes da notificação da aceitação do cessionário, se transmitem *automaticamente* para o cessionário na data da produção de efeitos desse ato, sem que este se possa opor (artigo 318.º-A, nº 5 do CCP). Diversamente, todas as obrigações assumidas pelo cocontratante, depois de ser notificado da cessão, só vinculam o cessionário se este as aceitar, declarando-o (artigo 318.º-A, nº6 do CCP).

As garantias e a caução serão reduzidas na proporção do valor das prestações efetivamente executadas e liberadas seis meses após a cessão se não houver obrigações de garantia (artigo 318.º-A, nº7 do CCP). No caso de haver, essa liberação processar-se-á nos prazos previstos nos nºs 4, 5 e 7 do artigo 295.º do CCP²⁴⁵.

O artigo 318.º-A, nº8 do CCP prevê a possibilidade de *recusa* expressa da posição contratual de subcontratante nos subcontratos por parte do cessionário²⁴⁶.

Assim sendo, o poder de ordenar a cessão da posição contratual faz face a situações em que a resolução sancionatória teria o efeito de deixar ao abandono uma obra já iniciada ou a paralisação de uma prestação de serviços até que um novo procedimento pré-contratual seja concluído²⁴⁷. É, portanto, uma medida alternativa à resolução do contrato, sendo que esta seria mais prejudicial para a prossecução do interesse público. Todavia, este poder suscita algumas dúvidas no que toca à sua operacionalidade prática e, por isso, o contraente público segue este caminho poucas vezes.

Por conseguinte, FREITAS DO AMARAL refere que as expressões “concluir novo contrato” e “adjudicação”, previstas no artigo 318.º-A, nº2 do CCP, deixam dúvidas

²⁴⁵ TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário...*, p. 769.

²⁴⁶ Acerca deste preceito legal, GUERRA TAVARES refere que a norma não esclarece o momento em que o cessionário deverá recusar esses subcontratos e cita PEDRO LEITE ALVES que menciona que é “(...) uma omissão incompreensível e que abre a possibilidade de a consulta e/ou a decisão serem posteriores à efectivação da cessão”. Os supracitados autores afirmam ainda que são muito gravosos os dois fundamentos essenciais da cessão, devido ao facto de estarem sujeitos ao direito de veto do cessionário. Pelo que o contraente público pode não conseguir prosseguir o interesse público devido a isso. Em alguns casos poderá haver até lesão do interesse público. Cf. TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário...*, p. 769; ALVES, Pedro Leite, “Alguns problemas...”, pp. 706-708.

²⁴⁷ OLIVEIRA, Fernanda Paula/ DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais...*, p. 324.

interpretativas, porque não se sabe, neste tipo de situações, se há uma verdadeira “cessão da posição contratual” do contrato inicial ou, diversamente, se há uma nova adjudicação e atribuição de um novo contrato²⁴⁸. Contudo, o supracitado autor acrescenta que *existem outros pormenores que deixam claro que há uma verdadeira cessão da posição contratual* como, por exemplo²⁴⁹:

i. A epígrafe do artigo 318.º-A, bem como o artigo 302.º, alínea f), ambos do CCP, utilizam “cessão da posição contratual por incumprimento do cocontratante”, pelo foi mesmo intenção do legislador qualificá-lo juridicamente assim.

ii. O artigo 318.º-A, nº3 do CCP estabelece que “a execução do contrato ocorre nas mesmas condições já propostas pelo cedente no procedimento pré-contratual original”, ou seja, executa-se o mesmo contrato com um cocontratante privado diferente.

iii. O artigo 318.º-A, nº4 do CCP que determina os termos em que se processa a alteração subjetiva em causa.

iv. O artigo 318.º-A, nº5 do CCP enfatiza a ideia de um mesmo contrato, mas com novo cocontratante, porquanto os direitos e obrigações do cedente, constituído à data anterior à cessão, transmitem-se para o novo cocontratante.

De facto, o legislador devia utilizar outras expressões mais corretas, de modo a não haver qualquer confusão quanto à cessão da posição contratual²⁵⁰. Apesar da revisão operada em 2021, o legislador não corrigiu alguns erros técnicos neste artigo. No fundo, este normativo legal resulta de uma escolha política e não de uma técnica legislativa²⁵¹.

Torna-se imperial referir que o CCP nada refere quanto à conjugação de uma *modificação subjetiva* do contrato administrativo, ordenada pelo contraente público ao abrigo deste poder, com a *modificação objetiva* (como, por exemplo, sob o poder de modificação unilateral). Quanto a esta questão, FREITAS DO AMARAL expõe que “*desde que se encontrem cumulativamente preenchidos os respetivos pressupostos, parece-nos, em princípio, que não deve considerar-se vedada esta possibilidade*” (itálico nosso)²⁵².

²⁴⁸ No mesmo sentido, cf. TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário...*, pp. 767-768; SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos:...*, 2019, p. 692.

²⁴⁹ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, pp. 538-539.

²⁵⁰ Nesta senda, cf. ALVES, Pedro Leite, “Alguns problemas...”, p. 703.

²⁵¹ *Ibidem*, pp. 697-724.

²⁵² AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, p. 539.

Em suma, e diferentemente do que acontece nos contratos de direito privado²⁵³, os contratos administrativos têm sempre como fundamento-base a primazia pela satisfação do interesse público, em detrimento do interesse particular.

Verificadas algumas condições, e claro dentro de determinados limites, a Administração pode praticar atos administrativos relativos à execução do contrato, introduzir unilateralmente alterações ao conteúdo obrigacional do contrato e ainda rescindir o contrato independentemente do incumprimento da outra parte. A Administração, no âmbito do contrato administrativo, tem sempre um poder público de supremacia, pelo que a coloca em posição de superior desigualdade em relação ao cocontratante. Esta detém claramente *prerrogativas do poder público*, que se exprimem nos poderes supramencionados.

2.2. O Direito à Partilha Equitativa de Benefícios

Para além dos poderes do contraente público, o CCP estabelece o *direito do contraente público à partilha equitativa de benefícios* quando ocorra um acréscimo anormal e imprevisível dos benefícios financeiros previstos para o cocontratante que não resulte da sua eficiente gestão e das oportunidades criadas pelo mesmo (artigo 341.º, nº1 do CCP)²⁵⁴. Esta partilha de benefícios efetua-se “através da revisão de preços ou assunção, por parte do cocontratante, do dever de prestar ao contraente público o valor correspondente ao acréscimo das receitas ou ao decréscimo dos encargos previstos com a execução do contrato” (artigo 341.º, nº2 e artigo 420.º, alínea d) do CCP)²⁵⁵.

Esta é uma *figura própria* dos contratos administrativos.

2.3. A Natureza dos Poderes do Contraente Público

De acordo com o artigo 307.º, nº1 do CCP “as declarações do contraente público sobre interpretação e validade do contrato ou sobre a sua execução são *meras declarações*

²⁵³ Em que o contrato deve ser pontualmente cumprido e só pode modificar-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos por lei (nº1 do artigo 406.º do CCiv.), sendo que as partes estão em posição de igualdade.

²⁵⁴ O CCP de 2017 estabelece esta novidade, em geral, para as parcerias públicas-privadas e, em especial, relativamente a concessões de obras e serviços públicos.

²⁵⁵ Neste âmbito, VIEIRA DE ANDRADE questiona se isto “implica, como a letra da norma sugere, que o benefício reverta integralmente para o contraente público”. Embora esta solução se justifique em alguns casos, “de algum modo contraria a ideia de *partilha equitativa*”. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, 2017, p. 278.

negociais, pelo que, na falta de acordo do cocontratante, o contraente público apenas pode obter os efeitos pretendidos através do recurso à ação administrativa” (itálico nosso)²⁵⁶. Neste sentido, estabelece-se no artigo 37.º, nº1, alínea l) do CPTA que seguem a forma de ação administrativa os processos que tenham por objeto litígios relativos a “interpretação, validade ou execução de contratos”, sendo que a ação pode ser intentada a todo o tempo (artigo 41.º, nº1, 2ª parte do CPA)^{257/258}.

De facto, este preceito legal, bem como os seguintes (artigos 308.º, 309.º, 310.^{o259} do CCP), correspondem ao “*critério de sujeição ou subordinação*”, que permite distinguir os contratos administrativos dos contratos de direito privado²⁶⁰. Mas atente-se que esta subordinação tem limites.

Assim sendo, a regra é que todas as declarações negociais do contraente público sobre a interpretação, validade e execução do contrato são considerados *atos negociais*, à exceção dos atos praticados no exercício de poderes de autoridade sobre a execução do contrato que, nos termos e condições previstos na lei, são *atos administrativos*.

²⁵⁶ Este também era, de forma geral, o regime que já constava do artigo 186.º do CPA (revogado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, que aprovou o CCP), onde, numa diferente formulação terminológica, se prescrevia que “os atos administrativos que interpretem cláusulas contratuais ou que se pronunciem sobre a respetiva validade não são definitivos e executórios, pelo que na falta de acordo do cocontratante a Administração só pode obter os efeitos pretendidos através de ação a propor no tribunal competente.” Cf. OLIVEIRA, Mário Esteves de/ GONÇALVES, Pedro Costa/ AMORIM, João Pacheco de, *Código...*, pp. 849-852.

Também o artigo 254.º, nº1 do RJEOP previa algo semelhante: “*I - Revestirão a forma de acção as questões submetidas ao julgamento dos tribunais administrativos sobre interpretação, validade ou execução do contrato*” (itálico nosso). Este diploma foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

²⁵⁷ Mas tem de se ter em atenção à primeira parte do artigo 41.º, nº1 do CPA (“sem prejuízo do disposto na lei substantiva e no capítulo seguinte”), devendo ver os prazos de prescrição e caducidade dos direitos em causa (exemplo: artigo 482.º do CCiv.) e os prazos especiais para a instauração de determinadas ações sobre contratos previstos no artigo 77.º-B do CPA.

²⁵⁸ Evidentemente que não se exclui a eventualidade de recurso à *arbitragem*, nos termos expressamente admitidos no artigo 180.º, nº1, alínea a) do CPTA e no artigo 476.º do CCP. Este referido artigo do CCP sofreu alterações com a revisão de 2017. Quanto à arbitragem, cf. SERRÃO, Tiago, “A arbitragem no CCP”, in: *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. II, 4ª edição, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 837-871. E, no tangente aos outros meios de resolução alternativa de litígios no CCP, cf. CALADO, Diogo, “Os (outros) meios alternativos de resolução de litígios no CCP: uma primeira análise”, in: *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. II, 4ª edição, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 873-893.

²⁵⁹ Neste artigo 310.º do CCP, prevê-se que as partes podem substituir os atos administrativos por “acordos endocontratuais”. Sendo que os acordos sobre a modificação dependem dos pressupostos e estão sujeitos aos limites da modificação objetiva. Cf. PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público...*, pp. 113-115; SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos:...*, 2019, pp. 661-664.

²⁶⁰ SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos:...*, 2019, p. 307.

Nesta senda, o artigo 307º, nº2 do CCP refere que “revestem a natureza de *ato administrativo* (itálico nosso) as declarações do contraente público sobre a execução do contrato que se traduzam em²⁶¹:

- a) Ordens, diretivas ou instruções no exercício dos poderes de direção e de fiscalização;
- b) Modificação unilateral das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público;
- c) Aplicação das sanções previstas para a inexecução do contrato;
- d) Resolução unilateral do contrato²⁶²;
- e) Cessão da posição contratual do cocontratante para terceiro²⁶³.

Logo, os atos incluídos no nº 2 são *atos de autoridade* e os atos não incluídos no nº 2 são *atos negociais*.

De referir que, *no âmbito do direito anterior*, ou seja, antes da publicação do CCP, constituía uma *vaexata questio*, particularmente na jurisprudência administrativa, a relativa à qualificação das declarações emitidas pelas entidades públicas contratantes ao abrigo dos poderes previstos no artigo 180.º do CPA, isto é, a questão de saber se os poderes de conformação possuíam a natureza de atos administrativos ou de declarações negociais²⁶⁴. A questão colocava-se especialmente a propósito dos atos de aplicação de multas contratuais e dos atos de rescisão do contrato. Podiam identificar-se *três posições na jurisprudência portuguesa nesta matéria*²⁶⁵:

- Uma corrente, dita *tradicional*, que considerava que estes atos eram atos administrativos²⁶⁶;

²⁶¹ Segundo VIEIRA DE ANDRADE, no âmbito do CCP, esta qualificação expressa é uma enumeração meramente *taxativa*. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, 2017, p. 276.

²⁶² Acerca desta alínea há alguma controvérsia. Para mais desenvolvimentos, cf. TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário...*, p. 727.

²⁶³ No exercício do poder acrescentado pela revisão de 2017.

²⁶⁴ GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo:...*, pp. 113-119.

²⁶⁵ Para mais desenvolvimentos, cf. TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário...*, pp. 725-726; GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo:...*, p. 114; PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público...*, pp. 95-98.

²⁶⁶ Vejamos, por exemplo, o Acórdão do STA, de 14-02-2002, processo nº 047543, 1ª Subsecção do Contencioso Administrativo.

- Uma corrente, *revolucionária*, que considerava estes atos, mesmo os de aplicação de multas e os de rescisão, como meras declarações negociais²⁶⁷;
- Uma corrente, *intermédia*, dita *indecisa*, em que estes atos tanto podiam ser atos administrativos como meras declarações negociais²⁶⁸.

Note-se que a *distinção* entre atos administrativos e declarações negociais tem relevo formal e procedimental, importando principalmente no âmbito do *regime substantivo*. Efetivamente, há diferenças importantíssimas no regime de ambas as configurações²⁶⁹, no que diz respeito à força jurídica da pronúncia enquanto *ato administrativo*²⁷⁰:

- Quanto à obrigatoriedade da decisão, embora anulável, quanto à força executiva ou executória (artigo 309.º do CCP);
- No que respeita ao ónus de impugnação dos interessados (no curto prazo de três meses – artigo 58º CPTA)²⁷¹;
- Quanto ao poder da declaração de nulidade ou de anulação unilateral (artigo 162.º, nº2 e 163.º, nº4 do CPA)²⁷².

É importante reforçar que “existem situações em que, *para além de força executiva*, os atos administrativos conformadores da relação contratual adquirem também *força executória*, isto é, são atos que, pela natureza dos interesses em causa, podem ser executados coativamente pela própria Administração, sem necessidade de recurso aos tribunais. É o caso dos atos que determinem, em geral, a resolução do contrato ou, em especial, o sequestro ou o resgate de concessões” (itálico nosso)²⁷³. Estes atos administrativos gozam, portanto, do “*privilégio de execução prévia*”²⁷⁴.

Deste modo, e sintetizando, podem ocorrer três situações²⁷⁵:

²⁶⁷ Observemos, por exemplo, o Acórdão do STA, de 29-01-1998, processo nº 042633, 1ª Subsecção do Contencioso Administrativo.

²⁶⁸ Examinemos, por exemplo, o Acórdão do STA, de 20-12-2000, processo nº 046372, 3ª Subsecção do Contencioso Administrativo.

²⁶⁹ Embora estejam em causa, em ambas as figuras, poderes funcionais que se impõem ao cocontratante privado.

²⁷⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, 2017, p. 276.

²⁷¹ Neste caso, cabe ao cocontratante o ónus de impugnar judicialmente o ato administrativo, quando considere tais atos ilícitos. Caso contrário, o ato manter-se-á plenamente eficaz, vinculativo e autoritário.

²⁷² Estas são características exclusivas dos atos administrativos. Como decorre do artigo 307.º, nº1, 2ª parte do CCP, em caso de declaração negocial, e na falta de acordo do cocontratante, o contraente público tem de recorrer ao tribunal para obter os efeitos pretendidos com a declaração.

²⁷³ OLIVEIRA, Fernanda Paula/ DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais...*, p. 325.

²⁷⁴ Para mais desenvolvimentos acerca da executividade e executoriedade, cf. PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público...*, pp. 112-113.

²⁷⁵ OLIVEIRA, Fernanda Paula/ DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais...*, p. 325.

a) As emanações do contratante público qualificadas como declarações negociais *não têm nem força executiva nem força executória*: este é o caso das declarações quanto à interpretação e validade do contrato ou sobre a sua execução – *atos negociais*;

b) Se se tratar de atos administrativos contratuais relativos a ordens e instruções, ou de uma decisão de modificação unilateral, os atos administrativos *têm força executiva*, ou seja, são diretamente executáveis pela via da ação executiva, não carecendo de prévia declaração pelos tribunais quanto à conformação do seu conteúdo – artigo 309.º, nº1 e nº2, 1ª parte do CCP – *atos administrativos em geral*;

c) No caso de se tratar de atos que determinem a resolução unilateral do contrato, o sequestro ou o resgate de concessões²⁷⁶, ou os que a lei assim o determine, os mesmos são diretamente executados pelo contraente público, dispensando da exequibilidade promovida pela via judicial; gozam, portanto, do “*privilégio de execução prévia*”, ao contrário dos casos da alínea anterior que gozam “*apenas*” de *executividade* – artigo 309.º, nº2, 2ª parte do CCP – *determinados atos administrativos*.

Esta opção legislativa tem suscitado algumas críticas por parte da doutrina, porque sustenta a disparidade relacional entre as partes, conferindo à Administração poderes de autotutela pouco compatíveis com uma verdadeira relação jurídica contratual. Efetivamente, a maioria das decisões²⁷⁷ tem força executiva, pelo que a resolução de conflitos nelas originados terá que ser efetuada por via do contencioso de impugnação. Ainda assim, os referidos autores acreditam que o legislador ponderou o reconhecimento de que, por imperativos de interesse público, “é necessário assegurar uma posição de supremacia jurídica do contraente público, devendo admitir-se que ele disponha de instrumentos de defesa urgentes para compelir o particular ao cumprimento do contrato ou à resolução do mesmo”²⁷⁸.

Posto isto, é importante mencionar que os *atos administrativos contratuais* indicam algumas especificidades quanto ao regime típico dos atos administrativos (artigo 308.º do CCP). Por exemplo, não estão sujeitos, quanto à sua formação, ao regime do procedimento estabelecido pelo CPA (artigo 308.º, nº1 do CCP), exceto no caso da aplicação de sanções contratuais através de ato administrativo, que se rege, em regra, pelas normas relativas à

²⁷⁶ Acerca da resolução do contrato, resgate e sequestro, cf. SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos*:..., 2019, pp. 660-661.

²⁷⁷ Principalmente aquelas que são suscetíveis de gerar mais controvérsia entre as partes.

²⁷⁸ OLIVEIRA, Fernanda Paula/ DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais*..., p. 325. Na mesma esteira, cf. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, “O Ato Administrativo Contratual”, pp. 5-7.

audiência prévia (artigo 308.º, nº2 do CCP)²⁷⁹. Todavia, o contraente público pode dispensar a audiência prévia quando se verificam cumulativamente três condições: a) a sanção a aplicar tem de ter natureza pecuniária; b) ter sido prestada garantia bancária à primeira solicitação ou por instrumento equivalente; c) haver fundado receio de que a execução da audiência prévia frustre a execução da caução (artigo 308.º, nº3 do CCP).

Acerca desta opção legislativa, há autores que criticam esta opção e outros que são a favor.

Por um lado, na visão de VIEIRA DE ANDRADE, “esta opção legislativa reivindica, em face das dúvidas anteriores quanto à natureza dos actos de exercício dos poderes contratuais, a vantagem e conseqüente segurança do regime jurídico substantivo aplicável, *mas* apresenta o perigo de uma *rigidificação* e de um *autoritarismo* administrativo que, em determinadas situações e tipos de contratos, se poderá revelar inadequado, desnecessário ou excessivo em função da finalidade da garantia da realização do interesse público visado pela decisão de contratar”²⁸⁰.

Por outro lado, PEDRO GONÇALVES refere que se afigura “boa opção a de configurar como actos administrativos os actos praticados no exercício dos poderes do contraente público. Na verdade, o acto administrativo é o modo mais típico e mais formalizado lizado do agir administrativo, encontrando-se coberto por um regime consolidado e conhecido em todas as suas dimensões e que se mostra especialmente idóneo e eficaz como instrumento ao serviço da «lógica da função»”²⁸¹.

VIEIRA DE ANDRADE acrescenta que “não parece razoável que a lei, de forma global e indiferente, qualifique como ato administrativo a resolução unilateral de quaisquer contratos, incluindo, para além dos casos de resolução por imperativo de interesse público, quer também a resolução por incumprimento [que tradicionalmente é vista no direito administrativo, contra o nosso entendimento, como sanção contratual], quer ainda a resolução por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias aos tribunais – e a razoabilidade é ainda menor quando se atribui a todos esses atos de resolução, para além de força a título executivo, força executória, permitindo a sua execução coativa pelos meios administrativos sem recurso aos tribunais”²⁸².

²⁷⁹ Artigos 121.º a 125.º do CPA (“Da Audiência dos Interessados”).

²⁸⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, 2017, p. 277.

²⁸¹ GONÇALVES, Pedro, “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 64, julho/agosto 2007, p. 42.

²⁸² ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições...*, 2017, p. 277.

Para este autor é mais apropriada a ideia de que, e exemplificando com o Acórdão do STA, de 16-10-2003, processo n.º 047543, do Pleno da secção do Contencioso Administrativo: “*em regra*, a Administração, ao intervir unilateralmente na *execução* dos contratos administrativos, o faz através de declarações negociais que, caso configurem poderes, correspondem ao exercício de *direitos potestativos* de génese contratual. Regra essa que só deveria ser afastada nos casos expressamente previstos na lei (ou devidamente justificados no contrato) ou naquelas situações em que, com base em critérios materiais, se devesse concluir que se tratava de verdadeiros actos administrativos, por envolverem necessariamente o exercício unilateral de poderes de autoridade”^{283/284}.

AROSO DE ALMEIDA vai de encontro com esta perspectiva, uma vez que: os poderes de autoridade da Administração devem circunscrever-se ao verdadeiramente indispensável, sendo que “(...) o contrato administrativo não deve ser prioritariamente encarado como um instrumento de subjugação dos particulares ao poder da Administração, mas como uma fonte de relações jurídicas eminentemente paritárias”²⁸⁵.

Assim, o CCP, no seu artigo 307.º, adota a *corrente jurisprudencial tradicional*, desviando-se das correntes mais recentes que privilegiam as situações de paridade das partes e só excepcionalmente é que havia lugar ao exercício de poderes de autoridade. Consagra-se, deste modo, a posição doutrinal defendida por MARCELLO CAETANO e pela generalidade dos administrativistas²⁸⁶.

Concluindo, “o interesse público, mesmo quando prosseguido através de um contrato administrativo (...) não deixa, naturalmente, de exigir que esteja ao seu dispor o instrumento jurídico fundamental da actividade administrativa – o acto administrativo”²⁸⁷.

2.4. Princípio da Autonomia Contratual Pública

O CPA e o CCP consagram o denominado *princípio da autonomia contratual pública* ou *princípio geral da livre utilização do contrato administrativo* pelas entidades públicas administrativas.

²⁸³ *Ibidem*, pp. 277-278.

²⁸⁴ Sobre alguns desses critérios, cf. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, “O Ato Administrativo Contratual”, pp. 5-7.

²⁸⁵ ALMEIDA, Mário Aroso de, “Contratos administrativos e poderes de conformação...”, p. 12.

²⁸⁶ OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, p. 692.

²⁸⁷ PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público...*, p. 116.

Deste modo, os artigos 200.º, n.º3 do CPA e 278.º do CCP referem que “[N]a prossecução das suas atribuições ou dos seus fins, os órgãos da Administração Pública podem celebrar quaisquer contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer”²⁸⁸.

Este princípio traduz-se, assim, na hipótese de qualquer entidade pública recorrer a contratos administrativos para executar as suas atribuições, apesar de os seus regimes e efeitos não estarem especificamente previstos na lei²⁸⁹.

Não obstante, a utilização do contrato administrativo está subordinada a *limites* como, por exemplo, existência de uma proibição legal expressa e a incompatibilidade entre o instituto contratual e a natureza das relações a estabelecer. Logo, na aplicação alternativa entre o ato e o contrato, a Administração está inevitavelmente obrigada a optar pela forma de atuação que se revele mais *eficiente e adequada* à prossecução do fim de interesse público²⁹⁰.

Ora, tanto a norma do CPA como a do CCP consagram o contrato administrativo como uma “figura de utilização geral”²⁹¹, isto é, como uma das “*formas típicas gerais do agir administrativo, forma esta de que as entidades públicas administrativas se podem socorrer na prossecução das suas atribuições ou dos seus fins em paridade e alternativa a outras formas, também elas de atribuição geral, da atividade administrativa – o ato e o contrato de direito privado da Administração*” (itálico nosso)²⁹².

Por conseguinte, cabe às entidades públicas administrativas somente a escolha pelo modelo de atuação, ou seja, a escolha entre o contrato administrativo e o ato administrativo, por um lado, e entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado da Administração, por outro²⁹³. Há, portanto, uma liberdade de escolha consentida por esta norma quanto à *forma* do contrato administrativo, mas já não quanto ao *conteúdo* do contrato administrativo²⁹⁴.

²⁸⁸ Estas normas podem ser designadas como de *habilitação genérica* que permite a livre utilização do contrato administrativo pelas entidades públicas administrativas.

²⁸⁹ OLIVEIRA, Fernanda Paula/ DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais...*, p. 294.

²⁹⁰ *Ibidem*.

²⁹¹ À semelhança do artigo 179.º do antigo CPA.

²⁹² TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário...*, p. 639.

²⁹³ *Ibidem*, p. 640.

²⁹⁴ GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo:...*, p. 37.

Posto isto, segundo o artigo 278.º do CCP e o artigo 200.º, nº3 do CPA, a liberdade de utilização do contrato administrativo tem limites, “(...) salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer”²⁹⁵.

Primeiro, se a impossibilidade de utilizar o contrato administrativo *resultar da lei*, esta impossibilidade tem de ser clara, não podendo haver quaisquer dúvidas, de maneira a que não seja necessário apurar em específico, no silêncio da lei, se o legislador quis ou não, tácita ou implicitamente, afastar a hipótese da utilização do contrato administrativo²⁹⁶.

Segundo, se *resultar da natureza das relações a estabelecer*, torna-se necessário fazer uma interpretação da lei, visto que esta impossibilidade não é clara, sendo que pode decorrer de a natureza das relações a estabelecer não permitir qualquer nota de colaboração ou consenso (como, por exemplo, as decisões de reclamações ou de recursos que são necessariamente objeto de ato administrativo) ou pode resultar de a natureza das relações a estabelecer não permitir qualquer sinal de autoridade (casos em que só se admite a investidura em termos de direito privado como, por exemplo, uma fiança dada pela Administração a favor de um particular)²⁹⁷.

Terceiro, a Administração Pública tem sempre de “prosseguir o *interesse público*, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos” – artigo 4.º do CPA.

Efetivamente, a Administração tem de respeitar diversos princípios como, por exemplo, o princípio do interesse público e o princípio da legalidade (artigo 3.º do CPA), não havendo, portanto, uma total autonomia pública contratual da Administração Pública.

²⁹⁵ TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário...*, pp. 641-642; SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos:...*, 2019, p. 576.

²⁹⁶ Nas palavras de GUERRA TAVARES “(...) só não há liberdade de escolha da utilização do contrato administrativo em dois casos: i) se a lei expressamente afastar a possibilidade de utilização em concreto do contrato administrativo, quer porque diz expressamente quer porque atribui exclusividade a outra forma de atuação administrativa; ou ii) se a lei expressamente impuser a utilização do contrato administrativo para a produção de determinados efeitos jurídicos – pois neste caso, a utilização do contrato administrativo, sendo legalmente imposta, não resulta da atuação do princípio ínsito neste artigo 278.º do Código, mas de norma legal expressa nesse sentido” (itálico nosso). Cf. TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário...*, p. 641.

²⁹⁷ TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário...*, pp. 641-642.

3. Em especial, a Modificação Objetiva

O Capítulo V do Título I da Parte III do CCP, nos artigos 311.º a 315.º do CCP, prevê o *regime geral* de modificação objetiva dos contratos administrativos sujeitos à Parte III do CCP²⁹⁸.

Esta é uma *modificação objetiva*, porque diz respeito ao *objeto* e *conteúdo* do contrato administrativo. Diferentemente, a *modificação subjetiva* tem que ver com as *partes* do contrato²⁹⁹.

O poder de modificação *permite ao contraente público modificar unilateralmente as cláusulas relativas ao conteúdo ou ao modo de execução das prestações previstas no contrato, tanto qualitativa como quantitativamente*. Este poder ajusta as cláusulas contratuais ao interesse público (instável por natureza)³⁰⁰. É um poder que não tem de estar previsto contratualmente e não é renunciável pelo seu titular.

A respeito deste poder LOURENÇO FREITAS menciona que “*o poder de modificação unilateral consubstancia um poder, ou seja, uma situação jurídica activa, que é unilateral, ou seja, que se salda num poder potestativo e trata-se de um poder de modificação, ou seja, de um poder que implica uma alteração do objecto de regulação. Trata-se, ainda, de um poder de modificação que implica, conseqüentemente, uma alteração do objecto de regulação contratual, contrato que, como foi referido, é administrativo*” (itálico nosso)³⁰¹.

Nas palavras de ANDRADE DA SILVA, a modificação “*traduz uma das mais salientes particularidades dos contratos administrativos cuja execução se prolonga por um período de tempo mais ao menos longo*” (itálico nosso)³⁰².

Deste modo, o contraente pode alterar o conteúdo obrigacional do contrato, adequando-o à evolução do interesse público que pretende satisfazer e à melhor forma de o alcançar. Mas, obviamente, este *poder não é absoluto*, tem *limites*, previstos no artigo 302.º, alínea c) do CCP e no artigo 313.º do CCP. Assim sendo, este poder não pode ser utilizado de qualquer maneira e em todas as circunstâncias. Exemplificando, a alteração imposta tem

²⁹⁸ Para uma síntese da evolução relativamente ao poder de modificação, Cf. FREITAS, Lourenço B. Manoel de Vilhena de, *O Poder de Modificação...*

²⁹⁹ Sobre a modificação subjetiva no CCP, cf. BRITO, Miguel Lorena, “Modificação subjectiva do contrato no CCP”, in: *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. II, 4ª edição, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 491-530.

³⁰⁰ LAUBADÈRE, André de/ VENEZIA, Jean-Claude/ GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit...*, pp. 686-687.

³⁰¹ FREITAS, Lourenço B. Manoel de Vilhena de, *O Poder de Modificação...*, p. 99.

³⁰² SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos:...*, 2019, p. 640.

de ser determinada e fundamentada pela melhor forma de prossecução do interesse público implícito ao contrato; e terá que limitar-se a ser uma *alteração* da prestação contratual e não a imposição de uma *nova* prestação, porque, caso contrário, haveria um novo e diferente contrato.

Consequentemente, o poder de modificação unilateral do contrato não se reconduz à Teoria da Imprevisão, sendo uma atuação do contraente público.

Este poder é, sem dúvida, “de entre todos os poderes administrativos na execução dos contratos administrativos, aquele que mais frontalmente põe em causa a estabilidade contratual”³⁰³. Por isso, este poder apenas é utilizado de acordo com as *fontes*, os *fundamentos*, os *limites* e as *consequências* previstos nos artigos 311.º a 314.º.

No que toca aos *regimes específicos*, e devido às alterações efetuadas pelo legislador em 2021, a modificação nos contratos de empreitada de obras públicas está prevista nos artigos 370.º a 382.º do CCP e nos contratos de concessão de obras públicas e nos contratos de concessão de serviços públicos está prevista no artigo 420.º-A do CCP, que remete para os artigos *supra* indicados. O legislador reduziu, assim, a complexidade que era articular o regime geral e especial da modificação da concessão³⁰⁴.

Em suma, os poderes de resolução unilateral (artigo 334.º do CCP) e de modificação unilateral *contrariam o princípio da estabilidade do objeto do contrato*. Todavia, o legislador faz uma ponderação entre o princípio da estabilidade dos contratos administrativos celebrados (“*pacta sunt servanda*”) e o princípio da prossecução do interesse público, que deve prevalecer em certas situações, em detrimento dos interesses privados.

3.1. Fontes da Modificação

Como decorre do artigo 311.º, n.º 1 do CCP, os contratos administrativos podem ser modificados por um dos subseqüentes *modos/fontes*:

³⁰³ SOUSA, Marcelo Rebelo de/ MATOS, André Salgado de, *Contratos Públicos:...*, pp. 143-144.

³⁰⁴ TORGAL, Lino, “As concessões”, in: *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. II, 4ª edição, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 669-696.

a) *Acordo das partes*, que não pode revestir forma menos solene do que a do contrato. Engloba-se, aqui, o acordo modificativo entre as partes e ainda as cláusulas modificativas constantes no contrato³⁰⁵.

b) *Decisão judicial ou arbitral*, exceto nos casos em que a modificação interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa subjacente ao mesmo ou implique a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa. Ou seja, este preceito legal admite que as decisões judiciais/arbitrais podem ser fontes modificativas do contrato, mas, diferentemente do que acontecia antes da revisão de 2021, exclui expressamente esta possibilidade para as modificações que “pressuponham o exercício de um poder discricionário, privativo da Administração (contraente público), como sucede quando estão em causa juízos sobre a pertinência ou a oportunidade de alterar o conteúdo ou o modo de execução de prestações contratuais; além deste, importa notar que as modificações por decisão judicial ou arbitral estão sujeitas aos limites gerais, aplicáveis às modificações por acordo das partes ou ato administrativo”³⁰⁶. Salvaguarda-se, então, o *princípio da separação de poderes*. Isto já era reconhecido unanimemente pela doutrina e jurisprudência³⁰⁷.

c) *Ato administrativo do contraente público*, nos casos de modificação com fundamento em razões de interesse público, decorrentes de necessidades novas ou de uma ponderação das circunstâncias existentes (falamos, aqui, da modificação unilateral)³⁰⁸.

Este artigo foi alvo de alterações pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, pelo que agora está mais explícito, tornando a sua aplicação e leitura mais inteligível³⁰⁹. De facto, desde a aprovação do CCP, pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro que existiam estas três possíveis fontes da modificação objetiva. Mas estavam previstas, de forma desigual, em dois números diferentes no artigo 311.º do CCP. Não fazia sentido as fontes estarem em diferentes números, porque qualquer uma delas podiam ser fontes de modificação. Houve,

³⁰⁵ GONÇALVES, Pedro Costa, “A reforma de 2021 do CCP em matéria de contratos reservados e de modificações objetivas de contratos”, in: *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. I, 4ª Edição, Lisboa, AAFDL, 2021, p. 51.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 52.

³⁰⁷ SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos:...*, 2021, p. 822.

³⁰⁸ Isto já resulta dos artigos 302.º, alínea c) e 307.º, n.º2, alínea b) do CCP.

³⁰⁹ A redação anterior do artigo dizia o seguinte: 1 - “O contrato pode ser modificado com os fundamentos previstos no artigo seguinte: a) Por acordo entre as partes, que não pode revestir forma menos solene do que a do contrato; b) Por decisão judicial ou arbitral. 2 - O contrato pode ainda ser modificado por ato administrativo do contraente público quando o fundamento invocado sejam razões de interesse público” (itálico nosso).

portanto, uma simplificação da redação do artigo, enumerando as três fontes da modificação objetiva de forma sistemática.

De referir que o disposto nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 311.º coincide com o que se passa nos contratos de direito privado. Já na alínea c) há uma imposição do contraente público, específica dos contratos administrativos.

Concluindo, quer a modificação seja feita por ato bilateral (acordo das partes), por ato unilateral do contraente público no exercício de poderes públicos (modificação unilateral) ou por decisão judicial/arbitral (modificação judicial ou arbitral) estará sujeita aos fundamentos, limites e consequências, previstos legalmente nos artigos 312.º a 314.º do CCP.

3.2. Fundamentos da Modificação

Enquanto as fontes referidas anteriormente dizem respeito ao *ato jurídico* (contrato, decisão judicial/arbitral e ato administrativo) que originou a modificação contratual, os fundamentos tem que ver com as *razões* que legitimam a modificação.

Como veremos de seguida, *a modificação do contrato opera de forma distinta*, consoante os fundamentos para a modificação e as partes contratantes que a determinam ou solicitam.

Ora, o artigo 312.º do CCP elenca os três *fundamentos* da modificação contratual³¹⁰:

- a) *Cláusulas contratuais* que indiquem de forma clara, precisa e inequívoca o âmbito e a natureza das eventuais modificações, bem como as condições em que podem ser aplicadas³¹¹;
- b) *A alteração anormal e imprevisível das circunstâncias* em que as partes tenham fundado a decisão de contratar, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato³¹²;

³¹⁰ Elenco taxativo dos fundamentos da modificação. Cf. GONÇALVES, Pedro Costa, “A reforma de 2021 do CCP...”, pp. 57-58.

³¹¹ Este fundamento de modificação contratual foi introduzido pelo Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto.

³¹² Remissão para o artigo 198.º do RJEOP, que tinha algo parecido com o artigo 312.º, alínea b) do CCP: “Quando as circunstâncias em que as partes hajam fundado a decisão de contratar sofram alteração anormal e imprevisível, de que resulte *grave aumento de encargos* na execução da obra que não caiba nos riscos normais, o empreiteiro terá *direito à revisão do contrato* para o efeito de, conforme a equidade, ser compensado do aumento dos encargos efectivamente sofridos ou se proceder à actualização dos preços” (itálico nosso).

c) *Razões de interesse público* decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.

Este artigo foi alterado pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, pelo que incluiu na alínea a) o que já constava no proémio do artigo, acrescentando que este fundamento de modificação tem agora de indicar de forma clara, precisa e inequívoca o âmbito, a natureza e as condições das eventuais modificações que poderão ser aplicadas.

Relativamente a este artigo, PEDRO SÁNCHEZ refere que aqui “se identifica a primeira das mais graves omissões do legislador de 2017, que entendeu manter intacta a redação de 2008, apesar de o Direito Europeu atribuir expressamente aos Estados-Membros a autorização para um novo fundamento modificativo³¹³ – que o legislador de 2008 não poderia ter previsto por não ser ainda conhecido no Direito Europeu –, mas que a Revisão de 2017 desperdiçou”³¹⁴. Este novo fundamento é a atual alínea a) do artigo 312.º do CCP, introduzida pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, que acresce aos tradicionais (digamos assim) fundamentos da modificação objetiva – alíneas b) e c) do supracitado artigo.

Assim sendo, a modificação objetiva do contrato pode derivar de diversas situações, nomeadamente, das cláusulas previstas contratualmente, de erros ou omissões nas peças do procedimento, alteração por razões de interesse público, limitação da capacidade previsão, fenómenos da natureza. Englobam-se aqui também os atos jurídicos externos às partes contratantes, mas com influência na execução do contrato (o denominado pela doutrina francesa de *fait du prince*).

O poder de modificação é, certamente, aquele que mais coloca em causa a lógica do *pactum* e, por isso, é aquele que tem mais limitações no seu exercício, de modo a proteger o princípio da livre concorrência e da igualdade entre os operadores económicos. É o *poder que mais conflitua com o princípio da estabilidade do contrato*.

³¹³ Observemos, neste ponto, o artigo 72.º, n.º 1, alínea a) do CCP da Diretiva 2014/24/UE: “*Se as modificações, independentemente do seu valor monetário, estiverem previstas nos documentos iniciais do concurso em cláusulas de revisão (podendo incluir cláusulas de revisão dos preços) ou opção claras, precisas e inequívocas. Essas cláusulas devem indicar o âmbito e a natureza das eventuais modificações ou opções, bem como as condições em que podem ser aplicadas. Não podem prever modificações ou opções que alterem a natureza global do contrato ou do acordo-quadro*” (itálico nosso).

³¹⁴ SÁNCHEZ, Pedro, *A Revisão de 2021...*, p. 109.

i. **Modificação Prevista nas Cláusulas Contratuais**

Neste fundamento de modificação, as cláusulas contratuais têm obrigatoriamente que indicar de *forma clara, precisa e inequívoca* o âmbito e a *natureza das eventuais modificações*, bem como as *condições em que podem ser aplicadas* – artigo 312.º, alínea a) do CCP.

No presente ano, com alteração realizada pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, foi introduzido este “novo” fundamento de alteração do contrato, em que o próprio contrato pode regular antecipadamente as condições da sua modificabilidade. Desde que estas modificações não alterem a natureza global do contrato. Exemplo: o contrato pode prever uma cláusula modificativa de revisão ordinária de preços (artigo 300.º e 382.º do CCP e Decreto-Lei n.º 6/2004, de 6 de janeiro)³¹⁵.

Houve, assim, uma notável evolução, em que se reconhece “(...) progressivamente a justificação de uma superior flexibilidade da Administração Pública na gestão e adaptação da sua actividade contratual: trata-se da mera execução de cláusulas modificativas prévias que já tinham sido clara, expressa e inequivocamente plasmadas nas peças do procedimento que levou à formação do contrato e que tenham sido divulgadas de modo transparente perante o mercado”^{316/317}. Isto advém do artigo 72.º, n.º 1, alínea a) da Diretiva 2014/24/UE.

Relativamente a este fundamento de modificação “(...) a entidade adjudicante já terá informado inicialmente o mercado de que o procedimento em curso pretende dar origem a um contrato que é suscetível de ser objecto de modificações do conteúdo ou da quantidade das suas prestações, das suas condições financeiras ou do seu modo de execução. E terá também informado o mercado sobre as condições exactas e precisas em que essa eventual modificação pode ocorrer. Garantida esta informação transparente, tal fundamento modificativo não constitui já qualquer ameaça à concorrência realizada no procedimento pré-contratual: todos os benefícios económicos e todas as condições jurídicas, técnicas ou financeiras decorrentes do contrato são imediata e previamente submetidos à concorrência,

³¹⁵ Diferentemente, a revisão extraordinária pode ocorrer para se proceder ao equilíbrio financeiro derivado de uma modificação por razões de interesse público – artigos 314.º, n.º1, alínea b) e 282.º, n.º3 do CCP.

³¹⁶ SÁNCHEZ, Pedro, *A Revisão de 2021...*, p. 112.

³¹⁷ Vejamos, neste âmbito, o artigo 96.º, n.º1, alínea j) do CCP, que torna claro o seguinte: “*As eventuais condições de modificação do contrato expressamente previstas no caderno de encargos, incluindo cláusulas de revisão ou opção, claras, precisas e inequívocas*”.

tendo cada operador de mercado o perfeito conhecimento do alcance desse procedimento”³¹⁸.

Assim, “com a previsão no caderno de encargos das condições de que dependerá uma eventual futura modificação objetiva do contrato e dos respetivos termos, garante-se que (todos) os interessados têm, logo em sede de procedimento de formação de contrato, conhecimento da possibilidade de variação contratual e dos respetivos âmbito e pressupostos, formulando a sua proposta (ou optando por não tomar parte no procedimento) tendo-o em conta”³¹⁹.

Ora, obviamente, que tem de haver uma *análise casuística* da clareza, precisão e inequívocidade, por um lado, e das condições de aplicação, por outro.

Note-se que este fundamento não contraria os princípios da concorrência, transparência e igualdade, porque se baseia numa hipótese prévia, clara, precisa e inequívoca de modificação perante todo o mercado³²⁰.

De referir ainda que este fundamento de modificação *não tem qualquer limite quantitativo ao valor dele resultante*, desde que se respeite a natureza global do contrato, ou seja, desde que não se altere o objeto do contrato^{321/322}.

Este fundamento pode ter como **fonte** o *acordo das partes* (nos termos do artigo 311.º, nº1, alínea a) do CCP) ou, na falta deste, a *decisão judicial ou arbitral* (nos termos do artigo 311.º, nº1, alínea b) do CCP). Não se pode aqui incluir a fonte indicada no artigo 311.º,

³¹⁸ SÁNCHEZ, Pedro, *A Revisão de 2021 ...*, p. 113.

³¹⁹ FONTOURA, João Lamy da/ ALVES, Catarina Paulino, “Modificação objetiva do contrato: um (des)equilíbrio complexo?”, in: *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. II, 4ª edição, Lisboa, AAFDL, 2021, p. 444.

³²⁰ SÁNCHEZ, Pedro, *A Revisão de 2021 ...*, pp. 113-114.

³²¹ Deve-se respeitar obviamente o objeto do contrato e, além disso, obedecer aos requisitos previstos no artigo 96.º, nº1, alínea f) do CCP (as condições de modificação do contrato devem ser claras, precisas e inequívocas).

³²² Examinemos, aqui, o Acórdão do Tribunal de Justiça (Acórdão *Finn*) de 7 de setembro de 2016, processo C-549/14, que menciona o seguinte: “*embora o respeito pelo princípio da igualdade de tratamento e pela obrigação de transparência deva ser assegurado relativamente aos concursos públicos específicos, tal não impede que se tomem em consideração as suas especificidades. A conciliação daquele imperativo jurídico e desta necessidade concreta passa, por um lado, pelo respeito estrito das condições de um contrato, tal como foram fixadas na respetiva documentação, até ao termo da fase de execução desse contrato, mas também, por outro, pela possibilidade de prever expressamente nesses documentos a faculdade de adaptação, pela entidade adjudicante, de certas condições do referido contrato, inclusivamente importantes, após a adjudicação. Ao prever expressamente esta faculdade e ao fixar as modalidades da sua aplicação na referida documentação, a entidade adjudicante garante que todos os operadores económicos interessados em participar no referido concurso tiveram disso conhecimento desde o início e estão assim em pé de igualdade no momento de formular a sua proposta (v., por analogia, acórdão de 29 de abril de 2004, Comissão/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, n.os 112, 115, 117 e 118)*” (itálico nosso).

nº1, alínea c) do CCP (ato administrativo do contraente público), uma vez que está expressamente prevista para a modificação com fundamento em interesse público.

Com esta nova alínea, e nas palavras de PEDRO SANCHEZ, a “Administração Pública fica, pois, dotada de uma renovada flexibilidade na prossecução da sua actividade pública contratual”³²³.

ii. **Modificação por Alteração Anormal e Imprevisível das Circunstâncias**

A modificação pode ainda derivar de uma “*alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*” (itálico nosso) – artigo 312.º, alínea b) do CCP.

Este fundamento de modificação deriva de um *facto exterior ao contrato* e à *vontade das partes* (os intitulados *Acts of God*) que provoca um desequilíbrio no contrato. E, por isso, distingue-se claramente dos outros fundamentos de modificação, uma vez que não são uma consequência de um facto exterior e alheios à vontade das partes, mas sim a consequência da vontade (de uma ou de ambas as partes do contrato) em modificar o contrato.

Este fundamento *engloba duas modalidades de alteração das circunstâncias* e, conseqüentemente, terá dois tipos de consequências, como veremos mais à frente:

- Alteração anormal e imprevisível *imputável* ao contraente público fora do exercício dos seus poderes de conformação – aqui o cocontratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro (artigo 314.º, nº1, alínea a) do CCP);
- Alteração anormal e imprevisível *não imputável* ao contraente público – aqui o cocontratante tem direito a uma compensação financeira (artigo 314.º, nº2 do CCP).

Na segunda modalidade (ou seja, alterações estranhas a ambas as partes e que não decorreram de atuações suas) vem “à tona”, digamos assim, o aclamado *caso imprevisto* (*Teoria da Imprevisão*)³²⁴. Neste ponto, pode fazer-se uma remissão para os contratos de

³²³ SÁNCHEZ, Pedro, *A Revisão de 2021...*, p. 114.

³²⁴ Para mais desenvolvimentos acerca do Caso Imprevisto/Teoria da Imprevisão, cf. CAETANO, Marcello, *Manual...*, pp. 625-634; SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Estudos sobre Contratos Públicos*, Lisboa, AAFDL, 2019, pp. 247-255; MARTINS, Ana Gouveia “A modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra Editora, 2010, pp. 79-88.

direito privado, em que a parte afetada por uma modificação das circunstâncias pode, ao abrigo do artigo 437.º do CCiv., requerer a resolução ou a modificação do contrato segundo critérios de equidade³²⁵. Muito embora o CCP, em 2008, se tenha baseado neste artigo do direito civil, no tangente à *teoria da imprevisão*, estas duas normas não são iguais (e poderiam ser), uma vez que o CCP exige a anormalidade e a imprevisibilidade das circunstâncias. Ora não poderia haver nunca uma similaridade, neste caso, entre os contratos privados e os contratos administrativos (na generalidade), porque nos últimos estão em causa interesses públicos e, por isso, o cocontratante não pode desvincular-se. Todavia, e como iremos ver, reparte-se as perdas contratuais para ambos os contraentes (Administração e cocontratante)³²⁶. De qualquer modo, salvaguarda-se o interesse público em detrimento do interesse privado.

PEDRO GONÇALVES refere que “o poder de modificação distingue-se do “direito à modificação do contrato” nos termos do artigo 437.º do CCiv., já que aquele poder existe e pode ser exercido em casos em que não há qualquer modificação objectiva da base negocial, mas apenas uma *nova ponderação administrativa* sobre as exigências de interesse público”³²⁷. Ou seja, o poder de modificação “(...) não assiste ao concedente apenas nos termos da cláusula *rebus sic stantibus*, que exige uma *modificação objectiva da base negocial*. Se o poder de modificação só pode ser exercido quando exista um interesse público real que o justifique, esse interesse não tem de ser determinado por circunstâncias ou factos supervenientes, podendo resultar antes de uma *nova ponderação* que a Administração concedente faz de circunstâncias já existentes ao momento da celebração do contrato”³²⁸.

Note-se que a expressão “alteração anormal e imprevisível das circunstâncias”, no seu conceito tradicional, abrange as situações de *jus variandi* e as de *fait du prince*³²⁹.

³²⁵ O artigo 437.º do CCiv. (*Condições de admissibilidade*) diz o seguinte: “1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior” (itálico nosso). Cf., relativamente a este artigo, CORDEIRO, António Menezes/ MARTINEZ, Pedro Romano/ VICENTE, Dário Moura, *Código Civil Comentado*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 270-284; SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos*: ..., 2019, p. 669.

³²⁶ CAETANO, Marcello, *Manual*..., p. 626.

³²⁷ GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo*: ..., p. 109.

³²⁸ *Idem*, *A Concessão*..., pp. 260-261.

³²⁹ Este é, de facto, um ponto de conexão entre a modificação por alteração anormal e imprevisível e a modificação por razões de interesse público. Veremos com mais pormenor este assunto no ponto seguinte da presente tese.

Este fundamento de modificação objetiva do contrato aplica-se *se às obrigações assumidas pelas partes afetar gravemente o princípio da boa-fé*. Sendo que, aqui, “(...) devem ponderar-se os valores fundamentais do Direito relevantes em face das situações consideradas e, em especial, a confiança suscitada na contraparte pela atuação em causa e o objetivo a alcançar com a atuação empreendida” – artigo 10.º do CPA.

Quanto à determinação do conceito indeterminado “*gravemente*”, tem de haver “(...) uma ponderação cuidada, razoável, proporcionada e justa, parecendo que terá de verificar-se sempre que a exigência do cumprimento das prestações contratuais implique um tal aumento de encargos que não seja justo nem razoável fazer suportar pelo cocontratante e antes resulte num injustificado enriquecimento do contraente público à custa daquele”³³⁰. Por outro lado, aplica-se *se não estiver coberta pelos riscos próprios do contrato*.

Exemplificando, em determinadas situações, a pandemia Covid-19 e as restrições adstritas às medidas de combate a esta, poderia causar um agravamento de custos contratuais. Neste caso, é pertinente o momento em que o contrato foi celebrado, porque “a imprevisibilidade poderá ser mais evidente quanto maior for a antecedência da celebração do contrato em relação aos momentos-chave da pandemia (nomeadamente, à declaração de pandemia pela OMS em 11 de março de 2020, ou à declaração do estado de emergência em Portugal em 18 de Março de 2020)”³³¹.

Em princípio, este fundamento da modificação só pode ter lugar por *acordo das partes* ou *decisão judicial ou arbitral* (artigo 311.º, n.º1, alíneas a) e b) do CCP, respetivamente).

iii. **Modificação por Razões de Interesse Público**

Por fim, pode haver modificação por “*razões de interesse público decorrentes de necessidades novas e de uma ponderação das circunstâncias existentes*” – artigo 312.º, alínea c) do CCP.

Este é “(...) “o” fundamento por excelência da modificação de contratos administrativos”³³². Isto porque é uma modificação que resulta da lei e que *permite ao contraente público, através de ato administrativo, modificar unilateralmente* as cláusulas

³³⁰ SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos:...*, 2019, p. 669.

³³¹ BRITO, Miguel Lorena, “Impacto da pandemia Covid-19 na execução dos contratos administrativos”, in: *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 24, Coimbra, CEDIPRE, agosto 2020, p. 265.

³³² GONÇALVES, Pedro Costa, “A reforma de 2021 do CCP...”, pp. 56-57.

contratuais por razões de interesse público. Este poder de modificação unilateral é tradicionalmente intitulado na doutrina como *jus variandi*.

Quanto às *necessidades novas*, estas não eram previsíveis no momento da formação e celebração do contrato administrativo, por ocorrerem ou serem previsíveis após o contrato, porque, de outro modo, não eram novas, mas sim imprevistas.

Já a *nova ponderação das circunstâncias existentes* subsiste unicamente quando as circunstâncias não existiam nem eram previsíveis na altura da formação e da celebração do contrato³³³.

Por conseguinte, “não pode haver lugar a essa alteração por *causas imprevistas*, mas que eram previsíveis e, por isso mesmo, deveriam ter sido previstas, e só o não foram por negligência ou dolo. Se o contraente público, na preparação do contrato, não atuou com a diligência normalmente exigível, não pode suprir a sua deficiente atuação com recurso ao exercício de um poder excecional, que assim seria posto ao serviço da falta de diligência do contraente”³³⁴.

Acerca deste fundamento da modificação, refere CARLA AMADO GOMES que “[A]s mudanças radicam em causas subjetivas, emergentes da perceção que o adjudicante tem relativamente à melhor forma de prosseguir as necessidades públicas que determinam a celebração do contrato”³³⁵. Já ANA GOUVEIA MARTINS enfatiza o facto de que “é imprescindível que a decisão seja fundamentada e que se demonstre o preenchimento do pressuposto legal da existência de interesse público na modificação pretendida. Constituindo este o fundamento, consubstancia naturalmente também o limite do poder de modificação unilateral. O que significa que se os motivos determinantes desse poder não se conformarem com as exigências ditadas pelo interesse público, o acto estará viciado por desvio de poder ou, na medida em que permite uma fiscalização mais objetiva e rigorosa, por violação do princípio da imparcialidade, na vertente de ponderação de interesses estranhos e relevantes à luz do fim legal a prosseguir (ex: modificação de um contrato para permitir ao cocontratante a obtenção de lucros face a uma deficiente ponderação dos riscos de exploração inerentes ao contrato). Acresce que as modificações do contrato que impliquem

³³³ Vejamos, neste sentido, o Acórdão do TCA-N, de 05-03-2021, processo n.º 01340/20.8BEPRT, da 1ª Secção - Contencioso Administrativo.

³³⁴ SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos:...*, 2019, p. 671.

³³⁵ GOMES, Carla Amado, “A conformação...”, p. 535.

a atribuição injustificada de uma vantagem patrimonial em benefício do co-contratante podem configurar um auxílio estatal ilegal, para efeitos do Direito Comunitário”³³⁶.

Este fundamento de modificação pode ter como *fonte*, diferentemente do que acontece nas modificações anteriores, um *ato administrativo do contraente público* ou um *acordo entre as partes* (artigo 311.º, n.º 1, alíneas c) e a) do CCP respetivamente)³³⁷.

De facto, esta modificação acontece muitas vezes nos *contratos de longa duração* (como, por exemplo, contratos de concessão) – quando as condições em que o contrato foi celebrado se alteram no decorrer da sua execução, de tal maneira que o conteúdo do contrato pode já não representar a melhor forma de prosseguir o interesse público –, mas também pode acontecer nos *contratos de curta duração* (como, por exemplo, nas empreitadas de obras públicas ou de fornecimento contínuo quando é necessário “trabalhos completos”³³⁸) – quando as prestações dos cocontratantes estipuladas no contrato sejam em número inferior ou superior às posteriormente exigidas pelo interesse público³³⁹.

A dinâmica e a mutabilidade do interesse público justifica que o contraente público tenha, ao seu dispor, o poder de alterar as cláusulas respeitantes apenas ao *conteúdo* e ao *modo de execução* das prestações previstas no contrato. Sendo que os particulares cocontratantes ficam submetidos às variações do conteúdo do contrato impostos pelo contraente público – *cláusula de sujeição*³⁴⁰.

3.3. Modificação Unilateral vs. *Fait du Prince*

Atualmente a modificação unilateral e o denominado *fait du prince* não se confundem³⁴¹.

Por um lado, a modificação unilateral, como referimos anteriormente, exige sempre que a “(..) alteração da técnica que o concessionário vinha usado e que foi considerada no

³³⁶ MARTINS, Ana Gouveia “A modificação e os trabalhos a mais...”, p. 67.

³³⁷ Neste sentido, cf. FONTOURA, João Lamy da/ ALVES, Catarina Paulino, “Modificação objetiva do contrato:...”, pp. 448-449.

³³⁸ Relativamente aos “trabalhos complementares” e seus limites, cf. os artigos 370.º a 375.º do CCP.

³³⁹ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, p. 525; TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário...*, p. 716 e pp. 855-869.

³⁴⁰ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Estudos...*, pp. 243-245.

³⁴¹ Todavia, anteriormente MARCELLO CAETANO entendia que eram noções semelhantes, cf. CAETANO MARCELLO, *Manual...*, p. 620. Já a doutrina francesa distinguia o *fait du prince* em sentido amplo (qualquer modificação, seja qual for a sua fonte) e o *fait du prince* em sentido estrito (modificação efetuada pelo contraente público). Cf. LAUBADÈRE, André de, *Traité Théorique...*, Tome III, pp. 23-69.

momento da celebração do contrato”³⁴². Envolve, pois, “a prática de um ato administrativo que tem o contrato por objeto”³⁴³.

Por outro lado, apesar de provocar efeitos semelhantes daqueles que decorrem da modificação unilateral, o *fait du prince* ou *factum principis*, é, segundo PEDRO GONÇALVES, um “(...) conceito que designa uma atuação exterior ao contrato da Administração concedente, de outra entidade administrativa ou até do legislador, que determina uma *perturbação significativa* na equação económico-financeira do contrato. Ao contrário do poder de modificação, estão aqui em causa *medidas gerais*, que *têm efeitos sobre o contrato, embora não o tenham por objecto* (v.g., redução da área de uma concessão municipal por força de uma medida legal criadora de um novo município onde ficam integradas freguesias abrangidas pela concessão)”³⁴⁴. Ou seja, “(...) onde o que está, ou pode estar, em causa é uma alteração do contrato por força de actuações públicas de carácter geral, que têm efeitos sobre o contrato, mas não o têm por objecto”^{345/346}.

Relativamente aos efeitos do *fait du prince*, PEDRO GONÇALES distingue duas situações “(...) em que o *bouleversement*³⁴⁷ do contrato resulta de medidas gerais adoptadas pela Administração concedente, que fica constituída no dever de indemnizar não só o dano emergente como o lucro cessante que essas medidas provocam. Se as medidas gerais são adoptadas por outras entidades administrativas ou pelo legislador, o concessionário terá então direito à modificação do contrato nos termos do artigo 437.º do Código Civil (*Teoria da Imprevisão*), via qual acabará por se verificar a reposição do equilíbrio do contrato”^{348/349}.

³⁴² GONÇALVES, Pedro, *A Concessão...*, p. 260.

³⁴³ ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral...*, 2018, p. 487.

³⁴⁴ *Ibidem*.

³⁴⁵ GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo:...*, p. 109.

³⁴⁶ Ver ainda, no tangente a este ponto, AMARAL, Freitas do, *Curso...*, 2002, pp. 626-630; PINTO, Cláudia de Moura Alves Saavedra, *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 2012; SOUSA, Marcelo Rebelo de/ MATOS, André Salgado de, *Contratos Públicos:...*, pp. 155-157; ANDRADE, José Carlos Vieira de, “A Propósito do Regime do Contrato Administrativo...”, pp. 32-33; AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, pp. 541-545 e p. 750; GOMES, Carla Amado, “A conformação...”, pp. 533-537; ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral...*, 2018, pp. 505-510.

³⁴⁷ Isto é, agravamento anormal para o cocontratante das prestações do contrato. Só há *fait du prince* se houver *bouleversement*. Cf. LAUBADÈRE, André de, *Traité Théorique...*, Tome III, pp. 17-18; LAUBADÈRE, André de/ VENEZIA, Jean-Claude/ GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit...*, pp. 696-698.

³⁴⁸ GONÇALVES, Pedro, *A Concessão...*, p. 260.

³⁴⁹ Para mais desenvolvimentos acerca da *Teoria do Fait du Prince*, cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021...*, pp. 119-121; *Idem*, *Estudos...*, pp. 255-263.

Assim sendo, podemos identificar, no CCP, duas situações subsumíveis a situações de *fait du prince*. Estas encontram-se no artigo 314.º, nº1, alínea a) e no artigo 335.º, nº2 (sobre a resolução do contrato pelo contraente público).

Concluindo, o *fait du prince* é indicado para modificações derivadas de atos de carácter geral, lei ou regulamento, não sendo especificamente para alterações contratuais efetuadas por ato administrativo (poder de modificação unilateral), ou seja, deriva de uma atuação exterior ao contrato administrativo e que se repercute no mesmo; sendo que materializa o *risco político* ou o *caso imprevisto*.

3.4. Limites da Modificação

O poder de modificação não pode ser exercido de qualquer modo e em quaisquer circunstâncias - *não é, portanto, um poder absoluto*³⁵⁰. Os limites, por força do artigo 280.º, nº 3 do CCP, são aplicados a todos os contratos públicos.

A revisão do CCP, operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, foi a que introduziu expressamente limitações à modificação objetiva do contrato administrativo, pelo que densificou o artigo 313.º do CCP³⁵¹. De facto, “a Revisão de 2017 foi mais longe nos erros cometidos por acção e por omissão, quer desaproveitando em absoluto a flexibilidade que o Direito Europeu reconheceu aos Estados-Membros para o correcto exercício da sua actividade contratual, quer confundindo-se nos próprios termos em que redigiu as disposições relevantes para a limitação das modificações contratuais”³⁵². De facto, o legislador de 2017 estabeleceu um regime mais restritivo do que aquele que constava nas Diretivas³⁵³. Deste modo, este artigo não podia deixar de sofrer profundas alterações, efetuadas pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, sendo que o legislador veio corrigir importantes aspetos que não teve em atenção em 2017.

Por conseguinte, a modificação unilateral do contrato deve cumprir os *limites* previstos no artigo 313.º do CCP³⁵⁴:

³⁵⁰ LAUBADÈRE, André de/ VENEZIA, Jean-Claude/ GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit...*, p. 687-688.

³⁵¹ Já desde 2008 que o CCP estabelecia limites. Tal não acontecia nas diretivas europeias de 2004. Só em 2014 é que as diretivas fixaram normativamente este limites. Cf. ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral...*, 2021, pp. 585-586.

³⁵² SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021...*, p. 122.

³⁵³ Por isso, este artigo foi amplamente criticado. Cf., por exemplo, ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral...*, 2021, pp. 588-590.

³⁵⁴ De referir que, além destes limites, há *limites específicos*, quanto à modificação, para as empreitadas de obras públicas (artigo 370.º do CCP) e concessões de obras e serviços (artigo 420.º-A do CCP, que remete para o 370.º do CCP).

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

2 - A modificação fundada em *razões de interesse público* não pode ter lugar quando implicar uma modificação substancial do contrato ou configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência, designadamente por:

a) Introduzir alterações que, se inicialmente previstas no caderno de encargos, teriam ocasionado no procedimento pré-contratual, de forma objetivamente demonstrável, a alteração da qualificação dos candidatos, a alteração da ordenação das propostas avaliadas, a não exclusão ou a apresentação de outras candidaturas ou propostas;

b) Alterar o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante de modo a que este seja colocado numa situação mais favorável do que a resultante do equilíbrio inicialmente estabelecido;

c) Alargar consideravelmente o âmbito do contrato” (itálico nosso).

É importante referir que *o limite do nº1 do artigo 313.º aplica-se à modificação contratual seja qual for o fundamento previsto no artigo 312.º do CCP*.

A *ratio legis* deste artigo é a seguinte: “(...) assim como se exige que a celebração de certos contratos pela Administração (e entidades equiparadas) seja precedida da realização de procedimentos transparentes de seleção do cocontratante, também se devem impor limites quanto aos poderes de disposição de que gozam as partes nos contratos que venham a ser celebrados na sequência desses procedimentos, de modo a impedir que, durante a vigência dos contratos, as partes os modifiquem no sentido de defraudar as regras de contratação que impõem às entidades adjudicantes a adopção de procedimentos concorrenciais na seleção daqueles com quem contratam”³⁵⁵.

i. Artigo 313.º, nº1 do CCP – Limite Substantivo

A respeito do limite quanto ao *objeto do contrato* tem de ser lembrado o seguinte:

- O CPA de 1991 já consagrava, no artigo 180.º, alínea a), o poder de a Administração Pública “*modificar unilateralmente o conteúdo das*

³⁵⁵ ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral...*, 2021, p. 585.

prestações, desde que seja respeitado o objecto do contrato e o seu equilíbrio financeiro”.

- Também o CCP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, previa que a “*modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato (...)*”.
- Já o CCP com a revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto referia que a modificação “*não pode conduzir à alteração substancial do objeto do contrato*”.

Deste modo, apesar das diferentes redações e alterações, sempre se aclamou o designado *princípio da intangibilidade do objeto*, porque fazia-se, e ainda se faz, a contraposição entre objeto do contrato e o conteúdo das prestações principais³⁵⁶.

Nesta senda, FREITAS DO AMARAL menciona que o *objeto do contrato* constitui um limite à modificação objetiva do contrato, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 313.º, n.º1 do CCP, sendo que corresponde “às *prestações típicas do contrato* – nomeadamente aquelas que identificam um determinado tipo contratual –, *concretamente acordadas entre as partes nos termos da lei* ou, noutros termos, *as atividades típicas mediante as quais o cocontratante colabora na satisfação de uma dada necessidade pública*”. Estas, no que releva do seu carácter típico, não podem ser modificadas unilateralmente no exercício dos poderes de conformação da relação contratual. Já os *modos peculiares, técnicos ou jurídicos, da execução dessas prestações* – e, nessa medida, também o seu conteúdo – podem ser objeto do *potestas variandi* com vista à prossecução do interesse público^{357/358}.

Este preceito legal, ao consagrar o referido *princípio*, quer dizer que o contraente público, no uso do *jus variandi*, não pode alterar a natureza global do contrato

³⁵⁶ Isto advém do artigo 72.º, n.º1, alínea a), parte final da Diretiva 2014/24/UE, que menciona que as modificações não podem alterar “a natureza global do contrato”. Já o n.º4 da supracitada Diretiva considera a alteração substancial do contrato aquela *que o torne “(...) materialmente diferente do contrato (...) celebrado inicialmente”* (itálico nosso). Nesta norma europeia é claramente visível o princípio da intangibilidade do objeto do contrato administrativo.

Tem de se ter também presente o Considerando 109 da supracitada Diretiva que entende como “mudança global” pelo contraente público: *substituição de obras, fornecimentos ou serviços a adjudicar por algo diferente ou alteração profunda do tipo de contrato, uma vez que, em tal situação, é previsível que o resultado final seja influenciado.*

³⁵⁷ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, pp. 529-530.

³⁵⁸ Este entendimento já era defendido antes do CCP e do CPA de 1991. Cf. ATHAYDE, Augusto de, “Para a Teoria do Contrato Administrativo:...”, pp. 79-80; OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, p. 699; AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2002, pp. 621-622.

administrativo, tendo em consideração as prestações principais que constituem o seu objeto. Ou seja, não se pode alterar substancialmente o objeto do contrato, delimitado nas peças procedimentais, transformando o contrato em causa num contrato de natureza diferente³⁵⁹. Assim, e nas palavras de FREITAS DO AMARAL, “a Administração pode mudar o contrato, mas não pode mudar *de* contrato^{360/361}”.

Como já referiam MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/ PEDRO GONÇALVES/ PACHECO DE AMORIM, acerca da norma similar da alínea a) do artigo 180.º do CPA, a expressão *conteúdo das prestações* “não pode ser entendida em termos demasiado rigorosos ou termos convencionados perante as prestações, de modificação muito mais frequente, de resto, que o seu conteúdo (*stricto sensu*)”. Os supracitados autores, acrescentavam ainda que o poder de modificação unilateral podia dizer respeito, por exemplo, “(...) à modificação do projeto da obra contratada (ou aos materiais a empregar nela), aos preços a praticar junto dos utentes pelo concessionário de serviço ou obra pública, às exigências estéticas ou funcionais dos acessórios que se coloquem num espaço dominial ocupado privativamente, aos espetáculos turísticos ou de variedades a apresentar nos casinos de jogo, etc., etc.”³⁶².

O CCP de 2017 manteve o princípio da intangibilidade do objeto, em termos similares, no seu artigo 313.º, n.º 1, alínea a). Muito embora este artigo não explicitasse muito bem, havia uma ligação entre o objeto e as prestações principais do contrato. Atualmente, com as revisões operadas pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, o CCP continua a estabelecer

³⁵⁹ Vejamos o artigo 72.º, n.º 1, alínea a), *in fine* e alínea c), ponto ii; alínea e); e n.º 4, que referem que a modificação não pode alterar a natureza global do contrato e diz em que situações é que a modificação é considerada substancial.

³⁶⁰ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2002, p. 620.

³⁶¹ A título de curiosidade, temos de referir que houve anteriormente uma discussão acerca da existência do supramencionado princípio:

De um lado, para os autores que *defendem a existência do princípio da intangibilidade do objeto do contrato administrativo*, o objeto do contrato corresponde à atividade essencial nele implicada, ou seja, o objeto é que individualiza o contrato. Deste modo, a Administração pode alterar as prestações contratuais a que o cocontratante estava obrigado, desde que não se altere o objeto do contrato. Assim, protege-se os interesses do cocontratante e os interesses públicos da transparência, da objetividade e da neutralidade que regem o contrato administrativo. Cf. CAETANO, Marcello, *Manual...*, p. 618; GONÇALVES, Pedro, *A concessão...*, p. 258; *Idem*, *O Contrato Administrativo...*, p. 108; AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, p. 528; PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público...*, p. 63; MARTINS, Ana Gouveia “A modificação e os trabalhos a mais...”, pp. 71-72.

De outro lado, para os autores que *negam a existência do princípio da intangibilidade do objeto do contrato administrativo*, as prestações a que o cocontratante se obriga é que são, elas próprias, o objeto do contrato. Sendo que este era composto pelas prestações a que as partes se vinculavam – “o elemento finalista que domina a causa-função caracteriza também o objecto do contrato”. Neste caso, a modificação unilateral das prestações do contrato envolvia consequentemente o poder de alterar o objeto do contrato. Cf. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Contrato Administrativo*, p. 28 e p. 33; AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, p. 528.

³⁶² OLIVEIRA, Mário Esteves de/ GONÇALVES, Pedro Costa/ AMORIM, João Pacheco de, *Código...*, p. 825.

(de forma mais evidente) este princípio como limite à modificação objetiva do contrato, no seu artigo 313.º, n.º1, pelo que a *“modificação não pode nunca traduzir-se na alteração da natureza global do contrato, considerando as prestações principais que constituem o seu objeto”*.

Por um lado, o CCP menciona que há *“prestações que constituem o objeto do contrato”* (observemos, aqui, os artigos 297.º e 298.º do CCP), ou seja, o objeto inclui as prestações principais que as partes mutuamente se obrigaram a cumprir. Por outro, o poder de modificação tem de respeitar o conteúdo e o modo de execução das prestações estipuladas no contrato (artigo 302.º, alínea c)). Portanto, as prestações contratuais que estão abrangidas por esta alínea são apenas aquelas que podem ser modificadas por razões de interesse público relacionado à prossecução das prerrogativas do contraente público e que justificaram a opção pela via contratual. Assim, protege-se o núcleo essencial do contrato, pelo que não está sujeito, de maneira alguma, ao poder de modificação.

Acerca desta questão MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS referem o seguinte exemplo: *“a administração pode, por exemplo, num contrato de concessão de uma auto-estrada, impor supervenientemente ao concessionário a construção de quatro faixas de rodagem em cada sentido de circulação em vez das duas que estavam previstas no contrato. Mas em caso algum pode validamente, no mesmo contrato, alterar radicalmente a identidade da obra (de uma auto-estrada para um prédio), o seu local de execução (do Algarve para Trás-os-Montes) ou o tipo contratual (de concessão de obras públicas para empreitada de obras públicas), pois tais modificações violariam o núcleo essencial do contrato”*³⁶³.

É importante referir que caso o contraente público alterasse a natureza global do contrato, haveria uma imposição de prestações não contratuais ou a celebração de um contrato novo, com ofensa de princípios que regulamentavam a respetiva adjudicação. Isto implicaria a invalidade própria do contrato nos termos do artigo 284.º, n.º1 do CCP.

Note-se que este limite *aplica-se a todos os fundamentos de modificações, pelo que as modificações, independentemente do seu fundamento, não podem nunca traduzir-se na alteração da natureza global do contrato, em consonância com as prestações principais que constituem o seu objeto*³⁶⁴.

³⁶³ SOUSA, Marcelo Rebelo de/ MATOS, André Salgado de, *Contratos Públicos:...*, p. 145.

³⁶⁴ GONÇALVES, Pedro Costa, *“A reforma de 2021 do CCP...”*, pp. 58-59.

Deste modo, e enfatizando, mesmo que o contraente público antecipe previamente a modificação nas cláusulas contratuais, nos termos anteriormente referidos/permitidos, esta modificação não pode, mesmo com advertência prévia do mercado, alterar o objeto contratual, modificando as prestações principais, o tipo e a natureza contratual³⁶⁵.

Em suma, tem de ser respeitado o objeto do contrato, como *limite absoluto*, sendo que não pode ser modificado nem por acordo das partes.

ii. Artigo 313.º, nº2 do CCP – Limite Substancial e Limite Concorrencial

Este artigo estabelece duas balizas fundamentais para a modificação, pelo que prevê que a modificação do contrato administrativo por razões de interesse público *não pode implicar uma alteração substancial do contrato, nem configurar numa forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência*³⁶⁶ (esta é garantida pelo regime da formação do contrato), nomeadamente pelas razões enunciadas nas várias alíneas do artigo 313.º, nº2 do CCP³⁶⁷:

- a) “Introduzir alterações que, se inicialmente previstas no caderno de encargos, teriam ocasionado no procedimento pré-contratual, de forma objetivamente demonstrável, a alteração da qualificação dos candidatos, a alteração da ordenação das propostas avaliadas, a não exclusão ou a apresentação de outras candidaturas ou propostas³⁶⁸;
- b) Alterar o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante de modo a que este seja colocado numa situação mais favorável do que a resultante do equilíbrio inicialmente estabelecido³⁶⁹;
- c) Alargar consideravelmente o âmbito do contrato.”

Note-se que estas são razões meramente exemplificativas que ultrapassam aqueles dois limites, pelo que poderão haver outras *modificações substanciais*.

PEDRO GONÇALVES, sobre o *limite concorrencial*, afirma que “a protecção da concorrência surge, assim, como um novo e autónomo critério de limitação da modificação

³⁶⁵Para mais desenvolvimentos acerca deste ponto, cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021...*, p. 122.

³⁶⁶ Anterior alínea b) do nº1 do artigo 313.º do CCP.

³⁶⁷ Este preceito concretiza as balizadas previstas no artigo 72.º, nº 4 da Diretiva 2014/24/UE. Cf. FONTOURA, João Lamy, “Modificação objetiva do contrato:...”, pp. 1145-1147; FONTOURA, João Lamy da/ ALVES, Catarina Paulino, “Modificação objetiva do contrato:...”, pp. 473-481.

³⁶⁸ Anterior alínea c) do nº1 do artigo 313.º do CCP.

³⁶⁹ Anterior alínea e) do nº1 do artigo 313.º do CCP.

dos contratos e introduz, como uma dimensão renovada do problema, um princípio de identidade entre âmbito de modificação e âmbito do poder unilateral de modificação”. Mais acrescenta que este limite “acentua o novo enfoque da protecção da concorrência (desde logo, a protecção dos operadores económicos que concorreram ou que poderiam ter concorrido à adjudicação do contrato inicial, bem como dos potenciais concorrentes a uma nova adjudicação)”³⁷⁰. Em todos estes casos ilustrativos, há uma probabilidade de que a modificação, se realizada no procedimento pré-contratual, resultaria num adjudicatário diferente. Isto iria, claramente, defraudar o objetivo do procedimento inicial.

De notar que este limite *evita* situações de manipulação do poder de modificação por parte do contraente público em conluio com o cocontratante (no caso de modificação por acordo das partes)³⁷¹ e assegura, igualmente, a transparência e igualdade de tratamento nos procedimentos de contratação pública, prevenindo possíveis distorções no mercado. Esta transparência também é visível no artigo 315.º do CCP que impõe a publicidade das modificações.

Com as alterações operadas pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, este limite *aplica-se apenas às modificações fundadas em razões de interesse público*³⁷², como estipulado no artigo 313.º, n.º2. Sendo certo que a modificação por razões de interesse público “pode efetuar-se (ao que parece, independentemente do valor), desde que não configure uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência, o que, nos termos da lei, se pode concluir que: a) as alterações introduzidas, na hipótese de terem sido inicialmente previstas no caderno de encargos, conduziam, de forma objetivamente demonstrável, à qualificação dos mesmos candidatos, à mesma ordenação das propostas avaliadas, à exclusão ou à apresentação das mesmas candidaturas ou propostas; b) o equilíbrio económico do contrato se mantém nos termos iniciais, permanecendo, pois, a situação do cocontratante nas condições definidas no equilíbrio inicialmente estabelecido; c) não se alargar consideravelmente o âmbito do contrato. Só a *verificação cumulativa* destas três condições conduzirá à conclusão de que o contrato modificado não se apresenta materialmente

³⁷⁰ GONÇALVES, Pedro, “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”, in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, janeiro/fevereiro, 2009, p. 17.

³⁷¹ GOMES, Carla Amado, “A conformação...”, p. 542.

³⁷² Todavia, o legislador europeu, na Diretiva 2014/24/UE, aplicou o limite substancial a qualquer um dos fundamentos – artigo 72.º, n.º1, alínea e) da referida Diretiva.

diferente do contrato inicialmente celebrado e, por conseguinte, que está em pauta uma *modificação não substancial*” (itálico nosso)³⁷³.

Neste preceito legal vigora, simultaneamente, o limite substancial e o limite concorrencial.

iii. Artigo 313.º, nº2, alínea a) do CCP – Limite Procedimental

Este limite significa que não é permitido “[I]ntroduzir alterações que, se inicialmente previstas no caderno de encargos, teriam ocasionado no procedimento pré-contratual, de forma objetivamente demonstrável, a alteração da qualificação dos candidatos, a alteração da ordenação das propostas avaliadas, a não exclusão ou a apresentação de outras candidaturas ou propostas” (artigo 313.º, nº2, alínea a) do CCP)³⁷⁴.

A alínea a) do supracitado artigo está direcionada para identificar situações que violem o princípio da concorrência, sempre que a modificação seja suscetível de defraudar o resultado do procedimento pré-contratual. Isto é, “(...) quando seja objetivamente demonstrável que as alterações, se tivessem sido inicialmente previstas no caderno de encargos, teriam permitido qualificar um candidato não qualificado ou não qualificar um candidato qualificado; excluir uma proposta não excluída ou não excluir uma proposta excluída; viabilizar a apresentação de candidaturas ou propostas que não foram apresentadas; ou alterar a ordenação das propostas que forem avaliadas”^{375/376}.

Procura-se, aqui, salvaguardar “a intocabilidade dos objetivos do procedimento adjudicatório do contrato e, conseqüentemente, os princípios de atuação que o regem: o da concorrência, da transparência, da igualdade e da não discriminação, da boa-fé, da tutela da confiança, do não favorecimento, etc.. Deste modo, as alterações não podem conduzir a situações que alterariam os resultados da concorrência”³⁷⁷.

De notar que este limite não se aplica à modificação do contrato com fundamento nas condições nele previstas, uma vez que, neste caso, a eventualidade de modificação do contrato encontrava-se consagrada nos documentos iniciais do procedimento de contratação, sendo conhecida de todos os concorrentes (e possíveis concorrentes) antes da apresentação

³⁷³ GONÇALVES, Pedro Costa, “A reforma de 2021 do CCP...”, pp. 67-68.

³⁷⁴ Este limite também vigora na fase pré-contratual – artigo 99.º, nº1 do CCP.

³⁷⁵ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021...*, p. 123.

³⁷⁶ GOMES, Carla Amado, “A conformação...”, p. 542.

³⁷⁷ SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos:...*, 2021, p. 836.

das suas propostas. *Aplica-se apenas à modificação fundada em razões de interesse público, como está consagrado no artigo em questão.*

iv. Artigo 313.º, nº2, alínea b) do CCP – Limite Económico

Neste preceito prevê-se que a modificação fundada em razões de interesse público não pode “[A]lterar o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante de modo a que este seja colocado numa situação mais favorável do que a resultante do equilíbrio inicialmente estabelecido”³⁷⁸.

A alínea b) do artigo 313.º prevê uma “situação oposta aquela que é procurada nos casos de reequilíbrio financeiro do contrato: a equação económica inicial não havia sido perturbada; o acto modificativo é que subverte agora essa equação, mas fazendo-o exactamente em prejuízo do interesse público e em benefício da posição do cocontratante”³⁷⁹.

De facto, este preceito estabelece o *princípio da inalterabilidade do equilíbrio económico do contrato*. Todavia, e como refere ANDRADE DA SILVA, “(...) com a modificação das prestações ou do modo da sua realização, normal é que daí decorra alteração dos encargos necessários à sua realização. Portanto, o equilíbrio económico *inicial* terá necessariamente alterado. Poderá dizer-se que se daí resulta aumento de encargos para o prestador, terá direito ao restabelecimento desse equilíbrio; se resulta diminuição desses encargos, na lógica da norma, será o preço correspondente diminuído, se isso não afetar as justas expectativas de lucro do cocontratante”³⁸⁰.

v. Artigo 313.º, nº2, alínea c) do CCP – Limite Quantitativo

Por fim, a modificação com fundamento em razões de interesse público não pode “[A]largar consideravelmente o âmbito do contrato”.

ANDRADE DA SILVA menciona que “não é fácil descortinar o *âmbito normativo* desta limitação ao poder de modificação”³⁸¹. Mas, este limite, só pode “reportar-se,

³⁷⁸ De igual forma se previa na Diretiva 2014/24/UE, artigo 72.º, nº4, alínea b).

³⁷⁹ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021...*, p. 123.

³⁸⁰ SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos:...*, 2019, pp. 674-675.

³⁸¹ *Idem*, *Código dos Contratos Públicos:...*, 2021, p. 837.

necessariamente, ao conteúdo obrigacional das respetivas prestações”³⁸² e apenas no tangente aos seus aspetos quantitativos.

Estabelece-se, neste preceito, um limite quantitativo geral, sem prejuízo obviamente do regime especial, previsto no artigo 370.º do CCP.

Então e poderá o contraente público reduzir o âmbito do contrato? Estamos aqui perante um caso em há uma redução do objeto do contrato e, conseqüentemente, das prestações contratuais. Muito embora este caso esteja previsto no artigo 379.º do CCP, este preceito não refere em que termos esta modificação é exequível. Todavia, deve ser aplicado, aqui, as condições não substanciais referidas anteriormente³⁸³.

Na opinião de PEDRO SÁNCHEZ, os “limites previstos nas alíneas b) e c) do n.º 2, sublinhe-se, não está sequer em causa a questão de saber se terá sido violado o princípio da concorrência. Independentemente de se confirmar se o adjudicatário seria ou não sempre o mesmo (tal como se manda averiguar na alínea a) do n.º2), a Administração terá ultrapassado os limites à estabilidade dos contratos que celebra, o que a lei não consente, mesmo com abstracção das circunstâncias do mercado concorrencial”³⁸⁴.

vi. O revogado artigo 313.º, nº1, alínea d) do CCP – Limite Quantitativo

Apesar de ter sido revogado pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, é importante referir o artigo 313.º, nº1, alínea d) do CCP, porque estabelecia um limite quantitativo absoluto à impossibilidade de introdução de modificações ao contrato administrativo, fixado em termos percentuais, por alusão ao valor dos contratos. Havia, portanto, limiares “*de maximus*” para as modificações.

Por isso, a *modificação fundada na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias*, o limite absoluto era de 25% do valor do contrato, já para a *modificação fundada em razões de interesse público*, o limite absoluto era de 10% do valor do contrato.

Deste modo, se o fundamento da modificação do contrato administrativo estivesse nas condições expressamente nele previstas, na sequência de idêntica previsão no caderno de encargos, a modificação *não estava* sujeita a qualquer limite monetário.

³⁸² *Ibidem*.

³⁸³ GONÇALVES, Pedro Costa, “A reforma de 2021 do CCP...”, pp. 68-69.

³⁸⁴ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021...*, p. 124.

Estes limites foram apenas uma opção do legislador português, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017³⁸⁵, sendo “a mais dramática das limitações impostas pelo legislador nacional deste domínio, sem que as Diretivas o impusessem”³⁸⁶. Por este motivo, foi revogado, e muito bem, pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.

3.5. Não Aplicação dos Referidos Limites (artigo 313.º, nº3 e nº4 do CCP)

O legislador português de 2021, no artigo 313.º, nº3 e nº4, veio atribuir uma maior flexibilidade à Administração Pública, consentida pelo legislador europeu no artigo 72.º da Diretiva 2014/24/UE³⁸⁷, que permite, com mais facilidade, prosseguir o interesse público.

Os limites mencionados no artigo 313.º, nº2 (limites substancial e concorrencial), respeitantes à modificação fundada em razões de interesse público *não se aplicam nas seguintes situações* (artigo 313.º, nº3 do CCP):

- a) Modificações de *valor inferior* aos limiares referidos no nº 2, nº 3 ou nº 4 do artigo 474.³⁸⁸, consoante o caso, e inferior a 10% ou, em contratos de empreitada de obras públicas, a 15% do preço contratual inicial;
- b) Modificações que decorram de circunstâncias que uma entidade adjudicante diligente *não pudesse ter previsto*, desde que a *natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo as justifique*, e desde que o seu valor *não ultrapasse 50%* do preço contratual inicial.

Quanto à alínea a), é importante ter em atenção que com a revisão operada pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, o CCP (no artigo 313.º, nº3) passou a adotar limiares “*de minimus*” para modificações do contrato fundadas em razões de interesse público, desde que

³⁸⁵ Não decorria, portanto, das Diretivas Europeias de 2014.

³⁸⁶ ALMEIDA, Mário Aroso de, “Apreciação geral...”, p. 36.

³⁸⁷ O legislador em 2017 negou, infelizmente, esta possibilidade.

³⁸⁸ Artigo 474.º (“Montantes dos limiares europeus”) do CCP: “2 - *O montante do limiar previsto para os contratos de concessão de serviços públicos e de obras públicas é de (euro) 5 350 000. 3 - Os montantes dos limiares previstos para os contratos públicos são os seguintes: a) (euro) 5 350 000, para os contratos de empreitada de obras públicas; b) (euro) 139 000, para os contratos públicos de fornecimento de bens, prestação de serviços e de concursos de conceção, adjudicados pelo Estado; c) (euro) 214 000, para os contratos referidos na alínea anterior, adjudicados por outras entidades adjudicantes; d) (euro) 750 000, para os contratos públicos relativos a serviços sociais e outros serviços específicos enumerados no anexo ix ao presente Código. 4 - Os montantes dos limiares previstos para os contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais são os seguintes: a) (euro) 5 350 000, para os contratos de empreitada de obras públicas; b) (euro) 428 000, para os contratos públicos de fornecimento de bens, prestação de serviços e de concursos de conceção; c) (euro) 1 000 000, para os contratos públicos relativos a serviços sociais e outros serviços específicos enumerados no anexo ix ao presente Código*” (itálico nosso).

resultem em pequenas alterações de valor, pelo que, neste caso, não seria necessário um novo procedimento de contratação, conforme previsto no artigo 72.º, nº2 da Diretiva 2014/24/UE³⁸⁹. O legislador concedeu, assim, ao contraente público uma “margem” para a não aplicação dos limites referidos no artigo 313.º, nº2, através da autorização de modificações que sejam inferiores a 10% do preço contratual, na generalidade dos contratos públicos, e 15% do preço contratual, no caso de empreitadas de obras públicas”³⁹⁰. *Anteriormente não se previa, no CCP, limiares mínimos para a modificação fundada em razões de interesse público*³⁹¹.

Nesta modificação há um irrelevante impacto financeiro (10% e 15% do preço contratual) e, por isso, dispensa-se os requisitos quanto à duração temporal do contrato. Isto já não se aplica no caso da alínea b) como veremos de seguida.

Acerca desta alínea é importante referir que este máximo de 10% e 15% é aplicável ao *acumulado* das modificações – artigo 313.º, nº 4 do CCP e artigo 72.º, nº2 da Diretiva 2014/24/UE.

Relativamente à alínea b), o contraente público pode modificar o contrato quando este não exceda os 50% do preço contratual inicial. Aqui tem de haver uma *comprovada imprevisibilidade* da modificação³⁹² - critério da imprevisibilidade -, como está expressa no preceito legal³⁹³. Esta alínea exige mais que a anterior, porque é necessário, além da imprevisibilidade, que a modificação decorra da “*natureza duradoura do vínculo contratual*

³⁸⁹ O artigo 72.º refere que “2. Além disso, e sem que seja necessário verificar se se encontram preenchidas as condições previstas no n.º 4, alíneas a) a d), os contratos podem igualmente ser modificados sem necessidade de novo procedimento de contratação, nos termos da presente diretiva, caso o valor da modificação seja inferior a ambos os seguintes valores: i) os limiares estabelecidos no artigo 4.º; e ii) 10 % do valor do contrato inicial, no caso dos contratos de serviços e fornecimentos, e 15 % do valor do contrato inicial, no caso dos contratos de empreitada de obras” (itálico nosso).

³⁹⁰ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021...*, p. 125.

³⁹¹ Pelo contrário, o CCP previa era *limites máximos* para as modificações – anterior artigo 313.º, nº1, alínea d).

³⁹² Vejamos, quanto à imprevisibilidade, o considerando 109 da Diretiva 2014/24/UE: “As autoridades adjudicantes podem ser confrontadas com circunstâncias externas que não podiam ter previsto quando adjudicaram o contrato, em especial quando a execução deste se prolonga por mais tempo. Neste caso, é necessário ter alguma flexibilidade para adaptar o contrato a essas circunstâncias sem um novo procedimento de contratação. O conceito de circunstâncias imprevisíveis refere-se a factos que a autoridade adjudicante não podia prever, apesar de ter preparado a adjudicação inicial de forma razoavelmente diligente, tendo em conta os meios que tinha à sua disposição, a natureza e as características do projeto específico, as boas práticas no domínio em questão e a necessidade de assegurar uma relação adequada entre os recursos gastos na preparação da adjudicação do contrato e o seu valor previsível. Contudo, este conceito não se pode aplicar nos casos em que uma modificação dê lugar a uma alteração da natureza global do contrato público, por exemplo substituindo obras, fornecimentos ou serviços a adjudicar por algo diferente ou alterando profundamente o tipo de contrato, uma vez que, em tal situação, é previsível que o resultado final seja influenciado” (itálico nosso).

³⁹³ Remeta-se aqui para o artigo 72.º, nº1, alínea c) da Diretiva 2014/24/UE.

e o decurso do tempo”. Deste modo, está aqui em causa modificações fundadas em razões de interesse público³⁹⁴, sendo este prosseguido por um contrato de longa duração, em que é mais provável ocorrer modificações. Nas palavras de PEDRO SÁNCHEZ “esta cláusula só é aplicável quando, por um lado, se trate de um contrato de larga duração e quando, por outro lado, já tenha decorrido uma parte significativa desse prazo de vigência. E isto porque é tal decurso de tempo que pode justificar que as partes sejam surpreendidas com uma nova necessidade de interesse público ou, pelo menos, com uma nova compreensão das necessidades de interesse público já existentes, as quais devem levar a uma reponderação da avaliação inicialmente realizada. Se o contrato, embora de longa duração, iniciou a sua vigência há pouco tempo, então a aplicação desta cláusula fica vedada, porque não decorreu um lapso temporal suficientemente grande para permitir uma reponderação da avaliação inicial do decisor público”³⁹⁵.

Todavia, PEDRO GONÇALVES, acerca da exigência da natureza duradoura do vínculo contratual e do decurso do tempo (artigo 313.º, n.º3, alínea b) do CCP), menciona, e muito bem, que é um “requisito incompreensível, que, embora em termos diferentes tinha sido introduzido no CCP pela revisão de 2017. Na verdade, não se descortina o sentido para fazer depender a possibilidade de uma modificação por circunstâncias imprevistas da natureza duradoura do contrato e, ao que parece, *ainda* do decurso do tempo: as circunstâncias imprevistas podem surgir logo no início da execução de um contrato de curta duração e não vemos que este facto inviabilize a modificação com o fundamento em análise”³⁹⁶.

Neste caso de modificação imprevisível, e diferentemente da alínea anterior, se houver *modificações sucessivas* este limite de 50% é aplicado *isoladamente a cada modificação*, ou seja, as várias modificações, em conjunto, poderão ultrapassar aquela percentagem ou até mesmo o preço contratual – artigo 313.º, n.º4, *in fine* do CCP.

Concluindo, nestes casos não se aplica os limites do n.º2 do 313.º do CCP, ou seja, é irrelevante se a modificação implica ou não uma modificação substancial do contrato ou um impedimento, restrição ou falseamento da concorrência. Todavia, não nos podemos

³⁹⁴ Deste modo, não se confunde com a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias do artigo 312.º, alínea b) do CCP. Cf. GONÇALVES, Pedro Costa, “A reforma de 2021 do CCP...”, pp. 63-64.

³⁹⁵ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021...*, p. 127.

³⁹⁶ GONÇALVES, Pedro Costa, “A reforma de 2021 do CCP...”, p. 64.

esquecer que, apesar desta flexibilização do n.º 3 do artigo 313.º do CCP, aplicar-se-á *sempre* o limite relativo à natureza global do contrato (n.º1 do artigo 313.º do CCP).

3.6. Síntese dos Limites da Modificação

Percorrido este caminho, relativo aos limites à modificação, torna-se necessário fazermos uma síntese dos limites mencionados anteriormente, aplicáveis aos diferentes fundamentos de modificação. Para sistematizar este ponto recorreremos às palavras de PEDRO SÁNCHEZ:

“ *i*) Qualquer modificação contratual é forçada a respeitar o limite qualitativo consistente na preservação da natureza global do contrato (n.º1);

ii) Desde que seja cumprido esse limite, o contraente público pode aprovar qualquer modificação contratual que cumpra cumulativamente dois requisitos (alínea a) do n.º3):

a) O seu preço isolado tem de ser inferior aos limiares europeus³⁹⁷;

b) O acréscimo de preço tem de respeitar o limite de 15% ou de 10% do preço contratual, consoante se trate de um contrato de empreitada ou de outro contrato (mas sendo esse limite aplicável ao somatório de todas as modificações realizadas ao abrigo desta cláusula);

Cumpridos esses dois requisitos, não há impedimento a que essa modificação altere os resultados de um procedimento concorrencial e coloque o co-contratante numa posição financeira mais favorável, visto que o n.º2 do artigo 313.º é aqui dispensado;

iii) Também desde que seja cumprido o limite global referido no n.º1, o contraente público pode aprovar qualquer modificação que cumpra cumulativamente três requisitos (alínea b) do n.º3):

a) O acréscimo de preço tem de respeitar o limite de 50% do preço contratual (sendo esse limite aplicável aqui de forma individual a cada modificação, nada impedindo modificações sucessivas que ultrapassem esse limite no seu somatório);

b) Tem de ser provada a imprevisibilidade dos factos que justificam a modificação;

³⁹⁷ Artigo 474.º, n.º 2, n.º3 e n.º4 do CCP.

- c) A modificação tem de ocorrer num contrato de natureza duradoura cuja vigência já esteja em curso durante o tempo necessário para justificar a modificação;

Se esses três requisitos estiverem cumpridos, também não há impedimento a que essa modificação altere os resultados de um procedimento concorrencial anterior e coloque o co-contratante numa posição financeira mais favorável, visto que o n.º2 do artigo 313.º continua a ser dispensado;

iv) Ainda desde que seja cumprido o limite global previsto no n.º1, mas não sendo possível aplicar qualquer das outras hipóteses modificativas, o contraente público só pode aprovar uma modificação quando ela respeite os três requisitos fixados no n.º 2 do artigo 313.º, isto é:

- a) Respeitando rigorosamente os condicionamentos do procedimento pré-contratual anterior;
- b) Assegurando que o equilíbrio económico do contrato não é alterado em favor do co-contratante; e
- c) Assegurando que o âmbito do contrato não é substancialmente alargado”³⁹⁸.

3.7. O Confronto entre a Modificação Geral e a Modificação Especial

No artigo 313.º, n.º 5 do CCP estipula-se que *os limites do artigo 313.º* (modificação geral do contrato administrativo) “(...) *não prejudica[m], em relação às modificações que tenham por objeto a realização de prestações complementares, o regime especial do artigo 370.º.*” (modificação especial do contrato)³⁹⁹.

Deste modo, as empreitadas de obras públicas, concessões de obras e de serviços públicos e aquisição de serviços), para além dos *limites gerais* do artigo 313.º, ficam sujeitas aos *limites específicos* do artigo 370.º do CCP (“Trabalhos complementares”)⁴⁰⁰. Isto porque

³⁹⁸ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021...*, pp. 127-128.

³⁹⁹ Em 2017 foi aditado um preceito legal semelhante, no n.º3 do artigo 313.º, que referia o seguinte: “*A modificação dos contratos especialmente regulados no título ii da parte iii fica sujeita aos limites aí previstos*” (itálico nosso). Este artigo induzia erradamente a ideia de que o regime especial derogava o regime geral da modificação. Agora, em 2021, este preceito foi melhorado, tornando-se, assim, explícito que os regimes geral e especial se complementam mutuamente. Cf. ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral...*, 2018, pp. 515-516.

⁴⁰⁰ Estes trabalhos, anteriormente eram designados como trabalhos ou serviços a mais. Para mais desenvolvimentos acerca do regime especial da modificação (artigos 370.º a 381.º do CCP), com as alterações

o artigo 420.º-A (*para trabalhos e serviços complementares nos contratos de concessão de obras públicas e de serviços públicos*) e o artigo 454.º do CCP (*para a realização de serviços complementares na prestação de serviços*) remetem para os artigos 370.º a 381.º (*para as modificações objetivas nas empreitadas obras públicas*) no tangente à modificação⁴⁰¹.

Assim, o regime especial das modificações evidentemente que não prejudica o regime geral das modificações, até porque estas aplicam-se “transversalmente a qualquer contrato administrativos”⁴⁰². Ora, os “fundamentos genéricos de modificação contratual emergem dos vectores fundamentais do ordenamento administrativo e são aplicáveis independentemente dos casos adicionais de modificação que sejam especificamente aplicáveis a um dado tipo contratual”⁴⁰³.

Acrescente-se ainda que o regime especial do 370.º a 381.º do CCP é adicionado ao regime geral previsto, transversalmente, nos artigos 311.º a 315.º. Sendo que o contraente público que gere o contrato administrativo “pode lançar mão, consoante os casos, de um ou de outro regime jurídico modificativo. O regime especial previsto nos artigos 370.º e seguintes responde *adicionalmente* a necessidades de interesse público que se fazem sentir na execução de empreitadas; ele não serve para prejudicar a aplicação do regime geral previsto nos artigos 311.º e seguintes, que também é aplicável a este tipo contratual”⁴⁰⁴.

E mais, muito embora não se saiba se é necessário executar trabalhos/serviços para colmatar determinados erros e omissões e realizar prestações complementares, o contraente público tem obrigatoriamente de repor o equilíbrio financeiro ou indemnizar o cocontratante.

Concluindo, o artigo 313.º, n.º 5 do CCP *salvaguarda o regime especial dos contratos* regulados no Título II da Parte III do CCP, sendo certo que o regime geral complementa o regime especial, sem o substituir.

3.8. Celebração de um Novo Contrato: Quando?

O normativo legal que prevê a adoção de um novo contrato foi aditado pela revisão de 2017 ao CCP (no artigo 313.º, n.º5) e, com a alteração de 2021, permaneceu *ipsis verbis*,

operadas pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021...*, pp. 132-138; GONÇALVES, Pedro Costa, “A reforma de 2021 do CCP...”, pp. 64-67.

⁴⁰¹ Esta remissão foi uma alteração introduzida pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, que tornou mais estáveis e homogéneas as modificações aplicáveis à globalidade dos contratos administrativos.

⁴⁰² SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021...*, p. 129.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 130.

⁴⁰⁴ *Ibidem*.

no artigo 313.º, n.º6 do CCP: “[A]s modificações que não respeitem os limites estabelecidos no presente Código determinam a adoção de um novo procedimento de formação de contrato, caso a entidade adjudicante mantenha a decisão de contratar”⁴⁰⁵.

ANDRADE DA SILVA menciona que é um preceito de “utilidade duvidosa”, porque “resulta pela negativa dos condicionalismos estabelecidos para a modificação do contrato: se o contraente público não pode, no âmbito do contrato em vigor, obter determinadas prestações através da modificação desse contrato, se não prescindir da sua obtenção só lhe resta, para isso, recorrer a novo procedimento contratual”⁴⁰⁶.

A este respeito, diz AROSO DE ALMEIDA que “nos casos em que o interesse público exigiria que o contrato fosse modificado para além dos limites estabelecidos no artigo 313.º, mais não resta, pois, ao contraente público do que proceder à resolução do contrato por razões de interesse público, nos termos do artigo 334.º, e promover a celebração de um novo contrato, destinado a substituir aquele que estava em vigor, precedido do procedimento pré-contratual legalmente exigido (...)”⁴⁰⁷.

Este eventual novo contrato é passível de *impugnação direta* “por quem tenha sido prejudicado pelo facto de não ter sido adotado o procedimento pré-contratual legalmente exigido” – artigo 77.º-A, n.º1, alínea c) do CPTA.

3.9. Consequências da Modificação: A Reposição do Equilíbrio Financeiro do Contrato ou Compensação Financeira?

Nos casos em que haja modificação, o cocontratante tem *direito à reposição do equilíbrio financeiro* ou a uma *compensação financeira segundo critérios de equidade*⁴⁰⁸.

Estes direitos do cocontratante estão consagrados no artigo 314.º do CCP, que foi alterado pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio. Isto porque o legislador, ao alterar os fundamentos da modificação, teve também de esclarecer as consequências (indemnizatórias) que a Administração Pública terá em cada um dos fundamentos da modificação.

⁴⁰⁵ Corresponde ao artigo 72.º, n.º5 da Diretiva 2014/24/UE.

⁴⁰⁶ SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos:...*, 2019, p. 675.

⁴⁰⁷ ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral...*, 2018, p. 489.

⁴⁰⁸ Tem fundamento constitucional nos artigos 62.º e 266.º da CRP. De facto, a “Constituição fornece, ela própria, uma “pauta normativa” directa e imediatamente conformadora da relação contratual, cuja eficácia é naturalmente extensiva ao equilíbrio económico-financeiro do contrato e à sua reposição”. Cf. MARTINS, Licínio Lopes, *Empreitada de Obras Públicas: O Modelo Normativo do Regime do Contrato Administrativo e do Contrato Público (Em Especial, o Equilíbrio Económico-Financeiro)*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 696.

E mais, com esta nova redação do artigo 314.º, n.º1, não temos dúvidas que a reposição do equilíbrio financeiro do cocontratante é efetuada nos termos do artigo 282.º, havendo uma remissão direta para este artigo (o que não acontecia anteriormente). Sendo certo que este princípio do equilíbrio económico-financeiro do contrato administrativo “incorpora ou concretiza valores objectivos que não estão na disponibilidade das partes”⁴⁰⁹.

i. No Caso de Modificação com Fundamento nas Cláusulas Contratuais:

As consequências da modificação com fundamento nas cláusulas contratuais derivam, unicamente, do que estiver previsto no caderno de encargos e no clausulado contratual⁴¹⁰. Sendo que as cláusulas contratuais têm de indicar de forma *clara, precisa e inequívoca* o âmbito e a natureza das eventuais modificações, bem como as *condições em que podem ser aplicadas*. Portanto, este fundamento da modificação resulta de uma “(...) mera aplicação de uma cláusula prévia constante das peças do procedimento, que determina não apenas os pressupostos da sua possível aplicação mas também os termos em que ela será concretizada (...)”⁴¹¹. Não fazia qualquer sentido, neste fundamento, ser a lei a determinar as consequências financeiras que o contraente público tem de suportar.

ii. Nos Casos de Modificação com Fundamento na Alteração Anormal e Imprevisível das Circunstâncias e com Fundamento em Razões de Interesse Público:

Nestes casos de modificação, ditos *tradicionais*, já não acontece o mesmo que na modificação com fundamento nas cláusulas contratuais. Vejamos, aqui, o artigo 314.º do CCP que refere o seguinte: “1 - O cocontratante tem direito à *reposição do equilíbrio financeiro*, nos termos do artigo 282.º, quando:

- a) A *alteração anormal e imprevisível das circunstâncias* a que se refere a alínea b) do artigo 312.º seja *imputável* a decisão do contraente público, adotada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do cocontratante; ou

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 695.

⁴¹⁰ GONÇALVES, Pedro Costa, “A reforma de 2021 do CCP...”, p. 58.

⁴¹¹ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021...*, p. 114.

- b) O contrato seja modificado por *razões de interesse público*, nos termos da alínea c) do artigo 312.º⁴¹².

2 - Os demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias conferem direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade. (itálico nosso)”

A respeito deste artigo, CARLA AMADO GOMES indica que “o CCP distingue as duas situações, não só dedicando-lhes sedes diferentes (n.ºs 1 e 2), como utilizando uma diferente terminologia quanto ao ressarcimento de prejuízos – “reposição do equilíbrio financeiro”, no n.º 1; e “compensação financeira, segundo critérios de equidade” (a “indenização por imprevisão”), no n.º2. Estas disparidades – insistimos – encontram o seu fundamento na causa que determina a alteração do contrato: uma razão *subjectiva*, expressão da vontade funcional da entidade adjudicante, no primeiro caso, com cujas consequências lesivas acarreta – é o “preço” da melhoria da prossecução do interesse público que obterá pela via da modificação contratual unilateralmente imposta; uma razão *objectiva*, alheia à vontade das partes, no segundo caso, cujas consequências lesivas não devem, nem ser exclusivamente suportadas pela entidade adjudicante (que não concorrer para elas), nem pelo adjudicatário (que vê o risco do negócio consideravelmente agravado) – o “custo extraordinário” da continuidade de prossecução do interesse público tem que ser rateado, de acordo com critérios de equidade”⁴¹³.

No caso de *modificação com fundamento em razões de interesse público*, como o contrato é modificado supervenientemente por razões de interesse público, é dever do contraente público indemnizar. Nas palavras de MELO MACHADO, “rigorosamente, a administração não indemniza: restabelece um equilíbrio determinado que se obrigara a manter”⁴¹⁴.

De facto, “a equação económico-financeira em que o contrato está baseado – ao abrigo do princípio *pacta sunt servanda* – tem de ser integralmente reposta”⁴¹⁵. E, por isso, é reconhecido ao cocontratante o direito à reposição do equilíbrio financeiro, não bastando

⁴¹² Antes da revisão efetuada no presente ano, este artigo estava incompleto. Todavia, e muito embora no artigo não dissesse nada, fazia-se a conjugação deste com o artigo 312.º. Atualmente, há uma expressa remissão, o que facilita a interpretação e aplicação do mesmo.

⁴¹³ GOMES, Carla Amado, “A conformação...”, p. 546.

⁴¹⁴ MACHADO, João de Melo, *Teoria Jurídica...*, p. 270.

⁴¹⁵ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021...*, p. 114.

uma mera compensação pelos prejuízos causados ao mesmo, que concretiza uma partilha dos danos infligidos na sua esfera jurídica.

Nesta situação, PEDRO SÁNCHEZ refere que “(...) não está em causa uma simples indemnização destinada a salvar da hipotética ruína o co-contratante afectado por eventos supervenientes; em vez disso, *restaura-se rigorosamente* um equilíbrio que a Administração inicialmente aceitou respeitar e cuja subsistência foi colocada em risco pela sua intervenção unilateral. O co-contratante não tem de demonstrar o perigo de ruína; o dever de reposição integral do equilíbrio inicial resulta do próprio acto modificativo. Logo, a compensação não tem sequer natureza indemnizatória nem se destina a *mitigar* os desvios pela equação inicial; simplesmente se impõe a transferência patrimonial que *recomponha integralmente* a posição do co-contratante, recuperando a “proporção entre sacrifícios e benefícios” que as partes acordaram. Enfim, a Administração tem de assegurar *o exacto lucro* que o co-contratante deveria receber *se a modificação não tivesse ocorrido*”⁴¹⁶.

Por sua vez, ANDRADE DA SILVA afirma que a reposição tem de ter como fundamento um *risco administrativo* (não podendo ser um risco normal próprio do contrato, porque este seria suportado pelo cocontratante), sendo que “decorre designadamente, do exercício do poder que o contraente público tem de, unilateralmente, alterar o conteúdo obrigacional do contrato, indo-o adaptando à evolução do interesse público que visa satisfazer e à melhor forma de o conseguir. Se essa perturbação na estabilidade do contrato altera as bases financeiras iniciais, que determinaram aquele cocontratante a celebrar o contrato, agravando-o para este, justo é que disso se veja compensado, através da reposição da situação financeira inicial”⁴¹⁷.

Pretende-se, assim, restabelecer a situação financeira vigente à data da celebração do contrato, que foi colocada em causa pelas circunstâncias previstas nas alíneas a) e b) do n.º1 do 314.º do CCP:

- Alteração anormal e imprevisível das circunstâncias do contrato administrativo imputável a decisão do contraente público, provocada por atos alheios aos poderes de autoridade, ou seja, atos do contraente público não integrados nos limites do seu poder de conformação da relação jurídica contratual (atos de conteúdo normativo geral e abstrato, subsumíveis a

⁴¹⁶ *Ibidem*, pp. 115-116

⁴¹⁷ SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos:...*, 2019, p. 584.

situações de *fait du prince*), e ainda modificação por razões de interesse público extracontratuais, mas com efeito no contrato (alterações motivadas por fins não orientados especificamente ao contrato) – artigo 314.º, n.º1, alínea a)⁴¹⁸;

- Modificação por ato unilateral do contraente público, no uso dos seus poderes de autoridade, que afetaram o conteúdo das prestações contratuais. Incluem-se, aqui, alterações denominadas por *jus variandi* (modificação *stricto sensu*) – artigo 314.º, n.º1, alínea b)⁴¹⁹.

Ora, o cocontratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro, uma vez que estas são *situações não imputáveis ao cocontratante* e que causaram uma alteração anormal e imprevisível ao contrato, modificando-o. Já o contraente público tem “(...) o dever de suportar por inteiro a maior onerosidade que da alteração das circunstâncias resultou para a contraparte”⁴²⁰.

Por fim, no caso de *modificação com fundamento na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias*, temos de distinguir duas situações:

- i) Quando é imputável a decisão do contraente público e adotada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, e desde que se repercuta de modo específico na situação contratual do cocontratante – aqui o cocontratante tem *direito à reposição do equilíbrio financeiro*, tal como acontece quando há modificação por razões de interesse público – artigo 314, n.º1, alínea a);
- ii) Nos demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias (não imputável a ato do contraente público) – aqui o cocontratante tem *direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira segundo critérios de equidade* – artigo 314.º, n.º2.

⁴¹⁸ Sobre esta alínea, cf. o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (TCA-S), de 05-07-2017, proc. n.º 08873/12, 2.º Juízo Contencioso Administrativo, onde houve lugar à *aplicação da reposição do equilíbrio financeiro do contrato administrativo*, num caso em que uma alteração legislativa desenvolvida pelo Estado causou uma alteração anormal e imprevisível no contrato em que o contraente público era o Estado. Esta alteração consubstancia-se num facto do príncipe (*fait du prince*) em sentido estrito, pois é imputável ao próprio contraente público e repercutiu-se de modo específico sobre o contrato, razão pela qual deve ser equiparada a uma modificação unilateral do contrato, dando, portanto, lugar à aplicação do instituto da reposição do equilíbrio financeiro do contrato.

⁴¹⁹ SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos:...*, 2019, p. 547.

⁴²⁰ ALMEIDA, Mário Aroso de, “Contratos administrativos e poderes de conformação...”, p. 14.

Nesta segunda modalidade de alteração das circunstâncias, o contraente público “apenas” *compensa* o cocontratante, porque este não pode desvincular-se do contrato, que se tornou financeiramente prejudicial devido a razões anormais e imprevisíveis que as partes não poderiam ter previsto no momento em que decidiram contratar. Deste modo, o contraente público tem um dever financeiro bastante menor, uma vez que não é necessário repor o equilíbrio financeiro inicial do contrato. PEDRO SÁNCHEZ compreende este motivo, pela seguinte razão, com a qual concordamos e, portanto, passamos a citar: “a Administração não impôs – fosse de modo intencional ou até de modo não intencional – uma alteração das prestações previstas no contrato, um incremento do grau de exigência na forma da sua execução ou um agravamento da sua quantidade que causasse uma diminuição de receitas ou um aumento de custos. Não lhe cabe então a responsabilidade pela perda do equilíbrio contratual. Em vez disso, a Administração só é chamada a actuar porque o seu parceiro foi surpreendido por uma alteração imprevista das representações em que fundou a sua decisão de contratar; e desde que se demonstre que tais representações foram legítimas e não abusivas, os princípios de justiça e boa-fé próprios do contrato reclamam a desvinculação da parte lesada. Ora, visto que a Administração alega exigências de interesse público para não permitir essa desvinculação, a sua responsabilidade indemnizatória é convocada na estrita medida em que se requer a continuidade da prestação do serviço público, evitando a ruína que possivelmente se precipitaria se o co-contratante continuasse a ser chamado a executar o contrato em termos imutáveis”⁴²¹.

Assim, o contraente público “*auxiliará* o co-contratante; mas não *suportará em exclusivo* os efeitos da imprevisão”⁴²². Isto é, o contraente público auxilia o cocontratante no estritamente necessário, segundo *critérios de equidade*, de modo a minorar os prejuízos e assegurar a continuidade do contrato em prol do interesse público. Há, neste preceito legal, uma harmonização de interesses entre as partes contratuais.

De referir ainda que esta *equidade* é um conceito indeterminável, que varia dependendo das circunstâncias, da sociedade, da legislação vigente, entre outros.

Relativamente ao artigo 314.º, n.º2 do CCP, AROSO DE ALMEIDA refere que “(...) como apenas estão em causa situações em que uma das partes se vê confrontada com graves dificuldades decorrentes de circunstâncias supervenientes que a nenhuma das partes

⁴²¹ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021...*, p. 117.

⁴²² *Ibidem*.

pode ser imputada, só é de admitir a partilha entre as partes, segundo critérios de equidade, do anormal agravamento dos custos envolvidos no cumprimento do contrato por parte do contraente privado”⁴²³.

Aqui, a modificação do contrato administrativo *depende* do acordo modificativo das partes ou da resolução da questão pela via judicial ou arbitral, uma vez que a modificação unilateral só é possível, ou só é qualificada, como ato administrativo quando o fundamento único e decisivo seja o interesse público (artigos 302.º, alínea c); 307.º, nº2, alínea b); 311.º, nº1, alínea c) do CCP).

É importante expor que caso se adote medidas legislativas ou regulamentares exteriores ao contrato administrativo, provindas de outra pessoa coletiva que não o contraente público (*não imputável* a este último, mas submetidas, de igual modo, ao *fait du prince*), que gerem uma alteração anormal e imprevisível do contrato, aplica-se o artigo 314.º, nº2 do CCP, tendo, portanto, o cocontratante direito a uma compensação financeira segundo critérios de equidade⁴²⁴. Ou seja, falamos aqui de atos de conteúdo normativo geral e abstrato, subsumíveis a situações de *fait du prince*⁴²⁵. Também pode acontecer situações em que o contrato não consegue sobreviver às modificações e, por isso, pode o cocontratante, eventualmente, intentar uma ação de responsabilidade extracontratual por facto da função legislativa, nos termos do artigo 15.º da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro⁴²⁶.

De referir ainda que a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, nos termos do nº2 do artigo 314.º, tem a mesma consequência que no Direito Civil (artigo 437.º, nº2 do Código Civil), conferindo ao cocontratante o direito à modificação do contrato⁴²⁷ ou a uma compensação financeira segundo critérios de equidade.

Mas a quem cabe a escolha entre a compensação e a modificação? Em caso de divergência entre o contraente público e o cocontratante, deve prevalecer a escolha do

⁴²³ ALMEIDA, Mário Aroso de, “Contratos administrativos e regime da sua modificação no Novo Código dos Contratos Públicos”, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 831.

⁴²⁴ Há autores que defendem, neste ponto, que, teoricamente, também à entidade que estabeleceu as medidas gerais com reflexo no contrato (entidade estranha ao contrato), e não somente à entidade adjudicante, podem ser imputados eventuais danos sofridos pelo cocontratante. Cf. GOMES, Carla Amado, “A conformação...”, p. 534; PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público...*, p. 69.

⁴²⁵ Poderia, aqui, incluir-se a legislação Covid-19 que veio suspender os contratos conexonados às atividades letivas. Cf. BATALHÃO, Carlos José, “Institutos Jurídico-contratuais...”, pp. 118-119.

⁴²⁶ Nesta esteira, cf. GOMES, Carla Amado, “A conformação...”, p. 537.

⁴²⁷ Exemplificando, pode desobrigar-se de cumprir certas obrigações contratuais.

contraente público, porque parece ser o mais adequado para a prossecução do interesse público.

Com o artigo 314.º do CCP evita-se que o reequilíbrio financeiro do contrato seja utilizado de forma indiferenciada para todos os fundamentos de modificação objetiva. Sendo certo que o contraente público só repõe o equilíbrio financeiro do contrato, nos casos estipulados legalmente. Caso advenha de uma alteração não imputável às partes e alheia à sua vontade, o contraente público apenas tem de compensar o cocontratante.

Acrescente-se que este artigo abrange, de forma clara e suficiente, os distintos cenários de consequências financeiras, resultantes de uma modificação contratual direta (modificação unilateral – *jus variandi*), de uma modificação contratual indireta por *fait du prince* e de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias que seja externa às partes⁴²⁸.

Em suma:

Com as alterações operadas no CCP, há artigos mais claros e mais bem formulados. De qualquer forma existe, e sempre existiu, no CCP uma *ponderação equilibrada entre a prossecução do interesse público e a proteção da confiança do cocontratante*.

Deste modo, no caso de modificação por alteração anormal e imprevisível, as partes devem respeitar o princípio da boa-fé, estipulado no artigo 10.º do CPA e artigo 1.º-A, nº1 do CCP, porquanto constitui fundamento da modificação (artigo 312.º, alínea b) do CCP).

No caso de modificação por imperativos de interesse público e também nos casos de alteração anormal e imprevisível e previsão nas cláusulas contratuais, a proteção da confiança está *implícita* no direito do cocontratante à reposição do equilíbrio financeiro inicial do contrato, nos termos referidos anteriormente.

Obviamente, que o restabelecimento do equilíbrio financeiro torna o contrato mais oneroso (artigo 314.º e 354.º do CCP), mas o que é mais importante é concluir a execução do contrato vigorando, deste modo, o *princípio da interdependência dos interesses* empenhados no contrato.

⁴²⁸ Para mais desenvolvimentos acerca deste ponto, cf. SANCHÉZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021...*, pp. 119-121.

3.9.1. O revogado n.º 3 do artigo 314.º do CCP

Com as alterações operadas pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, o artigo 314.º, n.º3 do CCP foi revogado. Este artigo, introduzido pela revisão do CCP em 2017, referia que “quando a modificação do contrato tenha por fundamento as circunstâncias previstas na alínea a) do artigo 312.⁴²⁹, o cocontratante só tem direito à reposição do equilíbrio financeiro quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos com base nos quais determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos” (itálico nosso)⁴³⁰. O revogado artigo estabelecia um condicionalismo ao direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, uma vez que para que esse direito existisse tinham de se verificar aquelas duas condições cumulativas.

Em relação a esta norma restritiva, GUERRA TAVARES considerava-a impercetível, “principalmente, quando, de acordo com o n.º2 deste artigo 314.º do Código, as situações de alteração das circunstâncias nos termos da alínea a) do artigo 312.º não dão lugar à reposição do equilíbrio financeiro, mas sim a uma modificação ou compensação financeira segundo critérios de equidade”⁴³¹. Portanto, a revogação deste preceito legal fez, a nosso ver, todo o sentido.

3.9.2. Como se Operacionaliza a Reposição do Equilíbrio Financeiro do Contrato? (artigo 282.º do CCP)

A reposição do equilíbrio financeiro está prevista como uma consequência de modificações que alargam o objeto do contrato⁴³². Atente-se que “(...) o CCP consagra a pura reposição do equilíbrio contratual inicial – e não uma indemnização nos termos tradicionais do Direito Civil”⁴³³.

⁴²⁹ Atual alínea b) do 312.º do CCP.

⁴³⁰ FREITAS DO AMARAL mencionava que este artigo era uma “limitação na reposição do equilíbrio financeiro motivada por *fait du prince*; nesses casos, o reequilíbrio só é devido se estiverem reunidos dois requisitos: *primo*, os pressupostos que determinam o valor das prestações sofrerem alteração em consequência do facto invocado como fundamento do direito ao reequilíbrio; *secundo*, os pressupostos que estiverem na base dessa determinação tinham de ser conhecidos pelo contraente público, ou este não os devia ignorar”. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, pp. 535-536.

⁴³¹ TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário...*, p. 752.

⁴³² Porque quando se reduz teremos de ter em consideração os artigos 379.º, n.º2 e 381.º do CCP. Cf. GONÇALVES, Pedro Costa, “A reforma de 2021 do CCP...”, p. 70.

⁴³³ AMORIM, Tiago, “A reposição do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos”, in: *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. II, 4ª edição, Lisboa, AAFDL, 2021, p. 541.

O cocontratante tem direito a uma *indenização que reponha o equilíbrio financeiro do contrato nas condições inicialmente firmadas*, sendo que esta reposição é efetuada nos termos do artigo 282.º do CCP. Este artigo é aplicável aos contratos administrativos e só há dever de reposição do equilíbrio financeiro “nos casos *especialmente* previstos na lei ou, a título *excecional*, no próprio contrato” (itálico nosso) – artigo 282.º, n.º1 do CCP⁴³⁴.

Este artigo é alvo de críticas, pelo que citamos aqui o seguinte excerto de ANDRADE DA SILVA, com o qual concordamos: “[P]or um lado, não se entende bem o alcance do advérbio *especialmente*, parecendo de afastar que, com ele, se pretendeu que o legislador *só em casos especiais* o devia admitir. O que é dispensável. Se essa reposição *apenas* tem lugar nos casos em que a lei especifica, está implícito que são casos que ao legislador mereceram especial tratamento jurídico. É o que sucede com o artigo 314.º, em consequência das modificações objetivas do contrato e 354.º, por agravamento dos custos de execução da obra derivado a facto do contraente público. Por outro lado, prevê que, *excecionalmente*, o contrato admita essa reposição, só que não estabelece qualquer critério que defina essa excecionalidade, o que abre as portas à discricionariedade e à conflitualidade”⁴³⁵.

Deste modo, a reposição do equilíbrio financeiro pressupõe a continuidade da execução do contrato, ou seja, será apenas reajustado em função do desequilíbrio provocado pela atuação do contraente público que provocou a necessidade de reposição⁴³⁶. Exemplificando, “se a administração impuser unilateralmente a um concessionário de uma auto-estrada a construção de quatro faixas de rodagem em cada sentido de circulação em vez das duas que estavam previstas no contrato, esta modificação contratual resulta imediatamente no aumento dos custos de construção da auto-estrada, bem como, mediamente, no aumento dos custos da sua conservação durante o período de vigência do contrato. Assim, a administração deverá repor o equilíbrio financeiro do contrato de concessão (aumentando o valor das portagens a cobrar, prorrogando a duração da concessão

⁴³⁴ Também há direito a reposição do equilíbrio financeiro do contrato nos termos do artigo 354.º do CCP, para os contratos de empreitada de obras públicas, no caso do agravamento dos custos (maior onerosidade) com a realização da obra.

⁴³⁵ SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos:...*, 2019, p. 585.

⁴³⁶ Diferentemente, nos casos de resolução do contrato administrativo (artigos 332.º, 334.º e 335.º do CCP) ou nos casos de resgate da concessão (artigo 422.º do CCP), há o pagamento de uma *justa indenização* pela quebra contratual antecipada. Já não podemos falar, nestas situações, de uma reposição do equilíbrio financeiro do contrato administrativo.

ou, pura e simplesmente, compensando pecuniariamente o concessionário), sob pena de ilegalidade do acto de modificação unilateral, mas não pode, em princípio, atribuir ao concessionário uma compensação superior ao valor que, no contrato originário, foi atribuído à construção de duas faixas de rodagem”⁴³⁷.

Ora, este preceito pressupõe que o cocontratante tem o dever de executar o contrato de acordo com as modificações unilateralmente efetuadas pelo contraente público e, por sua vez, o contraente público tem o dever de indemnizar o cocontratante por danos emergentes e por lucros cessantes. Contudo, se o contraente público exercer o direito de modificação unilateral ilicitamente, tornando contrária à boa-fé a manutenção do contrato, o cocontratante tem direito à respetiva resolução (a efetivar judicialmente), nos termos do artigo 332.º, nº1, alínea d) do CCP.

Também há casos (previstos na lei ou no contrato) que justificam a reposição do equilíbrio financeiro a favor do contraente público. Vejamos, a título exemplificativo, o artigo 341.º que menciona o seguinte: “nos contratos que configurem uma parceria público-privada, sempre que ocorrer um acréscimo anormal e imprevisível dos benefícios financeiros para o cocontratante que não resulte da sua eficiente gestão e das oportunidades por si criadas, há lugar à partilha equitativa desses benefícios entre o cocontratante e o contraente público”⁴³⁸.

Note-se que o artigo 282.º, nº2 do CCP prevê que “(...) o cocontratante *só* tem direito à reposição do equilíbrio financeiro quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais o cocontratante determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos” (itálico nosso). Isto é, para haver o direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato é necessário (para além de estar especialmente previsto na lei ou excecionalmente previsto no contrato) que se cumpra *cumulativamente* o seguinte:

a) O facto causador do desequilíbrio não pode incluir-se no risco normal do negócio que o cocontratante deva suportar (tem de se incluir no *risco administrativo*);

⁴³⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo de/ MATOS, André Salgado de, *Contratos Públicos:...*, p. 145.

⁴³⁸ A título de referência, e para além da partilha de benefícios, pode também haver *partilha dos riscos* quanto às parcerias público-privadas (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio) e quanto às concessões (artigo 416.º).

b) O facto tem de *alterar* os pressupostos em que o cocontratante fixou o valor da prestação;

c) Estes pressupostos têm de ser *conhecidos ou cognoscíveis do contraente público* (como, por exemplo, constarem nos elementos exibidos nas peças do procedimento de adjudicação)⁴³⁹.

Quanto aos *efeitos* da reposição do equilíbrio financeiro, estes devem produzir-se desde o momento em que se constitui o direito à reposição, ou seja, “desde a data da ocorrência do facto que alterou os pressupostos”. Contudo, a lei nada diz quanto à determinação desse efeito. Em relação a este ponto, ANDRADE DA SILVA menciona que “[N]ão pode ser o da ocorrência do facto que integra o respetivo fundamento ou sequer do seu conhecimento pelo interessado, pois que, ao menos, terá de nisso mostrar interesse, isto é, de reclamar do contraente público o reconhecimento desse direito. E também não é razoável que seja o momento dessa petição, pois que é necessário o reconhecimento ou denegação da sua existência pelo contraente público”. Na visão deste autor deve considerar-se que este direito “se constitui quando aquele ente público o reconhece ou no termo do prazo em que legalmente devia sobre ele decidir e não o fez. Caso tenha negado esse direito e, judicialmente, venha a ser reconhecido, deve ser considerado como constituído na data em que expressa ou tacitamente foi negado”.

A reposição do equilíbrio financeiro deve ser, relativamente ao facto que lhe deu origem, *única, completa e final* para todo o período do contrato, sendo que *pode ser* efetuada, na falta de estipulação contratual, *por uma das seguintes formas* (artigo 282.º, n.º3 e n.º4, 1ª parte do CCP)^{440/441}:

- i) Prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato (que pode cumular ainda com uma compensação financeira);

⁴³⁹ Na ótica de MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, esta é uma restrição excessiva e eventualmente inconstitucional, em alguns casos, por violação da garantia constitucional do artigo 62.º, n.º2 da CRP. Referem ainda os supracitados autores que: “para assegurar o interesse público bastaria que se exigisse que a alteração dos pressupostos fosse objectivamente comprovável”. Cf. SOUSA, Marcelo Rebelo de/ MATOS, André Salgado de, *Contratos Públicos: ...*, p. 145.

⁴⁴⁰ Estas são as modalidades, meramente exemplificativas, para reposição do equilíbrio financeiro.

⁴⁴¹ De referir que estes modos de reposição do equilíbrio financeiro tem aplicação prática. Cf., por exemplo, o Acórdão do TCA-N, de 15-05-2014, processo n.º 00549/12.2BEAVR, 1ª Secção - Contencioso Administrativo.

- ii) Revisão de preços⁴⁴²;
- iii) Assunção, por parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato.

De notar que pode haver, eventualmente, uma “*utilização combinada*” destes meios de reposição do equilíbrio financeiro do contrato e a prevista especialmente para as empreitadas obras públicas. Exemplificando, se o dono de obra decidir introduzir unilateralmente modificações ao plano de trabalhos, agravando os custos do empreiteiro, a reposição, para efeitos do artigo 354.º do CCP, pode ser feita por qualquer uma das formas indicadas anteriormente (artigo 282.º do CCP), bem como outras estipuladas contratualmente, que terão preferência de aplicação sobre as previstas legalmente⁴⁴³.

Isto não prejudica a eventual *reposição parcialmente diferida no tempo*, relativamente a determinados efeitos específicos que não sejam imediatamente avaliáveis de forma razoável ou sobre cuja existência, incidência ou quantificação não exista concordância entre as partes (artigo 282.º, n.º4, 2ª parte do CCP). É isto que acontece na maior parte dos casos, porque os danos futuros são incertos.

Refere o artigo 282.º, n.º5 do CCP que “o *valor da reposição do equilíbrio financeiro corresponde ao necessário para repor a proporção financeira* em que assentou inicialmente o contrato e é *calculado em função* do valor das prestações a que as partes se obrigaram e dos efeitos resultantes do facto gerador do direito à reposição no valor dessas mesmas prestações” (itálico nosso).

Pode afirmar-se que neste preceito legal vigora o *princípio da autonomia contratual das partes*, conforme resulta da ressalva para o estabelecido no contrato administrativo.

De expor ainda que a reposição do equilíbrio financeiro não pode colocar qualquer das partes em situação *mais favorável* que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido, não podendo, assim, cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou eram inerentes ao *risco próprio* do contrato (artigo 282.º, n.º6 do CCP).

⁴⁴² Acerca deste ponto veja-se os artigos 300.º, 341.º e 382.º do CCP.

⁴⁴³ MARTINS, Licínio Lopes “Alguns aspetos do contrato de empreitada de obras públicas no código dos contratos públicos II: em especial, a reposição do económico-financeiro do contrato e a determinação dos danos”, in: *Estudos de Contratação Pública*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 363.

Por conseguinte, o *princípio da interdependência dos interesses* existente nos contratos permite que nenhuma das partes obtenha uma vantagem da outra parte sem lhe dar a compensação devida segundo o que estiver consagrado no contrato ou segundo o *princípio do equilíbrio equitativo das prestações* (se não estiver consagrado no contrato).

De facto, o equilíbrio financeiro do contrato não significa a garantia equilibrada da empresa do cocontratante, porque o equilíbrio financeiro é a contrapartida do risco próprio do contrato administrativo (e não do risco contratual comum)⁴⁴⁴.

Implicitamente, resulta desta norma que a reposição do equilíbrio financeiro pode ser efetuada a favor de qualquer das partes do contrato administrativo, ou seja, do contraente público ou do cocontratante⁴⁴⁵.

Em síntese, o nº 4 e nº 6 do artigo 282.º estipulam as regras para a determinação do montante correspondente à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, se este, claro, for omissivo neste assunto. Mas atente-se que o “apuramento do *quantum* da reposição do equilíbrio financeiro é uma operação geralmente difícil, que os contratos de maior valor costumam regular minuciosamente através de complexas fórmulas matemáticas”⁴⁴⁶.

Conclui-se que a reposição do equilíbrio financeiro do contrato não é um tipo de responsabilidade contratual, permite apenas repor o equilíbrio financeiro do contrato. Sendo certo que este artigo podia, e devia, ter sido alvo de alterações no presente ano.

3.9.3. O Valor da Indemnização

Tendo em consideração o atual CCP, e o que foi mencionado anteriormente, se a reposição do equilíbrio financeiro envolver uma *indemnização*, como habitualmente acontece, o valor indemnizável abrange apenas *danos emergentes*⁴⁴⁷.

Sobre este ponto refere LICÍNIO LOPES MARTINS que o regime das modificações previsto no artigo 314.º, nº1 do CCP, seja no caso de modificação por alteração

⁴⁴⁴ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso...*, 2020, pp. 532-533.

⁴⁴⁵ TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário...*, p. 663.

⁴⁴⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de/MATOS, André Salgado de, *Contratos Públicos:...*, p. 145.

⁴⁴⁷ Todavia, anteriormente ao CCP, havia uma discussão relativamente à medida da reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato e consequentemente se abrangia ou não os lucros cessantes. Existiam, portanto, várias posições a este respeito. A este respeito, cf. OTERO, Paulo, “*Estabilidade Contratual. Modificação Unilateral e Equilíbrio Financeiro em Contrato de Empreitada de Obras Públicas*”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 56, Vol. III, dezembro de 1996, pp. 941-946, disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7B518b4544-a621-42c9-a619-514445694a32%7D.pdf>>.

anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente (exercida fora dos seus poderes de conformação da relação contratual), seja por razões de interesse público, pressupõe que o contrato administrativo continue a ser executado (sendo reajustado pela reposição do equilíbrio financeiro) e, por isso, exclui-se previamente a eventualidade de o cocontratante ser indenizado a título de lucros cessantes⁴⁴⁸.

Todavia, no artigo 314.º, n.º2, estabelece-se um regime, digamos assim, que apresenta particularidades próprias⁴⁴⁹. Ora, nos *demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias*, ou seja, casos que não decorrem de ato unilateral da Administração Pública (situações não imputáveis ao contraente público), mas de causas objetivas e exteriores à atuação de qualquer uma das partes⁴⁵⁰, não é atribuído o direito à reposição do equilíbrio financeiro, nos termos *supra* indicados, mas é atribuído, em alternativa, o *direito à modificação do contrato* ou a uma *compensação financeira*, segundo *critérios de equidade* (artigo 314.º, n.º2 do CCP)⁴⁵¹. Muito embora o artigo remeta para critérios de equidade, deve aplicar-se, neste caso, o limite previsto no artigo 282.º, n.º6 do CCP (isto é, *a compensação não pode colocar qualquer uma das partes do contrato em situação mais favorável que a que decorria do equilíbrio financeiro inicialmente instituído, não podendo cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou eram intrínsecos ao risco próprio do contrato*). Deste modo, utilizam-se, para além de critérios de equidade, critérios de mensurabilidade da compensação⁴⁵².

Neste ponto, podemos citar ESTEVES DE OLIVEIRA: “(...) parece-nos que a primeira premissa de que deve partir-se para fixar a medida da compensação que restabelecerá o equilíbrio financeiro do contrato, é a de que a imposição de novos encargos ao co-contratante tem de ser remunerada de acordo com a proporção entre sacrifícios e benefícios que subjaz ao acordo inicial. (...). Diremos, portanto, que o equilíbrio financeiro do contrato, nos casos em que a reposição seja devida, se faz, pagando ao co-contratante prejudicado pelo agravamento, não o *custo* que ele suporta pela prestação suplementar, mas

⁴⁴⁸ MARTINS, Licínio Lopes “Alguns aspetos do contrato de empreitada de obras públicas...”, p. 367.

⁴⁴⁹ Regime este que vem desde o CCP de 2008.

⁴⁵⁰ Exemplos: ocorrência de tempestades que impeçam a realização das prestações contratuais.

⁴⁵¹ Acerca do critério da equidade, cf. SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos:...*, 2019, pp. 678-681.

⁴⁵² MARTINS, Licínio Lopes “Alguns aspetos do contrato de empreitada de obras públicas...”, pp. 391-393.

sim o *preço* que ele provavelmente queria se, no momento da celebração, tal prestação lhe tivesse sido exigida” (itálico nosso)⁴⁵³.

De referir ainda que deve dar-se prioridade à modificação do contrato através da prorrogação do prazo de execução do contrato ou de vigência do mesmo. Isto, obviamente, quando é possível manter o contrato.

Por fim, é importante mencionar que existem situações em que o cocontratante é sempre ressarcido a título de lucros cessantes. Exemplificando, nos casos em que o contraente público resolve o contrato por razões de interesse público (artigo 334.º do CCP) e nos casos de resolução por alteração anormal de imprevisível das circunstâncias praticada pelo contraente público fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual (artigo 335.º, n.º2 do CCP).

3.10. Publicidade da Modificação

O artigo 315.º do CCP⁴⁵⁴ prevê a publicidade de certas modificações dos contratos administrativos.

Consequentemente, “[A]s modificações, incluindo as que tenham por objeto a realização de prestações complementares, devem ser publicitadas pelo contraente público no portal dos contratos públicos *até cinco dias após a sua concretização, devendo a publicidade ser mantida até seis meses após a extinção do contrato*” (itálico nosso)⁴⁵⁵ – artigo 315.º, n.º1 do CCP –, sendo que é “ (...) *condição de eficácia* dos atos ou acordos modificativos, nomeadamente para efeitos de quaisquer pagamentos” (itálico nosso) – artigo 315.º, n.º3 do CCP.

Assim sendo, e como determina expressamente o artigo, cabe ao contraente público a publicitação de qualquer modificação, seja qual for o seu fundamento ou fonte⁴⁵⁶. Caso contrário, enquanto a mesma não for publicitada no Portal dos Contratos Públicos (Portal

⁴⁵³ OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, p. 710.

⁴⁵⁴ Alvo de alterações significativas, operadas pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio.

⁴⁵⁵ Antes desta alteração ao CCP, havia um *valor acumulado das modificações* (10% do preço contratual). Caso se ultrapassasse este valor, a publicitação abrangia quaisquer modificações que posteriormente acontecessem.

⁴⁵⁶ Para PEDRO GONÇALVES, exceciona-se da publicidade as modificações fundadas em decisão judicial ou arbitral. Cf. GONÇALVES, Pedro Costa, “A reforma de 2021 do CCP...”, p. 59.

BASE)⁴⁵⁷, não podem ser pagos quaisquer montantes ao cocontratante por causa da modificação realizada.

Garante-se, agora, um maior cumprimento do *princípio da concorrência* e o *princípio da transparência*⁴⁵⁸, porque a publicidade deixou de estar limitada apenas aos casos em que a modificação representasse um acréscimo de 10% do valor contratual. Sendo que deixou de haver dúvidas na aplicação desta publicidade a modificações que tenham por objeto prestações complementares⁴⁵⁹.

Já o artigo 315.º, n.º2 estipula que no caso de *contratos celebrados na sequência de procedimento com publicidade no Jornal Oficial da União Europeia*, as modificações que se fundem na alínea b) do n.º3 do artigo 313.º (isto é, com fundamento na sua imprevisibilidade) ou que tenham por objeto a realização de prestações complementares devem ser nele também publicitadas, mediante anúncio de modelo próprio⁴⁶⁰.

Estas medidas de publicitação das modificações, previstas no artigo 315.º do CCP, por um lado, “destinam-se a permitir o controlo sobre a conformidade das modificações objetivas do contrato introduzidas durante a sua execução com as regras legais, designadamente as respeitantes aos respetivos fundamentos (artigos 311.º e 312º) e os seus limites (artigo 313.º). Por outro lado, esse controlo tanto pode ser exercido por entidades públicas no exercício da respetiva competência, como por qualquer particular titular de um direito ou interesse legalmente protegido, que, inclusivamente, poderá impugnar contenciosamente a validade desses atos”⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ O portal dos contratos públicos é designado por “Portal BASE” e está disponível no seguinte URL: <https://www.base.gov.pt/base4>. Este Portal centraliza a informação sobre os contratos públicos celebrados em Portugal Continental e Regiões Autónomas.

Foi a Portaria 57/2018, de 26 de fevereiro, que veio regular o funcionamento e a gestão do portal dos contratos públicos e aprovar os modelos de dados a transmitir. Como menciona o preâmbulo da Portaria em questão: “(...) o portal dos contratos públicos destina-se a divulgar informação pública sobre os contratos sujeitos ao regime do CCP, constituindo ainda o *instrumento central* de produção de informação estatística sobre a contratação pública nacional, nomeadamente para efeitos de elaboração dos relatórios estatísticos a remeter à Comissão Europeia.”

⁴⁵⁸ De facto, a legitimidade processual derivada do artigo 77.º-A, n.º1, alínea c) do CPTA depende muito da existência deste dever de transparência.

⁴⁵⁹ Anteriormente não se fazia qualquer referência às prestações complementares. O que causava algumas dúvidas se devia ou não a publicidade ser aplicada nestes casos.

⁴⁶⁰ Alvo de melhorias em 2021, porque não foi devidamente transposto em 2017. Remeta-se para o artigo 72.º, n.º1 da Diretiva 2014/24/UE.

⁴⁶¹ SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos:...*, 2019, p. 682.

CONCLUSÃO

Podemos retirar da presente exposição que houve uma notável evolução do regime aplicável ao contrato administrativo, pelo que se verificou uma crescente generalização e regulamentação do contrato e, conseqüentemente, dos poderes de autoridade do contraente público. De facto, só no final do século XX é que se passou a admitir legalmente os contratos administrativos com objeto passível de ato administrativo, tornando-se, assim, uma alternativa ao ato administrativo.

Inicialmente, foi a doutrina quem sintetizou as características marcantes do contrato administrativo, a partir de escassas e dispersas normas legais. Diferentemente, no ordenamento jurídico português vigente, podemos afirmar que o contrato administrativo se aplica tendencialmente a todo e qualquer contrato celebrado por contraentes públicos previstos no CCP e que se encontrem numa das categorias previstas no artigo 280.º do CCP.

Assim sendo, verificámos que houve uma notável evolução do modo como se qualifica um contrato administrativo, desde o seu conceito primitivo (e elementos essenciais identificados pela doutrina e jurisprudência) à previsão legal de fatores de administratividade.

A partir do artigo 280.º do CCP, podemos identificar, em geral, *três tipos de contratos administrativos*: contratos administrativos por natureza, contratos administrativos por determinação legal e contratos administrativos por qualificação das partes. A estes contratos administrativos, como vimos, é-lhes aplicada a Parte III do CCP.

Esclarecemos também que o conceito de contrato público não se esgota na figura do contrato administrativo, uma vez que vai para além deste, na medida em que abrange todos os contratos celebrados no âmbito da função administrativa, independentemente da sua designação e da sua natureza administrativa ou privada, desde que sejam outorgados pelas entidades referidas no Código.

Por conseguinte, os contratos administrativos são, efetivamente, uma *instituição autónoma*, pelo menos no plano substantivo, aplicando-se-lhe, apenas a estes, a parte III do CCP (artigos 1.º, n.º5 e 280.º, n.º1 do CCP). Estes são deveras importantes para prossecução do interesse público. Tanto a doutrina e a jurisprudência salientam o *caráter institucional* dos contratos administrativos, uma vez que o cocontratante (ainda que interessado) é um

colaborador do contraente público para a prossecução do interesse público visado pelo contrato.

Relativamente aos traços característicos do regime do contrato administrativo ressaltam, claramente, os poderes de autoridade do contraente público, que são conjugados com a garantia dos direitos e interesses legítimos do contraente particular. O legislador tenta ponderar equilibrada e adequadamente os interesses de ambas as partes. Todavia, temos de reter que, em geral, o interesse público prevalece sobre interesse privado.

Note-se que os poderes do contraente público não são absolutos, porque têm *limites* e têm de ser exercidos nos termos legalmente previstos e, em alguns casos, podem ser afastados nos contratos.

Desde o que século XX que os poderes exorbitantes eram referenciados na doutrina e estavam consagrados em diplomas legais diversos. Apenas com o CPA de 1991 (e mais tarde no CCP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro) é que ficaram todos elencados num artigo, à exceção do poder de ordenar a cessão da posição contratual que apenas foi acrescentado no CCP, pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto. Esta é, claramente, uma notável e aplaudida evolução.

De facto, a gestão dos contratos administrativos exercida pela Administração, além de evidenciar a autoridade e a desigualdade, apresenta igualmente, “outras facetas ou momentos de *dever ser* da intervenção do contraente público, destacando-se desde logo o *acompanhamento da relação contratual*, orientado numa perspectiva *profilática* ou *preventiva* no sentido de evitar ou prevenir eventos de incumprimento por parte do contraente privado”⁴⁶². Deste modo, a relação jurídica contratual administrativa, como podemos constatar ao longo da presente investigação está marcada por uma *dualidade*: autoridade/supremacia do cocontratante e consensualidade.

Posto isto, desde 2008 que o CCP foi alvo de diversas e importantes alterações, umas realizadas de forma mais correta que outras. Sendo que a última alteração foi efetuada pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio. Agora, as partes contraentes gozam de um regime de modificação objetiva mais estável e homogéneo. Acrescente-se que estas alterações vieram corrigir, na nossa opinião, algumas das gravíssimas falhas cometidas pelo legislador de 2017. Todavia, ainda não é um sistema irrepreensível.

⁴⁶² Gonçalves, Pedro Costa, “Gestão de contratos públicos...”, p. 19.

Efetivamente, a publicação e todas as posteriores alterações ao CCP foram determinadas pela necessidade de ajustar o direito nacional ao direito europeu (“europeização” do direito nacional), vigorando, neste âmbito, o Princípio do Primado do Direito da União Europeia. Em alguns casos, foi uma tentativa falhada de transposição das Diretivas europeias. Além disso, o CCP é também influenciado pela globalização, sendo que vai adequando o regime da contratação às exigências da atualidade.

Devido à última alteração ao CCP, todo o regime da modificação objetiva foi “alvo” de significativas alterações, sendo que permitiu “(...) descortinar, com uma razoável clareza, as possibilidades, os limites e as consequências da modificação. Lamenta-se, em particular, a insistência do legislador em manter o erro ou equívoco que vem desde a versão inicial do CCP consistente em misturar a modificação promovida para adaptar o contrato às exigências de cada momento, a qual tem como consequência a reposição do equilíbrio financeiro do contrato, com a modificação que é, ela mesma, uma consequência de um facto exterior ao contrato que provoca uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar”⁴⁶³.

É importante mencionar que embora existam *limites gerais* aplicáveis a todos os fundamentos da modificação (como é o caso da publicidade das modificações e o respeito pelo objeto contratual), o regime de modificação objetiva é especialmente pensado para a *modificação em razões de interesse público*, por força do artigo 313.º, n.º2 do CCP.

Por conseguinte, a modificação do contrato administrativo por parte do contraente público (modificação unilateral) traduz-se em dois principais aspetos: primeiro, o poder de modificação (*jus variandi*) é conferido ao contraente público por razões de novas exigências do interesse público; segundo, o contraente público pode modificar o contrato, mas tem *limites* para o fazer, uma vez que esta modificação não pode nunca conduzir à *alteração substancial do objeto do contrato* – artigo 313.º, n.º1 do CCP – e ainda tem de respeitar os limites mencionados no artigo 313.º, n.º2 do CCP. Caso não se respeite estes limites, o contraente público terá de adotar obrigatoriamente um *novo procedimento* de formação do contrato.

De notar que atualmente a modificação unilateral (*stricto sensu*) não se confunde o denominado “*fait du prince*”, porque este último é para atos normativos gerais e abstratos, exteriores ao contrato administrativo, mas que se repercutiram no contrato; já o primeiro

⁴⁶³ GONÇALVES, Pedro Costa, “A reforma de 2021 do CCP...”, p. 71.

deriva de um ato administrativo do contraente público, no uso dos seus poderes de autoridade.

De referir ainda que, nos casos de modificação, o cocontratante tem o direito à *reposição do equilíbrio financeiro do contrato* (nos termos do artigo 282.º, caso ocorra uma das situações elencadas no artigo 314.º, n.º1 do CCP) ou *a uma compensação financeira segundo critérios de equidade* (nos termos do artigo 314.º, n.º2 do CCP, sendo esta menos gravosa, digamos assim, para o contraente público). Com o artigo 314.º, n.º1, evita-se que o reequilíbrio financeiro do contrato seja utilizado de forma indiferenciada para todos os fundamentos de modificação objetiva.

Há, portanto, um *equilíbrio frequente entre as exigências do interesse público e a garantia dos direitos dos particulares*. Assim, não se prejudica injustamente o cocontratante, dado que o contraente público tem de respeitar o objeto do contrato e o equilíbrio do mesmo, por exemplo.

Devido às alterações efetuadas no presente ano, não temos dúvidas que este regime geral da modificação *complementa* o regime especial previsto no artigo 370.º a 381.º do CCP, ou seja, são dois regimes que se complementam mutuamente.

Posto isto, apesar da crescente regulamentação do contrato administrativo e, em especial, da modificação objetiva do contrato, há certos artigos que ainda deveriam ser melhorados. Ou seja, existem alguns conceitos indeterminados que erradamente o legislador deixa ao critério das partes. De qualquer modo, este regime da modificação é importantíssimo no âmbito dos contratos administrativos.

Concluindo, o direito administrativo, tal como os outros ramos do direito, está em constante mudança, de modo a que a Administração Pública consiga prosseguir o interesse público e, subsequentemente, acreditamos que o regime da modificação, constante no CCP, irá ser melhorado, por forma a corrigir algumas ambiguidades existentes.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Mário Aroso de, “Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos”, in: *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 3ª edição, Lisboa, AAFDL, Editora, 2019;
- ALMEIDA, Mário Aroso de, “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no Código dos Contratos Públicos”, in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 66, Braga, CEJUR, novembro/dezembro 2007, pp. 3-16;
- ALMEIDA, Mário Aroso de, “Contratos Administrativos e Regime da sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos”, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 811-846;
- ALMEIDA, Mário Aroso de, *O Problema do Contrato Administrativo: No Quadro Normativo Decorrente do Código dos Contratos Públicos Revisto*, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2018;
- ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 5ª Edição - Atualizada e Refundida, Coimbra, Almedina, 2018;
- ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral do Direito Administrativo*, 7ª Edição - atualizada e ampliada, Coimbra, Almedina, 2021;
- ALVES, Pedro Leite, “Alguns problemas em sede de execução e (in)cumprimento do contrato – os artigos 318.º-A e 321.º-A do CCP”, in: *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. II, 4ª edição, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 697-724;
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2002;
- AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 4ª Edição Reimpressa, Coimbra, Almedina, 2020;
- AMORIM, Tiago, “A reposição do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos”, in: *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. II, 4ª edição, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 531-549;
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, “A Propósito do Regime do Contrato Administrativo no “Código dos Contratos Públicos”, in: *Estudos de Contratação Pública*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 7-39;

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, 2ª Edição, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2011;

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Lições de Direito Administrativo*, 5ª Edição, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017;

ATHAYDE, 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*, Lisboa, Edições Ática, 1973;

BATALHÃO, Carlos José, “A revisão da revisão de 2017 do Código dos Contratos Públicos”, in: *Questões Atuais de Direito Local*”, nº 30, Braga, AEDREL, abril/junho de 2021, pp. 35-55;

BATALHÃO, Carlos José, “Institutos Jurídico-contratuais convocados pela pandemia da Covid-19”, in: *Questões Atuais de Direito Local*”, nº 26, Braga, AEDREL, abril/junho de 2020, pp. 99-123;

BRITO, Miguel Lorena, “Impacto da pandemia Covid-19 na execução dos contratos administrativos”, in: *Revista de Contratos Públicos*, nº 24, Coimbra, CEDIPRE, agosto 2020, pp. 247-278;

BRITO, Miguel Lorena, “Modificação subjectiva do contrato no CCP”, in: *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. II, 4ª edição, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 491-530;

CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10ª Edição (9ª Reimpressão), Coimbra, Almedina, 2007;

CALADO, Diogo, “Os (outros) meios alternativos de resolução de litígios no CCP: uma primeira análise”, in: *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. II, 4ª edição, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 873-893;

CARVALHO, Raquel, *Direito da Contratação Pública*, Porto, Universidade Católica Editora, 2019;

CEDOUA/ FDUC/IGAT, *Contratação Pública Autárquica*, Coimbra, Almedina, 2006;

CORDEIRO, António Menezes /MARTINEZ, Pedro Romano/ VICENTE, Dário Moura, *Código Civil Comentado*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2021;

CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Contrato Administrativo*, Coimbra, Atlântida Editora, 1972;

CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e Autonomia nos Contratos Administrativos*, Reimpressão da edição de 1987, Coimbra, Almedina, 2013;

DIAS, José Eduardo Figueiredo/ OLIVEIRA, Fernanda Paula, *Direito Administrativo*, Coimbra, Centro de Estudos e Formação Autárquica, 2001;

ESTORNINHO, Maria João, *Direito Europeu dos Contratos Públicos: Um Olhar Português*, Coimbra, Almedina, 2006;

ESTORNINHO, Maria João, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2003;

FERREIRA-PINTO, Fernando Brandão, *Código Procedimento Administrativo: anotado e com a jurisprudência do STA desde o ano de 2000*, Lisboa, Livraria Petrony, 2011;

FONTOURA, João Lamy da, “Modificação objetiva do contrato: uma leitura dos artigos 312.º e 313.º do Código dos Contratos Públicos à luz do artigo 72.º da Diretiva 2014/24/UE”, in: *Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 3ª edição, Lisboa, AAFDL, 2019, pp. 1131-1151;

FONTOURA, João Lamy da/ ALVES, Catarina Paulino, “Modificação objetiva do contrato: um (des)equilíbrio complexo?”, in: *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. II, 4ª edição, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 437-490;

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)*, Lisboa, AAFDL, 2007;

GOMES, Carla Amado, “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, in: *Estudos da Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 519-567;

GONÇALVES, Fernando/ ALVES, Manuel João/ VIEIRA, Vítor/ GONÇALVES, Rui Miguel/ CORREIA, Bruno/ GONÇALVES, Mariana Violante, *Novo Código do Procedimento Administrativo: Anotado e Comentado*, 3ª Edição, Coimbra, Almedina, 2016;

GONÇALVES, Pedro, “Acórdão Ppresetext: 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”, in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 73, janeiro/fevereiro, 2009;

GONÇALVES, Pedro, *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, Almedina, 1999;

GONÇALVES, Pedro Costa, “A reforma de 2021 do CCP em matéria de contratos reservados e de modificações objetivas de contratos”, in: *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. I, 4ª Edição, Lisboa, AAFDL, 2021;

GONÇALVES, Pedro, “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, julho/agosto 2007;

GONÇALVES, Pedro, “Cumprimento e Incumprimento do contrato administrativo”, in: *Estudos da Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 569-626;

GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol.1, 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2018;

GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Públicos*, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2021;

GONÇALVES, Pedro Costa, “Gestão de contratos públicos em tempo de crise”, in: *Estudos de Contratação Pública*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 5-49;

GONÇALVES, Pedro Costa, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. 1, Coimbra, Almedina, 2019;

GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo: Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra, Almedina, 2002;

LAUBADÈRE, André de/ VENEZIA, Jean-Claude/ GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, Tomo I, 12ª Edição, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992;

LAUBADÈRE, André de, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, Tomo II e Tomo III, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956;

MACHADO, João de Melo, *Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1937;

MARTINS, Ana Gouveia “A modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 59-118.

MARTINS, Licínio Lopes “Alguns aspetos do contrato de empreitada de obras públicas no código dos contratos públicos II: em especial, a reposição do económico-financeiro do contrato e a determinação dos danos”, in: *Estudos de Contratação Pública*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

MARTINS, Licínio Lopes, *Empreitada de Obras Públicas: O Modelo Normativo do Regime do Contrato Administrativo e do Contrato Público (Em Especial, o Equilíbrio Económico-Financeiro)*, Coimbra, Almedina, 2015;

MELO, Barbosa de/ CORREIA, Fernando Alves, *Contrato Administrativo*, Coimbra, Serviço de Documentação do CEFA, 1984;

MELO, Pedro, “Subcontratação e pagamento directo aos subcontratados”, in: *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. II, 4ª edição, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 551-570;

OLIVEIRA, Fernanda Paula/ DIAS, José Eduardo Figueiredo, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 5ª Edição - Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2018;

OLIVEIRA, Mário Esteves de/ GONÇALVES, Pedro Costa/ AMORIM, João Pacheco de, *Código do Procedimento Administrativo: comentado*, 2ª Edição (8ª Reimpressão da edição de 1997), Coimbra, Almedina, 2010;

OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1980;

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, “O Ato Administrativo Contratual”, in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 63, maio/junho 2007;

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, “Os princípios gerais da contratação pública”, in: *Estudos da Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 51-113.

OTERO, Paulo, “Estabilidade Contratual, Modificação Unilateral e Equilíbrio Financeiro em Contrato de Empreitada de Obras Públicas”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 56, Vol. III, dezembro de 1996, pp. 941-946;

OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2013;

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

PINTO, Cláudia de Moura Alves Saavedra, *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 2012;

SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, Reimpressão, Lisboa, AAFDL, 2021;

SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, Lisboa, AAFDL, 2020;

SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Estudos sobre Contratos Públicos*, Lisboa, AAFDL, 2019;

SERRÃO, Tiago, “A arbitragem no CCP”, in: *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. II, 4ª edição, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 837-871.

SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos: Anotado e Comentado*, 8ª Edição - Revista e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2019;

SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos: Anotado e Comentado*, 9ª Edição - Revista e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2021;

SOUSA, Marcelo Rebelo de/ MATOS, André Salgado de, *Contratos Públicos: Direito Administrativo Geral - Tomo III*, Lisboa, Dom Quixote, 2008;

SOUSA, Marcelo Rebelo de/ MATOS, André Salgado de, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III (*Atividade Administrativa*), 2ª Edição, Lisboa, Dom Quixote, 2009;

TAVARES, Gonçalo Guerra, *Comentário ao Código dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2019;

TORGAL, Lino, “As concessões”, in: *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. II, 4ª edição, Lisboa, AAFDL, 2021, pp. 669-696.

VIANA, Cláudia, “A Globalização da Contratação Pública e o Quadro Jurídico Internacional”, in: *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 23-49.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão da 1ª Secção do STA, de 23 de abril de 1937

Acórdão da 1ª Secção, de 5 de março de 1937

Acórdão da 1ª Secção, de 24 de março de 1939

Acórdão da 1ª Secção do STA, de 24 de julho de 1959

Acórdão da 1ª Secção do STA, de 22 de junho de 1962

Acórdão da 1ª Secção, de 7 de novembro de 1941

Acórdão da 1ª Secção, de 2 de julho de 1946

Acórdão do STA, de 29-01-1998, processo nº 042633, 1ª Subsecção do Contencioso Administrativo, disponível no URL:

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/23c329b2f5e04dc0802568fc0039f00a?OpenDocument> , consultado em: 15 de setembro de 2021

Acórdão do STA, de 20-12-2000, processo nº 046372, 3ª Subsecção do Contencioso Administrativo, disponível no URL:

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/019cdd9656bc4b6180256a10002fd383?OpenDocument> , consultado em: 15 de setembro de 2021

Acórdão do STA, de 14-02-2002, processo nº 047543, 1ª Subsecção do Contencioso Administrativo, disponível no URL:

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b911c86b2b32ee4980256b6f00491b12?OpenDocument> , consultado em: 15 de setembro de 2021

Acórdão do STA, de 16-10-2003, processo n.º 047543, do Pleno da secção do Contencioso Administrativo, disponível no URL:

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/c9a863e3fbca140980256dcc004f7482?OpenDocument> , consultado em: 15 de setembro de 2021

Acórdão do STJ, de 14-06-2011, processo nº 4883/05.04TVLSB.L1.S1, 1ª Secção, disponível no URL:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4243492d23a80886802578bc004b47b4?OpenDocument> , consultado em: 18 de abril de 2021

Acórdão do TCA-S, de 12-09-2013, processo n.º 05723/09, 2º Juízo do Contencioso Administrativo, disponível no URL:

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/f5e1f6a1f4af334d80257be800426f8d?OpenDocument> , consultado em: 28 de outubro de 2021

Acórdão do TCA-N, de 15-05-2014, processo n.º 00549/12.2BEAVR, 1.ª Secção - Contencioso Administrativo, disponível no URL: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/670c4d038c89866680257cfc004f30dd?OpenDocument> , consultado em: 02 de outubro de 2021

Acórdão do Tribunal de Justiça (Acórdão *Finn*) de 7 de setembro de 2016, processo C-549/14, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62014CJ0549> , consultado em: 02 de outubro de 2021

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (TCA-S), de 05-07-2017, proc. n.º 08873/12, 2.º Juízo Contencioso Administrativo, disponível no URL: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/-/8DA7021A09D72EBD80258183003AFB2A> , consultado em: 17 de setembro de 2021

Acórdão do TCA-N, de 05-03-2021, processo n.º 01340/20.8BEPRT, da 1.ª Secção - Contencioso Administrativo, disponível no URL: <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/daa03d03948e3b718025869900496a4c?OpenDocument> , consultado em: 02 de outubro de 2021