

MODOS DE REPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO EM CONTRATOS DE CONCESSÃO - UMA ANÁLISE JURÍDICA E FINANCEIRA¹

METHODS OF FINANCIAL BALANCE RESTORATION IN CONCESSIONS - A LEGAL AND FINANCIAL ANALYSIS

HONG CHENG LEONGⁱ

Lisbon Public Law Research Centre - Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Portugal
ORCID 0000-0002-1929-3945

LUÍS BRANDÃOⁱⁱ

Portugal

Resumo: O presente artigo analisa os modos de reposição do equilíbrio financeiro (REF) em contratos de concessão, com enfoque nos aspetos jurídicos e financeiros. Destacando a distinção entre a fundamentação do direito à REF e o preenchimento do conteúdo desse direito, o objeto do presente artigo centra-se no último, procurando identificar as condicionantes normativas que decorrem do Código dos Contratos Públicos. Dentro dessas condicionantes normativas, propõe-se uma metodologia estruturada para a concretização da REF, que inclui quatro etapas principais: (i) delimitação dos impactos elegíveis, (ii) quantificação do seu valor nominal, (iii) consideração do fator temporal na avaliação financeira e (iv) determinação da modalidade de reposição. O objetivo principal do presente texto visa equacionar uma solução, fundamentada numa perspetiva integrada e multidisciplinar, que assegure que a REF mantém o equilíbrio financeiro do contrato originalmente estabelecido, sem conferir vantagens indevidas a qualquer das partes.

Palavras-chave: Concessão; Reposição do Equilíbrio Financeiro (REF); Caso Base

Abstract: This article examines the mechanisms for restoring financial equilibrium (REF) in concession contracts, focusing on legal and financial aspects. Highlighting the distinction between the basis of the right to REF and the definition of its content, the article focuses on the latter, aiming to identify the regulatory constraints arising from the Public Procurement Code. Within these regulatory constraints, a structured methodology is proposed for implementing REF, consisting of four main steps: (i) delimiting eligible impacts, (ii) quantifying their nominal value, (iii) considering the temporal factor in financial assessment, and (iv) determining the modality of restoration. The primary objective of this article is to propose a solution, grounded in an integrated and multidisciplinary perspective, that ensures REF maintains the financial equilibrium originally established in the contract, without granting undue advantages to either party.

Keywords: Concession; Restoration of Financial Equilibrium (REF); Base Case

¹ O presente artigo reflete única e exclusivamente a opinião dos seus autores, não vinculando, direta ou indiretamente, qualquer entidade com estes relacionada.

1. Introdução

1. Na doutrina portuguesa, é comum o entendimento de que a reposição do equilíbrio financeiro (doravante, “REF”) se traduz numa exigência jurídico-constitucional que visa tutelar a posição jurídico-contratual do contratante/concessionário/parceiro privado de um contrato administrativo, sobretudo considerando a sujeição, por força da lei, deste aos poderes contratuais unilaterais do contraente público/concedente/parceiro público. Considera-se inadequada, por isso, a compreensão do instituto da REF – atualmente previsto no Código dos Contratos Públicos (doravante, “CCP”), nomeadamente nos artigos 282.º, 314.º, n.º 1, alínea a), e 354.º –, através do seu estrito enquadramento na temática da responsabilidade contratual (por factos lícitos) da entidade administrativa².

Não nos afastamos deste entendimento que não considera a REF como uma mera questão de responsabilidade contratual. Não obstante, a propósito de uma abordagem didática do objeto do presente texto – “modos de REF em contratos de concessão” –, autonomizando-o da questão sobre os “pressupostos constitutivos do direito à REF em contratos de concessão”, afigura-se-nos útil e conveniente recorrer à visão metodológica desenvolvida pela doutrina da responsabilidade civil, a qual distingue, no plano problemático, entre a “*fundamentação* de uma pretensão de responsabilidade” e o “*preenchimento do conteúdo* de uma pretensão de responsabilidade devidamente fundamentada”. Com efeito, um tema é analisar a viabilidade jurídica de um pedido de REF submetido pelo concessionário, o que implica a necessidade de indagar os pressupostos constitutivos (quer substanciais, quer procedimentais) deste pedido; outro tema é, *após* a devida comprovação da viabilidade do pedido do concessionário, aferir sobre o modo juridicamente admissível e financeiramente adequado para corrigir ou suprir o desequilíbrio contratual causado pelo evento que fundamentou o pedido de REF. Dito de forma mais simples, enquanto o primeiro tema visa averiguar se o concessionário tem direito à REF peticionada, o segundo tema coloca-se a jusante, indagando como é que a REF (devidamente fundamentada) deve ser realizada. Trata-se, pois, de dois temas com focos problemáticos diferentes: questão de “se” *versus* questão de “como”.

2. *Prima facie*, esta separação temática não foi acolhida de forma expressa e nítida pelo legislador na sistematização do CCP. Contudo, tal não impede a identificação de dois “blocos de normas” consagrados no CCP que regulam, de modo diferenciado, os dois temas em apreço que tocam à REF nos contratos administrativos de concessão. Concretamente, a regulação normativa sobre os pressupostos constitutivos do direito à REF (do concessionário) encontra-se no n.º 1 do artigo 314.º e nos n.ºs 1 e 2 do artigo 282.º do CCP³; por seu turno, o bloco normativo que regula o modo de REF é composto pelos n.ºs 3 a 6 do artigo 282.º.

Em complemento, é de notar que o Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio (que aprovou o regime que disciplina a intervenção do Estado na definição,

² Manifestando dúvidas sobre este entendimento, Assis Raimundo (2022: 162, nota 301).

³ No caso de REF nos contratos de empreitada de obras públicas (que está fora do alcance do presente texto), importa atender-se também aos pressupostos plasmados no artigo 354.º do CCP.

conceção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas e cria a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos⁴), embora não regule o regime substancial da REF⁵, prevê um regime procedimental aplicável à efetivação da REF através da negociação, o qual, em nosso entender, se baseia na aludida visão metodológica que distingue entre o momento de «fundamentação de um pedido de REF» e o momento de «preenchimento do conteúdo de um direito à REF fundamentado». Com efeito, atendendo em particular ao disposto nos artigos 21.º e 22.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, e segundo a prática que conhecemos, a instauração de um procedimento negocial que tem como objeto a REF de uma parceria público-privada pressupõe, *a montante*, uma análise fundamentada pelo representante do parceiro público sobre a verificação ou não dos pressupostos constitutivos do direito à REF invocado pelo parceiro privado. Só se a conclusão (de natureza preliminar e não vinculativa) do representante do parceiro público for positiva (e se essa conclusão obtiver, desde logo, a concordância do membro do Governo responsável pela área do projeto em causa) é que haverá lugar à constituição de uma comissão de negociação⁶, que vai apurar, em diálogo com o parceiro privado, o modo de efetivação da REF em causa. Nota-se, por isso, que, no âmbito do Decreto-Lei n.º 111/2012, a

⁴ A relevância da consideração deste diploma legal no âmbito do presente texto é justificada pelo facto de as parcerias público-privadas serem, *em princípio*, contratos administrativos com natureza concessória.

Com efeito, segundo o disposto no n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, “entende-se por parceria público-privada, adiante abreviadamente designada por parceria, o contrato ou a união de contratos por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração, e riscos associados”. A parte final desta disposição normativa, que refere a repartição de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado, encontra-se posteriormente desenvolvida no artigo 7.º, que determina, *inter alia*, que “o estabelecimento da parceria deve implicar uma significativa e efetiva transferência de risco para o setor privado” – cfr. n.º 1, alínea b).

Por ora, sob influência do Direito da União Europeia, o legislador do CCP adotou um conceito de concessões que o distingue de outros contratos administrativos com base no critério de transferência significativa e efetiva do risco de exploração das obras ou serviços concessionados para o concessionário (*v. maxime*, artigo 413.º do CCP). Portanto, segundo as palavras de Pedro Costa Gonçalves, “[n]o direito português, a transferência de risco não constitui apenas um critério de identificação ou um elemento da definição de concessão; corresponde a uma exigência dos contratos que “concedam” ao cocontratante da Administração, por junto, as responsabilidades de execução, de financiamento e de exploração” (2016: 589, nota 5).

Constata-se, por isso, a conexão intrínseca entre o conceito de parcerias público-privadas adotado no Decreto-Lei n.º 111/2012 e o conceito de contratos de concessão acolhido pelo legislador do CCP.

Sem prejuízo, cumpre esclarecer que, por um lado, nem todas as concessões são parcerias público-privadas para o efeito do Decreto-Lei n.º 111/2012, nomeadamente os contratos de concessão que não são celebrados por um parceiro público a que se refere o n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 111/2012.

Por outro lado, não se ignora que o n.º 4 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 111/2012 não exclui a possibilidade da existência de parceria público-privadas sem natureza concessória, embora se afigure pouco comum a verificação dessa possibilidade.

⁵ Isto é, o Decreto-Lei n.º 111/2012 não consagrou disposições normativas que fixem os pressupostos constitutivos do direito à REF do parceiro privado, nem regras que disciplinem o modo de REF que pode ser acordado entre o parceiro público (através da comissão de negociação constituída ao abrigo do próprio Decreto-Lei n.º 111/2012) e o parceiro privado no âmbito da negociação.

⁶ Refira-se que, nos termos dos n.ºs 3 e 4 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, a constituição de uma comissão de negociação exige igualmente a intervenção do membro do Governo responsável pela área das finanças e (do coordenador) da Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos.

diferenciação metódica entre o «momento de fundamentação de um pedido de REF» e o «momento de preenchimento do conteúdo de um direito à REF fundamentado» se encontra até “materializada” no plano jurídico-procedimental. O que reforça a pertinência da autonomização indagatória do tema de “preenchimento do conteúdo de uma pretensão de REF devidamente fundamentada” (em face do tema sobre os pressupostos constitutivos do direito à REF), o qual constitui o objeto fulcral do presente texto.

3. Sem embargo, importa frisar que a bipartição entre a «fundamentação/constituição do direito à REF» e o «preenchimento do conteúdo de um direito à REF constituído» representa apenas uma abordagem didática da questão global da REF (em contratos de concessão), cujo objetivo principal consiste em discernir os focos problemáticos destes dois temas. Por isso, a sua adoção *não* implica qualquer pretensão de segregar, *de forma rígida e estanque*, estes dois momentos interligados na apreciação integral de um pedido de REF. Nomeadamente, o modo como, num caso concreto, um determinado pressuposto constitutivo da REF se encontra reunido pode influenciar a análise das questões levantadas no momento do «preenchimento do conteúdo de um direito à REF constituído». Pense-se, por exemplo, num pedido de REF baseado na alegada diminuição do tráfego de uma concessão rodoviária em que a receita de portagens pertence ao concessionário; caso no momento de «fundamentação/constituição do direito à REF» se chegue à conclusão de que este pedido é só parcialmente procedente – porque, a título exemplificativo, tal diminuição do tráfego é apenas, em parte, imputável a um ato do concedente enquadrável numa das duas alíneas do n.º 1 do artigo 314.º do CCP –, esta conclusão não pode deixar de ser relevante aquando do «preenchimento do conteúdo de um direito à REF constituído», sobretudo atendendo ao disposto no n.º 6 do artigo 282.º do CCP, que determina que a REF não pode “*cobrir eventuais perdas que já decorriam [do equilíbrio financeiro do contrato inicialmente estabelecido] ou eram inerentes ao risco próprio do contrato*”⁷.

Aliás, na prática, pode acontecer que a realização de um mesmo exercício analítico se enquadre em ambos os temas de REF em apreço. Referimos, em especial, o exercício de quantificação do desequilíbrio financeiro alegado pelo concessionário. Não se duvida que este exercício releva imediatamente para o «preenchimento do conteúdo de um direito à REF constituído», uma vez que, como veremos com mais desenvolvimentos *infra*, é com base no valor quantificado do desequilíbrio que se apura a quantia da(s) prestação(ões) pecuniária(s), o número de anos adicionais da vigência da concessão, *etc.*, que se pode atribuir ao concessionário em sede da REF. Por enquanto, é de notar que, na “tradição” das concessões, é prática comum a estipulação nos contratos de um “limiar quantitativo”, referente ao valor do desequilíbrio financeiro devidamente quantificado, cuja superação constitui

⁷ Mais concretamente, deve ser desconsiderado, por isso, o impacto financeiro inerente à “parte” da diminuição do tráfego que, *in casu*, não é suscetível de fundamentar a atribuição do direito de REF ao concessionário. Sem dúvida, como a doutrina salienta, “em contratos com algum grau de complexidade, isto obriga a uma tarefa exigente de autonomização ou segregação dos impactos de diferentes factos que, em muitos casos, não são fáceis de autonomizar”, cfr. Assis Raimundo (2022: 163).

um pressuposto constitutivo do direito à REF⁸. Por conseguinte, caso esta cláusula contratual exista, a quantificação do desequilíbrio financeiro passa a ser um exercício *igualmente* relevante no momento de «fundamentação/constituição do direito à REF». Sem prejuízo, é compreensível que o grau de precisão exigido a esse exercício de quantificação seja mais elevado no momento de «preenchimento do conteúdo de um direito à REF constituído», dado que, para o efeito da verificação do “limiar quantitativo” (e, pois, para a constituição do direito à REF), basta demonstrar que o valor do desequilíbrio ultrapassou seguramente o “limiar”.

Isto dito, vamos proceder à análise das questões principais que, dos pontos de vista jurídico e financeiro, se suscitam no momento de «preenchimento do conteúdo de um direito à REF constituído».

2. Condicionantes normativas e considerações metodológicas

4. Conforme mencionado sucintamente *supra*, o bloco normativo que regula, de forma geral, o modo de REF em contratos de concessão é composto pelos n.ºs 3 a 6 do artigo 282.º do CCP^{9/10}. Sem prejuízo das observações que serão desenvolvidas nas partes subsequentes do presente texto, a ideia essencial subjacente a estas normas é que *tanto* o cálculo do valor do “desequilíbrio” e a associada parametrização do “equilíbrio inicial” (objeto de reposição), *como* a forma de satisfação do direito à REF (do concessionário) devem seguir, *em princípio*, as regras que se encontrem

⁸ A jurisprudência já teve a oportunidade de confirmar a legalidade desta “prática comum”. Veja-se o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 2021, processo n.º 01973/20.2BEPRT, em que o Tribunal defende que “[...] assumindo-se que até um limiar de 100.000,00€, não há alteração dos pressupostos, o mesmo é dizer, que a equação financeira subjacente ao contrato não sofre qualquer modificação relevante, presumindo-se que apenas acima deste valor ocorre uma alteração substancial dos pressupostos com base nos quais foi determinado o valor das prestações previsto na proposta adjudicada. Note-se que o limite de 100.000,00€ corresponde a uma redução da receita ou a um aumento de custo na ordem dos 0,1% do rendimento que o contratante poderá retirar da execução do contrato, o que não é de molde a poder considerar-se como suscetível de alterar os pressupostos em que assentou o preço proposto, sendo que, as Apelantes não invocam que esse limite seja minimamente relevante. Por outro prisma, é apodítico que as Apelantes quando apresentaram as respetivas propostas, ao definirem o preço proposto, não terão deixado de levar em linha de conta o disposto no n.º 2 da cláusula 45.ª do CE”.

⁹ A este propósito, cabe mencionar que existem concessões com regimes especiais, ora plasmados em diplomas setoriais, ora constantes dos decretos-leis (amiúde, anteriores ao CCP) que aprovam as respetivas “bases legais”. Considerando o limite do presente texto, estes regimes especiais encontram-se fora do âmbito da nossa indagação. Sem prejuízo, refira-se que, em regra, estes regimes especiais não contrariam o mencionado regime geral consagrado, *de iure condito*, nos n.ºs 3 a 6 do artigo 282.º do CCP.

¹⁰ Acresce que, no momento presente, ainda se encontram vigentes alguns contratos de concessão cujo procedimento de formação foi lançado antes da entrada em vigor do CCP (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro). Por força do disposto no artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, o CCP não é aplicável à execução destes contratos. No entanto, a verdade é que (i) os n.ºs 3 e 4 do artigo 282.º do CCP foram “herdados”, de facto, dos regimes especiais (*i.e.*, os decretos-leis que aprovam as “bases legais”) dessas concessões mais “antigas”; (ii) o n.º 5 do artigo 282.º configura uma norma claramente supletiva; e que (iii) como se explicará *infra*, o n.º 6 do artigo 282.º traduz a finalidade primordial da REF, pelo que, em nosso entender, constitui o princípio fundamental da REF, estando dotado, pois, da aplicabilidade universal e intemporal. Neste quadro, a nosso ver, a inaplicabilidade *ratione temporis* do CCP a esses contratos de concessão acaba por ser despicieinda na matéria que concerne ao «preenchimento do conteúdo de um direito à REF constituído».

estipuladas no próprio contrato ao abrigo da liberdade contratual de que a entidade adjudicante dispõe na elaboração do caderno de encargos. Por isso, no que respeita a estes temas integrantes do momento de «preenchimento do conteúdo de um direito à REF constituído», o regime plasmado nas citadas normas do CCP tem natureza predominantemente supletiva. Contudo, essa supletividade não é absoluta porquanto, desde logo, resultam da parte inicial do n.º 3 do artigo 282.º e do n.º 4 do mesmo artigo estatuições normativas com conteúdo imperativo (v. *infra*). Aliás, importa referir que o n.º 6 do artigo 282.º do CCP consagrou um limite legal inderrogável, que deve ser respeitado não só no próprio momento da REF, mas também no momento prévio de estipulação das cláusulas contratuais que regulem estas matérias. Designamos este limite legal a *proibição do desvio da finalidade primordial da REF*, segundo a qual a REF, que tem como objetivo exclusivo o restabelecimento do equilíbrio financeiro do contrato que foi adulterado (por um evento ou ato superveniente que, nos termos da lei, constitui uma causa legítima da REF), não pode resultar na introdução ao contrato de uma nova equação financeira que ia melhorar a posição de alguma das partes contratuais (v. *infra*). Numa palavra, a REF jamais pode traduzir-se na atribuição de um benefício financeiro ou vantagem económica a qualquer das partes¹¹.

5. Contudo, não se olvide que, na prática, é comum que a REF se realize através da introdução de modificações objetivas ao contrato, designadamente por via da revisão do regime remuneratório (do concessionário) contratualmente estipulado e/ou da prorrogação do prazo de vigência do contrato. Trata-se de uma “prática” que está, de facto, legitimada expressamente pela segunda parte do n.º 3 do artigo 282.º do CCP. Levanta-se, assim, a questão de saber se estas modificações objetivas do contrato “concretizadoras” da REF estão sujeitas, *para além do regime constante dos n.ºs 3 a 6 do artigo 282.º*, aos “limites de modificabilidade” fixados (atualmente) no n.º 2 do artigo 313.º do CCP, cuja função principal consiste na tutela do princípio da concorrência na fase de execução do contrato (*i.e.*, a teoria da proibição da modificação substancial¹²).

Na nossa perspetiva, a resposta deve ser negativa à luz do direito vigente, sem prejuízo de, *do ponto de vista prático*, essa “isenção” da sujeição da «modificação concretizadora da REF» aos “limites de modificabilidade” do n.º 2 do artigo 313.º do CCP não dever ser compreendida de forma absoluta e perentória. Explicando:

i) Desde logo, é de notar que o próprio legislador não exige a sujeição da «modificação concretizadora da REF» aos “limites de modificabilidade” consagrados no n.º 2 do artigo 313.º do CCP. Com efeito, o artigo 314.º do CCP dispõe claramente que o direito do cocontratante (concessionário) à REF, uma vez constituído, será satisfeito nos termos do artigo 282.º do CCP, *não* fazendo qualquer menção ao artigo 313.º. Aliás, o artigo 282.º do CCP também não contém qualquer disposição que remeta para o artigo 313.º. Por isso, e atendendo à presunção do legislador razoável, plasmada no artigo

¹¹ Para Licínio Lopes Martins, “[e]sta máxima traduz o princípio civilístico da compensação na vertente de proibição de enriquecimento” (2014: 724).

¹² Concordamos com a leitura de Miguel Assis Raimundo de que “as *alíneas do n.º 2 do artigo 313.º não são, apenas, exemplos de situações contrárias à concorrência, mas concretizações da ideia mais ampla, resultantes da leitura global do proémio desse n.º 2, segundo a qual as alterações substanciais ali previstas são problemáticas, essencialmente, pelo seu impacto na concorrência pré-contratual*” (2022: 204).

9.º, n.º 3, do Código Civil, deve entender-se que a intenção do legislado do CCP é, precisamente, não vincular a «modificação concretizadora da REF» ao disposto no artigo 313.º do CCP (claro está, conquanto estas modificações cumpram cabalmente as regras constantes do artigo 282.º do mesmo código);

ii) Além disso, cabe referir que, após a revisão levada a cabo pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, os referidos “limites de modificabilidade” passam a aplicar-se apenas à «modificação fundada em razões de interesse público»^{13/14}. Ora, não é o interesse público que justifica ou impõe a introdução ao contrato de «modificações concretizadoras da REF». Com efeito, a REF constitui uma imposição legal e, para alguma doutrina, até configura um direito do cocontratante (concessionário) garantido no plano jurídico-constitucional¹⁵. Por isso, as modificações contratuais a introduzir em sede da REF devem sempre respeitar os interesses económico-financeiros do cocontratante (concessionário), devendo a sua concretização *ou* decorrer de um procedimento de negociação amigável entre as partes¹⁶, *ou* resultar de uma decisão judicial ou arbitral. Neste quadro, afigura-se-nos indisputável que a implementação e a configuração de uma «modificação concretizadora da REF» não podem estar subordinadas autoritariamente ao interesse público que o contraente público (concedente) pretende prosseguir¹⁷. Por conseguinte, a «modificação concretizadora da REF» não consubstancia uma «modificação fundada em razões de interesse público», cuja introdução, sim, estaria condicionada pelos “limites de modificabilidade” do n.º 2 do artigo 313.º do CCP;

iii) O disposto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 314.º do CCP também corrobora esta conclusão. Com efeito, a letra desta norma é assaz clara ao referir que a atribuição do direito à REF ao cocontratante (a efetuar nos

¹³ Segundo o n.º 2 do artigo 27.º da própria Lei n.º 30/2021:

“As alterações à Parte III do Código dos Contratos Públicos relativas a modificação de contratos e respetivas consequências aprovadas pela presente lei aplicam-se aos contratos que:

- a) Venham a resultar dos procedimentos de formação que se iniciem após a data da sua entrada em vigor;
- b) Se encontrem em execução à data da sua entrada em vigor, desde que o fundamento da modificação decorra de facto ocorrido após essa data”.

¹⁴ A este propósito, cabe referir que, em lugar paralelo (*i.e.*, não no âmbito da análise das «modificações concretizadoras da REF»), a doutrina nacional tem discutido sobre a conformidade desta opção legislativa com o Direito da União Europeia, tendo em conta que as Diretivas da Contratação Públicas não contêm disposições que isentem a «modificação do contrato por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias», a que se refere a alínea *b*) do artigo 312.º, dos mencionados “limites de modificabilidade”.

Manifestando hesitações: Gouveia Martins (2021: 227-228). Considerando a opção legislativa nacional em apreço desconforme com o Direito da União Europeia: Assis Raimundo (2022: 210-214).

A título complementar, mencione-se que, antes da reforma de 2021, já existia doutrina que defende que “certos condicionamentos e limites aplicáveis à modificação por razões de interesse público não fazem sentido vigorar para a modificação por alteração anormal das circunstâncias: assim parece suceder, desde logo, com os limites relacionados com a protecção da concorrência”, *cfr.* Gonçalves (2010: 48). Veja também, Gonçalves (2015: 571).

¹⁵ Para mais desenvolvimentos, *v.* Lopes Martins (2014: 695 ff.).

¹⁶ Estando em causa uma parceria público-privada, a instauração e a condução deste procedimento de negociação deve obedecer ao disposto no artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio.

¹⁷ Assim, coerentemente, a introdução de modificações contratuais em sede da REF não pode ser realizada através de um ato administrativo contratual do contraente público/concedente. Expressamente neste sentido, Assis Raimundo (2022: 159-160).

termos do artigo 282.º do CCP) constitui a «consequência» que se verifica “quando o contrato seja modificado por razões de interesse público, nos termos da alínea c) do artigo 312.º”, distinguindo, pois, entre a «modificação fundada em razões de interesse público» e a «REF», através do estabelecimento de uma relação “causa-consequência” entre estas duas vicissitudes correlacionadas na execução do contrato. Por outras palavras, o que está sujeito aos “limites de modificabilidade” plasmados no n.º 2 do artigo 313.º do CCP é a «modificação-causa» (fundada em razões de interesse público), e não a «modificação-consequência» (introduzida em sede da REF).

Julga-se que este entendimento está, de certo modo, acolhido pelo Tribunal de Contas, que já teve a oportunidade de afirmar que:

“Conforme vem sendo entendido e decidido por este TdC, com a norma constante da alínea d) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC, pretende-se garantir a fiscalização prévia relativamente ao acréscimo de despesa que decorra de uma modificação objetiva ao contrato que tenha sido convencionada pelas partes ou determinada por ato administrativo do contraente público, nos termos do preceituado no art.º 311., n.º 1, als. a) e c), do Código dos Contratos Públicos (CCP), por um dos fundamentos previstos no art.º 312.º daquele Código.

De fora do campo de ação da norma ficarão as situações em que ocorre uma modificação ao contrato por imposição legal.

No presente caso [...] resulta que a acordada compensação não consubstancia uma modificação objetiva do contrato inicial, mas antes uma das formas de reposição do equilíbrio financeiro, previstas na lei e, nessa medida, não consubstancia uma modificação objetiva do contrato, mas sim, um ato resultante da normal execução do contrato inicial, constituindo uma normal vicissitude do mesmo, pelo que não se enquadra na previsão da alínea d) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC”¹⁸ (sublinhado adicionado).

iv) Mais se refere que, salvo melhor opinião, a não sujeição da «modificação concretizadora da REF» aos “limites de modificabilidade” consagrados no n.º 2 do artigo 313.º do CCP não é incompatível com o regime de modificabilidade do contrato estabelecido nas Diretivas da Contratação Pública.

Por um lado, a doutrina qualificada nesta matéria tem salientado que o regime das Diretivas não deve ser interpretado como uma regra que regule, de forma exaustiva, todas as hipóteses de modificações contratuais admissíveis¹⁹.

Por outro lado, e fundamentalmente, importa frisar que a posição aqui defendida não conduz a qualquer descuramento da tutela do princípio da concorrência na fase de execução do contrato. Com efeito, recorde-se que, conforme explicado *supra*, resulta do n.º 6 do artigo 282.º do CCP o princípio fundamental de que a REF jamais pode traduzir-se na atribuição de um benefício financeiro ou vantagem económica a qualquer das partes contratuais, na medida em que a finalidade da REF consiste exclusivamente no restabelecimento do equilíbrio financeiro do contrato que foi adulterado. Ora, esse equilíbrio financeiro, objeto de reposição, corresponde ao

¹⁸ Cfr. Decisões proferidas no âmbito do Processo de Fiscalização Prévia 64/2023 e do Processo de Fiscalização Prévia 65/2023.

¹⁹ Cfr. *inter alia*, Treumer (2014: 148); Arrowsmith (2014: 602).

resultado da concorrência alcançado na fase de formação do contrato. Nessa senda, se a finalidade das modificações concretizadoras da REF reside precisamente na manutenção deste resultado da concorrência obtido na fase pré-contratual, a garantia do não desvio deste fim (assegurada pelo n.º 6 do artigo 282.º do CCP) será suficiente para prevenir, devidamente, o risco de fraude à concorrência na fase de execução do contrato;

v) Sem embargo, questione-se: assim sendo, é possível que, *em sede da REF*, se introduza modificações objetivas de tal dimensão (quantitativa ou qualitativa) que possam, entre outros, “alargar consideravelmente o âmbito do contrato” – corolário que o artigo 313.º, n.º 2, alínea c), do CCP pretende precisamente evitar? Por exemplo, será legítimo prorrogar, por 12 anos, um contrato de concessão com a duração inicial de 15 anos, se tal for necessário, *com base numa análise financeira rigorosa e bem fundamentada*, para restabelecer o equilíbrio financeiro do contrato que foi adulterado?

Do ponto de vista *analítico*, diríamos que esta questão, apesar da sua pertinência, não está colocada de forma oportuna. Com efeito, em virtude da *finalidade restaurativa* da REF, a sua “dimensão” é necessariamente o reflexo da “dimensão” da perturbação que a causa da REF provocou no equilíbrio financeiro do contrato. Por isso, o levantamento da questão em causa deveria ter lugar, *a montante*, no momento da «modificação causadora da REF», e não no momento da «modificação concretizadora da REF». Ou seja, em bom rigor, o que deve estar sujeito aos “limites de modificabilidade” do n.º 2 do artigo 313.º do CCP é a «modificação causadora da REF», e não a «modificação concretizadora da REF». Portanto, das duas uma: *ou* a «modificação causadora da REF» é “substancial” por não conseguir passar os testes do n.º 2 do artigo 313.º do CCP, caso em que esta modificação será ilegal e contaminará a REF efetuada com base nela; *ou* a «modificação causadora da REF» está conforme com o n.º 2 do artigo 313.º, caso em que já *não* se deverá ressuscitar a questão da “substancialidade da modificação” quanto à «modificação concretizadora da REF». Assim, voltando ao exemplo *supra*, o foco de análise não se deve centrar nos 12 anos de prorrogação (em sede da REF) em si, mas sim na «modificação causadora da REF» que provocou um impacto de tal dimensão que exige 12 anos adicionais de vigência do contrato para que o equilíbrio financeiro esteja reestabelecido.

Pois bem, compreenda-se que uma modificação objetiva do contrato imputável ao contraente público (concedente), se constitui uma causa a REF, é porque ela gera impacto *negativo* na esfera contratual do cocontratante (concessionário). Nestes termos, admitimos que é comum que uma «modificação causadora da REF» não corresponda a qualquer uma das situações proibidas que se encontram tipificadas nas três alíneas do n.º 2 do artigo 313.º do CCP²⁰. Contudo, importa salientar que estas três alíneas têm natureza meramente exemplificativa, pelo que nada impede que uma «modificação causadora da REF», mesmo que não se subsuma em qualquer uma daquelas três hipóteses, possa ser considerada como uma “modificação

²⁰ Pense-se num ato administrativo contratual do concedente que determina o congelamento das taxas de portagem de uma autoestrada concessionada em que esta receita pertence ao concessionário. Julga-se difícil concluir-se que esta modificação contratual introduzida unilateralmente pelo concedente (em razões de interesse público) possa alterar o resultado da concorrência pré-contratual (nos termos referidos na alínea a) do n.º 2 do artigo 313.º), colocar o concessionário numa situação mais favorável do que a resultante do equilíbrio inicialmente estabelecido, ou alargar consideravelmente o âmbito do contrato de concessão.

substancial”²¹ inadmissível nos termos da lei, cuja aferição deve ser realizada com base “[n]uma análise casuística à luz das circunstâncias do caso concreto, das cláusulas contratuais e da economia global do contrato e/ou peças do procedimento pré-contratual, bem como do regime legal” (cfr. Gouveia Martins, 2021: 225). Nestes termos, não se vislumbra problema quanto à “reserva” dos “limites de modificabilidade” do n.º 2 do artigo 313.º do CCP à «modificação causadora da REF», não os aplicando à «modificação concretizadora da REF»;

vi) É verdade que a causa da REF pode não residir na adoção de um ato administrativo contratual ablativo pelo contraente público (concedente), ao abrigo do “poder exorbitante” previsto na alínea c) do artigo 302.º do CCP. Com efeito, conforme mencionado na alínea a) do n.º 1 do artigo 314.º do CCP, *também* tem lugar à REF quando o desequilíbrio contratual verificado for imputável a um ato ou medida extracontratual adotada pelo contraente público (concedente) “fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual que se repercute de modo específico na situação contratual do cocontratante” – *i.e.*, a conhecida figura do “facto do príncipe”. Ora, neste último caso, e sobretudo quando o “facto do príncipe” tiver a forma de um ato legislativo, os “limites de modificabilidade” previstos no n.º 2 do artigo 313.º do CCP *não* constituem os respetivos parâmetros de validade. Todavia, não se pode olvidar que esta norma do CCP é uma transposição das normas constantes das Diretivas da Contratação Pública que regulam a admissibilidade da modificação objetiva do contrato na fase de execução. Nestes termos, com vista a garantir o respeito pelo primado do Direito da União Europeia²², o contraente público deve, antes de adotar o “facto do príncipe”, aferir da sua conformidade com os “limites de modificabilidade” previstos no n.º 2 do artigo 313.º do CCP. Por conseguinte, mantém-se o nosso entendimento de que, *do ponto de vista analítico*, a «modificação concretizadora da REF» não configura – mas a «modificação causadora da REF», sim – o momento oportuno para assegurar a observância dos “limites de modificabilidade” previstos no n.º 2 do artigo 313.º do CCP;

vii) Sem prejuízo, a perspetiva analítica acima apresentada deve ser complementada pela seguinte observação de pendor prático. Isto é, não é obrigatório que haja uma segregação formal entre a «modificação causadora da REF» e a «modificação concretizadora da REF». Com efeito, consoante o caso, é totalmente possível que as partes contratuais celebrem um acordo que regula *conjuntamente* estas duas modificações interligadas. Aliás, no caso de contratos de concessão classificados como uma parceria público-privada nos termos do Decreto-Lei n.º 111/2012, cabe mencionar o n.º 1 do artigo 20.º deste diploma legal, o qual impõe que “quando o parceiro público pretenda, nos termos fixados no contrato ou na lei, e sem prejuízo da observância do regime jurídico relativo à realização de despesas públicas, proferir uma determinação unilateral suscetível de fundamentar um pedido de reposição do equilíbrio financeiro do respetivo contrato de parceria, deve, previamente, estimar os efeitos financeiros decorrentes dessa

²¹ A este propósito, importa referir, em especial, que segundo o disposto no n.º 4 do artigo 43.º da Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014, “a modificação de uma concessão durante o seu período de vigência é considerada substancial [...] caso torne a concessão materialmente diferente da celebrada inicialmente”.

²² No caso de concessões, refira-se, em particular, ao artigo 43.º, n.º 1 [alínea e)] e n.º 4, da Diretiva 2014/23/UE.

determinação e verificar a correspondente comportabilidade orçamental”²³. Nestes casos, a definição ou previsão “antecipada” do conteúdo da «modificação concretizadora da REF» poderá, sem dúvida, *auxiliar* a análise da “substancialidade” da «modificação causadora da REF» à luz do n.º 2 do artigo 313.º do CCP (na medida em que proporciona uma “*bigger picture*” sobre o caso concreto); no entanto, insista-se, o *objeto direto* desta análise não é a «modificação concretizadora da REF» em si.

viii) Por fim, e em todo o caso, cabe salientar que, a nosso ver, a «modificação concretizadora da REF» está, porém, vinculada ao chamado *princípio da imutabilidade da natureza global do contrato*, que está consagrado, *de iure condito*, no n.º 1 do artigo 313.º do CCP. Ou seja, mesmo em sede da REF, “a Administração pode mudar o contrato mas não pode mudar de contrato” (cfr. Gonçalves, 1999: 258). Assim, considerando que por influência do Direito da União Europeia, o conceito jurídico de concessão está intrinsecamente ligado à transferência de riscos para o concessionário²⁴, entendemos que, em sede da REF, se deve evitar, em particular, a introdução de alterações *significativas* à matriz de riscos subjacente ao contrato de concessão²⁵, de modo a não comprometer a natureza concessória do contrato.

Recorrendo a um “exemplo extremo” para ilustrar a ideia subjacente: imagine-se que o concedente, por razões de interesse público (v.g. proteção ambiental e segurança rodoviária), determina a proibição da circulação de determinadas classes de veículos em alguns lanços que integram uma autoestrada explorada por um concessionário, ao abrigo de um contrato de concessão que atribui a este, como remuneração, a titularidade das taxas de portagem. Por força do princípio da imutabilidade da natureza global do contrato, não se afigura juridicamente admissível que a REF, uma vez devidamente fundamentada, seja efetivada através da substituição do aludido regime de remuneração do concessionário por um regime que passa a remunerá-lo através do pagamento pelo concedente de uma compensação totalmente fixa e independente do nível de utilização da autoestrada, ficando o concedente com a titularidade das taxas de portagem. Isto mesmo que esta modificação do regime de remuneração do concessionário em apreço seja, *no plano financeiro*, adequada para suprir o desequilíbrio provocado por aquela medida imposta pelo concedente. Com efeito, neste cenário, o risco de procura/tráfego da concessão, anteriormente transferido para o concessionário, passaria a ser “internalizado” *in toto* pelo concedente, o que se traduziria numa alteração da matriz de riscos tão drástica que até colocaria em causa a natureza concessória do contrato.

6. Em suma, o regime geral que regula o «preenchimento do conteúdo de um direito à REF fundamentado» - *i.e.*, os modos de REF - consta dos artigos 282.º, n.ºs 3 a 6, do CCP, complementado pelo “princípio da imutabilidade da natureza global do contrato”, que está consagrado, *de iure condito*, no

²³ Tratando-se de exercício instrutório de boas práticas, julgamos que, por força do princípio da boa administração, tal deve ser considerado, na medida do possível, pelo concedente, mesmo que não esteja em causa uma parceria público-privada abrangida pelo âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 111/2012.

²⁴ Veja-se o disposto no artigo 413.º do CCP.

²⁵ No caso de parceiras público-privadas, o artigo 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 111/2012 impõe a elaboração da matriz de riscos e a sua formalização como um anexo ao contrato.

n.º 1 do artigo 313.º do CCP. Reitera-se que, em nosso entender, as modificações contratuais que visam unicamente reestabelecer o equilíbrio financeiro do contrato não estão diretamente sujeitas aos “limites de modificabilidade” (*i.e.*, a proibição da modificação substancial) plasmados no n.º 2 do artigo 313.º do CCP.

Neste enquadramento, procedemos à análise desenvolvida sobre os *termos de aplicação* deste regime geral que regula os modos de REF. Para este efeito, propomos o seguinte método orientador que desdobra a efetivação de uma pretensão de REF em quatro passos:

- i) Delimitação do âmbito de impactos elegíveis para o efeito da REF;
- ii) Quantificação do valor nominal dos impactos;
- iii) Consideração do fator temporal na medição do desequilíbrio financeiro; e
- iv) Determinação da modalidade de REF.

Sem que ignoremos a relevância da figura do “caso base” na REF de contratos de concessão (mesmo que, a nosso ver, a sua previsão seja cada vez menos corrente nas “concessões contemporâneas”), optámos por não aduzir considerações específicas acerca do caso base logo nos pontos subsequentes sobre o método de efetivação da REF acima referido. As nossas observações sobre a (dis)função do caso base no âmbito da REF serão tecidas, autonomamente, no Capítulo III *infra*.

2.2. Delimitação do âmbito de impactos elegíveis para o efeito da REF

7. Na linha da posição adotada que defende a diferenciação entre o momento de «fundamentação de um pedido de REF» e o momento de «preenchimento do conteúdo de um direito à REF fundamentado», afigura-se-nos pacífico que o reconhecimento da verificação de um evento gerador do direito à REF não significa, por si só, a aceitação da inclusão, no “âmbito” desse direito, de todos e quaisquer prejuízos alegados pelo concessionário. Esta observação está suportada, aliás, pela experiência prática, mormente considerando que “ao longo dos últimos anos, não foi raro, a final, concluir-se [...] serem imputadas, ao parceiro público, responsabilidades financeiras manifestamente inferiores aos montantes peticionados inicialmente”²⁶.

Por isso, importa identificar os parâmetros a que deve ficar subordinada a “elegibilidade” de impactos prejudiciais para o efeito da REF.

Neste âmbito, a nossa primeira observação é que é escassa a regulação desta matéria no “regime geral” constante dos n.ºs 3 a 6 do artigo 282.º do CCP; com efeito, e como se desenvolverá *infra*, a disposição relevante a este propósito reside unicamente na parte final do n.º 6 deste artigo. Aliás, no plano doutrinário, a questão também não tem sido amplamente problematizada, sendo certo que os estudos desenvolvidos nesta matéria

²⁶ Cfr. Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos, *Informação de Suporte aos Boletins Trimestrais de 2023*, disponível em: https://www.utap.gov.pt/Publicacoes_utap/PPP_Informa%C3%A7%C3%A3o%20de%20suporte%202023.pdf.

incidem, aliás, mais especificamente sobre a REF nos contratos de empreitada de obras públicas²⁷, e não propriamente sobre a REF nas concessões de obras públicas ou de serviços públicos. Assim, com vista a contribuir para a discussão do tema em apreço, procurámos preconizar um método idóneo para parametrizar a “elegibilidade” de impactos prejudiciais para o efeito da REF, o qual se expõe nos pontos imediatamente seguintes.

a) Movendo-se no domínio do equilíbrio financeiro, a delimitação do âmbito de “prejuízos” ou “perdas” relevantes para o efeito da REF não pode deixar de ser ensaiada, antes de tudo, à luz da teoria e pensamento financeiro. Neste âmbito, cabe referir que, na prática financeira, é comum o entendimento de que a identificação dos prejuízos elegíveis para o efeito da REF depende da aplicação do chamado “método incremental”, o que significa que só são atendíveis em sede da REF os “custos incrementais” do concessionário (aqui incluindo as “receitas incrementais” negativas), entendidos como as variações, quer ao nível dos custos, quer ao nível receitas, que foram espoletados pelo evento gerador do direito à REF. Ou seja, um custo incremental é aquele em que o concessionário não teria de incorrer se o evento gerador da REF não tivesse ocorrido. Por conseguinte, variações, quer ao nível dos custos, quer ao nível receitas, que não foram espoletados pelo evento gerador do direito à REF, e “custos recorrentes” do concessionário (ainda que possam aparentar ter alguma ligação ao evento gerador da REF) não devem ser atendidos.

Numa ótica jurídica, é interessante notar que a teoria financeira do “método incremental” tem, assim, um paralelismo na ideia de causalidade, na medida em que o que este método procura é, no fundo, identificar os impactos adicionais (ao nível dos custos ou receitas) que, *por causa do evento gerador da REF*, afetam o concessionário no desenvolvimento das atividades concedidas. Neste quadro, uma vez que o tema de causalidade/imputação é uma questão fundamentalmente jurídica, a plena compreensão dos termos de aplicação do “método incremental” em sede da REF não pode deixar de ser acompanhado pelo conhecimento do domínio jurídico.

b) Ora, por forma a encontrar o critério para a resolução desta questão de “causalidade/imputação jurídica”²⁸, a *primeira nota* que importa tomar é que, por força do disposto no n.º 6 do artigo 282.º do CCP, a REF não pode cobrir os seguintes dois tipos de prejuízos:

- (i) As “*eventuais perdas que já decorriam* [do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido]”, que se referem, na nossa opinião, às perdas e gastos típicos (e, por isso, previsíveis) de qualquer atividade comercial, tal como, por exemplo, a obsolescência dos equipamentos informáticos com o decorrer do tempo ou os juros pagos por empréstimos bancários; e
- (ii) As perdas que “*eram inerentes ao risco próprio do contrato*”, que abrangem as perdas cuja ocorrência, embora não esteja inicialmente prevista, se encontra na esfera de riscos

²⁷ V. *inter alia*, Otero (1996: 913-985); Lopes Martins (2010: 339-394); Amorim (2019: 1091-1112).

²⁸ Sem prejuízo, não ignorámos que “em contratos com algum grau de complexidade, isto obriga a uma tarefa exigente de autonomização ou segregação dos impactos de diferentes factos que, em muitos casos, não são fáceis de autonomizar”, cfr. Assis Raimundo (2022: 163). Em sentido próximo, Mendes da Costa (2024: 90)

assumidos pelo concessionário²⁹, tal como uma evolução da taxa de inflação desfavorável para o próprio (assumindo-se, claro está, que o risco da variação da inflação não foi internalizado pelo concedente).

Neste quadro, estão perentoriamente excluídos da REF aqueles prejuízos que, mesmo que possam apresentar uma certa aparência de conexão com o evento gerador da REF, devem ser “internalizados” pelo concessionário, na medida em que estão em causa prejuízos que são inerentes à execução normal do contrato, não podendo ser, pois, juridicamente imputados ao evento gerador da REF. Noutra ótica, parece-nos legítimo entender que o n.º 6 do artigo 282.º do CCP constitui uma disposição legal que concretiza, *pela negativa*, o conceito financeiro de “custos incrementais”.

Pense-se no seguinte exemplo: o concedente de um contrato de concessão da exploração do serviço público de transporte de passageiros por modo rodoviário, através de uma decisão unilateral, determinou alterações extraordinárias ao plano de oferta do serviço concessionado³⁰. Mesmo que o plano de oferta alterado não implique qualquer variação na produção quilométrica total da rede, verifica-se que, para o efeito do cumprimento dos novos horários a vigorar no mês imediatamente seguinte, é necessária uma frota composta por, no mínimo, 80 autocarros. Imagine-se agora que, segundo o contrato vigente, o concessionário está obrigado a dispor, a todo o tempo, de uma frota composta por 75 autocarros. Sucede que, atualmente, a frota do concessionário apenas tem 73 autocarros disponíveis, uma vez que 2 autocarros foram imobilizados por causa do dano causado por vandalismo, que constitui um risco assumido pelo concessionário no âmbito do contrato. Consequentemente, para o efeito do cumprimento integral do plano de oferta alterado e do disposto no artigo 419.º do CCP, o concessionário tem de adquirir (ou tomar por aluguer, por locação financeira ou por figuras contratuais afins) 7 autocarros adicionais.

Neste caso, por força do disposto no n.º 6 do artigo 282.º do CCP, entendemos que a REF (requerida pelo concessionário) não pode cobrir os custos inerentes a todos estes 7 autocarros adicionais. Com efeito, recorda-se que o concessionário tem a obrigação de dispor, a todo o tempo, de uma frota com 75 autocarros, sendo certo que a imobilização de 2 autocarros se deve a um evento (vandalismo) *cuja verificação constitui um risco contratualmente transferido para o concessionário*³¹. Assim sendo, os custos necessários para a “substituição imediata” destes 2 autocarros imobilizados – a qual é necessária para o cumprimento dos novos horários a vigorar no mês imediatamente seguinte – *não* são elegíveis para a REF, dado que são inerentes ao risco próprio do contrato (cfr. n.º 6 do artigo 282.º do CCP).

c) Aqui chegados, pergunte-se: todos os prejuízos não excluídos nos termos anteriormente expostos são elegíveis para a REF? Aparentemente, a resposta é positiva, tendo em conta que o legislador não consagrou

²⁹ Esta solução legal está, a nosso ver, em plena coerência com a estatuição do n.º 1 do artigo 282.º do CCP, que determina que, a propósito da constituição do direito à REF, o evento alegado pelo concessionário não se pode traduzir na verificação de um risco assumido por este no âmbito do contrato.

³⁰ Supõe-se, para o presente exemplo, que esta alteração constitua uma causa da REF, nos termos do disposto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 314.º do CCP.

³¹ A transferência do risco de vandalismo para o concessionário constitui uma prática comum.

quaisquer regras adicionais para o efeito, “esgotando” a regulação no n.º 6 do artigo 282.º do CCP. Portanto, desde que passem o crivo do n.º 6 do artigo 282.º, serão atendidos na REF *não só* os «prejuízos diretos» (*i.e.*, os impactos prejudiciais cuja verificação corresponde imediatamente à estatuição do ato administrativo contratual ou do “facto do príncipe” adotado pelo contraente público/concedente, que, nos termos do disposto no artigo 314.º, n.º 1, do CCP, gera o direito à REF), *mas também* todos os «prejuízos indiretos ou acidentais» (*i.e.*, os prejuízos que não apresentam uma “relação de imediação ou finalidade” com a medida do contraente público/concedente geradora do direito à REF).

A título ilustrativo, pense-se num caso em que o concedente impõe ao concessionário a realização de um investimento não previsto no contrato, o qual consiste na digitalização de um determinado serviço/tarefa que integra a concessão. À luz do entendimento exposto, o custo inerente a este investimento, configurando um «prejuízo direto», será atendida no âmbito da REF a requerer pelo concessionário. Por seu turno, se esta transformação digital levar à “inadaptação” de alguns recursos humanos, a indemnização legalmente devida pelo concessionário pelo despedimento destes trabalhadores³² deve ser igualmente considerada como um prejuízo (neste caso, «indireto ou acidental») elegível para a REF, na medida em que não corresponde a um prejuízo excluído pelo disposto no n.º 6 do artigo 282.º do CCP, sendo, em termos financeiros, um “custo incremental” devido ao evento gerador da REF.

Todavia, temos reserva quanto à pertinência deste entendimento. A nosso ver, será mais correto e equilibrado o entendimento de que existe meramente uma *presunção legal* de que todos estes prejuízos – não excluídos nos termos anteriormente expostos – são elegíveis para a REF, *presunção esta que é, porém, ilidível*. Salientamos a importância dessa possibilidade de ilisão da presunção em apreço, a qual tem como funções principais:

- (i) Excluir do âmbito da REF os impactos prejudiciais que, se fossem atendidos, iriam colocar o concessionário “*em situação mais favorável que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido*” (cfr. a primeira parte do n.º 6 do artigo 282.º do CCP), funcionando, por isso, como uma válvula de segurança que visa assegurar a chamada “*proibição do desvio da finalidade primordial da REF*” – *v. supra*; e
- (ii) Expurgar os prejuízos (nomeadamente, o agravamento dos mesmos) que sejam imputáveis a um comportamento irrazoável ou não diligente do concessionário, garantindo, por isso, a vinculação das partes contratuais ao princípio da boa-fé na execução do contrato.

Como exemplo do caso (i), pense-se na adoção pelo concedente, no âmbito de um contrato de concessão rodoviária, de uma medida unilateral que levou à diminuição do tráfego da autoestrada concedida. Imagine que o concessionário, no seu pedido de REF, inclui, entre outros, o impacto financeiro negativo que foi provocado na rentabilidade das atividades complementares³³, cujo exercício foi-lhe autorizado logo aquando da

³² Supõe-se, para o efeito deste exemplo, que seja legal este despedimento por inadaptação.

³³ *V.* artigo 412.º do CCP.

celebração do contrato, alegando que, por causa da diminuição do tráfego, essas atividades complementares, que tinham gerado 100 mil euros (por ano) de lucro para a empresa, vão passar a apresentar um resultado *deficitário* de 20 mil euros anuais.

Por força da aludida presunção, este «prejuízo indireto ou acidental», no valor anual de 120 mil euros, será elegível para a REF. Contudo, não se pode olvidar que, de uma banda, por imposição do Direito da União Europeia, é obrigatória a “separação contabilística” entre a atividade concedida e as atividades complementares, por forma a evitar que a compensação atribuída ao concessionário para a realização da atividade concedida possa traduzir-se num auxílio estatal (proibido) para o exercício da atividade complementar (*i.e.*, a proibição do “subvencionamento cruzado”)³⁴. De outra banda, a lógica económico-financeira subjacente à inclusão, *logo no contrato*, da autorização para a realização de atividades complementares consiste em permitir que o lucro resultante destas últimas constitua uma fonte de rendimentos adicional do concessionário, contribuindo, por isso, para a diminuição do valor da compensação a atribuir pelo concedente ao concessionário para a realização da atividade concedida^{35/36}.

³⁴ Refira-se, entre outros, ao n.º 9 do artigo 5.º, da Decisão da Comissão, de 20 de dezembro de 2011, relativa à aplicação do artigo 106.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral. Segundo esta disposição, “quando uma empresa desenvolve simultaneamente atividades abrangidas e não abrangidas pelo âmbito do serviço de interesse económico geral, a sua contabilidade interna deve apresentar, separadamente, os custos e as receitas relativos ao serviço de interesse económico geral e os relativos aos outros serviços, bem como os parâmetros de afetação dos custos e receitas. Os custos relacionados com eventuais atividades fora do âmbito do serviço de interesse económico geral devem cobrir todos os custos diretos, uma contribuição adequada para os custos comuns e uma remuneração apropriada dos capitais próprios. Estes custos não são objeto de qualquer compensação”.

Em particular no setor de serviços públicos de transporte ferroviário e rodoviário de passageiros, importa mencionar o ponto 5 do anexo ao Regulamento (CE) n.º 1370/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, segundo o qual:

“A fim de aumentar a transparência e de evitar subvenções cruzadas, quando um operador de serviço público explora simultaneamente serviços sujeitos a obrigações de serviço público de transportes que beneficiam de compensação e outras actividades, a contabilidade dos referidos serviços públicos deve ser separada, satisfazendo, no mínimo, as seguintes condições:

- as contas correspondentes a cada uma destas actividades de exploração devem ser separadas, e a parte dos activos correspondentes e os custos fixos devem ser afectados segundo as normas contabilísticas e fiscais em vigor,
- todos os custos variáveis, uma contribuição adequada para os custos fixos e um lucro razoável ligados a qualquer outra actividade do operador de serviço público não podem, em caso algum, ser imputados ao serviço público em causa,
- os custos de serviço público devem ser equilibrados pelas receitas de exploração e pelos pagamentos das autoridades públicas, sem transferência possível das receitas para outro sector de actividade do operador de serviço público”.

³⁵ A este propósito, menciona-se a seguinte nota constante da “Comunicação da Comissão – Enquadramento da União Europeia aplicável aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público (2011)”, “o Estado-Membro pode decidir que os lucros gerados por outras atividades não abrangidas pelos SIEG [*i.e.*, serviços de interesse económico geral], em especial, as desenvolvidas graças às infraestruturas necessárias para a prestação de SIEG, devem ser afetados, no todo ou em parte, ao funcionamento deste último”.

³⁶ Caso a autorização do exercício pelo concessionário de uma determinada atividade complementar tiver lugar apenas *durante a execução do contrato*, o artigo 412.º, n.ºs 2

Neste quadro, o resultado financeiro líquido de uma atividade complementar releva para o equilíbrio financeiro da concessão, mas *tão-somente* como uma fonte de receita. Por conseguinte, no âmbito da REF de um contrato de concessão, os prejuízos ou perdas provocadas numa atividade complementar apenas podem ser atendidos enquanto uma redução da receita da concessão, *mas nunca* como um agravamento dos encargos da concessão. Por isso, *in casu*, só será elegível para a REF a perda de receitas da concessão (no valor de 100 mil euros por ano) que está associada à cessação do lucro das atividades complementares que existia antes da verificação do evento gerador da REF, *mas não* o défice de 20 mil euros por ano provocado pelo evento gerador da REF nas atividades complementares do concessionário. Se não, estar-se-ia a repor não só o equilíbrio financeiro da concessão, mas também o equilíbrio financeiro das atividades complementares (que não foi, nem pode ser garantido ao concessionário)³⁷.

Por sua vez, no que respeita ao caso (ii), o controlo norteado pelo princípio da boa-fé incide designadamente sobre os prejuízos cuja materialização e/ou agravamento o próprio concessionário – em observância do padrão de comportamentos exigível a um operador económico leal e medianamente diligente – deve conseguir controlar ou mitigar. Neste quadro, deve excluir-se da REF, nomeadamente todos os prejuízos cuja verificação e/ou agravamento seja imputável ao próprio concessionário³⁸. Pense-se no seguinte exemplo: um evento gerador da REF causou uma perda considerável da receita da concessão, provocando, nesta sequência, dificuldades de tesouraria do concessionário. Imagine-se que, com vista a atenuar as dificuldades de tesouraria, o concessionário optou por suspender o pagamento do salário devido aos seus colaboradores, o que acabou por provocar uma greve laboral, que resultou num “agravamento” ainda superior da perda da receita da concessão. Segundo o entendimento defendido, caso se comprove que esta opção do concessionário seja ilegal ou se traduza numa gestão indiligente do concessionário (o que será, em abstrato, o caso em que o concessionário, apesar das alegadas dificuldades de tesouraria, proceda à distribuição de dividendos acionistas, em vez de pagar o salário devido aos seus colaboradores), a perda da receita decorrente da greve laboral não poderá ser atendida em sede da REF.

d) Por fim, importa frisar que, na prática, não é incomum que um evento gerador da REF possa acarretar não só impactos prejudiciais, mas também “efeitos financeiros benéficos” para o concessionário. Pense-se na situação, já anteriormente referida, de despedimento (por inadaptação) de um colaborador por causa da digitalização, imposta pelo contraente público/concedente, de um determinado serviço/tarefa que integra a concessão (a qual constitui um evento gerador da REF).

Neste caso, de forma a garantir que a REF não se traduza na atribuição de qualquer vantagem económica ao concessionário, a delimitação do âmbito

e 3, exige que a receita resultante desse exercício seja partilhada entre o concedente e o concessionário, podendo esta partilha de receitas ser “substituída, total ou parcialmente, pela redução do valor das tarifas aplicadas pelo concessionário ou por outras contrapartidas, com expressão financeira, que beneficiem os utilizadores da obra ou dos serviços concedidos ou o próprio concedente”.

³⁷ Aliás, nota-se que o exercício das atividades complementares autorizadas não constitui uma obrigação contratual do concessionário. Por isso, a partir do momento em que estas atividades passam a ser deficitárias, o concessionário pode optar pela cessação do seu exercício.

³⁸ No caso de imputação parcial, a solução será a redução proporcionada do prejuízo em causa, para o efeito da sua consideração no âmbito da REF.

de impactos prejudiciais elegíveis para a REF deve ser acompanhada, paralelamente, da identificação dos “efeitos financeiros benéficiais” decorrentes do evento gerador da REF. Assim, no exemplo em apreço, se é certo que o montante da indemnização devida ao colaborador despedido deverá ser contemplado para efeitos de REF, também o deverá ser a poupança salarial (*i.e.*, um “efeito financeiro benéficial”) que ocorrerá com a cessação de funções do referido colaborador. O valor devidamente quantificado destes “efeitos financeiros benéficiais” deve ser subtraído ao valor dos impactos prejudiciais elegíveis para a REF, cuja quantificação analisaremos *infra* no Capítulo 2.2.

De um ponto de vista resumido, a teoria aplicada para apurar quais são os impactos prejudiciais imputáveis ao evento gerador da REF, também deverá ser aplicada para considerar quais são os “benefícios incrementais” cuja ocorrência é, também, consequência do evento gerador da REF, devendo estes últimos ser subtraídos aos primeiros para o cálculo do *quantum* do desequilíbrio financeiro.

8. Antes de procedermos à análise da questão sobre a *quantificação* dos prejuízos elegíveis para a REF, cabe frisar que, por força do disposto na primeira parte do n.º 4 do artigo 282.º do CCP³⁹, a delimitação dos impactos prejudiciais elegíveis para a REF (acompanhada da identificação dos “efeitos financeiros benéficiais” decorrentes do evento gerador da REF) deve ser exaustiva⁴⁰. Isto é, após a conclusão do acordo negocial/a prolação da decisão judicial ou arbitral definitiva sobre a REF, o concessionário não pode apresentar um novo pedido de REF com base no mesmo evento; aliás, nenhuma das partes pode “reabrir o caso”, solicitando a inclusão de novos impactos não identificados na altura e/ou a exclusão dos impactos então aceites⁴¹. Não se ignora que a segunda parte do n.º 4 do artigo 282.º ressalva que a “*reposição poder ser parcialmente diferida em relação a quaisquer efeitos específicos do evento em causa que, pela sua natureza, não sejam suscetíveis de uma razoável avaliação imediata ou sobre cuja existência, incidência ou quantificação não exista concordância entre as partes*”. Contudo, em nossa opinião, esta norma não isenta que seja *exaustiva* a delimitação dos impactos elegíveis para a REF, mas apenas permite que a discussão de determinados impactos, *oportunamente identificados pelo concessionário*, seja diferida para um momento posterior.

2.2. Quantificação do valor nominal dos impactos

9. Após a devida seleção dos impactos atendíveis no âmbito da REF, cabe quantificá-los, calculando o respetivo valor nominal, *i.e.*, cabe quantificar o

³⁹ Isto é, “a reposição do equilíbrio financeiro efetuada nos termos do presente artigo é, relativamente ao evento que lhe deu origem, única, completa e final para todo o período do contrato [...]”.

⁴⁰ Adotando uma interpretação diferente do n.º 4 do artigo 282.º do CCP, considerando que o legislador consagrou aqui uma regra impertinente que dificulta o cálculo dos danos futuros imputáveis a um evento gerador da REF: Leite Alves (2017: 96-100). Veja-se também o entendimento de Lopes Martins (2014: 724), que considera crítica a imperatividade dessa norma legal.

⁴¹ Isto, a nosso ver, sem prejuízo da aplicabilidade do mecanismo judicial de “recurso extraordinário de revisão”, a que se refere o artigo 154.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

montante dos impactos prejudiciais causados ao concessionário, medido ao nível dos seus fluxos de caixa (ainda sem que seja realizada qualquer atualização temporal ao prejuízo, tema que será abordado seguidamente). Trata-se de uma tarefa essencialmente financeira, para a qual o “regime geral” constante dos n.ºs 3 a 6 do artigo 282.º não prevê quaisquer regras operativas. Nem o n.º 5 do artigo 282.º – que, aparentemente, visa consagrar uma regra supletiva (na falta de estipulação contratual) para esta matéria – , proporciona quaisquer instruções legais para este exercício financeiro. Com efeito, esta disposição normativa limita-se a enunciar o “princípio” de que o valor da REF “é calculado em função do valor das prestações a que as partes se obrigaram e dos efeitos resultantes do facto gerador do direito à reposição no valor dessas mesmas prestações”; contudo, a questão que importa resolver é, exatamente, sobre como se quantificam os tais “efeitos resultantes do facto gerador do direito à reposição no valor dessas mesmas prestações”. Vejamos então.

10. Numa abordagem genérica, este exercício de quantificação implica a comparação entre dois cenários – *i.e.*, o cenário que se verificaria se não tivesse ocorrido o evento gerador do direito à REF (doravante, «cenário hipotético») *versus* o cenário que se verifica na sequência da ocorrência desse evento (doravante, «cenário real») –, procurando apurar a diferença entre os fluxos de caixa nestes dois cenários (a qual, tipicamente, é apurada numa base anual, mas qualquer outra periodicidade considerada adequada poderá ser utilizada)⁴². No que concerne à realização deste exercício em particular, cabe mencionar os seguintes:

a) Relativamente à construção do «cenário hipotético», tal traduz-se num exercício de estimativa e projecção. Consoante o caso, a realização deste exercício pode ser mais fácil ou mais árdua no plano financeiro. Por exemplo, tratando-se de um caso em que o único impacto prejudicial decorrente do evento gerador da REF corresponda ao custo inerente à realização de um novo investimento pelo concessionário, a elaboração do «cenário hipotético» será, à partida, fácil, porquanto tal se traduzirá num cenário em que o valor associado a esse investimento é, simplesmente, zero. Já no caso em que o impacto prejudicial consista na redução do tráfego de uma autoestrada cujas taxas de portagem constituem a remuneração do concessionário, o exercício já se torna mais complexa porquanto a projecção do tráfego para o «cenário hipotético» exige, entre outras, a efetuação de estudos de tráfego para o efeito.

Logicamente, quanto mais rentável for o «cenário hipotético» em comparação com o «cenário real», *i.e.*, quanto maiores forem os fluxos de caixa do primeiro em comparação com o segundo, maior será o valor dos impactos prejudiciais a ressarcir no âmbito da REF. Com efeito, a ideia subjacente ao “método de comparação” em apreço reside em considerar o «cenário hipotético», por comparação ao «cenário real», como a baliza da quantificação dos prejuízos atendíveis no âmbito da REF. Por isso, compreende-se que é assaz relevante o rigor desse exercício de estimativa

⁴² Realça-se que este exercício serve unicamente para apurar o valor nominal dos impactos que, nos termos analisados em II.I, são imputáveis ao evento gerador da REF. Por isso, não se pode distorcer este passo metodológico para o efeito da inclusão (indevida), no âmbito da REF, dos impactos cuja elegibilidade já se encontra afastada a montante.

e projeção, devendo o mesmo utilizar, para o efeito, os dados, estudos e análises mais atualizadas e fidedignas que estejam disponíveis.

A este propósito, cumpre destacar que a Comissão Europeia já teve a oportunidade de se pronunciar, no âmbito do controlo de auxílios de estado, sobre um caso de eliminação, por via legislativa, da portagem aplicável aos veículos pesados de mercadoria numa autoestrada explorada por uma empresa privada em regime de concessão, em que as partes (*i.e.*, a Polónia e a Autostrada Wielkopolska, S.A.) *não* utilizaram o estudo mais atualizado disponível para parametrizar a REF, o que levou a que, *in casu*, ficasse (indevidamente) majorado o valor de compensação atribuído ao concessionário no âmbito da REF. Em concreto, a Comissão afirmou, na Decisão (UE) 2018/556, de 25 de agosto de 2017, que:

“136. [...] o modelo de portagem real utiliza a previsão de tráfego e as receitas do estudo da WSA de 1999 [*i.e.*, o estudo do tráfego e das receitas relativo à autoestrada A2, elaborado pela empresa de consultoria Wilbur Smith Associates (WSA) em 1999], relativamente ao período entre 2005 e 2037. Contudo, como este modelo devia representar a situação financeira do concessionário no momento imediatamente antes da alteração legislativa de 2005 e, como tal, o parâmetro de referência para a fixação da portagem virtual, o modelo deveria ter utilizado uma previsão do tráfego e das receitas atual. Por conseguinte, a Comissão considera que a Autostrada Wielkopolska deveria ter antes utilizado a previsão do tráfego e das receitas atualizada do estudo da WSA de 2004;

[...]

139. Por estes motivos, a Comissão considera que a utilização do modelo de portagem real com base no antigo estudo da WSA de 1999 [...] deu origem a uma sobrecompensação sob a forma de pagamentos de portagens virtuais mais elevados”⁴³.

b) No que respeita ao apuramento do «cenário real», importa mencionar que, *por um lado*, é possível (sendo, tipicamente, o cenário mais usual) que o momento da efetivação da REF (através de um acordo negocial ou uma decisão judicial ou arbitral) seja posterior ao da verificação do evento gerador do direito à REF (sendo certo que, conforme veremos seguidamente, o oposto também pode ocorrer). Ora, nos termos do n.º 3 do artigo 282.º do CCP, “a reposição do equilíbrio financeiro produz os seus efeitos desde a data da ocorrência do facto que alterou os pressupostos referidos no número anterior”. Por isso, no caso em que a efetivação da REF tenha lugar *após* a consumação do evento gerador do direito à REF, o «cenário real» deve refletir, desde logo, a situação financeira do concessionário neste horizonte temporal passado, tendo em consideração

⁴³ A decisão da Comissão Europeia é consultável em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018D0556&from=EL>.

Cumpre referir que esta decisão foi “impugnada” pela entidade concessionária junto do Tribunal Geral e, posteriormente, junto do Tribunal de Justiça da União Europeia em sede do recurso. Contudo, o processo foi julgado improcedente em ambas as instâncias - *v.* o Acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 24 de outubro de 2019, *Autostrada Wielkopolska/Comissão* (T-778/17) e o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 11 de novembro de 2021, *Autostrada Wielkopolska/Comissão* (C-933/19 P).

as informações financeiras (devidamente auditadas) referentes a este período já decorrido (mas claro está, com a devida exclusão dos impactos não elegíveis para a REF). Da comparação entre o «cenário real» e o «cenário hipotético», ambos referentes a este “período passado”, será obtido o *valor nominal* do prejuízo (adequadamente alocado ao período – normalmente anual – em que ocorreu) que foi consumado entre o momento da verificação do evento gerador do direito à REF e o momento (posterior) da efetivação da REF.

Por outro lado, consoante o caso, o evento gerador do direito à REF também pode provocar impactos prejudiciais prolongados⁴⁴ ou cuja materialização está expressamente prevista para o futuro⁴⁵, afetando, por isso, não só a rentabilidade do contrato no presente, mas também no futuro. Nesta situação, *aquando da celebração do acordo de REF/prolação da decisão judicial ou arbitral de REF*, apesar de haver certeza quanto ao facto de o evento gerador da REF afetar um determinado custo ou receita do concessionário, é possível que a latitude desta variação seja ainda incerta⁴⁶. Se isto acontecer, o chamado «cenário real» será, pois, uma “realidade incerta”, fazendo com que a quantificação dos prejuízos futuros (*rectius*, os prejuízos cuja consumação terá lugar no período posterior à produção da eficácia do acordo/decisão de REF) configure um exercício delicado, quer do ponto de vista jurídico, quer do ponto de vista da modelização financeira⁴⁷. Com vista a contribuir para a resolução deste problema, julgamos equacionáveis os seguintes três métodos alternativos (não exaustivos):

- i) Diferir a quantificação e compensação destes prejuízos futuros (incertos) para o momento da sua verificação efetiva – possibilidade esta que é legitimada expressamente pelo disposto na segunda parte do n.º 4 do artigo 282.º do CCP.

Neste método, a REF traduzir-se-á assim num exercício com incidência retrospectiva (*i.e.*, só incide sobre os prejuízos entretanto ocorridos), escusando-se de qualquer regulação prospetiva. Compreende-se, por isso, que está em causa uma solução que visa maximizar a precisão da tarefa de quantificação dos impactos prejudiciais resultante do evento gerador do direito à REF. Contudo, trata-se de uma solução pouco favorável à estabilidade da execução do contrato, uma vez que a sua adoção implica que as partes não darão por concluída a REF de uma só vez, mas, ao invés, vão repondo o equilíbrio financeiro do contrato à

⁴⁴ Por exemplo, uma medida do concedente que determina a eliminação permanente das taxas de portagem de uma autoestrada explorada em regime de concessão.

⁴⁵ Imagine-se uma instrução emitida pelo concedente em 2023, que impõe ao concessionário a realização de diversos investimentos novos, em 2024, 2026 e 2028, sendo o acordo de REF celebrado em 2025. Assim, em 2025, o valor do investimento já realizado em 2024 constitui um “prejuízo real ocorrido”, enquanto o valor dos investimentos a realizar em 2026 e 2028 traduz um “prejuízo real futuro” para o concessionário.

⁴⁶ Utilizando novamente o exemplo de redução do tráfego de uma autoestrada cujas taxas de portagem constituem a remuneração do concessionário: mesmo que haja certeza de que o tráfego será reduzido em todo o prazo remanescente da concessão, não é certo como é que o tráfego real (reduzido) vai evoluir neste período futuro.

⁴⁷ Salientado as dificuldades no cômputo dos danos futuros incertos em sede da REF: Leite Alves (2017: 96-100). No entanto, refira-se que a análise do autor se baseou numa interpretação do n.º 4 do artigo 282.º do CCP que não concordamos, *v. supra*. Veja-se, igualmente, Mendes da Costa (2024: 99-103).

medida que os prejuízos (futuros e incertos) se vão materializando na realidade.

ii) Efetuar a REF com base em estimativas e projeções (referentes à evolução da concessão no futuro) do «cenário real» e do «cenário hipotético», cujo confronto fixaria o valor dos prejuízos, os quais são futuros e incertos, mas seriam, nesta metodologia, previamente estimados.

Trata-se de uma solução que visa permitir a efetivação da REF numa tranche, promovendo, assim, a estabilidade da execução do contrato⁴⁸. Contudo, nota-se que esta solução torna indiferente o modo como aqueles prejuízos (futuros e incertos) se vão materializando na realidade, o que implica que as partes estão a assumir, de facto, o risco quanto à (não) verificação daquele «cenário real» construído por estimativas e projeções, para além do risco de possibilidade de desatualização do «cenário hipotético» face à evolução concreta da concessão⁴⁹. Por isso, compreende-se que a legitimidade deste método depende fundamentalmente do rigor do exercício de estimativas e projeções necessário para a construção dos tais «cenário real» e «cenário hipotético» “cristalizados”. Aliás, com vista a evitar problemas de sobrecompensação ou subcompensação, entendemos que a adoção deste método deve limitar-se aos casos em que a incerteza da latitude dos prejuízos em causa não seja elevada.

iii) Não “cristalizar” o «cenário real» como no método *ii)*, mas basear a sua construção periódica (ou, mais concretamente, o seu “registro”) com base nas informações *concretas* obtidas após a materialização dos tais prejuízos na realidade. Em contrapartida, ao contrário do método *i)*, será previsto logo no acordo/decisão de REF um mecanismo automatizado que permita construir periodicamente o «cenário hipotético» (ou até, automaticamente, o prejuízo obtido pela diferença entre «cenário real» e o «cenário hipotético») com base na evolução concreta da concessão. Trata-se, por isso, de um método intermédio que visa “equilibrar” os dois métodos suprarreferidos. Saliente-se que, em nosso entender, para que este método seja viável, é imprescindível não “cristalizar” o «cenário hipotético», para que se possa refletir nele a evolução concreta da concessão. Com efeito, recorda-se que o «cenário hipotético» funciona como a baliza da quantificação dos prejuízos atendíveis no âmbito da REF. Assim, se não houvesse qualquer “atualização” do «cenário hipotético» em função da evolução concreta da concessão, estar-se-ia a retirar a sujeição do concessionário ao risco de exploração das atividades concedidas⁵⁰, colocando em causa o disposto no artigo 413.º do CCP e,

⁴⁸ Trata-se, por isso, de uma solução útil para as situações em que as partes desejem resolver a REF o quanto antes.

⁴⁹ Por exemplo, consoante o caso, chegando ao ano $N+5$, um «cenário hipotético» construído no ano N para uma concessão rodoviária pode já não refletir, com rigor, o tráfego que se verificaria nesse ano $N+5$ se não tivesse ocorrido o evento gerador do direito à REF.

⁵⁰ Esclarece-se que este problema não se verifica no método *ii)* (ou, pelo menos, não se suscita da mesma forma) porque, ao “cristalizar” *também* o «cenário real», o concessionário mantém-se exposto ao risco de exploração, neste caso, inerente à possibilidade de não verificação deste «cenário real» “cristalizado”. O que defendemos é que não se deve “cristalizar” o «cenário hipotético», mas construir o «cenário real» com base em informações concretas obtidas após a materialização dos prejuízos então incertos. Caso contrário, estar-se-ia a garantir ao concessionário a rentabilidade da concessão subjacente ao «cenário hipotético» “cristalizado”.

consequentemente, o aludido princípio do *princípio da imutabilidade da natureza global do contrato* (v. *supra*). Noutra ótica, a oportunidade da adoção do presente método depende, fundamentalmente, da estipulação de um mecanismo automatizado que permita construir, periodicamente e com a devida precisão, o «cenário hipotético» com base na evolução concreta da concessão.

c) De resto, deixamos uma nota complementar de que, muitas vezes, os impactos prejudiciais já vêm quantificados no pedido de REF submetido pelo concessionário. Trata-se, amiúde, de um requisito estipulado no próprio clausulado contratual para a atendibilidade do pedido. Nestes termos, o papel do concedente consiste, essencialmente, na “validação” do exercício de quantificação efetuado pelo concessionário. Para este efeito, e em complemento daquilo que foi explanado anteriormente, chama-se a atenção especial para a necessidade do controlo da “razoabilidade económica” dos valores que o concessionário previu ou estimou para o «cenário hipotético» e o «cenário real», mormente através de garantir que tais valores correspondem àqueles que seriam obtidos em “condições normais de mercado”⁵¹.

A este propósito, importa chamar a atenção particular para o facto de que, sobretudo nas concessões, é comum o concessionário, sendo uma sociedade-veículo, proceder à subcontratação (com a autorização do concedente) de determinadas atividades concedidas a outros operadores. Nesta situação, caso o evento gerador da REF incremente os custos inerentes à realização das atividades subcontratadas, é usual que o concessionário alegue, como prejuízos causados ao equilíbrio financeiro da concessão, esse aumento do preço do subcontrato afetado. Esta repercussão de custos afigura-se-nos economicamente racional. Contudo, deve notar-se que, amiúde, os subcontratados são os acionistas da própria sociedade concessionária ou as empresas que fazem parte do mesmo grupo. Neste quadro, é especialmente relevante o concedente exigir ao concessionário demonstrar que foi diligente na “negociação” com a entidade subcontratada sobre o aumento do preço do subcontrato cuja execução foi afetada pelo evento gerador da REF do contrato de concessão, comprovando a ausência de qualquer situação de conluio. E em todo o caso, a subcontratação não deve tornar a execução do contrato de concessão mais onerosa para o concedente (em comparação com o cenário de não subcontratação), inclusivamente em sede da REF.

2.3. Consideração do fator temporal na medição do desequilíbrio financeiro

11. Aqui chegados, obtivemos o *valor nominal* dos impactos prejudiciais atendíveis em sede da REF. No entanto, *salvo se o momento da consumação de um prejuízo coincidir perfeitamente com o momento da efetivação da REF*, tal não é suficiente para que possamos proceder, imediatamente, ao apuramento do valor da compensação, do número de anos da prorrogação do contrato, *etc.*, que é necessário para o efeito do «preenchimento do direito à REF do concessionário». Com efeito, para esta finalidade, é imprescindível atender à teoria financeira do “valor do dinheiro no tempo”. Vejamos então.

⁵¹ Em conformidade com a teoria do “preço de mercado”, sedimentada no Direito da União Europeia sobre auxílios de estado.

Começando por analisar as situações em que o prejuízo ocorre num momento *anterior* ao da efetivação da REF, é importante entender que, no plano financeiro, o prejuízo causado ao concessionário é duplo – por um lado, (i) o concessionário é prejudicado no valor nominal do impacto negativo espoletado pelo evento gerador da REF (cujo cálculo foi abordado no Capítulo II.II *supra*) e, por outro lado, (ii) é também prejudicado pelo facto de, no horizonte temporal durante o qual aguardava a efetivação da REF, se encontrar privado desse valor nominal. Com efeito, se a efetivação da REF apenas ocorrer alguns anos após o evento gerador do dano, ao longo desses anos o concessionário viu-se privado de quantias que lhe pertenciam e que poderia ter utilizado à sua discrição e para benefício próprio – nomeadamente, o concessionário poderia ter investido esse montante e, dessa forma, tê-lo rentabilizado ao longo do tempo, ou poderia ter optado por o utilizar para “consumo imediato”, podendo assim satisfazer as suas necessidades ou fazer face às suas obrigações pecuniárias assumidas perante entidades terceiras no âmbito do desenvolvimento das atividades concedidas, o que não é equivalente a fazê-lo no futuro, na medida em que será prejudicado pelo agravamento de preços (tipicamente enquanto consequência da inflação) ou pelas consequências jurídicas negativas associadas à mora no cumprimento daquelas obrigações assumidas perante entidades terceiras.

Em sentido inverso, em situações em que a efetivação da REF se dá por referência a prejuízos que apenas ocorrerão no futuro, é também importante compreender que, na linha do mesmo raciocínio acima exposto, o concessionário beneficiará de receber, *antecipadamente*, o valor da reposição⁵², pelo que este benefício deverá também ser considerado e deduzido ao valor nominal do desequilíbrio financeiro apurado nos termos anteriormente expostos.

Portanto, e de uma forma resumida, quando o momento da consumação de um prejuízo não coincida com o momento da efetivação da REF, é necessário, após a quantificação do valor nominal dos prejuízos (apurado nos termos anteriormente expostos no Capítulo II.II), calcular o seu “valor atual” (também denominado valor atual líquido, ou VAL) à data de entrada em vigor do acordo/decisão de REF – para tal, os prejuízos consumados deverão ser capitalizados, enquanto os prejuízos futuros deverão ser descontados, ambos para o momento previsto para a produção dos efeitos do acordo/decisão de REF.

Saliente-se que se trata de um exercício financeiro com relevância jurídica não despidenda. Efetivamente, à luz da explicação tecida *supra*, a qual incide sobre a teoria financeira do “valor do dinheiro no tempo”, o fator “tempo” é um elemento determinante no equilíbrio financeiro de um contrato. Por isso, é lógico que a REF também não pode deixar de ter em devida consideração o fator “tempo”. Só assim é que se consegue garantir a plena observância do imperativo normativo constante do n.º 6 do artigo 282.º do CCP, que impõe que “a reposição do equilíbrio financeiro não pode colocar qualquer das partes em situação mais favorável que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido”. A título exemplificativo, supondo que a consumação de um prejuízo, cujo valor nominal é 500 mil

⁵² Para além dos benefícios associados à disponibilização antecipada do valor (futuro) para investimento e/ou consumo imediato do concessionário, é equacionável um benefício adicional, o que se prende com o facto de qualquer recebimento futuro enfermar do risco implícito de esse recebimento não se materializar (ou, pelo menos, não nos moldes previstos), risco este que, porém, é anulado pela efetivação antecipada desse recebimento.

euros, vá ocorrer apenas no ano $N+2$, a atribuição ao concessionário no ano N de uma compensação de 500 mil euros traduzir-se-á numa vantagem económica, porquanto se ignorou que, em termos financeiros, 500 mil euros no ano N valem mais do que 500 mil euros no ano $N+2$. Segundo a mesma lógica, caso o valor nominal de um prejuízo consumado no ano $N-2$ seja 500 mil euros, a atribuição ao concessionário no ano N de uma compensação equivalente a este valor constituirá uma situação de subcompensação.

12. Com vista a ilustrar, de forma ainda mais clara, o exercício financeiro que se deve realizar nos termos explicados, a seguinte tabela apresenta o valor atual (ou seja, o valor aquando do momento de efetivação da REF) de três prejuízos imputáveis ao evento gerador da REF, cada um com um valor, em termos nominais, de 150 mil euros, mas cuja ocorrência tem lugar em momentos diferentes (a saber, três anos antes da data de efetivação da REF, um ano antes da mesma data e um ano após):

Exemplo de cálculo	N - 3	N - 2	N - 1	N	N + 1
Reequilíbrio	(a)		(b)	REF	(c)
unidade: milhares de euros					
Prejuízo valor nominal	150		150		150
<i>Fator de atualização (a 10%)</i>	<i>1,33</i>	<i>1,21</i>	<i>1,10</i>	1,00	<i>0,91</i>
Prejuízo valor atual (à data N)	200		165		136
Prejuízo Σ valor atual				501	

A tabela *supra* procede à conversão de cada um destes 150 mil euros nominais no seu valor atual, com referência à data da efetivação da REF. Conforme explicado, este exercício visa apresentar, de modo (mais) fidedigno, a real dimensão do prejuízo para o concessionário, na medida em que capta as suas duas vertentes – por um lado, o efetivo valor nominal do prejuízo e, por outro, o impacto decorrente do desfasamento temporal entre a sua ocorrência e o momento da efetivação da REF, atendendo à teoria financeira do “valor do dinheiro no tempo”. Para o efeito, o prejuízo expresso em valor nominal foi multiplicado pelo fator de atualização – o qual, no presente exercício, tem por pressuposto uma taxa de atualização de 10%⁵³ –, resultando no prejuízo expresso ao seu valor atual, por referência à data ‘N’ de efetivação do REF. Assim, podemos constatar da tabela *supra* que, assumindo uma taxa de atualização de 10%, a compensação de um prejuízo de 150 mil euros (em valor nominal), três anos após a data da sua ocorrência, deve ser realizada através da atribuição ao concessionário de um valor quantificado em 200 mil euros à data ‘N’ de efetivação da REF, o qual compensará, não só o prejuízo nominal, mas também o hiato temporal em que o concessionário se encontrou privado de valores que lhe pertenciam.

⁵³ A fórmula matemática para converter valores nominais (VN) em valores atuais (VA) é a seguinte: $VA = VN \times (1 + taxa)^t$, onde t representa o número de períodos entre a ocorrência do prejuízo e o momento da efetivação da REF (o t e a *taxa* devem ter por base a mesma periodicidade, i.e., a *taxa* deverá ser anual caso o período de cálculo sejam “anos”). O cálculo do “fator de atualização” equivale à última componente da fórmula $[(1 + taxa)^t]$, pelo que, para calcular o valor atual, carece apenas de multiplicar o valor do “fator de atualização” assim obtido, pelo valor nominal.

É também possível confirmar, pela tabela *supra* (comparando os casos de prejuízos ocorridos em “*N-3*” e “*N-1*”), que quanto maior for o hiato temporal entre o momento da consumação do prejuízo e o momento da efetivação da REF, maior será o montante necessário para compensar o concessionário. Em sentido inverso, compensar antecipadamente prejuízos que apenas terão lugar no futuro (v. o caso do prejuízo futuro que se verificará apenas em “*N+1*”), originará um montante de compensação *inferior* ao valor nominal destes prejuízos, o que se entende por se estar a conceder, ao concessionário, a oportunidade de investir ou consumir, antecipadamente, valores que este só teria direito a receber futuramente.

13. Os cálculos agora apresentados tiveram por consideração, a título meramente exemplificativo, uma taxa de atualização de 10%, mas, pergunte-se: qual é a taxa que deve ser utilizada para proceder à atualização monetária (quer capitalização, quer desconto) no exercício financeiro em apreço? Trata-se de uma pergunta com relevância prática significativa, uma vez que, como se compreende, essa taxa influencia diretamente o *quantum* do «preenchimento do direito à REF».

Indagaremos a questão em primeiro no plano financeiro e, posteriormente, no plano jurídico.

14. No plano financeiro, existem diversas opções quanto à mencionada taxa de atualização monetária, algumas das quais analisaremos seguidamente:

- a) Primeiramente, cumpre indicar que a taxa de inflação é uma opção possível, que tem como função anular a variação de preços ocorrida entre o momento de ocorrência do prejuízo (quer presente, quer futuro) e o momento da efetivação da REF. Não obstante, a sua utilização é limitada e não muito usual, porquanto, no plano das funções que a atualização monetária deve cumprir nos termos explanados, a atualização pela inflação apenas anula o impacto da variação dos preços ocorrida neste hiato temporal, mas não considera o impacto financeiro associado a oportunidades de investimento ou, no caso de prejuízos consumados, eventuais penalidades originadas pela mora no cumprimento das obrigações assumidas pelo concessionário perante as entidades terceiras (contratadas no âmbito do desenvolvimento das atividades concedidas).
- b) A taxa de juro é uma segunda possibilidade à qual se pode recorrer para efeitos de atualização monetária⁵⁴, sendo a aplicabilidade prática da mesma mais frequente do que a da anterior, nomeadamente, por o seu valor ser (frequentemente) superior ao da taxa de inflação (já que as taxas de juro, tipicamente, têm já em consideração a evolução generalizada dos preços dos bens e serviços na sua formulação⁵⁵). Não

⁵⁴ Esclarece-se, por isso, que a aplicação da taxa de juro em apreço não significa o pagamento de juros de mora ao concessionário (pelo valor do prejuízo ocorrido antes do momento da efetivação da REF). Trata-se apenas de uma taxa de atualização monetária, atendendo à teoria financeira do “valor do dinheiro no tempo”.

⁵⁵ Ainda que seja verdade que, em certos períodos atípicos, as taxas de inflação verificadas possam ser superiores às taxas de juro de mercado, as atividades

obstante, trata-se ainda de uma opção não muito habitual na prática concessionária, mormente considerando que o recurso a uma taxa de juro não tem em consideração os potenciais investimentos que o concessionário poderia levar a cabo e com os quais pode obter, potencialmente, uma rentabilidade superior.

- c) Assim, e sendo disso caso as concessões, a taxa mais comumente utilizada para proceder à atualização monetária é a “taxa interna de rentabilidade” (TIR), a qual reflete a rentabilidade associada a determinado investimento⁵⁶ e que, tipicamente, é superior às duas taxas anteriormente mencionadas, em linha com o facto de, em regra, o risco associado a um projeto de investimento (*in casu*, uma concessão) ser mais elevado do que o risco associado a empréstimos de capital, o qual é remunerado à taxa de juro. A utilização da TIR para efeitos de atualização monetária é tão comum que o seu recurso se encontra consagrado, amiúde, no próprio clausulado contratual.

Por fim, refira-se que a TIR pode ser calculada ao nível do acionista ou ao nível do projeto; a este propósito, não é raro o próprio clausulado contratual determinar qual das duas deverá ser considerada em sede da REF. Em qualquer caso, o cálculo do valor atual dos prejuízos deve estar coerente com o tipo da TIR escolhida, *i.e.*, os prejuízos calculados para o acionista deverão ser atualizados à TIR acionista; por sua vez, os prejuízos calculados para o projeto deverão ser atualizados à TIR de projeto.

15. No plano jurídico, não existem disposições que imponham ou proibam a adoção de uma determinada taxa de atualização monetária em sede da REF. Em nosso entender, o controlo continua a centrar-se no princípio de que “a reposição do equilíbrio financeiro não pode colocar qualquer das partes em situação mais favorável que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido” – cfr. n.º 6 do artigo 282.º do CCP. No propósito de contribuir para a densificação do alcance deste limite, entendemos relevante revisitar a já mencionada Decisão (UE) 2018/556, de 25 de agosto de 2017, da Comissão Europeia. Com efeito, retira-se desta decisão que *está proibida a consideração de uma TIR superior àquela que o concessionário poderia esperar imediatamente antes da ocorrência do evento gerador do direito à REF, mesmo que a tal taxa superior corresponda à TIR estimada no início do contrato de concessão*. Citando diretamente as palavras da Comissão:

“A TIR que o concessionário poderia esperar no início da concessão não é pertinente no caso em apreço, uma vez que o acordo de concessão não garante qualquer nível de TIR durante o prazo da concessão mas, em vez disso, transfere os riscos financeiros e de mercado, bem como as oportunidades, para o concessionário. Por conseguinte, a TIR esperada pode ser diferente em cada momento do tempo de duração da concessão, em

comerciais cuja receita dependa da aplicação de taxas de juro, como é o caso das instituições de crédito, já têm em consideração os valores de inflação na sua computação, ou o capital emprestado perderia valor ao longo do período do empréstimo.

⁵⁶ Utilizando as palavras de Licínio Lopes Martins, “[a] TIR é, pois, um elemento fulcral de qualquer concessão, uma vez que é da comparação entre esta taxa de rentabilidade prevista e o custo do capital que financia o projecto de investimento (concessão) que se aferirá o ganho financeiro que só o *cash flow* (fluxo de caixa) pode ser comparado com o desembolso associado ao investimento”, cfr. Lopes Martins (2014: 720).

função da concretização dos riscos e das oportunidades. Por esse motivo, a Comissão considera que, no caso em apreço, a TIR pertinente só pode ser aquela que o concessionário poderia esperar imediatamente antes da alteração legislativa [que, no caso *sub iudice*, foi o evento gerador da REF] [...]. Este retorno poderia ser superior ou inferior ao que se poderia esperar no início da concessão”⁵⁷.

Segundo a Comissão, a não observância do limite em apreço levou à sobrecompensação do concessionário, o que constitui um auxílio estatal na aceção do artigo 107.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e que não é compatível com o mercado interno.

No entanto, a compreensão correta desta tese de “TIR-limite” – resultante da interpretação do n.º 6 do artigo 282.º do CCP à luz do Direito da União Europeia (na matéria de auxílios estatais)⁵⁸ –, não pode descuidar o facto de a TIR que o concessionário poderia razoavelmente esperar variar consoante a magnitude dos riscos inerentes ao contrato de concessão que lhe foram transferidos^{59/60}. Por isso, caso o evento gerador da REF (ou a modificação objetiva que se pretende introduzir ao contrato de concessão em sede da REF⁶¹) altere a matriz de riscos do contrato de concessão, a “TIR-limite” deve ser ajustado em conformidade. Assim, se o evento gerador da REF diminuir a exposição do concessionário a um determinado risco inerente à exploração da atividade concedida, a “TIR-limite” deve corresponder ao resultado de um ajustamento adequado – neste caso, em baixa – da TIR que o concessionário poderia esperar imediatamente antes da ocorrência do evento gerador do direito à REF⁶², e *vice-versa*⁶³.

Desde que esteja observado o limite acima referido, as partes podem adotar qualquer taxa de atualização que considerarem mais adequada em concreto.

Em todo o caso, qualquer que seja a taxa (legitimamente) adotada, importa frisar que a sua aplicação nunca pode conduzir à situação de “dupla compensação”. A este propósito, cabe tecer duas notas suplementares:

- i) Por um lado, mormente para o efeito da capitalização dos prejuízos ocorridos antes da data de produção dos efeitos do

⁵⁷ Cfr. o ponto 130 da Decisão.

⁵⁸ Referindo, embora sem desenvolvimento, a relevância do conceito europeu (na matéria de auxílios estatais) de sobrecompensação no âmbito da análise da REF: Leite Alves (2017: 103).

⁵⁹ Veja-se também os pontos 140 a 145 da Decisão, mesmo que a abordagem do tema de riscos contratuais adotada pela Comissão seja outra.

⁶⁰ A este propósito, cumpre mencionar também o disposto no artigo 416.º do CCP, segundo o qual “o contrato só pode atribuir ao concessionário o direito a prestações económico-financeiras desde que as mesmas não violem as regras comunitárias e nacionais da concorrência, sejam essenciais à viabilidade económico-financeira da concessão e não eliminem a efetiva e significativa transferência do risco da concessão para o concessionário”.

⁶¹ Sobre os limites legais aplicáveis a este tipo de modificação objetiva do contrato, remete-se para as observações tecidas no início do Capítulo II *supra*.

⁶² Em sentido próximo, embora com uma abordagem diferente: Leite Alves (2017: 110).

⁶³ Caso a alteração da matriz de riscos resulte da modificação objetiva que se pretende introduzir ao contrato de concessão em sede da REF (*i.e.*, a «modificação concretizadora da REF» analisada *supra*), pelo menos a “TIR-limite” a aplicar ao período *posterior* à data prevista para entrada em vigor desta modificação deve ser ajustada em conformidade.

acordo/decisão de REF, a jurisprudência aceita que se recorre à taxa de inflação, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 566.º do Código Civil. Contudo, quando se adotar esta opção (mesmo que não seja comum nas concessões, conforme explicado *supra*), é necessário ter em conta que “a actualização ou correcção monetária – prevista no art. 566º n.º2, do Cód. Civil – [i.e., com base na taxa de inflação constante dos índices dos preços no consumidor, publicados pelo INE] e os juros sobre o valor da indemnização atribuída têm funções semelhantes, ou seja, ambos visam compensar o prejuízo resultante da desvalorização ou depreciação monetária pela demora no pagamento da indemnização e, por isso, como tem entendido maioritariamente a jurisprudência, não são cumuláveis. [Consequentemente] não pode haver acumulação da actualização monetária com o pagamento de juros [pelo período mediado entre a ocorrência do evento gerador do direito à REF e a efetivação da REF], pelo que estes apenas são devidos a partir da data da prolação da sentença em 1ª instância”⁶⁴;

- ii) Por outro lado, se as partes acordarem que a capitalização de um prejuízo consumado será feita por recurso à TIR de projeto, mas se o concessionário alegar ainda que a falta de liquidez, provocada pela consumação do referido prejuízo, lhe originou juros de mora perante as respetivas entidades credoras (contratadas no âmbito do desenvolvimento das atividades concedidas), não se poderá capitalizar o prejuízo ocorrido à TIR e, *adicionalmente*, compensar os juros de mora incorridos. Com efeito, isso corresponderia a uma duplicação da compensação – a capitalização do prejuízo à TIR já serve o propósito de compensar o concessionário por quaisquer utilidades que este pudesse dar ao dinheiro que lhe estaria disponível se não fosse o evento gerador da REF, nas quais se inclui o cumprimento das obrigações assumidas perante entidades terceiras a propósito do desenvolvimento das atividades concedidas.

Não obstante, se o concessionário alegar que a taxa utilizada pela sua entidade credora para calcular os juros de mora devidos a este é superior à TIR, entendemos legítimo incrementar o valor da REF (exclusivamente) para que seja considerada neste a diferença entre as duas taxas.

Recorrendo a um simples exemplo: assumindo que (i) um prejuízo atendível em sede da REF foi consumado dois anos antes do momento da efetivação da REF, tendo as partes acordado que a taxa mais adequada para a capitalização do prejuízo durante esse período seria a TIR de projeto, a qual é de 10%; (ii) o concessionário comprovou que, no último ano, a falta de liquidez (provocada pela consumação daquele prejuízo) lhe causou dificuldades de tesouraria que o levaram à mora no cumprimento das suas obrigações pecuniárias perante uma entidade terceira (contratada no âmbito do desenvolvimento das atividades concedidas); e (iii) esta entidade, por sua vez, aplicou ao concessionário juros de mora calculados em 12% ao ano.

Neste cenário, entendemos correto que a taxa de capitalização do último ano seja incrementada em 2 pontos percentuais, para ir ao encontro da

⁶⁴ Cfr. o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, 5 de julho de 2017, processo n.º 08873/12.

totalidade do prejuízo causado à concessionária⁶⁵. Contudo, reitera-se que já não é admissível – por estar em causa uma situação proibida da dupla compensação – que se considere a totalidade do valor dos juros de mora a propósito da medição do desequilíbrio financeiro, *ao mesmo tempo* que se capitaliza o prejuízo nominal à TIR.

2.4. Determinação da modalidade de REF

16. Tendo sido quantificado o valor dos impactos atendíveis em sede da REF, devidamente atualizado à data prevista para a produção dos efeitos do acordo/decisão de REF, chegámos ao passo final de efetuar a REF *per se*, preenchendo o direito do concessionário à REF em concreto. A este propósito, cabe recordar a regra supletiva plasmada na segunda parte do n.º 3 do artigo 282.º do CCP, segundo a qual a REF é “efetuada, na falta de estipulação contratual, designadamente, através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, da revisão de preços ou da assunção, por parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato”.

17. Caso a modalidade de REF escolhida consista no pagamento de uma compensação única ao concessionário à data de produção dos efeitos do acordo/decisão de REF, o «preenchimento do conteúdo do direito à REF» será simples. Com efeito, neste caso, o valor da compensação única devida ao concessionário deverá corresponder exatamente ao valor atualizado dos prejuízos, conforme apurado no passo anterior.

No entanto, caso se opte por outras modalidades de REF, nomeadamente o pagamento de uma compensação em prestações periódicas e a prorrogação do prazo de vigência do contrato (ou se a data prevista para o pagamento da compensação única for posterior à data de produção dos efeitos do acordo/decisão de REF), o «preenchimento do conteúdo do direito à REF» já configura uma tarefa mais complexa no plano financeiro. Com efeito, de forma idêntica ao referido anteriormente no Capítulo II.III (referente à teoria financeira do “valor do dinheiro no tempo”), a circunstância de o concessionário ser compensado num momento futuro (*rectius*, após a data de produção dos efeitos do acordo/decisão de REF), em detrimento de ser compensado no momento presente através de um pagamento único, priva o mesmo da oportunidade de investir o valor que lhe é devido em sede da REF (e, dessa forma, receber uma remuneração do mesmo), ou utilizá-lo para consumo imediato, fazendo face às suas obrigações ou adquirindo bens e serviços antes que o preço dos mesmos evolua desfavoravelmente.

Por isso, quando o pleno “suprimento” dos prejuízos tiver lugar só no momento posterior à data de produção dos efeitos do acordo/decisão de

⁶⁵ Alertamos que só deverá ser alvo desta “extra capitalização” um valor até ao limite do prejuízo atendível em REF. Por outras palavras, se os juros de mora referidos foram consequência de uma dívida de, por exemplo, 500 mil euros, mas os prejuízos atendíveis em REF forem de valor superior, apenas os 500 mil euros deverão ser capitalizados à taxa (superior) aplicada (pela entidade terceira ao concessionário) a título de juros de mora (*in casu*, 12%), sob pena de se estar a majorar indevidamente o valor da compensação a atribuir.

REF, torna-se novamente necessário considerar o fator “tempo” no «preenchimento do conteúdo do direito à REF». O objetivo deste exercício consiste em garantir que o valor nominal da compensação (ou a soma do valor nominal de compensações múltiplas)⁶⁶ - i.e., o valor que será efetivamente pago ao concessionário em sede da REF, no momento previsto para o efeito -, *uma vez convertido em valor atual à data de referência* (que, em regra, deve ser a data de produção dos efeitos do acordo/decisão de REF), *seja igual ao valor atual do prejuízo referente à mesma data*. Saliente-se, por isso, que a data de referência é de maior importância neste cálculo, já que, no plano financeiro, o equilíbrio entre o prejuízo e a compensação foi encontrado nesse momento. Isto, por seu turno, é relevante para assegurar a plena observância do princípio de que “a reposição do equilíbrio financeiro não pode colocar qualquer das partes em situação mais favorável que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido” - cfr. n.º 6 do artigo 282.º do CCP.

18. Procurando contribuir para a compreensão do raciocínio económico em apreço, iremos dar continuidade ao exemplo explanado no Capítulo II.III, concluindo com o seu reequilíbrio através de três modalidades de REF:

a) Atribuição de compensação pecuniária, paga em prestação única:

Exemplo de cálculo	N - 3	N - 2	N - 1	N	N + 1
Reequilíbrio	(a)		(b)	REF	(c)
unidade: milhares de euros					
Prejuízo valor nominal	150		150		150
<i>Fator de atualização (a 10%)</i>	<i>1,33</i>	<i>1,21</i>	<i>1,10</i>	1,00	<i>0,91</i>
Prejuízo valor atual (à data N)	200		165		136
Prejuízo Σ valor atual				501	
Opção 1 Compensação pecuniária única				501	

Conforme referido, esta opção representa a mais simples. Com efeito, após se ter quantificado o somatório do valor atual, à data de referência *N* (assumida como a data de produção dos efeitos do acordo/decisão de REF), dos três prejuízos atendíveis em sede da REF - neste caso, 501 mil euros -, a opção pela realização de um pagamento único, também no ano

⁶⁶ Caso a modalidade de REF escolhida seja a prorrogação do contrato, é necessário atender aos fluxos de caixa resultantes de cada unidade temporal adicional da vigência do contrato. Claro está, isto pressupõe a realização prévia do exercício de estimação e projeção dos fluxos de caixa da concessão, ou do acionista, consoante o caso, no período posterior ao termo da sua vigência atual. Será deste exercício que resultará o número de meses/anos de prorrogação necessário para a REF, sem que “qualquer das partes [fique] em situação mais favorável que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido” - cfr. n.º 6 do artigo 282.º do CCP.

Por isso, é inquestionável a relevância desse exercício na fixação do *quantum* da prorrogação, devendo ser utilizados, pois, os dados, estudos e análises mais atualizadas e fidedignas que estejam disponíveis para o efeito.

N , faz com que o valor da compensação a pagar ao concessionário deva ser, exatamente, de 501 mil euros.

Contudo, se o pagamento da compensação única ocorrer numa data posterior, o seu valor nominal (*i.e.*, o valor que será efetivamente pago ao concessionário na data prevista para o efeito) já terá de ser tal que, considerando a taxa de desconto de 10%, o valor atual dessa compensação, à data de referência N , continue a perfazer 501 mil euros, sob pena de a compensação não igualar o valor do prejuízo gerado.

b) Atribuição de compensação pecuniária, paga em várias prestações:

Exemplo de cálculo	N - 3	N - 2	N - 1	N	N + 1
Reequilíbrio	(a)		(b)	REF	(c)
unidade: milhares de euros					
Prejuízo valor nominal	150		150		150
<i>Fator de atualização (a 10%)</i>	1,33	1,21	1,10	1,00	0,91
Prejuízo valor atual (à data N)	200		165		136
Prejuízo Σ valor atual				501	
Opção 2 Compensações pecuniárias múltiplas					
<i>Compensações pecuniárias Valor nominal</i>				365	150
<i>Compensações pecuniárias Valor atual à data N</i>				365	136
Compensações pecuniárias Σ valor atual				501	

O segundo exemplo apresentado realiza a REF por via de dois pagamentos pecuniários – em linha com o que foi anteriormente explanado, o essencial é garantir que, para a mesma data de referência, o valor atual do prejuízo iguale o valor atual das compensações (neste exercício, 501 mil euros à data N). Neste caso particular, optou-se por, à data N de efetivação da REF, se compensar o valor atual dos dois prejuízos já ocorridos, através de um pagamento de 365 mil euros (200 + 165), protelando a compensação do prejuízo futuro para o momento em que este efetivamente se verificar (*i.e.*, no momento “ $N+1$ ”). A essa data, deverá ser realizado um pagamento no valor nominal de 150 mil euros, já que esse é o montante que faz com que o valor atual da totalidade dos pagamentos iguale o valor atual da totalidade dos prejuízos (como se vê na tabela *supra*, após a conversão do valor nominal de 150 mil euros da compensação paga à data “ $N+1$ ” para valor atual, *i.e.* 136 mil euros, através da multiplicação pelo *fator de atualização*, a sua soma com o valor atual da compensação paga à data “ N ”, *i.e.*, 365 mil euros, perfaz um valor atual das compensações de 501 mil euros em total).

É importante realçar que, em relação ao prejuízo verificado no momento “ $N + 1$ ”, não é uma coincidência que o valor nominal da prestação compensatória seja igual ao valor nominal do prejuízo. Conforme referimos anteriormente, quando a efetivação da REF aconteça no mesmo momento da verificação do prejuízo (*i.e.*, o momento “ $N + 1$ ”), não é necessário proceder a uma atualização monetária para encontrar o valor da compensação, já que as duas serão de mesmo valor (relembremos que,

neste exemplo, os prejuízos passados – *i.e.*, aqueles que ocorreram nos momentos “N - 3” e “N - 1” – já tinham sido compensados através do pagamento de 365 mil euros, faltando apenas compensar o prejuízo futuro).

De resto, saliente-se que, apesar de o exemplo agora apresentado ser, na nossa opinião, uma forma bastante racional de fracionar a compensação devida *in casu*, quaisquer outras formas de fracionamento do pagamento da compensação servirão o mesmo propósito, conquanto o valor atual da totalidade das prestações, para a mesma data de referência, perfaça o valor atual do prejuízo verificado, tal como demonstrado no seguinte exemplo alternativo, onde se procurou que as duas prestações de compensação tivessem o mesmo valor nominal:

Exemplo de cálculo	N - 3	N - 2	N - 1	N	N + 1
Reequilíbrio	(a)		(b)	REF	(c)
unidade: milhares de euros					
Prejuízo valor nominal	150		150		150
<i>Fator de atualização (a 10%)</i>	<i>1,33</i>	<i>1,21</i>	<i>1,10</i>	1,00	<i>0,91</i>
Prejuízo valor atual (à data N)	200		165		136
Prejuízo Σ valor atual				501	
Opção 2 Compensações pecuniárias múltiplas					
<i>Compensações pecuniárias Valor nominal</i>				262	262
<i>Compensações pecuniárias Valor atual à data N</i>				262	239
Compensações pecuniárias Σ valor atual				501	

c) Prorrogação do contrato:

Exemplo de cálculo	N - 3	N - 2	N - 1	N	N + 1	N + 2	N + 3	N + 4
Reequilíbrio	(a)		(b)	REF	(c)			
unidade: milhares de euros								
Prejuízo valor nominal	150		150		150			
<i>Fator de atualização (a 10%)</i>	<i>1,33</i>	<i>1,21</i>	<i>1,10</i>	1,00	<i>0,91</i>	<i>0,83</i>	<i>0,75</i>	<i>0,68</i>
Prejuízo valor atual (à data N)	200		165		136			
Prejuízo Σ valor atual				501				
Opção 3 Prorrogação da Concessão								
<i>Fluxo de caixa da prorrogação Valor nominal</i>						260	260	133
<i>Fluxo de caixa da prorrogação Valor atual à data N</i>						215	195	91
Prorrogação Σ valor atual				501				

O último exemplo apresentado realiza a REF através de uma prorrogação do prazo da concessão. Do ponto de vista matemático, compensações pecuniárias e fluxos de caixa resultantes da prorrogação da concessão são tratados de forma idêntica, pelo que o princípio metodológico é o mesmo – o valor atual das compensações (neste caso, dos fluxos de caixa associados à prorrogação da concessão) deverá igualar o valor atual do prejuízo, para

a mesma data de referência. No presente caso, em que se assumiu que cada ano adicional da concessão geraria, em valores nominais, 260 mil euros – os quais, tal como anteriormente, devem ser convertidos para valor atual através da sua multiplicação pelo “*fator de atualização*” –, calculou-se que a prorrogação necessária para o efeito da REF seria de 2 anos e 6 meses. Por outras palavras, no exemplo *supra*, o valor atual, à data *N*, dos fluxos de caixa associados à prorrogação da concessão por 2 anos e 6 meses, iguala o valor atual dos prejuízos (*i.e.*, 501 mil euros), também à data *N*.

3. Considerações sobre o papel do caso base na REF

19. Conforme antecipado, não ignorámos a relevância da figura do “caso base” na REF em contratos de concessão, mesmo que, a nosso ver, a sua previsão seja cada vez menos corrente nas “concessões contemporâneas”. Por isso, após a devida análise das condicionantes normativas que regem a REF nos contratos de concessão, bem como a apresentação de um método que consideramos adequado para a efetivação da REF, cabe-nos agora indagar a natureza jurídica do caso base, bem como a(s) função(ões) técnico-financeira(s) que este pode desempenhar, ou não, em cada um dos passos que identificámos anteriormente nos Capítulos II.I a II.IV.

3.1. A natureza jurídica do caso base

20. Em termos sintéticos, o caso base é um documento editável (normalmente em formato *excel*), elaborado pelo concessionário, que visa projetar todas as rubricas de receitas e custos que se espera que sejam gerados pela execução integral das atividades concedidas, culminando na projeção *(i)* do balanço, *(ii)* da demonstração de resultados e *(iii)* da demonstração de fluxos de caixa, o que, no mais, permitirá calcular a rentabilidade projetada para a concessão, em função dos fluxos de caixa que o concessionário estima gerar. No plano financeiro, trata-se, pois, de um documento que qualquer operador económico racional, interessado na participação de um concurso tendente à celebração de um contrato de concessão, irá elaborar⁶⁷.

Contudo, no plano jurídico (*rectius*, à luz do CCP), a elaboração do caso base não é imperativa. Com efeito, o CCP não exige que a proposta de um concorrente participante num procedimento de formação de um contrato de concessão seja composta por um caso base, nem impõe a integração do caso base no conteúdo do contrato de concessão. Por isso, a inclusão formal da figura do caso base num contrato de concessão, bem como o âmbito de relevância atribuído ao caso base em sede da execução do contrato (*v. infra*), correspondem sempre a uma opção da entidade adjudicante, devidamente manifestada nas peças de procedimento.

Em abstrato, e considerando a prática nesta matéria, a opção da entidade adjudicante pela inclusão formal da figura do caso base num contrato de

⁶⁷ Saliendo a importância do caso base na formação da decisão de contratar dos concorrentes (e de outros *players* privados, nomeadamente as entidades financiadoras) num procedimento tendente à celebração de um contrato de concessão: Gonçalves (2016: 591-593).

concessão pode ser concretizada através de uma das seguintes formas (não exaustivas):

- a) Exigir a sua apresentação pelos concorrentes, como um documento constitutivo das propostas, cuja elaboração deve observar as regras e pressupostos que, à partida, se encontram fixados pela entidade adjudicante no programa de procedimento;
- b) Exigir a sua entrega (apenas) pelo adjudicatário ou pela sociedade concessionária na fase pós-adjudicatória (normalmente, sob pena da caducidade da adjudicação), cuja elaboração deve respeitar as regras e pressupostos que, à partida, se encontram fixados pela entidade adjudicante no programa de procedimento para o efeito; ou
- c) Exigir a sua entrega pelo concessionário apenas na fase da execução do contrato de concessão, como um dos documentos que o concessionário se obriga a submeter à aprovação do concedente no momento inicial após a entrada em vigor do contrato, cuja elaboração deve respeitar as regras e pressupostos que, à partida, se encontram fixados pela entidade adjudicante no caderno de encargos para o efeito.

Em nosso entender, todas estas vias são legítimas à luz do CCP, considerando nomeadamente o disposto no artigo 132.º, n.º 4, e no artigo 279.º. Não obstante, parece-nos menos aconselhável a via a), pelas seguintes duas razões principais:

- i) Normalmente na fase de apresentação das propostas, as condições de um projeto – designadamente, o financiamento bancário – ainda não estão totalmente definidas. Por isso, o caso base que se junta na proposta, em princípio, tem natureza meramente preliminar, não sendo apto, pois, para refletir todas as condições contratuais reais do projeto, que só são conhecidas, em regra, no momento de *financial closing*, que ocorre, na prática, na fase pós-adjudicatória (ou até só após a obtenção do visto prévio do Tribunal de Contas). Sem dúvida, é equacionável a previsão de um momento pós-adjudicatário para a devida “consolidação” do caso base (preliminar) apresentado na proposta adjudicada; contudo, isto manifesta, precisamente, a utilidade diminuta de exigir a apresentação do caso base como um documento constitutivo das propostas;
- ii) Sendo um documento constitutivo da proposta, o seu conteúdo só pode ser “controlado” pela entidade adjudicante no âmbito da análise e avaliação das propostas. Por isso, desde que o caso base esteja em conformidade com as regras e pressupostos previstos no programa de procedimento para a sua elaboração, a entidade adjudicante tem de o aceitar, não se podendo pronunciar sobre o “mérito” do documento, designadamente a razoabilidade das projeções, as quais influenciam diretamente os “índices de rentabilidade” resultantes do caso base⁶⁸, mesmo que

⁶⁸ Em teoria, é equacionável fixar nas peças do concurso um limite máximo da TIR, acompanhada de uma regra que determina a exclusão de qualquer proposta que

esses índices constituam (tradicionalmente) os parâmetros que vinculam as partes contratuais na REF (*v. infra*). Em nosso entender, a possibilidade de “esclarecimentos e suprimento de propostas”, prevista no artigo 72.º do CCP, também não permite qualquer pronúncia ou controlo do “mérito” do caso base pela entidade adjudicante. Efetivamente, (i) a função dos “esclarecimentos” está limitada para efeitos da análise e da avaliação das propostas, sendo certo que (ii) o instituto “suprimento” se aplica apenas às “irregularidades formais”, que, obviamente, não correspondem à situação de um caso base com projeções que, na perspetiva da entidade adjudicante, são irrazoáveis.

Mesmo que o procedimento de formação do contrato inclua uma fase de negociação, tal não incrementa o poder de controlo da entidade adjudicante sobre o “mérito” do caso base que se junta na proposta. Com efeito, por força do disposto na parte final do n.º 1 do artigo 118.º do CCP, a negociação apenas pode incidir sobre os atributos das propostas. Ora, em bom rigor, o caso base não contém os atributos das propostas, mas apenas reflete o resultado financeiro destes atributos. Isto significa que o “mérito” do caso base *per se* não pode ser objeto de negociação.

Compreende-se, por isso, a inconveniência de exigir o caso base como um documento constitutivo das propostas, na medida em que tal pode levar à vinculação do concedente aos parâmetros da REF resultantes do caso base – nomeadamente, e tal como tem vindo a ser a prática nas concessões, a TIR acionista ou a TIR de projeto –, que o concedente não teve oportunidade para controlar refletidamente.

Ao invés, quer a fase pós-adjudicatória, quer a fase de execução contratual – considerando a maior margem de conformação destas fases que o quadro legal atribuiu à entidade adjudicante –, já permitem um controlo mais lato, pela entidade adjudicante/concedente, do conteúdo do caso base submetido pelo adjudicatário/concessionário nestas fases.

3.2. A (dis)função do caso base

21. Conforme referido *supra*, a integração de um caso base no contrato de concessão não constitui uma exigência do CCP. Trata-se, antes, de uma tradição nas concessões. Por isso, o âmbito de relevância do caso base na execução contratual, nomeadamente na matéria da REF, depende fundamentalmente da respetiva regulação no próprio contrato. Nos pontos subsequentes, analisaremos esta temática, procurando apurar a(s)

integre um caso base do qual resulta uma TIR superior ao limite máximo. Contudo, para além da duvidosa legalidade desta regra (que depende de uma análise caso a caso para apurar se tal poderá ter por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência – cfr. n.º 4 do artigo 132.º do CCP), a subjacente tentativa de limitar a rentabilidade da concessão para o concessionário pode tornar o concurso menos atrativo ou levar aos concorrentes a prever no caso base projeções que, de facto, não correspondem às respetivas análises.

função(ões) financeira(s) que o caso base pode desempenhar, ou não, em cada um dos passos da REF que identificámos anteriormente nos Capítulos 2.1 a 2.4.

22. Quanto ao passo «delimitação do âmbito de impactos prejudiciais elegíveis para a REF», julgamos pacífico o entendimento de que a função do caso base aqui é nula. Com efeito, o caso base, por si só, não permite distinguir se um impacto prejudicial alegado pelo concessionário é imputável ou não ao evento gerador do direito à REF. Efetivamente, não se confundindo o caso base com a matriz de riscos, a mera consulta do caso base não é suscetível de identificar e excluir as “*eventuais perdas que já decorriam [do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido] ou eram inerentes ao risco próprio do contrato*”⁶⁹.

De facto, nota-se que, na prática, também é raro os contratos de concessão (que adotam a tradição de utilização da figura de caso base) atribuírem ao caso base a função de delimitação do âmbito de impactos elegíveis para a REF.

23. Relativamente ao passo «quantificação do valor nominal dos impactos prejudiciais», recorda-se que o exercício principal consiste na comparação entre os chamados «cenário hipotético» (*i.e.*, o cenário que se verificaria se não tivesse ocorrido o evento gerador do direito à REF) e «cenário real» (*i.e.*, aquele que se verifica na sequência da ocorrência do evento gerador do direito à REF), procurando apurar a diferença entre os fluxos de caixa nestes dois cenários.

Logicamente, o caso base não pode representar o «cenário real», uma vez que o evento gerador do direito à REF é, por definição, alheio ao caso base, que projeta a atividade da concessão sem a consideração de qualquer evento gerador do direito à REF.

No entanto, já se afigura mais duvidosa a possibilidade/pertinência de utilizar o caso base como «cenário hipotético». Efetivamente, conforme referido, o caso base é precisamente um documento financeiro que visa, entre outros, projetar as demonstrações financeiras iniciais da concessão, contendo, por isso, projeções sobre a atividade da concessão, sem consideração de qualquer impacto espoletado pelo evento gerador do direito à REF.

No âmbito da análise desta questão, afigura-se-nos importante recordar que, à luz do Direito da União Europeia (na matéria de auxílios estatais), a construção do «cenário hipotético» deve utilizar os dados, estudos e análises *mais atualizadas e fidedignas* que estejam disponíveis para o efeito, para evitar problemas de sobrecompensação do concessionário. Por isso, a “chave” para resolver a questão colocada consiste em saber se o caso base contém estimativas e projeções *suficientemente atualizadas* para refletir o equilíbrio financeiro do contrato de concessão antes da ocorrência do

⁶⁹ Por isso, como a doutrina frisou de modo pertinente, “[à] entidade pública não pode ser reclamada qualquer pretensão se ocorrer uma quebra da procura (quebra em relação à quantidade estimada [no caso base]), salvo, claro está, na medida em que essa quebra seja de atribuir a atos ou omissões da entidade concedente”, cft. Gonçalves (2016: 593). Ora, conforme explicado, a questão de saber se a quebra da procura é de atribuir, ou não, a atos ou omissões da entidade concedente, não pode ser respondida pelo caso base.

evento gerador da REF. Ora, na maioria dos contratos de concessão, o caso base não costuma ser objeto de qualquer atualização periódica; aliás, até é comum a estipulação de uma regra contratual que impõe a irrevisibilidade do caso base, com exceção das alterações estritamente necessárias para refletir uma operação de REF *já efetuada* (e, por vezes, os impactos de um refinanciamento). Por conseguinte, em nosso entender, a possibilidade/pertinência de utilizar o caso base como «cenário hipotético» depende, essencialmente, do momento de ocorrência do evento gerador do direito à REF.

Em concreto, se o evento tiver lugar pouco tempo após o início da vigência do contrato de concessão, afigura-se-nos aceitável presumir-se que o caso base ainda se mantém suficientemente “atualizado” para representar o «cenário hipotético» – no entanto, mesmo assim, será importante garantir que as projeções nele contidas, ainda que recentes, sejam fidedignas, sob pena de o mesmo servir como uma referência incorreta.

Pelo contrário, se o evento tiver lugar após um certo período de execução do contrato de concessão, já se deve aferir proactivamente se a evolução concreta da concessão se desviou das projeções constantes do caso base, caso em que se deve, pois, *afastar* a utilização do caso base no âmbito da estimação do «cenário hipotético», sob pena de compensar o concessionário por um “dano fictício” que não tem correspondência à realidade. Aliás, a utilização de um caso base não atualizado à luz da evolução concreta da concessão padece do vício de ignorar o facto de o contrato de concessão (em regra) não garantir ao concessionário a realização do resultado financeiro estimado no caso base, na medida em que tal configura um risco transferido para o concessionário. Assim, a solução contrária implicaria “*cobrir eventuais perdas que já decorriam [do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido] ou eram inerentes ao risco próprio do contrato*”, violando o imperativo do n.º 6 do artigo 282.º do CCP^{70/71}.

Pense-se no seguinte exemplo: o concedente adotou uma medida unilateral que levou à diminuição do tráfego de uma autoestrada concessionada no 15.º ano da vigência do contrato, a qual, comprovadamente, passou a ter um tráfego médio diário (“TMD”) de apenas 35 mil veículos/ dia a circular nesse ano. Segundo o caso base, o TMD estimado para esse ano seria de 80 mil veículos/ dia. No entanto, na realidade, o tráfego da concessão nunca atingiu a estimativa prevista no caso base durante o período passado do contrato, sendo certo que, segundo a análise mais recente, o TMD estimado,

⁷⁰ Numa abordagem diferente, mas com a conclusão semelhante de que “se haverá de limitar o Caso Base a uma única função: simular o efeito de sobrecustos e valores remuneratórios do co-contratante calculados previa e autonomamente, sem recurso ao modelo matemático”: Leite Alves (2017: 94-95). Em sentido próximo, Mendes da Costa concluiu que se deve afastar “a ideia de que os modelos matemáticos resolverão, por si só e automaticamente, a medida de compensação” (2024: 90).

⁷¹ Acresce que, em nossa opinião, as cláusulas contratuais “tradicionais” que estabelecem que (i) o caso base representa a equação financeira da concessão com base na qual será realizada a REF, e que (ii) o caso base é irrevisível (com exceção das alterações estritamente necessárias para refletir uma operação de REF já efetuada), não têm o sentido de obrigar as partes à utilização do caso base como um instrumento de quantificação dos prejuízos atendíveis em sede da REF, nomeadamente, através da sua utilização para a construção do denominado «cenário hipotético». Com efeito, conforme demonstrado no Capítulo II do presente artigo, “medir o desequilíbrio” e “repor o equilíbrio perturbado” são duas operações distintas. As referidas cláusulas abrangem, a nosso ver, apenas esta última (v. *infra*), pelo que não impede que a quantificação dos prejuízos atendíveis em sede da REF seja efetuada (aliás, conforme justificado, deve ser efetuada) sem a consideração do caso base. Aparentemente em sentido oposto: Gonçalves (2016: 597-599).

objetivamente, para o 15.º ano do contrato seria apenas de 50 mil veículos/dia. O contrato de concessão em causa não garante ao concessionário a realização do nível de tráfego estimado no caso base, sendo esta situação um risco a suportar pelo concessionário.

Neste caso, se se utilizasse o caso base para quantificar os impactos prejudiciais atendíveis em sede da REF, nomeadamente, ao utilizá-lo para construir o «cenário hipotético», estar-se-ia a compensar o concessionário pela perda da receita tarifária associada à privação de $(80 - 35 =) 45$ mil veículos/dia, quando, na realidade, a medida unilateral do concedente apenas causou uma diminuição do tráfego da autoestrada na ordem de $(50 - 35 =) 15$ mil veículos/dia. Segundo o entendimento que defendemos, deve ser afastada, por isso, a utilização do caso base para a construção do «cenário hipotético», sob pena de desconsiderar que o contrato de concessão não garante ao concessionário a verificação do nível de tráfego estimado no caso base e, conseqüentemente, sobrecompensar o concessionário.

Em sentido inverso, imagine-se um cenário em que o tráfego real da concessão esteja, de facto, acima das projeções previstas no caso base e que este, tal como no exemplo anterior, é diminuído por uma decisão unilateral do concedente. Assim, suponha-se que (i) o tráfego real da concessão após a decisão do concedente, no 15.º ano de vigência do contrato, foi contabilizado em 90 mil veículos/ dia; e que (ii) o tráfego que se estima (com base nas informações mais atualizadas disponíveis) que teria existido sem a decisão do concedente fosse de 100 mil veículos/ dia. Relembramos que o tráfego previsto no caso base, para o 15.º ano da concessão, era de 80 mil veículos/ dia.

Neste cenário, pergunte-se: é legítimo defender que a medida adotada pelo concedente não provocou qualquer desequilíbrio à concessão, já que o seu tráfego real continua superior às projeções de caso base? Em coerência com o raciocínio defendido *supra*, a resposta é negativa, devendo considerar-se que a decisão unilateral do concedente diminuiu realmente o tráfego da concessão, na ordem dos $(100 - 90 =) 10$ mil veículos/ dia. No entanto, caso se utilizasse o caso base para a construção do «cenário hipotético», a conclusão já seria oposta (na medida em que, apesar da decisão unilateral do concedente em apreço, o tráfego real continua a ser superior ao tráfego previsto no caso base), o que manifesta, novamente, a disfunção do caso base na medição do desequilíbrio.

24. No que respeita aos restantes passos necessários para o «preenchimento do conteúdo do direito à REF», a integração de um caso base no contrato de concessão permite que estes passos sejam concretizados através do seguinte exercício:

- a) Introduzir os impactos, devidamente quantificados nos termos anteriormente expostos, no caso base vigente. É importante que os impactos sejam introduzidos pelo seu *valor nominal* (sem qualquer atualização temporal, já que esse cálculo é efetuado por um dos automatismos do caso base - *v. infra*) e no ano correto. Deste exercício resulta, naturalmente, um «caso base desequilibrado»;
- b) Utilizar as funções ou fórmulas automáticas já constantes do ficheiro editável do caso base para medir o efeito negativo que resultou do «caso base desequilibrado» nos chamados “critérios chaves” que, supostamente, parametrizam o equilíbrio financeiro inicial da concessão. Um dos “critérios chaves” mais utilizados na

prática é a TIR, quer acionista, quer de projeto⁷², que mede o impacto, na rentabilidade (ou do acionista, ou do projeto), que resulta da introdução no caso base dos prejuízos atendíveis em sede da REF, conforme mencionado *supra*;

- c) Consoante a modalidade de REF escolhida (tarefa esta que, obviamente, não cabe ao caso base), introduzir as alterações necessárias – as quais podem ser ao nível das receitas, custos, ou prazo da concessão e cujos impactos serão sentidos nos fluxos de caixa do «caso base desequilibrado» –, com vista a repor o valor inicial dos mencionados “critérios chaves”. Estas alterações, com finalidade restaurativa, correspondem ao conteúdo do direito à REF reconhecido ao concessionário. O «caso base reequilibrado» que se obtém nesta sequência vai constituir a referência para a próxima REF que haja lugar no futuro.

Demonstrando a realização deste exercício de forma ilustrativa, voltemos ao exemplo utilizado no Capítulo II.IV *supra*, esta vez com recurso a um caso base⁷³, começando por indicar os fluxos de caixa acionistas projetados neste caso base, a TIR acionista resultante e o impacto da introdução neste caso base dos prejuízos atendíveis em sede da REF (*in casu*, 150 mil euros nominais em “N-3”, “N-1” e “N+1”):

Exemplo de cálculo	N - 5	N - 4	N - 3	N - 2	N - 1	N	N + 1
Reequilíbrio pelo CB			(a)		(b)	REF	(c)
unidade: milhares de euros							
FC acionista CB original	(1 500)	+ 300	+ 318	+ 338	+ 359	+ 381	+ 404
TIR Acionista = 10%							
Prejuízo valor nominal			(150)		(150)		(150)
FC acionista 'desequilibrado'	(1 500)	+ 300	+ 168	+ 338	+ 209	+ 381	+ 254
TIR Acionista = 3%							

⁷² Não se ignora que, sobretudo nos contratos com natureza de *project finance*, é comum os “critérios chaves” incluírem também os “rácios bancários”, designadamente os chamados “rácios de cobertura anual do serviço da dívida” e “rácio de cobertura da vida do empréstimo”. Tal justifica-se pelo facto de, num *project finance*, os fluxos de caixa gerados pela concessão servem, antes de tudo, para reembolsar o capital alheio disponibilizado pelas entidades financiadoras ao concessionário, sendo certo que, em regra, esta estrutura de financiamento se encontra refletida no próprio caso base. Sem prejuízo, a prática também demonstra que a eleição desses “rácios bancários” como “critérios chaves” na REF não afasta o papel fundamental que tem sido atribuído à TIR no âmbito da parametrização do equilíbrio financeiro do contrato. Com efeito, é usual que se encontre no contrato uma disposição que prevê que, caso a utilização dos “rácios bancários” para o efeito da REF leve a que a TIR seja superior àquela que consta do caso base, as partes devem acordar os ajustamentos necessários ao caso base, por forma a que a TIR seja reposta para o seu valor original. Para uma posição doutrinária que destaca especialmente a posição das entidades financiadoras num contrato de *project finance* e, neste âmbito, defende a relevância dos “rácios bancários” em sede da REF: Leite Alves (2017: 88-91).

⁷³ Para o efeito do presente exercício de simulação, apresentaremos apenas “fluxos de caixa” e “dano”, o que, naturalmente, representa uma extrema simplificação do que tipicamente consta num caso base.

Conforme observável, este caso base fictício envolvia um investimento inicial de 1.500 milhares de euros, bem como fluxos de caixa acionistas previsionais que redundavam numa TIR acionista de 10% (a mesma que, a título exemplificativo, utilizámos anteriormente). Após a introdução dos prejuízos no caso base, expressos a valor nominal (*i.e.*, 150 mil euros) e nas efetivas datas da sua verificação (*i.e.*, “N-3”, “N-1” e “N+1”), a TIR acionista diminui para 3% (resultando num «caso base desequilibrado»), sendo necessária, agora, a sua reposição para 10%.

Para o efeito, qualquer uma das modalidades de REF apresentadas, a título ilustrativo, em II.IV é viável, nomeadamente a introdução, no «caso base desequilibrado» de (i) um pagamento único de 501 mil euros, à data N, (ii) um pagamento de 365 mil euros, à data N, acrescido de um pagamento de 150 mil euros em “N+1” ou (iii) a prorrogação da concessão por 2 anos e 6 meses (no pressuposto de que cada ano adicional da concessão geraria, em valores nominais, 260 mil euros de fluxos de caixa), exemplo que agora reproduzimos:

Exemplo de cálculo	N - 5	N - 4	N - 3	N - 2	N - 1	N	N + 1	N + 2	N + 3	N + 4
Reequilíbrio pelo CB			(a)		(b)	REF	(c)			
unidade: milhares de euros										
FC acionista CB original	(1 500)	+ 300	+ 318	+ 338	+ 359	+ 381	+ 404	-	-	-
TIR Acionista = 10%										
Prejuízo valor nominal			(150)		(150)		(150)			
FC acionista 'desequilibrado'	(1 500)	+ 300	+ 168	+ 338	+ 209	+ 381	+ 254	-	-	-
TIR Acionista = 3%										
FC Prorrogação Concessão valor nominal								+1 ano + 260	+1 ano + 260	+1 ano + 133
FC acionista 'reequilibrado'	(1 500)	+ 300	+ 168	+ 338	+ 209	+ 381	+ 254	+ 260	+ 260	+ 133
TIR Acionista = 10%										

Conforme observável, e atendendo a que o cálculo do(s) montante(s) necessário(s) para a REF, nas duas metodologias apresentadas (com recurso, ou não, ao caso base, conforme explanado no presente ponto e no Capítulo II *supra*, respetivamente), teve subjacente igualmente uma taxa de atualização de 10%, os resultados obtidos são necessariamente os mesmos, já que este é um exercício matemático equivalente. No mais, o recurso ao caso base, nos moldes agora apresentados, simplifica a consideração do fator temporal na operação de REF, já que tal é efetuado por um dos automatismos do caso base, não sendo, pois, necessário qualquer exercício “manual” de capitalização ou desconto autónomo dos fluxos de caixa ocorridos e projetados.

No entanto, apesar da sua aparente utilidade, é exatamente neste ponto que reside a problemática do recurso ao caso base para calcular o *quantum* necessário para a REF – os fluxos de caixa serão, forçosamente, atualizados à taxa de rentabilidade projetada no caso base, ignorando que, contudo, é possível que, antes da ocorrência do evento gerador do direito à REF, o nível de rentabilidade real da concessão fosse inferior (ou superior) àquele nível estimado no caso base, sendo isto nada mais do que a consequência natural da regra legal imperativa de “*exposição real* [do concessionário] à *imprevisibilidade do mercado*”, cfr. artigo 413.º, n.º 2, alínea b), do CCP. Ou seja, o modo como o caso base é utilizado tradicionalmente para a REF pode levar ao restabelecimento de um nível de rentabilidade da concessão

superior (ou inferior) àquela que o concessionário poderia esperar imediatamente antes da ocorrência do evento gerador do direito à REF⁷⁴. Conforme explicado no Capítulo II.III *supra*, isto pode violar o princípio plasmado no artigo 282.º, n.º 6, do CCP, para além de infringir a regra comunitária (na matéria de auxílios estatais) da proibição da sobrecompensação.

Tentando exemplificar melhor este ponto, e continuando com o exemplo até agora apresentado, caso a rentabilidade projetada em caso base fosse de 15%, ao invés dos 10% até agora utilizados (e que assumimos como corretos neste exemplo), a prorrogação necessária para a REF seria, conforme cálculos *infra*, de 3 anos e 1 mês, ao invés de 2 anos e 6 meses. Isto significa que a utilização deste caso base para o efeito do «preenchimento do conteúdo do direito à REF», sem que haja a devida atualização por forma a refletir a rentabilidade da concessão que o concessionário poderia esperar imediatamente antes da ocorrência do evento gerador da REF, representaria a atribuição ao concessionário de uma vantagem económica indevida de 7 meses de prorrogação da concessão⁷⁵. Conforme explicado, esta situação traduz-se na atribuição ao concessionário de um auxílio de estado proibido pelo Direito da União Europeia:

Exemplo de cálculo	N - 5	N - 4	N - 3	N - 2	N - 1	N	N + 1	N + 2	N + 3	N + 4	N + 5
Reequilíbrio pelo CB			(a)		(b)	REF	(c)				
unidade: milhares de euros											
FC acionista CB original	(1 500)	+ 348	+ 369	+ 392	+ 416	+ 442	+ 469	-	-	-	-
TIR Acionista = 15%											
Prejuízo valor nominal			(150)		(150)		(150)				
FC acionista 'desequilibrado'	(1 500)	+ 348	+ 219	+ 392	+ 266	+ 442	+ 319	-	-	-	-
TIR Acionista = 8%											
FC Prorrogação Concessão valor nominal								+ 1 ano + 260	+ 1 ano + 260	+ 1 ano + 260	+ 1 mês + 30
FC acionista 'reequilibrado'	(1 500)	+ 348	+ 219	+ 392	+ 266	+ 442	+ 319	+ 260	+ 260	+ 260	+ 30
TIR Acionista = 15%											

Com vista a corrigir este problema, conforme indicado, pode recorrer-se diretamente à metodologia apresentada em II.III e II.IV, aplicando uma taxa de rentabilidade/ atualização de fluxos de caixa adequadamente apurada⁷⁶.

⁷⁴ Citando as palavras lapidares de Aroso de Almeida: nos contratos de concessão, “repor o equilíbrio financeiro não é necessariamente promover um equilíbrio que, embora desejado e previsto à partida, não era garantido que se concretizasse, em função de variáveis cuja evolução, ao longo do período de execução da concessão, apenas podia ser prevista, mas não pode ser controlada”, cfr. Aroso de Almeida (2015: 684). Posição esta que está subscrita também por Mendes da Costa (2024: 91-93).

⁷⁵ O vício aqui explanado, numa situação limite, poderia *inclusive* ser “aproveitado” por um concessionário, na medida em que, ao elaborar o caso base, poderia empolar a sua rentabilidade (algo possível através da “manipulação” de rubricas não controladas/controláveis pelo concedente), na esperança de ser beneficiado por isso na ocasião eventual de REF com base neste caso base.

⁷⁶ Admitimos que poderá ser difícil (ainda que possível) estimar esta taxa sem que haja uma atualização integral do caso base. Sem prejuízo, tal poderá, também, ser um *output* do processo negocial.

Alternativamente, pode atualizar-se o caso base, por forma a refletir a rentabilidade da concessão que o concessionário poderia esperar imediatamente antes da ocorrência do evento gerador do direito à REF^{77/78} e, posteriormente, seguir os passos já anteriormente apresentados, a saber: introduzir os impactos (devidamente quantificados) neste «caso base atualizado», produzindo um «caso base (atualizado) desequilibrado»; apurar as alterações a introduzir no «caso base (atualizado) desequilibrado» (medidas ao nível dos fluxos de caixa previstos) necessárias para restaurar o nível de rentabilidade da concessão que decorre do «caso base atualizado», desaplicando os “critérios chaves” que constam do «caso base original»⁷⁹.

Todavia, como tivemos a oportunidade de mencionar sucintamente *supra*, é comum a estipulação nos contratos de concessão de uma disposição que impõe a imutabilidade do caso base, com exceção das alterações resultantes da uma operação de REF já efetuada⁸⁰. A aplicação desta disposição contratual, por força do princípio *pacta sunt servanda*, vai interditar, por isso, a atualização do caso base que equacionámos anteriormente, o que, na nossa opinião, e conforme explanado, poderá originar desvios quantitativos (os quais poderão ser materiais), entre o prejuízo causado ao concessionário pelo evento gerador da REF e o conteúdo do direito à REF reconhecido ao concessionário.

Este problema de proibição contratual da atualização do caso base constitui, de facto, um dos temas com maior discussão doutrinária acerca da (dis)função do caso base na REF⁸¹. Em nossa opinião, a solução reside na desaplicação da disposição contratual de imutabilidade do caso base, na medida em que a devida atualização do caso base em sede da REF, nos termos expostos, corresponde àquilo que decorre das regras/princípios com força jurídica superior/prevalente⁸². Estas regras/princípios são, recordando, *i)* o artigo 282.º, n.º 6, do CCP, que constitui o princípio fundamental da REF, estando dotado da imperatividade universal e

⁷⁷ Sem embargo, admitimos que a atualização do caso base pode ser dispensada no caso em que o evento gerador do direito à REF ocorra pouco tempo após a elaboração do caso base e quando as partes constatarem que as projeções nele contidas se mantêm fidedignas.

⁷⁸ Defendendo também a necessidade desta “atualização” do caso base: Aroso de Almeida (2015: 690-691).

⁷⁹ Relembramos que, caso o prejuízo e a sua compensação aconteçam no mesmo período, não há lugar a qualquer atualização monetária, pelo que não se verificará a presente questão de inadequação da TIR do caso base.

⁸⁰ Salvo melhor opinião, afigura-se-nos que esta disposição contratual já é cada vez menos adotada, e bem, nas “concessões contemporâneas”.

⁸¹ *V. inter alia*, Gonçalves (2016: 597-603); Martins (2011: 20-24); Aroso de Almeida (2015: 685-692); Leite Alves (2017: 92-93, 100-103 e 107-110); Mendes da Costa (2024: 91-99).

⁸² Em sentido próximo: Mendes da Costa (2024: 98-99). A este propósito, cabe referir que o Tribunal de Contas já teve a oportunidade de recomendar ao Estado (enquanto concedente de diversas concessões rodoviárias e ferroviárias), de modo genérico, que “regule os processos de REF, com especial ênfase nos mecanismos de cálculo e compensação, de forma a limitar os efeitos financeiros associados à rigidez dos modelos - Caso Base”, cfr. o Relatório n.º 04/2007, Auditoria aos Encargos do Estado com as Parcerias Público Privadas (Concessões Rodoviárias e Ferroviárias), do Tribunal de Contas, disponível em: <https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Relatorios/RelatoriosAuditoria/Documents/2007/rel004-2007-2s.pdf>.

intemporal, e *ii*) o princípio da proibição da sobrecompensação, da origem do Direito da União Europeia.

Em jeito da conclusão, julgamos pertinente citar a seguinte observação crítica tecida, já há mais de quinze anos, pelo Tribunal de Contas sobre o risco da utilização irrefletida do instrumento de caso base em sede da REF de contratos de concessão:

“Pela mera aplicação do modelo financeiro inicial (caso base), em processos de reequilíbrio financeiro, de forma genérica (dir-se-ia quase abstrata, por não ter em conta diferenças entre o mesmo modelo e as condições no momento e em concreto da parceria) os parceiros privados podem obter recursos adicionais, para além dos que lhes sejam directamente devidos pelo Estado, pela ocorrência de eventos previamente considerados como elegíveis”⁸³.

Referências

Amorim T. A reposição do equilíbrio financeiro do contrato de empreitada de obras públicas. In: Pena N, Melo P, coordenadores. Estudos em Homenagem a Rui Pena. Coimbra: Almedina; 2019. pp. 1091-1112

Aroso de Almeida M. Apontamento sobre o problema da repartição do risco e do reequilíbrio financeiro nos contratos de concessão. In: Otero P, Amado Gomes C, Serrão T, organizadores. Estudos em Homenagem a Rui Machete. Coimbra: Almedina; 2015. pp. 679-692

Arrowsmith S. Law of Public and Utilities Procurement. 3.^a ed. I. Sweet & Maxwell; 2014

Assis Raimundo M. Direito dos Contratos Públicos. II. Coimbra: Almedina; 2022

Gouveia Martins A. O regime da modificação dos contratos após a revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021. In: Estorninho MJ, Gouveia Martins A, Fernández Sánchez P, organizadores. A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021. Lisboa: AAFDL; 2021. pp. 213-235

Leite Alves P. O Caso Base. In: Gonçalves P, Torgal L, coordenadores. Estudos em homenagem a Mário Esteves de Oliveira. I. Coimbra: Almedina; 2017. pp. 83-110

Lopes Martins L. Empreitada de Obras Públicas. Coimbra: Almedina; 2014

Lopes Martins L. Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II: em especial, a reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato e a determinação dos danos. In: Gonçalves P, organizador. Estudos de Contratação Pública. III. Coimbra: Coimbra Editora; 2010. pp. 339-394

Gonçalves P. A Concessão de Serviços Públicos. Coimbra: Coimbra Editora; 1999

⁸³ *Ibidem*.

Gonçalves P. Gestão de contratos públicos em tempo de crise. In: Gonçalves P, organizador. Estudos de Contratação Pública. III. Coimbra: Coimbra Editora; 2010. pp. 5-49

Gonçalves P. Direito dos Contratos Públicos. 1.^a ed. Coimbra: Almedina; 2015.

Gonçalves P. Função do caso base em contratos administrativos de concessão. In: Rebelo de Sousa M, Vera-Cruz Pinto E, coordenadores. Liber Amicorum Fausto de Quadros. II. Coimbra: Almedina; 2016. pp. 587-603

Martins A. Sobre o equilíbrio financeiro das concessões e a taxa interna de rentabilidade (TIR) accionsita: uma perspetiva económica. Revista de Contratos Público. 2011 Set.-Dez; (3). pp. 5-25

Mendes da Costa F. O Caso Base como instrumento de medida de reequilíbrio económico-financeiro. In: Fernández Sánchez P., Caldeira M., Torres Craveiro T., coordenadores. Execução dos Contratos Administrativos 2024. Braga: Nova Causa; 2024. pp. 71-108

Otero P. Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas. Revista da Ordem dos Advogados. 1996 Dez; Ano 56. pp. 913-958

Treumer S. Contract changes and the duty to retender under the new EU Public Procurement Directive. Public Procurement Law Review. 2014; (23). pp. 148-155

ⁱ Consultor jurídico; investigador integrado assistente do *Lisbon Public Law Research Centre*.

ⁱⁱ Consultor financeiro; mestre em finanças pela Universidade do Minho.