

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão

ANO LXIV

2023

NÚMERO 1 | TOMO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXIV (2023) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Paula Rosado Pereira
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Julho, 2023

TOMO 1

M. Januário da Costa Gomes
13-44 Editorial

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- Alexandre Libório Dias Pereira
47-56 Filtros de conteúdos digitais para infrações ‘óbvias’ aos direitos autorais?
Upload filters for copyright ‘obvious’ infringement?
-
- Alfredo Calderale
57-83 *Posse pro-labore* e proprietà in Brasile tra conflitti sociali e tradizione giuridica portoghese
Posse pro-labore and property in Brazil between social conflict and portuguese legal tradition
-
- Ana Alves Leal | Tiago Fidalgo de Freitas
85-133 Sobre a liquidação de fundações
On the liquidation of foundations
-
- André Moreira Simões
135-181 Cláusulas MAC (“*Material Adverse Change*”) em contratos internacionais de M&A
Material Adverse Change (“MAC”) Clauses in International M&A Contracts
-
- António Barroso Rodrigues
183-239 Em defesa da legítima defesa. Um olhar sobre os limites da justificação na dogmática civil moderna
In defence of self-defence. A glance at the limits of justification in modern civil dogmatics
-
- António Menezes Cordeiro
241-276 Propriedade horizontal e alojamento local
Horizontal property and holiday rentals
-
- António Pedro Barbas Homem
277-296 Legitimidade na revolução de 1820
The legitimacy of the 1820 Revolution
-
- Aquilino Paulo Antunes
297-328 Mecanismos de incentivo à investigação e desenvolvimento de medicamentos: existe alternativa?
Mechanisms to encourage research and development of medicines: is there an alternative?
-
- Augusto Teixeira Garcia
329-377 Marca: caducidade por não utilização séria e renovação
Trademark: Revocation for non-use and renewal

-
- 379-403 **Carlos Baptista Lobo | Daniel S. de Bobos-Radu**
Uma arte de escribas e fariseus: nota sobre os limites da extensão da incidência do IRC aos rendimentos derivados da prestação de serviços jurídicos por entidades não residentes em território nacional
An art of scribes and Pharisees: remark on the limits of the Portuguese Corporate Income Tax liability of income derived from the provision of legal services by non-resident entities
-
- 405-442 **Carlos Blanco de Moraes | Mariana Melo Egídio**
Da validade dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros para a promoção de ações populares
On the validity of third-party litigation funding backing class action lawsuits
-
- 443-466 **Catarina Salgado**
A arbitragem voluntária como meio de resolução extrajudicial de conflitos no direito angolano – alguns subsídios
Voluntary arbitration as a method for extrajudicial conflict resolution in Angolan law – some subsidies
-
- 467-495 **Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Moraes**
A escolha de lei tácita: alguns problemas
Tacit choice of law: difficulties it raises
-
- 497-512 **Dário Moura Vicente**
Desinformação, liberdade e responsabilidade
Disinformation, freedom and liability
-
- 513-554 **Diogo Costa Gonçalves**
Relatório sobre a disciplina de Direitos de Personalidade
Personality Rights Academic Report
-
- 555-587 **Diogo Tapada dos Santos**
Interpretação extensiva e analogia de normas excepcionais: reflexões a propósito da proibição do pacto comissório
Extensive interpretation and analogy of exceptional rules: reflections on the lex commissoria prohibition
-
- 589-634 **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
O pensamento jurídico analógico e a criação de Direito em Sociedades Digitais: o eterno retorno da analogia?
Analogical legal thinking and the creation of the Law in digital societies: the eternal return of analogy?
-
- 635-668 **Evaristo Mendes**
Sociedades preliminares e sociedades em formação
Companies Before Incorporation

Filipe A. Henriques Rocha
669-708 A Arbitragem de litígios sobre dados pessoais
Arbitration of personal data disputes

Filipe de Arede Nunes
709-728 Nas vésperas da revisão constitucional de 1989: iniciativas e roteiros parlamentares
On the eve of the 1989 constitutional revision: parliamentary initiatives and routes

TOMO 2

Flávio Tartuce
729-752 Os direitos da personalidade no código civil brasileiro. Diálogos com a doutrina do Professor José de Oliveira Ascensão
Personality rights in the Brazilian Civil Code. Dialogues with the doctrine of Professor José de Oliveira Ascensão

Francisco A. C. P. Andrade
753-771 Vícios de Vontade dos “agentes” de *Software*?
Software agent's defects of will?

Francisco Mendes Correia
773-800 O Direito natural na tradição aristotélico-tomista: esboço de uma defesa
A first attempt in the defense of Natural law in the Aristotelian-Thomistic Tradition

Francisco Paes Marques
801-826 Ação popular e *private enforcement*: nova vida europeia de um velho instituto nacional
Class actions and private enforcement: new European life of an old national legal remedy

Gonçalo Aleixo Nunes
827-884 Da penhora de direitos de crédito – em especial, as garantias de defesa do *debitor debitoris*, a execução concomitante e a legitimidade processual do exequente
The seizure of receivables – in particular, the guaranties of defence of the third debtor, the concurrent enforcement and the procedural legitimacy of the creditor

Henrique Marques Candeias
885-930 O abuso do direito de retenção. Exercício desproporcional do direito de retenção
The abuse of the right of retention. Disproportionate exercise of the right of retention

Hugo Ramos Alves
931-962 A desconsideração da personalidade coletiva em Oliveira Ascensão
Oliveira Ascensão and the disregard of the corporate veil doctrine

Isabel Alexandre
963-985 Reconhecimento e execução de acordos resultantes de mediação
Recognition and Enforcement of Mediated Settlements

-
- Isabel Graes**
987-1027 As cartas de seguro na história do direito português: um instrumento de protecção do réu
The security charts in the History of the Portuguese Law: an instrument to protect the defendant
-
- Ivanildo Figueiredo**
1029-1080 Registo dos direitos reais e da posse: Aspectos distintivos entre os sistemas de Portugal e do Brasil à luz da doutrina de José de Oliveira Ascensão
Registration of real rights and possession: Distinctive aspects between the systems of Portugal and Brazil based on the doctrine of José de Oliveira Ascensão
-
- J. P. Remédio Marques**
1081-1115 Defesa preventiva e providências cautelares: a introdução, em Portugal, do “requerimento de protecção”, face ao possível decretamento de providência cautelar *inaudita altera parte* – A questão no quadro da propriedade intelectual
Preventive defense and interim injunctions: the introduction, in Portugal, of “protective letters”, in view of the possible award of an interim injunction without the prior contradictory of the same respondent (inaudita altera parte) – The issue in the context of intellectual property rights
-
- Jaime Reis**
1117-1170 O penhor flutuante como penhor de universalidades: ensaio de fundamentação dogmática
The floating charge as a charge of universalities: an essay on its dogmatic foundations
-
- Joana Costa Lopes**
1171-1206 Os desafios à tutela judicial civil do direito à imagem na era digital
The challenges to the judicial protection of the image right in the digital era
-
- João de Oliveira Gerales**
1207-1248 Sobre o reconhecimento de decisões eclesíásticas em matéria matrimonial: o artigo 99.º do Regulamento Bruxelas II *ter* e a Concordata de 2004 entre a República Portuguesa e a Santa Sé
On Recognition of Ecclesiastical Judgments in Matrimonial Matters: Article 99 of the Brussels II ter Regulation and the 2004 Concordat Between the Portuguese Republic and the Holy See
-
- João Maurício Adeodato**
1249-1260 Imprecisão da linguagem jurídica no exemplo do conceito de imperatividade (Em homenagem a José de Oliveira Ascensão)
Inaccuracy of legal language in the example of the concept of imperativity (In honor of José de Oliveira Ascensão)
-
- Jones Figueirêdo Alves**
1261-1306 Pessoa como sujeito de direito e o Direito da Pessoa em suas moradas do ser: visões identitárias a partir de estudos doutriniais de Oliveira Ascensão
Person as subject of rights and the Personal Law in its being's abode: identitary perspectives based on doctrinal studies of Oliveira Ascensão

- **Jorge Miranda**
1307-1314 A Constituição e a língua
The Constitution and the portuguese language
- **José Alberto Vieira**
1315-1338 Oliveira Ascensão e a crítica ao conceito de relação jurídica
Oliveira Ascensão and the critique of the concept of legal relationship
- **José Ferreira Gomes**
1339-1378 A eficácia das declarações a pessoas coletivas
The effectiveness of declarations to legal persons
- **José Luís Bonifácio Ramos**
1379-1406 Alojamento Local e Condomínio
Airbnb or Short-Term Rental and Condominium
- **Luourenço Vilhena de Freitas | Catarina Teles de Menezes**
1407-1426 Pandemia Covid-19 e a Reposição do Equilíbrio Económico-Financeiro dos Contratos de Concessão
Covid-19 Pandemic and the Restoration of the Economic-Financial Balance of the Concession Contracts
- **Luís de Lima Pinheiro**
1427-1448 Direito aplicável, equidade e composição amigável na arbitragem
Applicable law, ex aequo et bono and amicable composition in arbitration
- **Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**
1449-1468 O novo Regulamento Europeu 2022/2065 sobre os Serviços Digitais: o *Digital Services Act (DSA)*
The New European Regulation 2022/2065 on Digital Services: The Digital Services Act (DSA)
- **M. Januário da Costa Gomes**
1469-1501 “Supomos que esta descrição legal da situação é inaceitável”. Sobre a “sub-rogação dos credores” do repudiante na aceitação da herança e a interpretação disruptiva de José de Oliveira Ascensão
“We believe that such legal description of the situation is unacceptable”. On the “creditors subrogation” of the waivant in the acceptance of the inheritance and the disruptive interpretation of José de Oliveira Ascensão

TOMO 3

- **Manuel Carneiro da Frada**
1503-1515 “Quando os lobos uivam...” – Sobre a tríplice tutela dos direitos subjectivos, a respeito de um trecho de Oliveira Ascensão (e de um acórdão da Relação de Coimbra sobre baldios)
“When wolves howl...” – On the triple protection of subjective rights, about an excerpt from Oliveira Ascensão (and a judgment of the Relação de Coimbra about the common land)

-
- Marco Caldeira**
1517-1550 A colusão na contratação pública (em especial, a participação de empresas em relação de grupo): o “estado da arte” e perspectivas futuras
The bid-rigging in public procurement procedures (in particular, in regard to linked undertakings): the state of the art and future developments
-
- Margarida Silva Pereira**
1551-1600 Ainda sem direito à identidade: as crianças na Gestação de Substituição segundo a (incompleta) Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro
Still no right to identity. Children of surrogacy under the (incomplete) Law n.º 90/2021, 16/12, which amended the Medically-Assisted Procreation Law
-
- Maria Raquel Rei**
1601-1617 Mandato com vista a acompanhamento
Mandate to assist the vulnerable
-
- Marta Boura**
1619-1662 A culpa do lesado e o abuso do direito. Considerações sobre a disfuncionalidade do exercício e o fundamento dogmático do instituto da culpa do lesado
The fault of the injured party and the abuse of right. Considerations on the dysfunctionality of the exercise and the dogmatic basis of the fault of the injured party
-
- Miguel de Lemos**
1663-1688 Oliveira Ascensão, Direito Vivo e Pluralismo Jurídico em Água Branca – Entre *Factos* e *Mitos*: um Estudo de Sociologia Jurídica
Oliveira Ascensão, Living Law and Legal Pluralism in Água Branca – Between Facts and Myths: a Socio-Legal Study
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
1689-1702 Poderes do juiz no processo do trabalho: algumas notas
On the powers of the court in labor proceedings: some remarks
-
- Míriam Afonso Brigas**
1703-1724 A Culpa como pressuposto da Acção de separação de pessoas e bens no Código Civil de 1867 – Breves notas
Guilt as a prerequisite for the Action of Separation of Persons and Property in the Civil Code of 1867 – Brief notes
-
- Nuno de Oliveira Garcia | Ana Paula Basílio**
1725-1740 A tributação das mais-valias em IRS e o princípio da capacidade contributiva
Personal income tax on capital gains and the ability to pay principle
-
- Paula Costa e Silva | Nuno Trigo dos Reis**
1741-1779 A morte de um comparte e o curioso caso da instância subjectivamente complexa: a lacuna oculta no art. 281.º CPC e a verdade do aforismo *nanos gigantum humeris*
The death of one of the defendants and the curious case of the subjectively complex proceedings: the hidden gap in art. 281 Civil Procedure Code and the truth of the aphorism nanos gigantum humeris

-
- Paulo Marques**
1781-1822 Breves notas sobre a prestação de garantia idónea no processo de execução fiscal
Brief notes on the provision of adequate surety in tax enforcement proceedings
-
- Pedro de Albuquerque**
1823-1876 A informação sensível a dar a administradores e membros do Conselho Geral e de Supervisão (em cenários de concorrência, efetiva ou potencial, na eventualidade de negação de autorização para o exercício de atividade concorrencial ou antes dessa autorização poder ser dada pelo órgão previsto)
The sensitive information to be given to directors and members of the General and Supervisory Board (in actual or potential competition scenarios, in the event of denial of authorisation to engage in competitive activity or before such authorisation can be given by the body envisaged)
-
- Pedro Romano Martinez**
1877-1911 Direito de preferência e autonomia privada (Da preferência sucessiva)
Pre-emption rights and private autonomy (Of the successive pre-emption rights)
-
- Renata Oliveira Almeida Menezes**
1913-1934 A proteção jurídica da memória do morto e a titularidade do interesse tutelado
The legal protection of the deceased memory and the ownership of the protected interest
-
- Ricardo Rodrigues de Oliveira**
1935-1968 A nova identidade digital europeia. Uma primeira abordagem
The new European digital identity. A first approach
-
- Rui Pinto**
1969-1991 A execução de condenações implícitas
The enforcement of implied condemnatory judgments
-
- Rui Soares Pereira | Daniela Rodrigues de Sousa**
1993-2029 Sobre o levantamento da personalidade coletiva no domínio penal
On piercing the corporate veil in the criminal realm
-
- Silvio Romero Beltrão**
2031-2045 O futuro dos direitos da personalidade: o valor da pessoa humana na sociedade
The future of personality rights: the value of human person in society
-
- Susana Antas Videira**
2047-2078 Remuneração Adicional do Agente de Execução – Uma Interpretação fundada [também] em elementos genéticos ou lógico-históricos
Additional Remuneration for Enforcement Agents – An Interpretation Based [also] on Genetic or Logical-Historical Elements

- _____ **Teresa Quintela de Brito**
2079-2122 Actuação “em nome ou por conta” e no “interesse directo ou indirecto” do ente colectivo, responsabilização penal da sociedade-mãe e (ir)relevância penal dos programas de *Compliance*
Acting “on behalf or for the account of” and in the “direct or indirect interest” of the collective entity, criminal liability of the parent company and criminal (ir)relevance of compliance programs
- _____ **Thomas Hoeren**
2123-2140 Morreu Oliveira Ascensão – uma profunda vénia a um espírito livre
Oliveira Ascensão has died: a deep bow to a free spirit
- _____ **Tiago Henrique Sousa**
2141-2169 A aquisição tabular na compra e venda executiva
Acquisition a non domino an execution sale
- _____ **Tong Io Cheng**
2171-2198 A exploração de terrenos vagos e a *Radix Omnium Malorum*: Reflexões (esparsas e cingidas ao essencial) sobre a Legitimidade da Propriedade Privada
Vacant Land Exploitation and the Radix Omnium Malorum: Reflections (sparse and limited to the essentials) on the Legitimacy of Private Property
- _____ **Vítor Palmela Fidalgo**
2199-2242 A responsabilidade dos intermediários e a violação do direito de marca: *quo vadis?*
Intermediaries’ liability and trademark infringement: quo vadis?

TESTEMUNHOS ACADÉMICOS

- _____ **Maria João Estorninho**
2245 Em memória do Professor Doutor Oliveira Ascensão
- _____ **Paulo de Sousa Mendes**
2247-2248 Em memória do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão
- _____ **Pedro Pais de Vasconcelos**
2249-2251 Testemunho de um discípulo do Professor Oliveira Ascensão

Pandemia Covid-19 e a Reposição do Equilíbrio Económico-Financeiro dos Contratos de Concessão

Covid-19 Pandemic and the Restoration of the Economic-Financial Balance of the Concession Contracts

—
Lourenço Vilhena de Freitas* | Catarina Teles de Menezes**

Resumo: A Pandemia Covid-19 consubstancia, é certo, um acontecimento anormal, imprevisível e grave, tendo tido um incontestável impacto no tecido económico-financeiro global, ao qual não escaparam os Contratos de Concessão. Nestes termos, urge perceber a que institutos jurídicos se pode subsumir a Pandemia, para que se possam encetar, sendo caso disso, os caminhos aptos a mitigar os seus efeitos, nomeadamente, pela reposição do equilíbrio económico-financeiro dos Contratos de Concessão.

Palavras-Chave: Pandemia Covid-19. Concessionário(s). Contratos de Concessão. Reequilíbrio Económico-Financeiro. Quantum Indemnizatório.

Abstract: The Covid-19 Pandemic certainly embodies one abnormal, unforeseeable and serious event, having had an undeniable impact on the global economic and financial basis, from which the Concession Agreements did not escape. In these terms, it is urgent to understand to which legal institutes the Pandemic may be subsumed, so that, if necessary, ways may be found to mitigate its effects, namely, by restoring the economic and financial balance of the Concession Agreements.

Keywords: Pandemic Covid-19; Concessionaire(s); Concession Agreements; Economic-Financial Rebalance; Quantum Indemnity.

Sumário: I. Considerações introdutórias. II. A qualificação da Pandemia de Covid-19 como evento de força maior, alteração anormal e imprevisível das circunstâncias (caso imprevisto) ou facto do príncipe. II.1. A qualificação da Pandemia Covid-19 como causa de força maior. II.2. A qualificação da Pandemia Covid-19 como alteração imprevisível e anormal das circunstâncias (caso imprevisto). II.3. A qualificação da Pandemia Covid-19 como facto do príncipe II.4. O eventual impacto da decretação do fim da Pandemia Covid-19. III. As consequências da Pandemia Covid-19 em sede de execução contratual. III.1. Em caso de força maior. III.2. Em caso de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias. III.3. Em caso de facto do príncipe. IV. Conclusão.

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

** Mestranda em Direito.

I. Considerações introdutórias¹

Em virtude da crise pandémica provocada pelo vírus SARS-CoV-2 que assolou o panorama mundial nos últimos três anos, várias foram as medidas legislativas e regulamentares adotadas em Portugal desde 2020 que vieram restringir intensamente os direitos fundamentais dos cidadãos, gerando efeitos negativos na economia e, bem assim, impacto direto no contexto dos Contratos de Concessão.

Efetivamente, as consequentes medidas adotadas com os decretamentos dos mais diversos estados de emergência, calamidade, contingência e alerta, impactaram profundamente o âmbito dos negócios jurídicos sinalagmáticos, nomeadamente, os Contratos de Concessão, designadamente desequilibrando as prestações económico-financeiras aí previstas *ab initio*.

Conforme bem ensinou o douto Mestre José de Oliveira Ascensão² (que pelo presente se homenageia):

“Todo o negócio é uma entidade histórica, logo está necessariamente situado. O negócio celebra-se por ser aquela a realidade envolvente. (...) Falava-se tradicionalmente em vinculação *rebus sic stantibus*. Contratamos porque as circunstâncias são assim. Daí que a variação destas, nos termos que precisaremos, se repercuta sobre o vínculo assumido. (...) Seria injusto manter a vinculação se as circunstâncias se alterassem radicalmente, deixando de a justificar.”

Neste contexto, surge imperativa a necessidade de se qualificar corretamente a Pandemia Covid-19 à luz dos institutos aplicáveis no quadro do Direito Administrativo, em especial, e da Teoria do Direito, em geral, a saber, e potencialmente, a força maior, a alteração de circunstâncias (caso imprevisto) ou o facto do príncipe. Dessa qualificação dependerão consequências jurídicas variadas, como a exoneração do devedor ou o direito a compensações que mitiguem os efeitos nefastos provocados pela Covid-19 na execução dos Contratos de Concessão, pretendendo-se com tanto alcançar um reequilíbrio justo, devido e ponderado.

¹ Abreviaturas: AEA – Auto-Estradas do Atlântico. ANA – Aeroportos de Portugal. CC – Código Civil. CCP – Código dos Contratos Públicos. DL n.º 19-A/2020 – Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de abril. OMS – Organização Mundial de Saúde. STA – Supremo Tribunal Administrativo. STJ – Supremo Tribunal de Justiça. TRG – Tribunal da Relação de Guimarães. TRL – Tribunal da Relação de Lisboa.

² JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, Onerosidade excessiva por “alteração das circunstâncias”, in *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, Ano 2005, Ano 65, Vol. III, Dez. 2005, p. 626.

Com efeito, como refere António Menezes Cordeiro³:

“O Direito (...) comporta institutos gerais que podem, com o apoio da Ciência do Direito, enquadrar com justiça alguns problemas suscitados pela crise COVID-19.”

O referido autor⁴ acrescenta, e bem, que esse enquadramento partirá necessariamente da consideração do princípio da boa-fé, pedra basilar do nosso ordenamento jurídico:

“No domínio da Crise COVID-19 como noutras convulsões atravessadas pelo sistema romano-germânico a que pertencemos, a boa-fé, através da sua capacidade de dogmatizar o sistema, opera como o Direito natural dos nossos dias: dá voz à Ciência do Direito e à sua capacidade de, no terreno, encontrar soluções harmónicas e equilibradas, mesmo para os problemas que fujam ao controlo humano.”

A situação foi tão grave que houve declaração de estado de emergência. Note-se, tal como apontado por Jorge Miranda⁵, que:

“Até fevereiro-março de 2020 não tinha ocorrido nenhuma situação de tal maneira grave atingindo a comunidade portuguesa que justificasse a aplicação de qualquer das providências de exceção previstas no art. 19.º da Constituição. Foi a pandemia dita novo coronavírus – ou covid-19, de âmbito mundial, que iria provocá-la (talvez algo tardiamente), através da declaração de estado de emergência (...).”

Finalmente, importa notar que, no contexto de estado de emergência, o DL n.º 19-A/2020 veio restringir os direitos à reposição do equilíbrio económico-financeiro dos Contratos de Concessão, tal qual decorria dos regimes contratuais. Neste âmbito, são diversas as vozes da doutrina que se têm insurgido quanto ao referido diploma, invocando a sua inconstitucionalidade.

Assim sendo – e ainda que não tenhamos conhecimento de nenhuma decisão judicial que se tenha debruçado sobre a referida inconstitucionalidade – existem

³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Covid-19 e boa-fé”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Lisbon Law Review – Número Temático: Covid-19 e o Direito*, Ano LXI, 2020, Número 1, FDL, Lisboa, p. 26.

⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Covid-19 e boa-fé”, op. cit, p. 39.

⁵ JORGE MIRANDA, “Constituição e pandemia – breve nota”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Lisbon Law Review – Número Temático: Covid-19 e o Direito*, Ano LXI, 2020, Número 1, FDL, Lisboa, p. 56.

argumentos jurídicos para sustentar a inconstitucionalidade parcial do referido diploma e, portanto, pugnar pela sua desaplicação, nomeadamente no que se refere às restrições nele previstas quanto à reposição do equilíbrio económico-financeiro dos Contratos de Concessão.

II. A qualificação da Pandemia de Covid-19 como evento de força maior, alteração anormal e imprevisível das circunstâncias (caso imprevisto) ou facto do príncipe

A Pandemia Covid-19, bem como a adoção de medidas de contenção da propagação do vírus para proteção das respetivas populações, nomeadamente, a suspensão da liberdade de circulação, associada à imposição de medidas de confinamento e recolher obrigatório, teve impacto nos Contratos de Concessão, levando na maioria dos casos à diminuição das receitas das Concessionárias.

Sob a égide da referida premissa, importa analisar os enquadramentos jurídicos possíveis, a saber, e como já se referiu, a força maior, a alteração das circunstâncias (caso imprevisto) ou o facto do príncipe, que a Pandemia Covid-19 poderá assumir no âmbito dos referidos Contratos de Concessão, por forma a que de seguida se possam analisar as repercussões dessa qualificação jurídica em sede de execução dos Contratos de Concessão e, em especial, ao nível do direito e *quantum* indemnizatório.

II.1. A qualificação da Pandemia Covid-19 como causa de força maior

No que diz respeito, concretamente, à Pandemia Covid-19 de que aqui se trata, a doutrina⁶ já veio entender que, em termos abstratos, a mesma é suscetível de ser qualificada como uma causa de impossibilidade de cumprimento, i.e., como caso de força maior, juntamente com as restrições decorrentes das medidas públicas decretadas para lhe fazerem face (ainda que seja discutível que as restrições advenham diretamente do surto pandémico provocado pela disseminação do vírus, uma vez que foram impostas e intermediadas por medidas legislativas/governativas⁷).

⁶ MIGUEL LORENA DE BRITO, “Impacto da pandemia Covid-19 na execução dos contratos administrativos”, in *Revista de Contratos Públicos* n.º 24, p. 261.

⁷ Para uma análise crítica da legislação e medidas Covid-19, vide PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Dúvidas na interpretação de alguns preceitos da legislação de emergência (Covid-19)”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Lisbon Law Review – Número Temático: Covid-19 e o Direito*, Ano LXI, 2020, Número 1, FDL, Lisboa, pp. 620-627.

A qualificação da Pandemia Covid-19 como caso de força maior é ainda confirmada pelo teor de diversos Contratos de Concessão que, no elenco dos eventos de força maior, incluem expressamente as epidemias (p.e., as concessões da Brisa e da ANA não preveem expressamente a reposição do equilíbrio económico-financeiro como causa de força maior, ao contrário das concessões da AEA e da Brisal que já a preveem), consideramos que existem argumentos ponderosos para se concluir que a Pandemia Covid-19 será, no âmbito dos mesmos, qualificada como um evento de força maior.

Note-se, ademais, que foi o próprio legislador, por via do DL n.º 19-A/2020, que veio admitir expressamente a qualificação da Pandemia Covid-19 como evento de força maior.

Com efeito, o DL n.º 19-A/2020 veio restringir o direito à reposição do equilíbrio económico-financeiro dos Contratos de Concessão decorrentes dos respetivos regimes contratuais.

O referido DL n.º 19-A/2020:

- (i) Suspendeu, para o período entre 3 de abril de 2020 e 2 de maio de 2020, as cláusulas contratuais e as disposições normativas que previam o direito à compensação por quebras de utilização ou o direito à reposição do equilíbrio financeiro, não podendo ser essas cláusulas ou disposições invocadas quanto aos factos ocorridos nesse período. Por outras palavras, o DL n.º 19-A/2020 exclui o direito à compensação ou à reposição do equilíbrio financeiro por factos ocorridos nesse período;
- (ii) Suspendeu, fora desse período, seja antes ou depois, o direito à compensação ou à reposição do equilíbrio financeiro que exista apenas pode ser efetivado através da prorrogação do prazo de vigência do contrato, ficando excluídas outras formas de compensação ou de reposição, como a revisão de preços ou uma prestação do Concedente;
- (iii) Por fim, determinou que as decisões dos tribunais arbitrais em litígios envolvendo a aplicação do DL n.º 19-A/2020 (o que acontecerá, p.e., no caso de um Concessionárias intentar uma ação arbitral contra o concedente peticionando a reposição do equilíbrio económico-financeiro da Concessão com fundamento na Pandemia Covid-19), ficam sujeitas a recurso para o STJ.

Estabilizado que está que a Pandemia Covid-19 constitui um caso de força maior, importa referir que, tradicionalmente, se tem entendido que o caso de força maior⁸ se verifica “quando, em virtude de circunstâncias imprevisíveis e alheias à pessoa dos

⁸ Sobre a força maior, ou *force majeure*, cfr. CATARINA MONTEIRO PIRES, “*Force majeure* em contratos com a administração pública”, in *Direito das Obrigações em Tempos de Calamidade, Reflexões durante um Ano de Pandemia*, Almedina, 2021, pp. 83-91.

cocontratantes, o cumprimento das obrigações contratuais se torna absolutamente impossível”⁹.

Entre nós, a doutrina e a jurisprudência tendem a associar tipicamente a figura da força maior à impossibilidade de cumprimento das obrigações, com o efeito lógico de exonerar o devedor do cumprimento das mesmas.

A corrente maioritária, doutrinal e jurisprudencial, classicamente associa a força maior a um evento imprevisível¹⁰. Com efeito, refere Ana Perestrelo de Oliveira¹¹:

«Em geral, um caso de força maior é um evento que escapa ao controlo do devedor que impede a execução do contrato, que não poderia ter sido razoavelmente previsto aquando da conclusão do contrato e cujos efeitos não podem ser evitados por medidas adequadas. (...) Exige-se tradicionalmente: (i) irresistibilidade, i.e., o carácter inevitável e inultrapassável do evento; (ii) imprevisibilidade para uma pessoa razoável ao tempo do contrato e nas circunstâncias em que foi celebrado; (iii) externalidade, i.e., exclusão do evento da esfera do controlo do devedor; (iv) impossibilidade, e não impraticabilidade ou impossibilidade económica ou desaparecimento da base da transação. (...) Estará em causa saber se se ultrapassa ou não a “álea normal” do negócio. É necessário proceder à interpretação do contrato para descobrir o seu “plano de risco” e, portanto, a “justiça contratual imanente”.»

Contudo, a verdade é que a tendência mais recente tem vindo a ser a de sustentar que o que caracteriza a figura da força maior não é tanto a imprevisibilidade, mas antes a inevitabilidade ou a irresistibilidade, quer no quadro do Direito Privado, quer no quadro do Direito Administrativo, i.e., é suficiente apenas um evento incontornável que escapa ao controlo das partes.

Neste sentido, veja-se o Acórdão do STA¹²:

“[U]m caso de força maior é todo o acontecimento natural ou ações humanas que, embora, previsível ou até prevenida, não se pode evitar, nem em si mesmo nem nas suas consequências”.

⁹ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Almedina, 1980, Volume I, p. 718.

¹⁰ Note-se que já em 26.05.1955 (Proc. n.º 000752), o mesmo STJ havia determinado que “[c]aso de força maior é o facto anormal, imprevisível estranho e superior à vontade de quem se obriga, impossibilitando-o absolutamente de cumprir”.

¹¹ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Cláusulas de força maior e limites da autonomia privada”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Lisbon Law Review – Número Temático: Covid-19 e o Direito*, Ano LXI, 2020, Número 1, FDL, Lisboa, pp. 67-68.

¹² Acórdão Supremo Tribunal Administrativo, Proc. n.º n.º 0566/08, de 14.01.2010, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

Também no Direito Privado se relembram, no mesmo sentido, os doutos ensinamentos de José de Oliveira Ascensão¹³:

“A alteração anormal é, não só a alteração extraordinária e imprevisível, como também uma alteração que afecta gravemente, manifestamente, a equação negocialmente estabelecida. (...) Com isto se desenha a figura da onerosidade excessiva, como a resultante da alteração anormal. (...) Isso implica uma reposição económica do equilíbrio contratual visado pelas partes, que foi quebrado pela alteração anormal das circunstâncias. (...) O equilíbrio visado não representa necessariamente uma repartição igualitária de vantagens e encargos. Isto porque o negócio pode ter elementos de liberalidade.”

A figura da força maior afasta-se do caso imprevisto (que, por sua vez, se assemelha ao regime de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias previsto no direito civil), na medida em que no caso imprevisto a prestação contratual, ainda que em moldes excessivamente onerosos para um dos contraentes, permanece possível. Por outras palavras, o devedor poderá cumprir, mas à custa de um sacrifício extraordinário e, porventura, de ruína¹⁴.

No que toca ao regime da força maior em geral, o seu efeito primário e essencial é o efeito liberatório da prestação a que o cocontratante se obrigara perante a Administração Pública, justificando-se a impossibilidade de cumprimento do contrato que determina a exoneração do devedor dos efeitos típicos que decorreriam de uma situação de incumprimento que lhe fosse imputável. O efeito prototípico, portanto, da força maior, é a exoneração do devedor.

Contudo, no quadro do Direito Público, alguma doutrina tem sustentado que a força maior pode também dar origem a uma compensação contratual, como melhor se desenvolverá *infra*, e diversos Contratos de Concessão têm consagrado o direito à reposição do equilíbrio económico-financeiro em caso de força maior.

Neste quadro, diga-se que tem sido abordada uma vertente da figura que se pode designar como “caso de força maior deslizante para a imprevisão”, em que a invocação do caso de força maior pode ser atalhada com a atribuição de vantagens (que se pode, p.e., traduzir numa extensão do seu prazo, numa compensação dos termos da equidade ou mesmo numa redução das obrigações das Concessionárias,

¹³ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, Onerosidade excessiva por “alteração das circunstâncias”, op. cit., pp. 637, 638 e 643.

¹⁴ TIAGO LEOTE CRAVO, Contratos públicos e pandemia: problematizando a alteração das circunstâncias, in *Contratos e Pandemia*, Almedina, 2021, p. 202.

etc.) que restabeleça o equilíbrio económico-financeiro do Contrato de Concessão, a fim de possibilitar a continuação da execução do contrato¹⁵.

Note-se que, como é evidente, nada obsta à inserção nos Contratos de Concessão de cláusulas relativas à reposição do equilíbrio económico-financeiro em caso de força maior. Com efeito, como refere Diogo Costa Gonçalves¹⁶:

“As partes são os primeiros protagonistas da reposição do equilíbrio contratual em cenários de crise. Fazem-no, desde logo, prevendo no próprio contrato cláusulas de revisão.”

II.2. A qualificação da Pandemia Covid-19 como alteração imprevisível e anormal das circunstâncias (caso imprevisto)

Como se referiu, para além do caso de força maior, a Pandemia Covid-19, bem como as consequentes medidas adotadas em função da sua ocorrência, podem ser consideradas, em princípio, como uma alteração das circunstâncias, podendo ser fundamento de uma eventual modificação dos Contratos de Concessão (que se pode, nomeadamente, traduzir numa das vantagens que *supra* se referiram).

Neste sentido, veja-se a opinião perflhada por Tiago Leote Cravo¹⁷:

“O problema da alteração das circunstâncias tem sido classicamente resolvido pelos administrativistas com apelo frequente à figura dos casos. Decerto, o coronavírus, enquanto pandemia poderá ser subsumível a um evento passível de enquadramento em duas figuras jurídicas muito relevantes: o “caso de força maior e o caso imprevisto”, definindo-se o caso do imprevisto como “factos que, sendo estranhos à vontade dos contraentes e imprevistos no momento da celebração do contrato, não impedem a sua execução: tornam-na, apenas, tão onerosa que o devedor só poderá cumprir à custa de um sacrifício extraordinário e, porventura, de ruína”.

Na mesma linha, Miguel Lorena De Brito¹⁸ entende:

“[É] possível que, em determinados casos, se possa concluir que a pandemia de Covid-19 e as restrições resultantes das medidas públicas de combate a essa mesma

¹⁵ CARLA AMADO GOMES, A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos in *Estudos de Contratação Pública*, I, Coimbra Editora, 2008, pp. 540-541.

¹⁶ DIOGO COSTA GONÇALVES, “Crise e renegociação dos contratos no Direito português e brasileiro – Algumas reflexões”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Lisbon Law Review – Número Temático: Covid-19 e o Direito*, Ano LXI, 2020, Número 1, FDL, Lisboa, p. 149.

¹⁷ TIAGO LEOTE CRAVO, Contratos públicos op. cit., p. 202.

¹⁸ MIGUEL LORENA BRITO, Impacto da pandemia... op. cit., p. 265.

pandemia constituam uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar.”

Tem sido esse o entendimento de grande parte da doutrina nacional, a qual defende que a referida situação pandémica consubstancia uma situação passível de ser qualificada como alteração anormal e imprevisita das circunstâncias.

Neste sentido, veja-se, p.e., Manuel Carneiro da Frada^{19/20}:

“O Covid-19 realiza com facilidade os pressupostos da resolução ou da modificação dos contratos por alteração das circunstâncias nos termos do art. 437.º/1 do Código Civil (CC).”

O mesmo autor²¹ enquadra a situação pandémica, de resto, como uma grande alteração das circunstâncias:

«As “grandes alterações das circunstâncias” representam o reduto mais firme e irredutível da aplicação do art. 437.º/1. O Covid-19 realiza uma alteração desse tipo porque a emergência sanitária surgida representa a modificação (brusca) de uma condicionante geral da coexistência social, com impacto generalizado e, em muitos casos, brutal, na possibilidade e forma da interacção e cooperação de um número indeterminado de sujeitos. (...) As “grandes” alterações de circunstâncias são gerais, e totalmente alheias a condutas ou áreas de influência das partes, a cujo domínio e controlo escapam completamente. O Covid-19 é delas um exemplo particularmente eloquente. (...) Nenhum sujeito, parte num contrato, pode pretender eximir-se aos seus efeitos à custa do outro, nem devem permitir-se benefícios fortuitos a uma das partes que impliquem o prejuízo da outra. Os contratos não podem converter-se em casos de *windfall profit* de uns à custa de outros, pois tal contraria os ditames da justiça.»

¹⁹ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A alteração das circunstâncias à luz do COVID-19: Teses e reflexões para um diálogo”, in *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, Lisboa, Ano 80, Vol. I/II, Jan./Jun. 2020, pp. 153-154.

²⁰ No mesmo sentido, vide MARIANA FONTES DA COSTA, “Covid-19 e Alteração Superveniente das Circunstâncias”, in E-Book *Entre a impossibilidade da prestação e a alteração das circunstâncias em contexto da pandemia de Covid-19*, Org. da Direcção-Regional Norte da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Edição Ciclo de *Webinars* da DRNorte, 2020, pp. 22-38: “Desde que se começou a conformar com maior clareza o atual cenário, o instituto da alteração superveniente das circunstâncias tem vindo a ser invocado, com frequência, para a correção das graves perturbações negociais ocorridas em consequência da pandemia. E bem. Estamos a viver hoje a materialização de um dos mais nefastos exemplos de escola em matéria de perturbações da grande base do negócio, para usar a designação tradicional de G. Kegel.

²¹ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, A alteração das circunstâncias à luz do COVID-19, op. cit., pp. 154-156.

Releve-se aliás que também a jurisprudência já se tem pronunciado sobre situações de alteração de circunstâncias em virtude do surto pandémico provocado pela Covid-19.

Veja-se, v.g., o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa²², onde se considerou que:

“Difícilmente se encontrará na Doutrina ou na Jurisprudência um exemplo mais evidente de alteração da base negocial, ou de alteração anormal das circunstâncias que presidiram à realização do contrato do que a situação que deu origem ao presente litígio: o deflagrar de uma pandemia, a nível planetário, que paralisou o mundo inteiro, não só Portugal. (...) Importa ainda acentuar que a alteração das circunstâncias ocorrida na sequência da deflagração da crise pandémica está longe de estar abrangida pelos riscos próprios do contrato, como é por demais óbvio. Risco próprios do contrato são um maior ou menor êxito do negócio, cíclicas crises que geram abrandamentos do mercado, não uma pandemia que paralisa o mundo inteiro. Não existe, assim, margem para dúvida de que se verificam todos os requisitos exigidos pelo art.º 437.º do Código Civil para a resolução do contrato.”

Também no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães²³, se entendeu que:

“I. A Covid-19 constitui um exemplo claro de alteração de circunstâncias geral e totalmente alheia a condutas das partes, e a cujo domínio e controlo escapam completamente.”

Com efeito, acompanha-se a posição que defende que a Pandemia Covid-19 pode consubstanciar uma verdadeira “grande alteração das circunstâncias”, levando à necessidade de se encontrar um Reequilíbrio Económico-Financeiro que reestabeleça as prestações advindas dos Contratos de Concessão.

De facto, ocorrendo uma alteração das circunstâncias, por causa não imputável ao contraente público, o ordenamento jurídico tutela o contraente privado, já que se haveria como solução injusta o acatamento dos prejuízos que tais alterações trouxeram ao negócio jurídico celebrado, sobretudo se suportados exclusivamente por este último.

²² Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. n.º n.º19222/20.1T8LSB.L1-6, de 08.04.2021, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

²³ Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. n.º46168/20.0YIPRT.G1, de 10.07.2021, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

Em suma, a nosso ver, a Pandemia Covid-19 constitui caso de força maior quando preenche a previsão geral da figura, i.e., quando constitui um evento irresistível.²⁴ No mais, pode constituir a figura da alteração de circunstâncias.

II.3. A qualificação da Pandemia Covid-19 como facto do príncipe

A Pandemia Covid-19 pode também ser qualificada como facto do príncipe. A respeito do que se deverá entender por facto do príncipe, tem-se pronunciado a doutrina, nomeadamente, quanto a saber que tipo de alteração legislativa poderá fundar um Reequilíbrio Económico-Financeiro de um Contrato de Concessão.

A este respeito, veja-se Mário Aroso de Almeida²⁵:

“O facto do príncipe pode resultar, como sucede com maior frequência, da adopção de uma medida de carácter geral, sendo, nesse caso, exigido que essa medida se projecte especificamente sobre o objecto do contrato, sem portanto, atingir o contraente privado apenas enquanto membro indiferenciado da comunidade.”

E veja-se o que diz, também, Cláudia Saavedra Pinto²⁶:

“(…) apenas estaremos na presença de um facto do príncipe quando o ato de poder impenda directa e especialmente sobre o contrato afectado, alterando os termos acordados e o seu equilíbrio económico ou extinguindo-o. Caso não se estabeleça tal relação imediata de causa-efeito e os encargos gerados não sejam especiais, limitando-se a alterar o enquadramento geral em que o contrato é executado e/ou a afectar o particular contratante do mesmo modo que onera os demais administrados, então, deve entender-se que a medida de autoridade não é susceptível de constituir uma hipótese de facto do príncipe (...).”

²⁴ Como refere ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Cláusulas de força maior e limites da autonomia privada”, op. cit., p. 72: “[u]ma situação de força maior, em sentido verdadeiro e próprio, corresponde, à luz do Código Civil português, a um caso de impossibilidade”. Embora a autora, a p. 70, admita que esse conceito possa ser alargado à luz da interpretação do contrato, i.e., à luz do significado que apresenta na economia do contrato, por critérios teleológicos e de valoração, e não por mera correspondência com o conceito legal de impossibilidade.

²⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Contratos Administrativos e Regime da sua Modificação no novo Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos em Homenagem a Sérvulo Correia*, Volume II, Almedina, 2010, p. 828.

²⁶ CLÁUDIA SAAVEDRA PINTO, *O facto do príncipe e os contratos administrativos*, Almedina, 2012, p. 83.

Já Diogo Freitas do Amaral²⁷ descreve o facto do príncipe como:

“(…) decisão do contraente público, adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do co-contratante (...) que materializa no também designado risco político (...)”.

E também Pedro Costa Gonçalves²⁸:

“Por outro lado, embora possa provocar um quadro de efeitos semelhante ao que decorre do poder de modificação unilateral, deve dele distinguir-se aquilo que a doutrina por fait du prince (...) conceito que designa uma actuação exterior ao contrato da Administração concedente, de outra entidade administrativa ou até do legislador, que determina uma perturbação significativa na equação económico-financeira do contrato. Ao contrário do poder de modificação, estão aqui em causa medidas gerais, que têm efeitos sobre o contrato, embora o não tenham por objecto (...)”

Bem como Carla Amado Gomes²⁹:

“(…) finalmente, aquilo a que reconduziríamos o factum principis em sentido próprio: a alteração dos termos do contrato por superveniência de uma alteração legislativa que imediatamente se reflecta no seu conteúdo (...)”

Não se integrando no conceito de facto do príncipe, segundo a mesma Autora, as situações em que a Administração:

“(…) se limita a fazer reflectir no contrato determinações genéricas, de sua lavra, mas emitidas à margem do seu poder de conformação da relação contratual, tecidas abstractamente para reger uma determinada categoria de contratos”.

Em suma, as alterações específicas do contrato (fora do quadro dos poderes de conformação contratual), posto que legislativas, conferem o direito a uma compensação plena por força da efetivação do direito à reposição do equilíbrio económico-financeiro.

²⁷ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*. Volume II, 2.^a Edição, Almedina, 2011, p. 636.

²⁸ PEDRO COSTA GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, Coimbra, 1999, p. 260.

²⁹ CARLA AMADO GOMES, “A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos”, in *Textos Dispersos de Direito Administrativo*, AAFDL, 2013, p. 195 e 196.

Pelo que resulta da supra apresentada resenha doutrinária, que para que exista um direito, por parte de um Concessionário, à reposição do equilíbrio económico-financeiro com base em facto do príncipe, terá de existir uma alteração legislativa que tenha um impacto específico na concessão, nomeadamente, por se dirigir apenas à atividade prosseguida pela mesma e não a um conjunto mais alargado de destinatários ou de atividades.

A qualificação das medidas Covid-19 como facto do príncipe depende das medidas em concreto.

Tal como, de resto, é antecipado por Tiago Serrão³⁰ quando afirma:

“[H]á que ter presente que tais possíveis litígios se afiguram, no plano das questões a ser dirimidas, muito diversificados. Antecipam-se, entre outras, discussões em torno da questão de saber: (...) se determinadas medidas públicas, tomadas no quadro da resposta à epidemia, são ou não subsumíveis na figura do *fait du prince* (cfr. o artigo 314.º, n.º1, alínea a), e n.º 3, do CCP).”

Com efeito, algumas das medidas de combate à Covid-19, quando se verifique discricionariedade do Estado na sua adoção e quando afetem setores de negócio em especial e não sejam transversais a toda a atividade económica, podem constituir facto do príncipe. Por outras palavras, na medida em que as mesmas não configuram lei geral, podem nesse quadro dar origem a uma indemnização integral, como se verá *infra*.

II.4. O eventual impacto da decretação do fim da Pandemia Covid-19

Naturalmente, releva referir que uma vez decretado o fim da Pandemia pela OMS, a qualificação da Covid-19 como evento de força maior, para efeitos da reposição do equilíbrio económico-financeiro dos Contratos de Concessão, tornar-se-á mais difícil, sem prejuízo de a mesma poder ser enquadrada, desde que verificados os respetivos pressupostos, no instituto da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias.

Ainda assim, entendemos que o facto determinante para a qualificação da Pandemia Covid-19 como um evento de força maior suscetível de dar lugar à reposição do equilíbrio económico-financeiro do Contrato de Concessão é o

³⁰ TIAGO SERRÃO, “Uma epidemia anunciada: a epidemia da litigância em matéria de execução contratual pública”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Lisbon Law Review – Número Temático: Covid-19 e o Direito*, Ano LXI, 2020, Número 1, FDL, Lisboa, p. 794.

carácter mais ou menos intenso das medidas de prevenção, mitigação e contenção do vírus que, a cada momento, foram adotadas (bem como o impacto mais ou menos significativo que tiveram nas condições de execução daquele) e, portanto, a possibilidade de qualificação da Covid-19 como causa de força maior não fica totalmente inviabilizada pelo término do cenário pandémico que vier a ser declarado pela Organização Mundial de Saúde.

III. As consequências da Pandemia Covid-19 em sede de execução contratual

III.1. Em caso de força maior

O primeiro efeito da existência da força maior é, como se referiu supra, a exoneração das obrigações do devedor, em regra, apenas e tão-só quando o efeito seja irresistível e preencha portanto o critério geral do CC, sem prejuízo de algumas exceções à luz da teleologia do contrato, também já acima referidas.

É verdade que parte da doutrina tem entendido que a Pandemia Covid-19, enquanto evento de força maior, não confere, regra geral, o direito à reposição do equilíbrio económico-financeiro do Contrato de Concessão, na medida em que, na generalidade dos casos, os efeitos adversos sobre a execução contratual não serão o resultado, nem de uma decisão do próprio contraente público, nem de uma modificação contratual motivada por razões de interesse público³¹, tendendo a associar à Pandemia Covid-19 as consequências compensatórias previstas para alterações anormais e imprevisíveis das circunstâncias, i.e., a modificação contratual ou a atribuição de uma compensação segundo critérios de equidade.

Com efeito, no quadro anterior ao CCP, a doutrina administrativista admitia que a força maior poderia dar azo a compensação, diferente do que em regra acontece no quadro do direito privado.

Neste sentido, veja-se o que refere Marcello Caetano³²: “[E]m certos contratos, como frequentemente sucede com as empreitadas de obras públicas, o caso de força maior não é apenas relevante no sentido de exonerar o contraente da responsabilidade para com a outra parte: também interessa pelo facto de o contrato colocar a cargo da administração os prejuízos causados ao particular pelo evento”.

³¹ MIGUEL LORENA BRITO, *Impacto da pandemia...*, op. cit., p. 270 e TIAGO LEOTE CRAVO, *Contratos públicos e pandemia*, op. cit., 2021, p. 213.

³² MARCELLO CAETANO, *Manual de direito administrativo*, Volume I, 10.^a Edição, 10.^a Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2010, p. 624.

E a doutrina atual também a sustenta. Veja-se, p.e., Pedro Melo e Sandra Tavares Magalhães³³:

“[P]erante a ocorrência da pandemia em alusão, e caso esta tenha causado prejuízos ao co-contratante (empreiteiro ou concessionário), no limite, um desequilíbrio na equação financeira subjacente ao modelo de negócio da empreitada ou concessão administrativa, haverá direito à reposição do equilíbrio financeiro, excepto se, em resultando do evento de força maior, se optar pela resolução do contrato”.

Com efeito, entende-se que a força maior pode, em certas circunstâncias, e mesmo que não expressamente prevista como causa de reposição do equilíbrio económico-financeiro, e dependendo da repartição de riscos contratuais, pode gerar direito ao mesmo reequilíbrio, mesmo no quadro do CCP, e deve, em regra, geral, no quadro dos contratos anteriores ao CCP.

Ademais, e como alguns autores bem referem, existem cláusulas contratuais que atribuem às causas de força maior o efeito não só exoneratório, mas também compensatório integral e que essa é, inclusive, a solução recomendável para aplicação aos Contratos de Concessão³⁴. Portanto, pelo menos quanto aos contratos não sujeitos ao CCP poderá admitir-se a possibilidade de a força maior dar direito a uma compensação e, quanto a quaisquer Contratos de Concessão, será importante analisar se o mesmo prevê expressamente nas suas cláusulas o direito à reposição do equilíbrio económico-financeiro, para os casos de ocorrência de situações de força maior, ou se a repartição de riscos contratuais também convoca a aplicação do princípio do reequilíbrio económico-financeiro da Concessão.

Existem posições contrárias mas, no entanto, é essencial alertar para o facto de que os mesmos autores o entendem considerando a generalidade dos contratos públicos, que se encontram sujeitos à disciplina do CCP. Ora, nos termos e para os efeitos do CCP, as situações que dão lugar à reposição do equilíbrio económico-financeiro têm subjacente a prática de um facto imputável ao contraente público, compreendendo-se por isso que os encargos a si associados sejam integralmente suportados pelo contraente público³⁵. O mesmo é dizer que a posição que tem

³³ PEDRO MELO e SANDRA TAVARES MAGALHÃES, O impacto da pandemia nos contratos administrativos: em especial, empreitadas e concessões, in *Direito Administrativo de necessidade e exceção*, AAFDL, Lisboa, 2020, p. 527.

³⁴ PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, “O direito à reposição do equilíbrio financeiro por agravamento dos custos da obra: reflexões de ordem prática”, in *Revista de Contratos Públicos* n.º 24, p. 142.

³⁵ PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, op. cit., p. 140.

sido adotada por alguns autores se justifica à luz do CCP, na medida em que, por um lado, a Pandemia Covid-19, como evento inevitável e irresistível externo às partes, não é imputável ao contraente público e, por outro lado, a causa de força maior não se encontra ali elencada, como evento suscetível de dar lugar à reposição do equilíbrio económico-financeiro do Contrato de Concessão. Ainda assim, estes mesmos autores admitem que existem casos em que os contratos, mormente os Contratos de Concessão, preveem uma disciplina distinta para os eventos de força maior, associando à sua ocorrência o direito do contraente privado à reposição do equilíbrio económico-financeiro. No entanto, a nosso ver, o tipo contratual Contrato de Concessão inclui-se, em regra, no leque dos casos em que, perante eventos de força maior, não se pretendeu apenas exonerar o devedor do cumprimento das suas obrigações (quando esse se revele impossível), mas também compensar integralmente o contraente privado, no sentido em que os eventos de força maior (para além de poderem impossibilitar o cumprimento das obrigações contraídas) podem coartar o exercício de direitos pelo contraente privado, com impacto material nas condições da execução contratual, justificando-se uma compensação integral.

A reposição do equilíbrio económico-financeiro abrange bem mais do que a tendencial partilha dos prejuízos sofridos. Haverá que proceder a uma restauração plena da equação económico-financeira inicial do Contrato de Concessão, devendo a reposição do equilíbrio económico-financeiro ser satisfeita na sua plenitude com a cobertura integral dos danos emergentes e dos lucros cessantes. Com efeito, a reposição do equilíbrio económico-financeiro é um mecanismo de restabelecimento da equação económico-financeira inicialmente acordada, i.e., de compensação integral, motivo pelo qual um eventual *quantum* compensatório que derive desta figura se revelaria assaz superior ao *quantum* compensatório fixado com base no instituto da alteração das circunstâncias³⁶.

Poderão, contudo, existir, é certo, casos contrários, i.e., casos em que o contrato exclui expressamente a força maior do dever de reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato.

Pode constituir um limite à reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato, em consequência da força maior, o DL n.º 19-A/2020.

Todavia, poder-se-á sustentar que as referidas restrições ao direito ao Reequilíbrio Económico-Financeiro operadas pelo referido diploma, bem como as normas processuais relativas à impugnação de decisões arbitrais, padecem de inconstitucionalidades³⁷.

³⁶ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, Volume 2, AAFDL, 2022, p. 162.

³⁷ Sobre eventuais inconstitucionalidades de outras medidas Covid-19, vide RUI TAVARES LANCEIRO, “Breves notas sobre a resposta normativa portuguesa à crise da Covid-19”, in *Revista da Faculdade*

Nomeadamente, a este respeito, várias vozes da doutrina³⁸ têm-se insurgido invocando a inconstitucionalidade deste diploma, sobretudo caso o mesmo seja interpretado como fazendo vigorar as restrições do direito ao Reequilíbrio Económico-Financeiro (no que diz respeito a restringir a possibilidade de reposição apenas através da prorrogação do prazo de vigência do contrato) até ao momento em que a OMS deixe de considerar a Covid-19 uma Pandemia (e, portanto, para lá da vigência do Decreto-Presidencial que decretou o estado de emergência ao abrigo do qual o diploma foi aprovado)^{39/40}. Assim sendo, existem argumentos jurídicos para sustentar a inconstitucionalidade do referido diploma e, portanto, pugnar pela desaplicação, ao caso concreto, das restrições nele previstas à reposição do equilíbrio económico-financeiro da Concessão. Considera-se que a imposição da prorrogação como a única forma de reposição do equilíbrio não é, em todos os casos, inconstitucional, pelo menos para os efeitos da Covid-19 gerados durante o período do estado de emergência, por se tratar de uma restrição proporcional da autonomia privada e do direito de propriedade por força de razões de interesse público (embora a prescrição genérica dessa solução, atendendo ao caso concreto, possa suscitar algumas dúvidas). Já diversamente a restrição da possibilidade indemnizatória e das modalidades de Reequilíbrio Económico-Financeiro para os efeitos da Covid-19 fora do período do estado de emergência é inconstitucional por violação do regime de suspensão dos direitos, liberdades e garantias. Por último, a previsão do recurso obrigatório das decisões arbitrais quando relativos aos efeitos pós-estado de emergência é ainda inconstitucional pela violação do princípio da autonomia privada e do estado de direito democrático.

No entanto, releva notar que a intensidade da Pandemia Covid-19 e o seu impacto nos Contratos de Concessão não foi constante, pelo que não se afasta a possibilidade de, quanto aos períodos posteriores aos estados de emergência e de

de Direito da Universidade de Lisboa – Lisbon Law Review – Número Temático: Covid-19 e o Direito, Ano LXI, 2020, Número 1, FDL, Lisboa, p. 734 e ss.

³⁸ ANDREIA DUARTE DA COSTA, “O regime excecional e temporário do Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de Abril enquanto *fait du prince* – uma alternativa para o concessionário?”, in *Revista de Contratos Públicos* n.º 28, 2021, pp. 70-76; RICARDO BRANCO, “Da inconstitucionalidade das normas do Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de Abril, que limitam os direitos contratuais à reposição do equilíbrio financeiro de concessões fundadas na ocorrência da pandemia COVID-19”, in *Revista de Direito Administrativo*, AAFDL, Lisboa, n.º 9, pp. 59-73; MIGUEL LORENA BRITO, Impacto da pandemia..., op. cit., pp. 276-278.

³⁹ Note-se que existe inclusivamente quem entenda que as restrições à reposição do equilíbrio económico-financeiro podem ser compensadas integralmente por via do *fait du prince*. Sobre o *fait du prince*, vide adiante a breve nota feita acerca do instituto, cfr. II.3.

⁴⁰ ANDREIA DUARTE DA COSTA, O regime excecional..., op. cit., pp. 87-93.

calamidade, durante os quais se verificou o aligeirar das medidas de contenção e de prevenção do contágio (tendo também sido menor o impacto na redução das receitas das Concessionárias), se poder vir a entender que a Pandemia Covid-19 já não deverá ser considerada como um evento de força maior (na medida em que deixa de ser um evento inevitável, irresistível e altamente perturbador dos Contratos de Concessão), relevando apenas como uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias.

Isto porque a Pandemia Covid-19, *per se*, não reclama, de forma automática, a reposição do equilíbrio económico-financeiro dos Contratos de Concessão. Com efeito, são antes as medidas governamentais adotadas no contexto pandémico que se revelam aptas a desequilibrá-los.

Tal justifica também, tal como *supra* referido, que mesmo antes da declaração da OMS que dê por erradicada a Pandemia Covid-19, esta pode deixar de ser considerada, no âmbito do Contrato de Concessão, um evento de força maior suscetível de dar lugar à reposição do respetivo equilíbrio, quando perante um aligeirar das medidas de prevenção, contenção e mitigação adotadas no contexto pandémico, a Pandemia Covid-19 já não possa ser considerada como um evento inevitável, irresistível e altamente perturbador do equilíbrio contratual inicialmente acordado entre as partes.

III.2. Em caso de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias

A verificação de um evento de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias confere o direito à modificação do contrato ou o direito a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade, distinguindo-se do instituto da reposição do equilíbrio económico-financeiro do Contrato de Concessão, o qual atribui ao contraente privado uma compensação integral.

Nestes termos, enquanto o *quantum* compensatório⁴¹ a atribuir em casos de alteração de circunstâncias é fixado segundo critérios de equidade, o raciocínio que releva para o instituto da reposição do equilíbrio económico-financeiro é o princípio de partilha dos prejuízos, ao invés do propósito da reintegração integral dos prejuízos sofridos pelo contraente privado.

Todavia, na determinação dos riscos assumidos pela Concessionária no quadro de um determinado Contrato de Concessão, a alocação do risco contratual deve

⁴¹ Sobre o *quantum* compensatório, cfr. MIGUEL BETTENCOURT DA CÂMARA, *Fundamentos da Modificação dos Contratos Administrativos em Tempos de Crise: Dever de Indemnizar*, AAFDL Editora, 2022, pp. 56 e ss.

ser interpretada *cum grano salis*, i.e., considerando, quer as disposições contratuais e legais existentes em matéria de reposição do equilíbrio económico-financeiro, quer as demais disposições contratuais em matéria de assunção do risco pelas partes⁴². Atendendo à prática da jurisprudência nacional, a atribuição de uma compensação em cenários de alteração das circunstâncias que escapem aos riscos próprios do contrato, tende a ser, pelo menos, de 50%. Perante o mesmo instituto, a doutrina francesa afirma que a compensação devida nestas situações nunca é uma compensação integral, considerando que os eventos são externos à Administração Pública e que o perímetro de risco contratual é atribuído ao contraente privado, mas determina como regra geral uma compensação que cobre entre 80% a 95% do montante necessário para o Reequilíbrio Económico-Financeiro do Contrato de Concessão.

Alguns autores franceses defendem que “a administração pública deve conceder uma compensação não contratual que cubra quase integralmente as despesas excepcionais que as circunstâncias imprevisíveis imponham momentaneamente”⁴³.

Também em Portugal, há quem entenda que a alteração de circunstâncias pode, em termos práticos, coincidir com a reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato⁴⁴.

A alteração de circunstâncias é, a nosso ver, sempre aplicável às situações que extravasam a força maior, mesmo que estas situações estejam expressamente excluídas do dever de reposição do equilíbrio económico-financeiro da Concessão, ou que existam cláusulas específicas que afastem direito indemnizatórios nesses eventos, desde que se verifiquem os pressupostos gerais das alterações das circunstâncias e que se entenda que estas não são cobertas pelos riscos próprios do contrato.

III.3. Em caso de facto do príncipe

Em nosso entender, caso a Pandemia Covid-19 constitua facto do príncipe, nos termos *supra* referidos, a compensação deverá ser integral e total, por aplicação da Teoria Geral, no quadro anterior ao CCP, e do artigo 314.º, n.º 1, alínea a) do CCP nos contratos a ele sujeitos.

⁴² PEDRO MELO, Concessão de Obras e Serviços Públicos – Em Especial, a Alocação do Respetivo Risco Contratual, in *Novas Fronteiras da Contratação Pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 302.

⁴³ BENOIT PLESSIX, *Droit Administratif Général*, Paris, 2016, p. 1241.

⁴⁴ LICÍNIO LOPES MARTINS, *Empreitada de obras públicas: modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Almedina, 2015, pp. 620 e ss.

IV. Conclusão

A Covid-19 afetou drasticamente o *status quo* jurídico-económico-social, com impacto direto e indireto nos mais diversos Contratos de Concessão, levando a que as partes aí contratantes se questionem quanto ao melhor método de obtenção de um justo reequilíbrio contratual.

A verdade é que há que atentar ao caso concreto para que se possa apreender qual o instituto, de entre todas as *remedies* eventualmente estipuladas no Contrato de Concessão e consagradas no ordenamento jurídico português, que melhor se adequa à reposição de uma situação justa.

Entre nós, entende-se que a Pandemia Covid-19 preenche, globalmente, a figura da força maior, subsunção que legitima a definição de um *quantum compensatório*; e bem assim, pode convocar o instituto da alteração das circunstâncias, ou do facto do príncipe, sendo que, em qualquer caso, a contraparte merece proteção⁴⁵.

⁴⁵ Como bem refere MARIA JOÃO ESTORNINHO, embora noutro contexto, e relativo às medidas de contratação pública, “os regimes (...) não deveriam, em 2020, ajudar a agravar a crise”, cf. “Covid-19 (novos) desafios e (velhos) riscos na contratação pública”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Lisbon Law Review – Número Temático: Covid-19 e o Direito*, Ano LXI, 2020, Número 1, AAFDL Editora, Lisboa, p. 520.