

DA (IN)ADMISSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO UNILATERAL DA VIGÊNCIA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS⁽¹⁾

Algumas reflexões⁽²⁾

Pelo Dr. Duarte Valido Viegas^(3/4)

SUMÁRIO:

1. Razão de ordem. 2. Da modificação do contrato. 2.1. Enquadramento. 3. Da prorrogação enquanto ato administrativo modificador do contrato. 4. Possíveis argumentos inquinadores da admissibilidade da prorrogação unilateral. 4.1. (Potencial) violação do princípio da concorrência. 4.1.1. (Putativo) “dever” de inscrever a prorrogação no contrato 4.2. Eventual violação do direito de iniciativa económica privada. 4.3. Não configuração da prorrogação unilateral como uma modificação do conteúdo do contrato. 4.4. Previsão de prorrogação, no CCP, para situações específicas. 5. Sinopse conclusiva. 6. Abreviaturas. 7. Jurisprudência. 8. Referências bibliográficas.

(1) Não obstante poderem ser celebrados exclusivamente entre sujeitos de direito privado ou entre sujeitos de direito público (contratos interadministrativos), subjacente ao presente escrito estarão os contratos administrativos firmados entre, pelo menos, uma entidade de direito público e uma entidade de direito privado.

(2) O presente estudo consubstancia uma versão densificada do trabalho apresentado, em 2022, no curso de pós-graduação em Direito e Prática da Contratação Pública, da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa).

(3) Advogado e Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa).

(4) As posições manifestadas no presente artigo são estritamente pessoais, não vinculando nem representando qualquer entidade com que o autor tem vindo a colaborar.

1. Razão de ordem

A questão de saber se o contraente público pode, ao abrigo dos seus poderes de conformação contratual, prorrogar a vigência de um contrato administrativo⁽⁵⁾ na ausência de clausulado para o efeito, tem sido objeto de reduzida densificação⁽⁶⁾.

O tema tem, contudo, relevância dogmática e, sobretudo, prática: se, por um lado, custa não reconhecer (pelo menos à luz de um juízo perfunctório) que a prorrogação unilateral bule, entre outros, com o princípio da concorrência⁽⁷⁾⁽⁸⁾, por outro, tendo presente que o contrato administrativo é dirigido à prossecução do interesse público⁽⁹⁾ e que, por vezes, por vicissitudes várias, esse interesse pode ser ofendido, parece precipitado — senão mesmo *contra legem*⁽¹⁰⁾ — excluí-la do núcleo de hipóteses suscetíveis de modificação unilateral⁽¹¹⁾.

Com efeito, é consabido que os contratos administrativos são modelados por um regime distinto daquele que enforma os contratos privados: se quanto a estes a modificação somente pode ocorrer por acordo das partes⁽¹²⁾, já quanto aos primeiros o contraente público pode, sob determinados fundamentos⁽¹³⁾ e

⁽⁵⁾ Socorremo-nos da definição de contrato administrativo avançada por DIOGO FREITAS DO AMARAL, que encontra respaldo legal no art. 280.º, n.º 1 do CCP, segundo a qual “são contratos administrativos todos os contratos que, à luz do direito administrativo, criem, modifiquem ou extingam relações jurídico-administrativas”, in *Curso de Direito Administrativo*, 4.ª ed., Almedina, 2020, p. 449.

⁽⁶⁾ Referimo-nos à prorrogação unilateral e não já à modificação unilateral do contrato, esta, sim, glosada na literatura jurídica e na jurisprudência. Não obstante considerarmos que a prorrogação unilateral da vigência do contrato configura um ato administrativo subsumível na alínea c) do n.º 1 do art. 311.º do CCP [e na alínea c) do art. 312.º], o núcleo de situações subsumíveis nas sobreditas normas transcende naturalmente as hipóteses de prorrogação unilateral.

⁽⁷⁾ Art. 1.º-A, n.º 1, 2.ª parte e, mais detidamente, art. 313.º, n.º 2 do CCP.

⁽⁸⁾ E, bem assim, com os princípios da igualdade de tratamento, da transparência e da tutela de confiança.

⁽⁹⁾ Pelo menos, a título principal.

⁽¹⁰⁾ É que, sendo o Direito Administrativo primordialmente dirigido à prossecução do interesse público, poderia dar-se o caso de se supor que, sempre que tal interesse se encontrasse na iminência de ser postergado e a prorrogação unilateral do contrato se afigurasse como meio único de o evitar, o órgão administrativo não só teria o poder, como o dever de prorrogar o contrato, ao abrigo do disposto no art. 4.º do CPA e no art. 266.º, n.º 1 da CRP. Num diferente ângulo, poderia aduzir-se que a exclusão da prorrogação unilateral do âmbito do art. 302, alínea c) do CCP contraria a sua letra, não respeitando *ao conteúdo* [nem] *ao modo de execução das prestações previstas no contrato*.

⁽¹¹⁾ Arts. 302.º, alínea c), 311.º, n.º 1, alínea c) e 312, alínea c) do CCP.

⁽¹²⁾ Dispõe, *expressis verbis*, o art. 406.º do CC: [o] contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei.

⁽¹³⁾ Alínea a) do n.º 1 do art. 152.º e n.º 1 do art. 153.º do CPA.

conquanto respeite certos limites ⁽¹⁴⁾, modificá-los sem necessidade de consentimento do cocontratante⁽¹⁵⁾.

Isto porque, conforme bem aduz PEDRO COSTA GONÇALVES, a “relação contratual administrativa [é] marcad[a] pela desigualdade entre as partes, pressupondo encontrar-se uma delas em posição de, autoritariamente, impor certos tipos de modificação do contrato, ou até mesmo determinar a resolução do mesmo”⁽¹⁶⁾.

Bem sabendo que o tema da prorrogação da vigência do contrato administrativo pode ser abordado sob diversos ângulos⁽¹⁷⁾, interessa-nos nesta sede aquilatar, por um lado, da (im)possibilidade de o contraente público promover uma prorrogação carecedora de expressa previsão na lei e no contrato e, por outro, concluindo-se que é possível, dos termos e dos fundamentos em que o pode fazer⁽¹⁸⁾.

2. Da modificação do contrato

2.1. Enquadramento

Dispõe o art. 302.º, alínea *c*) do CCP⁽¹⁹⁾, na sua redação atual, que, “[s]alvo quando outra coisa resultar da natureza do contrato ou da lei”, pode o contraente público, nos termos previstos no contrato e no CCP, *[m]odificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público, com os limites previstos no presente Código*.

Por sua vez, o art. 311.º estabelece que a modificação do contrato pode ocorrer em três ocasiões, a saber: (*i*) por acordo entre as partes, cuja

⁽¹⁴⁾ Arts. 312.º e 313.º do CCP.

⁽¹⁵⁾ Cf. SILVA, JORGE ANDRADE DA, *Código dos Contratos Públicos Anotado e Comentado*, 8.ª ed., Almedina, 2019, p. 637.

⁽¹⁶⁾ *In Direito dos Contratos Públicos*, 1.ª ed., Almedina, 2015, p. 524.

⁽¹⁷⁾ Distinta da prorrogação unilateral que aqui cuidamos de analisar, é a prorrogação — expressamente prevista no CCP — do contrato de concessão de obras públicas e do contrato de concessão de serviços públicos quando haja lugar à execução de trabalhos complementares (arts. 373.º, n.º 1, alínea *a*), 374.º e 454.º, n.º 6).

⁽¹⁸⁾ Neste contexto, a primeira questão que nos cumprirá avaliar, ainda que em abstrato, consiste em saber se a prorrogação unilateral do contrato pode, ou não, configurar-se como um ato administrativo subsumível na alínea *c*) do n.º 1 do art. 311.º e, concomitantemente, na alínea *c*) do art. 312.º.

⁽¹⁹⁾ Todas as referências, no presente escrito, a artigos sem identificação do respetivo diploma legal reportar-se-ão ao CCP.

forma não pode ser menos solene do que a do contrato [alínea a) do n.º 1]; (ii) através de decisão judicial ou arbitral, desde que a modificação não *interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa subjacente ao mesmo* ou não implique a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa [alínea b) do n.º 1]; e (iii) por [a]to administrativo do contraente público nas hipóteses compreendidas na alínea c) do art. 312.º⁽²⁰⁾.

Por seu turno, o art. 312.º, alínea c) determina que a prorrogação pode ter como fundamento [r]azões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.

Ante omnia, importa assinalar que a atual redação do art. 311.º traduz o resultado das alterações instituídas pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio. Estas alterações foram justificadas pelo legislador, em sede preambular, nos seguintes moldes:

No que concerne ao título i da parte iii do Código («Contratos administrativos em geral»), a primeira nota vai para a preocupação de preservação do quid specificum dos contratos administrativos, perceptível através dos seguintes aspectos: (i) recorrente apelo aos imperativos de interesse público (por exemplo, na modificação e resolução contratuais); (ii) manutenção de importantes poderes do contraente público durante a fase de execução do contrato administrativo; (iii) criação de figuras como a da partilha de benefícios; (iv) criação de regras especiais para as situações de incumprimento do contraente público; (v) introdução de normas que versem, directa ou indirectamente, a repartição de risco entre as partes contratantes.

⁽²⁰⁾ Afigura-se-nos ser este, em rigor, o único inciso constante do CCP que permite consubstanciar juridicamente o poder de modificação unilateral do contrato. Defendendo, porém, um escopo de intervenção mais lato do poder de modificação unilateral, ALEXANDRA LEITÃO aduz que o mesmo pode ser exercido “na sequência de uma alteração das circunstâncias, desde que esta ponha em causa a aptidão do contrato para prosseguir o interesse público subjacente à sua celebração”, porquanto “[m]al se compreenderia que o contraente público tivesse o poder de modificar unilateralmente o contrato apenas por fazer uma nova ponderação do interesse público e não o pudesse fazer na eventualidade de sobrevir uma alteração das circunstâncias que tornasse necessária uma modificação do contrato por forma a permitir que este continuasse a prosseguir satisfatoriamente o interesse público”, in *Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais*, que pode ser consultado aqui: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf>. Em idêntico sentido, vide, ainda, LOPES, LUCÍNIO, *Alguns Aspectos do Contrato de Empreitada de Obras Públicas no Código dos Contratos Públicos II: Em especial, a Reposição do Equilíbrio Económico-financeiro do Contrato e a Determinação dos Danos*, in *Estudos de Contratação Pública — III*, Coimbra, 2010, p. 367 e MARTINS, ANA GOUVEIA, *A Modificação e os Trabalhos a Mais nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra, 2010, p. 66. Dissonantemente, vide SOUSA, MARCELO REBELO DE; MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª ed., Lisboa, 2010, pp. 420-421, e ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Contratos Administrativos e Regime da sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra, 2010, p. 832.

Pese embora ancorada na — compreensível — necessidade de reforçar o princípio da prossecução do interesse público no domínio jus-administrativo, a verdade é que, quando aferida a respeito da alínea *b*) do n.º 1 do art. 311.º do CCP, esta opção legiferante seria dispensável. Com efeito, desde há muito que a comunidade jurídica em geral (*verbi gratia*, a jurisprudência) reconhece a existência de uma margem de livre apreciação dos órgãos administrativos [ressalvadas naturalmente as hipóteses de erro de facto palmar e/ou de violações grosseiras dos princípios que parametrizam o exercício da atividade administrativa, em que os tribunais podem — e devem — intervir⁽²¹⁾]. Por outro lado, a proibição de *formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa* pelos tribunais está, também desde há muito, cristalizada no art. 71.º, n.º 2 do CPTA⁽²²⁾.

Assim, a introdução de segmento com as mencionadas alusões na alínea *b*) do n.º 1 do art. 311.º, n.º 1, alínea *b*) do CCP afigura-se nos tautológica.

Já no que respeita à revogação do n.º 2 do art. 311.º, esta parece-nos ter sido uma opção acertada. De facto, em face do disposto na alínea *c*) do art. 312.º, a antedita norma revelava-se redundante⁽²³⁾. Tendo sido conservada a qualificação da modificação unilateral do contrato como ato administrativo e eliminadas as iterações que constavam de dois preceitos distintos, a atual alínea *c*) do art. 312.º, que agora os congrega, é, de facto, mais clara.

Aqui chegados, e atentando uma vez mais ao teor do art. 311.º, releva ter presente que, não obstante poder emergir de diversas *fontes*, o poder de modificação do contrato não é absoluto; pelo contrário. Por um lado, o seu exercício apenas pode incidir sobre cláusulas relativas *ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato* [alínea *c*) do art. 302.º], por outro, ele tem de respeitar os limites constantes do art. 313.º⁽²⁴⁾.

Do que antecede resulta, pois, ao contrário do que uma leitura perfunctória dos arts. 311.º, n.º 1, alínea *c*) e 312.º, alínea *c*) poderia induzir, que o legislador *condicionou* o exercício do poder de modificação unilateral pela Administração, não podendo esta, ainda que motivada por razões

(21) Sobre o domínio de intervenção dos tribunais nos casos de discricionariedade *imprópria*, vide, a título de exemplo, Acórdãos do STA, Proc. n.º 0768/15, de 03.03.2016; do TCAS, Proc. n.º 2416/12.0BELSB, de 28.06.2018; e do TCAN, Proc. n.º 02138/07.4BEPRT, de 04.10.2017.

(22) Que, por sua vez, consubstancia um corolário do princípio da separação de poderes vertido no art. 3.º, n.º 1 do CPTA e no art. 111.º da CRP.

(23) Antes das alterações promovidas pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, o art. 311.º, n.º 2 dispunha: [o] *contrato pode ainda ser modificado por ato administrativo do contraente público quando o fundamento invocado sejam razões de interesse público*.

(24) Sendo certo que qualquer modificação do contrato deve cumprir os limites insitos no art. 313.º, fazemos nesta sede referência à modificação unilateral do contrato pelo facto de a mesma constituir o objeto do nosso estudo.

de interesse público, exercê-lo caso resultem alterações substanciais do objeto do contrato ou violações da concorrência.

Numa palavra: nem mesmo a asserção — aliás, pacificamente aceite — de que o interesse público consubstancia a pedra angular do Direito Administrativo permite fundamentar a existência de um *ius variandi* absoluto.

Há, porém, quem entre nós defenda que não existem “limites absolutos à admissão da introdução de modificações ou de prorrogações”, tudo dependendo de um exame, a efetuar discricionariamente pela Administração, do “ordenamento jurídico onde se cristaliza o interesse público e os restantes princípios que podem permitir essa alteração”⁽²⁵⁾.

Há também quem, em sentido diverso — partindo da famigerada dicotomia entre cláusulas de natureza contratual e cláusulas de natureza regulamentar há muito glosada na literatura jurídica para justificar as fronteiras que o exercício do poder discricionário da Administração Pública não pode transpor⁽²⁶⁾ —, entenda que o exercício do poder de modificação unilateral só “pode incidir sobre as cláusulas que determinam o conteúdo e o modo das prestações que o cocontratante se obrigou a realizar”, não podendo postergar as cláusulas “que não interferem com o modo de realização do interesse Público”⁽²⁷⁾.

Certo é, em qualquer caso, que a modificação do contrato confere ao cocontratante o direito à reposição do equilíbrio financeiro, nos termos do disposto no art. 282.º⁽²⁸⁾ [aplicável *ex vi* art. 314.º, n.º 1, alínea b)]. A solução prevista neste inciso legal constitui, assim, uma forma de compensar ou, pelo menos, mitigar os impactos da modificação na esfera jurídica do cocontratante.

(25) Cf. FREITAS, LOURENÇO VILHENA DE, *O poder de modificação unilateral dos contratos administrativos pela Administração*, AAFDL, Lisboa, 2007, p. 200, apesar de circunscrever o seu entendimento às hipóteses em que o contrato administrativo não foi antecedido de concurso público.

(26) MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA define cláusulas regulamentares, como “aquelas que, embora incluídas no contrato, respeitam à exploração e utilização dos bens, obras ou serviços públicos, disciplinando o modo como eles devem ser organizados e prestados aos seus utentes” e cláusulas contratuais, como aquelas “que definem os direitos e deveres recíprocos dos co-contratantes, mas que não interferem com o modo de realização do interesse público”, in *Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, 1980, p. 701.

(27) Cf. *idem*, *Sobre os pressupostos da modificação objetiva dos contratos administrativos*, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 4, AAFDL, 2019, p. 6. Em idêntico sentido, vide OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE, *Estabilidade e instabilidade no contrato administrativo: as vicissitudes contratuais imputáveis ao contraente público* (tese de doutoramento), Coimbra, 2016, p. 182.

(28) Sobre o racional subjacente à reposição do equilíbrio financeiro, embora com referência às empreitadas de obras públicas, vide, a título de exemplo, CAMPOS, DIOGO DUARTE; BRANDÃO, JOANA, *O Reequilíbrio Económico-Financeiro dos Contratos de Empreitadas Decorrentes da Maior Permanência em Obra*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.80 n.º 1-2 (Jan.-Jun. 2020), p. 96.

3. Da prorrogação enquanto ato administrativo modificador do contrato

Independentemente da sua *fonte*, a prorrogação da vigência do contrato configura de *jure condito*, conforme deixámos antever no capítulo introdutório deste escrito, um ato administrativo modificador do contrato^(29/30) praticado pelo contraente público no exercício da função administrativa do Estado (art. 311.º)⁽³¹⁾. Por esta razão, ela pode, à luz da disciplina consagrada no art. 311.º do CCP, emergir de diversas *fontes* (sendo a mais comum o acordo entre as partes).

Note-se que a equiparação da prorrogação a uma modificação objetiva do contrato é legalmente substanciada pelo próprio CCP, que, na única secção onde ela surge referenciada a despeito das empreitadas de obras públicas — Secção VI, sob a designação *Modificações objectivas* —, prevê a prorrogação do contrato quando haja lugar à realização de trabalhos complementares.

Sendo que no presente escrito cuidamos de analisar a prorrogação unilateral, uma derradeira nota deve ser feita para referir que, não obstante não se encontrar expressamente prevista no CCP, ela configura um ato administrativo — *impositivo* para o contraente privado — subsumível na alínea c) do n.º 1 do art. 311.º [bem como na alínea c) do art. 312.º]⁽³²⁾, *id. est.* uma modificação unilateral do contrato baseada em [r]azões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes, devendo a Administração, pretendendo dela lançar mão, respeitar os limites constantes do art. 313.º e fundamentar a sua decisão [alínea a) do n.º 1 do art. 152.º do CPA].

⁽²⁹⁾ Neste mesmo sentido, vide AMORIM, JOÃO PACHECO DE, *O princípio da temporalidade dos contratos públicos. Considerações sobre a duração máxima dos contratos e respetiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal*, in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. IV, Coimbra, 2013, p. 24-25.

⁽³⁰⁾ *Summo rigore*, numa modificação da cláusula que contém o prazo de vigência do contrato.

⁽³¹⁾ Como RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA bem assinala, estando em causa um contrato de concessão, para que a prorrogação possa operar na prática, necessário se torna não só proceder à alteração do Decreto-Lei, como do próprio contrato de concessão onde a prorrogação se achará inscrita, *ob. cit.*, pp. 157-162. Mas a circunstância de a prorrogação se dever inscrever em Decreto-Lei em nada altera a sua qualificação como ato administrativo; a prorrogação tratar-se-á, neste caso, de um “ato administrativo praticado sob a forma de lei”, vide ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *ob. cit.*, p. 715. Sufragando o entendimento de que a prorrogação inscrita em Decreto-Lei constitui inequivocamente um ato administrativo, vide, ainda, Acórdão do STA, Proc. n.º 0269/02, de 06.04.2006.

⁽³²⁾ Previsão esta que, por sua vez, encerra o núcleo de atos reconduzíveis ao conceito de modificação unilateral.

Assim, pese embora a prorrogação unilateral vincule o cocontratante, contra a sua vontade, à execução de trabalhos / serviços por um período temporal mais extenso do aquele que as partes haviam convencionado *ab initio* no contrato, o CCP prevê, cremos, ainda que não *expressis verbis*, que a Administração, enquanto “guardiã do interesse público”⁽³³⁾, possa prorrogar a vigência do contrato *a posteriori*⁽³⁴⁾ precisamente com o propósito de satisfazer necessidades de interesse público.

Feito este breve enquadramento, e assumindo que a prorrogação unilateral de um contrato administrativo pode, como julgamos, ser admissível, cabe agora aferir se o facto de o art. 282.º, n.º 1 dispor que [h]á lugar à reposição do equilíbrio financeiro apenas nos casos especialmente previstos na lei ou, a título excecional, no próprio contrato, significa que tal preceito não tem aplicação nos casos em que o contrato foi prorrogado de forma unilateral.

Decerto que não.

Com efeito, o 314.º, n.º 1 é perentório ao recortar o núcleo de situações suscetíveis de dar lugar à reposição do equilíbrio financeiro nos termos do disposto no art. 282.º. Ora, esse *núcleo* abrange a modificação do contrato por razões de interesse público nos termos do disposto na alínea c) do art. 312.º, que, por sua vez e como vimos já, constitui o fundamento legal da prorrogação unilateral e do qual esta não se cinde. Assim, a prorrogação unilateral, enquanto ato administrativo subsumível na alínea c) do art. 312.º, não bule com a expressão *casos especialmente previstos na lei*, antes se insere de pleno nela.

De resto, por imposição lógica, não seria minimamente defensável a ideia de que o contraente privado tem direito à reposição do equilíbrio financeiro nos casos em que a prorrogação se estriba em acordo, mas já não beneficia desse direito nas situações em que ela foi unilateralmente determinada.

⁽³³⁾ Cf. ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina, 1990, p. 126.

⁽³⁴⁾ Refira-se que, em virtude de constituir um ato administrativo, o cocontraente tem direito de audiência prévia antes da sua emissão, nos termos do disposto nos arts. 12.º e 121.º do CPA.

4. Potenciais argumentos inquinadores da admissibilidade da prorrogação unilateral

Não obstante o que se deixou dito, uma breve nota neste capítulo deve ser feita para referir que a (defesa da) admissibilidade da prorrogação unilateral da vigência do contrato não se afigura simples. Na verdade, vários são os argumentos, alguns porventura difusos, que podem ser utilizados como tentativa de a inquinar.

Intransponíveis? Depende.

Não temos, porém, hesitações em afirmar que aqueles que excluem a sua admissibilidade sem cuidar de ponderar o circunstancialismo fáctico que a espoleta incorrem em erro.

Nos capítulos posteriores procuraremos enunciar alguns dos argumentos que podem ser utilizados como tentativa de refutar a possibilidade de o contraente público prorrogar unilateralmente um contrato administrativo, bem como verter o essencial da nossa posição quanto a cada um deles.

Parece-nos, em suma, que esses argumentos são fundamentalmente os seguintes: (i) (potencial) violação do princípio da concorrência; (ii) (putativo) “dever” de inscrever a prorrogação no clausulado do contrato; (iii) eventual violação do direito de iniciativa económica privada; (iv) (putativa) não configuração da prorrogação unilateral como uma modificação respeitante ao conteúdo do contrato; e (v) previsão de prorrogação, no CCP, para situações específicas.

4.1. (Potencial) violação do princípio da concorrência

Um dos argumentos — porventura, o mais forte — que, com propriedade, pode(ria) ser chamado à colação para se negar a admissibilidade de prorrogação unilateral da vigência do contrato (bem como, aliás, a prorrogação por acordo das partes) consistiria em aduzir que, porque praticada à revelia de concurso público, ela viola, ou pelo menos belisca, o princípio da concorrência (e, bem assim, os princípios da igualdade de tratamento e da transparência).

Com efeito, “[a] submissão efetiva à concorrência de mercado ou a suscetibilidade dessa submissão por parte das prestações que integrem o objeto do contrato a celebrar, constitui a regra básica da delimitação do âmbito de aplicação objetiva do CCP”⁽³⁵⁾.

(35) Para um aprofundamento do tema da concorrência nos contratos públicos, vide RAIMUNDO,

Assim, tratando-se de um contrato com interesse concorrencial — traduzido no “potencial interesse ou à eventual aspiração, comum a vários operadores de mercado, em alcançar o benefício económico resultante de um contrato público”⁽³⁶⁾ —, impor-se-ia ao órgão administrativo que lançasse mão do necessário procedimento concursal, ao invés de alargar o prazo do contrato.

Note-se aliás que, no Acórdão ASM Brescia SpA/Comune di Rodengo Siano (Proc. C-347/06, de 17.7.2008), o Tribunal de Justiça considerou já que a prorrogação da vigência do contrato determina o protelamento da “adjudicação de uma nova concessão mediante procedimento de concurso público”, o que, entendeu o referido Tribunal, é suscetível de constituir uma “diferença de tratamento em detrimento das empresas que possam estar interessadas nessa concessão”.

E, entre nós, num dos mais recentes Acórdão sobre a matéria, o Tribunal de Contas aduziu, a coberto do disposto no art. 313.º, n.ºs 1 e 2 do CCP, que, consubstanciando a prorrogação do contrato uma sua modificação, ela não deve apenas obediência ao princípio da prossecução do interesse público, mas também “aos citados princípios constitucionais e legais da concorrência, igualdade e transparência, da não alteração de outras condições importantes desses contratos e da não alteração dos pressupostos que estiveram na base do procedimento competitivo através do qual foi feita a escolha da proposta adjudicada”⁽³⁷⁾.

Não ignoramos a pertinência destes argumentos que são, confessemo-lo, fortes⁽³⁸⁾.

Mas se não os ignoramos também não cremos que a prorrogação unilateral da vigência do contrato constitua *sempre e em qualquer caso* uma *limitação*, um *falseamento* ou uma *restrição* da concorrência. Desde logo porque, se determinada em observância dos limites elencados nas alíneas do art. 313.º, n.º 2 do CCP, é a própria lei que, *a contrario sensu*, determina que ela não contenderá com o princípio da concorrência⁽³⁹⁾. Por outro lado, o art. 313.º, n.º 3 contempla exceções à regra prevista no seu n.º 2.

MIGUEL ASSIS, *A Formação dos Contratos Públicos, Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, AAFDL, 2013.

⁽³⁶⁾ Cf. GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2021, pp. 228-229.

⁽³⁷⁾ Cf. Acórdão n.º 40/2019, Proc. n.º 2671/2019, 1.ª S/SS, de 15.10.2019.

⁽³⁸⁾ Vários foram aliás os acórdãos do TdC que, detendo-se na intransponibilidade do limite insito no 313.º, n.º 2, *in fine* do CCP, se pronunciaram já neste sentido. A título de exemplo, vejam-se: Acórdão n.º 40/2019, Proc. n.º 2671/2019, de 15.10.2019; Acórdão n.º 29/2013, Proc. n.º 1469/2013, 1.ª S/SS, de 18.11.2013; e Acórdão n.º 20/2010, Proc. n.º 108/2010, 1.ª S/SS, de 01.06.2010.

⁽³⁹⁾ De facto, é este o sentido que se extrai dos n.ºs 2 e 6 do art. 313.º.

Assim, não terão de observar os referidos limites as modificações do contrato (i) *de valor inferior aos limiares referidos nos n.ºs 2, 3 ou 4 do art. 474.º, consoante o caso, e inferior a 10/prct. ou, em contratos de empreitada de obras públicas, a 15 /prct. do preço contratual inicial;* nem, tão-pouco, as (ii) *[m]odificações que decorram de circunstâncias que uma entidade adjudicante diligente não pudesse ter previsto, desde que a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo as justifique, e desde que o seu valor não ultrapasse 50/prct. do preço contratual inicial.*

Depois, releva ter presente que há contratos que, fruto da sua natureza, não estão submetidos à concorrência do mercado: é o caso dos *contratos de porta-aberta* e dos contratos interadministrativos de natureza paritária (respetivamente, arts. 5.º e 338.º do CCP), pelo que a sua eventual prorrogação jamais comprometeria a salvaguarda do citado princípio.

Sem prejuízo do que se deixou dito, parece-nos que a interpretação rígida do art. 313.º, n.º 2⁽⁴⁰⁾ — em particular, e com relevo para a questão que ora nos ocupa, da sua alínea a)⁽⁴¹⁾ — tem o efeito de conduzir a uma contradição. Na verdade, se toda a atividade da Administração é, como os arts. 266.º, n.º 1 da CRP e 4.º do CPA assinalam, dirigida à prossecução do interesse público, mal se compreende que a modificação ditada por motivos de interesse público deva encontrar-se *sempre* subordinada ao princípio da concorrência. Não parece ser assim quando, à luz de um juízo de proporcionalidade, a modificação se afigure adequada e necessária para satisfazer necessidades de interesse público.

Pensamos, por isso, tendo por referência a hipótese de prorrogação unilateral, que a admissibilidade ou inadmissibilidade de introdução de uma modificação no contrato⁽⁴²⁾ unilateralmente promovida pelo contraente público está condicionada ao resultado entre a simultânea ponderação do circunstancialismo fáctico existente e a demonstração, pela Administração, de que a manutenção do vínculo contratual entre esta e o contraente privado por certo lapso de tempo é aquela — *rectius*, a única — que, quando comparada com a hipótese de lançamento de novo procedi-

⁽⁴⁰⁾ A alínea a) deste normativo vai ao encontro do que alguma doutrina já defendia antes da sua entrada em vigor — veja-se, por exemplo, a tese de LINO TORGAL a este respeito no sentido de considerar que a Administração pode “apresentar dados fiáveis e reveladores de que, no curto prazo, não são expectáveis ofertas com condições mais interessantes, do ponto de vista económico-financeiro, do que as que já constam do contrato de concessão”, *Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, 2011, p. 237.

⁽⁴¹⁾ A que nos referiremos, com mais detalhe, no capítulo posterior.

⁽⁴²⁾ Inclusive, portanto, da prorrogação unilateral.

mento concursal, permite prosseguir o interesse público⁽⁴³⁾, ainda que dela possa resultar um, não desejável é certo, impedimento ou restrição⁽⁴⁴⁾ à concorrência.

Note-se que este raciocínio, que não constitui novidade, vai ao encontro do já vertido pelo Tribunal de Contas no Acórdão n.º 29/2013, Proc. n.º 1469/2013, 1.ª S/SS, de 18.11.2013, onde se concluiu: “(...) a prorrogação da vigência dos contratos públicos deve ocorrer não como decorrência de um dever contratual, mas em razão de circunstâncias que, solidamente, aconselhem a ampliação do prazo de validade inscrito no título originário (...) desde que tal se revele bastante para se concluir que esta solução prossegue melhor o interesse público do que outra que passe pela abertura de um novo procedimento⁽⁴⁵⁾”.

4.1.1. Do (putativo) “dever” de inscrever a prorrogação no contrato

Em reforço da defesa do princípio da concorrência, poderia aduzir-se que, sendo possível incluir a prorrogação no clausulado do contrato (ou mesmo *a montante*, nas peças que suportam o procedimento concursal) — e, bem assim, determinar, com menor ou maior intensidade, as circunstâncias em que ela pode ocorrer —, então nenhuma justificação existiria para que, não tendo *diligenciado* pela sua inclusão *ab initio*, o contraente público se viesse fazer valer dela *a posteriori*⁽⁴⁶⁾.

Utilizamos nesta sede o termo *diligenciado* porquanto, em função da posição autoritária de que beneficia no processo de formação de um contrato administrativo, é consabido que o contraente público tem o poder de determinar grande parte do seu clausulado.

Assim sendo, nada em princípio obstará a que nele incluísse uma cláusula de prorrogação destinada a salvaguardar o interesse público. Con-

(43) Na verdade, em certos casos, o lançamento de novo procedimento concursal pode impedir que se assegure, em tempo, o interesse público.

(44) Utilizamos intencionalmente os vocábulos “impedimento” e “restrição”, porquanto qualquer opção da Administração que constitua um falseamento da concorrência não é, de todo em todo, admissível. De resto, com a utilização das palavras *impedir*, *restringir* e *falsear*, o art. 313.º, n.º 2 do CCP parece equiparar situações manifestamente distintas.

(45) Não obstante ter sido expressado a propósito da distinção entre prorrogação de cariz premial e prorrogação de cariz compensatório, o mesmo raciocínio releva no exame da (in)admissibilidade da prorrogação unilateral.

(46) Pronunciando-se pela obrigação de inclusão da prorrogação no clausulado do contrato, bem como nas peças do procedimento, *vide*, a título exemplificativo, o Acórdão do TdC n.º 5/2012, 1.ª Secção/SS, de 17.02.2012.

comitantemente, com arrimo neste argumento, a prorrogação unilateral não seria passível de se subsumir na alínea *c*) do n.º 1 do art. 311.º, sendo, afinal, um instituto exógeno ao Direito Administrativo. De resto, parece ter sido este o propósito do legislador com a primeira parte do art. 313.º, n.º 2, alínea *a*).

No entanto, reforçamos neste domínio que, bem ao invés da inovatória lógica *preclusiva* de exercício de poderes por parte do contraente público introduzida pelo art. 313.º, n.º 2, alínea *a*), em virtude de eventuais omissões em que a Administração possa incorrer, o Direito Administrativo assenta no primado do interesse público. Na verdade — e mesmo sendo insofismável que, quando comparada com a prorrogação unilateral, a prorrogação inscrita nas peças do procedimento concursal é a que *(i)* mais preserva a concorrência e *(ii)* mais protege a confiança dos concorrentes e do contraente privado —, não deixa de ser contraditório com o primado do interesse público que, pelo facto de não ter cuidado de incluir no contrato uma cláusula de prorrogação da sua vigência, a Administração, dispondo de razões de interesse público imperiosas, se veja num escolho, estando inviabilizada de fazer uso dos seus poderes de conformação contratual⁽⁴⁷⁾.

Acresce que a decisão de incluir, ou não, no contrato uma cláusula respeitante à prorrogação da sua vigência parece situar-se no domínio da margem de livre decisão do órgão administrativo, pelo que a sua sindicância externa — *maxime*, pelos Tribunais — sempre contendaria com o disposto no art. 71.º, n.º 2 do CPTA.

4.2. (Potencial) violação do direito de iniciativa económica privada

Outro argumento que poderia ser aduzido para se negar a admissibilidade da prorrogação unilateral desponta do teor literal da primeira parte do art. 302.º, alínea *c*). Com efeito, a sobredita norma possui uma restrição inicial no que concerne ao poder de modificação unilateral, desde logo quando refere que o mesmo somente pode ser exercido se *outra coisa não resultar da natureza do contrato ou da lei*.

Perguntar-se-á então: em que situações o exercício do poder de modificação unilateral pelo contraente público colide com a *natureza do contrato* e/ou com a *natureza da lei*?

⁽⁴⁷⁾ Basta aliás uma leitura cega do art. 266.º, n.º 1 da CRP para se constatar que toda a atividade da Administração é finalisticamente dirigida à prossecução do interesse público.

Vejam os.

Se quanto à *natureza do contrato* a resposta é incindível de um juízo casuístico, já no que respeita à (natureza da) lei é possível, ainda que de modo abstracto, avançar uma resposta. É que aparentemente a prorrogação unilateral, enquanto ato administrativo modificador do contrato, posterga o direito *fundamental* à iniciativa económica privada consagrado no art. 61.º, n.º 1 da CRP. De facto, este direito configura, antes de mais, um direito de “sem interferências externas, incluindo do Estado, produzir, comercializar e oferecer, de forma onerosa, sistemática e duradoura, bens e serviços, seleccionando, organizando e afetando a esse fim, livremente, os recursos considerados convenientes”⁽⁴⁸⁾, pelo que, ao prorrogar a vigência do contrato de forma unilateral, o contraente público estaria a violar a lei [para mais ainda, a Lei Fundamental^(49/50)]. Nesta medida (diriam porventura os mais acérrimos defensores daquele direito), o ato administrativo determinador da prorrogação, para além de formalmente inconstitucional, seria nulo porquanto ofenderia o *conteúdo essencial de um direito fundamental* [art. 161.º, n.º 2, alínea d) do CPA ⁽⁵¹⁾].

É verdade que a qualificação do direito de iniciativa económica privada como direito fundamental tem sido, a coberto do disposto no art. 17.º da CRP, pacífica no seio da literatura jurídica e da jurisprudência portuguesa: trata-se de um direito de natureza análoga aos direitos fundamentais⁽⁵²⁾. De resto, mesmo reconhecendo-se a sua inferioridade, em termos de valoração ético-jurídica, face aos direitos, liberdades e garantias constantes do título II da CRP, não são conhecidas teorias que o subtraíam desse reduto⁽⁵³⁾; e bem se

⁽⁴⁸⁾ Cf. MIRANDA, JORGE; MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, p. 1192.

⁽⁴⁹⁾ Ademais, o art. 266.º, n.º 1 da CRP é perentório ao prescrever que a Administração deve respeitar os *direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos*.

⁽⁵⁰⁾ Poderia outrossim dar-se o caso de se argumentar que, estando em causa um contrato de concessão, o órgão administrativo não se acharia autorizado a inscrever a prorrogação no Decreto-lei que lhe subjaz (não podendo, consequentemente, restringir o direito fundamental de livre iniciativa económica privada do concessionário), por força do disposto no art. 165.º, n.º 1, alínea b) da CRP. Somos, porém, de parecer que, na ausência de referência *análoga a direitos de natureza análoga* (conforme a que consta do art. 17.º da CRP), o art. 165.º, n.º 1, alínea b) somente abrange direitos, liberdades e garantias *tout court*.

⁽⁵¹⁾ Apesar de o regime jus-administrativo sancionar, em regra, a invalidade dos atos administrativos com a anulação, o ferimento do “conteúdo essencial de um direito fundamental”, correspondendo a uma “ofensa chocante e grave de um princípio estruturante do Estado de Direito”, é sancionado com a nulidade, e.g., Acórdão do TCAN, Proc. n.º 00014/16.9BEPRT, de 17.11.2017.

⁽⁵²⁾ Neste sentido, *vide*, por exemplo, Acórdão do TC n.º 545/2015, Proc. n.º 1341/13, de 28.10.2015.

⁽⁵³⁾ E mesmo que dúvidas existissem a este respeito, sempre elas seriam dissipadas pelo dis-

compreende porquê: é que, ao menos numa certa dimensão, ele constitui a expressão de princípios, de suma densidade axiológica, inerentes a qualquer Estado de Direito democrático (leia-se, a dignidade da pessoa humana e a liberdade).

Mas apesar de não existirem dúvidas acerca da sua qualificação como um direito fundamental *económico*, o direito de iniciativa económica privada não configura um direito absoluto. É, ao invés, um direito que admite limitações. Por esta razão, o *punctum crucis* para que se possa concluir pela (in)admissibilidade da prorrogação unilateral passa por aquilatar da (in)existência de violação do disposto no art. 18.º, n.º 2 da CRP e consequente (in)constitucionalidade material. Dito de modo diverso: é necessário apurar se a imposição da manutenção do vínculo contratual ao contraente privado para lá do período inicialmente convencionado passa, ou não, no crivo do — sempre exigente — princípio da proporcionalidade^(54/55/56).

Ora, sendo inquestionável que a *ratio legis* subjacente ao regime substantivo dos contratos administrativos assenta no primado do interesse público (art. 266.º, n.º 1 da CRP e 4.º do CPA), e tendo em conta que a alínea *c*) do art. 312.º estabelece como fundamentos para o exercício do poder de modificação unilateral [r]ações de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes, seria paradoxal que, uma vez respeitados os ditames de proporcionalidade⁽⁵⁷⁾, o interesse público não houvesse de preva-

posto no art. 16.º, n.º 1 da CRP. Com efeito, é consabido que o direito de iniciativa económica privada constitui corolário do direito fundamental — de matriz mais ampla — à propriedade privada, o qual se encontra consagrado no art. 17.º da DUDH.

⁽⁵⁴⁾ Em harmonia, de resto, com o preceituado no art. 7.º do CPA.

⁽⁵⁵⁾ Neste exato sentido, J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA sustentam, com pertinência, que “sendo a regra a liberdade de iniciativa («exerce-se livremente», diz o n.º 1), as limitações ou restrições terão de ser justificadas à luz do princípio da proporcionalidade e sempre com respeito de um «núcleo essencial» que a lei não pode aniquilar (art. 18.º), de acordo aliás com a «garantia constitucional» de um sector económico privado”, in *Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1.º a 107.º*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, p. 790.

⁽⁵⁶⁾ Serão, a nosso ver, aspetos de grande relevância a ter em conta no exame da (des)proporcionalidade do ato administrativo determinador da prorrogação: (i) o período pelo qual o contrato é prorrogado e (ii) o modo como o contrato será reequilibrado (art. 282.º do CCP).

⁽⁵⁷⁾ Note-se, contudo, que o conteúdo material do princípio da proporcionalidade não é exíguo, pelo que não se deverá concluir que esta constitui uma afirmação de somenos. Na verdade, tal princípio reveste enorme densidade, encerrando três colorários: (i) adequação “(as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos)”; (ii) exigibilidade “(essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato)”; e, bem assim, (iii) propor-

lecer sobre o direito de iniciativa económica privada. Ademais, e segundo a letra do próprio art. 61.º, n.º 1 da CRP, a liberdade de iniciativa económica privada encontra-se *expressis verbis* subordinada à prossecução do *interesse geral*. Quer isto significar que, além da “dupla garantia constitucional do acesso e do exercício da atividade, a liberdade profissional e a liberdade de empresa apresentam, ainda, outro denominador comum, aliás presente também na propriedade”: em ambos os casos este inciso constitucional determina que a liberdade de profissão e de empresa “está sujeit[a] aos limites ou restrições legais impostos pelo interesse geral ou colectivo”⁽⁵⁸⁾, corporizando, assim, uma verdadeira auto-limitação.

Em desfavor do que se deixou dito poderia, contudo, afirmar-se que o art. 18.º, n.º 2 da CRP não se aplica, nem mesmo mediatamente, aos atos administrativos porquanto estes últimos não revestem natureza de lei.

Não cremos, todavia, que este argumento possa colher.

De facto, existem atos administrativos — inclusive, com incidência em contratos administrativos — praticados sob a forma de lei; é o que sucede com as modificações dos contratos de concessão, que estão sujeitas a um procedimento bifásico: para além do próprio contrato, é necessário alterar o Decreto-Lei que lhe subjaz.

A outro título, e a nosso ver o mais importante, parece-nos que a circunstância de estar em causa o confronto entre direitos e interesses de suma relevância (*rectius*, direitos fundamentais vs. interesse público) constitui motivo bastante para fazer operar, de forma *direta e imediata*, o art. 18.º, n.º 2 da CRP, impondo-se, portanto, não só ao legislador ordinário como à Administração o respeito por aquele inciso.

É aliás ao arrepio do art. 18.º, n.º 2 da CRP que o art. 7.º do CPA, reforçando aqueloutro preceito em sede jus-administrativa, postula que os comportamentos dos órgãos administrativos devem ser adequados à prossecução do interesse público (art. 7.º, n.º 1) e que não podem coartar desproporcionalmente os “direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares” [art. 7.º, n.º 2 *a contrario*, este

cionalidade *strictu sensu* “(não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos)” — vide Acórdão do TC n.º 632/2008, Proc. n.º 977/2008, de 23.12.2008. Também sobre o conteúdo do princípio da proporcionalidade, vide AMARAL, DIOGO, FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., pp. 112-116, onde o autor define lapidariamente o princípio “segundo o qual a limitação de bens ou interesses privados por atos dos poderes públicos deve ser adequada e necessária aos fins concretos que tais atos prosseguem, bem como tolerável quando confrontada com aqueles fins”.

⁽⁵⁸⁾ Cf. MIRANDA, JORGE; MEDEIROS, RUI, ob. cit., p. 1192.

último evidenciando a necessidade e a proporcionalidade *strictu sensu* enquanto corolários do princípio da proporcionalidade “a partir de uma perspectiva estrita de afectação das posições jurídicas dos particulares”⁽⁵⁹⁾].

Não se pense, contudo, que o reconhecimento da existência de limitações à livre iniciativa económica privada equivale a exercício de menorização deste direito. Bem pelo contrário. Na verdade, nenhum direito — nem mesmo os fundamentais — é absoluto⁽⁶⁰⁾. Depois, a consciência da existência de limitações a um direito (desde que justificáveis em sede de proporcionalidade) permite ao mesmo tempo descartar todos os eventos suscetíveis de os lesar sem fundamento.

Mas concluindo-se, mediante um juízo casuístico, que a prorrogação unilateral da vigência de um contrato administrativo, porque violadora em alguma medida do princípio da proporcionalidade constante do art. 18.º, n.º 2 do CRP, bule com o direito fundamental de iniciativa económica privada, cabe então perguntar com que desvalor jurídico deve o Direito Administrativo sancioná-la. Isto é, será que a circunstância de o ato administrativo determinador da prorrogação restringir aquele direito de forma desproporcional bastará para automaticamente se distrair que ele é nulo ao abrigo do disposto no art. 161.º, n.º 2, alínea *d*) do CPA? Ou será, pelo contrário, que ele se deve reconduzir ao regime regra da anulabilidade (art. 163.º do CPA)?

Como facilmente se antolhe, parte da resposta achar-se-á na *tradução* da expressão equívoca *conteúdo essencial de um direito*, constante do art. 161.º, n.º 2, alínea *d*) do CPA.

Mas uma nota prévia é também importante: como bem notou já o STA, nem toda a inconstitucionalidade material de um ato administrativo por violação de um direito fundamental é suscetível de ferir o seu conteúdo essencial⁽⁶¹⁾. Por outras palavras: haverá situações em que um direito fundamental pode ser violado sem que o seu conteúdo essencial o seja.

Posto isto, cumpre, agora sim, procurar descodificar a expressão *conteúdo essencial*.

⁽⁵⁹⁾ Cf. RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, *Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular*, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, Vol. I, AAFDL, 3.ª ed., 2016, p. 253.

⁽⁶⁰⁾ Cf. ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra, 2001, p. 275.

⁽⁶¹⁾ Cf. Acórdão do STA, Proc. n.º 01846/17.6BEPRT, de 09.01.2020. Em idêntico sentido, vide Acórdão do TCAN, Proc. n.º 00765/18.3BEBRG, de 15.03.2019.

A resposta poderia achar-se porventura inscrita na Constituição. Mas não é assim⁽⁶²⁾.

Cabe, por isso, destacar aquele que tem sido o entendimento predominante da jurisprudência sobre esta matéria e que vai no sentido de considerar que o *conteúdo essencial dos direitos fundamentais* corresponde, no essencial, ao seu “núcleo duro”⁽⁶³⁾, i.e., aquele reduto que em caso algum pode ser abalado; na sugestiva formulação do STA, trata-se de um “mínimo intocável”⁽⁶⁴⁾, sem o qual o direito fundamental deixaria de existir.

Ora, no exame deste “mínimo intocável”, nem sempre evidente, julgamos revelar-se indispensável o recurso ao princípio da proporcionalidade constitucional, como barómetro referenciador, por dois motivos: (i) onde não haja violação do princípio da proporcionalidade, não há violação do conteúdo essencial de um direito fundamental, e (ii) quanto maior for a restrição imposta a um direito fundamental, maior é a probabilidade de o seu conteúdo essencial resultar ferido.

Detendo-nos novamente no direito de iniciativa económica privada, recorde-se que este direito consagra duas dimensões: (i) a liberdade profissional e (ii) a liberdade de empresa, sendo que ambas, por sua vez, encerram, como vimos já, a vertente do livre exercício da atividade económica. Assim sendo, não se pode olvidar que este livre exercício da atividade económica compreende outrossim a liberdade de o contraente privado celebrar um contrato público e, com isso, aceitar a desigualdade inerente à relação contratual administrativa que lhe subjaz (*maxime*, aceitar que a Administração pode, ao abrigo dos seus poderes de conformação contratual, introduzir modificações no contrato).

Situação em que a prorrogação unilateral de um contrato administrativo viola o direito de iniciativa económica privada (mas não necessariamente o seu conteúdo essencial) não é, contudo, difícil de hipotizar: é o caso de a prorrogação não ser necessária para prover a necessidades de *interesse geral*.

De igual sorte, hipótese em que a prorrogação ofende o conteúdo essencial do direito de livre iniciativa económica privada também não é difícil de conjeturar: é o que sucederá se o objeto do contrato for de tal forma extenso que exija do contraente privado a alocação da totalidade, ou da maior parte, da sua capacidade produtiva, e tal contrato seja prorrogado

(62) De resto, o facto de tal expressão ter sido inspirada no art. 18.º, n.º 3, *in fine* da CRP (*conteúdo essencial dos preceitos constitucionais*), somente adensa as dúvidas.

(63) Cf. Acórdão do STA, Proc. n.º 046262, de 10.03.2010.

(64) Vide o mesmo Acórdão do STA, Proc. n.º 046262, de 10.03.2010.

por período manifestamente superior ao necessário para a conclusão dos trabalhos/serviços abrangidos nesse objeto⁽⁶⁵⁾.

4.3. Não configuração da prorrogação unilateral como uma modificação do conteúdo do contrato

Visando limitar o exercício de poderes pela Administração, a alínea c) do art. 302.º dispõe que a modificação unilateral somente pode incidir sobre *cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público, com os limites previstos no presente Código*.

Assim, uma (outra) tentativa de inquirar a admissibilidade da prorrogação unilateral da vigência do contrato passaria, com base numa interpretação restritiva do referido inciso, por afirmar que ela não constitui uma modificação respeitante ao conteúdo do contrato⁽⁶⁶⁾, pelo que jamais pode ser admitida.

Discordamos, contudo, que assim seja.

Parece-nos que a expressão *cláusulas respeitantes ao conteúdo* do contrato deve ser interpretada de uma forma *flexível*.

É que, como já referiram MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, o Direito Administrativo é pautado por “uma margem de abertura das normas legais em favor da administração para que ela possa adaptar o sentido normativo aos casos concretos imprevisíveis pelo legislador e às evoluções”⁽⁶⁷⁾.

Deste modo, é possível englobar na sobredita expressão “as diversas condições ou termos convencionados para as prestações, de modificação muito mais frequente, de resto, que o seu conteúdo”⁽⁶⁸⁾.

À guisa do que se deixou exposto, parece-nos, pois, que o prazo de vigência de um contrato administrativo constitui uma condição convencionada entre as partes, pelo que a exclusão da prorrogação unilateral a título preliminar, filiada no argumento de que aqui se cura, seria errática.

⁽⁶⁵⁾ Outra situação em que a prorrogação feriria o conteúdo essencial do direito de livre iniciativa económica privada seria a de, na hipótese de escola, ela ser determinada *ad eternum* ou indefinidamente.

⁽⁶⁶⁾ E não já quanto ao modo de execução das prestações, onde é manifesto que, nem mesmo por via de uma interpretação extensiva, a prorrogação unilateral se não enquadra.

⁽⁶⁷⁾ *In Direito Administrativo Geral (Introdução e princípios fundamentais)*, Tomo I, 3.ª ed., Almedina, 2010, p. 184.

⁽⁶⁸⁾ Cf. OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE; GONÇALVES, PEDRO COSTA; AMORIM, JOÃO PACHECO DE, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.ª ed. (7.ª reimpressão da edição de 1997), Almedina, 2007, p. 825.

4.4. Previsão de prorrogação, no CCP, para situações específicas

Um outro argumento (de índole literal) que pode(ria) ser invocado como tentativa de se obstar à admissibilidade da prorrogação unilateral da vigência de um contrato administrativo consistiria em aduzir que se o legislador previu *expressis verbis* no CCP as situações em que a prorrogação é admissível [arts. 373.º, n.º 1, alínea a), 374.º e 454.º, n.º 6, respetivamente], então foi porque pretendeu impedir que o contraente público pudesse prorrogar a vigência do contrato fora desse âmbito.

De entre os argumentos que aqui cuidámos de enunciar, este parece-nos o mais parco. Com efeito, é consabido que o legislador nem sempre consegue prever todas as situações que podem vir a ocorrer no universo fáctico (nem sequer é recomendável que o tente fazer), havendo situações em que se impõe, na linha do que já se deixou dito, “uma margem de abertura das normas legais em favor da administração para que ela possa adaptar o sentido normativo aos casos concretos imprevisíveis pelo legislador e às evoluções”⁽⁶⁹⁾.

Ora, a recondução da figura da prorrogação unilateral da vigência do contrato administrativo ao instituto da modificação unilateral consubstancia um exemplo paradigmático de extensão do escopo de preceitos legais em benefício da Administração [*in casu*, da alínea c) do art. 312.º, aplicável *ex vi* artigo e da alínea c) do n.º 1 do art. 311.º].

Por este motivo, mesmo que se considerasse que a letra dos sobreditos preceitos não é *crystalina* no que concerne à previsão da possibilidade de o contraente público prorrogar unilateralmente a vigência de um contrato administrativo, sempre se justificaria concluir, consentaneamente com a hermenêutica jurídica (art. 9.º do CC), que a prorrogação unilateral se encontra — ao menos de forma implícita — abrangida na sua letra.

5. Sinopse conclusiva

Ao invés do regime dos contratos privados, o regime jurídico dos contratos administrativos assenta no primado do interesse público. Neste sentido, a relação contratual administrativa não é igualitária, podendo o

⁽⁶⁹⁾ Cf. SOUSA, MARCELO REBELO DE; MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, *Direito Administrativo Geral (Introdução e princípios fundamentais)*, Tomo I, *ob. cit.*, p. 184.

contraente público modificar o contrato, mesmo que contra a vontade do cocontratante.

A modificação unilateral do contrato tem, todavia, o seu campo de aplicação delimitado. O art. 313.º, n.º 2 do CCP impede que a *modificação fundada em razões de interesse público* possa ter lugar quando colidir com o princípio da concorrência. Por outro lado, quando realizada, confere ao concessionário o direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, nos termos do disposto no art. 282.º [art. 314.º, n.º 1, alínea *b*)].

Enquadrando-se no domínio dos poderes de conformação do contraente público, a prorrogação unilateral da vigência do contrato constitui um ato administrativo subsumível nos arts. 311.º, n.º 1, alínea *c*) e 312.º, alínea *c*), estando sujeita, *mutatis mutandis*, ao regime que o CCP encerra para a modificação unilateral.

Não obstante, e apesar da variedade de argumentos que podem ser esgrimidos em abstrato como tentativa de inquinar a sua admissibilidade em concreto, a aferição da validade da prorrogação unilateral exige sempre uma ponderação do circunstancialismo fáctico existente e da sua necessidade.

Errático parece-nos, por isso, julgá-la inadmissível em todo e qualquer caso.

6. Abreviaturas

CCP	Código dos Contratos Públicos
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
CC	Código Civil
TC	Tribunal Constitucional
TdC	Tribunal de Contas
TCAN	Tribunal Central Administrativo Norte
TCAS	Tribunal Central Administrativo Sul
STA	Supremo Tribunal Administrativo

7. Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 545/2015, Proc. n.º 1341/13, de 28.10.2015;

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 632/2008, Proc. n.º 977/2008, de 23.12.2008;

Acórdão do Tribunal de Contas n.º 29/2013, 1.ª S/SS, Proc. n.º 1469/2013, de 18.11.2013;

Acórdão do Tribunal de Contas n.º 40/2019, Proc. n.º 2671/2019, de 15.10.2019;
 Acórdão do Tribunal de Contas n.º 29/2013, Proc. n.º 1469/2013, 1.ª S/SS, de 18.11.2013;
 Acórdão do Tribunal de Contas n.º 20/2010, Proc. n.º 108/2010, 1.ª S/SS, de 01.06.2010.
 Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, Proc. n.º 2416/12.0BELSB, de 28.06.2018;
 Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, Proc. n.º 02138/07.4BEPRT, de 04.10.2017;
 Acórdão do Tribunal Administrativo Norte, Proc. n.º 00014/16.9BEPRT, de 17.11.2017;
 Acórdão do Tribunal Administrativo Norte, Proc. n.º 00765/18.3BEBRG, de 15.03.2019;
 Acórdão do Tribunal de Justiça, Proc. C-347/06, de 17.7.2008 (ASM Brescia SpA/Comune di Rodengo Siano);
 Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, Proc. n.º 0269/02, de 06.04.2006.

8. Referências bibliográficas

- LEITÃO, ALEXANDRA, *O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais* (<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contra_tuais-2.pdf>).
- MARTINS, ANA GOUVEIA, *A Modificação e os Trabalhos a Mais nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra, 2010.
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 4.ª ed., Almedina, 2020.
- CANOTILHO, JOSÉ GOMES; MOREIRA, VITAL, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1.º a 107.º*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007.
- SILVA, JORGE ANDRADE DA, *Código dos Contratos Públicos Anotado e Comentado*, 8.ª ed., Almedina, 2019.
- AMORIM, JOÃO PACHECO DE, *O princípio da temporalidade dos contratos públicos. Considerações sobre a duração máxima dos contratos e respetiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal*, in, *Estudos de Contratação Pública*, Pedro Costa Gonçalves (org.), Vol. IV, Coimbra, 2013.
- MIRANDA, JORGE; MEDEIROS, RUI, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2010.
- LOPES, LICÍNIO, *Alguns Aspectos do Contrato de Empreitada de Obras Públicas no Código dos Contratos Públicos II: Em especial, a Reposição do Equilíbrio Económico-financeiro do Contrato e a Determinação dos Danos*, in *Estudos de Contratação Pública — III*, Coimbra, 2010.
- FREITAS, LOURENÇO VILHENA DE, *O poder de modificação unilateral dos contratos administrativos pela Administração*, AAFDL, Lisboa, 2007.
- SOUSA, MARCELO REBELO DE; MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, *Direito Administrativo Geral (Introdução e princípios fundamentais)*, Tomo I, 2.ª ed., Almedina, 2010.

- SOUSA, MARCELO REBELO DE; MATOS, ANDRÉ SALGADO DE, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.^a ed., Lisboa, 2010.
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Contratos Administrativos e Regime da sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. II, Coimbra, 2010.
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Sobre os pressupostos da modificação objetiva dos contratos administrativos*, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 4, AAFDL, 2019.
- OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE, *Sobre o regime de modificação objetiva dos contratos administrativos*, in *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, 2019.
- OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE, *Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, 1980.
- OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE; GONÇALVES, PEDRO COSTA; AMORIM, JOÃO PACHECO DE, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.^a ed. (7.^a reimpressão da edição de 1997), Almedina, 2007.
- RAIMUNDO, MIGUEL ASSIS, *A Formação dos Contratos Públicos, Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, AAFDL, 2013.
- GONÇALVES, PEDRO COSTA, *Direito dos Contratos Públicos*, 1.^a ed., Almedina, 2015.
- OLIVEIRA RODRIGO ESTEVES DE, *Estabilidade e instabilidade no contrato administrativo: as vicissitudes contratuais imputáveis ao contraente público* (tese de doutoramento), Coimbra, 2016.