

**A propósito do poder de modificação unilateral do contrato por
parte contraente público: "*Ius Variandi*"**

About the power of unilateral modification of contract by public contractor:

"Ius variandi"

Isa António

Doutora pela Universidade de Santiago de Compostela;

Professora do Instituto Politécnico do Porto

Outubro de 2015

RESUMO: Um dos poderes pertencentes ao contraente público (Estado), no âmbito da execução de um contrato administrativo, que suscita maior problemática e polémica doutrinária acerca do seu sentido e alcance é, sem dúvida, o denominado “*ius variandi*”. Traduz-se no poder de reconformação unilateral do conteúdo do contrato inicialmente celebrado com o contraente privado, sem que este seja chamado a negociar as alterações (subsequentes).

Levanta problemas sobretudo ao nível da eventual violação do princípio de igualdade entre as partes e do princípio da estabilidade contratual.

Debruçamo-nos particularmente sobre este poder por se tratar de um *poder exorbitante* do Estado na sua veste de contraente, considerado por vezes, abusivo e pelas suas implicações económico-financeiras no contrato, mediante a posterior celebração de acordos de *reequilíbrio* financeiro (e não de mero “equilíbrio” financeiro, pois trata-se de um mecanismo de reposição posterior de uma situação de paridade prestacional que deixou de existir).

Ao longo da nossa excursão, delimitamos o “*ius variandi*” de outras figuras jurídicas e poderes afins, concluindo pela legitimidade do contraente público quando recorre a este instituto em defesa do interesse público, sendo a nosso ver um poder-funcional ou poder-dever. Consideramos que o contraente público não possui a *faculdade* de lançar mão do poder de modificação unilateral, mas sim o *dever* de a ele recorrer na sua missão de guardião da melhor solução para a colectividade, mormente no que se refere à eficiência na alocação dos fundos públicos.

PALAVRAS-CHAVE: poderes exorbitantes do contraente público; contrato administrativo; poder de modificação unilateral ou *ius variandi*; reposição do equilíbrio do contrato; figuras jurídicas afins

ABSTRACT: One of the powers of public administration in the implementation of a public contract, which raises larger issues and doctrinal controversy about its meaning and scope is undoubtedly the so-called “*ius variandi*”. It translates into the power of reshaping the content of the contract originally concluded with the counterparty, as a rule, private player.

Raises problems particularly in terms of the possible violation of the principle of equality between the parties and the principle of contractual stability.

We analyze this power because it is an exorbitant power of the public contractor in his, considered sometimes abusive and its economic and financial implications in the agreement by the subsequent conclusion of financial rebalancing agreements.

Throughout our study, we delimit the “*ius variandi*” from another legal forms and related powers, concluding the legitimacy of public contractor when refers to this institute in the public interest and is in our view a power-function or power and duty. We believe that the public contractor does not have the power to make use of unilateral modification power but

the duty to use them in his guardian mission to defend the best solution for the citizen, especially when it comes to efficiency in the allocation of public funds.

KEY WORDS: exorbitant powers of the public contractor; administrative contract; power of unilateral modification or *ius variandi*; replacement of contract balance; related legal figures

SUMÁRIO:

1. Conceptualização do Poder de Modificação Unilateral
 - 1.1. Pressupostos cumulativos
 2. Distinção de Figuras Jurídicas afins
 3. Sentido, alcance e conteúdo do “*Ius Variandi*”
 4. Limites ao exercício do poder de modificação unilateral
 - 4.1. Em especial, o limite da “Reposição de Equilíbrio Financeiro”
 5. Breve Conclusão
- Bibliografia

1. Conceptualização do Poder de Modificação Unilateral

Da leitura conjunta dos artigos 302.º, alínea c), 311.º, n.º2, 312.º, 313.º e 314.º, do Código dos Contratos Públicos (CCP) podemos referir que o poder de modificação unilateral pertencente ao contraente público possui uma dupla vertente.

Primeira. Poderá versar sobre a alteração de uma ou mais cláusulas estipuladas no contrato inicial quanto ao conteúdo do mesmo.

Segunda. A alteração poderá reportar-se ao modo de execução das prestações assumidas por ambas as partes. Pode a modificação incidir sobre uma ou mais prestações do contraente público, no sentido de atenuar a sua onerosidade, ou, pelo contrário, incidir sobre as prestações do contraente privado, tornando-as eventualmente mais onerosas. A condição jurídica indispensável é que essa modificação unilateral se prenda com “razões de interesse público” e que os direitos do contraente privado sejam salvaguardados. (cfr. *infra* no ponto 4.1.)

Esta motivação tem de ser fundamentada e demonstrada, de modo objectivo da perspectiva do interesse público. Não basta que o contraente público invoque a urgência ou pertinência do interesse público. Mais que isso, terá de o comprovar, porquanto a finalidade do *ius variandi* é “adequar o contrato às mutações do interesse público verificadas em momento posterior à sua celebração, ou porque entretanto a realidade se modificou em virtude de necessidades novas”¹ ou ainda porque se procedeu a uma reponderação das circunstâncias iniciais em que as partes fundaram a sua decisão de contratar ou de contratar naqueles moldes.

Este poder é denominado muitas vezes por “poder exorbitante”, pois à semelhança dos demais poderes previstos no leque do artigo 302.º, do CCP, apenas ao contraente público pertence. O legislador reconhece em exclusividade ao Estado estes poderes enumerados no preceito do artigo 302.º, do CCP, porque apenas o contraente público procura, com a celebração de contratos administrativos, a melhor solução para o interesse público. O que motiva o contraente privado não é o interesse público, mas sim o lucro.

Existe doutrina que considera que o exercício deste poder radica no poder de *autorictas* administrativa: “O poder de modificação unilateral tem como efeito típico a *conformação autoritária de uma relação jurídico-administrativa*, que foi tendencialmente conformada a título prévio por um contrato administrativo”²⁻³.

¹ Assim, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos. Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª ed., Lisboa: Dom Quixote, 2009, pp. 143.

² Neste sentido, *vide*, de modo desenvolvido, LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício)*, AAFDL, Lisboa, 2007, pp.207.

³ Particularmente sobre a matéria relativa ao reequilíbrio financeiro, *vide* MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Parcerias Público-privadas: a experiência portuguesa”, in *Direito e Justiça*, VI Colóquio Luso-espanhol de Direito Administrativo (coord. López-Muniz e Fausto de Quadros), 2005, pp.186 a 188.

De acordo com o nosso entendimento, não existe nem tem de existir igualdade entre as partes no âmbito da celebração de um contrato administrativo, tal como é pensado no contrato privatístico, regulado pelas normas do Código Civil.

No contrato civil apenas estão em causa interesses de privados, os quais de acordo com a sua liberdade contratual e autonomia privada têm o direito de conformar as suas relações jurídicas, tal como entendem ser o melhor para si.

Pelo contrário, no âmbito de um contrato administrativo o desiderato primacial é o interesse público. Este é o limite e horizonte do conteúdo contratual, ao qual o Estado na veste de contraente público se vincula. Não pode o contraente público desviar-se deste propósito, nem permitir que o seu contraente privado o faça, no decurso da execução das suas prestações.

1.1. Pressupostos cumulativos

Atendendo à durabilidade normalmente longa dos contratos administrativos, às vicissitudes dos interesses públicos que se procuraram satisfazer com a celebração daqueles é natural que surjam modificações nas circunstâncias que conduziram à necessidade de contratualizar.

O “*ius variandi*” ou poder de “modificação unilateral” do contrato consiste na possibilidade que a Administração possui de, sem necessidade de acordo por parte do seu parceiro privado ou de intervenção judicial, proceder à modificação das cláusulas relativas ao conteúdo ou ao modo de execução⁴ das prestações acordadas, por razões de “interesse público”, nos termos dos artigos 311º, n.º2 e 312º, com os limites estabelecidos no artigo 313º.

Nos termos do artigo 311º, n.º2, apenas é possível a modificação unilateral do contrato por parte do parceiro público, o Estado, quando para o efeito, haja ponderosas razões de “interesse público”. Deste modo, a modificação por alteração das circunstâncias encontra-se excluída da esfera de auto-tutela administrativa, apenas podendo resultar de contrato modificativo ou de decisão judicial ou arbitral, nos termos da alínea a), do n.º1, do artigo 311º, do CPP.

A finalidade desta prerrogativa é adequar o contrato às mutações do “interesse público” verificadas em momento posterior ao da respectiva celebração, de acordo com o disposto na alínea b), do artigo 312º, CCP: “(...) decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes”.

No entanto, importa salientar que não são apenas as circunstâncias anormais ou imprevisíveis que geram na esfera jurídica do contraente público o poder-dever de

⁴ Sobre a questão pertinente que se prende com os “trabalhos a mais” e o poder de modificação, no âmbito dos contratos de empreitada de obras públicas, e, em particular sobre a “teoria da imprevisão no Código dos Contratos Públicos”, vide ANA GOUVEIA MARTINS, “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, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010, pp. 59 a 118.

modificação unilateral do contrato, mas também situações que, sendo normais ou previsíveis, por razões de fundado interesse público, justifiquem o recurso a esta prerrogativa.

Encontrando-se perfeito o contrato, a entidade pública contratante apenas poderá introduzir modificações no mesmo, com o cumprimento estrito e rigoroso dos seguintes requisitos formais e materiais: (a) que haja fortes razões de “interesse público”; (b) que o contrato se modifique para atender a causas imprevistas, justificando devidamente a necessidade do exercício deste poder; (c) que a modificação afecte as condições essenciais do contrato; (d) que tanto a possibilidade de que o contrato seja modificado, assim como as condições em que as modificações sejam introduzidas se encontrem nas peças e nas cláusulas do contrato; (e) que as modificações do contrato, tal como o contrato inicial, devem formalizar-se em documento escrito; (f) que as modificações terão de ser comunicadas ao Tribunal de Contas, órgão externo, independente, dotado de soberania.

2. Distinção de Figuras Jurídicas afins

Os poderes do contraente público são denominados por prerrogativas ou poderes exorbitantes, pois apenas pertencem a este contraente do contrato administrativo.

Encontram-se previstos no leque do artigo 302.º, do CCP e são os poderes de direcção, de fiscalização, o *ius variandi* ou o poder de modificação unilateral, o poder de aplicar sanções e o poder de resolução unilateral. Não é um catálogo taxativo, pois ainda existem outros poderes como o *ius interpretandi* (na dúvida, compete ao contraente público interpretar as cláusulas contratuais, por ser este contraente o que defende o interesse público no âmbito do contrato) e os poderes de suspensão do contrato, de resgate e de captura da obra (*última ratio* em caso de incumprimento por parte do contraente privado), os quais não serão abordados neste estudo. Importa referir que existem autores que enquadram estes dois últimos poderes no denominado poder sancionatório.

O “*ius variandi*” ou poder de modificação unilateral do contrato distingue-se de todas as outras figuras jurídicas afins, porquanto possui uma “*eficácia permissiva, legitimadora, a de permitir modificar um contrato administrativo que foi firmado por acordo de ambas as partes, o que implica, pois, uma excepção ao princípio pacta sunt servanda*”⁵ e porque “(...) 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

⁵ (itálico nosso) Neste sentido, *vide* a obra de incontornável pertinência a propósito do poder de modificação unilateral do contrato administrativo, de LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício)*, AAFDL, Lisboa, 2007, pp.100 e seguintes. *Vide*, ainda, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra: Livraria Almedina, 1990, pp. 130 e seguintes. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Coimbra: Livraria Almedina, 2006, pp. 444 e seguintes.

poder que implica uma alteração do objecto de regulação”, neste caso do contrato administrativo⁶.

a) Distinção face ao poder de direcção

Desde logo, vamos operar a distinção entre o “*ius variandi*” e o poder de direcção do contraente público.

No que concerne à prerrogativa de *direcção*, prevista nos artigos 302º, alínea a), 303º e em conformidade com o prescrito no artigo 304º, n.º2, do CCP, podemos referir que consiste na possibilidade de emissão de directivas, ordens, instruções ou outros actos previstos, por parte do contraente público acerca do sentido das escolhas necessárias nos planos de execução técnica, financeira ou jurídica das prestações contratuais.

Esta prerrogativa assume como primacial finalidade assegurar o bom cumprimento do contrato por parte do seu parceiro, de modo a prosseguir o “interesse público” que fundamentou a decisão de contratar, segundo o disposto no n.º1, do artigo 303º.

Simultaneamente, outro grande objectivo desta prerrogativa é impedir que a execução contratual seja levada a cabo de modo inconveniente ou inoportuno para o “interesse público”, de acordo com o artigo 304º, n.º1.

Trata-se, por isso, de um poder que se focaliza essencialmente sobre o “*modus faciendi*” do co-contratante no tocante à execução das prestações resultantes do contrato e não sobre a possibilidade de fixação de obrigações novas, ou seja, não contempladas no momento da celebração do contrato.

A prerrogativa de direcção possui um “espectro integrativo”⁷, pelo facto de incidir sobre o modo de execução das suas prestações, *maxime* no que se prende com a execução das prestações contratuais, que careçam de regulamentação jurídica ou que se encontrem insuficientemente reguladas na lei ou nas cláusulas do contrato, nos termos do n.º1, do artigo 304º.

⁶ Citamos, a este propósito, LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *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.99.

⁷ Neste sentido, *vide* MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2ª ed., Lisboa: Dom Quixote, pp.142. *Vide*, igualmente, PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp.103 e seguintes.

b) Distinção face ao poder de fiscalização

No tocante à distinção entre o “*ius variandi*” e o poder de fiscalização⁸, aprez-nos referir que o primeiro destaca-se do segundo, na medida em que implica uma “eficácia inovatória” visto que “*postula a criação de efeitos jurídicos novos*”. O último visa assegurar a concretização e primazia do interesse público na boa execução do contrato, não tendo por finalidade a satisfação de quaisquer outros desideratos ou interesses que aqueles visados pelo contrato; pelo contrário, o “*ius variandi*” pode e deve ter em consideração interesses supervenientes.

Para além do aspecto que se prende com a “eficácia”, também assinalamos diferenças substanciais no que se refere ao “fim”, porquanto o poder de fiscalização visa assegurar o interesse público através da boa execução contratual e cumprimento integral dos interesses unicamente contemplados no contrato, ao invés, o “*ius variandi*” ocupa-se não só desses interesses contratualmente previstos, mas igualmente, de *novos* interesses, fora do objecto contratual.

Este poder encontra-se contemplado nos artigos 302º, alínea b), 303º e 305º, do CCP, consistindo no poder do parceiro público em acompanhar paulatina e permanentemente a condução do contrato, desenvolvida pelo seu parceiro privado.

Segundo MARIA JOÃO ESTORNINHO, “este poder de fiscalização está minuciosamente regulado pela lei, em relação a certos tipos contratuais. Noutros casos, porém, é o próprio contrato que fixa os termos em que ele poderá ser exercido”⁹.

Compete à Administração-“contraente público”, enquanto *guardiã do “interesse público”* (“a justificação dos poderes de fiscalização da Administração reside na necessidade de controlar a execução do contrato “para evitar surpresas prejudiciais ao interesse público, de que a Administração só viesse, porventura, a aperceber-se demasiado tarde”¹⁰⁻¹¹), velar pelo cumprimento das prestações ou das actividades pelas quais o parceiro privado procede à execução do contrato, nos mais variados aspectos, como o técnico, financeiro, administrativo e jurídico, entre outros, nos termos do n.º1, do artigo 305º.

Para tanto, existem contratos que vão ao ponto de consagrar a possibilidade de a Administração proceder à fiscalização não somente da execução contratual do seu parceiro privado, mas *inclusive de toda a sua situação financeira e empresarial*, conquanto que esta fiscalização seja realizada nos termos estritamente contemplados no contrato.

⁸ Vide MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos. Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª ed., Lisboa: Dom Quixote, 2009, pp. 141 e seguintes.

⁹ Vide, a este respeito, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 124 e 125, a qual cita AUGUSTO DE ATHAYDE, acerca do poder de fiscalização, o qual para este Autor seria o poder de que a Administração se serve para “se manter a par da actividade do seu contraente, tomando conhecimento da forma como ele trabalha para executar o contrato, a fim de evitar desvios do seu pontual cumprimento”. Vide, do mesmo modo, FEDERICO A. CASTILLO BLANCO, “Las prerrogativas de la Administración Pública en la Contratación Pública”, in *Estudios sobre la Contratación en las Administraciones Publicas*, 60, Temas de Administración Local, 1996, pp. 233 e seguintes.

¹⁰ Neste sentido, FREITAS DO AMARAL citado por MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 125.

¹¹ A este propósito, vide JESÚS LEGUINA, *Gasto Público e incumplimiento de contratos de obras educativas*, F.D.C., Madrid, 1978, pp. 147 e seguintes.

Do disposto no n.º2, do artigo 305.º, consta as formas sob as quais a Administração concretiza a sua prerrogativa de fiscalização, designadamente, mediante a inspecção de locais, equipamentos, documentação, registos informáticos, contabilidade e através da formulação de pedidos de informação, devendo o exercício deste poder ficar documentado em autos, relatórios ou livros próprios (n.º3, do citado artigo).

O poder de fiscalização não poderá ser exercido de modo absoluto ou discricionário, pelo que encontra limites legalmente previstos para o seu exercício, tais como: (a) deve restringir-se a aspectos relacionados unicamente com a execução do contrato ou com o modo pelo qual as actividades assumidas contratualmente são desenvolvidas pelo parceiro privado. Encontram-se, deste modo, excluídos quaisquer actos de fiscalização realizados acerca de aspectos subjectivos relacionados com o parceiro privado; (b) deve limitar-se ao estritamente necessário para a prossecução do “interesse público”, de modo a não perturbar seja de que forma for, o normal desenrolar dos “trabalhos” de execução do contrato; (c) deve ser levada por diante, com absoluto respeito pela autonomia, iniciativa e responsabilidade do co-contratante, nos termos do n.º3, do artigo 303.º.

c) Distinção face ao poder de rescisão unilateral

De igual modo, urge proceder a outra distinção, nos aspectos que se prendem com o objecto e com o elemento teleológico, entre o “*ius variandi*” e o poder de rescisão unilateral (de origem francesa).

Desde logo, quanto ao objecto, o “*ius variandi*” diverge da “rescisão unilateral”, porque este último incide sobre o contrato em bloco, ao passo que o primeiro versa unicamente sobre obrigações determinadas e, nestes termos, citando LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, “(...) uma rescisão unilateral parcial não seria mais do que o exercício de um poder de modificação unilateral encapotado”.

Mormente no que se refere à eficácia jurídica, o poder de rescisão unilateral produz inevitavelmente uma eficácia extintiva de efeitos jurídicos do contrato, ao passo que o “*ius variandi*” somente conduz a uma eficácia modificativa.

No que respeita ao fim, o poder de rescisão unilateral “reconhece que o interesse público concretamente prosseguido pelo contrato administrativo já se alcançou ou já não se pode alcançar (...) sendo que, contrariamente, o poder de modificação unilateral parte do pressuposto que esse interesse público é alcançável por essa via contratual”.

O “*ius variandi*” persegue incansavelmente o interesse público em que assentou a decisão de contratar e a própria celebração do contrato; pelo contrário, a rescisão unilateral tem por finalidade alcançar outros interesses que não o “interesse público originário” ou primário. Para além das várias facetas distintivas entre estes dois últimos poderes, é essencial fazer uma ressalva. Mormente nos casos em que o poder de rescisão unilateral tem o seu

fundamento jurídico no facto de o interesse público carecer de outras formas administrativas de concretização, considera-se que a conformação do interesse público que esteve na base do contrato administrativo, no seu essencial, ainda permanece, o que significa que simultaneamente, existem situações em que o "*ius variandi*" visa a "*realização de outros interesses que não os interesses que originariamente constituíram o motivo principalmente determinante da celebração do contrato*".

d) Distinção face ao poder de sanção

Releva, igualmente, distinguir o "*ius variandi*" do poder de sanção da égide da entidade pública. Na verdade, ao passo que o poder de aplicar sanções - tem como consequência a perda de direitos ou, de outro modo, um sublinhar do lado passivo da relação jurídica mediante o aumento de deveres, de obrigações ou de imposições sobre a esfera jurídica do parceiro privado, traduzido normalmente em deveres de cariz pecuniário - está "relacionado com a verificação de um *facto mercedor de sanção*, diferentemente, o poder de modificação unilateral está sempre ligado à *superveniência de um interesse público*" que serve de fundamento à alteração do clausulado inicial¹² e gera o direito a indemnização ou compensação económica na esfera jurídica do contraente privado.

Mas outro aspecto que distingue estas figuras jurídicas é o fim ou objectivo das mesmas.

O poder sancionatório tem como objectivo primacial assegurar o cumprimento escrupuloso do contrato, ou seja, o acatamento pelo parceiro privado do seu leque de prestações contratuais, ao invés, o "*ius variandi*" visa alterar o contrato, assim como, as respectivas prestações e obrigações dele resultantes.

Alguns exemplos de sanções são a aplicação de multas contratuais, execução de cauções prestadas pelos contraentes privados e sanções compulsórias, entre outras.

e) Distinção face ao "facto do príncipe"

O "*ius variandi*" distancia-se, a nosso ver, ainda do "*fait du prince*" ("*factum principis*"), desde logo, no que respeita à sua estrutura, em termos diversos, pese embora para Autores como MARCELLO CAETANO, são conceitos correspondendo à prerrogativa administrativa exorbitante "de introduzir unilateralmente certas modificações no regime das prestações a fazer pelos particulares a quem esteja vinculada por contrato administrativo".

A este respeito, MARIA JOÃO ESTORNINHO salienta o facto de "a maioria dos autores ter (...) reconhecido à Administração este direito – considerado mesmo como a sua prerrogativa

¹² MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra: Livraria Almedina, 1990, pp. 133 e seguintes.

exorbitante por excelência – de alterar as prestações devidas pelo contraente particular, de forma a adaptá-las à melhor prossecução do interesse público visado no contrato”.

Aquela distinção opera-se, a nosso ver numa vertente funcional, material e teleológica.

Em termos funcionais, o primeiro pressupõe a prática de um acto dimanado do próprio exercício administrativo, ainda que se apresente sob a forma e com força de lei. Por seu turno, o segundo, não deriva sempre de um acto emanado de uma autoridade administrativa podendo, contudo, resultar de um acto praticado por outra função estadual.

No que diz respeito à vertente material, o “*ius variandi*” supõe sempre um acto individual concreto, tendo por objecto uma dada categoria circunscrita de situações, assim como, um sujeito ou, pelo menos, um conjunto determinável de sujeitos. O “*fait du prince*” poderá, eventualmente, resultar de um acto genérico.

Em termos teleológicos, o “*ius variandi*” pretende afectar o conteúdo e o cerne do contrato, adaptando-o à transmutação, reconformação ou superveniência do interesse público. Já o “*fait du prince*” tem como desiderato a satisfação de outros interesses gerais ou particulares, dando resposta a solicitações e aspirações de outra ordem, somente afectando o objecto contratual de modo indirecto.

O “*ius variandi*” implica, “como efeito directo e típico do acto em causa uma alteração contratual, ao passo que o “*factum principis*” conduz à modificação contratual, mesmo quando no exercício do poder administrativo, apenas, como um efeito indirecto ou reflexo da sua eficácia típica funcional”. Continua aquele Autor, na senda da diferenciação entre estes dois institutos jurídicos, “(...) o “*ius variandi*” difere, ainda, do *factum principis*, quanto ao seu regime, dada a maior limitação de utilização que é inerente à primeira figura, uma vez que não é possibilidade constante de todos os contratos da Administração”.

f) Distinção face à alteração anormal das circunstâncias

Importa, de outro passo, mencionar que o poder de modificação unilateral do contrato, pertencente ao parceiro público da relação jurídico-contratual administrativa aparece, jurídica e doutrinariamente indissociável de um instituto jurídico dele autónomo e que dele se distingue, denominado de “alteração anormal das circunstâncias”,¹³ o qual por seu turno, suscita sérias questões concernentes à reposição do “equilíbrio financeiro” do contrato.

Como salienta MARIA JOÃO ESTORNINHO, acerca da necessidade de manter o *status quo* financeiro e a estabilidade contratual, “o reconhecimento de um direito à estabilidade do contrato justifica que a lei obrigue a entidade pública contratante a repor o equilíbrio

¹³ Neste sentido, vide LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício)*, AAFDL, Lisboa, 2007, pp.116 e 117. Veja-se ainda a obra de MARIA JOSÉ ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra: Livraria Almedina, 1990, pp. 130 a 137. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Coimbra: Livraria Almedina, 2006, pp. 444 e seguintes.

financeiro do contrato, protegendo não apenas os interesses económicos do contratante particular, mas também o seu interesse à estabilidade do contrato, o que se traduz na imposição de limites e condições ao exercício de tais poderes¹⁴.

A distinção entre ambos os institutos merece-nos particular relevância, visto que é passível de gerar *alguma confusão*¹⁵ mormente no que respeita ao fundamento do “*ius variandi*”, o que se explica pelo facto de um dos principais motivos para o exercício deste poder reconduzir-se a uma alteração (significativa) de circunstâncias em que ambas as partes fundaram a sua decisão de contratar e/ou de contratar naqueles termos concretos.

A distinção entre o “*ius variandi*” e a alteração anormal das circunstâncias faz-se essencialmente em três níveis ou planos: a) fundamentos; b) estrutura; c) efeitos.

O fundamento do “*ius variandi*” é, na vasta maioria das situações, o interesse público e em termos de estrutura, pressupõe sempre a prática de um acto jurídico-público (“ (...) permite à entidade pública contratante, enquanto parte do contrato, com fundamento na lei e mediante sujeição a limites e contrapartidas, modificar as prestações contratuais, procurando *adaptá-las a novas exigências do interesse público*”)¹⁶. Por sua vez, a alteração das circunstâncias funciona de modo directo, sem ser necessária qualquer mediatização para a produção dos seus efeitos jurídicos.

A alteração das circunstâncias constitui, em si mesmo, um instituto autónomo e, nas palavras de LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, “o acto de modificação unilateral (inserido no poder administrativo) visa, apenas, de forma vinculada e não discricionária, plasmar as exigências jurídicas resultantes da aplicação do instituto da alteração das circunstâncias ao contrato administrativo e não prosseguir autonomamente qualquer interesse público ou outros princípios administrativos. (...) a alteração das circunstâncias pode derivar, ainda, da prática de um acto jurídico-público (...)”¹⁷.

No tocante à matéria dos efeitos jurídicos, ao passo que o “*ius variandi*” pode ter eficácia inovatória acerca do objecto do contrato, ou seja, do seu conteúdo ou clausulado, já a alteração das circunstâncias tem por finalidade contribuir para a conformação da realidade contratual à superveniência de novas circunstâncias, apesar de poder existir alguma margem de livre apreciação por parte do parceiro público.

¹⁴ Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Coimbra: Livraria Almedina, 2006, pp. 455 e, com particular relevância sobre este tema, pp. 459.

¹⁵ Expressão utilizada por LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício)*, AAFDL, Lisboa, 2007, pp.116.

¹⁶ (itálico nosso) vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Coimbra: Livraria Almedina, 2006, pp.457.

¹⁷ Neste sentido, vide LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-Contratante perante este Exercício)*, AAFDL, Lisboa, 2007, pp.117, assim como, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra: Livraria Almedina, 1990, pp. 130 e seguintes.

É, neste sentido, o instituto jurídico por excelência, que norteia a questão concernente à manutenção, cessação ou conformação do contrato em causa e correspondentemente a base do negócio¹⁸.

A questão relacionada com a alteração das circunstâncias traz à colação três orientações doutrinárias principais, de origem privatística que, apenas conjuntamente fazem sentido serem tidas em consideração. São elas: a) teoria do risco; b) princípio da protecção da confiança; c) interpretação contratual e cláusulas de *hardship*.

No que concerne à *teoria do risco*, podemos dizer que esta assenta na ideia de que o dano é comportado pela esfera jurídica onde o mesmo se produza, de acordo com o brocardo romano "*casum sentit dominus*".

Na vida contratual, o nível de risco existente e a álea que envolve a celebração do contrato, é livre e voluntariamente assumida pelas partes que o procuram, que o subscrevem.

Neste sentido, refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO que esse risco é traduzido no facto de o dano numa esfera ser, geralmente, a mais-valia da outra parte que beneficia desse prejuízo infligido ao outro: "Contratar é perigoso e, por isso, atraente: cada parte sabe, de antemão, que o seu grande sucesso acarreta o insucesso da outra parte (...) "¹⁹ e, de acordo com este raciocínio, o princípio do risco conduz a que as superveniências se repercutam, apenas, na esfera que as sofra. Contudo, considera este Autor, "a ideia de risco, em si mesma, não traz regras da sua própria limitação e da sua distribuição"²⁰.

¹⁸ É pertinente referir, a este propósito, que a "base do negócio" consiste na "representação de uma parte, patente na conclusão de um negócio e reconhecida pela contraparte eventual, da existência ou do surgimento futuro de certas circunstâncias sobre cuja base se afirma a vontade". Partindo desta consideração afigura-se-nos curial concluir, na senda de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, que a "base do negócio" para OERTMANN é de cariz subjectivo, porquanto derivada da vontade contratual das partes, não bastando, porém, que seja cognoscível por ambas. Mais que isso, a base do negócio teria de ser passível de apreensão geral ou comum (cognoscibilidade objectiva ou geral).

No fundo, esta posição, objecto de diversas críticas doutrinárias, sintetizava-se do seguinte modo: "tudo quanto, de válido e eficaz, possa ser imputado à vontade das partes, consta do negócio; por isso, a alteração das circunstâncias, a actuar através da vontade das partes, há-de filtrar-se no contrato".

Mas, note-se bem que, pese embora, o que foi mencionado a respeito da vontade das partes, a "verdadeira" e a "mais característica" das alterações de circunstâncias é a que é inusitada, inesperada, que brota da espontaneidade dos eventos e, por vezes, da própria natureza das coisas, apanhando ambas as partes totalmente de surpresa ou, pelo menos, uma delas. E, é precisamente neste contexto, por este motivo, que se revela inadequada a teoria subjectivista da base do negócio.

Também LARENZ enunciou uma construção teórica acerca da "base do negócio", desta feita, de carácter objectivista, na medida em que para este Autor, a "base do negócio" "apenas poderia ser determinada com recurso ao próprio contrato, à sua interpretação e, logo, à vontade das partes, uma vez que a estas compete determinar o tipo de equivalência existente entre a prestação e a contraprestação e, (...) firmar a margem de risco que considerem aceitável, enquanto, que, o escopo contratual é, por definição, função de cada contrato e das vontades nele corporizadas". Ora, para uma teoria da base do negócio que se assumia como "objectiva", o recurso ao acervo de intenções e pressuposições das partes inviabiliza esse desiderato.

Podemos, em jeito de síntese, referir que a teoria de LARENZ tornou-se "impraticável", porque desprovida de critérios objectivos e a "base do negócio tornou-se uma fórmula vazia (...) acabou por perder conteúdo dogmático e normativo". Acresce, por outro lado, que a alteração das circunstâncias enquanto instituto jurídico apresenta-se como uma via supletiva ou meramente subsidiária, o que significa que terá campo de aplicação quando a questão concreta não possa ser solucionada à luz de outros institutos jurídicos específicos. Neste sentido, PAUL OERTMANN citado na obra de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Contratos Públicos", in *Cadernos O Direito*, nº2, Coimbra: Livraria Almedina, 2007, pp.60.

¹⁹ Neste sentido, vide ANTÓNIO MENEZES Coimbra: Livraria Almedina, 2007, pp.63. A este respeito vide igualmente PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp.101 e seguintes.

²⁰ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Contratos Públicos", in *Cadernos O Direito*, nº2, Coimbra: Livraria Almedina, 2007, pp.64. De incontornável relevância a respeito dos poderes públicos do Estado no âmbito

Qualquer alteração das circunstâncias pode, com base em consenso das partes, encontrar “ajustamento” no clausulado contratual, desde logo porque “as partes podem prever alterações de circunstâncias e estipular para tal eventualidade”²¹ e, neste caso, não existirá qualquer *vexata quaestio* a resolver.

Em caso de não previsão por parte das partes, de cláusulas sobre uma eventual alteração de circunstâncias ou essa previsão seja dúbia, impor-se-á uma “interpretação” do contrato de modo a suprimir essa concreta lacuna.

Mas, torna-se imperioso proceder a uma concretização ou, se se quiser, a uma precisão jurídica concernente a lacunas resultantes da alteração de circunstâncias: “A lacuna contratual (...) traduz uma falta de estipulação onde, pela lógica interna do próprio negócio considerado, deveria haver um clausulado. *Na alteração das circunstâncias, o problema é outro*: há uma estipulação consentânea com a lógica do convénio em causa e com a agravante de tal estipulação ser legítima, válida e eficaz. *Não se trata, pois, de integrar vácuos regulativos*, mas de afastar normas válidas funcionais e aplicáveis, em nome de uma lógica que não mais se pode reclamar da vontade das partes”²².

Aliás, como sabemos, as partes, ao celebrarem um dado contrato destinado a vigorar na ordem jurídica a longo prazo, conformam-se tácita e voluntariamente às respectivas vicissitudes que são passíveis de surgir no decurso da execução do mesmo.

3. Sentido, alcance e conteúdo do “*Ius Variandi*”

De todas as prerrogativas do parceiro público no âmbito contratual, a prerrogativa exorbitante por excelência, é a do “*ius variandi*”, a qual suscita mais questões ou controvérsia, as quais se relacionam com a quebra de “estabilidade contratual” e “legítimas expectativas da contraparte”.

Consiste, pois, num poder que possui a susceptibilidade de contender ou afectar elementos próprios do contrato, tais como, a própria noção do contrato estabelecido entre as partes, o princípio do *pacta sunt servanda* e os direitos e expectativas adquiridos pelos co-contratantes (parceiros privados) da Administração. Com efeito, fazendo apelo aos ensinamentos de MARIA JOÃO ESTORNINHO “(...) nem tudo num contrato pode ser alterado

contratual, vide a obra de PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp.101 e seguintes.

²¹ Neste sentido refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO: “ninguém duvida de que qualquer alteração das circunstâncias pode, a ser prevista, encontrar solução cómoda e válida no articulado contratual. A tal propósito, fala-se nas cláusulas de *hardship*: cláusulas, pelas quais as partes estabelecem um dever de renegociar o contrato, caso opere uma alteração das circunstâncias”. Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos”, in *Cadernos O Direito*, nº2, Coimbra: Livraria Almedina, 2007, pp.65 e 66.

²²(itálico nosso) Neste sentido, Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos”, in *Cadernos O Direito*, nº2, Coimbra: Livraria Almedina, 2007, pp.66. Vide, igualmente, PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp.101 e seguintes, assim como, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2ª ed., Lisboa: Dom Quixote, 2009, pp. 140 e seguintes.

pela Administração, a seu bel-prazer, e que qualquer modificação exige como contrapartida a reposição do equilíbrio financeiro do contrato (...)”^{23_24}.

Não estamos perante o “*ius variandi*” em diversas situações, como por exemplo: a) quando o próprio poder de modificação unilateral encontra-se expressamente consagrado a favor da Administração, *ab initio*, no próprio contrato ou em norma que lhe seja aplicável; b) quando deriva da própria vontade das partes, mediante a celebração de um acordo posterior adicional ou suplemento ao próprio contrato; c) quando as partes convencionam, de sua livre iniciativa, a extinção e/ou modificação do contrato mediante a verificação de certas condições ou ocorrência de determinadas situações, onde se preveja a automática modificação do contrato²⁵.

O “*ius variandi*” não pode ser visto como um *poder ilimitado e sem compensações*²⁶, devendo ser estribado dentro de condicionantes legais e contratuais rigorosos, sob pena de ser desvirtuada a ideia de contrato que tem por base um consenso entre partes.

Nesta senda, MARIA JOÃO ESTORNINHO elenca, com base na doutrina, duas vias possíveis para coarctar-se, de modo sensato, este poder da Administração: a) operar a distinção entre cláusulas modificáveis e cláusulas imodificáveis em qualquer contrato administrativo; b) afirmar que qualquer modificação é admissível, conquanto que não afecte o próprio núcleo contratual (o objecto do contrato).

Sobre este aspecto em concreto, relativo ao objecto do contrato, importa trazer à colação as considerações realizadas por MARIA JOÃO ESTORNINHO: “a própria noção de objecto do contrato tem sido, para este efeito, fonte de acesa controvérsia e a tendência é para distinguir o objecto em si mesmo e as prestações contratuais, admitindo apenas que a Administração altere estas últimas, mas exigindo que *mantenha intocável o primeiro*. (...) enorme limitação que isto representa para o próprio âmbito do “*ius variandi*”, uma vez que se admite que a Administração imponha alterações às prestações do seu co-contratante, no que respeita à sua quantidade, modelo, condições técnicas e jurídicas de execução, *mas não que lhe possa ordenar que passe a prestar uma actividade diferente daquela a que se comprometera*”.

Continua esta Autora, mencionando a tendência pela qual a Administração não pode, *inclusive*, impor a realização de prestações alheias ao inicialmente estabelecido no clausulado ou, alterações que sejam susceptíveis de causar “mudanças na sua economia, mesmo

²³ Palavras de MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 134 e 135; *vide*, ainda, A.A.V.V., *Contratos, Adjudicaciones y Concesiones de la Administración Pública. Contratti, Aggiudicazioni e Concessioni dell' Amministrazione Pubblica*, IV Coloquio Italo-Español, Tribunal Supremo, Madrid, 2002, pp.81 e seguintes (100 a 104); JOSÉ MARÍA F. ASTUDILLO, *Contratación Pública*, Tomo II, Barcelona: Bosch, 2008, pp. 797 e seguintes.

²⁴ A respeito da manutenção do equilíbrio económico-financeiro do contrato, *Vide*, de igual modo, CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO, *Contratación Administrativa. Administración Estatal y Autonómica. Administración Municipal*, Publicaciones Jurídicas, Pamplona: DAPP, 2008, pp. 206 e seguintes.

²⁵ Neste sentido, *vide* MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra: Livraria Almedina, 1990, pp. 135. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*, Coimbra: Livraria Almedina, 2012, pp. 46 a 49.

²⁶ *Vide* MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra: Livraria Almedina, 1990 e *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*, Coimbra: Livraria Almedina, 2012, pp. 133.

quando tais modificações fossem compatíveis com o modo de gestão ou o tipo de convenção inicialmente adoptados”²⁷.

A questão concernente a “alteração anormal das circunstâncias” coloca-se quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração significativa e anormal, “imprevisível” a ambas as partes, e não se encontram a coberto da “álea” dos riscos normais do contrato. E, neste contexto, a obrigatoriedade na manutenção do contrato, permanecendo as partes vinculadas às obrigações inicialmente assumidas, representa, manifestamente, uma violação intolerável dos princípios de boa-fé e de proporcionalidade²⁸.

Perante esta situação, podemos retirar do regime legal ínsito no CCP, as seguintes consequências jurídicas a ter aplicação em “crescendo”: (a) o contrato pode manter-se em vigor, através do adequado pagamento de uma compensação financeira à parte prejudicada segundo critérios de equidade, nos termos do artigo 314.º, n.º2; (b) o contrato pode ser modificado, em conformidade com o disposto no artigo 312.º, alínea a); (c) o contrato pode ser resolvido, nos termos do artigo 332.º, n.º1, alínea a) e 335.º, n.º1, do CCP.

No que concerne às consequências resultantes do exercício do poder de modificação unilateral, o artigo 314.º, n.º1, CCP contempla o direito do contraente privado à reposição do equilíbrio contratual quando aquele haja sido fundamentado em circunstâncias anormais ou imprevisíveis ou ainda em razões de interesse público. No entanto, nos termos do n.º2 do citado preceito, é trazido à colação o critério da equidade para efeitos de compensação financeira ao privado ou no âmbito de alteração do contrato.

4. Limites ao exercício do poder de modificação unilateral

Existem três limites a que o exercício do *ius variandi* tem de se conformar para que possa ser legítimo e legal.

Citando MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, este poder é, a par do poder de resolução unilateral, “aquele que mais frontalmente põe em causa a estabilidade contratual, pelo que a lei rodeia o seu exercício de algumas cautelas, traduzidas na imposição de três importantes limites: o núcleo essencial do contrato, o respeito da concorrência e o equilíbrio financeiro do contrato”²⁹.

Primeiro limite. Decorre do artigo 313.º, n.º1, 1.ª parte, CCP: “a modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato”.

²⁷ (itálico nosso) Neste sentido, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra: Livraria Almedina, 1990, pp. 133 e 134.

²⁸ Neste sentido, vide MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2ª ed., Lisboa: Dom Quixote, 2009, pp. 154 e 155.

²⁹ Neste sentido, vide MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2ª ed., Lisboa: Dom Quixote, 2009, pp. 144.

Constitui limite absoluto, o núcleo essencial do contrato ou do teor prestacional. Não pode haver alterações tais que conduzam a um desvirtuamento contratual tal como inicialmente projectado e contratado.

Nesta senda vai PEDRO GONÇALVES, o qual defende que “por via do poder de modificação, a entidade pública não pode (...) impor ao seu contratante uma alteração que desfigure o tipo de contrato celebrado, convertendo-o num contrato de natureza diferente”,³⁰ em nome do *princípio da intangibilidade do objecto do contrato* (é objecto contratual a *coisa* a que o contrato concerne ou a própria *obrigação* contratualmente estipulada)³¹.

Segundo limite. Decorre do artigo 313.º, n.º1, 2.ª parte, CCP: “(...) nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência (...) relativamente à formação do contrato”.

O respeito pela concorrência é outro limite ao exercício do *ius variandi*. De acordo com o artigo 313.º, n.º2, CCP o contraente público apenas poderá legitimamente exercer este direito quando demonstre de modo objectivo que, caso essa alteração tivesse constado do caderno de encargos, a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada. Ou no caso em que a duração do vínculo contratual e do decurso do tempo justifique essa modificação.

Terceiro limite. Reposição do equilíbrio do contrato. Encontra-se previsto no artigo 314.º, n.º1, al.b), articulado com o artigo 282.º, n.º5 e n.º6, CCP.

Este mecanismo consiste na “restauração da proporção financeira em que assentou inicialmente o contrato, calculada em função do valor das prestações a que ambos os contraentes se vincularam e dos efeitos resultantes da modificação unilateral no valor dessas prestações” (artigo 282.º, n.º5, CCP)

O respeito pelo equilíbrio financeiro do contrato não poderá colocar uma posição em situação mais favorável do que a que resultava do inicialmente estipulado no contrato.

Este limite veda a possibilidade de o contraente público modificar os pressupostos financeiros em que assentou o contrato e a decisão de as partes contratarem. Acresce que a reposição do equilíbrio do contrato não pode cobrir perdas que já decorriam desse equilíbrio ou que pertenciam à álea de risco contratual.

Reporta-se ao dever de o contraente público indemnizar o contraente privado pelo sacrifício de direitos patrimoniais, pelo que produz efeitos desde a data em que o acto administrativo de modificação unilateral se torna operante na ordem jurídica (artigo 282.º, n.º3, CCP), mas também pode traduzir-se na prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, revisão de preços, entre outros.

³⁰ Neste sentido, *vide* PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp.108.

³¹ PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp.108.

4.1. Em especial, o limite da “Reposição de Equilíbrio Financeiro”

O respeito pelo “equilíbrio financeiro” do contrato representa, na verdade, um condicionamento legal, mas não em termos absolutos.

No caso em que a modificação do contrato conduza a uma “variação do preço” do mesmo, então deverá reajustar-se a garantia que foi prestada pelo parceiro privado, para que assegure com a devida “proporção e adequação” o novo preço modificado. Do lado do parceiro público, a reposição do equilíbrio financeiro do contrato implicará a necessidade de indemnizar o parceiro privado, em função das suas expectativas económico-financeiras frustradas³².

Com efeito, a Administração pode perfeitamente reestabelecer o “equilíbrio financeiro” originário do contrato, em conformidade com o disposto nos artigos 314º, nº1, alínea b) e 282º, do CCP. Este artigo deverá ser articulado com o preceito insito no artigo 282º, nº5, representando, conjuntamente, um “*mecanismo de reequilíbrio financeiro*”, o qual consubstancia-se na restauração da proporção financeira em que assentou inicialmente o contrato, calculada em função do valor das prestações a que as partes se vincularam e dos efeitos resultantes da “modificação unilateral” no valor dessas mesmas prestações. Constitui, por isso, uma operação de enorme complexidade, sobretudo no que diz respeito à averiguação do “*quantum*” efectivo da reposição a ser realizada.

Revela-se de primacial relevância o disposto no nº6, do citado artigo 282º, em nome da transparência e da concorrência, segundo o qual o “*mecanismo de reequilíbrio financeiro*” do contrato nunca poderá colocar qualquer das partes em situação mais vantajosa ou favorável do que aquela que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido entre as partes, aquando da celebração do contrato, nem cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou que eram inerentes à “*álea de risco*” próprio do contrato. Deste modo, a Administração não pode atribuir ao seu parceiro privado uma compensação superior ao valor estabelecido no contrato originário.

³² Na verdade, tal como refere PEDRO GONÇALVES “(...) ao impor a modificação ou rescisão do contrato, a entidade pública frustra as expectativas económico-financeiras do seu contratante. Terá por isso de o indemnizar. (...) a entidade pública fica obrigada a repor a equação económico-financeira em que todo o contrato está baseado”. Prossegue este Autor, explicando o modo como se processa este reequilíbrio económico-financeiro: a) nas situações em que o contrato se reveste de manifesta simplicidade, o contrato tem um preço estabelecido em função dos custos previstos (far-se-á a diferença entre o preço e os custos, sendo o resultado o valor de receita a ser auferido pelo parceiro privado); b) nas circunstâncias em que o parceiro público impõe uma modificação do contrato que conduz a um acréscimo dos custos inicialmente estimados, então o preço terá de ser aumentado de modo a garantir ao parceiro privado o mesmo nível de lucro que iria auferir, se a modificação não tivesse lugar; c) existem situações revestidas de maior complexidade, traduzidas numa equação financeira inicial assenta na procura prevista dos serviços prestados pelo parceiro privado e em que a sua remuneração consiste, pelo menos, parcialmente em preços pagos pelos utilizadores, o contrato é então celebrado em conformidade com uma “*base de projecção de receitas e de custos*”.

A modificação unilateral do contrato origina, em consequência, alterações relativamente àquela base resultando uma redução as receitas expectáveis ou um incremento de custos previstos, o parceiro público fica obrigado a indemnizar o “desvio” por si causado com essa modificação contratual imposta unilateralmente. Vide PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp.122 e 123.

Por seu turno, o n.º2, do citado artigo 282.º, refere que o co-contratante privado da Administração apenas tem direito à reposição do “equilíbrio financeiro” na circunstância em que, atendendo à repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos face aos quais aquele co-contratante determinou o valor das prestações a que se vinculou, conquanto que o parceiro público conhecesse ou não devesse ignorar esses mesmos pressupostos. Por outro lado, para assegurar a prossecução do “interesse público” é suficiente que a alteração dos pressupostos fosse objectivamente comprovável.

De acordo com o legalmente estipulado no artigo 282.º, n.º3, a reposição do equilíbrio financeiro do contrato poderá ser alcançado mediante um reescalonamento do prazo para a concretização das prestações a cargo do parceiro privado, ou seja, poderá ser prorrogado o prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato.

Para além desta hipótese, também os preços poderão ser objecto de revisão, bem como, ser estabelecida a assunção da parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte privada o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato ou por qualquer outro meio contratualmente estipulado.

Este montante traduz-se numa indemnização pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados, pelo que produz efeitos desde a data em que o acto administrativo de modificação unilateral se torna eficaz, sem prejuízo de poder ser parcialmente diferida quanto a efeitos específicos que não sejam susceptíveis de razoável avaliação imediata ou sobre cuja existência, incidência ou quantificação não haja concordância entre as partes, em conformidade com o disposto no n.º4, do artigo 282.º.

No que concerne em especial à “modificação unilateral” dos contratos de PPP, temos o preceituado no artigo 340.º, do CPP ³³.

Como caso prático ilustrativo da problemática que gira em torno do poder de modificação unilateral do parceiro público, aprez-nos mencionar o caso da “Ponte Vasco da Gama”, o qual passamos a explicar em breves trechos³⁴.

Na década de noventa, foi celebrado entre o Estado e a Lusoponte, um contrato de concessão sobre a “Ponte Vasco da Gama”, tendo tido como desideratos a respectiva construção, exploração e manutenção, assim como, a exploração e manutenção, em parte, da “Ponte 25 de Abril”.

Neste contrato, o modelo de financiamento adoptado assentou na lógica característica do “*Project Finance*”, na fórmula de implementação “*Design, Build, Operate and Transfer*”

³³ Artigo 340.º, n.º2, do CCP - “A modificação do contrato que configure uma parceria público-privada depende de decisão conjunta dos ministros ou dos membros do Governo Regional responsáveis pelas áreas das finanças e da tutela sectorial”; n.º3 – “No âmbito da administração indirecta do Estado ou das Regiões Autónomas, a decisão de modificação depende de parecer favorável do ministro ou do membro do Governo Regional da tutela sectorial”.

³⁴ Sobre esta matéria cfr. o *site* de: Rui Gomes da Silva e Associados, Junho de 2007, *in* http://www.ruigomesdasilva.com/xms/files/Parcerias_Publico_Privadas_sml.pdf.

(“DBOT”), estimando-se a respectiva cifra em 897 milhões de euros, cujos riscos de tráfego, construção, exploração, financiamento pertenceram ao parceiro privado, ou seja, à concessionária Lusoponte.

O equilíbrio económico-financeiro inicialmente previsto para este contrato assentou numa panóplia de variáveis macroeconómicas e microeconómicas incluídas num modelo financeiro denominado de “*Case Base*”, cuja concepção foi acordada com base em fluxos financeiros a ser criados e potenciados durante o período de exploração.

O termo da concessão poderia ocorrer no prazo máximo de trinta e três anos, em caso de preenchimento de dois pressupostos cumulativos, como o: (a) pagamento integral dos empréstimos contraídos no âmbito dos contratos de financiamento; (b) volume de tráfego total acumulado em ambas as travessias e direcções, a partir de Janeiro de 1996, de 2.250 milhões de veículos.

Importa mencionar o facto de que as modificações unilaterais introduzidas pelo Estado, entre 1995 e 1999, relativamente ao não aumento das portagens da “Ponte 25 de Abril” e da “Ponte Vasco da Gama”, à isenção destas no mês de Agosto e à introdução de descontos para o utilizador frequente destas travessias, significaram a celebração de cinco “Acordos de Reequilíbrio Financeiro” e a concretização dos pressupostos para a celebração de um sexto “Acordo” nesse sentido. Ora, estas alterações e os compromissos resultantes daqueles “Acordos” destinados à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, oneraram o parceiro público, Estado e, por conseguinte, todos os portugueses, com o encargo adicional de 34 milhões de euros a ser pagos ao parceiro privado até final de 2000.

Seja como for, em jeito de síntese, os gestores que intervenham no âmbito de reequilíbrios financeiros de contratos públicos, em que se inserem as parcerias público-privadas, têm a imposição legal (artigo 64º, do Código das Sociedades Comerciais) de assegurar os interesses dos accionistas, dos trabalhadores e dos *stakeholders* da empresa, devendo pugnar pela confiança depositada destes personagens na estabilidade do acordado.

Segundo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “o reequilíbrio dos contratos deve ser levado a cabo pelo prisma da boa gestão, devidamente fiscalizada. Em suma: deve observar o exigido pelas regras de governo das sociedades ou *corporate governance*”³⁵, tendo como primacial desiderato a viabilização do contrato público, sob todas as suas vertentes e aspectos contratuais, tal como foi pensado, projectado e subscrito pelas partes no momento da celebração do mesmo.

³⁵ Neste sentido, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Contratos Públicos”, in *Cadernos O Direito*, nº2, Coimbra: Livraria Almedina, 2007, pp. 112.

5. Breve Conclusão

Consideramos que o exercício do poder de modificação unilateral do contrato constitui não uma prerrogativa do contraente público, mas um verdadeiro dever na procura pela melhor solução para o interesse público no âmbito de execução do contrato administrativo.

Verifica-se com alguma regularidade a necessidade de ajustar o conteúdo do contrato celebrado, num dado momento, a uma nova realidade ou novo *statuo quo* não antecipado pelas partes.

Dito de outro modo, a modificação unilateral do contrato nasce com o advento de uma “nova facticidade”, a qual surge em pleno decurso da execução contratual, seja por virtude de mudanças da própria colectividade, seja porque o interesse público (necessidades colectivas) em que as partes fundaram a sua decisão de contratar alterou-se de modo significativo. Tão significativa essa mudança que, a manter-se o clausulado inicial, levaria a uma situação intolerável da perspectiva da boa-fé e lealdade contratuais.

A manutenção do contrato tal como inicialmente estipulado conduziria a um verdadeiro abuso de direito, porquanto excederia manifestamente os limites impostos pela boa-fé (artigo 334.º, do Código Civil, de aplicação subsidiária).

Perante um circunstancialismo tal que coloque em risco o interesse público, impõe-se ao Estado, na veste de contraente público, que lance mão do poder de modificação unilateral do contrato, conquanto que seja salvaguardado o mecanismo de reposição do equilíbrio e se encontre em conformidade com os outros dois limites mencionados supra.

Por via de regra consistem em situações não previstas no momento da celebração do contrato, de cariz anormal e imprevisível, mas nada impede que se tratem de circunstâncias normais ou previsíveis, tendo, neste caso, de ser especial e manifestamente demonstrado o interesse público que ficaria seriamente em risco com a manutenção do clausulado originário.

Salvaguardados os direitos do contraente privado no tocante à execução das suas prestações com maior dilação no prazo, suavização dos preços a ser pagos por si ou mediante pagamento de indemnização e revelando-se como condição essencial à prossecução do interesse público, o contraente público deverá recorrer ao catálogo de poderes previsto no artigo 302º, CCP, de onde consta o poder de modificação unilateral do contrato.

Preconizamos a posição segundo a qual, mais que um poder, o *ius variandi* representa um dever, o qual a ser omitido pelo contraente público, poderá conduzir à sua responsabilização financeira por parte do Tribunal de Contas por má gestão de fundos públicos e oneração excessiva da perspectiva do erário público, risco que existe perante a denominada “captura do Estado pelo parceiro privado”.

Bibliografia

A.A.V.V., *Contratos, Adjudicaciones y Concesiones de la Administración Pública. Contratti, Aggiudicazioni e Concessioni dell' Amministrazione Pubblica*, IV Coloquio Italo-Español, Tribunal Supremo, Madrid, 2002

ANA GOUVEIA MARTINS, “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, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, 2010

ANDRADE, VIEIRA DE, “A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública – II*, Coimbra: Livraria Almedina, 2010

AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, “Parcerias Público-privadas: a experiência portuguesa”, in *Direito e Justiça*, VI Colóquio Luso-espanhol de Direito Administrativo (coord. López-Muniz e Fausto de Quadros), 2005

ASTUDILLO, JOSÉ MARÍA F., *Contratación Pública*, Tomo II, Barcelona, Bosch, 2008

CLÁUDIA DE MOURA PINTO, *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos- Reflexão sobre o instituído Facto do Príncipe e a Tutela do Cocontratante da Administração em caso de extinção do contrato administrativo*, Coimbra, Livraria Almedina, 2012

ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma Contratação Pública Sustentável*, Coimbra, Livraria Almedina, 2012

ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um Olhar Português*, Coimbra, Livraria Almedina, 2006

ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990

FRANÇOIS LLORENS, *Contrat d' Entreprise et Marche de Travaux Publics (contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, *Bibliothèque de Droit Public*, Tome CXXXIX, Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1981

FREITAS, LOURENÇO 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

FREITAS, LOURENÇO VILHENA DE, *Direito dos contratos públicos e administrativos*, Lisboa, AAFDL, 2014

GOMES, CARLA AMADO, “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra, Livraria Almedina, 2008

GONÇALVES, PEDRO, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004

GONÇALVES, PEDRO, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2015

KIRKBY, MARK BOBELA-MOTA, *Contratos sobre o exercício de poderes públicos. O exercício do poder administrativo de decisão unilateral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011

MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, "Contratos Públicos", in *Cadernos O Direito*, nº2, Coimbra, Livraria Almedina, 2007

SOUSA, MARCELO REBELO DE/ MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2ª ed., Lisboa, Dom Quixote, 2009

TRIBIÑO, CÉSAR TOLOSA, *Contratación Administrativa. Administración Estatal y Autonómica. Administración Municipal*, Publicaciones Jurídicas, Pamplona, DAPP, 2008