

# NOTAS CIVILÍSTICAS NO REEQUILÍBRIO FINANCEIRO DOS CONTRATOS PÚBLICOS(\*)

*Por* Paulo Linhares Dias(\*\*)

## *SUMÁRIO:*

**I. Introdução.** 1.1. Introdução e justificação do tema. 1.2. Delimitação do tema. 1.3. Metodologia do estudo e indicações de leitura. **II. A Alteração Anormal das Circunstâncias.** 2.1. Considerações Gerais e Evolução da Doutrina. 2.2. A Alteração Anormal das Circunstâncias no Direito Civil Português. 2.2.1. Determinação das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar — base do negócio. 2.2.2. Alteração Anormal das Circunstâncias. 2.2.3. Lesão de uma das partes. 2.2.4. Afetação grave do princípio da boa-fé. 2.2.5. Afastamento do risco próprio do contrato. **III. Reposição do Equilíbrio Financeiro do Contrato.** 3.1. Considerações Gerais. 3.2. Alteração objetiva do contrato por alteração das circunstâncias. 3.3. O reequilíbrio financeiro do contrato. **IV. Conclusões.**

## **Resumo**

O presente trabalho pretende analisar a interação entre a doutrina civilista e juspublicista na modificação objetiva dos contratos, na ótica da prote-

---

(\*) Trabalho apresentado no âmbito da disciplina de Seminário Geral, do 3.º Ciclo de Estudos em Direito — Doutoramento em Direito Público — da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Professor Doutor António Pinto Monteiro.

(\*\*) Advogado. Membro do Grupo de Contratação Pública do CEDIPRE. Doutorando em Direito Público pela FDUUC.

ção do contraente que vê as condições de execução do contrato alteradas, tornando por isso mais onerosa a sua prestação. Referimos propositadamente a “interação”, na medida em que procuraremos demonstrar os pontos de contacto e de afastamento dos institutos jurídicos que, no direito privado e no direito público, respetivamente, tutelam os direitos do cocontratante, em caso de alteração das circunstâncias ou modificação objetiva.

A análise parte do princípio de que *pacta sunt servanda*, da estabilidade e cumprimento dos contratos, para a (relativa) excecionalidade da sua alteração ou modificação. No que toca ao direito positivo partiremos do binómio regra-exceção dos arts. 406.º e 437.º do Código Civil, no que toca aos contratos privados e do art. 312.º do Código dos Contratos Públicos e, no que tange a estes últimos, de onde se extrairão os seus pontos de contacto e de divergência.

Sendo o objeto do presente estudo as alterações objetivas dos contratos, na ótica do direito privado e do direito público, analisaremos os pressupostos para que as mesmas ocorram, os institutos jurídicos que as regulam, verificando interactivamente as soluções encontradas e enquadrando-as à luz das respetivas dogmáticas, com as suas divergências axiológicas e evolução histórica.

**Palavras-chave:** contratos privados; contratos públicos; modificação objetiva dos contratos; reposição do equilíbrio financeiro do contrato; alteração anormal das circunstâncias; teoria da imprevisão; cláusula *rebus sic stantibus*; risco.

**Abstract:** *The present work intends to analyze the interaction between the civilist and juspublicist doctrine in the objective modification of the contracts, in the perspective of the protection of the contracting party, considering that the execution conditions of the contract are altered, thus making more expensive its performance. We purposefully refer to “interaction” as we seek to demonstrate the points of contact and of deviation of the legal institutes that, under private and public law, protect the rights of the contracting party.*

*The analysis is based on the principle that pacta sunt servanda and is developed for the stability and performance of the contracts, and for the (relative) exceptionality of its alteration or modification. In what concerns positive law, we will start from the binomial rule-exception of arts. 406.º and 437.º of the Civil Code, considering the private contracts and the*

*art. 312.º of the Public Procurement Code, and, regarding the latter, where are their points of contact and divergence.*

**Key words:** *Private contracts; Public contracts; Objective modification of contracts; Restoration of the financial balance of the contract; Abnormal change of circumstances; Theory of unpredictability; Rebus sic stantibus clause; Risk.*

## I. Introdução

### 1.1. Introdução e justificação do tema

O presente estudo versa a interação entre o direito privado e o direito público no que concerne às modificações objetivas dos contratos, centrando-se em concreto na figura da reposição do equilíbrio financeiro do contrato<sup>(1)</sup>. Pretende-se analisar, interactivamente — o que se distingue de comparativamente —, os pressupostos que permitem ou legitimam as alterações aos contratos, os institutos jurídicos que enquadram e regulam tais alterações, assim como a tutela dos direitos dos cocontratantes que veem agravadas as condições para prosseguirem com as suas prestações contratuais, na dicotomia entre o direito privado e o direito público.

A abordagem ao tema, mais especificamente aos subsídios da dogmática privatística para o princípio do equilíbrio financeiro dos contratos (públicos), não é nova<sup>(2)</sup>, pretendendo-se, porém, modestamente, contribuir para aquilo a que designamos por “análise interativa”. Ou seja, partindo das doutrinas dos contratos privados e dos contratos públicos, detetar os pontos de contacto e de afasta-

---

(1) Vulgo “reequilíbrio financeiro do contrato”, expressão que igualmente utilizaremos ao longo do presente estudo.

(2) Aliás, sugestivamente referida no estudo de CORDEIRO, MENEZES, “Contratos Públicos — Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, in *Cadernos O Direito*, n.º 2, Almedina, 2007.

mento dos institutos que regulam as mesmas situações, ou no mínimo situações análogas, enquadrando-os nas respetivas dogmáticas, não só como fonte de legitimação, mas acima de tudo como crítica de *iure condendo*, na parte em que achamos que alguns dos institutos privatísticos e públicos poderiam comungar das mesmas soluções positivadas, sem que tal os desmerecesse.

A opção pelo tema surgiu-nos por ocasião da preleção do PROFESSOR DOUTOR ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, sobre “Contrato e Desenvolvimento Social”, no âmbito do Seminário Geral do programa de doutoramento em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Considerando que o programa de doutoramento tem por mote “Estado Social, Constituição e Pobreza”, o ilustre civilista destacou as notas de intervencionismo do Estado nos contratos civis, como nota de proteção, numa relação que se pauta pela paridade e pela autonomia da vontade, tendo então, de entre outros<sup>(3)</sup>, destacado o instituto da alteração anormal das circunstâncias como causa de modificação e resolução do contrato. Como publicista, despertou-se-nos de imediato o interesse pela análise dos dois institutos — o que agora fazemos.

## 1.2. Delimitação do tema

O presente estudo cingir-se-á à análise da alteração anormal das circunstâncias e reposição do equilíbrio financeiro do contrato, enquadradas nas respetivas dogmáticas — civilística e juspublicista — dos contratos, destacando os seus pontos de contacto e de afastamento, assim como aqueles em que entendemos que poderia haver uma maior proximidade entre ambos os regimes e que contribuiriam para uma melhor tutela dos cocontratantes sem que tal desvirtuasse os princípios em que se fundam.

Não podemos ignorar que as soluções em presença, bem como os respetivos fundamentos, baseiam-se no facto dos contra-

---

<sup>(3)</sup> Como por exemplo, a responsabilidade pré-contratual, os vícios na formação da vontade e a proibição de negócios usurários.

tos privados e públicos assentarem em lógicas completamente distintas, aliás as mesmas que justificam a sua distinção enquanto institutos jurídicos e a respetiva autonomia dogmática. Ou seja, o contrato é um instituto jurídico assente num acordo de vontades, que os civilistas inabalavelmente assentam no princípio da autonomia da vontade e no seu subprincípio da liberdade contratual. Esta mesma razão leva a que alguma doutrina publicista afaste o contrato como forma de atuação administrativa, por não poder ser dotado de autoridade. Sem curar dessas querelas doutrinárias bem mais acesas na doutrina juspublicista<sup>(4)</sup>, certamente fruto da maior maturidade da doutrina civilista como sustenta CORDEIRO, MENEZES<sup>(5)</sup>, certo é que, como refere PEDRO GONÇALVES<sup>(6)</sup>, o contrato público é uma instituição que veio para ficar. Do mesmo passo, o contrato público, ao invés do contrato privado, não assenta na paridade e na liberdade contratual, conferindo ao contratante público poderes exorbitantes patentes, sobretudo, nos poderes de conformação da relação contratual e de fiscalização. Ainda que estas questões não possam ser debatidas num trabalho desta natureza, atenta a exiguidade de tempo e espaço, terão sempre que ser referidas, a título introdutório, por serem indispensáveis para a compreensão da temática que nos propomos abordar<sup>(7)</sup>.

---

(4) Desde logo colocando-se em causa a própria existência de um contrato administrativo, como questiona ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *Requiem Pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, 1990, a que se contrapõe GONÇALVES, PEDRO, *O Contrato Administrativo — Uma Instituição no Direito do Nosso Tempo*, Coimbra: Almedina, 2003, e mais, recentemente, In *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 6-16. Ou a problemática da delimitação substantiva da noção de contrato administrativo, fundada na “relação de direito administrativo”, de onde destacamos os contributos de CORREIA, SÉRVULO, *Princípio da Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 363, ou GONÇALVES, PEDRO, *ob. cit.*, pp. 57-61, ou ainda mais recentemente a delimitação adjetiva do contrato para efeitos de contencioso, de onde destacamos CORREIA, SÉRVULO, *Direito do Contencioso Administrativo I*, Lex, Lisboa, 2005, pp. 695 e ss.

(5) CORDEIRO, MENEZES, *ob. cit.*, pp. 25-29 e 51.

(6) GONÇALVES, PEDRO, *O Contrato Administrativo — Uma Instituição no Direito do Nosso Tempo*, Coimbra: Almedina, 2003, e mais recentemente *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina, 2015, pp. 6-16 e 21 e ss.

(7) Como síntese introdutória sobre a distinção contrato privado — contrato público, sobre esta temática em particular: CORDEIRO, MENEZES, “Contratos Públicos —

Uma última referência ao facto de ao longo deste trabalho nos referirmos aos contratos públicos na aceção “prática” de PEDRO GONÇAVES<sup>(8)</sup>, ou seja, enquanto contratos da administração pública, não curando aqui de qualquer distinção entre contratos públicos e contratos administrativos e ainda entre estes e os contratos privados da administração.

### 1.3. Metodologia do estudo e indicações de leitura

O presente estudo centrar-se-á na análise do direito positivo, como já foi referido, partindo da regra do cumprimento dos contratos incitas nos arts. 406.º do Código Civil (CC) e 281.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), nomeadamente os princípios de que *pacta sunt servanda* e o princípio da proporcionalidade<sup>(9)</sup> como regras do cumprimento dos contratos, para os seus regimes de excepcionalidade, respetivamente a alteração anormal das circunstâncias, prevista no art. 437.º do CC, e a modificação dos contratos públicos prevista no art. 312.º do CCP. Para além da análise do direito positivo, a que não será alheio o Direito Europeu, não poderemos ignorar que os contratos privados e os contratos públicos têm fundamentos e lógicas distintas, bem patentes nas respetivas dogmáticas, aqui corporizadas na doutrina e jurisprudência de que nos socorreremos<sup>(10)</sup>.

---

Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, in *Cadernos O Direito*, n.º 2, Almedina, 2007.

<sup>(8)</sup> GONÇALVES, PEDRO, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 21.

<sup>(9)</sup> Princípio em que, na ausência de regra expressa, assumimos ser esta a regra do cumprimento dos contratos públicos, pelas razões que aduziremos adiante.

<sup>(10)</sup> As referências bibliográficas serão feitas em nota de rodapé pelo método clássico de indicação do autor, obra ou artigo e respetiva publicação, quando for o caso, sempre com a indicação da editora, cidade e data ou número da edição citada. No que toca às referências jurisprudenciais nacionais, serão feitas por indicação do tribunal, pela respetiva sigla, data do acórdão, número do processo, indicação do relator e da fonte. Já quanto às referências à jurisprudência europeia, indicaremos o tribunal, o número do processo e respetiva fonte, com indicação nominativa do acórdão, como vem sendo prática de que os arestos destas instâncias se notabilizem por um tema, muitas das vezes coincidente com uma das partes.

## II. A Alteração Anormal das Circunstâncias

### 2.1. Considerações Gerais e Evolução da Doutrina

#### ***PACTA SUNT SERVANDA — REBUS SIC STANTIBUS***

Os brocardos latinos em epígrafe traduzem a equação da problemática em apreço, isto é, “os contratos são para se cumprir, assim permaneçam as coisas”. O princípio basilar do escrupuloso cumprimento do contrato, assente na sua imutabilidade, encontrará uma exceção, sobretudo nos contratos privados<sup>(11)</sup>, justificada ou legitimada pela alteração anormal das circunstâncias. Ou seja, os contratos poderão ser modificados ou até resolvidos sempre que haja uma alteração anormal das circunstâncias que motivaram ou presidiram à sua celebração. Por seu turno, será essa mesma alteração das condições de execução do contrato que justificam a reposição do equilíbrio financeiro do contrato (público).

A doutrina da alteração anormal das circunstâncias nem sempre foi pacífica e ainda hoje encontra soluções distintas nos vários ordenamentos jurídicos, mesmo naqueles mais próximos do direito luso. Esta doutrina remonta ao Século XII, com os Canonistas, atribuindo-se a Bártolo a referência à *cláusula rebus sic stantibus*. Postulava-se, assim, que a manutenção das prestações ou do cumprimento do contrato estava limitada pela manutenção do *status quo* que presidiu à celebração do contrato<sup>(12)</sup>.

Contudo, esta doutrina só se manteve até ao Humanismo. Segundo CORDEIRO, MENEZES<sup>(13)</sup> “as oscilações tão marcadas

---

<sup>(11)</sup> Referimo-nos aos contratos privados porque, como veremos, os contratos públicos estão, à partida, vocacionados para a modificação, mais que não seja a modificação unilateral por razões de interesse público, *vide infra* ponto 3.1.

<sup>(12)</sup> Ainda que se discutisse, sem resposta, o seu pendor subjetivista ou objetivista, o mesmo será dizer: se o “estado das coisas” seria a vontade das partes no momento da conclusão do contrato, ou os requisitos objetivos no momento da sua celebração. Sobre a síntese da evolução histórica da doutrina da alteração anormal das circunstâncias: CORDEIRO, MENEZES, *Da Boa-fé no Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 5.ª ed., 2001, p. 941, e BRITO, MARIA LÚCIA, *Da Alteração das Circunstâncias à Cláusula de Hardship: a emergência do princípio geral da renegociação dos contratos*, Tese inédita, apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos da FDUC, pp. 12-19.

<sup>(13)</sup> CORDEIRO, MENEZES, “Contratos Públicos — Subsídios para dogmática admi-

naquilo que constitui o tronco comum da cultura jurídica continental explicação, em parte, a diversidade de soluções que a evolução histórica posterior veio a consagrar”. Com as grandes codificações europeias do Século XIX quebrou-se a unidade do pensamento jurídico da Europa Continental sobre a *cláusula rebus sic stantibus*, de que destacamos as doutrinas francesa, espanhola, italiana e alemã, cujo pensamento se refletiu nas soluções positivadas nos Códigos Civis dos respectivos países e com influência na doutrina pátria e no Código Civil de Seabra<sup>(14)</sup>.

As doutrina e jurisprudência civilista<sup>(15)</sup> gaulesa permaneceram apegadas ao princípio rígido do cumprimento dos contratos, negando qualquer efeito à alteração do circunstancialismo que presidiu à celebração dos mesmos, solução que de resto veio a ser acolhida no Código Civil de Napoleão. Segundo CORDEIRO, MENEZES, não se poderá justificar esta posição num contexto histórico menos favorável do que o da vizinha Alemanha<sup>(16)</sup>, atribuindo este autor a posição da doutrina e jurisprudência civilista gaulesa a uma “certa rigidez dogmática do pensamento jurídico francês, preso nas teias da exegese”. Pese embora a doutrina tradicional francesa aponte, à semelhança do que ficou consagrado no Código Civil, para a imutabilidade dos contratos, sendo que o poder de modificação unilateral dos contratos administrativos era visto como o expoente máximo dos poderes exorbitantes da administração, certo é que, como sintetiza PEDRO VAZ MENDES<sup>(17)</sup>, vem crescendo a contestação a esta teo-

---

nistrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, in *Cadernos O Direito*, n.º 2, 2007, p. 52.

<sup>(14)</sup> De 1867, com entrada em vigor no ano seguinte.

<sup>(15)</sup> Notando-se, porém, que as doutrina e jurisprudência administrativistas eram mais permeáveis à alteração das circunstâncias como causa de modificação dos contratos. A doutrina juspublicista, arregada na teoria da imprevisão, aceitava a possibilidade de revisão dos contratos de concessão. A este propósito, veja-se MAURICE HARRIQU *apud* CORDEIRO, MENEZES, *ob. cit.*, p. 53, a propósito do Ac. do Conselho de Estado de 30 de março de 1916, sobre o contrato de concessão da Companhia de Iluminação de Bordéus.

<sup>(16)</sup> O autor, *ob. cit.*, p. 53, cita a guerra Franco-Prussiana, a I Guerra Mundial e a experiência da Comuna como épocas da história francesa igualmente conturbadas e que justificariam um movimento de florescimento da doutrina da alteração anormal das circunstâncias.

<sup>(17)</sup> MENDES, PEDRO VAZ, *Pacta Sunt Servanda e Interesse Público nos Contratos Administrativos*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, pp. 128-129.



ria e a defesa de poderes de modificação ou revogação unilateral também no direito privado. Ainda que seja a própria doutrina civilista gaulesa a reconhecer a timidez desta tendência, também se salienta que a mesma não se funda na *cláusula rebus sic stantibus*.

Igual posição é seguida na vizinha Espanha, onde o Código Civil também consagrou, no seu art. 1091.º, o princípio *contractus lex inter partes*<sup>(18)</sup>, cujo corolário é a regra da inalterabilidade dos contratos prevista no art. 1256.º daquele diploma. Contudo, e apesar da consagração expressa do princípio da imutabilidade do contrato, a jurisprudência espanhola tem vindo a admitir a possibilidade da modificação do contrato contanto que: se alterem as circunstâncias em que se celebrou e que a alteração dessas circunstâncias não seja imputável à parte prejudicada. A doutrina espanhola, mais concretamente MANUEL ALBALADEJO<sup>(19)</sup>, vê nesta posição jurisprudencial a consagração da *cláusula rebus sic stantibus*.

Por seu turno, em Itália, num primeiro momento, o *Codice Civile* de 1865, na esteira do pensamento jurídico francês, negou a alteração anormal das circunstâncias como causa de modificação ou resolução dos contratos. Esta posição veio a modificar-se, já no século XX, com código civil de 1942, segundo CORDEIRO, MENEZES<sup>(20)</sup>, não tanto pela influência da I Guerra Mundial e das suas perturbações na vida quotidiana, mas antes por via da influência do pensamento jurídico alemão. Contudo, como bem destaca o citado civilista, o direito italiano segue uma via própria, que não a da doutrina da imprevisão de inspiração francesa<sup>(21)</sup>, nem tão pouco os quadros da velha *cláusula rebus sic stantibus*, nas configurações mais subjetivistas da doutrina germânica. O direito italiano assentou na teoria da “excessiva onerosidade”<sup>(22)</sup> e, curiosamente, a for-

---

(18) “O contrato é a lei entre as partes”.

(19) ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho Civil II: derecho de obligaciones*, 13.ª ed., Madrid: Edisofer, 2008, pp. 466-467.

(20) CORDEIRO, MENEZES, *Da Boa-Fé no Direito Civil*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, pp. 980-982.

(21) Que, como já referimos, apenas é aceite pela doutrina e jurisprudência juspublicista.

(22) Dispõe o art. 1467.º do *Codice Civile* de 1942 que: “Nos contratos de execução continuada ou periódica, ou ainda de execução diferida, se a prestação de uma das par-

mulação do art. 1467.º do *Codice Civile* não dista das condições para a reposição do equilíbrio financeiro do contrato do CCP de 2008. No nosso entender, a citada solução consagrada no código civil transalpino de 1942 é de pendor claramente objetivo, ainda que não tenha sido esse o entendimento da jurisprudência daquele país, que viu nesta formulação uma manifestação das várias tendências subjetivistas da doutrina alemã. A alegada tendência subjetiva da solução, da qual discordamos, é apontada por alguns autores<sup>(23)</sup> como a causa do pouco desenvolvimento desta via própria da teoria da alteração anormal das circunstâncias em Itália.

Já o direito alemão, sobretudo a Pandectística tardia<sup>(24)</sup>, com a doutrina da pressuposição de WINDSCHEID, tornou-se o bastião da *cláusula rebus sic stantibus*. Segundo este autor, cultor da teoria da vontade<sup>(25)</sup>, a pressuposição seria uma condição não desenvolvida, sendo por isso limitativa da autonomia da vontade e, como tal, justificativa da alteração das circunstâncias desde que essa condição de desenvolvimento da execução do contrato fosse conhecida da contraparte. A teoria da alteração anormal das circunstâncias nem sempre foi pacífica no direito alemão, tendo sido pródiga em correntes doutrinárias<sup>(26)</sup>, o que não evitou que não tenha sido inicial-

---

tes se tornar excessivamente onerosa pelo verificar de ocorrências extraordinárias e imprevisíveis, pode a parte que deva tal prestação pedir a resolução do contrato (...).” Por seu turno o n.º 3 do mesmo artigo refere que: “A parte contra a qual é pedida a resolução pode evitá-la oferecendo modificar equitativamente as condições do contrato.”

<sup>(23)</sup> Desde logo, CORDEIRO, MENEZES, *ob. cit.*, p. 982.

<sup>(24)</sup> Diz-se “tardia” porque, como refere CORDEIRO, MENEZES, “Contratos Públicos — Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, in *Cadernos O Direito*, n.º 2, Almedina, 2007, p. 55: “num primeiro tempo, a pandectística não se mostrou favorável à figura”.

<sup>(25)</sup> Sobre a teoria da vontade *vide*: MOTA PINTO, CARLOS ALBERTO DA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO e MOTA PINTO, PAULO, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 252.

<sup>(26)</sup> Quer nas várias matizes subjetivistas, nas tentativas de recuperação, de PFAFF ou BEKKER, quer de matizes mais objetivistas de STAHL, KAUFMANN ou LEETZ, ou até mesmo na doutrina conciliadora das posições subjetivas e objetivas de KARL LARENZ, que acabaram sempre por enfatizar a alteração anormal das circunstâncias como causa de modificação ou resolução do contrato, quer em nome da boa-fé negocial, quer em nome da “exceção de ruína”. Para um maior desenvolvimento da evolução histórica da teoria da alteração anormal das circunstâncias na doutrina germânica, CORDEIRO, MENEZES, *ob. cit.*, pp. 55-58 e 60-62.

mente positivada no Código Civil alemão de 1896<sup>(27)</sup>. Não obstante as várias correntes doutrinárias, todas assentam no conceito da “base do negócio”, como fundamento e momento de fixação das condições iniciais e preponderantes para a celebração e execução do contrato. Ainda que revelem um pendor mais subjetivista ou objetivista<sup>(28)</sup>, todas convergem no conceito da base do negócio como fixador do que, no futuro, se virão a revelar “as alterações anormais das circunstâncias”, pelo que ousamos dizer que a base do negócio seria a fixação das condições “normais”. Ainda no âmbito do direito alemão, uma última referência ao papel da jurisprudência do *Reichsgericht*<sup>(29)</sup> que foi desenvolvendo a doutrina da alteração anormal das circunstâncias em nome da boa-fé, e elaborando o conceito da base do negócio como ponto de partida para a alteração anormal das circunstâncias. Pese embora as críticas de que se tratou de um conceito de construção casuística, como refere CORDEIRO, MENEZES<sup>(30)</sup>: “A base do negócio foi, nominalmente, recebida na jurisprudência: incapaz de transmitir uma concepção doutrinária clara e unitária, ela funcionou mais como designação genérica para a própria ocorrência de uma alteração de circunstâncias, do que como uma teoria portadora de um regime para o problema”.

No direito pátrio, e na vigência do Código Civil de Seabra, o direito positivado apontava para uma clara predominância do princípio do cumprimento dos contratos, sendo que a exoneração do devedor só poderia ocorrer em casos fortuitos ou de força maior. Posição corroborada pela doutrina que também se pautava pelo silêncio em relação à *cláusula rebus sic stantibus*. Porém, na transição para o século XX, a questão da modificação dos contratos marcou presença na doutrina lusa, segundo CORDEIRO, MENEZES, por duas ordens de razões: uma primeira que se prende com o

---

(27) Sobretudo pelas críticas ao subjetivismo-voluntarista patente na teoria da pressuposição de WINDSCHEID.

(28) Aliás, umas surgem como crítica às outras e tentativa de refundação do conceito, *vide* a bibliografia citada na nota de rodapé n.º 23.

(29) Supremo Tribunal Imperial Alemão, de 1879 a 1945.

(30) CORDEIRO, MENEZES, *ob. cit.*, p. 57.

movimento de receção da doutrina alemã no direito civil português do início do século; uma segunda: o labor e peso intelectual dos membros da comissão revisora do Código Civil, dos quais o autor destaca VAZ SERRA<sup>(31)</sup>, por seu turno muito apoiado no pensamento de ANTUNES VARELA<sup>(32)</sup>, que veio a culminar no disposto no art. 437.º do Código Civil de 1966, que analisaremos de seguida.

## 2.2. A Alteração Anormal das Circunstâncias no Direito Civil Português

Tal como já referimos na introdução, o tema da análise da alteração anormal das circunstâncias no direito português, em particular o regime do art. 437.º do CC, já foi objeto de vários estudos<sup>(33)</sup> pelo que nos cingiremos aquilo em que releva para efeitos da “interpenetrabilidade entre o direito civil e o direito administrativo”<sup>(34)</sup>, em particular no que concerne ao objeto do presente estudo<sup>(35)</sup>.

---

<sup>(31)</sup> De quem destacamos: “Caso fortuito ou de força maior e teoria da imprevisão”, In *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 10, 1929, pp. 197-215, e “Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias”, separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 68, 1957.

<sup>(32)</sup> “Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”, in *CJ*, ano VII, 1982, pp. 7-17.

<sup>(33)</sup> Vide: VARELA, ANTUNES, “Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias”, in *CJ*, ano VII, 1982, Tomo II, pp. 7-17; CORDEIRO, MENEZES, *Da boa fé no direito civil*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001; “Da alteração das circunstâncias/ /A concretização do art. 437.º do Código Civil à luz da jurisprudência posterior a 1974”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo Pitta e Cunha*, Coimbra: Almedina, 2010; “Contratos Públicos — Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, *Cadernos O Direito*, n.º 2, Almedina, 2007; BRITO, MARIA LÚCIA, *Da Alteração das Circunstâncias à Cláusula de Hardship: a emergência do princípio geral da renegociação dos contratos*, tese inédita apresentada no âmbito do 2.º ciclo de estudos na FDUC; SERRA, VAZ “Caso fortuito ou de força maior e a teoria da imprevisão”, *Boletim da Faculdade de Direito*, n.º 10, 1929 e “Resolução ou alteração dos contratos por alteração das circunstâncias”, *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 68, 1957.

<sup>(34)</sup> A expressão é de MENDES, PEDRO VAZ, *ob. cit.*, p. 127.

<sup>(35)</sup> Desde logo, e no que toca à distinção dos institutos próximos, remetemos para: CORDEIRO, MENEZES, “Contratos Públicos — Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, *Cadernos O Direito*, n.º 2, Alme-

O art. 437.º, n.º 1, do CC estabelece um quintuplo requisito, em nosso entender, cumulativo<sup>(36)</sup>, e que passaremos a analisar:

- a) Determinação das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar — base do negócio (Subcapítulo 2.2.1.);
- b) Alteração anormal das circunstâncias (Subcapítulo 2.2.2.);
- c) Lesão de uma das partes (Subcapítulo 2.2.3.);
- d) Afetação grave do princípio da boa-fé (Subcapítulo 2.2.4.);
- e) Afastamento do risco próprio do contrato (Subcapítulo 2.2.5.).

### 2.2.1. Determinação das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar — base do negócio

A determinação das circunstâncias em que se fundou a decisão de contratar tem sido a *vexata questio* das doutrinas da *cláusula rebus sic stantibus*, que suscitaram grande discussão, conforme muito sumariamente descrito no ponto anterior. Não entrando nas referidas querelas sobre a relevância do conhecimento da base do negócio, concordamos com OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>(37)</sup> que, sobre a subjetividade ou objetividade da determinação da base do negócio, refere: “Embora se tenha tornado supérfluo,

---

dina, 2007, pp. 63-70, e BRITO, MARIA LÚCIA, *Da Alteração das Circunstâncias à Cláusula de Hardship: a emergência do princípio geral da renegociação dos contratos*, tese inédita apresentada no âmbito do 2.º ciclo de estudos na FDUC, pp. 22-26.

<sup>(36)</sup> Neste sentido os Ac. STJ, de 10-10-2013 e 23-01-2014, relator Cons. Granja da Fonseca, respetivamente Proc.º 1387/11.5TBCL e 117/10.9TVLSB, in <www.dgsi.pt>, cujo sumário no seu ponto prescreve: “O direito à resolução ou modificação do contrato por alteração anormal das circunstâncias pressupõe (i) que a alteração a ter por relevante diga respeito a circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar; (ii) que essas circunstâncias fundamentais hajam sofrido uma alteração anormal (iii) que a estabilidade do contrato envolva lesão para uma das partes (iv) que tal manutenção do contrato ou dos seus termos afecte gravemente os princípios da boa-fé (v) que a situação não se encontre abrangida pelos riscos próprios do contrato”.

<sup>(37)</sup> ASCENSÃO, JOSÉ OLIVEIRA DE, “Onerosidade excessiva por alteração das circunstâncias”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, 2005, III, pp. 625 e ss.

poderia realmente adoptar-se um entendimento objectivo de imprevisão, que permite reconduzir o que houvesse de útil naquela teoria à lei actual. A imprevisibilidade passa a ser uma característica objectiva do acontecimento, que leva a que escape da normalidade; não depende da contingência histórica de as partes a terem ou não previsto. Neste sentido o facto superveniente que está na base do instituto deve ser sempre um facto imprevisível, porque o seu carácter extraordinário impediu que tivesse sido tomado em conta”. Este autor distingue ainda a discrepância entre o negócio e as circunstâncias em que as partes o fundaram em “originária” e “superveniente”, sendo que no primeiro caso estaríamos perante o erro e no segundo perante uma alteração das circunstâncias<sup>(38)</sup>.

Ainda que tenhamos uma posição mais objectiva, no sentido da aplicação da teoria da imprevisibilidade<sup>(39)</sup>, o que é incontornável é que cumpre determinar as condições em que, caso os contraentes soubessem ou previssem que viessem a ocorrer alterações das circunstâncias, não teriam contratado ou tê-lo-iam feito em moldes diferentes do que fizeram<sup>(40)</sup>, sendo esta a base do negócio.

---

<sup>(38)</sup> Sobre esta questão *vide* MONTEIRO, PINTO, “Erro e teoria da imprevisão”, *in Estudos do Direito do Consumidor*, 6, 2004.

<sup>(39)</sup> No sentido de que a modificação ou resolução do contrato no direito civil por alteração das circunstâncias está relacionada com a teoria administrativa da imprevisão: VARELA, ANTUNES, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 282.

<sup>(40)</sup> Neste sentido, o Ac. STJ, de 10-10-2013, relator Cons. Granja da Fonseca, Proc.º 1387/11.5TBBCCL, *in* <www.dgsi.pt>: “Analisando este preceito, considera o Prof. Galvão Telles [7] que **circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar** são as circunstâncias que determinaram as partes a contratar, de tal modo que, se fossem outras, não teriam contratado ou tê-lo-iam feito ou pretendido fazer, em termos diferentes. Trata-se de realidades concretas de que as partes não tiveram consciência, pois nem sequer pensaram nelas, dando-as como pressupostas; ou de realidades concretas de que tiveram consciência, mas convencendo-se de que não sofreriam alteração significativa, frustradora do seu intento negocial. Ou não passou sequer pela cabeça dos interessados que o *status quo* se modificaria: ou admitiram que tal ocorresse, mas em medida irrelevante. Aquela pressuposição ou esta convicção inexacta tem de ser comum às duas partes, porque, se não se deu em relação a uma e ela se calou, deixa de merecer protecção”. Embora a doutrina citada neste aresto nos pareça de índole mais na esteira de WINDSCHEID e, por isso, mais subjetiva do que aquela que preconizamos.

### 2.2.2. Alteração Anormal das Circunstâncias

A alteração anormal está intimamente ligada à imprevisibilidade, ou seja, as alterações “normais” são aquelas que as partes previram e que, como tal, fizeram-nas refletir no contrato<sup>(41)</sup>. Por seu turno, as anormais são justamente as que não estavam previstas. Também nesta matéria nada mais há a acrescentar em relação ao que a doutrina lusa já escreveu sobre a alteração anormal das circunstâncias, pelo que sintetizamos como OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>(42)</sup>, defendendo que a questão prende-se efetivamente com alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. O autor defende que o art. 437.º do CC se aplica apenas aos contratos duradouros ou de execução diferida, posto que:

- i) haja uma alteração anormal dos termos contratuais;
- ii) em virtude de factos supervenientes;
- iii) extraordinários e graves.

Por seu turno, em termos jurisprudenciais a questão é diversa. Também no direito privado, e em particular em matéria de alteração anormal das circunstâncias, poderemos falar de uma “jurisprudência da crise”<sup>(43)</sup>. A crise económico-financeira do início da segunda década deste século, que afetou o mundo e o nosso país em particular, refletiu-se numa proliferação de jurisprudência

---

(41) Ainda que mantenhamos, e conforme desenvolveremos infra, que o contrato civil é por regra muito menos flexível a alterações, por oposição ao contrato público que é, à partida, moldado para possíveis modificações objetivas. A este propósito escreve MENDES, PEDRO VAZ, *ob. cit.*, p. 126, “(...) Isto ocorre quer no direito civil — onde a vinculatividade do contrato é, por regra, mais elevada — quer no direito administrativo — no qual a funcionalização do contrato à prossecução do interesse público determina a necessidade de uma maior flexibilização do seu conteúdo”.

(42) ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 627.

(43) Expressão utilizada para se referir à jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre as diversas medidas de austeridade incluídas nas sucessivas Leis do Orçamento de Estado e outros diplomas sujeitos à fiscalização preventiva e sucessiva da constitucionalidade. A expressão foi ganhando dimensão, tendo dado nome e mote a vários colóquios e conferências. No plano doutrinário: AAVV, coordenação de ALMEIDA RIBEIRO, GONÇALO DE, e PEREIRA COUTINHO, LUÍS, *Tribunal Constitucional e a Crise — Ensaios Críticos*, Coimbra: Almedina, 2014.

sobre o tema da alteração anormal das circunstâncias. Na verdade, o desemprego, as insolvências, as alterações das taxas de juro de financiamento da República e as restrições na concessão de crédito bancário e financiamento da economia, traduziram-se em múltiplos incumprimentos de contratos, havendo quem tenha invocado a crise como alteração anormal das circunstâncias.

De facto, a definição da alteração anormal das circunstâncias tem sido objeto de inúmeros arestos na jurisprudência privatística portuguesa<sup>(44)</sup>, sendo que a crise não veio alterar a linha de pensamento que vinha sendo seguida pela jurisprudência pátria, mantendo-se esta fiel, no essencial, à teoria da imprevisibilidade<sup>(45)</sup>. A relevância desta “jurisprudência privada da crise” coloca-se justamente nas consequências económico-financeiras da crise enquanto substrato de facto das alegadas alterações anormais das circunstâncias, ao mesmo tempo que a emergência de novos instrumentos financeiros, de onde destacamos os contratos de permuta de troca de taxas de juros — vulgo *Swaps* —, colocaram-se no epicentro dessa jurisprudência<sup>(46)</sup>.

---

(44) Desde logo destacamos a seleção de jurisprudência sobre o tema feita por CORDEIRO, MENEZES, “Contratos Públicos — Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, *Cadernos O Direito*, n.º 2, Almedina, 2007, p. 75, nota de rodapé 255.

(45) Neste sentido, os acórdãos do STJ: de 10-10-2013, relator Cons. Granja da Fonseca, Proc.º 1387/11.5TBBCL; de 23-01-2014, relator Cons. Granja da Fonseca, Proc.º 117/10.9TVLSB; e de 26-01-2016, relator Cons. Gabriel Catarino, Proc.º 876/12.9TVLSB; e Ac. Rel. Lisboa de 27-09-2016, relator Des. Manuel Marques, Proc.º 1961/13.5TVLSB, todos *in* <www.dgsi.pt>.

(46) É de salientar que dos arestos supracitados, três deles (havendo outros) versam justamente sobre os contratos de *Swap*. Sendo ainda de destacar que sobre a mesma questão — alteração anormal das circunstâncias — têm visões distintas, i. e., na determinação se a crise económico-financeira constitui uma alteração anormal das circunstâncias. No sentido positivo, o Ac. Rel. de Lisboa de 27-09-2016, relator Des. Manuel Marques: “A actual crise económica e financeira iniciada em 2007/2008 despoletou uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar.” Em sentido oposto, o Ac. STJ de 26-01-2016, relator Cons. Gabriel Catarino: “A alteração da taxa de juro, na medida em se integra na alça típica e assumida pelos contraentes, no momento da formação do contrato e da respectiva celebração, não consubstancia uma alteração anormal de circunstâncias (art. 437.º do CC) fundadora da anulação de um contrato de *swap*”. Ainda que, por outras questões, desde logo a do risco, ambos os arestos tenham chegado ao mesmo resultado, negando razão aos recorrentes.



### 2.2.3. Lesão de uma das partes

A formulação do art. 437.º do CC, de cujo extrato a doutrina extrai o requisito da lesão grave, séria ou significativa<sup>(47)</sup> como condição da modificabilidade dos contratos<sup>(48)</sup>, parece-nos, salvo o devido respeito, ultrapassada, sobretudo quando articulada com o que diremos adiante sobre o princípio da boa-fé. Na verdade, a percepção é de que o direito moderno, se é que à data da entrada em vigor do CC (1966) também já não o teria<sup>(49)</sup>, dispõe de institutos jurídicos mais concretos e precisos para tutela da parte lesada. Defendemos ser mais adequado prever o desequilíbrio da relação contratual como condição da modificação dos contratos, quer nos modos expressos para os contratos públicos no art. 281.º do CCP — princípio da proporcionalidade —, quer na formulação italiana da onerosidade excessiva do art. 1467.º do *Codice Civile* italiano.

### 2.2.4. Afetação grave do princípio da boa-fé

A questão que agora se aborda aparece entroncada com a anterior, se bem que, com especial acuidade, na medida em que grande parte da doutrina clássica sobre a *cláusula rebus sic stantibus* eleva o princípio da boa-fé à categoria de princípio estruturante deste instituto<sup>(50)</sup>. I. e., não só enquanto legitimador da alteração

---

(47) Invocamos propositadamente as três expressões que a doutrina e jurisprudência já citadas aludem para designar a mesma realidade.

(48) “(...) desde que a exigência das obrigações por ela (parte lesada) assumidas afete gravemente os princípios da boa fé”.

(49) Recorde-se que em Portugal os trabalhos preparatórios do Código Civil, e em particular a discussão em torno da *cláusula rebus sic stantibus*, tiveram um longo período de maturação que vai desde o início do século, com a influência da doutrina germânica, até aos trabalhos preparatórios propriamente ditos de que é testemunho a obra de SERRA, VAZ, anteriormente citada.

(50) Desde logo a doutrina germânica, de que destacamos FIKENTSCHER, com a teoria da proteção da confiança como manifestação do princípio da boa-fé *apud* CORDEIRO, MENEZES, *ob. cit.*, p. 64, e deste mesmo autor *Da Boa-Fé no Direito Civil*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, Coimbra, 2001, e “Da alteração das circunstâncias/A concretização do

anormal das circunstâncias enquanto instituto jurídico, mas seria também com recurso ao princípio da boa-fé que se preencheria, em concreto, a verificação ou não da aplicação do regime previsto no art. 437.º, n.º 1, do CC. Aliás, neste sentido CORDEIRO, MENEZES<sup>(51)</sup> escreve: “Tudo deve processar-se de tal modo que a exigência, à parte lesada, das obrigações por ela assumidas, afete gravemente os princípios da boa-fé”. Continuando o reputado civilista: “Reside, aqui, o âmago do dispositivo vigente quanto à alteração das circunstâncias. A boa fé surge como conceito indeterminado que tende a exprimir o conjunto das valorações fundamentais do ordenamento vigente”.

Ora, não ousando negar a importância da boa-fé no direito civil, aliás, em todo o direito, e não refutando a sua importância na construção dogmática da *cláusula rebus sic stantibus*, sempre nos causou estranheza que a concretização do instituto fosse aplicada em concreto pela subsunção dos factos a uma figura que os seus próprios cultores, nomeadamente MENEZES CORDEIRO<sup>(52)</sup>, definem como um conceito vago. Queremos com isto dizer que, à semelhança do que referimos anteriormente, parece-nos que haverá no direito civil outros institutos capazes de assegurar com maior precisão a alteração anormal das circunstâncias, tal como seja a proporcionalidade ou a excessiva onerosidade.

Confessamos que desde o início deste estudo que esta questão da importância da boa-fé na concretização da alteração anormal das circunstâncias nos levantava dúvidas, achando-a desadequada, sobretudo no que toca a este requisito de que as alterações das circunstâncias, para relevarem, teriam que atentar gravemente contra a boa-fé. Contudo, atribuímos à nossa formação juspublicista, e, por isso mesmo, de pendor mais objetivo, a incapacidade de com-

---

art. 437.º do Código Civil à luz da jurisprudência posterior a 1974”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo Pitta e Cunha*, Coimbra: Almedina, 2010.

<sup>(51)</sup> CORDEIRO, MENEZES, *ob. cit.*, p. 76.

<sup>(52)</sup> Repare-se que este ilustre civilista, in *ob. cit.*, p. 76, por um lado reconhece o carácter vago do conceito da boa-fé, mas adiante refere que será esta a determinar o preenchimento, em concreto, da modificação do contrato por alteração anormal das circunstâncias, inclusivamente citando exemplos da jurisprudência nacional e alemã do século passado.

preender a construção dogmática em torno da boa-fé<sup>(53)</sup>. Porém, continuando o estudo e pesquisa, sentimo-nos legitimados por OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>(54)</sup>, que se apresenta particularmente crítico do requisito da ofensa grave à boa-fé, aliás patente desde logo na epígrafe do ponto 7 do citado estudo, denominada “O pseudo critério da boa-fé”. O referido autor refuta o princípio da boa-fé como legitimador da *cláusula rebus sic stantibus*, que designa como “expediente” dos intérpretes germânicos face à ausência da previsão legal, mas que não era mais do que um expediente. Segundo este autor, o que está em causa é a alteração de uma circunstância que determinou a vontade de contratar, pelo que se trata de uma alteração de circunstâncias, e não de regras de conduta, estas, sim, intimamente ligadas à boa-fé. Pelo que, em sustento da nossa posição, e citando OLIVEIRA ASCENSÃO: “seria bom que os intérpretes não caíssem na tentação fácil de repetir acriticamente uma construção que nada hoje sustenta. O que está em causa é, directamente, o grave ao equilíbrio ou justiça do conteúdo”<sup>(55)</sup>.

### 2.2.5. Afastamento do risco próprio do contrato

A questão do risco, para nós, apresenta-se com maior clareza e está interligada também com a definição do “risco próprio do contrato”, enquanto delimitador da obrigação de indemnizar ao abrigo do princípio da reposição do equilíbrio financeiro dos contratos públicos. Tem-se entendido que existirão sempre variações, ditas normais, compreendidas dentro da álea própria do contrato e

---

<sup>(53)</sup> Se bem que, como veremos adiante no ponto 3.2., AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO, defende que a modificação dos contratos públicos por alteração das circunstâncias também pressupõe que atente contra o princípio da boa-fé.

<sup>(54)</sup> “Onerosidade excessiva por alteração das circunstâncias”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, 2005, III, p. 626.

<sup>(55)</sup> A jurisprudência lusa recente continua arreigada ao conceito da boa-fé, veja-se o Ac. STJ de 23-09-2014, relator Cons. Granja da Fonseca, que invoca e explana sobre o princípio da boa-fé em duas situações (pontos 4 e 5.2. da fundamentação do douto aresto) e patente nas conclusões do mesmo.

do risco que este comporta. A questão coloca-se, justamente, quando as alterações ultrapassam esse risco próprio do contrato e quando é que se poderão consubstanciar numa alteração anormal. Como refere MENEZES CORDEIRO<sup>(56)</sup>, “tal álea está já duplamente salvaguardada no art. 437.º/1, pela normalidade da modificação e pela boa-fé. Na verdade, as alterações registadas dentro da álea dos contratos são normais e não contendem com a boa-fé”<sup>(57)</sup>. Este autor, repetido por MARIA LÚCIA BRITO<sup>(58)</sup>, atribui à *cláusula rebus sic stantibus* um carácter supletivo no que toca ao risco próprio do contrato, não devendo esta atuar sempre que seja ultrapassada essa álea própria do contrato<sup>(59)</sup>. Caberá, por isso, ao intérprete a árdua tarefa de, perante o caso concreto, avaliar as circunstâncias e enquadrá-las, ou não, no risco próprio do contrato. A este propósito, dentro da “jurisprudência privada da crise”, selecionamos decisões sobre diversos tipos de contratos, designadamente sobre os propalados contratos *Swap*<sup>(60)</sup>, mas também sobre impactos da crise noutros tipos de contratos tradicionalmente menos avessos ao risco, como o contrato promessa de compra e venda de imóvel<sup>(61)</sup>.

---

(56) CORDEIRO, MENEZES, *ob. cit.*, p. 77.

(57) Ainda que mantenhamos a nossa posição e crítica ao requisito na boa-fé, conforme o ponto anterior.

(58) BRITO, MARIA LÚCIA, *Da Alteração das Circunstâncias à Cláusula de Hardship: a emergência do princípio geral da renegociação dos contratos*, tese inédita, apresentada no âmbito do 2.º ciclo de estudos na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 29.

(59) Discordamos dos citados autores no que toca à boa-fé como parâmetro do risco, bem como achamos desprovida de sentido a discussão em torno da delimitação temporal da alteração das circunstâncias com base no risco para os contratos já cumpridos, aflorada por CORDEIRO, MENEZES, *in ob. cit.*, p. 78 e repetida por BRITO, MARIA LÚCIA, *ob. cit.*, p. 29.

(60) Ac. STJ de 26-01-2016, relator Cons. Gabriel Catarino, Proc.º 876/12.9 TVLSB; Ac. Rel. Lisboa de 27-09-2016, relator Des. Manuel Marques, Proc.º 1961/13.5TVLSB, ambos in <www.dgsi.pt>, sendo de registar o labor do primeiro aresto citado na apreciação do risco em face das circunstâncias concretas, bem como uma análise exaustiva da doutrina da alteração anormal das circunstâncias, bem como dos fundamentos, antevisão e impactos da crise económica financeira denominada crise de *subprime*, cf. Ponto II.B.2 do citado acórdão.

(61) Ac. STJ, de 23-01-2014, relator Cons. Granja da Fonseca, Proc.º 117/10.9 TVLSB, in <www.dgsi.pt>.

### III. Reposição do Equilíbrio Financeiro do Contrato

#### 3.1. Considerações Gerais

Como já referimos, no direito português, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos próximos<sup>(62)</sup>, a alteração dos contratos no direito civil e no direito administrativo obedecem a regras e enquadramento dogmáticos distintos. Enquanto no primeiro o princípio é de que *pacta sunt servanda* e as alterações só são possíveis com recurso à *cláusula rebus sic stantibus* prevista no art. 437.º do CC, já no direito público a alteração dos contratos não se cinge à alteração das circunstâncias, atrevendo-nos mesmo a dizer que grande parte das modificações são impostas unilateralmente pelo contraente público (*fait du prince*) por razões de interesse público.

Os contratos públicos são desde logo mais sujeitos à modificação unilateral pelo contraente público, por razões de interesse público, facto que o cocontratante sabe desde o início da relação jurídico-administrativa fundada no contrato, e que ganhou maior relevância e, no nosso entender, melhor regulação no CCP de 2008. A codificação da regulação dos contratos públicos, com particular destaque para a Parte III do CCP — Do regime substantivo dos contratos administrativos —, veio clarificar os poderes “exorbitantes” do contraente público, realçando os poderes de conformação da relação contratual (arts. 302.º e 304.º do CCP), de fiscalização (art. 305.º do CCP)<sup>(63)</sup> e modificação unilateral, com base na alteração das circunstâncias (art. 312.º, al. *a*), do CCP) e no interesse público (art. 312.º, al. *b*), do CCP).

---

(62) Para uma breve análise de direito comparado sobre “a interpenetrabilidade entre o direito civil e o direito administrativo na adaptação do contrato às vicissitudes ocorridas na sua execução”, vide MENDES, PEDRO VAZ, *ob. cit.*, pp. 127-132.

(63) Ainda que a generalidade da doutrina considere os poderes de fiscalização do contraente público como um poder exorbitante, nós discordamos desta posição. Não vemos razão nenhuma para que, desde que haja acordo, no direito privado não possam assistir às partes, ou a uma delas, poderes de fiscalização da execução do contrato. Aliás, achamos que seria uma evolução muito positiva da doutrina privatística dos contratos. Não ignoramos que é cada vez mais frequente a existência de uma fiscalização externa nos contratos de empreitada, ainda que regulados pelo CC.

Os contratos públicos estão assim, por natureza, mais sujeitos a modificações objetivas, quer pela sua inspiração dogmática, que se traduziu no direito positivado e na possibilidade de modificação unilateral, quer pelo seu carácter duradouro, de onde se destacam os contratos de concessão de obras públicas<sup>(64)</sup> ou as parcerias público-privadas<sup>(65)</sup>, quer ainda pelas especificidades do contrato de empreitadas de obras públicas<sup>(66)</sup>. Contudo a problemática das modificações aos contratos públicos não se esgota aqui, sendo, pois, importante clarificar a distinção entre: a modificação do contrato por alteração das circunstâncias, da modificação unilateral por razões de interesse público. Sobre esta matéria, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA<sup>(67)</sup> e PEDRO VAZ MENDES<sup>(68)</sup> distinguem as modificações ao contrato resultantes da alteração de circunstâncias, das resultantes da vontade do contraente público, por razões de interesse público. Distinção que não só subscrevemos, como acolhemos na sistemática deste trabalho, pese embora focando-nos na primeira por ser o objeto do presente trabalho. A este exercício de distinção acrescentamos outra variável: as modificações objetivas do contrato de empreitada de obras públicas, uma vez que, não obstante podem resultar de qualquer uma das *supra* citadas categorias, subsistem especificidades próprias da execução deste tipo de contrato, como por exemplo os trabalhos a mais ou o regime de trabalhos de supressão de erros e omissões<sup>(69)</sup> e revisão de preços, que desenvolveremos.

---

(64) Que poderá ascender a 30 anos, nos termos do disposto no art. 410.º do CCP. Sobre o contrato de concessão de obras públicas *vide*: CAUPERS, JOÃO, “Empreitadas e concessões de obras públicas: fuga para o direito comunitário?”, *Separata do Volume Especial 2005 de Direito e Justiça*, pp. 89 e ss.

(65) Cujo novo regime legal foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio. Sobre as Parcerias Público Privadas, em particular nas obras públicas *vide*: MELO, PEDRO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*, Coimbra: Almedina, 2011.

(66) Sobre esta, com particular desenvolvimento *vide*: 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, 2014, e RODRIGUES, PEDRO NUNO, *A modificação objectiva do contrato de empreitada de obras públicas*, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2012.

(67) ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Teoria Geral do Direito Administrativo — temas nucleares*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 296 e ss.

(68) MENDES, PEDRO VAZ, *ob. cit.*, pp. 135 e ss.

(69) Hoje designados trabalhos complementares imprevisíveis e trabalhos comple-

Aderimos assim à conclusão de PEDRO VAZ MENDES<sup>(70)</sup>: “a modificação do contrato por alteração das circunstâncias e a modificação unilateral do contrato por interesse público, são institutos totalmente distintos, desde logo quanto:

- a) ao fundamento: a alteração das circunstâncias fundamenta-se em razões de equidade enquanto o poder de modificação unilateral do contrato tem fundamento na necessidade de satisfação permanente do interesse público;
- b) aos motivos que conduzem à aplicação dos institutos e aos poderes das partes: a modificação unilateral por imperativo de interesse público ‘assenta numa opção consciente e deliberada do contraente público<sup>(71)</sup>’ enquanto que a alteração das circunstâncias se baseia no equilíbrio contratual produzido por factos anormais e imprevisíveis;
- c) à relevância do dano: enquanto que na faculdade de modificação unilateral do contrato o dano é consequência desta, na alteração das circunstâncias é o dano que justifica a modificação do contrato”.

A doutrina parece convergir na distinção dos citados institutos quanto aos seus fundamentos e causas, porém essa unanimidade já não se mantém quanto à possibilidade da modificação dos contratos com base — em ambos — os fundamentos do art. 312.º do CCP dar lugar à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, como veremos adiante em 3.3.

---

mentares imprevistos, respetivamente, por força da alteração ao CCP operada pelo Decreto-Lei n.º 11-B/2017, de 31 de agosto.

<sup>(70)</sup> *Ibidem*, p. 136, para cuja obra remetemos para desenvolvimento da temática da modificação unilateral do contrato com base no interesse público.

<sup>(71)</sup> A expressão é de ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 300, *apud* MENDES, PEDRO VAZ, *ob. cit.*, p. 136.

### 3.2. Alteração objetiva do contrato por alteração das circunstâncias

A questão da modificação do contrato público por alteração das circunstâncias assume especial importância, não só por ser o objeto do nosso estudo, mas, também, porque a solução consagrada no CCP veio a seguir muito de perto a *cláusula rebus sic stantibus* plasmada no art. 437.º do CC.

O art. 312.º do CCP, sobre os fundamentos para a modificação objetiva dos contratos, dispõe que:

“O contrato pode ser modificado com os seguintes fundamentos:

- a) Quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”.

A solução positivada no CCP causa-nos alguma perplexidade, não só pela sua “colagem”<sup>(72)</sup> à formulação do art. 437.º do CC, mas, sobretudo, pelo facto de, para uma formulação cujo elemento literal, no que toca aos pressupostos, ser exatamente igual ao da norma privatística, a doutrina dar-lhe um enquadramento dogmático oposto. I. e., na realidade, em ambas as normas os pressupostos são exatamente os mesmos, ou seja, os que definimos nos pontos 2.2. a 2.2.5 do capítulo anterior, razão pela qual não se entende que a doutrina sustente que o art. 437.º, n.º 1, do CC radique na *cláusula rebus sic stantibus*, inspirada nas doutrinas subjetivistas do direito privado germânico<sup>(73)</sup>, enquanto, por seu turno, a doutrina juspublicista, enquadra o art. 312.º, al. a), do CCP na doutrina

---

(72) Em sentido literal, o art. 437.º do CC dispõe: “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”.

(73) *Vide supra* ponto 2.1.



francesa da imprevisão, de matriz claramente objetiva. MÁRIO AROSO ALMEIDA<sup>(74)</sup>, reconhecendo que as doutrinas privatística e publicista sobre a modificação dos contratos com base na alteração das circunstâncias são controvertidas, acaba por fazer uma síntese que nos parecer muito mais próxima da teoria da imprevisão, claramente de matriz objetiva. Assim, em conclusão sobre as divergências das citadas doutrinas, escreve: “De harmonia com as construções doutrinárias que, com formulações diversificadas e, entre si, controvertidas, fazem apelo ao conceito da base negocial dos contratos cumpre, pois, reconhecer que o equilíbrio financeiro dos contratos administrativos, atenta a relevância que, para diversos efeitos, o próprio ordenamento jurídico positivo atribui ao conceito, é um dado objectivo que é assumido pelas partes como determinante da decisão de contratarem nos termos em que o fazem, exprimindo, assim, a base de valoração contratual correspondente ao projecto inicial de que partem. Os factos essenciais em que assenta o equilíbrio financeiro do contrato não podem deixar, portanto, de ser reconhecidos como a base negocial em que, objectivamente, se fundou a celebração do contrato, no sentido de que se trata do conjunto das circunstâncias cuja existência ou manutenção é necessária para a salvaguarda do sentido contratual e do seu escopo e, portanto, cuja alteração imprevista pode conduzir à perturbação da equivalência das prestações (= relação de valor existente entre prestação e contraprestação) para além do risco próprio do contrato”.

Não nos surpreende, por todas as razões já aqui invocadas e considerando a doutrina a esse propósito citada, que as doutrinas subjacentes aos contratos privados e públicos cheguem a conclusões distintas. Mais surpreendente é que essas conclusões divergentes, diríamos mesmo antagónicas (no que toca ao elemento volitivo da base do negócio), sejam emergentes de normas de igual teor. A querela doutrinária não se apresenta simples, sendo de antever que a formação publicista e a nossa crítica ao instituto da boa-

---

<sup>(74)</sup> ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, “Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 830-831.

fê, como fundamento e como conceito integrador da alteração anormal das circunstâncias, apontaria para uma maior proximidade à teoria da imprevisão. Mas também aqui a questão não se apresenta linear, porquanto o legislador, a doutrina e a jurisprudência<sup>(75)</sup> publicistas também continuam a arrear-se no instituto da boa-fê.

Inclinamo-nos porém, no que diz respeito aos contratos públicos, para uma definição da “base do negócio” de pendor objetivo e que se prende com a própria natureza da contratação pública. Senão vejamos, ao contrário do que sucede nos contratos privados onde impera a autonomia da vontade, com o seu corolário da liberdade contratual, em que as partes negociam e ajustam a “base de negócio”, admitindo-se por isso que existem elementos volitivos com elevado peso nessa definição, o mesmo já não acontece na contratação pública. De facto, o contraente público inicia a sua intenção de contratar, com a abertura de um procedimento onde elenca desde logo as condições em que pretende que o contraente privado excute o contrato, através do caderno de encargos. A vontade do contraente público está desde logo espelhada neste documento de singular importância para os contratos públicos<sup>(76)</sup>, ao qual o contraente privado — nesta fase ainda concorrente — responde com a sua proposta, não havendo margem para uma formação da “base de negócio”, que não esse binómio objetivo que a doutrina estrangeira designa *tender* — *bidder*. Aliás, o próprio CCP consagra os modos — objetivos — de sanção de dúvidas sobre o

---

(75) Neste sentido, ainda que no domínio da legislação anterior ao CCP, o Ac. STA de 21-03-2001, relator Cons. João Belchior, *in* <www.dgsi.pt> ditava a seguinte doutrina: “Pode o interessado proceder à revisão do contrato por alteração das circunstâncias, ao abrigo do disposto n.º 1 do art. 175.º do DL 235/86, de 18.AGO (normativo que, nos seus traços essenciais, reitera o que se prescreve no n.º 1 do art. 437.º do C.C.), para o efeito de, conforme a equidade, ser compensado do aumento dos encargos efectivamente sofridos ou à actualização dos preços 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 fê**, de que resulte aumento de encargos na execução da obra que não caiba nos riscos normais.”

(76) Aliás o CCP consagrou o caderno de encargos, como o elemento essencial, o documento conformador da relação contratual, relegando o contrato propriamente dito para aspetos mais formais, tais como as cláusulas administrativas.

modo de execução das prestações, recorrendo a mecanismos como o pedido de esclarecimentos (cf. art. 50.º CCP) ou a elencagem de erros e omissões (cf. art. 61.º, n.º 1, do CCP). Do mesmo passo, o contraente público pode solicitar esclarecimento sobre a proposta do concorrente (cf. art. 72.º do CCP). Neste contexto, somos forçados a concluir que a base do negócio é objetivamente determinada e que as alterações das circunstâncias<sup>(77)</sup> são aquelas que são imprevisíveis e, acima de tudo, não solucionáveis por qualquer outro meio de modificação objetiva do contrato previsto na lei, como por exemplo os trabalhos a mais (cf. art. 370.º do CCP), revisão de preços (cf. Decreto-Lei n.º 6/2004, de 6 de janeiro), trabalhos de supressão de erros e omissões (cf. arts. 376.º e ss. do CCP)<sup>(78)</sup>. Somos, por isso, da opinião que, no que toca à formulação do art. 312.º, estamos perante a consagração da teoria da imprevisão, e uma definição objetiva da “base de negócio”, ainda que venha a ser contrariada pelas doutrinas subjetivistas sobre o art. 437.º CC e com o pendor, a nosso ver subjetivista, da norma do art. 282.º, n.º 1, do CCP, sobre o reequilíbrio financeiro do contrato, sem prejuízo do que se dirá infra sobre esta questão.

### 3.3. O reequilíbrio financeiro do contrato

Outra questão em que nos afastamos da doutrina lusa é a da compensação pela alteração das circunstâncias. Ou seja, resolvida a questão dos fundamentos ou pressupostos previstos na al. a) do art. 312.º do CCP, impõe-se-nos abordar o modo como se opera a modificação do contrato. No Código Civil essa questão é omissa, a

---

<sup>(77)</sup> Discordamos por isso dos fundamentos do Ac. STA de 21-03-2001, relator Cons. João Belchior, ao considerar: “O aumento médio em 100% e em menos de um ano do custo de materiais empregues na obra adjudicada numa conjuntura que vinha sendo de estabilidade dos respectivos preços pode considerar-se entre as alterações anormais de circunstâncias previstas nos citados normativos”. Entendemos que a lei confere o meio próprio de solucionar esta questão que seria a revisão de preços.

<sup>(78)</sup> Sobre os mecanismos específicos do reequilíbrio do contrato de empreitadas de obras públicas *vide*: MARTINS, LICÍNIO LOPES, *ob. cit.*

jurisprudência é mais abundante em matéria de resolução do contrato, do que propriamente no tocante à modificação<sup>(79)</sup>, e a doutrina faz referência à compensação conforme a equidade, de resto à semelhança da doutrina publicista, como veremos. Por seu turno, no que toca aos contratos públicos discordamos da fórmula consagrada no art. 314.º, que analisamos de seguida. O legislador previu que o cocontratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro sempre que o fundamento para a modificação do contrato seja:

- i) A alteração anormal e imprevisível das circunstâncias 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 por razões de interesse público;
- ii) Nos demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias confere-se direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade.

Ou seja, se a alteração das circunstâncias advier de um *facto do príncipe*, ou se este for adotado pelo contraente público, mas fora dos poderes de conformação da relação contratual, haverá direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato nos termos previstos no art. 282.º do CCP. Mas se a alteração das circunstâncias não for imputável ao contraente público, ou seja, se resultar de facto imprevisível para ambas as partes, o cocontratante terá direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo os critérios de equidade. A solução legislativa é seguida pela doutrina, neste sentido fazemos referência a PEDRO GONÇALVES<sup>(80)</sup> e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA<sup>(81)</sup>, em que o primeiro,

---

(79) A generalidade dos arestos supra citados na Parte II dizem respeito a pedidos de anulação ou resolução do contrato.

(80) GONÇALVES, PEDRO, “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, julho/agosto de 2007, CEJUR, Braga, pp. 40-41.

(81) ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 306.

ainda a propósito do anteprojeto, também defende que há que distinguir as situações da modificação do contrato por decisão do contraente público, dos casos de alteração imprevista das circunstâncias. Seguimos assim a síntese que PEDRO VAZ MENDES<sup>(82)</sup> faz da posição dos citados autores, que aplaudem a distinção entre os dois fundamentos para a modificação do contrato, e que passamos a citar: “na verdade uma coisa é a modificação unilateral imposta pelo contraente público, que, do ponto de vista do cocontratante, implicará, em princípio, a reposição do equilíbrio financeiro do contrato [...]. Nesta hipótese, há uma sucessão lógica dos seguintes momentos:

- i)* consideração, pelo contraente público, de um facto de interesse público que, na sua ótica, recomenda uma modificação;
- ii)* imposição da modificação de cláusulas contratuais;
- iii)* reposição do equilíbrio financeiro do contrato, em benefício do cocontratante (na medida em que não suporte qualquer risco de modificação).

Diferente apresentação a modificação por alteração das circunstâncias; neste caso a sucessão é a seguinte:

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

Não discordamos da necessidade da distinção entre as diferentes causas ou fundamentos da modificação dos contratos públicos, assim como os “momentos” a que se refere a doutrina citada e a sua sucessão lógica, até porque uns dependem de facto voluntários, enquanto outros dependem de circunstâncias imprevistas. Outrossim, discordamos que aos factos imputáveis ao contraente

---

<sup>(82)</sup> MENDES, PEDRO VAZ, *ob. cit.*, p. 136.

público, ainda que sejam alterações das circunstâncias, a modificação do contrato seja remetida para a figura da reposição do equilíbrio financeiro do contrato, enquanto no caso de alteração imprevisível das circunstâncias, a mesma remete para uma alteração das cláusulas financeiras do contrato ou uma compensação segundo juízos de equidade. Nem tão pouco alcançamos a distinção entre uma e outra, na medida em que a reposição do equilíbrio financeiro do contrato, por um lado pode passar por uma prorrogação do prazo ou outras modificações objetivas, mas também, na generalidade dos casos por uma compensação financeira, muitas das vezes já após a execução do contrato<sup>(83)</sup>.

A questão precedente não se apresenta pacífica na doutrina nacional, havendo quem, à semelhança dos supracitados autores, defenda que no caso de alteração imprevisível das circunstâncias não haverá lugar à reposição do equilíbrio financeiro do contrato. Neste sentido, LUÍSA GABRIELA MONTEIRO DA SILVA<sup>(84)</sup> defende que o legislador quis claramente consagrar a distinção entre os factos imputáveis ao contraente público, daqueles que são imprevisíveis, sendo que esta autora ainda faz a distinção entre caso de força maior e facto imprevisto, para sustentar a impossibilidade de (continuação do) cumprimento do contrato, no primeiro caso, e a modificação do contrato, no segundo. Em sentido contrário, LINO TORGAL<sup>(85)</sup> sus-

---

(83) No sentido da condenação de uma indemnização como forma de reposição do equilíbrio financeiro do contrato, por facto imputável ao contraente público *vide*: Ac. TCAN de 15-05-2014, relator Des. Antero Pires Salvador, Proc.º 0549/12.2BEAVR, cujo sumário da autoria do relator transcrevemos: “Um cocontratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, quando o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais determinou o valor das prestações e desde que o contratante público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos. 2. A recorrente, como adjudicatária, como pressuposto para o direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, tem direito ao custo acrescido com a manutenção do estaleiro da obra, no período de suspensão da mesma, por facto imputável apenas à contraparte, dono da obra, pois que, por via da suspensão, se alterou o valor dos custos constantes da sua proposta, sendo certo que o dono da obra não poderia ignorar estes pressupostos”.

(84) SILVA, LUÍSA GABRIELA MONTEIRO DA, *A reposição do equilíbrio financeiro nos contratos administrativos — em especial, no contrato de empreitada de obras públicas*, tese de mestrado inédita, Lisboa: Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2013, pp. 21-27.

(85) TORGAL, LINO, “A empreitada de obras públicas no Código dos Contratos

tenta que tratando-se de um caso de força maior, alheio à vontade das partes, que impossibilite absolutamente a execução do mesmo (embora não a título definitivo) assiste ao cocontratante o direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato. Mais longe, e no sentido da nossa posição, nomeamos ALEXANDRA LEITÃO<sup>(86)</sup> que entende que a redação do n.º 2 do art. 314.º, ao referir “modificação ou compensação segundo a equidade”, está a indicar que no caso de se optar pela modificação “ela própria é uma forma de reposição do equilíbrio financeiro do contrato”.

Do mesmo passo a doutrina que acompanha o legislador (cf. art. 314.º, n.º 2 do CCP), que advoga a distinção de regimes de compensação consoante a modificação do contrato tenha por base um facto imputável ao contraente público, ou consoante ocorra uma alteração imprevisível das circunstâncias, centra-se na questão a montante — nos fundamentos —, descurando o que mais importa para a tutela do cocontratante, ou seja, o modo de reposição do equilíbrio financeiro do contrato<sup>(87)</sup>, e não explicando como se distingue a jusante, a compensação com base na equidade da compensação para reposição do equilíbrio financeiro do contrato. Poderia colocar-se a questão de saber se o disposto no n.º 2 do art. 282.º do CCP entraria em contradição com a conjugação do disposto no art. 312.º, al. a) do CCP. Salvo melhor opinião, parece-nos que não, aliás, é mais evidente que a formulação do n.º 2 do art. 282.º — reposição do equilíbrio financeiro do contrato — conflituaria com a al. b) do citado art. 312.º, do que com a al. a) do mesmo preceito. Para suportar o que referimos, o Ac. TCAN de 15-05-2014<sup>(88)</sup>:

---

Públicos — breve nota sobre algumas das principais novidades”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, CEJUR, Braga, n.º 64, julho-agosto de 2007.

<sup>(86)</sup> LEITÃO, ALEXANDRA, “O tempo e a alteração das circunstâncias”, intervenção apresentada no âmbito do V Encontro de Professores de Direito Público, subordinado ao tema “O Tempo e o Direito Público”, realizado a 27 e 28 de janeiro de 2012, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

<sup>(87)</sup> Sendo de notar que GONÇALVES, PEDRO, in “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, julho/agosto de 2007, CEJUR, Braga, p. 41, inclusivamente refere que a modificação dos contratos dar-se-á essencialmente ao nível das cláusulas financeiras. Pelo que nos questionamos, uma vez mais, se não estamos perante uma reposição do equilíbrio financeiro do contrato.

<sup>(88)</sup> Para uma clara e sintética explicação dos pressupostos do instituto da reposi-

“O mecanismo da reposição do equilíbrio financeiro está originariamente pensado para os casos em que o co-contratante, mercê da sua situação de sujeição aos poderes conformadores do contraente público, vê a sua esfera contratual financeiramente afectada.

Mas mais importante que o mecanismo legal em si é a sua *ratio*, que tem que ver sobretudo com todas as variações no equilíbrio financeiro de que contrato pode padecer ao longo da sua existência, as quais devem ser debeladas, de molde a saná-las.

Cf., ainda e a este propósito, FREITAS DO AMARAL, *in* “Curso de Direito Administrativo”, Vol. II, pp. 617 e ss., JORGE ANDRADE DA SILVA, *in* “Código dos Contratos Públicos, Comentado e Anotado”, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 626 e ss. e ainda MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *in* “Direito Administrativo”, p. 705.

Assim, sufragamos a posição de que no caso de modificação do contrato por alteração imprevisível das circunstâncias por facto não imputável a nenhum dos contraentes, nos termos da al. *a*) do art. 312.º do CCP, a compensação a que se refere o n.º 2 do art. 314.º do mesmo diploma não pode ser outra que não por via da reposição financeira do contrato, qualquer que seja a modalidade que esta possa revestir.

#### IV. Conclusões

Ao propormo-nos a estudar a interação entre o direito privado e o direito público em matéria de alteração — anormal ou imprevisível<sup>(89)</sup> — das circunstâncias, partimos do princípio, aliás enunciado na introdução, de que iríamos encontrar uma maior permissividade na modificação dos contratos públicos do que na dos

---

ção do equilíbrio financeiro do contrato, com a análise do direito positivado e doutrina, Ac. TCAN, de 15-05-2014, relator Des. Antero Pires Salvador, Proc.º 00549/12.2BEAVR, *in* <www.dgsi.pt>.

<sup>(89)</sup> Consoante estejamos, respetivamente, na esfera da doutrina privatística ou juspublicista.



privados, arreigados ao princípio *pacta sunt servanda* consagrado no art. 406.º do CC. E se de facto é notória a flexibilidade dos contratos públicos à modificação objetiva, fundamentada em razões de interesse público e vertida em atos administrativos concretos do contraente público, ou até mesma pela sua própria natureza — *maxime* — nos contratos de empreitadas de obras públicas, o mesmo já não se poderá dizer no que toca à alteração das circunstâncias.

Desde logo, é de notar que a maior das “interações” entre o direito privado e o direito público resulta nas formulações do art. 437.º, n.º 1, do CC e 312.º, al. *a*), do CCP<sup>(90)</sup>, cujo elemento literal, no que concerne aos pressupostos<sup>(91)</sup>, é exatamente idêntico. Contudo, não seria nesta matéria, nas soluções positivadas “em letra de lei”, que gostaríamos de ver a maior proximidade. Na verdade, sabemos que ambos os preceitos tiveram origem em conceções diametralmente opostas, não só quanto à própria doutrina dos contratos, mas sobretudo no fundamento da alteração das circunstâncias. Tendo o art. 437.º, CC, sido fruto da influência do direito alemão e consagrando a velha *cláusula rebus sic stantibus*, e, por seu turno, o art. 312.º, al. *a*), do CCP tido origem na doutrina francesa da imprevisão, causa-nos estranheza que se tenha consagrado a mesma formulação e, sobretudo, que do mesmo texto (ainda que vertido em normas e diplomas distintos) a doutrina privatística e publicista extraíam conclusões distintas, senão mesmo opostas, pelo menos no que concerne à definição subjetivista ou objetivista da “base do negócio”.

Do mesmo passo, se criticamos as doutrinas subjetivistas germânicas, e a solução plasmada no Código Civil de 1966, pelo seu fundamento no princípio da boa-fé, quer enquanto fundamento do instituto, quer enquanto elemento integrador e definidor da base do negócio. Porquanto, como se referiu, a boa-fé é um instituto ati-

---

<sup>(90)</sup> Recorde-se que cerca de meio século mais tarde (CC — 1966; CCP — 2008).

<sup>(91)</sup> Dizemos quanto aos pressupostos, na medida em que o art. 437.º do CC permite a resolução do contrato, enquanto o art. 312.º, al. *a*), do CCP apenas diz respeito à modificação, remetendo para outra norma a possibilidade de resolução com os mesmos fundamentos.

nente à conduta das partes e já não às condições objetivas das prestações (execução do contrato, na terminologia dos contratos públicos). Por maioria de razão temos que o fazer no que toca à doutrina publicista, na medida em que a lógica dos contratos administrativos enquanto geradores de uma relação jurídico-administrativa, logo dotada de autoridade, não sendo contrária à boa-fé, não será certamente neste instituto que irá encontrar uma das principais características dos contratos públicos. Sendo certo que o princípio da boa-fé está constitucionalmente consagrado como um dos princípios informadores da atividade administrativa, com consagração nos principais diplomas (designadamente o CPA e o CPP), o direito administrativo, e em particular o direito dos contratos públicos, dispõe de muitos outros institutos para fundamentar e aferir da alteração das circunstâncias.

Enquanto a autonomia da vontade é essencial para os contratos privados, com o corolário do princípio da liberdade contratual, sendo a base do negócio formada com base na vontade das partes, elaborada ao longo de negociações, com propostas, contrapropostas e outras manifestações da vontade<sup>(92)</sup>, já na contratação pública são reduzidos os elementos volitivos da autonomia da vontade que possam estar na base da formação da base do negócio, muito menos onde a boa-fé seja determinante. Na verdade, o contraente público manifesta a sua vontade de contratar mediante um caderno de encargos que é elemento conformador (e essencial do procedimento). A autonomia da vontade do contraente privado cinge-se a aceitar, ou não, o modo de execução do contrato, cabendo-lhe apenas definir os elementos sujeitos à concorrência. Por outro lado, a lei prevê os mecanismos procedimentais para que se removam as dúvidas quanto ao modo de execução do contrato, pelo que a base do negócio é claramente objetiva e arredia a qualquer manifestação da boa-fé, que não um princípio supletivo<sup>(93)</sup> da conduta das partes.

---

(92) Salvo se estivermos perante contratos de adesão. Sobre os contratos de adesão vide: MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, "O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, 2002, pp. 111-142.

(93) Saliente-se que com *supletivo* não se quer significar sem importância, antes pelo contrário, não ousamos retirar a importância do princípio da boa-fé enquanto confor-

Uma última conclusão prende-se com a crítica à solução do n.º 2 do art. 314.º do CCP, que, perante uma alteração das circunstâncias não imputável a nenhuma das partes, remete para a compensação segundo a equidade e afasta a aplicação da reposição do equilíbrio financeiro do contrato. Como se referiu, sustentamos que há lugar ao reequilíbrio financeiro do contrato nestas situações e na interação entre direito privado e direito público. Gostaríamos, assim, de ver o instituto da reposição do equilíbrio financeiro do contrato como uma forma de modificação objetiva dos contratos privados, entendendo que em nada bule com os princípios do direito dos contratos privados, desde logo o da boa-fé, deixando de ser uma figura exclusiva da tutela do cocontratante nos contratos públicos.

---

mador da conduta das partes nas diversas relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, até diríamos supranacionais e interestaduais. Queremos apenas significar que, para o objeto do presente estudo — modificação do contrato com base na alteração das circunstâncias — quer no direito privado, mas sobretudo no direito dos contratos públicos, existem institutos jurídicos mais próximos e adequados a resolver a questão em concreto.