

**A ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS (OU CASO IMPREVISTO)
NAS CONCESSÕES**

CHANGE IN CIRCUMSTANCES (OR UNFORESEEN EVENT) IN
CONCESSIONS

ANTÓNIO CADILHA

Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados, SP, RL.
Lisboa, Portugal

Resumo: O presente estudo analisa a figura da alteração das circunstâncias ou caso imprevisto, no que respeita aos seus fundamentos, requisitos e efeitos, tendo como referencial o contexto dos contratos administrativos de concessão. Nesta medida, é dada particular atenção, no âmbito da análise do requisito da anormalidade da alteração, às cláusulas contratuais de alocação de riscos (que são típicas daqueles contratos) e à questão de saber se elas podem ou não afastar ou condicionar a aplicação daquilo instituído.

Palavras-chave: alteração de circunstâncias; imprevisibilidade; anormalidade; cláusulas contratuais de alocação de riscos; compensação financeira equitativa

Abstract: This study analyses the concept of a change in circumstances or unforeseen events, focusing on its foundations, requirements, and effects, with specific reference to the context of administrative concession contracts. In this regard, particular attention is given, within the analysis of the requirement of abnormality of the change, to contractual risk allocation clauses (which are typical of such contracts) and to the question of whether these clauses can exclude or condition the application of this legal concept.

Keywords: change of circumstances; unforeseeability; abnormality; contractual risk allocation clauses; fair financial compensation

I. As origens

1. Sendo tipicamente contratos de longa duração, de elevada expressão patrimonial, que envolvem a construção e/ou a exploração de projetos ou serviços de interesse geral de grande escala e em que a remuneração do contraente privado depende, direta ou indiretamente, da utilização de um determinado bem ou serviço pelos utentes, a execução dos contratos de concessão de obras e serviços públicos está, por natureza, exposta, de forma sensível, à ocorrência de situações de variação inesperada e abrupta das *condições externas* que a envolvem, em termos suscetíveis de afetar, de forma relevante, as receitas auferidas pelo concessionário ou os custos por este incorridos nessa execução.

É por isso compreensível que tenha sido neste tipo de contratos administrativos que, há mais de um século, começou a ser construída, na jurisprudência francesa, uma teoria que permitia a assistência financeira da Administração ao contraente privado nos casos em que a execução contratual se haja tornado muito mais onerosa por virtude da produção de acontecimentos excepcionais, imprevisíveis no momento da celebração do contrato e independentes da vontade das partes.

Essa teoria – designada por “teoria da imprevisão” – foi pela primeira vez aplicada num processo judicial em que estava em causa a pretensão da empresa concessionária do fornecimento de gás no município de Bordéus de obter uma compensação pelas perdas consideráveis provocadas pela enorme elevação do custo da matéria-prima utilizada – o carvão – em consequência da 1.ª Guerra Mundial. O Conselho de Estado francês considerou que esse aumento, tendo determinado um “défice de exploração” e assumindo um “carácter excepcional”, que “ultrapassa os limites extremos dos aumentos que poderiam ter sido previstos pelas partes no momento de contratar”, origina uma “perturbação (*bouleversement*) no equilíbrio do contrato”, justificando, à luz do interesse geral na continuidade da prestação do serviço público em causa, que a Administração assegure ao particular uma indemnização que, não cobrindo todo o défice verificado, lhe permita continuar a cumprir o contrato em termos adequados à relevância do serviço em causa¹.

Esta “teoria da imprevisão” – baseada essencialmente nas exigências específicas que certos contratos administrativos colocam, uma vez que visam satisfazer necessidades coletivas essenciais e, por isso, tem impreterivelmente de se cumprir de forma contínua, regular e adequada à satisfação desses interesses (*princípio da continuidade dos serviços públicos*) – consolidou-se na jurisprudência francesa e foi de imediato transposta para outros países, designadamente para Portugal.

Entre nós, num primeiro momento, a implementação desta teoria fez-se essencialmente por via legislativa (e não jurisprudencial) e através de diplomas legais especiais e avulsos: foi deste modo que, entre 1916 e 1918, primeiro, e entre 1939-45, depois, se procurou restabelecer a justiça comutativa em certos contratos administrativos em cuja execução se tinha feito sentir a profunda modificação de condições económicas que as

¹ Acórdão do Conselho de Estado de 30/03/1916. Sobre esta matéria, cfr., por exemplo, Rivero, Walline (2004: 112); Richer (2019: 268 ss).

Guerras Mundiais trouxeram². Logo em 1918, Magalhães Colaço considerava estes diplomas uma aplicação da “teoria da imprevisão”, que definia em termos bastante claros e muito influenciados pela jurisprudência francesa: “celebrado um ato ou contrato cujo fim seja ou a simples realização de obras públicas, ou esta acompanhada da exploração de um serviço público, o empreiteiro ou concessionário poderá reclamar uma indemnização sempre que, no decurso da execução das obras ou já na exploração do serviço público, sobrevenham circunstâncias, insuscetíveis de previsão no momento em que se celebrou o ato ou contrato, e que perturbam de tal modo o equilíbrio financeiro tomado para base do mesmo contrato, que a prestação do devedor, sem se tornar impossível, todavia se torna consideravelmente mais onerosa” (cfr. Magalhães Colaço, 1918: 109).

2. O primeiro diploma que, com carácter geral, consagrou o dever de assistência financeira do contraente público em situações em que verifiquem perturbações relevantes na equivalência originária das prestações contratuais causadas por eventos imprevisíveis foi o Decreto-Lei n.º 48.871, de 19 de fevereiro de 1969, que aprovou o regime jurídico do contrato de empreitada de obras públicas.

Contudo, este diploma – aprovado após a publicação do Código Civil de 1966 – revelava já, também, a influência de um outro instituto, típico do direito civil, que visava garantir (ainda que com motivações próprias) o mesmo fim de permitir a adaptabilidade dos contratos a novas e imprevisíveis circunstâncias: a *alteração das circunstâncias*. Tal instituto foi pela primeira vez consagrado no nosso ordenamento no artigo 437.º daquele Código, onde se previa que sempre que “as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal” e “desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”, a parte lesada terá direito à resolução do contrato ou à sua modificação segundo juízos de equidade.

Como é genericamente reconhecido, este preceito, ao mencionar “as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar”, acolhe a doutrina de origem germânica da “base do negócio” – que dá relevo às alterações que afetem circunstâncias psicologicamente representadas por ambas as partes como essenciais –, embora atenuando ou complementando essa doutrina com elementos objetivos decorrentes da referência à boa-fé, que permitem justificar a modificação do contrato quando (independentemente das concretas representações psicológicas das partes) uma ideia de justiça objetiva o exija (cfr. Pires, 2019: 179 ss; Pinto, 2015: 78 ss; Menezes Cordeiro, 2007: 77 ss. Efetivamente, no direito civil “o conceito de boa-fé é essencial” para a compreensão do instituto da alteração de circunstâncias, pretendendo o artigo 437.º “corresponder a imperativos indeclináveis de justiça” (cfr. Carneiro da Frada, 2013: 679). Dito por outras palavras, este preceito visa essencialmente “evitar a manifesta

² O primeiro diploma legislativo que se pode considerar inspirado pelo princípio da imprevisão é o Decreto n.º 1.536, de 10 de abril de 1918, que concede aos *adjudicatários de obras públicas do Estado*, prejudicados pela I Guerra Mundial, a revisão dos respetivos contratos para o efeito de lhes ser concedida uma *indemnização*, caso o preço de algum dos materiais empregados se tenha elevado acima de 10% do fixado no orçamento e daí resulte um prejuízo superior a 5% do custo total. Outros exemplos são o Decreto n.º 14.668, de 25 de novembro de 1927, o Decreto-Lei n.º 31.911, de 10 de março de 1942 ou o Decreto-Lei n.º 32.432, de 24 de novembro de 1942.

violação da boa-fé pela exigência de cumprimento de contratos sem qualquer modificação num contexto de alteração anormal de circunstâncias” (cfr. Pinto, 2015: 83).

Estas ideias, traduzidas no artigo 437.º do Código Civil, influenciaram sem dúvida o legislador do mencionado Decreto-Lei n.º 48.871 para que estipulasse, como regra geral aplicável aos contratos de empreitada de obras públicas com prazo superior a um ano, que “quando as circunstâncias em que as partes hajam fundado a decisão de contratar sofram alteração imprevisível segundo as regras da prudência e da boa fé, donde resulte, na execução da obra, grave aumento de encargos que não caiba nos riscos normais, o empreiteiro terá direito a revisão do contrato para o efeito de, conforme a equidade, ser compensado do aumento dos encargos efetivamente sofridos ou se proceda à atualização de preços” (cfr. artigo 173.º).

Contudo, o preceito em causa não deixou de manter e refletir, igualmente, as influências da precedente “teoria de imprevisão”, designadamente (i) circunscrevendo-se a relevância da alteração de circunstâncias às situações de onerosidade acrescida, (ii) exigindo-se que esta onerosidade acrescida seja substancial (“grave aumento de encargos que não caiba nos riscos normais”) e (iii) limitando-se as consequências dessa alteração à atribuição de uma *compensação pecuniária*, delimitada pela equidade, ou à revisão dos preços do contrato.

Na sequência deste, diversos outros diplomas com o mesmo objeto mantiveram disposições similares a esta, continuando assim a denotar uma concorrência de influências da “teoria da imprevisão”, de inspiração francesa, e da alteração anormal das circunstâncias, de inspiração germânica³.

O mesmo transparecia na doutrina, que sustentava, com base “na regularidade com que a repetição de circunstâncias tem imposto soluções da mesma ordem” (cfr. Marcelo Caetano, 2011: 634), a existência de um princípio geral de direito, aplicável a diversos contratos administrativos, segundo o qual “sendo ultrapassada largamente a álea normal ou o risco normal que todo o empreendimento económico comporta, o particular não [é] obrigado a suportar exclusivamente o agravamento [da prestação] resultante de factos imprevisíveis” (cfr. Oliveira, 1980: 712).

3. Este breve excurso histórico afigura-se imprescindível para enquadrar e compreender as regras atualmente previstas nos artigos 312.º, alínea b) e 314.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos (“CCP”), das quais decorre que “a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato” confere ao cocontratante “o direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade”⁴.

³ Cfr. Decreto-Lei n.º 232/80, de 16 de julho (artigo 165.º, n.º 1); Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de agosto (artigo 175.º, n.º 1); Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de dezembro (artigo 179.º, n.º 1); e Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março (artigo 198.º, n.º 1).

⁴ Neste texto, a aplicabilidade destas regras será analisada no pressuposto de que a parte lesada pela “alteração anormal e imprevisível das circunstâncias” é o *contraente privado*, porque é essa a situação que esteve na génese histórica do instituto e que

Estas regras do CCP não podem ser vistas – como por vezes parece suceder na doutrina – de forma isolada no tempo e desligadas da globalidade dos seus precedentes, como uma mera transposição, para o direito administrativo, do disposto no artigo 437.º do Código Civil. Na verdade, elas consagram um instituto – o *caso imprevisto* ou *alteração de circunstâncias*⁵ – que tem uma longa tradição no nosso direito administrativo e tem na sua génese influências diferenciadas (e não unívocas), à luz das quais tais regras devem ser contextualizadas e aplicadas.

Neste texto, procurar-se-á, seguindo essa diretriz, analisar alguns aspectos relevantes deste instituto, designadamente os seus *fundamentos* (cfr. II), *requisitos* (cfr. III) e *efeitos* (cfr. IV).

II. Fundamentos

4. Importa começar por explicitar, sucintamente, os *fundamentos* da figura da alteração das circunstâncias no direito dos contratos administrativos, os quais se afiguram relevantes para compreender plenamente esse instituto, perceber as circunstâncias em que pode intervir e moldar, nos casos concretos, as respetivas consequências.

Tais fundamentos prendem-se, por um lado, com o princípio da *boa-fé*, que deve presidir a qualquer vínculo contratual, e, por outro lado, com princípios específicos do direito administrativo, tal como o já aqui mencionado *princípio da continuidade dos serviços públicos* ou, mais amplamente, o *princípio da prossecução do interesse público*.

Na verdade, desde Marcelo Caetano que se reconhece – numa influência da alteração de circunstâncias no direito civil – que um dos motivos que justifica a consagração dos efeitos jurídicos do caso imprevisto é o reconhecimento de que a força obrigatória dos contratos não resulta exclusivamente da vontade das partes nem interessa apenas aos indivíduos vinculados: o valor jurídico dos contratos vem da lei e é conferido em razão da sua utilidade social, pelo que não pode a convenção dissociar-se das condições gerais da sociedade em que é celebrada e executada. Neste quadro, como sublinhava aquele autor, deve “deixar-se aos próprios interessados a realização da justiça comutativa segundo a fórmula que mais lhes aprouver de equiponderação dos seus interesses nas circunstâncias económicas existentes; mas se estas se mudarem a ponto de desaparecer a base de justiça em que se funda a sanção dada pela ordem jurídica ao acordo de vontades, a lei não pode deixar de intervir para desatar os vínculos formados ou equacionar de novo os interesses da causa” (cfr. Caetano, 2011: 628)⁶.

Mas para além deste elemento, o instituto em causa continua a encontrar um fundamento incontornável nas exigências do *fim público próprio dos contratos administrativos*, ou seja, na necessidade que estes se cumpram de

corresponde à sua aplicação mais comum. Contudo, tendo em conta a forma como as regras citadas no texto estão redigidas, não nos parece que seja de excluir a possibilidade de a alteração de circunstâncias ser invocada pelo contraente público (sobre esta questão, cfr. Almeida, 2014: 599; Carmona, 2013: 120 ss).

⁵ No texto que se segue utilizaremos, por facilidade, apenas esta segunda expressão.

⁶ Neste sentido, na doutrina mais recente, veja-se, por exemplo, Carmona, para quem o regime legal da alteração das circunstâncias, no direito civil e no direito administrativo, é uma “expressão da boa-fé, não se esperando dele menos do que esta função de vigilante da justiça dos contratos” (2023: 1592).

maneira contínua e regular e na forma mais adequada à satisfação do interesse geral.

Com efeito, quando o co-contratante da Administração, em virtude de circunstâncias excepcionais e imprevisíveis, é colocado numa situação em que o cumprimento estrito e literal dos compromissos assumidos se revela excessivamente oneroso, tenderá, com elevada probabilidade, a *cumprir-los defeituosamente*, com evidente prejuízo para os interesses públicos prosseguidos, ou a *interromper a execução contratual* - obrigando a Administração a procurar a colaboração de outro particular e a ceder, afinal, a condições idênticas às que representariam a modificação do anterior contrato. Assim, o princípio da prossecução do interesse público continua a ser decisivo para justificar que, nestes casos, a Administração *auxilie* o particular e para delimitar o *tipo de auxílio* a efetuar (que passará por repartir as perdas da exploração, por forma a evitar a brusca interrupção da exploração do serviço ou obra concedidos) (Cfr. Caetano, 2011: 628; Oliveira, 1980: 716; Sánchez, 2019: 254).

III. Requisitos

4. A convocação do instituto da alteração das circunstâncias num contrato de concessão - e, em geral, num contrato administrativo - pressupõe a verificação de determinados requisitos, que estão hoje consolidados no artigo 312.º, alínea b) do CCP.

Tais requisitos estão aí definidos de forma maleável, o que se percebe face à necessidade de garantir que o instituto em causa possa funcionar como uma “válvula de escape” do sistema, uma *cláusula de salvaguarda* que, tendo no princípio da boa-fé um dos seus fundamentos, possa atuar, designadamente, quando, face às circunstâncias de determinado caso concreto, a assunção de certo grau de onerosidade pelo privado, associada à alocação desse risco, ultrapasse o limite daquilo que deve ser considerado “a justiça objetiva na relação entre agentes jurídicos” (cfr. Carneiro da Frada, 2013: 680).

Contudo, isto não significa que se possa deixar de fazer um esforço para identificar e densificar esses requisitos, de modo a “limitar o arbítrio do julgador e servir de critério auxiliar na sua apreciação valorativa” (cfr. Pinto, 2015: 73) e a garantir que os vários segmentos normativos do preceito em causa têm um sentido útil, como não poderia deixar de ser e é próprio das normas legais.

III.1. A ocorrência de uma modificação

5. Em primeiro lugar, - naquilo que, rigorosamente, é mais um pressuposto, do que um requisito⁷ - a aplicação do disposto no artigo 312.º, alínea b) do

⁷ Como explica Carvalho Fernandes, o pressuposto é “a realidade factual anterior a certo instituto e que é objeto do respetivo tratamento jurídico”, enquanto o requisito é “uma circunstância sem a qual essa realidade não é juridicamente relevante” (2001: 281). No caso em apreço, a ocorrência de uma alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar é um *pressuposto*; saber se essa alteração é ou não juridicamente relevante, determinando a constituição de um direito à modificação do contrato ou ao pagamento de uma compensação, é uma questão distinta, que depende da verificação de determinados *requisitos*.

CCP só é possível quando tenha ocorrido uma *modificação de determinadas circunstâncias* subjacentes a um contrato e que, objetivamente (isto é, independentemente das representações de cada uma das partes e do conhecimento da outra sobre essas representações), se devam considerar determinantes na celebração desse negócio jurídico.

Isto significa, desde logo, que não se pode convocar o instituto em causa invocando a ocorrência de um facto ou circunstância que *já existia* no momento em que o contrato foi celebrado, uma vez que, nesse caso, não se verifica qualquer alteração nas fundações fatuais do contrato que justifique uma tutela do Direito⁸.

A modificação decorrerá, normalmente, da produção de acontecimentos económicos, geopolíticos ou sociais, no plano nacional ou internacional, que se projete sobre o modo de execução do contrato. Mas não é de excluir que ela possa advir da aprovação de atos de poder público que não sejam da responsabilidade do ente que é parte no negócio jurídico: por exemplo, alterações legislativas com impacto em contratos administrativos em que o contraente público não seja o Estado⁹.

III.2. A imprevisibilidade

6. Para poder justificar a aplicação das consequências previstas no n.º 2 do artigo 314.º do CCP, a alteração superveniente de circunstâncias tem de ser imprevisível.

O conceito de *imprevisibilidade* respeita a situações ou acontecimentos que um agente, apesar de usar de normal diligência, *não poderia avaliar antecipadamente*; a imprevisibilidade identifica-se, assim, com algo que é *inesperado*, por contraposição ao que é *previsível*, ou seja, a circunstâncias que, à luz do referido padrão de diligência, poderiam ter sido em maior ou menor medida antecipadas.

Importa ter em conta que a noção de *imprevisibilidade* que aqui releva não se reconduz à impossibilidade total de se prever a verificação de certo facto.

⁸ Ao dizer isto não estamos a excluir a possibilidade de se poder invocar esta figura relativamente a um evento que já se começou a produzir no momento da celebração do contrato, mas cuja intensidade ou alcance temporal não era, nesse momento, possível prever. Nestes casos, não deixa de haver uma modificação no circunstancialismo contextual ao contrato inicialmente existente, pelo que, desde que verificados os demais requisitos – designadamente, a imprevisibilidade e anormalidade – estas podem ser situações que ainda cabem no âmbito de aplicação do instituto. Também no direito francês, a jurisprudência aceita que pode ser atribuída uma indemnização com fundamento na teoria da imprevisão “a um co-contratante cujo contrato tenha sido celebrado após um acontecimento conhecido pelas partes mas cujas consequências não podiam ser previstas (CE 22 févr. 1963, Ville d’Avignon), o que explica que a teoria da imprevisibilidade possa ser invocada em certos contratos celebrados no momento do aparecimento da pandemia da Covid-19, ou mesmo depois, na medida em que as partes não poderiam antecipar a duração e a extensão dessa pandemia” (cfr. Hoepffner, Ubaud-Bergeron, 2022: 2156).

⁹ Com efeito, nestas situações, o contraente privado não poderá reclamar um direito à reposição integral do equilíbrio financeiro com fundamento na alínea a) do n.º 1 do artigo 314.º, do CCP uma vez que este preceito apenas confere esse direito quando ocorra uma alteração de circunstâncias imputável a decisão do contraente público (isto é, da autoria da pessoa coletiva que, em concreto, celebrou aquele contrato). Mas o contraente privado prejudicado por tais alterações, desde que verificados os requisitos da alínea b) do artigo 312.º do CCP, poderá reclamar, ao abrigo do n.º 2 do artigo 314.º do mesmo Código, uma modificação do contrato ou o pagamento de compensação com fundamento em alteração das circunstâncias.

Com efeito, neste domínio “não existem acontecimentos absolutamente imprevisíveis, mas apenas acontecimentos que, razoavelmente, não podiam ser previstos no momento de conclusão de um contrato” (cfr. Laubadère, Moderne, Delvolvé, 1955: 586). Assim, para responder à questão da *previsibilidade* ou *imprevisibilidade* do facto em análise cumpre fazer um juízo de prognose, ou seja, importa reverter à posição em que estariam as partes envolvidas no processo de negociação do contrato, para aferir, com base no conhecimento de que aí se dispunha, qual a possibilidade que teriam para, com razoabilidade, antecipar a ocorrência e dimensão da alteração que esteja em causa¹⁰.

Por influência do direito civil e em resultado do caminho, nele percorrido, no sentido da objetivação do conceito de base do negócio, pode hoje afirmar-se que, no preenchimento do requisito da imprevisibilidade da modificação dessa base, não se pode considerar como *previsível* apenas aquilo que cada parte efetivamente previu e como imprevisível tudo aquilo que ela subjetivamente não representou¹¹.

Com efeito, por um lado, podem ocorrer, no decurso da execução de um contrato, eventos que uma das partes efetivamente não representou, cuja possibilidade de ocorrência não teve em consideração no momento da celebração desse acordo, mas que não podem, ainda assim, deixar de ser vistos como *previsíveis* (afastando a aplicação do instituto em causa): assim sucederá se se poder afirmar que qualquer contraente diligente e razoável, conhecendo os dados que eram conhecidos no momento da celebração do contrato, poderia ter antecipado essa ocorrência.

Por outro lado, podem ocorrer situações em que, ao invés, as partes equacionaram a possibilidade de verificação de um determinado fenómeno, mas fizeram-no num exercício meramente intelectual de ponderação de cenários: por exemplo, incluindo no clausulado contratual uma cláusula de força maior, através da qual disciplinam o que sucederá às prestações contratuais no caso de se verificarem eventos irresistíveis como uma guerra ou uma pandemia. O facto de a ocorrência de um determinado fenómeno

¹⁰ Imagine-se que, no âmbito da execução de um contrato de concessão para a implementação de uma infraestrutura rodoviária, ocorreu um significativo aumento do preço do combustível, sendo esta matéria-prima necessária para o fabrico de materiais utilizados na execução dos trabalhos. O juízo de prognose mencionado no texto implicará, essencialmente, uma análise de todos os elementos factuais que relevem para conformar, numa perspetiva temporalmente estática, a previsibilidade do fenómeno. É o caso, por exemplo, (i) dos dados estatísticos que retratavam a anterior evolução do índice desta matéria-prima no mercado internacional; (ii) das eventuais estimativas feitas por instituições nacionais e internacionais de referência neste domínio no que respeita à futura evolução desses preços; ou, ainda, (iii) da precedência de certo tipo de eventos geopolíticos que normalmente influenciam a emergência e proporção deste fenómeno inflacionista. Ao cabo deste exercício, cumpre concluir se, razoavelmente, se podia afirmar que as partes o deveriam ter tido em conta nas suas previsões e na definição do preço contratual ou se, ao invés, nada permitiria concluir que o *fluir ou evolução normal* da cotação do petróleo seria nesse sentido.

¹¹ De facto, no direito civil, é hoje genericamente reconhecido que uma noção subjetivista da base do negócio — nela incluindo apenas a “representação de uma parte, patente na conclusão de um negócio e reconhecida pela outra parte, da existência ou da verificação futura de certa circunstância” — se afigura inapta para explicar a relevância da alteração das circunstâncias no curso da vigência de um contrato duradouro e para mediar a aplicação de tal instituto aos casos concretos (cfr., por exemplo, Carvalho Fernandes [2001: 260 ss]; Menezes Cordeiro [2007: 73 ss]; Oliveira Ascensão [2005: 597]; Pires [2019: 179 ss]).

ter sido equacionada, mas apenas nestes termos, não impede que um evento desse tipo, a verificar-se efetivamente, possa ser tido como *imprevisível*¹².

III.3. A anormalidade

7. Para que uma alteração superveniente das circunstâncias habilite um dos contraentes a invocar o instituto previsto nos artigos 312.º, alínea b) e 314.º, n.º 2 do CCP, reclamando uma modificação do contrato ou o pagamento de uma compensação, não basta que essa alteração se possa qualificar como imprevisível, sendo ainda necessário que se verifique a sua *anormalidade*, requisito que está ligado a uma exigência de gravidade das repercussões da alteração imprevisível na execução do contrato.

A consagração deste requisito e a sua autonomia face ao requisito da imprevisibilidade não podem ser questionadas no direito administrativo, uma vez que aquele artigo 312.º, alínea b) do CCP – ao contrário do que sucede com o artigo 437.º, n.º 1 do Código Civil¹³ – expressamente indica como elemento necessário para a constituição dos direitos previstos no n.º 2 do artigo 314.º o de se verificar uma “alteração anormal e imprevisível das circunstâncias”. Parece-nos que este é um dos pontos em que o instituto mantém uma relevante influência da teoria da imprevisão, à luz da qual sempre se entendeu que a partilha pela Administração dos prejuízos incorridos pelo co-contratante pressupõe não apenas que esses prejuízos resultem de uma modificação *imprevisível* das circunstâncias económicas ou técnicas do mercado, mas também que a onerosidade acrescida represente uma “perturbação profunda e anormal”, que não se enquadre no risco normalmente considerado, na “aléa ordinária” da relação contratual (cfr. Laubadère, Moderne, Delvolvé, 1955: 597; Richer, 2019:278; Guettier, 2018: 471).¹⁴

¹² Como explicita Mariana Fontes da Costa, “o exercício meramente intelectual de ponderação de cenários hipotéticos não inviabiliza um juízo de maior ou menor probabilidade da sua ocorrência”. Para aferir sobre a previsibilidade de determinado evento o que releva não é a “previsibilidade abstrata, que diz respeito à ponderação hipotética de cenários de risco”, mas a “previsibilidade concreta, assente num julgamento probabilístico, em função de indícios reais identificáveis à data da celebração do contrato” (2017: 437).

¹³ Onde se prevê que “se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”. Para a grande maioria da doutrina civilista, a alteração anormal é a alteração imprevisível, isto é, aquela que se revela inesperada, traduzindo um desvio no fluir normal dos acontecimentos: ou seja, o requisito da anormalidade é entendido como correspondendo à imprevisibilidade, no sentido anteriormente apresentado no texto (neste sentido, cfr., por exemplo, Carvalho Fernandes [2001: 290]; Menezes Cordeiro [2007: 75]; Pires [2019: 188]; Pires de Lima, Antunes Varela [2002: 413].

¹⁴ Importa notar, contudo, que mesmo no direito civil, são vários os autores que, de uma ou outra forma, fazem depender a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias da *intensidade* do desequilíbrio contratual verificado. Nuns casos, fazem-no utilizando a referência à boa-fé que consta do artigo 437.º do Código Civil: por exemplo, Menezes Cordeiro sustenta que, para que este preceito possa intervir, “deve haver um dano considerável ou a exigência da obrigação assumida não vai afetar gravemente a boa-fé” (2007: 76); Pires considera que aquela referência “implica desde logo que as perturbações sejam manifestamente significativas; sem este desequilíbrio flagrante, respeitante a uma das partes, não haverá lugar à convocação do artigo 437.º” (2019: 188); Carvalho Fernandes considera que “a existência de um prejuízo é condição

Partindo desta ideia de que tem de existir um desequilíbrio contratual e que este deve ser grave, a questão da determinação precisa do tipo e da intensidade que deve assumir o dano para ser atendível tem de ser analisada no *plano concreto de cada negócio*, e não em abstrato, pelo que é de excluir, à partida, a utilização de valores específicos ou critérios rígidos de definição do *quantum* do prejuízo.

Existem, contudo, alguns critérios – legitimados pelo próprio artigo 314.º, alínea b) do CCP – que relevam para aferir sobre a excessiva onerosidade de uma prestação: por um lado, a ideia de *boa-fé*, segundo a qual o prejuízo resultante do facto imprevisto só justifica uma pretensão indemnizatória quando se verifique um desequilíbrio do contrato que tornaria intolerável, à luz de um imperativo indeclinável de justiça, que o lesado o suporte integralmente; e, por outro lado, a consideração dos *riscos próprios do contrato*.

Este último ponto revela-se, quanto a nós, a peça chave para uma aplicação criteriosa do requisito da anormalidade. Com efeito, a medida de gravidade que deve assumir o prejuízo do contraente privado para que se considere verificada uma alteração anormal das circunstâncias é algo que depende, *sempre*, do *concreto grau de risco* assumido por esse contraente ao celebrar o negócio em questão.

Quando se fala em *assunção de um determinado risco* por um dos contraentes num negócio jurídico pretende sublinhar-se que é esse contraente quem, através do seu património, suporta as consequências desfavoráveis no caso de as estimativas formuladas relativamente a um determinado interesse previsto no contrato se mostrarem discrepantes da realidade, por virtude da interferência de circunstâncias exteriores materialmente conexas com o risco transferido. Neste sentido, o risco pode ser definido “*as an uncertainty in regard to cost, loss, or damage*”. (cfr. Hoffman, 1998: 34).

O contrato é sempre o instrumento preferencial para a distribuição, entre as partes, dos riscos do negócio, no sentido aqui explicitado. Correspondendo a celebração de um vínculo contratual, por si só, à assunção dos riscos típicos do negócio em causa, muitas vezes as partes aditam a essa álea, através de disposições contratuais específicas, outros riscos – como, por exemplo, o risco de alteração dos valores das prestações a que se vinculam, de modificação do “ambiente” do contrato ou de sujeição “às consequências de eventuais perturbações nas suas motivações ou expectativas ou de eventos que lhe são desfavoráveis” (cfr. Pinto, 2015: 94).

necessária para a aplicação do artigo 437.º a 439.º mas não é suficiente; por outras palavras, não é qualquer prejuízo que o lesado pode invocar [...]; o prejuízo resultante da alteração das circunstâncias só justifica a resolução ou modificação do contrato quando se verifique um profundo desequilíbrio do contrato, sendo intolerável, segundo a boa-fé, que o lesado o suporte)” (2001). Noutros casos, a questão da intensidade do desequilíbrio contratual verificado parece ser ponderada a propósito da exigência, também prevista no n.º 1 do artigo 437.º do Código Civil, de que a alteração das circunstâncias não esteja coberta nos “riscos próprios do contrato”; por exemplo, para Pinto, “a alteração verificada há de ser de tal tipo e monta que não se possa considerar incluída nos «riscos próprios do contrato», a que alude a parte final do artigo 437.º, n.º 1” (2015: 82); e segundo Carneiro da Frada “o próprio montante dos prejuízos sofridos por uma das partes em consequência de uma alteração de circunstâncias constitui um elemento relevante para determinar os riscos cobertos pelo contrato, particularmente se se verificar uma flagrante desproporção entre tais prejuízos e os benefícios que para esse sujeito possam advir do contrato: tal desequilíbrio será ordinariamente um indício claro de que a alteração anormal se situa fora dos riscos cobertos pelo contrato” (2021: 61).

Neste contexto, a questão fundamental que se coloca é, pois, a de saber de que modo estas cláusulas podem ou não *afastar* ou *condicionar a aplicação do instituto da alteração de circunstâncias*.

Esta questão é particularmente pertinente nos contratos de concessão porque é frequente – seja em concessões de obras públicas, seja em concessões de serviços públicos – tais acordos incluírem uma estipulação segundo a qual as concessionárias assumem, integral e exclusivamente, a *responsabilidade por todos os riscos inerentes à concessão*, exceto nos casos que estejam especificamente previstos no contrato¹⁵. Merece por isso uma atenção particular.

Quanto a este ponto, a nossa opinião é, em síntese, a de que – pelas razões que em seguida se explicitarão – as cláusulas deste tipo¹⁶ não afastam aplicação do instituto da alteração das circunstâncias (C.1)), mas moldam a exigência a colocar na verificação do requisito da anormalidade (C.2)).

III.3.1. As cláusulas de alocação de riscos e a vinculatividade do regime legal da alteração de circunstâncias

8. O problema de saber se cláusulas de alocação de riscos do contrato podem afastar a aplicação do regime legal da alteração de circunstâncias tem sido analisado, sobretudo, no âmbito do direito civil, a propósito da imperatividade ou supletividade do regime do artigo 437.º do Código Civil.

Neste domínio, aquilo que tendencialmente se entende é que as partes “têm evidentemente, a possibilidade de definir contratualmente o que sucederá se sobrevier uma certa modificação no «ambiente» do contrato, subordinando-a a um regime específico”. Contudo, quando isso sucede, nada impede que o regime do artigo 437.º possa continuar a intervir “se se verificarem os requisitos, por fora ou para lá do âmbito dos acordos que tenham traçado, e quando eles se mostrem ultrapassados por uma alteração de circunstâncias que sobrevenha”. Assim sucede porque “só é admissível aos sujeitos alocar determinados riscos de superveniências a algum deles dentro dos limites de justiça que a lei imperativa tolera e aceita”, não existindo “propriamente a possibilidade de dispor de um regime que é inspirado em exigências de justiça como o que o artigo 437.º consagra” (cfr. Carneiro da Frada, 2021: 17).

¹⁵ Isto é, com exceção daquelas situações que, nos termos do contrato, sejam expressamente reconhecidas como fundamento de reposição de equilíbrio financeiro da concessão, o que normalmente só abrange (i) a modificação unilateral do contrato pelo contraente público ou (ii) a alteração de circunstâncias imputável a decisão do contraente público, adotada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do cocontratante (*facto do príncipe*).

¹⁶ O mesmo raciocínio é válido para outras cláusulas de alocação de riscos que são habituais noutros tipos de contratos administrativos, como, por exemplo, as que visam rigidificar a prestação contratual do contraente público respeitante ao pagamento do preço, isto é, que visam garantir que esse preço assume uma feição rígida e fixa, independentemente das condicionantes que influam na execução contratual. É o caso das cláusulas de “preço global” nas empreitadas de obras públicas ou das cláusulas que atribuem ao contraente privado o risco da variação do custo da prestação do serviço nos contratos de aquisição de serviços.

Na base desta “inarredável presença do regime legal de alteração de circunstâncias” está a ideia de que o “artigo 437.º do Código Civil é uma expressão da boa-fé, não se esperando dele menos que a função de vigilante da justiça de contratos” (cfr. Carmona, 2023: 1592). O fundamento da alteração das circunstâncias “não se encontra no respeito da vontade das partes, mesmo hipotética, mas na necessidade de, sobrevinda uma alteração, se salvaguardar a justiça da relação contratual; uma justiça de que a ordem jurídica tem uma compreensão objetivada, a partir embora das determinações das partes e considerando as valorações a que procederam quando contrataram. É esse o sentido do recurso à noção de afetação grave dos «princípios da boa-fé» a que alude a redação do preceito”. Assim sendo, “as partes não têm nenhum poder de dispor diretamente sobre tais princípios, porque a razão da sua validade não repousa na sua vontade” (cfr. Carneiro da Frada, 2021: 17).

A doutrina tende a considerar, portanto, que o artigo 437.º, n.º 1 do Código Civil contém efetivamente um cerne imperativo e indisponível, que decorre da teologia que lhe está subjacente: o propósito do regime por ele instituído é o de assegurar que o equilíbrio da relação contratual não se torne intoleravelmente injusto em desfavor de uma das partes quando ocorra uma alteração anormal das circunstâncias; ora, se estas pudessem, por acordo, “afastá-lo antecipadamente perante uma qualquer alteração das circunstâncias que sobreviesse, teria de admitir-se que o sistema jurídico português condescendia, afinal, com que, ocorrida uma qualquer modificação da base negocial, se criassem ou mantivessem situações contratuais intoleravelmente injustas” (cfr. Carneiro da Frada, 2013: 16)^{17/18}.

9. Se no direito civil se tende a considerar, assim, que as regulamentações que as partes tenham querido estabelecer em matéria de alocação de riscos do contrato não permitem afastar, por completo, o regime legal da alteração das circunstâncias, por maioria de razão assim se terá de entender no domínio das relações contratuais administrativas.

Com efeito, enquanto no direito civil vigora a máxima da autonomia privada, tendo os contraentes, à partida, capacidade para conformar livremente o regime do contrato (ainda que fazendo-o de forma objetivamente desequilibrada para uma das partes), a “Administração não se move no campo da liberdade, move-se no campo do Direito, no qual se inclui o princípio da proporcionalidade” (cfr. Carmona, 2023: 1599). Com efeito, por força do artigo 281.º do CCP, o “contraente público não pode assumir direitos e obrigações manifestamente desproporcionados ou que não tenham uma conexão material com o fim do contrato”. Há, portanto, uma vinculação legal a que o feixe de direitos e obrigações contratuais que constituem o conteúdo dos contratos administrativos obedeça a uma lógica de razoabilidade e equilíbrio, a qual seria certamente incompatível com uma

¹⁷ Também sustentando a inderrogabilidade do regime do artigo 437.º do Código Civil, por exemplo, Costa (2017: 328); mesmo autores que partem de uma ideia de supletividade daquele regime – como, por exemplo, Menezes Cordeiro – acabam por reconhecer que essa supletividade não é absoluta, uma vez que a boa-fé desempenha sempre uma “função de controlo” (1984; 1108).

¹⁸ Este entendimento tem sido defendido mesmo para os designados contratos aleatórios – como, por exemplo, os contratos de swap ou os contratos de jogo ou aposta – em que as partes se “submetem voluntariamente a uma possibilidade de ganhar ou perder, dependente de factos que não controlam – ou não controlam totalmente” (cfr. Pinto, 2015: 96). Nesse sentido, cfr. Carneiro da Frada, 2021; Vaz Serra, (1977: 332); Costa (2017: 422).

previsão contratual através da qual o contraente público se *desresponsabilizasse em absoluto* relativamente às circunstâncias que pudessem influir na forma como o contraente privado executa as suas prestações contratuais (fazendo esse contraente suportar as consequências de qualquer evento que venha a ter impacto na execução do contrato, seja qual for a natureza desse evento e seja qual for o impacto financeiro dele decorrente). O princípio da proporcionalidade exige, assim, que o instituto da alteração das circunstâncias se assumam como uma “válvula de escape” do sistema, pronta a funcionar sempre que a assunção de determinado grau de onerosidade pelo co-contratante ultrapasse o limite daquilo que deve ser considerado proporcional e equilibrado no programa contratual em apreço (concluindo-se, assim, portanto, que tal instituto não poderá deixar de ser aplicado mesmo na presença de cláusulas que modelem os riscos próprios do contrato).

Para além do princípio da proporcionalidade, também o princípio da prossecução do interesse público exige solução idêntica: se a Administração está obrigada a garantir que os contratos administrativos (e em particular os contratos de concessão) se cumpram de maneira contínua e regular e na forma mais adequada à satisfação do interesse geral que visam assegurar, ela não pode evidentemente alhear-se, em absoluto, do impacto que eventos imprevisíveis e externos tenham na capacidade do contraente privado para executar as prestações relevantes para esse fim. Dito de outro modo, a Administração “não pode fazer depender as suas funções de áleas incontroláveis”, pelo que também por esta razão “não é possível, nos contratos públicos, suprimir a faculdade de adaptação às circunstâncias, concentrando, designadamente, no particular o risco das eventualidades” (Menezes Cordeiro, 2007: 107).

Em suma, se “no Direito Civil, se poderá discutir se ou até onde podem as partes sujeitar-se (ou sujeitar a outra) a um desequilíbrio, seja inicial, pelos termos em que celebram o contrato, seja subsequente, pela regulação que tenham tentado da alteração das circunstâncias”, a Administração, “sujeita ao princípio da legalidade não se pode mover no campo da injustiça, nem “optando” pelo seu desfavor, nem impondo-o a outro” (cfr. Carmona, 2023: 1600). O regime legal da alteração de circunstâncias não pode, portanto, ser derogado por vontade das partes, seja qual for a previsão contratual de alocação dos riscos¹⁹.

III.3.2. As cláusulas de alocação de riscos e a exigência de uma onerosidade acrescida como requisito da alteração de circunstâncias

¹⁹ Haverá, pois, que interpretar este tipo de cláusulas considerando o ordenamento jurídico na sua globalidade, que é um dos elementos que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, terá necessariamente de ter em consideração, nos termos do artigo 236.º do Código Civil, para determinar o sentido de uma declaração negocial. Assim, tais cláusulas nunca poderão ser interpretadas no sentido de que os contraentes privados têm de, aconteça o que acontecer, suportar *todo e qualquer custo decorrente* da verificação superveniente de fatores imprevisíveis que gerem uma onerosidade acrescida na execução da sua prestação contratual, porque isso conduziria à invalidade dessas cláusulas (uma vez que não é possível afastar a aplicação aos contratos administrativos das regras do CCP que consagram o instituto da alteração de circunstâncias) e um declaratório normal, *medianamente sagaz e diligente*, ao determinar o sentido de uma declaração negocial, atende às valorações gerais do ordenamento jurídico em que se integra, pelo que certamente não daria a esses preceitos contratuais uma interpretação que determinasse o seu desvalor.

10. Mas esta conclusão não significa que se possa dizer, ao invés, que este tipo de cláusulas são irrelevantes para a aplicação do instituto da alteração de circunstâncias.

Na verdade, um contraente privado que, através de uma disposição contratual específica, assume o risco de ocorrência, durante a execução do contrato, de eventos suscetíveis de influenciar os respectivos custos ou receitas não pode estar, para efeitos da invocação daquele instituto – que, como determina alínea b) do artigo 312.º do CCP, deve ter em conta os “riscos próprios do contrato” – na mesma condição que um agente económico que, num outro contrato do mesmo tipo, não tenha assumido esse risco. Aquela alocação de risco deve relevar, na nossa opinião, para determinar o *grau de onerosidade* que a alteração superveniente e imprevisível deve provocar para que seja qualificada como anormal, justificando a aplicação do regime previsto no n.º 2 do artigo 314.º do mesmo Código.

Na determinação daquilo que deve ser considerada uma “onerosidade excessiva” – isto é, uma perturbação juridicamente relevante da economia contratual – é evidentemente indispensável atender à *composição de interesses* que tenha sido estabelecida pelas partes. Se o risco de determinada variação do custo ou das receitas associadas a uma determinada prestação tiver sido contratualmente alocado ao privado, isso não significa que, ocorrida uma variação desses parâmetros por força de um evento imprevisível, esse sujeito esteja impedido de invocar a alteração de circunstâncias para tutelar a sua posição; mas tal alocação de risco não pode deixar de ter um sentido útil, que será o de implicar que a medida da intensidade que deve atingir o prejuízo por ele sofrido para que seja considerado *anormal* (e justificativo de uma compensação equitativa ou modificação do contrato) tenha de ser significativamente maior.

Esta conclusão em nada contraria o princípio da proporcionalidade que, como vimos, condiciona necessariamente a Administração na conformação do regime dos contratos administrativos, e, designadamente, na distribuição, por essa via, do risco do negócio entre os contraentes. Com efeito, se uma das partes assume, expressamente, suportar as consequências de determinados eventos imprevisíveis que sobrevenham na execução do contrato, não se pode afirmar, pura e simplesmente, que, verificados esses eventos, seja *desproporcional* que tal parte suporte os custos acrescidos deles decorrentes, mesmo que esses custos não assumam uma dimensão particularmente relevante. Ao invés, dever-se-á entender, por princípio, que estamos perante uma *consequência natural do risco assumido por uma empresa económica*, ou seja, uma circunstância que se integra na “álea normal” que um empreiteiro deve suportar, pois ele decidiu que as obrigações que assumiu (onde se inclui esse risco) estavam cobertas – e eram remuneradas – pelas condições da oferta económica recebida. O espaço para a invocação da alteração de circunstâncias não desaparece, mas fica mais diminuto, limitado a situações em que a elevação dos custos/perda de receitas do contraente privado assumam uma dimensão *particularmente significativa*, traduzindo uma perturbação profunda da economia contratual²⁰.

²⁰ Discordamos assim do entendimento segundo o qual as cláusulas dos contratos de concessão como aquelas que analisamos no texto são necessariamente inválidas por violação do princípio da proporcionalidade, não podendo ter um sentido interpretativo

Note-se que, como por vezes se afirma, a “*incerteza tem um preço*”, razão pela qual a assunção de riscos por uma das partes está normalmente associada a um prémio de risco. Neste quadro, permitir a invocação da alteração das circunstâncias sem atribuir um efeito minimamente relevante à alocação contratual do risco implicaria “desonerar do risco aquele que normalmente recebeu, como contrapartida da sua assunção, um prémio de risco – isto é, conduziria a uma vantagem injustificada” (cfr. Pinto, 2015: 93)²¹.

Assim, julgamos que a vinculação do contraente público a uma configuração proporcional das prestações do co-contratante face às suas não restringe o seu espaço pré-contratual, no sentido de inibir juridicamente a possibilidade de pactuar com o co-contratante uma distribuição de riscos do negócio, dispondo sobre uma divisão de responsabilidades acerca de contingências que se verifiquem na execução do contrato. Existindo essa divisão de responsabilidades e verificado um evento que respeita à esfera de risco por essa via transferida para o contraente privado, este não fica impedido de invocar a alteração de circunstâncias, mas este instituto só deve intervir, para reequacionar a composição de interesses feita pelas partes, quando os eventos imprevisíveis a desvirtuarem de forma particularmente *anormal e disruptiva* em relação àquilo que, comprovadamente, se pode considerar ter sido a adesão das partes²².

11. Em suma, pode concluir-se que a virtualidade aplicativa do instituto do caso imprevisto ou alteração das circunstâncias aos contratos de concessão de atividades públicas *não pode ser afastada por manifestação de vontade contratual das partes* (traduzida, por exemplo, nas cláusulas que atribuem à concessionária a *responsabilidade pela generalidade dos riscos inerentes à concessão*), mas também *não é, de todo, independente da alocação de risco decorrente dessa manifestação de vontade*, projetando-se na medida de onerosidade necessária à verificação do requisito da anormalidade.

III.4. Possibilidade de cumprimento do contrato

12. Finalmente, o terceiro requisito de aplicação da alteração de circunstâncias reside na *possibilidade de cumprimento do contrato*.

Com efeito, se o facto estranho à vontade das partes e imprevisível no momento da celebração do contrato não torna mais onerosa a sua execução, mas, objetivamente, impossibilita o seu cumprimento, estamos

que garanta a sua utilidade e, ao mesmo tempo, conformidade à ordem jurídica (cfr., por exemplo, Melo (2011: 74; 145 ss).

²¹ Como refere, na doutrina brasileira, Barbosa Pinto, nestes casos “desproporcional seria admitir o reequilíbrio quando os riscos assumidos pelo concessionário se materializassem. Ao proceder dessa forma, estaríamos alterando a equação inicial do contrato em vez de preservá-la e, o que é pior, compensaríamos duplamente o parceiro privado por um mesmo fato – uma vez na licitação, outra no reequilíbrio” (2006:165).

²² Dito por outras palavras, quando as partes definem contratualmente o que acontecerá se ocorrer uma modificação do “ambiente” do contrato, isso “não afasta propriamente o regime do artigo 437.º, n.º 1, substituindo as suas consequências por outras, antes modela a situação contratual fáctica à qual ele é suscetível de se aplicar, restringindo o seu campo de aplicação” (cfr. Carneiro da Frada, 2021: 17).

perante um *caso de força maior*²³. A verificação de uma situação deste tipo – sempre que esteja em causa uma impossibilidade temporária, uma vez que o obstáculo à execução não é definitivo – tem, essencialmente, um efeito exoneratório, excluindo a responsabilidade do devedor pelos prejuízos causados pelo não cumprimento pontual da sua obrigação²⁴. Mas, exatamente por não estar em causa uma situação coberta pela alteração de circunstâncias, o contraente privado não poderá invocar o direito a uma compensação pelos prejuízos eventualmente incorridos (a não ser que o contrato expressamente o preveja²⁵).

IV. Efeitos

13. A comprovada existência de uma situação de alteração de circunstâncias, por verificação dos requisitos configurados na alínea b) do artigo 312.º do CCP, produz um duplo efeito: por um lado, origina a obrigação do contraente privado de prosseguir na execução do contrato; por outro, constitui a Administração no dever de ajudar o co-contratante a fazer face às dificuldades anormais que esse cumprimento pressupõe, em resultado da circunstância imprevista.

O primeiro destes efeitos não carece de especial explicação: a obrigação de não interromper a prestação contratual é a única solução conforme com um dos objetivos subjacentes à consagração deste instituto no ordenamento jurídico administrativo, que é, precisamente, como se disse, o de garantir a continuidade da satisfação do interesse geral subjacente ao contrato.

Quanto ao dever de a Administração auxiliar o co-contratante, ele pode assumir duas modalidades, definidas no n.º 2 do artigo 314.º do CCP: a (i) “modificação do contrato” ou (ii) a atribuição ao contraente privado de “uma compensação financeira”.

²³ Pense-se, por exemplo, numa situação em que a realização da empreitada necessária à implementação da infraestrutura objeto de um contrato de concessão de obra pública exige, de modo insubstituível, certos bens cuja obtenção se afigura impossível por força de restrições à circulação internacional ou de condicionamentos na produção em diferentes países (como sucedeu, recentemente, por força da pandemia da COVID-19 ou da guerra entre a Rússia e a Ucrânia). Nesta hipótese, estamos, claramente, perante uma situação qualificável como caso de força maior, ou seja, perante um acontecimento externo às partes, imprevisível (isto é, que elas não poderiam antecipar ou controlar) e inevitável (ou seja, cujos efeitos se produzem independentemente da vontade ou circunstâncias pessoais dos contraentes), que torna inviável o cumprimento de determinada obrigação.

²⁴ Se o contrato administrativo em causa não tiver uma regulação específica sobre estas situações, essa exoneração da responsabilidade do devedor resultará da aplicação do regime da impossibilidade de cumprimento temporária não imputável ao devedor, previsto no artigo 792.º, n.º 2 do Código Civil.

²⁵ Vários contratos de concessão de obra pública que foram celebrados em Portugal ao longo das últimas décadas preveem, quanto a situações típicas de força maior, um regime em que a sua verificação não implica o pagamento de uma compensação equitativa pelo contraente público, determinando mesmo a sua sujeição ao dever de reposição integral do equilíbrio financeiro do contrato. Sendo esta uma questão que não está diretamente relacionada com o objeto do presente artigo, não podemos deixar de afirmar que nos parece que tal solução, obrigando o contraente público a colocar o co-contratante na posição em que estaria se não se tivesse verificado o caso de força maior, se afigura totalmente desrazoável, fazendo recair sobre aquele contraente, integralmente, as consequências de um risco que não se integra na esfera administrativa e que ele não está minimamente em condições de gerir ou antecipar.

IV.1. A modificação do contrato

14. A modificação do contrato tenderá a ocorrer – de modo isolado ou, mais habitualmente, em conjugação com o pagamento de uma compensação financeira, destinada a compensar prejuízos já verificados – em situações em que existam elementos que permitam concluir que a alteração superveniente e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar não se verificará de modo temporário, mas se continuará a refletir, com grande probabilidade, ao longo de toda a execução do contrato²⁶.

Nestes casos, o contraente público e o contraente privado – ou na falta de acordo entre eles, um tribunal (cfr. artigo 311.º do CCP) – estão habilitados a proceder a um ajustamento do contrato que tenha em conta as dificuldades que afetam a sua execução, designadamente por via de uma revisão dos preços contratuais²⁷.

Esta modificação, tendo em conta o seu fundamento, não está sujeita aos limites que estão previstos no n.º 2 do artigo 313.º do CCP para a modificação dos contratos administrativos por razões de interesse público. Isso não significa, contudo, que estejamos perante uma opção totalmente desvinculada: por um lado, haverá que respeitar sempre o limite da *natureza global do contrato*, não podendo o ajustamento das cláusulas contratuais transmutar essa natureza (cfr. artigo 313.º, n.º 1); por outro lado, a modificação deverá ser realizada, como prescreve o n.º 2 do artigo 314.º, segundo “critérios de equidade”.

Como é sabido, a equidade, sendo um conceito dificilmente definível, tem necessariamente subjacente, ainda assim, uma ideia clara: a de que está em causa uma forma de fazer *justiça* para além, ou com independência, dos limites do sistema jurídico-positivo. De facto, a equidade “postula um não aprisionamento da Justiça pelo conjunto (articulado) de normas e princípios historicamente vigentes”, constituindo um *modo de decidir* em que o aplicador do Direito deverá, sem esses constrangimentos, procurar aquilo que é objetivamente justo, através de uma decisão “maximamente individualizada e adaptada às circunstâncias do caso concreto” (cfr. Carneiro da Frada, 2012: 120, 138).

Neste quadro, a função da equidade, no caso específico do artigo 314.º, n.º 2 do CCP, é a de assegurar uma “repartição justa das consequências excessivas [...] decorrentes da alteração de circunstâncias” (cfr. Carvalho Fernandes, 2001: 301), permitindo ao aplicador procurar encontrar essa repartição sem estar subordinado a critérios normativos pré-fixados. Isso implica, necessariamente, uma ampla margem de liberdade de atuação, na medida em que o juízo equitativo se caracteriza pelo seu caráter “aberto e

²⁶ Se não for possível antecipar, com rigor, a perenidade da alteração das circunstâncias, as partes devem optar por (i) acordar que a correção da onerosidade excessiva se fará pelo pagamento de uma compensação com determinada periodicidade, cuja atribuição efetiva dependerá da verificação, nesse período, dos requisitos do instituto; ou (ii) proceder a uma modificação dos preços contratuais sujeita a uma condição resolutiva (isto é, cuja eficácia cessará se deixar de se verificar a situação que configura a alteração imprevisível e anormal das circunstâncias).

²⁷ Outras alterações – como a redução da prestação do contraente privado ou a modificação dos prazos de cumprimento – são possíveis, tendo sempre como limite, no caso de a modificação ser solicitada ao tribunal, o pedido do autor. Sobre esta questão, Pires (2011: 195).

moldável às exigências axiológico-normativas do caso concreto” (cfr. Costa, 2017: 501; Carneiro da Frada, 2012: 115).

Contudo, essa liberdade estará sempre limitada, pelo menos, pela salvaguarda da *razão de ser e finalidade* do instituto da alteração de circunstâncias. Com efeito, “no apelo à Justiça do caso concreto não está apenas implicada a ponderação das circunstâncias específicas do litígio a decidir, antes tem de ser levada em conta a função que à equidade o legislador reservou em cada uma das suas aplicações específicas” (cfr. Carvalho Fernandes, 2001: 301).

No caso em apreço, esse respeito pela teologia do instituto implicará, designadamente, que a modificação a realizar não se traduza numa reposição do equilíbrio financeiro inicial do contrato, no sentido de colocar o contraente privado na situação em que estaria se não tivesse havido alteração²⁸, mas vise apenas assegurar a repartição das consequências excessivas associadas ao cumprimento do contrato por força da ocorrência dessa alteração, que não é imputável a qualquer das partes. O objetivo da modificação não é “a eliminação integral dos prejuízos sofridos pelo lesado por força da alteração superveniente das circunstâncias, mas apenas a distribuição equitativa, por ambas as partes, dos prejuízos que resultam da materialização dos riscos não cobertos” (cfr. Costa: 2017 496.) pelo contrato, na exata medida em que essa distribuição seja necessária para eliminar a situação de inexigibilidade de cumprimento (à luz da boa-fé como justiça objetiva) em que se encontra o particular e para assegurar a continuidade da prossecução do fim de interesse público subjacente ao contrato.

IV.2. A atribuição de uma compensação financeira equitativa

15. O CCP consagra também, como meio a que as partes podem recorrer perante uma situação de alteração imprevisível e anormal de circunstâncias, o da atribuição de uma compensação ao contraente lesado, a qual também tem de ser fixada segundo “critérios de equidade”.

Não obstante a liberdade que está subjacente, como vimos, ao juízo equitativo, parece-nos possível afirmar que a atribuição de tal compensação deverá, por princípio, assentar, metodologicamente, em dois exercícios: (i) a *determinação dos prejuízos* decorrentes dessa alteração para o contraente privado; e (ii) a *repartição desses prejuízos* entre as partes.

16. No primeiro destes exercícios, há uma tarefa que se afigura sempre imprescindível: a de determinar o *momento* ou o *grau de assunção de prejuízos* a partir do qual se pode dizer que a circunstância imprevisível está a causar ao contraente privado danos que configuram uma onerosidade excessiva, por não estarem cobertos pelos riscos próprios do contrato²⁹. Esta apreciação está, naturalmente, ligada de forma indissociável ao juízo

²⁸ Reposição que só está prevista para as situações de modificação unilateral do contrato por razões de interesse público e de alteração das circunstâncias imputável a decisão do contraente público que estão previstas no n.º 1 do artigo 314.º do CCP.

²⁹ Na jurisprudência francesa, fala-se, a este propósito, na definição do “preço-limite”, isto é, da margem máxima de aumento de custos (ou perda de receitas) que poderia ter sido antecipada pelo contraente privado considerando os riscos assumidos no contrato, e cuja ultrapassagem gera uma “situação extracontratual” que justifica a atribuição de uma compensação por imprevisão (cfr. Laubadère, Moderne, Delvolvé, 1955: 596; Ortiz, 1968: 313).

que foi anteriormente feito a propósito da verificação do requisito da anormalidade: esse momento será tão mais dilatado no tempo ou esse grau será tão maior quanto maior foi a margem de risco que, em concreto, é assumida pelo contraente privado no negócio em questão (cfr. *supra*, III, C.2).

Definido esse *limite* a partir do qual se verifica a onerosidade excessiva, podem enunciar-se vários critérios que, dentro do caráter aberto do juízo equitativo, podem ser usados para, com base nesse limite, calcular o prejuízo relevante.

Na jurisprudência francesa, por exemplo, o critério que, no âmbito da teoria da imprevisão, é classicamente utilizado para determinar esse prejuízo – denominado por “carga extracontratual” – é o de atender ao déficit de exploração, isto é, ao “balanço entre as receitas e as despesas do co-contratante durante o período [...] em que a imprevisão se fez sentir” (cfr. Guettier, 2018: 472). É o saldo entre todas as receitas auferidas e todas as despesas incorridas nesse período que determina o prejuízo relevante. Em nossa opinião, este critério, sendo um critério possível, acaba por se traduzir habitualmente num exercício particularmente complexo, que, mesmo se realizado com o apoio de peritos técnicos, suscita uma série de dúvidas e de dificuldades de resolução prática, que o tornam incerto e subjetivo³⁰. E será um critério especialmente difícil de aplicar em contratos como os de concessão, em que está em causa a construção e/ou a exploração de projetos ou serviços de interesse geral de grande escala, considerando toda a diversidade infindável de variáveis que podem influir nessa atividade, projetando-se nas respetivas receitas e custos³¹.

Um critério alternativo, de mais simples aplicação – que tem vindo a ser seguido nos nossos tribunais, sobretudo arbitrais –, passa por determinar os prejuízos relevantes para a atribuição da compensação comparando (i) os custos correspondentes ao mencionado *grau* ou *limite máximo de acréscimo de custos* que o contraente privado deve suportar na sua esfera

³⁰ Alguns exemplos das dúvidas e dificuldades que se têm suscitado na prática: no cálculo das receitas deve valorar-se a diminuição de receitas que pareça ter como causa falhas ou erros cometidos na gestão técnica e financeira da empresa? O que sucede se o período de imprevisão se prolonga durante diversos exercícios económicos, e há exercícios em que há efetivamente um déficit de exploração e outros em que o saldo financeiro da exploração é positivo? No cálculo das despesas devem ser considerados todo o tipo de custos, incluindo despesas não relacionadas diretamente com o exercício da atividade contratada, como despesas de amortização? Se sim, relativamente a que bens?).

³¹ Acresce que a utilização deste critério em França tem uma explicação histórica – o facto de a jurisprudência francesa ter exigido desde sempre, como requisito *autónomo* para a aplicação da teoria da imprevisão, a existência de um “déficit de exploração”, no sentido em que a “imprevisão pressupõe sempre um déficit, uma perda financeira sofrida pelo contraente, que não pode invocar uma simples diminuição dos lucros” (cfr., por exemplo, Laubadère, Moderne, Delvolvé (1955: 595) –, explicação essa que não é transponível para o nosso ordenamento jurídico, em que esse requisito nunca foi autonomizado nos diversos diplomas legais que, de forma avulsa, residual ou geral, consagraram o caso imprevisto. Isto não significa que a existência de resultados financeiros negativos não corresponda a um circunstancialismo tipicamente presente nas situações de alteração de circunstâncias, o que se explica pelo facto de ser dificilmente concebível uma hipótese em que o facto de um contraente privado ter suportado um aumento dos encargos da sua atividade num cenário em que, ainda assim, a execução do contrato se manteve lucrativa possa ser qualificado como uma alteração *anormal* das circunstâncias, como uma onerosidade que ultrapassa os riscos próprios do contrato.

com (ii) os *custos efetivamente suportados* por esse contraente³². Na verdade, se a finalidade do instituto é a de compensar a onerosidade excessiva decorrente de uma circunstância imprevisível, sendo esta determinada pelo aumento de custos/perda de receitas que não caiba na margem de risco normal do contrato, é razoável que todo o acréscimo de custos ou perda de receitas que se verifique acima dessa margem de risco deva constituir a *referência de base* para a determinação da compensação equitativa.

17. Fixados os prejuízos relevantes decorrentes da imprevisão, há que proceder à sua repartição entre os contraentes, determinando quais as consequências onerosas que devem ficar a cargo da Administração e quais as que cabe ao outro contraente suportar.

Essa repartição deve ser feita “segundo critérios de equidade”, o que dá ao aplicador da norma margem para procurar a distribuição mais justa e razoável tendo em conta as circunstâncias específicas do caso concreto. Contudo, como já explicitamos, essa tarefa deve ser sempre orientada pela finalidade e fundamentos do instituto, que nos parece que permitem identificar alguns elementos que *podem* ou mesmo *devem* ser atendidos nesse juízo.

Em primeiro lugar, a compensação *não se destina a cobrir a totalidade* dos prejuízos sofridos pelo particular, porque isso significaria colocar o lesado na posição que teria se se tivessem mantido inalteradas as circunstâncias que se verificavam no momento da celebração do contrato e, como já se disse, essa solução – de reposição do equilíbrio financeiro do contrato – está contemplada na lei apenas para as situações previstas no n.º 1 do artigo 314.º do CCP, e não para a alteração de circunstâncias, cujas consequências são reguladas no n.º 2 deste preceito³³. Isto não significa, contudo, que a decisão equitativa deva traduzir-se numa pura igualdade formal de perdas, numa decisão “salomónica” de divisão do prejuízo entre as partes: nada impede que um dos contraentes suporte a maior parte do prejuízo incorrido pelo co-contratante, se for essa a solução que maximaliza a justiça no caso concreto tendo em conta as circunstâncias desse caso e os outros elementos que podem ser considerados pelo aplicador da norma.

Entre esses elementos estarão, por exemplo:

a) O impacto que a circunstância imprevista teve na *situação financeira* do contraente privado (quais os resultados operacionais que se verificaram no período em que essa circunstância afetou a execução do contrato, qual o reflexo na tesouraria da empresa, etc.). A consideração desse impacto é justificada, desde logo, pelo facto de o instituto em causa ter como um dos seus *fundamentos* a necessidade de garantir que os contratos administrativos se continuem a cumprir na forma mais adequada à

³² Ou, no caso de a circunstância imprevisível determinar uma redução de receitas, comparando (i) as receitas correspondentes ao grau máximo de perda de receitas que o contraente privado deve suportar e (ii) as receitas efetivamente obtidas.

³³ Denotando-se aqui, mais uma vez, a influência da teoria da imprevisão francesa, que, como vimos, desde o início assentou na ideia de que o contraente privado “deve suportar uma parte da carga extracontratual, não sendo a compensação mais do que uma ajuda atribuída pela Administração”, o que tem levado alguns autores a negar que aquela teoria constituía uma concretização do princípio do equilíbrio financeiro do contrato (cfr. Laubadère, Moderne, Delvolvé, 1955: 609).

satisfação do interesse geral, em particular quando estão em causa contratos como de concessão de obras e serviços públicos, que visam muitas vezes satisfazer necessidades coletivas essenciais. Na verdade, se a capacidade financeira da empresa é fortemente afetada, isso conduzirá o contraente a *cumprir defeituosamente* a sua prestação, com prejuízo para a satisfação do interesse público, ou a *interromper a execução contratual*, situações que o mecanismo em causa visa procurar evitar, o que justifica a relevância dada à projeção da alteração de circunstâncias naquela capacidade financeira.

b) Também relevantes podem ser os *resultados financeiros* que a execução do contrato permitiu ao contraente privado obter *antes do período de imprevisão* ou que ele *obteve, está a obter ou expetavelmente irá obter após o fim desse período*^{34/35}. Neste caso, o que justifica a atendibilidade deste elemento é o facto de o instituto em causa ter também como seu fundamento a ideia de boa-fé, aqui entendida no sentido de *justiça objetiva na relação entre agentes jurídicos* (cfr. Carneiro da Frada, 2013: 680). De facto, sendo um dos propósitos do regime aqui apreciado o de assegurar que o equilíbrio da relação contratual não se torne intoleravelmente injusto em desfavor de uma das partes quando ocorra uma alteração imprevisível das circunstâncias, a repartição da onerosidade acrescida decorrente da circunstância imprevisível não poderá deixar de atender aos benefícios que a colaboração na prossecução do interesse público já proporcionou ao contraente privado: por exemplo, se esses benefícios são avultados, impor a esse privado uma medida relevante dessa onerosidade acrescida, num período circunscrito da execução contratual, não poderá ser visto como algo que afete a base de justiça da relação contratual, mas sim como a solução que mais se coaduna com ela³⁶.

c) Finalmente, também poderá ser ponderado o *comportamento* do contraente privado na execução do contrato após a verificação da circunstância imprevisível. Se ele desencadeou esforços relevantes para minimizar os efeitos lesivos dessa circunstância, as exigências objetivas de justiça justificam que essa conduta seja valorizada positivamente na fixação

³⁴ Afirmando a relevância dos resultados financeiros na repartição da “carga extracontratual” à luz da teoria da imprevisão: Braibant et al (2018: 175 ss); “Circulaire relative à l’execution des contrats de la comande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matieres premières”, aprovada pelo Primeiro-Ministro francês em 29/09/2022, disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/45371?init=true&page=1&query=Circulaire+n%C2%B06374%2FSG+du+29+septembre+2022&searchField=ALL&tab_selection=all.

³⁵ A propósito da modificação do contrato como consequência da alteração de circunstâncias no direito privado, defende Pires que a “parte afetada deverá outrossim ter consciência da «linha do tempo» que se entretete ao longo da execução contratual e que pode levar a excluir uma modificação do contrato em virtude de um pontual desajustamento, compensável com movimentos expectáveis de sinal inverso” (2021: 31).

³⁶ Como já explicitava Caetano, verificada uma situação de imprevisão, “se a execução do contrato já produziu anteriormente lucros avultados e suficientes para permitirem a constituição de reservas [...] e se os lucros se produziram e por imprevidência não foram constituídas [ess]as reservas, é ainda da responsabilidade do particular suportar uma parte dos prejuízos correspondente aos ganhos indevidamente consumidos” (2011: 629).

da compensação equitativa; se, pelo contrário, ele não adotou as medidas razoavelmente exigentes a um contraente prudente e essa falta de diligência o tornou particularmente sujeito aos efeitos da alteração de circunstâncias, as mesmas exigências de justiça comutativa justificam que esse comportamento seja valorado nesse momento mas no sentido de uma diminuição da compensação³⁷.

³⁷ Reconhecendo a relevância do comportamento das partes para a modificação equitativa do contrato por alteração das circunstâncias, Fernandes (2001: 305); Costa (2017: 503).

Referências

- Almeida MA. Teoria Geral do Direito Administrativo. 7.^a ed. Coimbra: Almedina; 2014
- Braibant et al. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. 21.^a ed. Paris: Dalloz; 2018
- Cadilha A. A teoria da imprevisão nos contratos administrativos: gênese e receção no direito português. Cadernos Sêrvulo de Contratos Públicos. N.º 02/2016
- Caetano M. Manual de Direito Administrativo. Vol. I. 10.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora; 2011
- Carmona M. Cláusulas de valor fixo e alteração das circunstâncias nos contratos administrativos. In: Estudos em Homenagem à Prof. Doutora Maria da Glória Garcia. Vol. II. Lisboa: Almedina; 2023
- Carmona M. Reflexões em torno da impossibilidade definitiva na execução dos contratos administrativos. e-Publica. Vol. 7, n.º 3. 2013
- Carneiro da Frada MA. A equidade (ou justiça com coração). ROA. N.º 72. 2012
- Carneiro da Frada MA. Banca, *swaps*, alteração de circunstâncias, crise financeira mundial. In: Alteração das circunstâncias e justiça do contrato. Cascais: D. Quixote; 2021
- Carneiro da Frada MA. Crise mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs contratos de gestão de carteiras. ROA. Ano 69. 2013
- Costa MF. Da alteração superveniente das circunstâncias. Coimbra: Almedina; 2017
- Fernandes LC. A teoria da imprevisão no Direito Civil português. Lisboa: Almedina; 2001
- Guettier C. Droit des contrats administratifs. 3.^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence; 2018
- Hoepffner H, Ubaud-Bergeron M. La théorie de l'imprévision: retour vers le future. In: Actualité juridique Droit administrative. LexisNexis; 2022
- Hoffman SL. The Law and Business of International Project Finance. Kluwer Law International; 1998
- Laubadère P, Moderne H, Delvolvé L. Traité de droit administratif. Vol. II. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence; 1955
- Magalhães Colaço A. Revista de Legislação e Jurisprudência. N.º 51. 1918
- Melo P. A distribuição de risco nos contratos de concessão de obras públicas. Coimbra: Almedina; 2011

Menezes Cordeiro JO. Contratos públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro. *O Direito*. N.º 2. 2007

Menezes Cordeiro JO. Da Boa-fé no Direito Civil. Vol. II. Coimbra: Almedina; 1984

Mota Pinto P. O contrato como instrumento de gestão do risco de “alteração das circunstâncias”. In: *O contrato na gestão do risco e na garantia da equidade*. Coimbra: Almedina; 2015

Oliveira Ascensão A. Onerosidade excessiva por alteração das circunstâncias. *ROA*. Dezembro 2005

Oliveira ME. *Direito Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora; 1980.

Ortiz G. *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*. Madrid: Civitas; 1968

Pinto MB. Repartição de risco nas parcerias público-privadas. *Revista do BNDES*. v. 13. N.º 25. Rio de Janeiro; 2006

Pires CM. *Contratos - perturbações na execução*. Lisboa: Almedina; 2019

Pires CM. *Direito das Obrigações em tempo de calamidade - Reflexões durante um ano de pandemia*. Coimbra: Almedina; 2021

Pires CM. Efeitos da alteração de circunstâncias. *O Direito*. Ano n.º 145, I-II. 2011

Pires de Lima FA, Antunes Varela JM. *Código Civil Anotado*. Vol. I. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora; 2002

Richer L. *Droit des Contrats Administratifs*. 11.ª ed. Paris: Dalloz; 2019

Rivero J, Walline J. *Droit Administratif*. 20.ª ed. Paris: Dalloz; 2004

Sánchez PF. Reequilíbrio financeiro, caso imprevisto e *faut du prince*: autonomia entre distintos mecanismos de tutela da posição dos co-contratantes da Administração. In: *Estudos sobre contratos públicos*. Lisboa: Almedina; 2019

Vaz Serra A. Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias. *BMJ*. N.º 68. 1977