

Oral Direito Administrativo III

“Contratos públicos e pandemia: a alteração das circunstâncias”

2020/2021



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Regente: Prof. Doutora Maria João Estorninho

Júri: Prof. Doutora Maria João Estorninho/Mestre Cecília Anacoreta Correia

Aluno: Francisco Azevedo Menezes, nº60871

Introdução

O cenário da pandemia causado pela Covid-19 tem sido um fenómeno de extensa e intensa perturbação económica e social. Esta perturbação, em matéria de contratos, fez emergir inevitáveis dúvidas e receios pela incontornável agitação do programa contratual.

Esta conjuntura levou a diversos cenários, tais como a impossibilidade temporária ou definitiva, parcial ou integral de cumprimento das prestações contratuais, a necessidade de modificação do contrato, a maior onerosidade de certas prestações contratuais ou, ainda, a maior onerosidade de certas prestações contratuais ou, ainda, distintas perspetivas entre as partes sobre as responsabilidades decorrentes de um evento externo e inesperado que colheu totalmente desprevenidos os contraentes.

Felizmente, vários dos desafios não são inovadores para a Ciência Jurídica. São múltiplos os contributos doutrinários e jurisprudenciais que podemos resgatar.

Contudo, este auxílio doutrinário e jurisprudencial não se apresenta como uma vacina miraculosa pois o instituto da alteração das circunstâncias é dos mais complexos da Ciência Jurídica, onde abundam dúvidas e faltam certezas.

Desde o início do semestre que este tema me despertou curiosidade, pois creio que este instituto sofrerá uma hipertrofia aplicativa ao longo dos próximos meses/anos, no rescaldo dos efeitos da pandemia.

Esta investigação não se pretende completa, taxativa. Numa área desta complexidade torna-se inevitável que fiquem aspetos por referir, problemas por dissecar e arestas por limar.

No meu estudo procurei e tentei concretizar a essência da alteração das circunstâncias e os seus requisitos basilares, principiando pela concetualização do instituto e distinguindo-o depois de figuras afins que com ele convivem para a solução de problemas próximos e globalmente enquadrados no drama da perturbação do programa contratual.

Nesta minha abordagem optei por fazer uma divisão em dois grandes capítulos, usando uma fronteira cronológica: i) contratos públicos celebrados antes da pandemia; ii) contratos públicos celebrados após a instalação da pandemia.

Ou seja, vamos analisar os contratos cuja celebração é prévia à pandemia e nos quais este fenómeno pode efetivamente ser perspetivado como um fenómeno imprevisível para qualquer uma das partes.

Depois dissecarei o problema dos contratos celebrados após a pandemia mas que possam vir a ser perturbados por esta. Neste capítulo a pandemia é encarada como um fatídico “novo normal”, mas que ainda assim é um fenómeno capaz de gerar perturbações no programa contratual.

Índice

Introdução	2
§ 1. Contratos celebrados antes da pandemia	4
§1.1. Caracterização do instituto em termos gerais	4
§1.2. Enquadramento da alteração das circunstâncias no Direito Administrativo	5
§2.º Pressupostos da alteração das circunstâncias	7
§3.º Recurso à figura dos “casos”	7
§3.1. Caso de Força Maior	8
§3.2. Caso imprevisto	9
§4.º Regime jurídico dos casos	9
§5.º Alteração das circunstâncias vs. Reposição do equilíbrio financeiro	12
§5.1. Poder de modificação unilateral	13
§5.2. Facto do príncipe	13
§5.3. Conclusão: na prática é complicado	15
§6. Consequências típicas da alteração das circunstâncias	17
§6.1. Direito à suspensão do contrato	18
§6.2. Direito à modificação do contrato	19
§6.3. Direito à compensação financeira fixada segundo critérios de equidade	20
§6.4. Direito à resolução do contrato	20
§6.5. Limites à alteração das circunstâncias	21
§6.6. O especial dever de colaboração entre as partes num cenário de alteração das circunstâncias	21
§7.º Contratos celebrados após a pandemia	22
§7.1. As partes celebram um contrato em plena pandemia e nada convencionaram no contrato a seu propósito	23
§7.2. As partes resolvem estipular cláusulas contratuais para resolver problemas criados pela pandemia	24

§ 1. Contratos celebrados antes da pandemia

§1.1. Caracterização do instituto em termos gerais

O instituto da alteração das circunstâncias é um instituto de caráter geral, que não é terreno exclusivo do Direito Civil ou de qualquer outra zona especial do Direito.

No Direito português, o problema da alteração das circunstâncias ficou cristalizado no art.437.º/1 CC, que é um preceito repleto de conceitos indeterminados, com grande ênfase para a boa fé.

Acolhemos aqui a definição do Prof. Menezes Cordeiro¹, que sintetiza bem o que é a alteração das circunstâncias:

«A locução alteração das circunstâncias exprime, na linguagem jurídica portuguesa atual, o instituto vocacionado para intervir quando se modificarem, de modo significativo, os condicionalismos que rodearam a celebração de determinado contrato. Em princípio, o instituto em causa permitirá responder à questão da manutenção, da cessação ou da adaptação do contrato atingido, e à medida em que isso poderá suceder.»

Em termos genéricos pode dizer-se que a alteração das circunstâncias procura dar resposta, para além daqueles casos em que a prestação se torna impossível, aos casos de onerosidade superveniente da prestação, ou seja, quando uma prestação contratual se torna excessivamente onerosa num sentido tal, que a sua realização imporia sacrifícios desmesurados e irrazoáveis, gravemente ofensivos da boa fé, a uma das partes do contrato. Repare-se que nesta segunda hipótese não há uma impossibilidade absoluta, mas antes uma execução muito difícil, cuja onerosidade excecional justifica a intervenção deste instituto.

Em tom de nota preparatória, gostaria de ressaltar que o regime substantivo do contrato administrativo, descontando as respetivas especialidades, e muito especificamente em matéria de execução do contrato, recebe enormes e decisivos subsídios da lei civil.

Se o CCP se distancia da contratação privada na procedimentalização pré-adjudicatória, as soluções do regime substantivo serão mais próximas das que constam do CC, dele colhendo significativa configuração e parametrização².

¹ Cfr. Prof. **A. Menezes Cordeiro**, *Subsídios para a dogmática administrativa*, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro, Cadernos “o Direito”, Almedina, Coimbra, 2007, p. 51

² Neste sentido, **P. Costa Gonçalves**, *Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo*, in Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 571 e ss em que explica que “*Como tem sido enfatizado pela doutrina, apesar da conexão muito*

Isto significa que a nossa análise deve atentar o regime comum do contrato e não se isolar no Direito Administrativo.

§1.2. Enquadramento da alteração das circunstâncias no Direito Administrativo

Em termos históricos, a primeira decisão jurisprudencial que, podemos dizê-lo, aceita este instituto, é um acórdão do “*Conseil D’État*”, de 30 de março de 1916. É a primeira decisão que consagra a teoria da imprevisão e tratava do problema do aumento do preço do carvão, no âmbito de um contrato de concessão, o que fazia perigar a sobrevivência de uma concessionária de gás e eletricidade de Bordéus. O tribunal chega à conclusão que a subsistência da concessionária interessa ao interesse público (passo o pleonasma) e que, por isso, devia haver partilha de prejuízos.

Como fica desde já visível, a alteração das circunstâncias é um instituto especificamente apropriado para fazer face a situações de extrema dificuldade.

No direito português, o DL nº48871, de 19 de fevereiro de 1969 (regime do contrato de empreitada de obras públicas) previa no seu art.173.º, sob a epígrafe “revisão por alteração das circunstâncias” a atualização dos preços em função do aumento dos encargos da empreitada. Esta previsão tinha a vantagem de conferir uma maior segurança jurídica na contratação pública, pois conferia a todo o intérprete e aplicador de Direito um ponto de partida claro e igual para todos.

Atualmente e ao contrário do que sucede no Código Civil, o CCP não autonomiza a figura da alteração das circunstâncias mas prevê-a especificamente nos arts.312.º e 314.º/2 CCP.

Algumas vozes defendem³ inclusive que esta previsão legal nem seria necessária, pois a alteração das circunstâncias radica na cláusula “*rebus sic standibus*” (A cláusula “permanecendo as coisas como estão” ou “enquanto as coisas estão assim”) pois esta é classificada como um princípio geral de direito, estando a Administração a ela vinculada por força do art.266.º CRP.

Os dois princípios fundamentais que sustentam o instituto da alteração das circunstâncias no Direito Administrativo são o princípio da boa fé (incluindo a justiça e a equidade) e o princípio do equilíbrio financeiro do contrato⁴.

estreita ao direito civil, o contrato, a instituição contratual, assume, no cosmos jurídico, um significado e uma extensão universais, podendo considerar-se pois uma “categoria do direito”, do direito privado e do direito público (...) afigura-se indiscutível que a disciplina historicamente consolidada da instituição contratual se encontra no direito e na lei civil e há-de ser, portanto, nesta – chamemos-lhe lei comum – que se vai fundar um “regime jurídico geral do contrato”.

³ Cfr. **Sérvulo Correia, Lino Torgal e Pedro Fernández Sánchez**, *Alteração de circunstâncias e modificação de propostas em procedimentos de contratação pública*, in Estudos de Contratação Pública – III, Cedipre, Coimbra Editora, Coimbra: 2010, p. 171

⁴ Para **Mário Esteves de Oliveira**, *Manual de Direito Administrativo*, Almedina, 1980, p. 706: “A teoria do equilíbrio financeiro parte, portanto, da ideia de que, tendo as partes

Quanto à boa fé, da mesma resulta o imperativo de proteção de confiança das partes que contrataram numa base negocial que, se abruptamente desfigurada por fatores externos e imprevisíveis, fará emergir na esfera da parte lesada a tutela primária da confiança que esta investiu aquando da celebração do contrato e do quadro de previsível estabilidade das circunstâncias do respetivo cumprimento.

Por outro lado, a alteração das circunstâncias é também sustentada numa lógica de equilíbrio financeiro do contrato. De acordo com o Prof. Marcello Caetano⁵:

“O contrato assenta, pois, numa determinada equação financeira (o valor em dinheiro dos encargos assumidos por um dos contraentes deve equivaler ao das vantagens prometidas pelo outro), e as relações têm de desenvolver-se na base do equilíbrio estabelecido no ato de estipulação”.

- Está assim em causa a justiça comutativa e a rutura deste equilíbrio justifica uma intervenção do Direito pois: *“se o contrato tiver que ser executado em conjuntura económica que subverta o equilíbrio financeiro estabelecido e não tivesse podido ser prevista no momento da celebração, a Administração deve partilhar os prejuízos verificados ou rever o contrato e modo a restabelecer a base da justiça comutativa, essencial ao reconhecimento legal da respetiva validade”.*

A alteração das circunstâncias surge assim como um instituto especialmente adequado para restaurar (ainda que parcialmente) a equação económico-financeira do contrato.

Esta reposição será meramente parcial pois, como já se aludiu, a consequência tradicional será a da partilha de prejuízos entre a Administração e o contraente privado. Não há, em princípio, uma compensação integral do que o contraente privado iria obter em condições normais com a sua prestação contratual. Este tipo de consequência financeira estará reservado, como veremos adiante, para as situações em que a alteração das circunstâncias seja imputável ao contraente público.

A distinção entre a alteração das circunstâncias e outras figuras em que existe um nexo de imputação ao contraente público é justificada justamente por apelo a tal base de imputabilidade.

A alteração das circunstâncias acaba por representar a reposição da justiça comutativa, mas dentro do possível.

Cumpra agora acudir a uma questão: em que termos e em que medida haverá esta partilha de prejuízos? Sobre que pressupostos? Vejamos.

contratado nos termos em que julgaram adequados à realização dos seus interesses (e só por isso contrataram), a imposição a uma delas de sacrifícios e encargos não previstos no contrato implica que lhe sejam concedidas as contrapartidas que, hipoteticamente, teria exigido no momento da celebração se tivesse assumido desde logo os referidos sacrifícios ou encargos.”

⁵ Cfr. **Marcello Caetano**, Princípios fundamentais do Direito Administrativo, 1977, pp. 255 e ss.

§2.º Pressupostos da alteração das circunstâncias

Serei direto e conciso.

Em primeiro lugar, deve tratar-se de um facto imprevisto e imprevisível, indominável e impossível de ser razoavelmente previsto pelas partes. Se for previsível, então, deve entender-se que as partes não foram prudentes na sua previsão devendo responder pelos prejuízos que derivem desta sua incúria.

Secundo, o facto deve ser imputável e estranho a qualquer das partes, um aspeto exógeno e fora do seu controlo (*v.g.*, uma guerra, uma pandemia, um cataclismo, uma crise de combustíveis).

De seguida, deve verificar-se um prejuízo anormal, que excede manifestamente os limites próprios e imanentes ao risco natural do contrato.

Em quarto lugar, devemos estar perante um risco desmesurado, com resultados económicos desastrosos ou ruinosos que permitam extrair que a exigência das obrigações assumidas no contrato afetará gravemente os princípios da boa fé, concluindo-se que jamais o contraente privado celebraria tal contrato se soubesse das consequências do evento aquando da sua celebração.

Finalmente, é necessário que o co-contratante não tenha interrompido o cumprimento das prestações, posto que aquilo que justifica a teoria da imprevisão é precisamente a continuação do serviço público num modo de executar mais oneroso pelo contraente privado.

Pelo meu estudo constato uma divergência fundamental entre os regimes jus-civilista e jus-administrativista: não há bem a opção entre escolher modificar os termos do contrato e resolvê-lo. Esta última opção é de última ratio.

É que o contrato administrativo tem inerente a satisfação de uma necessidade pública, o cumprimento do interesse público que assume no plano contratual uma preponderância legitimante da primazia à manutenção do contrato.

§3.º Recurso à figura dos “casos”

O problema da alteração das circunstâncias tem sido classicamente resolvido pelos administrativistas com apelo frequente à figura dos casos. Decerto, o COVID-19, enquanto pandemia, poderá ser subsumível a um evento passível de enquadramento em duas figuras jurídicas muito relevantes: i) o caso de força maior e ii) o caso imprevisto.

Os casos não estão hoje reconhecidos direta e expressamente na nossa lei da contratação pública (outrora estiveram), mas emergem no panorama da alteração das circunstâncias enquanto categorias doutrinariamente consolidadas e que, amiúde, surgem mesmo tratadas pela *praxis* contratual com constantes previsões contratuais que os distinguem, enumeram e disciplinam o respetivo tratamento na dinâmica contratual.

§3.1. Caso de Força Maior

O caso de maior verifica-se quando, em virtude de circunstâncias imprevisíveis e alheias à pessoa dos co-contratantes, o cumprimento das obrigações contratuais se torna absolutamente impossível. Distingue-se do caso imprevisto, seu “parente” próximo, na medida em que no caso imprevisto a prestação contratual (ainda) é possível embora em moldes excessivamente onerosos para um dos contraentes.

A doutrina reconhece depois que o efeito primário e essencial do caso de força maior é o efeito liberatório da prestação a que o cocontratante se obrigara perante a Administração, justificando assim a impossibilidade de cumprimento do contrato e desonerando o devedor dos efeitos típicos que decorrem de uma situação de incumprimento imputável ao devedor.

O caso de força maior tem diferentes modalidades, que inspiram diferentes soluções:

- **Impossibilidade temporária** → art.297.º CCP: opera, basicamente, a suspensão da exigibilidade da prestação contratual, pelo período temporal necessário.

Contudo, este período temporal não pode ser eterno. Na eventualidade de a suspensão se prolongar “e torne o cumprimento impossível, então a força maior transforma-se em causa de rescisão legítima por qualquer das partes (por perda do interesse do credor ou desaparecimento do objeto do contrato)”.

Esta será uma daquelas situações em que creio que o regime jus-administrativista beneficia da parametrização do regime geral do contrato, neste caso, em específico, do regime geral do incumprimento do contrato, plasmado nos arts.790.º e ss. CC.

- De acordo com o disposto no art.792.º/2 CC, a impossibilidade temporária apenas persiste enquanto se mantiver o interesse do credor.

No CCP há uma regra especial relativamente aos contratos de empreitada, no art.406.º/al.d) sub. i) – se a suspensão for superior a um quinto do prazo de execução da obra, quando resulte de caso de força maior, o empreiteiro tem o direito a resolver o contrato.

- **Impossibilidade definitiva:** a consequência será uma exoneração do contraente que, por causa do caso de força maior, ficou impossibilitado de

cumprir as suas obrigações contratuais e, naturalmente, tal hipótese conduzirá a uma cessação do contrato (por impossibilidade definitiva da sua execução – art.330.º/al. a) CCP).

- **Impossibilidade parcial:** para além da suspensão das prestações parcialmente impedidas por aplicação do art.297.º CCP, podem dar origem a uma modificação objetiva do contrato nos termos do art.312.º/al.a) CCP.

§3.2. Caso imprevisto

O caso imprevisto, pelo contrário, não é revelador de uma impossibilidade absoluta de execução da prestação contratual. Há, tão só, uma maior onerosidade das prestações contratuais como decorrência direta de um evento externo às partes.

É neste ponto decisivo que se distingue da força maior. Com efeito, no caso imprevisto “ocorre uma alteração das circunstâncias tão profunda em relação à base inicial do negócio que este se torna ruinoso para uma das partes. A consequência típica é o devedor ter direito a uma indemnização ou à revisão dos preços ou a outra forma de restabelecimento do equilíbrio financeiro”.

Apela-se, como se vê, à teoria da imprevisão para a solução destes casos com a partilha dos prejuízos verificados e a revisão dos termos contratuais para que se restabeleça a base negocial.

A solução do caso imprevisto, na disciplina dos contratos administrativos, contempla essencialmente duas soluções e ambas podem e devem conduzir a um resultado que traduza um reequilíbrio da justiça comutativa:

1. Modificação objetiva do contrato (art.312.º/al. a) + art.312.º/2 e 3 CCP);
2. Resolução do contrato (art.332.º/1/al. a) + art.335.º/1 CCP)

O direito à compensação financeira é cumulável em ambas as situações.

§4.º Regime jurídico dos casos

Atualmente, a figura dos casos não está explicitamente prevista no CCP, embora já tenha estado prevista em diplomas anteriores. São exemplos disto o DL n.º48871, de 19 de fevereiro de 1969, que institui o regime do contrato de empreitada de obras públicas (REOP), onde o caso de força maior estava previsto no art.170.º, sob a epígrafe “caso de força maior”. Este diploma previa também os casos de “maior onerosidade” (art.171.º) e da “alteração das circunstâncias” (art.173.º).

Este diploma foi sofrendo sucessivas alterações até ao DL nº49/99, de 2 de março que foi o último a prever estas figuras que aqui reproduzimos:

«Artigo 195.º

Caso de força maior e outros factos não imputáveis ao empreiteiro

1 - *Cessa a responsabilidade do empreiteiro por falta ou deficiência ou atraso na execução do contrato quando o incumprimento resulte de facto que lhe não seja imputável, nos termos previstos no presente diploma.*

2 - *Os danos causados nos trabalhos de uma empreitada por caso de força maior ou qualquer outro facto não imputável ao empreiteiro, nos termos do presente diploma, serão suportados pelo dono da obra quando não correspondam a riscos que devam ser assumidos pelo empreiteiro nos termos do contrato.*

3 - *Considera-se caso de força maior o facto de terceiro ou facto natural ou situação, imprevisível e inevitável, cujos efeitos se produzam independentemente da vontade ou das circunstâncias pessoais do empreiteiro, tais como actos de guerra ou subversão, epidemias, ciclones, tremores de terra, fogo, raio, inundações, greves gerais ou sectoriais e quaisquer outros eventos da mesma natureza que impeçam o cumprimento do contrato.*

Artigo 196.º

Maior onerosidade

1 - *Se o dono da obra praticar ou der causa a facto donde resulte maior dificuldade na execução da empreitada, com agravamento dos encargos respectivos, terá o empreiteiro direito ao ressarcimento dos danos sofridos.*

2 - *No caso de os danos provados excederem 20% do valor da empreitada, assiste ao empreiteiro, além disso, o direito de rescindir o contrato.*

Art.198.º

Alteração das circunstâncias

Quando as circunstâncias em que as partes hajam fundado a decisão de contratar sofram alteração anormal e imprevisível, de que resulte grave aumento de encargos na execução da obra que não caiba nos riscos normais, o empreiteiro terá direito à revisão do contrato para o efeito de, conforme a equidade, ser compensado do aumento dos encargos efectivamente sofridos ou se proceder à actualização dos preços.»

A vantagem acrescida destas disposições face ao atual regime do CCP é a de que, por exemplo, a previsão expressa das figuras dos casos e a regulação mínima do regime da crise do contrato impunha algum norte às partes perante o que devem fazer num cenário de força maior.

Parece criticável, a meu ver, a insuficiência do Código quanto aos casos de força maior e maior onerosidade, visto que deixa um vazio de regulação excessivo e que se presta a uma indesejável insegurança.

Apesar do quadro vigente atual não abordar diretamente o caso de força maior, o art.330.º/al. a) CCP prevê que a impossibilidade definitiva do contrato (no qual se pode enquadrar um caso de força maior) constitui uma causa extintiva do contrato.

Mas queda o silêncio na nossa lei da contratação pública quanto a outros pontos relevantes, como, por exemplo, eventuais questões indemnizatórias em virtude de um caso de força maior.

Neste ponto, o silêncio da lei leva-me a crer que a disciplina do caso de força maior presentemente deve subsumir-se à disciplina da alteração das circunstâncias. A este respeito, a resposta essencial do CCP encontra-se no art.314.º/1 e 2 CCP.

Os casos de força maior, porque verdadeiramente configuram eventos anormais e imprevisíveis darão lugar, no máximo, a uma compensação financeira fixada segundo critérios de equidade e, já não, à reposição do equilíbrio financeiro.

Em sentido contrário, Pedro Melo e Sandra Tavares Magalhães, argumentam que *“perante a ocorrência da pandemia em alusão, e caso esta tenha causado prejuízos ao co-contratante (empregador ou concessionário), no limite, um desequilíbrio na equação económico-financeira subjacente ao modelo de negócio da empreitada ou concessão administrativa, haverá direito à reposição do equilíbrio financeiro, exceto se, em resultado de evento de força maior, se optar pela resolução do contrato”*⁶.

Contra este entendimento levanto três objeções, facilmente compreensíveis:

Primo, um caso de força maior nunca é imputável ao contraente público, daí que a reposição do equilíbrio financeiro não seja a solução adequada (art.314.º/1 CCP).

Secundo, seria excessivamente oneroso e desproporcional impor ao contraente público a obrigação de reposição integral do equilíbrio financeiro por situações que lhe são externas e relativamente às quais este não tinha qualquer possibilidade de controlo.

⁶ Cfr. **Pedro Melo e Sandra Tavares Magalhães**, *O impacto da pandemia nos contratos administrativos: em especial, empreitadas e concessões*, in *Direito Administrativo de necessidade e de exceção*, Editora AAFDL, Lisboa: 2020, pp. 527 e ss

Em terceiro lugar, é verdadeiramente o art.314.º/2 CCP que contempla os casos de força maior quando refere os “demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias”.

Em tom de remate final, poderíamos ainda acrescentar que, em nome de uma mais harmoniosa interpretação sistemática, a posição de Pedro Melo e Sandra Tavares Magalhães não pode ser sustentada, por força do art.282.º CCP, que estatui que a reposição do equilíbrio financeiro só pode existir nos casos previstos na lei (ou contratualmente) e, claramente, o caso de força maior não se prevê hoje de forma expressa na lei.

§5.º Alteração das circunstâncias vs. Reposição do equilíbrio financeiro

Dentro das variantes possíveis de perturbação do programa contratual, o nosso sistema distingue dois grandes grupos de situações: i) as que se enquadram em alterações anormais e imprevisíveis das circunstâncias sujeitas à teoria da imprevisão nas quais se enquadrarão designadamente os casos; ii) as situações que provocam igualmente uma perturbação no contrato mas que, pela sua imputabilidade a uma conduta voluntária da Administração, devem ser resolvidas através do princípio da reposição do equilíbrio financeiro do contrato.

A relevância da distinção entre estes dois grupos, assente nonexo causal, repercute-se nas possíveis consequências económico-financeiras que a ciência jurídica confere a cada uma.

- Quando é inimputável a alguma das partes, aplica-se o instituto da alteração das circunstâncias. Neste caso a Administração, no máximo, partilhará com o contraente privado apenas os prejuízos resultantes de tal fenómeno (solução hoje expressamente acolhida no art.314.º/2 CCP consagrando aí o legislador o direito a uma “compensação financeira segundo critérios de equidade”);
- Caso haja imputabilidade a uma das partes, haverá que proceder a uma restauração plena da equação económico-financeira inicial do contrato e a reposição do equilíbrio financeiro deve ser satisfeita na sua plenitude, com cobertura integral dos danos emergentes e dos lucros cessantes (art.314.º/1/al. a) e b)).

Percebe-se que o *quantum* da reposição do equilíbrio financeiro é superior ao *quantum* de uma compensação financeira fixada por alteração das circunstâncias. Tem a ver com o nível de censurabilidade.

Por outro lado, a diferença entre ambos os institutos é também considerável ao nível dos correspondentes pressupostos. A alteração das circunstâncias só deve intervir em condições excecionais – quando se prefigure uma alteração com

impacto significativo e cujos resultados para o equilíbrio financeiro do contrato sejam gravemente chocantes à luz das regras da boa-fé.

Já na reposição do equilíbrio financeiro, basta que a equação económico-financeira inicial do contrato seja perturbada, sem necessidades de valoração da respetiva grandiosidade do impacto, para que se constitua o direito de indemnização na esfera do contratante.

Podemos apresentar três tipos de situações já tratadas na doutrina que nos permitem delimitar ambos os institutos:

- i) Modificação unilateral pelo contraente público;
- ii) *Factum principis* causado por entidade pública terceira;
- iii) Alteração anormal e imprevisível das circunstâncias (esta situação já foi tratada);

§5.1. Poder de modificação unilateral

O poder de modificação unilateral do contrato pertence ao contraente público e incide diretamente sobre o contrato (art.302.º/al. c) CCP).

Neste sentido, entende-se que “*a administração pode alterar as obrigações do co-contratante no que respeita à sua quantidade, modelo, qualidade, condições técnicas e jurídicas de execução, mas não lhe pode ordenar que passe a prestar uma atividade diferente daquela a que se comprometera*”.

Nesta modalidade, será indiscutível o dever de reposição do equilíbrio financeiro por parte do contraente público, visto que só a este se deve a responsabilidade pela modificação do contrato⁷.

§5.2. Facto do príncipe

Distinta é a figura do facto do príncipe. O Prof. Vieira de Andrade define-o do seguinte modo: “*o facto do príncipe consiste no poder do Estado e de outras entidades públicas de, no exercício de poderes normativos gerais, alterarem as circunstâncias em termos de terem impacto direto ou específico no desenvolvimento da atividade contratual. Trata-se, em regra, da decisão de*

⁷ Cf. **Diogo Freitas do Amaral**, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, Almedina, 2.^a Edição, Coimbra: 2011, p. 633, que entende que “*a reposição do equilíbrio financeiro aqui surge como o preço que tem de pagar por derrogar o princípio da estabilidade dos contratos, deve assegurar ao particular cocontratante que a relação obrigacional alterada sem o seu consentimento lhe continue a proporcionar satisfações de intensidade idêntica. (...) Portanto, se o interesse público exigir a imposição de encargos superiores aos que o particular aceitara assumir, há que proceder à revisão da cláusula de remuneração ou que pagar uma justa compensação*”.

*soberania político-legislativa mas também pode consistir no exercício de autoridade administrativas, designadamente regulamentar*⁸”.

Há, assim, uma atuação da Administração – podendo esta coincidir com o contraente público ou, pelo contrário, corresponder à atuação de uma entidade administrativa distinta (v.g., o Estado) – assumida num plano exterior e mais abrangente do que o do próprio contrato, mas que acaba por ter repercussão no contrato.

Questiona-se, porém, neste contexto, se haverá que distinguir as consequências do facto do príncipe consoante seja emanado pelo contraente público de um certo e determinado contrato ou, pelo contrário, seja praticado por uma entidade administrativa distinta e que não é parte no contrato.

Parte da doutrina sustenta a irrelevância da distinção no plano das respetivas consequências jurídicas, visto que a obrigação de reposição do equilíbrio financeiro será sempre do contraente público enquanto beneficiário último do contrato.

- Neste sentido, os Profs. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos arguem que “*o sujeito do dever de ressarcir a contraparte dos danos sofridos não é a entidade à qual é imputável o fait du prince, mas a pessoa coletiva administrativa contratante, na sua qualidade de titular do interesse público prosseguido, pela qual corre o risco da sua eventual redefinição legislativa*”⁹.

Contrariamente a esta tese surge outra, propugnada pelo Prof. Vieira de Andrade, que aponta para a pertinência da identificação da autoria da entidade administrativa que pratica o *fait du prince* porquanto deve ser esta a verdadeira responsável pelos correspondentes efeitos que se repercutam em qualquer contrato administrativo

Considero que esta última posição é a melhor se compadece com o nexo de imputação que pode e deve sustentar uma responsabilidade da administração pelos danos causados em virtude da prática de atos desta natureza. Desde logo, seria uma incoerência sistemática reconhecer que o contraente público fosse apenas responsável pela partilha de prejuízos quando estivesse em causa um facto externo à sua vontade (art.314.º/2 CCP) e, em contrapartida, quando também existisse um facto externo à sua vontade (embora praticado por outra entidade administrativa) o contraente público tivesse que responder nos termos mais alargados da reposição (integral) do equilíbrio financeiro.

Por isso, a meu ver, casos desta natureza *fait du prince* praticados por uma entidade administrativa que não corresponda ao contraente público – só poderão merecer, no máximo, quanto ao contraente público, uma sua responsabilização pela partilha dos prejuízos; isto, claro está, sem prejuízo do co-contratante poder

⁸ Cfr. **Vieira de Andrade**, *Lições de Direito Administrativo*, Coimbra Jurídica, Coimbra, 2018, p. 283

⁹ Cfr. **Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos**, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2.ª Edição, Lisboa, 2009, p. 359.

vir a exercer o seu direito de indemnização noutra esfera quanto à entidade administrativa concreta que praticou o *fait du prince*, através da responsabilização por facto lícito.

§5.3. Conclusão: na prática é complicado

Em síntese, a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias releva-se apta para dar resposta às situações em que venha a sobreviver na dinâmica contratual um evento externo e que a nenhuma das partes será imputável. Cabem dentro do seu âmbito, tipicamente, os casos de força maior e os casos imprevistos e, bem assim, o facto do príncipe quando este seja praticado por outra entidade pública que não seja o contraente público.

Por sua vez, a reposição do equilíbrio financeiro do contrato revela-se um meio de tutela de matriz puramente compensatória para dar cobertura aos prejuízos sofridos pelo contraente privado e, terá, tipicamente, como pressuposto, um nexo causal entre o facto que perturba o contrato e uma conduta voluntária do contraente público. No âmbito deste instituto incluem-se: i) os atos lícitos praticados pelo contraente público diretamente incidentes sobre o contrato e que sejam praticados no quadro do seu poder de modificação do contrato; ii) os atos qualificados tipologicamente como facto do princípio mas que sejam praticados pelo contraente público.

Em cada caso concreto, temos de proceder a uma correta qualificação do instituto a aplicar, o que nem sempre é simples. O que não faltam são situações em que seja pouco claro e evidente a determinação do instituto concreto a aplicar.

Ex: um contraente público (A), que celebrou com um contraente privado (B) um contrato de concessão para a exploração dos serviços de cantina num estabelecimento escolar, determina a redução de atividade de uma escola, acolhendo uma orientação da DGS. Tal facto conduz inevitavelmente a que os serviços da cantina sejam reduzidos a um âmbito praticamente irrelevante e com graves prejuízos financeiros para o concessionário.

Nesta situação estamos perante uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias motivada por um caso de força maior ou, ao invés, estaremos perante um ato praticado pelo contraente público com impacto direto nas circunstâncias de execução do contrato?

No seu sentido mais linear, não estamos perante uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias porque o evento que perturbou as circunstâncias do contrato corresponderia, na realidade, a um ato voluntário do contraente público, ainda que este tenha sido exclusivamente motivado pelo contexto de emergência que vivemos: a saúde pública e as razões da sua prevenção.

Deste modo, tudo indicaria que estaríamos perante uma situação em que seria convocável a figura da reposição do equilíbrio financeiro (art.282.º CCP), situação que motivaria então o preenchimento da *fattispecie* inscrita no

art.314.º/1/al. a) CCP com o conseqüente reconhecimento do direito do concessionário à reposição do equilíbrio financeiro do contrato; i.e.: os danos emergentes e os lucros cessantes de que este ficará privado durante o período de redução da atividade escolar.

Em sentido contrário, também é possível dizer que esta decisão do contraente público motivada essencialmente por uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias alheias à vontade e controlo do contraente público: a pandemia.

Tudo depende, no fundo, da tónica da argumentação.

Como se intui facilmente, a resposta a dar a este caso não é fácil e não tenho aqui a pretensão de dar uma resposta absolutamente segura e inequívoca, mas apenas de propor uma certa interpretação do art.314.ºCCP.

Em primeiro lugar, temos que separar as águas. Uma coisa é uma atuação voluntária imputável ao contraente público ou um interesse público intrinsecamente motivado por uma valoração do contraente público no exercício da sua função administrativa (espécies claramente traçadas para as duas alíneas do n.º1 do art.314.º CCP) (ex: o contraente público determina que o seu fornecedor passe a fornecer papel de maior qualidade).

Outra bem distinta é uma atuação do contraente público motivada pela necessidade de tutelar um interesse público mas que surja em resposta a um evento externo e imprevisível.

Há uma distinção clara a fazer: o nexo de imputação na perturbação do contrato.

Há, em ambas medidas, distintos planos de atuação da Administração com conseqüências relevantes: no primeiro, a Administração decide sem se encontrar numa situação de necessidade; no segundo, há uma necessidade urgente, imperiosa e superior, que tem na génese um evento externo que não é decerto imputável ao contraente público.

- É esta a posição, creio, da Prof. Carla Amado Gomes quando refere¹⁰ que *“a modificação unilateral induzida ou reflexa, com origem numa alteração desencadeada por uma decisão emanada de uma entidade administrativa externa ao contrato. Neste caso, as alterações que o adjudicante promove são determinadas por valorações específicas da função administrativa mas alheias à sua esfera de intervenção. Funcionam, portanto, como um facto imprevisto para a entidade adjudicante, que mais não faz senão reconformar a relação contratual com o conteúdo das medidas que lhe são apresentadas. Esta alteração, em nosso entender, não deve gerar, para o adjudicante, um dever de ressarcimento para além dos danos emergentes, nos termos da equidade. Isto não obviará, todavia, à propositura de uma ação, contra a entidade administrativa responsável pela emissão das medidas gerais, a título de efectivação da responsabilidade administrativa por facto lícito*

¹⁰ Cfr. **Carla Amado Gomes**, *A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos*, in *Revista dos Contratos Público* – I, pp. 535 e ss

(exigindo, portanto, a demonstração da especialidade e anormalidade do prejuízo), caso a manutenção do contrato se revele insustentável para o co-contratante.”

Subscrevo na totalidade esta posição. Creio que o entendimento correto passa por uma adequada coordenação das vias de tutela.

O critério deve ser precisamente ao da compreensão da fonte geradora da perturbação do contrato. A causa e a sua imputabilidade ao contraente público traçam a fronteira entre o n.º1 e o n.º2 do art.314.º CCP e a respetiva consequência indemnizatória ou meramente compensatória à luz da equidade.

Ou seja, a consequência acolhida pelo legislador para os casos de modificação unilateral induzida devido a uma pura alteração das circunstâncias é o da “compensação financeira segundo critérios de equidade” (art.314.º/2 CCP). O mesmo é dizer que a consequência é a partilha de prejuízos pela manutenção do contrato entre ambos os contraentes.

O remanescente do prejuízo efetivo que o contraente possa sofrer na sua esfera jurídica não ficará irremediavelmente desprotegido, sendo possível a sua tutela por via da responsabilidade extracontratual por facto lícito. Quanto a este último aspeto, deve-se entender que o direito a uma justa indemnização está consagrada na Constituição, por estarmos perante medidas de carácter expropriativo (art.62.º CRP).

§6. Consequências típicas da alteração das circunstâncias

Fica aqui um apanhado geral da matéria já desenvolvida até este ponto:

- I- A alteração das circunstâncias é a boa fé contratual na vertente de proteção da confiança e, bem assim, a necessidade de assegurar o tendencial equilíbrio financeiro do contrato.
- II- O instituto visa, verdadeiramente, corrigir a injustiça comutativa restaurando o equilíbrio dos interesses perturbados por factos externos e não imputáveis a qualquer das partes.
- III- A mobilização do regime de alteração das circunstâncias exige o preenchimento de um conjunto de exigentes pressupostos atenta a natureza excecional do instituto e que tem como consequência natural conduzir à derrogação de um princípio estruturante dos contratos: princípio *pacta sunt servanda*¹¹.

¹¹ Cfr. Acórdão de 31-08-2016 TR Évora, Processo n.º 27/15.8GBSTB-A.E1, em que se refere precisamente esta derrogação: a alteração das circunstâncias “*representa a teoria da imprevisão e constitui uma exceção à regra pacta sunt servanda, querendo significar que a ocorrência de um facto imprevisível e imprevisto, essencial e posterior à celebração de tratado*”

- IV- O instituto tem um “parente” próximo, mas com pressupostos, consequências e razões de ser distintas que cuidamos de distinguir.

Vamos agora então olhar para as consequências típicas da alteração das circunstâncias.

É possível identificar quatro grandes remédios que a lei da contratação pública prevê para solucionar a alteração das circunstâncias: i) o direito à suspensão do contrato; ii) o direito a modificar os termos da execução das prestações do contrato; iii) o direito à compensação financeira fixada por critérios de equidade; iv) o direito à resolução do contrato.

§6.1. Direito à suspensão do contrato

O art.297.º/al. a) CCP consagra a possibilidade de suspender, total ou parcialmente, as prestações de um contrato nos casos em que ocorra a impossibilidade temporária de cumprimento do contrato. Esta disposição surge alinhada com o Código Civil (art.792.º).

Um caso de força maior ou imprevisto pode constituir uma impossibilidade temporária. A suspensão do contrato pode solucionar adequadamente o problema da impossibilidade da sua execução.

- O co-contratante deixa de ter os encargos que pressupõe a execução do contrato;
- Não se estará a consumir o respetivo prazo contratual relegando-se para o momento da prorrogação contratual (art.298.º/2 CCP).

Este direito tem de ser exercido com o assentimento do contraente público. Tal como não o pode fazer com o exercício do direito à modificação do contrato ou resolução do mesmo, para cuja efetivamente sempre carece do acordo do contraente público ou, no limite, de uma decisão judicial que lhe reconheça tais direitos – art.311.º (para a modificação) e art.332.º/1/al. a) e n.º2 (para a resolução) ambos do CCP.

Se o contraente público não consentir que se exerça o direito de suspensão e não houver razões de interesse público que justifiquem violar disposições legais e princípios essenciais: o dever de colaboração recíproca (art.289.º CCP), a boa fé contratual (art.334.ºCC), o dever de abstenção do exercício de direitos desproporcionais (art.281.º CCP), o que pode levar à responsabilidade contratual do mesmo.

ou contrato civil, diferido ou de cumprimento sucessivo permite a retirada do tratado, a alteração nas condições da sua execução ou a cessação dos seus efeitos”.

Contudo, num caso imprevisto tenho sérias dúvidas que se possa suspender o contrato (art.297.º) pois não há aí verdadeira impossibilidade, mas sim apenas maior onerosidade.

§6.2. Direito à modificação do contrato

A possibilidade de modificação dos contratos é uma ferramenta jurídica indispensável para combater o fenómeno de mutação das circunstâncias. Tal ferramenta deve ter uma bússola norteada para um fim: o reequilíbrio do contrato e a restauração, na medida do possível, da respetiva justiça comutativa.

Como é que se deve modificar o contrato?

- i) Por acordo das partes;
- ii) Por via de um ato de modificação unilateral, que apenas é admissível, de acordo com o estabelecido no art.311.º/2 CCP, se for a Administração a praticar e com o fundamento no interesse público;
- iii) Por decisão judicial.

De facto, o art.311.º/2 apenas refere a modificação do contrato com fundamento no interesse público. Tal suscita a dúvida se será possível modificar o contrato com base na alteração das circunstâncias. Este ponto não é líquido na doutrina:

- Os Profs. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos¹² defendem que o art.311.º/2 CCP apenas permite a modificação unilateral pela Administração quando se fundamente em razões de interesse público. Por isso deve entender-se que a modificação por alteração das circunstâncias está subtraída à autotutela administrativa (art.311.º/1/al. a) CCP);
- O mesmo regime é aplicável à resolução (art.335.º/1 CCP) e, também à manutenção do contrato com pagamento de uma compensação financeira (art.314.º/2 CCP), o que garante a coerência da lei (o que está de acordo com o regime do Código Civil);

Já a Prof. Alexandra Leitão opõe-se a este pensamento, sustentando que¹³:

- O poder de modificação unilateral por parte da Administração também pode ser usado 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.
- Mal 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 de circunstâncias que tornasse necessária uma

¹² Cfr. **Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos**, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2.ª Edição, Lisboa: 2009, pp. 420 e ss

¹³ Cfr. **Alexandra Leitão**, *O tempo e a alteração das circunstâncias contratuais*, ICJP, Lisboa, 2012, pp. 86 e 87

modificação do contrato por forma a permitir que este continuasse a ser prosseguido de forma satisfatória;

- O art.312.º/al. b) CCP refere também “razões de interesse público decorrentes de necessidades novas”, sendo que essas necessidades novas podem decorrer – e, em princípio, decorrem de alterações das circunstâncias.

Para rematar, trata-se quando muito, de uma interpretação extensiva do preceito fundamentada quer em argumentos de identidade de razão, quer de maioria de razão.

Parece-me que esta posição é a mais adequada para a tutela do interesse público, o qual deve ser primordial num contrato administrativo.

§6.3. Direito à compensação financeira fixada segundo critérios de equidade

A compensação financeira fixada segundo juízos de equidade surge assim formulada como uma aparente alternativa à modificação do contrato, o que significa que a modificação pura aparente ser o cenário preferencial do legislador.

Parece-me, ainda, que a conjunção coordenativa alternativa “ou” deve porém ser alvo de uma interpretação adaptada às circunstâncias do caso.

Se, por um lado, nos parece que haverá situações em que só a compensação será apta a ter algum efeito visado pelo n.º2 do art.314.º CCP sendo, por conseguinte, absolutamente inidónea a modificação pura do contrato.

Por outro lado, não se vê por que razão não possa haver a aplicação de soluções híbridas em que se modifique o contrato e igualmente se compense financeiramente e na proporção restante o co-contratante.

Parece mais adequado olhar para esta solução não como duas alternativas estanques, mas antes um sentido de privilegiar tendencialmente a modificação do contrato sempre que possível e só depois recorrer à compensação financeira. Esta preferência do legislador facilmente se entende, por ser a menos penalizadora para o erário público.

§6.4. Direito à resolução do contrato

A solução derradeira para o co-contratante será a da resolução do contrato, como muito claramente se extrai do art.332.º/1/al. a) CCP.

O regime da nossa contratação pública tem uma clara preferência pela modificação face à resolução do mesmo, contrariamente ao que parece suceder no art.437.º CC em que a modificação e a resolução surgem de forma alternativa.

A solução num contrato público jamais poderia ser a da paridade de soluções. A justificação é simples: o interesse público. Isso mesmo se extrai com clareza meridiana aliás do art.332.º/2 CCP onde se faz subordinar o direito a resolver à necessidade de garantir o interesse público, ou, quando tal interesse público ainda seja preponderante, apenas poderá o co-contratante resolver o contrato quando tal resolução seja indispensável à sua sobrevivência económica.

O contraente privado só pode resolver o contrato por via judicial (art.332.º/2 CCP). O contraente público pode resolver (art.335.º/1) extrajudicialmente através de um ato administrativo por força do art.307.º/2/al. d) CCP.

§6.5. Limites à alteração das circunstâncias

Por ser um instituto de carácter geral, a alteração das circunstâncias não deve estar vedada, *ab initio*, a um qualquer contrato público.

Contudo, a natureza específica de certos contratos públicos assume relevância e impacta a forma e intensidade com que a alteração das circunstâncias nele se poderá projetar.

Por exemplo, nos contratos de concessão de obras e de serviços públicos a lei demanda que os mesmos pressuponham uma “significativa e efetiva transferência para o concessionário do risco de exploração dessas obras ou serviços” (art.413.º/1 CCP) o que implica que tais contratos, por definição apresentem uma maior exposição ao risco pelo concessionário.

- Deve, como tal, esta situação ser levada em linha de conta no juízo segundo “critérios de equidade” a que alude o citado preceito, assegurando-se que na partilha de prejuízos o contraente privado sofra um maior impacto pela exposição ao risco em que se encontra e que decorre da natureza do próprio contrato.

Nos limites à alteração das circunstâncias cabe também necessária referência aos preceitos do CCP que estipulam limites às modificações ao contrato: no âmbito geral teremos o art.313.º CCP e, de forma especial para as empreitadas, o art.370.º CCP traça os limites dos trabalhos complementares.

§6.6. O especial dever de colaboração entre as partes num cenário de alteração das circunstâncias

Este é ainda um aspeto essencial na contextualização do instituto da alteração das circunstâncias. Estes deveres emergem num cenário de perturbação contratual.

O dever de colaboração recíproca inscrito no art.289.º CCP assume especial relevância neste contexto de crise, impondo às partes que colaborem reciprocamente na solução que melhor sirva os interesses em tutela:

- i) O interesse no cumprimento do contrato em homenagem ao princípio *pacta sunt servanda*;
- ii) O interesse público na satisfação e cumprimento regular da necessidade pública que motivou a celebração do contrato; e
- iii) O interesse de especial tutela à parte lesada pela alteração das circunstâncias.

Ainda se deve atentar ao dever de proteção ao co-contratante (art.291.º CCP).

Deste modo, num cenário de pandemia o que se impõe às partes é precisamente a compreensão do fenómeno de perturbação contratual, com acrescidos deveres de colaboração perante a fragilidade económica da contraparte.

Os contratos não são uma realidade estática. Pelo contrário, são dinâmica e exigem das partes uma compreensão adaptada às circunstâncias. Nessa medida, novas realidades podem fazer emergir novos direitos e obrigações, que, *ab initio*, não constavam do programa contratual. Assim o exige, por certo, uma visão dinâmica e programática do princípio da boa fé.

§7.º Contratos celebrados após a pandemia

Como é sobejamente conhecido, a pandemia dura desde março de 2020 e ainda durará um período de tempo indeterminado.

Vivemos atualmente um fatídico e maçador “novo normal”, expressão que tantas vezes vemos ser difundida nos meios de comunicação social. Face a este “novo normal” deixámos o cenário de um evento imprevisível visto que a pandemia é um fenómeno conhecido de todos (mesmo para os mais negacionistas).

Mas o fenómeno em si persiste no tempo e prossegue nos seus efeitos, tal como um furacão ziguezagueante dirige um percurso errático e incerto.

Exemplo ilustrativo disto mesmo (e nisto não pretendo expor uma qualquer posição política pois a academia deve primar pela separação das duas esferas) é a declaração do Primeiro-Ministro António Costa, a 15 de julho de 2020, quando disse que "*Há uma coisa que sabemos: Não podemos voltar a repetir o confinamento que tivemos de impor durante o período do estado de emergência e nas semanas seguintes, porque a sociedade, as famílias e as pessoas não suportarão passar de novo pelo mesmo*¹⁴". Sem duvidar da necessidade de um novo confinamento face ao surgimento das novas estirpes mais letais e contagiosas, não deixa de ser exemplificativo da imprevisibilidade dentro da previsibilidade que é esta pandemia.

¹⁴ Noticiado pelo Jornal de Negócios: [Costa: País não aguenta novo confinamento e inverno tem de ser preparado já - Economia - Jornal de Negócios \(jornaldenegocios.pt\)](https://www.jornaldenegocios.pt)

Este “furacão” impõe as mais variadas questões e à luz destas questões iremos analisar supondo dois cenários distintos:

- i) As partes nada dispõem no contrato sobre a situação de pandemia e os eventuais efeitos que a mesma pode ter no contrato;
- ii) As partes resolvem convencionar expressamente sobre o cenário da pandemia, enfrentando tal cenário e disciplinando contratualmente as consequências que a mesma terá no programa contratual.

§7.1. As partes celebram um contrato em plena pandemia e nada convencionaram no contrato a seu propósito

Será que uma nova vaga da pandemia pode considerar-se uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias?

Na teoria da imprevisão, a doutrina clássica notava que, para operar na sua plenitude, o facto que a motiva deve ser imprevisível: *“é necessário que o agravamento das prestações resulte de um facto imprevisível e normalmente imprevisível; um prejuízo, mesmo substancial, causado por factos que foram ou poderiam razoavelmente ter sido previstos pelo co-contratante não desencadeia a aplicação da teoria da imprevisão”*¹⁵.

Como se notou acima a propósito da definição de casos em Direito Administrativo, estes serão eventos de possível ocorrência as imprevisível verificação. É justamente essa imprevisibilidade que justifica a exclusão do fenómeno enquanto risco das partes pois: *“a imprevisão pressupõe a ocorrência de um facto imprevisível, externo à vontade das partes, acarretando uma excessiva onerosidade para o devedor, a qual ultrapassa o risco normal do contrato.”*¹⁶

À luz destas considerações, teríamos então que assumir que não sendo o ciclo de um novo *lockdown* diretamente emergente da pandemia um cenário imprevisível, estaria afastada, à partida, a teoria da imprevisão e os co-contratantes deveriam sempre responder exclusivamente pelos prejuízos que viessem a sofrer com futuros e novos confinamentos que tivessem impacto direto na execução do contrato administrativo.

A meu ver, uma tal posição, vista em termos absolutos e impassível à consideração das especificidades do caso concreto, será insustentável e contrariará efetivamente o que verdadeiramente fundamenta o instituto da alteração das circunstâncias: a boa fé e o equilíbrio financeiro do contrato.

Não se pode conceber que se deixe sem tutela a posição jurídica do contraente privado que celebrou um contrato e se viu prejudicado financeiramente e de forma significativa por um evento externo, resultante de um fenómeno desta

¹⁵ Cfr. Mário Esteves de Oliveira, Direito Administrativo, Volume I, Almedina, 1980, p.713.

¹⁶ Cfr. Carla Amado Gomes, *A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos*, in Revista dos Contratos Público – I, p. 538.

natureza e que é caracterizado por uma trajetória de evolução totalmente imprevisível.

- Daí que este tipo de situações devem merecer uma tutela (possível) à luz do instituto da alteração das circunstâncias; ou seja, uma tutela ao contraente privado por via do art.314.º/2 CCP que lhe confira o direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira segundo juízos de equidade.

Tanto o contraente como o privado celebraram um contrato num cenário de pandemia; o risco foi de ambos e não deverá recair apenas na esfera do privado, o qual, como se sabe, está normalmente onerado com a execução das prestações contratuais essenciais e por isso mais exposto à alteração das circunstâncias.

Ora, se ambas as partes entraram num contrato sujeito a flutuações do “novo normal” que poderia conduzir a uma perturbação decorrente da pandemia, de forma que tal risco – no nexo de imputação inerente – deve ser repartido entre estes. Daí que não faça sentido erigir aqui uma distinta regra. Uma regra que levasse a que o contraente público pudesse obter um privilégio (o cumprimento do contrato) à custa de uma maior onerosidade exclusivamente suportada pelo contraente privado, parece inadmissível.

Pois bem, a meu ver, a solução deriva diretamente da aplicação do art.314.º/2 CCP, recorrendo-se a uma interpretação flexível do conceito de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias: vale dizer, uma que inclua como imprevisíveis eventuais reincidências ou agravamentos da pandemia. A intensificação probabilística não esgotaria, portanto, o critério da imprevisibilidade pela total incerteza da trajetória da pandemia.

§7.2. As partes resolvem estipular cláusulas contratuais para resolver problemas criados pela pandemia

O cenário da pandemia reclama das partes uma maior cautela e prudência na antecipação dos problemas do contrato. O “furacão” já passou mas pode voltar.

- Deixou de ser imprevisível o fenómeno em si mesmo, mas permanece a incerteza quanto a uma eventual retoma da pandemia... no meio disso, a vida prossegue e os contratos não podem deixar de ser celebrados.

Perante isto é normal que os contratantes queiram defender-se contra cenários futuros e plausíveis em contexto de pandemia. Aliás, é recomendável que redobrem as suas cautelas no contexto em que vivemos.

É evidente a necessidade de os contratos de hoje preverem concretamente como cada uma das partes deve proceder num cenário de impossibilidade parcial ou total de incumprimento, procurando responder a questões relevantes: como reagir frente a um novo cenário de confinamento? E como se dividirão os riscos?

No fundo, referimo-nos às cláusulas *hardship* que tratam e regulam as situações de agravamento da prestação devida ou as cláusulas de força maior que regulam os cenários de impossibilidade.

Como é consabido, a liberdade contratual permite que as pessoas possam livremente dispor na respetiva regulação no contrato. A liberdade contratual sofre, porém, alguns limites. Trataremos agora deste problema em duas dimensões distintas:

- i) Os eventuais limites à definição dos riscos próprios do contrato; e
- ii) Os eventuais limites à definição do modo de obviar à perturbação financeira do contrato.

Em termos simples questionamo-nos: será lícita uma cláusula contratual aposta num contrato público que exclua ou limite a pandemia como fenómeno apto a suscitar as vias de tutela que o ordenamento jurídico reconhece aos restantes?

EX1: será lícita uma cláusula vaga e genérica que exclua a pandemia como caso de força maior ou como evento gatilho do instituto da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias e, por consequência, que afastem os direitos que decorrem do art.314.º/2 CCP?

EX2: poderia uma cláusula prever que, caso sobreviesse uma nova vaga da pandemia o risco de incumprimento recairia apenas sobre uma das partes, consignando-se, por exemplo, num contrato de empreitada, que o empreiteiro seria exclusivamente responsável por todos os prejuízos resultantes de uma maior onerosidade das suas prestações em caso de paralisação dos trabalhos (v.g., aumento dos custos de importação de materiais, custos operacionais com estaleiro e trabalhadores)?

O art.312.º CCP atribui às partes a possibilidade de preverem as condições e termos da modificação contratual. Por outro lado, o art.314.º/3 CCP alude à “repartição dos riscos entre as partes” como fator relevante para eventualmente abrir portas à reposição do equilíbrio financeiro. Já o art.282.º/3 CCP dispõe que os modos de reposição do equilíbrio financeiro devem obedecer ao estipulado no contrato entre as partes.

Da conjugação destes normativos e em plena consagração da liberdade contratual fluirá que, em cenário de pandemia, poderão as partes legitimamente fazer prever termos e condições para a modificação do contrato e, naturalmente, procurar resolver problemas derivados de uma flutuação superveniente das circunstâncias.

Por outro lado, o problema deste tipo de cláusulas não pode ser perspectivado unicamente sob uma perspectiva civilista visto que no Direito Civil existe, por natureza, uma maior amplitude na liberdade das partes na estipulação dos riscos do contrato que, embora não sendo irrestrita, tende a não estar condicionada pelos princípios e normas imperativas do Direito Público.

Não podemos ter a cláusula do EX1 como lícita. O instituto da alteração das circunstâncias não pode estar na disponibilidade irrestrita das partes.

Essa cláusula poderá ser nula por derogar o núcleo essencial de um princípio de natureza injuntiva (art.294.º CC). Falamos do princípio do equilíbrio financeiro, cujo conteúdo essencial será aqui arrasado, visto que os termos irrestritos em que surge formulada permite derogar completamente tal princípio¹⁷.

A liberdade de estipulação, enquanto expressão da liberdade contratual não é irrestrita como bem se nota no art.405.º CC. Surgem no seu limite normas injuntivas, sendo assim plenamente aplicável o limite do art.294.º CC – note-se, aliás, que nos contratos públicos, há uma presunção de injuntividade das normas que regulam o contrato¹⁸.

Sendo a alteração das circunstâncias um instituto cuja génese radica na boa fé, não se crê aceitável uma cláusula que erradique totalmente a operação do instituto num contrato; quer-se dizer, uma cláusula que pura e simplesmente anula na prática as possibilidades que devem emergir para os contratantes perante a ocorrência de um evento anormal e imprevisível – comprimindo os direitos que a lei lhes faculta, a resolver ou modificar um tal negócio jurídico – será uma cláusula nula por violar frontalmente a boa fé.

A lei não deve consentir que se disponha da justiça contratual essencial. As normas do CCP que consagram a alteração das circunstâncias devem ser vistas como injuntivas.

Segue-se aqui a ideia de que as normas que regulam a alteração das circunstâncias no CCP, porque se filiam no princípio da boa fé numa dimensão de concretização essencial da justiça contratual, serão de ordem pública e, como tal, uma cláusula assim redigida sempre seria nula nos termos do art.280.ºCC.

Em síntese, o art.314.º/2 CCP, no qual se enraízam os direitos do co-contratante lesado por uma alteração das circunstâncias, corresponde a uma disposição de carácter imperativo que não pode ser derogada por simples convenção das partes, pois, se assim fosse, estariam as partes de um contrato público e erradicar do horizonte contratual a aplicabilidade do instituto geral da alteração das circunstâncias.

Relembrando o EX2: embora o art.314.º/3 CCP preveja a possibilidade da “repartição do risco entre as partes” como condução indispensável ao direito ao equilíbrio financeiro isso não pode significar uma divisão de riscos leonina.

- i) O contraente público não pode arrogar-se direitos manifestamente desproporcionais (art.281.º CCP);
- ii) Se a cláusula viola assimétrica e excessivamente o princípio do equilíbrio do contrato também será nula por se revelar contrária à ordem pública;

¹⁷ Cfr. A. Menezes Cordeiro, *Subsídios para a dogmática administrativa*, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro, in *Cadernos do Direito*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 108 afirma muito claramente que: “A regra do equilíbrio financeiro é impositiva”.

¹⁸ Cf. Sérvulo Correia, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987, p. 718: “Aos contratos administrativos aplica-se o artigo 294.º do Código Civil, em cujos termos «os negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei.»

- iii) Devido à especial vinculação da Administração aos princípios essenciais da atividade administrativa, teremos logo sérias dúvidas da compatibilidade de cláusulas totalmente desequilibradas para o contraente privado por contrariarem os princípios especialmente aplicáveis à contratação pública da proporcionalidade, da boa fé, da tutela da confiança e da responsabilidade – art.1.º-A CCP e arts.7.º e 10.º CPA.

EX3: num contrato de empreitada celebrado em plena pandemia as partes preveem que caso ocorra um novo surto que leve à suspensão do contrato, o empreiteiro assumirá exclusivamente os custos com o estaleiro e os encargos salariais dos trabalhadores afetos à obra caso esta suspensão perdure até 3 meses. A cláusula nestes termos difere da outra porque agora se divisa uma determinabilidade possível do risco a repartir entre as partes.

Não há aqui uma derrogação absoluta da ideia de equilíbrio financeiro. A determinabilidade do risco excluído por via de uma cláusula será uma ideia, à partida, admissível no plano da liberdade contratual.

A licitude de cláusulas de exclusão de risco nos contratos públicos deve ser aferida em concreto.

- A sua licitude dependerá da determinabilidade da exclusão do risco, por forma a que, a parte contratualmente onerada, aquando da formação do contrato possa razoavelmente ponderar os riscos a que ficará sujeita.
- Depois, a licitude de tais cláusulas dependerá ainda do resultado concreto da aplicação da cláusula, de modo que, se o mesmo conduzir a uma disrupção anquilosante do princípio do equilíbrio financeiro do contrato, poderá tal cláusula considerar-se inválida.
- Deste modo, a convenção de repartição do risco entre as partes num contrato público pode ser objeto de conformação entre as partes mas essa liberdade deve estar naturalmente limitada pelo princípio do equilíbrio do contrato.