

Impacto da pandemia Covid-19 na execução dos contratos administrativos

MIGUEL LORENA BRITO

Advogado

Sumário: A. Introdução; B. A exoneração do incumprimento – a impossibilidade e o caso de força maior; B.1. O cumprimento; B.2. A impossibilidade; B.3. O caso de força maior; C. A alteração de circunstâncias e a modificação objetiva do contrato; D. O objeto da modificação; E. Limites da modificação; F. A reposição do equilíbrio financeiro e a compensação financeira; G. O Decreto-Lei n.º 19-A/2020 e os contratos de execução duradoura.

Resumo: A pandemia de Covid-19 e as medidas de combate à pandemia decretadas pelas autoridades públicas produziram um impacto generalizado na atividade económica e na execução de muitos contratos. O presente texto pretende enquadrar, em particular face ao Código dos Contratos Públicos, aqueles eventos perturbadores e os impactos que os mesmos produzem na execução dos contratos administrativos. Em particular, procura-se averiguar de que forma a pandemia e as medidas públicas de combate poderão constituir causa de exoneração da responsabilidade dos cocontratantes pelos efeitos da mora ou do incumprimento contratual, bem como causa de modificação do contrato e, no limite, fundamento para a reposição do seu equilíbrio financeiro ou para a atribuição de uma compensação financeira aos cocontratantes. É também analisado de forma sumária o regime excecional e temporário de reequilíbrio financeiro de contratos de execução duradoura, no âmbito da pandemia da doença Covid-19 aprovado através do Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de Abril.

Palavras-chave: *pandemia; impossibilidade temporária ou definitiva; suspensão da execução contratual; incumprimento contratual; caso de força maior; alteração anormal e imprevisível de circunstâncias; modificação objetiva do contrato; reposição do equilíbrio financeiro.*

Abstract: *The Covid-19 pandemic and the combat measures adopted by public authorities produced an impact on the economic activity in general and on the execution of many contracts. This text intends to assess the legal frame, in particular under the Public Contracts Code, of those disturbing events and of its impacts on the performance of administrative contracts. We seek to ascertain,*

in particular, how the pandemic and the combat measures adopted by the public authorities may constitute causes of exoneration of the private contracting parties liability arising of delays or breach of contract, as well as cause for modification of the contract and, ultimately, grounds for restoring the financial balance of the contract or for the award of financial compensation to the private contracting parties. The exceptional and temporary regime of financial rebalancing of long-term contracts, within the scope of the Covid-19 disease pandemic, approved through Decree-Law no. 19-A/2020, of 30 April, is also briefly analysed.

Keywords: *pandemic; temporary or permanent impossibility; suspension of contractual performance; breach of contract; force majeure; abnormal and unpredictable changes in circumstances; modification of the scope of the contract; restoring financial balance.*

A. Introdução

1. Em 11 de Março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou a doença COVID-19¹ uma pandemia internacional. Imediatamente após, foram aprovadas em Portugal várias medidas de carácter excecional com o objetivo de impedir a propagação geral do vírus, medidas que afetaram e impuseram restrições a diversas atividades económicas e comerciais².

A pandemia levou à declaração de estado de emergência³, com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública, através do Decreto Presidencial n.º 14-A/2020, de 18 de Março⁴, que autorizou desde

¹ Doença causada pelo vírus identificado como SARS-CoV-2 (*Severe Acute Respiratory Syndrome*).

² Ver, em particular, o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de Março, que estabeleceu medidas excecionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus – Covid-19, e a Portaria n.º 71/2020, de 15 de Março, que estabeleceu um conjunto de restrições no acesso e na afetação dos espaços nos estabelecimentos comerciais e nos de restauração e bebidas. Estes diplomas foram acompanhados de um conjunto vasto de Despachos publicados a partir do dia 2 de Março de 2020 que visaram a elaboração de planos de contingência e a adoção de medidas para reduzir o contágio do vírus (algumas das quais implicaram a suspensão ou restrições em determinadas atividades, incluindo em serviços com atendimento público).

³ Cf. artigos 19.º, 134.º, alínea *d*), e 138.º da Constituição.

⁴ Ver também Resolução da Assembleia da República n.º 15-A/2020, de 18 de Março, pela qual a Assembleia concedeu autorização para a declaração do estado de emergência.

logo as autoridades públicas (em particular o Governo) a impor um conjunto de medidas de prevenção e combate à pandemia. O estado de emergência veio a ser regulamentado pelo Governo através do Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de Março, no qual foi estabelecido um conjunto de medidas de combate à propagação do vírus que incluíram, entre outras, o confinamento obrigatório de determinadas pessoas (artigo 3.º), restrições à circulação de pessoas sujeitas a um dever especial de proteção (artigo 4.º), um dever geral de recolhimento domiciliário (artigo 5.º), a obrigação de adoção do regime de teletrabalho (artigo 6.º), o encerramento obrigatório de várias instalações e estabelecimentos (artigo 7.º e anexo I), a suspensão geral das atividades de comércio a retalho (artigo 8.º e anexo II), a suspensão geral das atividades de prestações de serviços em estabelecimentos abertos ao público (artigo 9.º), encerramentos e restrições ao funcionamento de serviços públicos (artigo 15.º) e a necessidade de cumprimento das recomendações de proteção individual emitidas pelas autoridades de saúde (artigo 18.º). Estas medidas foram posteriormente complementadas e concretizadas por um vasto conjunto de outras medidas sectoriais (aprovadas por via administrativa, regulamentar e legislativa)⁵.

As medidas mais restritivas aprovadas pelo Decreto n.º 2-A/2020 duraram até ao termo do estado de emergência, a 2 de Maio de 2020. Posteriormente, o Governo decretou e prorrogou o estado de calamidade, o qual teve início a 3 de Maio e fim a 28 de Junho de 2020 (v. Resoluções de Conselho de Ministros n.º 33-A/2020, de 30 de Abril, n.º 95-B/2020, de 17 de Maio, n.º 40-A/2020, de 29 de Maio e n.º 43-B/2020, de 12 de Junho)⁶.

2. A situação sem precedentes gerada por esta pandemia e as medidas excepcionais adotadas pelas autoridades públicas tiveram um primeiro impacto mais direto e visível nos sectores do comércio, dos serviços, da restauração e

⁵ Cf. entre outros, o Decreto-Lei n.º 10-E/2020, de 24 de Março, que criou um regime excepcional de autorização de despesa para resposta à pandemia, o Decreto-Lei n.º 10-F/2020, de 26 de Março, que estabeleceu um regime excepcional e temporário de cumprimento de obrigações fiscais e contribuições sociais, o Decreto-Lei n.º 10-I/2020, de 26 de Março, que estabeleceu medidas excepcionais e temporárias no âmbito cultural e artístico, em especial quanto a espetáculos não realizados, o Decreto-Lei n.º 10-K/2020, de 26 de Março, que estabeleceu um regime excepcional e temporário de faltas justificadas motivadas por assistência à família.

⁶ Cf. ainda Resoluções do Conselho de Ministros n.º 51-A/2020, de 26 de Junho e 53-A/2020, de 14 de Julho.

de lazer, nos quais a generalidade dos estabelecimentos abertos ao público foram obrigados a encerrar enquanto outros tiveram que se adaptar a várias restrições para poderem continuar a operar.

Mas mesmo os sectores que não dispunham de estabelecimentos abertos ao público e que não foram diretamente visados pelas medidas públicas acima mencionadas acabaram por sofrer, também, o impacto causado pela pandemia. Na verdade, muitos operadores económicos viram os seus colaboradores ficar impedidos de trabalhar (por doença, por quarentena ou pela necessidade de prestar apoio familiar), sofreram com as restrições de funcionamento dos seus fornecedores e com o impacto causado na sua organização e funcionamento interno (muitas empresas tiveram que, de um momento para o outro, encerrar instalações e implementar o teletrabalho e planos de contingência).

Além disso, muitos sectores de atividade foram ainda confrontados com as limitações a que ficaram sujeitos os seus clientes, ou com a perda de interesse por parte destes últimos em receberem os bens ou serviços contratados (como poderá ter sido o caso, por exemplo, dos contratos para fornecimento de refeições em estabelecimentos de ensino encerrados, ou para prestação de serviços de limpeza e higienização em edifícios públicos sem utilização ou com restrições de acesso por parte de terceiros).

Finalmente, os operadores económicos foram, de um modo geral, afetados pelas medidas sanitárias recomendadas e decretadas pelas autoridades de saúde (como sejam as regras de distanciamento social ou de utilização de equipamentos de proteção individual), bem como pela deterioração geral da conjuntura económica.

3. Assim, a pandemia e as medidas públicas de combate a essa mesma pandemia afetaram a atividade económica e a execução dos mais diversos contratos, incluindo dos contratos administrativos. Desta forma, neste texto procurar-se-á analisar o enquadramento legal dos impactos da pandemia na execução dos contratos administrativos regulados pela Parte III do Código dos Contratos Públicos (CCP)⁷, sem esquecer, no

⁷ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro. O Código foi objeto de diversas alterações posteriores, a última das quais, à data em que o presente artigo é escrito, realizada pelo Decreto-Lei n.º 33/2018, de 15 de Maio.

entanto, que o direito civil é subsidiariamente aplicável às relações jurídicas contratuais administrativas, por força do disposto no artigo 280.º, n.º 4 do CCP.

4. Tendo presente o tipo de impactos que a pandemia é suscetível de produzir na execução contratual, importa analisar, num primeiro momento, de que forma aquela poderá constituir causa de exoneração da responsabilidade do cocontratante pelos efeitos da mora ou do incumprimento contratual, para, num segundo momento, verificar se a pandemia poderá ainda constituir causa de modificação do contrato e, no limite, fundamento para a reposição do seu equilíbrio financeiro.

B. A exoneração da responsabilidade pelo incumprimento – a impossibilidade e o caso de força maior

B.1. O cumprimento

5. De um modo geral, o cocontratante está obrigado ao cumprimento das obrigações que assumiu no contrato e torna-se responsável perante o contraente público no caso de faltar ao cumprimento pontual dessas suas obrigações (cf. artigo 325.º do CCP).

Os efeitos da pandemia e das medidas decretadas para prevenir a sua propagação podem determinar que os cocontratantes deixem de ter condições para cumprir com as obrigações que assumiram nos contratos administrativos, o que pode ter consequências diversas que vão desde um mero atraso na execução das prestações acordadas (por exemplo, um atraso na conclusão de uma obra ou de um fornecimento de bens móveis), até à frustração da prestação (como será o caso, por hipótese, de refeições que não foram fornecidas ou de ações de manutenção de equipamentos que não foram realizadas num determinado período de tempo).

6. As consequências do incumprimento contratual podem ser particularmente gravosas para o cocontratante, podendo passar, em síntese, pelo seguinte:

- a) Efetivação das prestações de natureza fungível em falta diretamente pelo contraente público ou por terceiro (artigo 325.º, n.º 2)⁸;
- b) Resolução sancionatória do contrato (artigos 302.º, alínea e), 325.º, n.º 2 e 333.º);
- c) Aplicação de sanções contratuais (artigos 302.º, n.º 2, alínea d), 325.º, n.º 4 e 329.º);
- d) Obrigação de indemnizar o contraente público (artigo 325.º, n.º 4).

Assim, e perante este elenco de consequências, a primeira questão que se coloca é a de saber se a pandemia e as medidas de combate que foram implementadas pelas autoridades públicas podem ser invocadas pelos cocontratantes como causa impeditiva da verificação de uma situação de incumprimento ou, pelo menos, como fundamento para afastamento dos efeitos do incumprimento.

B.2. A impossibilidade

7. Existem efetivamente situações em que é lícito às partes não cumprirem as respetivas obrigações, sem ficarem sujeitas às consequências do incumprimento contratual. Desde logo, a lei permite que, em determinadas circunstâncias, o cocontratante possa beneficiar de uma *suspensão* da obrigação de executar as prestações a seu cargo, exonerando-o, temporariamente, do cumprimento. É o que decorre, do disposto no artigo 297.º do CCP, ao prever que “*a execução das prestações que constituem o objeto do contrato pode ser,*

⁸ O atual artigo 318.º-A, introduzido pela revisão do CCP operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto, veio permitir que os contratos prevejam um mecanismo de cessão forçada de posição contratual, prevendo que, em caso de incumprimento do cocontratante que permitisse a resolução sancionatória, o cocontratante deve ceder a sua posição contratual ao concorrente do procedimento pré-contratual que venha a ser indicado pelo contraente público, pela ordem sequencial daquele procedimento. Sobre este mecanismo de transmissão forçada da posição contratual como consequência do incumprimento contratual, ver Miguel Lorena Brito, “A modificação subjectiva do contrato no Código dos Contratos Públicos”, in *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, coordenação Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira, AAFDL, 2017, p. 891.

total ou parcialmente, suspensa” com fundamento, entre outros, em “*impossibilidade temporária de cumprimento do contrato*” (cf. alínea a))⁹⁻¹⁰.

Assim, o CCP admite claramente que a execução do contrato seja suspensa¹¹ por motivo de *impossibilidade temporária*.

Por seu turno, o artigo 792.º do CC estabelece que, ocorrendo uma situação de impossibilidade temporária, “*o devedor não responde pela mora no cumprimento*”.

Os efeitos produzidos pelas duas referidas normas (artigo 297.º do CCP e artigo 792.º do CC) não se afastam e podem mesmo ser considerados cumulativos. Se, por um lado, a impossibilidade temporária legitima a suspensão da execução do contrato, ela pode também constituir causa de exoneração da responsabilidade pelo atraso no cumprimento.

De notar, porém, que, ao permitir que o cocontratante suspenda a execução das suas prestações contratuais se estiver impossibilitado (temporariamente) de cumprir, a lei está igualmente a estabelecer que, ocorrendo suspensão, as obrigações não podem ser consideradas *incumpridas*. Desta forma, a suspensão, quando permitida, afasta as consequências próprias do incumprimento. Isto significa que, se o cocontratante suspender a execução do contrato numa situação de impossibilidade temporária (pensemos no caso da suspensão dos trabalhos de uma obra por determinação das autoridades de saúde no seguimento da verificação de um conjunto de trabalhadores infetados com vírus), o atraso provocado por essa suspensão não poderá ser qualificado como *mora* para o efeito, nomeadamente, de aplicação de sanções contratuais.

⁹ Apesar de esta norma exemplificar a impossibilidade temporária com a “*mora do contraente público na entrega ou na disponibilização de meios ou bens necessários à respetiva execução*” (segunda parte da alínea a) do artigo 297.º), trata-se de uma enunciação meramente exemplificativa, pelo que não devem ser excluídas outras causas de impossibilidade temporária, em particular, de eventos exteriores aos contraentes que os impeçam de cumprir.

¹⁰ Ao aludir à *suspensão da execução*, parece-nos que esta norma se aplica ao cocontratante privado, sobre o qual recaem, em geral, as principais obrigações de prestar. Neste sentido, o exemplo de impossibilidade temporária apresentado na segunda parte da alínea a) do artigo 297.º refere-se, precisamente, à mora do contraente público na disponibilização de elementos necessários à execução por parte do cocontratante, que pode, nestes casos, suspender a execução.

¹¹ O artigo 297.º tem por epígrafe, precisamente, a “*suspensão da execução*”.

8. Mas o CCP também aborda a impossibilidade de cumprimento no capítulo do incumprimento do contrato (capítulo VII da Parte III do CCP), mais concretamente no n.º 1 do artigo 325.º, que prevê a exoneração do cumprimento de determinada obrigação “*quando esse cumprimento se tenha tornado impossível*”¹². Esta norma não distingue se a impossibilidade de cumprimento aí prevista é temporária ou definitiva. Esta questão é relevante, pois, neste último caso, a definitividade da impossibilidade já não conduziria à suspensão da execução do contrato (como no artigo 297.º), mas sim à própria *extinção* da obrigação nos termos previstos no n.º 1 do artigo 790.º do CC. Dado que a lei (artigo 325.º, n.º 1) não distingue, deveria o intérprete concluir que ambas as modalidades de impossibilidade devem ser consideradas abrangidas por esta norma.

9. Assim, podemos concluir que, à luz do CCP, os eventos que constituam causa de impossibilidade temporária de cumprimento do contrato permitem a suspensão da “*execução das prestações que constituem o objeto do contrato*” (artigo 297.º), podendo ainda sustentar-se que, no caso de a impossibilidade ser definitiva, a obrigação se deverá considerar extinta por força do disposto no artigo 325.º, n.º 1 do CCP, conjugado com o artigo 790.º, n.º 1, do CC.

10. Torna-se agora necessário analisar o conceito de impossibilidade e tentar verificar se o mesmo pode ou não ser aplicado numa situação de pandemia como a de Covid-19.

A impossibilidade tem tradição no direito civil, onde é abordado, precisamente, a propósito do *não cumprimento* das obrigações. Analisados os artigos 790.º e seguintes do CC, verificamos, em primeiro lugar, que a impossibilidade relevante para afastar as consequências do incumprimento é a impossibilidade *não imputável ao devedor*. Este constitui, assim, o primeiro requisito de verificação necessária e que, à partida, será possível considerar

¹² Apesar de nos parecer que o legislador terá pretendido consagrar uma exoneração de cumprimento do cocontratante relativamente a uma prestação que se tornou impossível, numa abordagem mais literal verificar-se-á que aquilo que a norma prevê é a exoneração do contraente público da obrigação de realizar uma notificação admonitória ao cocontratante.

verificado no caso de o cumprimento das prestações contratuais ser efetivamente afetado por uma pandemia ou pelas restrições resultantes das medidas impostas pelas autoridades públicas. Desde que, naturalmente, a parte afetada (em particular, o cocontratante) não tenha contribuído para essa situação de impossibilidade com a sua ação ou omissão (por hipótese, por não ter adotado atempadamente as medidas que impediriam o contágio entre os seus colaboradores), tornando-se assim corresponsável pela sua incapacidade para cumprir o contrato (em termos análogos ao que acontece com o instituto da *culpa do lesado* regulado pelo artigo 4.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas¹³ e do artigo 570.º do CC a propósito da obrigação de indemnização).

Em segundo lugar, a impossibilidade de cumprimento deve ser *absoluta*, no sentido de impedir completamente o devedor de realizar a sua prestação. Assim, se a realização da prestação a cargo do cocontratante for ainda *possível*, ainda que com agravamento das condições a suportar pelo devedor, não estaremos perante uma situação de impossibilidade, mas, eventualmente, de uma alteração de circunstâncias que poderá, em determinadas situações, permitir uma modificação do contrato (nos termos que serão analisados adiante)¹⁴. Trata-se de um requisito exigente, que afasta da órbita da *impossibilidade* aquelas situações em que o cocontratante poderá ainda realizar a sua prestação, apesar dos obstáculos práticos ou operacionais colocados pela pandemia, ou do agravamento de custos que o cumprimento possa eventualmente exigir. Como veremos, este mesmo requisito verifica-se também no domínio do caso de força maior, onde a *maior onerosidade* não será suficiente para produzir o efeito extintivo das obrigações ou a exoneração da responsabilidade pela mora ou pelo incumprimento (isto sem

¹³ Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro.

¹⁴ Neste sentido, em anotação ao artigo 790.º do CC, Pires de Lima e Antunes Varela referem que “*Não deve confundir-se a impossibilidade com alteração das circunstâncias que a torne excessivamente onerosa (como a difficultas praestandi ou a difficultas agendi). Desde que não haja impossibilidade, a obrigação não se extingue, nos termos deste artigo, embora o devedor possa obter a resolução do contrato ou a modificação dele, segundo juízos de equidade, caso se verifiquem os demais requisitos exigidos no artigo 437.º. (...) No nosso direito ficou, porém, bem assente que, sem prejuízo do disposto no artigo 437.º, só a impossibilidade absoluta libera o devedor da obrigação (...)*” (Código Civil Anotado, Vol. II, 3.ª ed., Coimbra Editora, 1986, p. 43).

prejuízo das consequências associadas à alteração anormal e imprevisível das circunstâncias).

Sem prejuízo do que se referiu, haverá situações em que a *possibilidade* de cumprimento será mais teórica do que real, na medida em que a execução das prestações apenas seria viável com a imposição ao cocontratante de um sacrifício de tal forma grave que aquele nunca teria condições para poder cumprir. Assim, nalgumas situações, e perante as circunstâncias desses casos em concreto, poderá não ser legítimo exigir o cumprimento integral e pontual das obrigações a cargo do cocontratante sem violar os princípios da boa fé e da proporcionalidade a que os contraentes se encontram expressamente sujeitos no âmbito dos contratos públicos (cf. artigo 1.º-A, n.º 1 e 281.º do CCP), em particular quando o contraente público pertencer à Administração (cf. artigo 266.º, n.º 2 da Constituição e artigos 7.º, 8.º e 10.º do Código do Procedimento Administrativo). De facto, a lei consagra instrumentos que podem permitir, casuisticamente, afastar soluções que, por serem extremas, deixem de merecer a tutela do direito, o que deve ser aferido à luz das circunstâncias do caso em concreto¹⁵.

Em terceiro lugar, a impossibilidade de que aqui falamos é a impossibilidade *superveniente* à celebração do contrato, o que resulta desde logo da redação do artigo 790.º do CC ao prever as situações em que a prestação *se torna* impossível¹⁶. Isto significa que a Covid-19 só poderá em princípio ser causa de verdadeira impossibilidade de cumprimento do contrato no caso de se poder concluir que a prestação era possível no momento em que o contrato foi celebrado e que apenas se tornou insuscetível de cumprimento na vigência daquele.

11. Conforme já acima referido, a lei distingue a impossibilidade definitiva (artigo 790.º do CC) da impossibilidade temporária (artigo 792.º do CC), que tem por efeito não já a extinção da obrigação, mas sim a desoneração do devedor relativamente aos efeitos da mora. No entanto, esta impossibilidade

¹⁵ V. Dulce Lopes, “O papel do princípio da proporcionalidade num cenário de Direito Administrativo de necessidade e de exceção”, in *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*, coordenação Carla Amado Gomes e Ricardo Pedro, AAFDL, 2020, pp. 167 e seguintes.

¹⁶ Neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, *op. cit.*, p. 43.

temporária poderá tornar-se *definitiva* se, atenta a finalidade da obrigação, o credor perder o interesse na prestação¹⁷⁻¹⁸.

Questão mais delicada será a de saber se apenas o contraente público pode extinguir o contrato invocando a perda de interesse, ou se o cocontratante também poderá converter a impossibilidade temporária em definitiva e resolver o contrato (alegando, por hipótese, que a suspensão da execução se manteve por um período já muito longo, que torna inexigível a manutenção do contrato). Esta desvinculação pelo cocontratante é possível nos contratos de empreitada de obra pública, se o empreiteiro tiver suspenso a execução dos trabalhos com fundamento na verificação de caso de força maior e se essa suspensão se tiver mantido por um período de tempo superior a um quinto do prazo de execução da obra (cf. artigo 406.º, alínea d)/i) do CCP¹⁹). Fora deste caso, e como vimos, as soluções que o CCP e o CC consagram para as situações de impossibilidade temporária são a suspensão da execução e a exoneração das consequências da mora, pelo que não existe base legal expressa para afastar a regra de que, enquanto a prestação for *possível*, o cocontratante está vinculado ao contrato²⁰.

¹⁷ Também o artigo 325.º, n.º 1 do CCP se refere à perda de interesse do credor, mas neste caso para exonerar o contraente público da obrigação de emitir uma notificação admonitória ao cocontratante quando este faltar ao cumprimento pontual do contrato.

¹⁸ Ana Perestrelo de Oliveira levanta ainda a possibilidade de, para além dos casos de perda de interesse, o credor ter o direito à desvinculação unilateral quando não lhe for exigível a manutenção do vínculo contratual suspenso por impossibilidade temporária: “Apesar de tecnicamente não haver perda de interesse, o princípio da boa fé implica que pode haver justa causa para a resolução do contrato quando a suspensão ocorrer por um período excessivamente longo tendo em conta a factualidade do caso concreto. Ou seja, são casos em que é desrazoável manter o sujeito preso ao contrato. (...) Não excluo que a crise do Covid-19 possa representar uma situação desse tipo em determinados contextos contratuais: claro que a duração, expectavelmente, não é tão longa quanto a de muitas guerras. Porém, em algumas situações contratuais específicas a indefinição quanto ao momento em que a prestação tornará a ser possível pode ter um impacto na posição do credor muito significativo” (v. “Força Maior e Impedimentos do Devedor”, e-book Novo Coronavírus e Gestão da Crise Contratual, CIDP/FDL, Abril 2020, p. 13). De notar que a Autora se está a referir, apenas, à posição do credor.

¹⁹ Este mecanismo de desvinculação poderá ainda ser aplicável nas concessões de obras públicas por força da remissão do artigo 426.º do CCP.

²⁰ No entanto, pensamos que os mesmos argumentos de Ana Perestrelo de Oliveira apresentados na nota 18 – “em algumas situações contratuais específicas a indefinição quanto ao momento em que a prestação tornará a ser possível pode ter um impacto na posição do credor muito significativo” – seriam igualmente válidos para defender que também o devedor (cocontratante)

Uma última nota para referir que a lei prevê a eventualidade de a impossibilidade ser apenas *parcial*, dispondo que, neste caso, o devedor não está desonerado e deve cumprir com a parte da prestação que for possível, exceto se o credor não tiver interesse nesse cumprimento parcial (cf. artigo 793.º do CC).

12. Uma vez que o CCP não regula muitas das matérias acima referidas (para além das referências feitas nos seus artigos 297.º e 325.º, n.º 1), fica aberta a porta para a aplicação das normas do direito civil acima enunciadas, ao abrigo do disposto no artigo 280.º, n.º 4, do CCP.

B.3. O caso de força maior

13. A par da impossibilidade, também a figura do caso de força maior é frequentemente abordada a propósito dos obstáculos ao cumprimento das obrigações estranhos à vontade dos contraentes.

14. No CCP a força maior mereceu apenas uma breve referência na alínea d) do artigo 406.º, que, no âmbito do contrato de empreitada de obras públicas, confere ao empreiteiro o direito a resolver o contrato se a suspensão de trabalhos se mantiver durante um determinado período de tempo. Este silêncio da lei vigente difere consideravelmente do anterior Regime Jurídico de Empreitadas de Obras Públicas (REOP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, no qual era atribuída em diversas matérias relevância à força maior, que se encontrava expressamente definida no artigo 195.º, n.º 3 desse diploma²¹. O conceito apresentado na referida norma do

poderia desvincular-se do cumprimento do contrato, naqueles casos em que a suspensão do contrato tenha durado tanto tempo que a retoma da execução deste, quando terminada a suspensão, exigirá do cocontratante um esforço excessivo e desproporcional. Trata-se, no entanto, de uma solução a que apenas se poderá chegar com recurso aos princípios da proporcionalidade e da boa-fé já referidos no texto (sem prejuízo do disposto na alínea d) do artigo 406.º para os contratos de empreitada).

²¹ Como “*o facto de terceiro ou facto natural ou situação, imprevisível e inevitável, cujos efeitos se produzam independentemente da vontade ou das circunstâncias pessoais do empreiteiro, tais como actos de guerra ou subversão, epidemias, ciclones, tremores de terra, fogo, raio, inundações, greves gerais ou sectoriais e quaisquer outros eventos da mesma natureza que impeçam o cumprimento do contrato*”.

REOP reunia os traços principais que são tradicionalmente associados à força maior, a saber:

- (i) um facto natural ou de terceiro;
- (ii) imprevisível e inevitável (ou insuperável);
- (iii) não sujeito ao controlo da vontade das partes do contrato;
- (iv) determinante de impossibilidade (absoluta) de cumprimento do contrato;
- (v) causa de exoneração da responsabilidade pelo não cumprimento de obrigações²².

15. Tal como vimos suceder em relação ao conceito da impossibilidade, também o evento de força maior deve impedir de forma *absoluta* o cumprimento do contrato, sem constituir apenas um evento que agrave a dificuldade de execução, ou torne essa execução mais onerosa²³. Isto sem prejuízo, naturalmente, de as cláusulas de força maior ínsitas nos contratos poderem,

No mesmo sentido (apesar de não inteiramente coincidente), ver também o artigo 176.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 405/95, de 10 de Dezembro.

²² Estes traços já podiam ser encontrados na definição de Marcello Caetano: “Quando o caso, além de imprevisível, consiste em facto que, uma vez produzido, determine a absoluta impossibilidade de cumprir o contrato, dá-se a força maior. Caso de força maior é, pois, o facto imprevisível e estranho à vontade dos contraentes que impossibilita absolutamente de cumprir as obrigações contratuais. O caso de força maior exonera de responsabilidade o contraente que por causa dele não cumpra as suas obrigações” (*Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, páginas 623 e seguintes). Mais recentemente, e seguindo de perto a definição apresentada no *Dicionário Jurídico da Administração Pública* (Vol. 4, 1991, pág. 377), ver também a definição apresentada por Pedro Melo em “Contratos de concessão de obras públicas e força maior”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 6, 2012, páginas 25 e 26. Ver também Raquel Carvalho, “A força maior”, in *Direito Administrativo de Necessidade e Excepção*, pp. 195 e seguintes. No Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 32/2015, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 229, de 29 de Novembro de 2016, podem ser encontradas diversas referências ao conceito de força maior por vários Autores civilistas e administrativistas.

²³ No domínio do REOP, a força maior não se confundia com a *maior onerosidade*, que, diferentemente da primeira, consistia apenas no facto praticado ou causado pelo dono da obra (não abrangendo os factos naturais ou de terceiro) de que resultasse “*maior dificuldade na execução da empreitada, com agravamento dos encargos respetivos*”, conferindo ao empreiteiro direito a ser ressarcido e, no caso de os danos excederem 20% do valor da empreitada, o direito a rescindir o contrato (cf. artigo 196.º do REOP).

no caso concreto, suavizar os seus requisitos e aligeirar esta exigência²⁴. De qualquer forma, com o sentido com que este conceito tem vindo tradicionalmente a ser utilizado, a força maior não se distingue verdadeiramente da impossibilidade acima abordada no que se refere à necessidade de o evento ser absolutamente incapacitante para ser apto a produzir a suspensão do cumprimento ou, no limite, a extinção da obrigação no caso de impossibilidade definitiva. Esta exigência não nos deve surpreender, na medida em que estamos a falar de situações que suspendem a regra do cumprimento contratual e que devem, por isso, ter uma natureza excepcional ou, pelo menos, ser aplicadas apenas na medida do necessário para impedir situações de manifesta quebra do equilíbrio contratual.

16. Como acima se referiu, fora do âmbito restrito do artigo 406.º o CCP não elege o caso força maior como causa legítima de suspensão de execução contratual, de extinção do contrato ou, sequer, de exoneração de responsabilidade. No entanto, este facto não nos pode levar a concluir que esta figura deixou de ter qualquer relevância no âmbito dos contratos públicos com a entrada em vigor do Código.

Por um lado, muitos contratos públicos (em particular contratos de empreitada de obras públicas e de concessão) continuam a ter cláusulas que preveem e conferem eficácia à força maior no domínio desses contratos²⁵.

Por outro lado, mesmo nos casos em que os contratos não prevejam especificamente a força maior, o CCP e o CC consagram a possibilidade de suspensão da execução dos contratos e de extinção de obrigações em situações de impossibilidade temporária ou definitiva (cujos requisitos não diferem significativamente dos requisitos da força maior). De um modo geral,

²⁴ Conforme refere Ana Perestrelo de Oliveira, “a existência de cláusulas contratuais de força maior é muito útil”, pois, além do mais, essas cláusulas “podem alargar os casos considerado por lei como impossibilidade, i.e., aplicar consequências típicas da impossibilidade a casos que tecnicamente não são de impossibilidade. Situações que, à luz da lei, dariam lugar a outros institutos (como alteração das circunstâncias) mas que as partes consensualmente equiparam a verdadeiras situações de força maior” (*op. cit.*, página 13).

²⁵ Esta questão é analisada por Pedro Melo em “Contratos de concessão de obras públicas e força maior”, pp. 33 e seguintes. Este Autor conclui que “na esmagadora maioria dos contratos de concessão de obras públicas, detectam-se um conceito e uma disciplina contratual específica para os casos de força maior que foi decantada do regime jurídico do REOP e que, em nossa opinião, é equilibrada” (*op. cit.*, pp. 36 e 37).

poderá dizer-se que as situações que poderiam ser enquadradas como caso de força maior ao abrigo do antigo artigo 195.º do REOP poderão continuar a produzir os efeitos suspensivos ou extintivos a título de causa de impossibilidade de cumprimento.

17. Em termos abstratos (e em complemento do que já foi resumidamente referido nos pontos 10 e 11 *supra*), uma pandemia como a de Covid-19 é suscetível de ser qualificada como uma causa de impossibilidade de cumprimento, ou como caso de força maior. Não é por acaso que o artigo 195.º, n.º 3 do REOP se referia expressamente às *epidemias* entre o elenco dos eventos que podem constituir caso de força maior, ou que a generalidade das cláusulas contratuais de força maior incluía igualmente as epidemias ou pandemias no seu âmbito. O mesmo se diga em relação às restrições decorrentes das medidas públicas que foram decretadas para combate à pandemia (antes ou no âmbito do estado de emergência ou de calamidade), cujo impacto na atividade dos cocontratantes poderá também ser apto a preencher os requisitos da impossibilidade de cumprimento ou da força maior.

Aliás, o próprio legislador veio facilitar esta classificação ao estabelecer de forma clara no artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de Abril, que a pandemia Covid-1 constitui “*causa de força maior*”²⁶.

No entanto, a aferição sobre se as obrigações dos contratantes de um determinado contrato se tornaram ou não impossíveis por força da pandemia ou das medidas públicas acima referidas depende das circunstâncias concretas desse mesmo contrato e requer uma análise casuística²⁷. Desde

²⁶ Este diploma, que será abordado no último capítulo deste artigo, estabelece um regime excecional e temporário de reequilíbrio financeiro de contratos de execução duradoura, no âmbito da pandemia da doença Covid-19.

²⁷ Neste sentido, José Duarte Coimbra, Marco Caldeira e Tiago Serrão referem que “*a discussão sobre se as perturbações provocadas pela COVID-19 podem ser qualificadas como «causa de força maior» é pertinente e permanece em aberto. Sendo este instituto abstractamente aplicável a estes contratos, tudo passará, portanto, por uma análise casuística para se apurar se, em concreto, a COVID constitui ou não uma «causa de força maior» no âmbito da execução de um determinado contrato, já que a questão não mereceu uma resposta normativa por parte do legislador*” (*Direito Administrativo da Emergência – Organização Administrativa, Procedimento Administrativo, Contratação Pública e Processo Administrativo na resposta à COVID-19*, Almedina, 2020, p. 126).

logo, os efeitos da pandemia não se fizeram sentir da mesma forma e com a mesma intensidade em todos os sectores de atividade. Por outro lado, os impactos também não se fizeram sentir de forma homogênea em todo o território nacional (basta pensar que houve zonas sujeitas a *cordão sanitário*, ou ao levamento diferido das restrições públicas). Acresce que as medidas públicas de combate à pandemia também não foram iguais e constantes ao longo de todo o período de tempo que correspondeu às várias fases do estado de emergência e do estado de calamidade. Assim, não é possível prescindir de uma análise caso a caso que tenha em consideração o tipo de contrato cuja execução foi afetada pela pandemia e as demais circunstâncias especificamente associadas à execução contratual.

18. Assim, no caso de ser possível concluir que a Covid-19 constitui, no caso concreto, uma causa de impossibilidade (absoluta) de cumprimento do contrato ou um caso de força maior (nomeadamente à luz dos critérios estabelecidos em cláusula do contrato em causa), poderão produzir-se os seguintes efeitos principais sobre as obrigações dos contraentes:

- a) Suspensão do cumprimento das obrigações afetadas pela pandemia, no caso de a impossibilidade ser temporária e de, portanto, ser possível retomar a execução do contrato em momento posterior (cf. artigo 297.º, alínea a), do CCP e artigo 792.º, n.º 1, do CC);
- b) Irresponsabilidade pelas consequências da mora no cumprimento das obrigações (cf. artigo 793.º, n.º 1 do CC), o que inclui o afastamento da faculdade de o contraente público aplicar sanções por incumprimento, sejam elas penalidades contratuais (cf. artigos 329.º, n.º 2, e 403.º do CCP) ou a resolução sancionatória (cf. artigo 333.º, n.º 1, alínea a) do CCP);
- c) Extinção das obrigações afetadas ou do contrato no seu todo, no caso de a pandemia constituir uma causa de impossibilidade definitiva que afasta a possibilidade de a execução do contrato ser retomada (cf. artigos 325.º, n.º 1, do CCP e artigo 790.º, n.º 1, do CC); o mesmo efeito extintivo produzir-se-á igualmente no caso de o contraente público perder o interesse na continuação da execução do contrato (a determinar de forma objetiva, “*atenta a finalidade da obrigação*”), mesmo que esta fosse em tese possível (cf. artigo 792.º, n.º 2, do CC).

C. A alteração de circunstâncias e a modificação objetiva do contrato

19. O CCP regula as *modificações objetivas do contrato* nos artigos 311.º a 315.º, matéria que tem sido amplamente discutida (e por vezes criticada) na Doutrina²⁸. Para além do tratamento que já lhe era consagrado no direito nacional, a complexidade da matéria foi agravada quando, nas Diretivas de 2014²⁹, o legislador comunitário decidiu *invadir* o território da execução dos contratos públicos e regular a matéria da sua alteração³⁰⁻³¹. Assim, o regime da modificação objetiva atualmente em vigor é também o resultado

²⁸ Cf. Carla Amado Gomes, *A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos*, Estudos de Contratação Pública, Vol. I, Organização Pedro Gonçalves, Cedipre, 2008, pp. 531 e seguintes; Pedro Costa Gonçalves, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015, pp. 566 e seguintes; Mário Aroso de Almeida, “Sobre os pressupostos da modificação objetiva dos contratos públicos”, *Revista de Direito Administrativo*, #4, Janeiro-Abril 2019, pp. 5 e seguintes; do mesmo Autor, “Sobre os limites à modificação objetiva dos contratos administrativos”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 19, Março 2019, páginas 23 e seguintes; Licínio Lopes Martins, *Empreitada de Obras Públicas – O modelo normativo do contrato administrativo e do contrato público (em especial o equilíbrio económico-financeiro)*, Coimbra, Abril 2015, pp. 525 e seguintes).

²⁹ Referimo-nos à Diretiva n.º 2014/23/UE, relativa à adjudicação de contratos de concessão, à Diretiva n.º 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos e à Diretiva n.º 2014/25/UE, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro.

³⁰ O direito europeu da contratação pública preocupou-se tradicionalmente com a fase de formação dos contratos, deixando para o direito interno dos Estados Membros a regulamentação da fase de execução. No entanto, esta *divisão de territórios* foi sendo posta em crise, sobretudo, pela intervenção do Tribunal de Justiça da União Europeia, através de algumas decisões jurisdicionais que foram chamando a atenção para o facto de que, no entendimento deste Tribunal, uma alteração ao contrato pode envolver uma nova adjudicação ou uma renegociação dos termos do contrato inicial com impacto (retrospectivo) no próprio processo de seleção da proposta vencedora.

³¹ Conforme refere Pedro Costa Gonçalves, “o princípio da concorrência, inicialmente focado na adjudicação, reclama uma proteção também na fase de execução do contrato, no sentido de, em certos termos, limitar a disponibilidade das partes sobre o conteúdo do contrato (construído em ambiente competitivo). Nesta perspetiva, em termos europeus, o tema da modificação começou por cativar o Tribunal de Justiça, vindo, depois, a ter acolhimento nas Diretivas 2014/23/UE (concessões) e 2014/24/UE (contratos públicos), facto que assinalou a novidade da entrada do Direito da União Europeia na regulamentação da execução dos contratos públicos” (*Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015, página 567).

de várias alterações introduzidas com a reforma do CCP de 2017 (operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto, que transpôs para o direito nacional aquelas Diretivas de 2014). Este texto não tem a pretensão de contribuir para a discussão doutrinária em torno do tema complexo da modificação dos contratos, pretendendo apenas questionar de que forma a pandemia de Covid-19 pode ou não abrir a porta à modificação de contratos em vigor e, em caso afirmativo, quais as consequências que daí poderão resultar para a posição das partes.

20. Resulta do artigo 311.º do CCP que os contratos podem ser modificados por acordo entre as partes ou, na ausência deste, por ato unilateral do contraente público ou por decisão judicial ou arbitral. Para além de outros fundamentos eventualmente previstos no contrato, a lei admite que a modificação tenha por fundamento uma *alteração anormal e imprevisível das circunstâncias* em que as partes fundaram a decisão de contratar, ou razões de interesse público (artigo 312.º do CCP).

21. No primeiro caso, o CCP (logo na sua versão inicial) veio consagrar no domínio dos contratos públicos em geral a *teoria da imprevisão* em termos análogos ao instituto da alteração anormal de circunstâncias já consagrado no artigo 437.º do CC³²⁻³³.

Para que o contrato possa ser modificado com fundamento em alteração anormal e imprevisível de circunstâncias, é necessário que a execução das obrigações tal como assumidas no contrato *afete gravemente os princípios da boa-fé* e que essa alteração de circunstâncias *não esteja coberta pelos*

³² Apesar de o artigo 312.º do CCP se basear no artigo 437.º do CC, a redação destas duas normas não é igual. Desde logo, no CCP o legislador veio exigir que, para além de anormal, a alteração de circunstâncias seja ainda *imprevisível*.

³³ Conforme refere Carla Amado Gomes, “A consagração do instituto da alteração das circunstâncias no CCP tem o sabor da reposição de uma verdade histórica. Na verdade, depois do esquecimento a que a figura foi votada durante séculos, em homenagem ao princípio da intangibilidade do contrato, foi no Direito Administrativo que ressurgiu, sob a veste de «teoria da imprevisão» (v. “A conformação da relação contratual...”, p. 537). De notar que o artigo 312.º do CCP não é totalmente inovador no domínio do contrato de empreitada de obras públicas, pois a alteração de circunstâncias já era prevista no artigo 198.º do REOP e no artigo 179.º do Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro.

riscos próprios do contrato (cfr. segunda parte da alínea a) do artigo 312.º do CCP).

Face a este enquadramento, 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 pandemia constituam uma alteração *anormal* das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar. Essas circunstâncias podem respeitar, por exemplo, à disponibilidade de determinados colaboradores do cocontratante que, entretanto, ficaram impedidos de trabalhar, ou à possibilidade de obter determinados materiais ou equipamentos no mercado dentro de um certo prazo ou dentro de intervalos de preço que, entretanto, se revelaram inviáveis por causa da pandemia.

Pode igualmente suceder que, perante a alteração circunstâncias, seja atentatório da boa fé exigir que o cocontratante execute as suas prestações tal como estas foram previstas no contrato, como se a pandemia não tivesse surgido e mesmo que tal só seja possível com um agravamento significativo de custos que fazem com que o contrato se torne ruinoso para uma das partes.

Por outro lado, na apreciação sobre se a pandemia é ou não uma alteração *imprevisível* de circunstâncias poderá ser relevante o momento em que o contrato foi celebrado, pois a imprevisibilidade poderá ser mais evidente quanto maior for a antecedência da celebração do contrato em relação aos momentos-chave da pandemia (nomeadamente, à declaração de pandemia pela OMS em 11 de Março de 2020, ou à declaração do estado de emergência em Portugal em 18 de Março de 2020)³⁴.

Aspeto que poderá exigir uma análise casuística mais complexa é saber se a alteração de circunstâncias está ou não coberta pelos riscos do contrato. Sem prejuízo da necessidade de atender ao tipo de contrato, ao seu clausulado

³⁴ Pronunciando-se concretamente sobre esta questão, A. Menezes Cordeiro refere: “*Bem sei que as pandemias são, em certa medida, cíclicas, mas não me parece que a imprevisibilidade desta pandemia venha a ser contestada. Mas atenção, é necessário atender ao momento em que o contrato foi celebrado. Se o contrato foi celebrado em Agosto, não há problema nenhum. Se foi celebrado quando o vírus já estava ativo na China também me parece que não suscitará dúvidas. Quando a situação começa a ficar crítica em Itália e, subsequentemente, a Organização Mundial de Saúde declara a pandemia mundial, torna-se mais complicado às partes invocarem a imprevisibilidade da ocorrência*” (v. “Alteração das Circunstâncias”, e-book Novo Coronavírus e Gestão da Crise Contratual – 1.º Videocast, CIDP/FDL, Abril 2020, p. 31).

e enquadramento, poderá dizer-se, de um modo geral, que dificilmente o risco de uma pandemia estará incluído nos riscos assumidos por uma das partes contratantes, *maxime* pelo cocontratante³⁵.

22. Assim, entendendo uma das partes do contrato que a pandemia constitui uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, poderá tentar acordar com a outra parte numa modificação do contrato, ou, não sendo esse acordo possível, promover a acção judicial ou arbitral para obter a modificação pretendida.

23. Além disso, e como vimos, o contrato pode também ser modificado por ato administrativo do contraente público com a invocação de motivo de interesse público, no exercício do denominado *poder de modificação unilateral* ou *ius variandi* (cf. artigos 302.º, alínea a), 307.º, n.º 2, alínea b) e 311.º, n.º 2, do CCP).

Acrescenta o n.º 2 do artigo 312.º que as razões de interesse público que podem motivar a modificação unilateral do contrato pelo contraente público decorrem “*de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes*”. Por este motivo, alguma doutrina sustenta que é possível ao contraente público modificar o contrato perante uma *alteração de circunstâncias* que não seja anormal nem imprevisível, desde que se funde em motivos de interesse público e resulte de uma ponderação feita pelo contraente público relativamente às novas circunstâncias com que as partes se deparam³⁶. Isto permitirá a um contraente público decidir modificar um contrato no caso

³⁵ Questionando-se sobre se, no âmbito da pandemia, este requisito de a alteração das circunstâncias não estar coberto pelos riscos do contrato vai ser objeto de controvérsia e merecer a preponderância que teve noutros momentos de crise, A. Menezes Cordeiro conclui em sentido negativo (cf. “A alteração de circunstâncias”, p. 32).

³⁶ Neste sentido, refere Mário Aroso de Almeida que “*a modificação unilateral do contrato pode também ser determinada por razões de interesse público decorrentes do surgimento de «necessidades novas».* Significa isto que a modificação pode ser determinada pela superveniência de circunstâncias novas e, portanto, pela ocorrência de uma alteração de circunstâncias. Ao contrário, no entanto, do que sucede nos casos em que intervém o instituto da alteração anormal e imprevisível de circunstâncias, o exercício do poder de modificação unilateral, quando seja determinado por razões de interesse público decorrentes de uma alteração de circunstâncias, não tem de se fundar numa alteração anormal e imprevisível de circunstâncias, mas pode basear-se na superveniência de circunstâncias normais e desde o início previsíveis” (cf. “Sobre os pressupostos da modificação ...”, pp. 6 e 7).

de concluir que a pandemia de Covid-19, ainda que, no caso em concreto, possa não constituir uma alteração *anormal e imprevisível* (nomeadamente, atendendo ao momento em que o contrato foi celebrado), possa ainda assim constituir uma circunstância nova que exige uma adaptação do contrato por motivos de interesse público (sob pena de, se o contrato não for ajustado à nova realidade, a necessidade pública subjacente à decisão de contratar poder vir a não ser satisfeita).

D. O objeto da modificação

24. A propósito do tema da modificação objetiva do contrato são habitualmente abordados os temas dos limites e das consequências da modificação (em particular, a reposição do equilíbrio financeiro). No entanto, interessa antes de mais verificar que *tipo* de modificação poderá ser permitida pela lei nos casos em que a pandemia constitua uma alteração das circunstâncias justificadora de modificação.

Trata-se de uma matéria sobre a qual o CCP pouco ou nada nos diz fora da delimitação negativa feita a propósito dos limites no artigo 313.º. Além da reposição do equilíbrio financeiro nos casos em que este é permitido (e que será abordado separadamente no capítulo seguinte), poderá afirmar-se que, perante uma alteração de circunstâncias, o contrato poderá ser modificado, entre outros, com os seguintes objetivos:

- a) Alteração não substancial do objeto do contrato (seja dos bens ou serviços a adquirir pelo contraente público, ou da obra objeto do contrato de empreitada);
- b) Aprovação de trabalhos, serviços ou bens complementares, que se tenham revelado necessários em virtude da pandemia (cf. artigos 370.º, 438.º e 454.º do CCP);
- c) Alteração de prazos de execução das obrigações contratuais (no caso de contratos de empreitada de obra pública, a modificação poderá destinar-se a formalizar uma prorrogação de prazo e a aprovação de um novo plano de trabalhos nos termos previstos no artigo 361.º, n.º 3, segunda parte do CCP).

25. É questionável se a modificação do contrato pode ser realizada apenas com o objetivo de estabelecer um *novo preço contratual* pelas contraprestações

do cocontratante, ou se essa essa modificação apenas será admissível no quadro de uma reposição do equilíbrio financeiro nos termos regulados no artigo 314.º do CCP e no caso de tal reposição ser admissível à luz dessa norma (como nos parece ser a solução mais adequada face às restrições a que se encontra sujeita a figura da modificação).

E. Limites da modificação

26. Na linha das Diretivas de 2014, o CCP estabelece no artigo 313.º um conjunto alargado de limites à modificação do contrato, de que se destacam:

- Não pode conduzir à *alteração substancial* do objeto do contrato (n.º 1, alínea a));
- O aumento total de preço originado pelas eventuais modificações não pode ultrapassar 25% do preço contratual inicial, no caso de a modificação se basear numa alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, ou 10% do preço contratual inicial, no caso da modificação por ato do contraente público (n.º 1, alínea d));
- Não pode alterar o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante em termos de este ser colocado em situação mais favorável do que a resultante do equilíbrio inicialmente estabelecido (n.º 1, alínea e)).

Pode questionar-se se, atendendo à natureza excepcional de uma pandemia, fará sentido exigir nestes casos que se verifiquem, também, os requisitos estabelecidos nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 313.º (para salvaguarda da concorrência e da ordenação das propostas no procedimento pré-contratual). Apesar de nos parecer que estes requisitos não foram pensados para estes momentos de crise (em especial a análise retrospectiva exigida na alínea c)), a verdade é que a lei não distingue, pelo que dificilmente poderão os mesmos ser contornados.

De notar que o Código estabelece outros limites nos contratos especialmente regulados no título II da Parte III, os quais são também aplicáveis por força do disposto no n.º 3 do artigo 313.º. Assim, e no âmbito das empreitadas de obras públicas, se porventura a pandemia implicar a execução de trabalhos complementares, há que ter presente os limites previstos no artigo 370.º,

n.ºs 2 e 4, consoante esses trabalhos sejam justificados por circunstâncias *não previstas* ou por circunstâncias *imprevisíveis*, respetivamente. Assim, se no caso em concreto a pandemia constituir uma circunstância *imprevisível* (“*ou que uma entidade adjudicante diligente não pudesse ter previsto*”), podem ser adjudicados ao empreiteiro no âmbito do contrato em vigor trabalhos complementares até ao limite de 40% do preço contratual (considerando todos os trabalhos complementares anteriormente adjudicados também por circunstâncias imprevisíveis). No entanto, se considerarmos que, num determinado contrato, a pandemia constitui apenas uma circunstância *não prevista* (nomeadamente por se concluir que no momento em que o contrato foi celebrado a pandemia já poderia ter sido prevista por uma entidade adjudicante diligente), o limite para a adjudicação de trabalhos complementares é reduzido para 10% do preço contratual³⁷.

27. Os limites da modificação são apertados e pouco flexíveis, impondo o Código que o contraente público proceda à abertura de um novo procedimento adjudicatório caso não seja possível implementar as alterações dentro dos limites legais (cf. n.º 5 do artigo 313.º). Ora, poderão não ser poucos os casos em que a modificação contratual dentro dos apertados limites estabelecidos pelo legislador comunitário e nacional fique aquém das alterações que as partes considerariam necessárias para ajustar o contrato a uma nova realidade trazida pela pandemia. Mas a verdade é que a lei não estabelece nenhuma cláusula geral de salvaguarda para fazer face a uma situação excecional de pandemia, pelo que as soluções apenas poderiam ser diferentes das previstas no regime geral do CCP caso tivesse sido aprovado, por ato legislativo, um regime especial para fazer face a estes casos, à semelhança do que o legislador entendeu fazer para outro tipo de situações.

F. A reposição do equilíbrio financeiro e a compensação financeira

28. O tema da modificação objetiva do contrato é muitas vezes abordado em conjunto com a reposição do equilíbrio financeiro. Assim, do que se trata é saber se, para além de poder justificar a exoneração da responsabilidade

³⁷ Veja-se ainda o regime das modificações do contrato aplicáveis às concessões estabelecido no artigo 420.º-A do CCP.

do cocontratante pelo incumprimento ou pela mora, a pandemia pode motivar uma modificação do próprio contrato para reposição do equilíbrio financeiro que eventualmente tenha sido afetado pela pandemia.

29. Já acima foi referido que a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar pode fundamentar uma modificação do conteúdo do contrato (cf. artigo 312.º, n.º 1, alínea a) do CCP), a qual, de acordo com o artigo 314.º, n.º 1 do CCP, poderá destinar-se a repor o equilíbrio financeiro do contrato em duas situações:

- a) Caso a alteração anormal e imprevisível seja imputável a decisão do contraente público, adotada fora dos seus poderes de conformação da relação contratual e que se repercute de modo específico na situação contratual do cocontratante; ou
- b) Caso a modificação se funde em razões de interesse público.

No caso dos contratos de empreitada de obras públicas, o empreiteiro poderá igualmente ter direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato “*se o dono de obra praticar ou der causa a facto donde resulte maior dificuldade na execução da obra, com agravamentos dos encargos respetivos*” (cf. artigo 354.º do CCP).

30. Face às disposições acima referidas, podemos concluir que a pandemia não confere, em geral, o direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, na medida em que, na generalidade dos casos, os efeitos adversos sobre a execução contratual não serão o resultado de uma decisão do próprio contraente público, nem de uma modificação contratual motivada por interesse público.

Quanto a esta matéria, temos que distinguir (i) as situações em que o impacto sobre a execução do contrato resulte diretamente da própria pandemia, daquelas (ii) situações em que a execução contratual seja afetada pelas medidas legislativas e regulamentares que o legislador e a Administração adotaram para combate a essa mesma pandemia. Quando a execução do contrato foi afetada *diretamente pela pandemia* (nomeadamente, por uma parte dos trabalhadores do cocontratante terem sido infetados, ou terem tido a necessidade de cumprir quarentena), e ainda que possamos

estar perante uma alteração de circunstâncias *anormal e imprevisível*, essa alteração não será *imputável a decisão do contraente público*, pelo que nestes casos não haverá direito à reposição do equilíbrio financeiro nos termos do artigo 314.º, n.º 1, alínea a) do CCP. Mas, mesmo nos casos em que uma das partes tenha visto o cumprimento das suas obrigações contratuais impedido em virtude das medidas de combate à pandemia decretadas no âmbito do estado de emergência ou do estado de calamidade (pensemos, por exemplo, nas pessoas obrigadas a confinamento, na falta de acesso a materiais causada pelo encerramento dos estabelecimentos comerciais, ou nas consequências do encerramento de serviços anteriormente abertos ao público), não estaremos, de um modo geral, perante eventos que possam ser imputados ao próprio contraente público, mas antes ao Estado legislador ou ao Estado Administração. E mesmo naqueles casos em que o contrato tenha sido celebrado diretamente com o Estado, será difícil concluir que as medidas públicas de combate à pandemia “*se repercutam de modo específico na situação contratual do cocontratante*”, conforme é exigido na parte final da alínea a) do n.º 1 do artigo 314.º do CCP. De facto, apesar de as medidas de combate à pandemia decretadas, nomeadamente, através Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de Março, poderem seguramente impedir ou dificultar o cumprimento tempestivo de muitos contratos, ou agravar significativamente as respetivas condições de execução, estes efeitos são o resultado de medidas gerais adotadas pelo Estado e produzir-se-ão nestes contratos de forma indiferenciada (e não específica) em relação aos demais contratos celebrados pelo Estado ou entre entidades privadas. Consequentemente, não haverá em princípio direito à reposição do equilíbrio financeiro nos termos do artigo 314.º, n.º 1, alínea a) do CCP quando a execução do contrato administrativo foi afetada pelas medidas públicas de combate à pandemia, em virtude de, na generalidade dos casos, essas medidas não serem imputáveis ao próprio contraente público e, mesmo que o sejam, não constituírem medidas que se repercutam de modo específico na situação contratual do cocontratante³⁸.

³⁸ Quanto a esta matéria Mário Aroso de Almeida refere de forma clara que “*A alteração de circunstâncias imputável ao contraente público pode resultar, como sucede com maior frequência, da adoção de uma medida de carácter geral, mas também pode resultar da adoção de medidas concretas, hipótese na qual o nexo específico entre a medida e a situação contratual do contraente privado é mais fácil de estabelecer. Tem, em qualquer caso, de se projetar de modo específico na posição que o cocontratante ocupa no contrato, sem, portanto, o atingir apenas enquanto membro indiferenciado da*

31. Tendo presente a natureza relativamente restrita dos requisitos fixados na lei, e sem prejuízo do que possa eventualmente resultar de disposições contratuais mais vantajosas,, existirão assim muitos casos em que, apesar de a pandemia ter afetado efetivamente a execução dos contratos administrativos, não haverá lugar ao direito à reposição do equilíbrio financeiro.

Isto não significa que os cocontratantes nesses contratos³⁹ fiquem totalmente desprotegidos. Pelo contrário, para estes “*demais casos*” em que ocorra uma alteração anormal e imprevisível de circunstâncias, mas que não se subsumam nos casos acima referidos, o n.º 2 do artigo 314.º confere aos contraentes “*o direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade*”. Como já acima referido, a modificação dos contratos poderá destinar-se, por exemplo, a estabelecer prazos mais alargados para cumprimentos das obrigações a cargo do cocontratante, ou a introduzir uma alteração não substancial no objeto do contrato. Caso a

comunidade” (“Sobre os pressupostos da modificação ...”, p. 11). Este Autor chama depois a atenção para um ponto importante: “*Cumprido, entretanto, notar que a existência do dever de repor o equilíbrio financeiro do contrato era, entre nós, tradicionalmente assumida por referência, genericamente, a alterações decorrentes da atuação de quaisquer poderes públicos, independentemente da questão de saber se a atuação pública causadora da alteração era imputável ao próprio contraente público ou a outra entidade. Ora, isto não se afigura razoável, no contexto da moderna Administração descentralizada dos nossos dias, em que não parece, por exemplo, fazer sentido onerar uma autarquia local com os encargos inerentes à reposição do equilíbrio financeiro perturbado por alterações impostas pela Administração central ou pelo próprio legislador. Por esse motivo, a alínea a do n.º 1 do artigo 312.º circunscreve, hoje, o dever de reposição do equilíbrio financeiro do contrato às situações em que a quebra desse equilíbrio resulte de uma alteração de circunstâncias imputável ao próprio contraente público (...). Assim, por exemplo, alterações de circunstâncias introduzidas pelo Estado-legislador só poderão dar lugar à reposição do equilíbrio financeiro de contratos em que o Estado seja parte*” (*op. cit.*, pp. 11 e 12).

³⁹ Analisado o artigo 314.º do CCP, parece-nos possível concluir que o mesmo visa regular, apenas, os direitos dos cocontratantes à reposição do equilíbrio financeiro (n.ºs 1 e 3) ou a uma compensação financeira (n.º 2) perante uma modificação de contrato, não conferindo direitos aos contraentes públicos. O mesmo se diga em relação ao disposto no artigo 282.º do CCP, que aponta igualmente no sentido de a reposição do equilíbrio financeiro do contrato ser um direito conferido apenas ao contraente privado. Pelo contrário, perante uma alteração anormal e imprevisível de circunstâncias, e na ausência de acordo entre as partes, o contraente público terá ao seu dispor o poder de modificação unilateral por interesse público, motivado por *necessidades novas* ou por uma *nova ponderação das circunstâncias existentes*, nos termos dos artigos 311.º, n.º 2 e da alínea b) do artigo 312.º.

alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imponha a atribuição de uma compensação financeira ao cocontratante, esta deverá ser fixada segundo critérios de equidade, o que significa que a compensação não se destina necessariamente a ressarcir de forma integral todos os danos causados pelo evento danoso (colocando o cocontratante na posição em que este estaria se a pandemia não tivesse ocorrido, de acordo com o critério do artigo 562.º do CC)⁴⁰, mas principalmente a repartir os efeitos desse evento de forma equitativa e a impedir que os mesmos sejam suportados apenas por um dos contraentes.

32. De notar que a modificação contratual motivada por uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias nos termos do n.º 2 do artigo 314.º do CCP estará sujeita aos limites do artigo 313.º⁴¹. Assim, a modificação motivada pela pandemia enquanto alteração anormal e imprevisível de circunstâncias não poderá conduzir, nomeadamente, a uma alteração substancial do objeto do contrato, nem dela poderá resultar uma alteração de preço que ultrapasse o preço contratual inicial em mais de 25%.

Mas será que uma compensação financeira atribuída ao cocontratante está sujeita aos mesmos limites e não poderá, nomeadamente, ser fixada em montante superior a 25% do preço contratual inicial? Ora, a verdade é que o n.º 2 do artigo 314.º estabelece a compensação financeira em *alternativa* à modificação do contrato, sendo ambas apresentadas como mecanismos

⁴⁰ Neste sentido, acompanhamos de perto Pedro Costa Gonçalves quando refere que, “Embora a lei estabeleça uma alternativa entre modificação ou compensação financeira, a regra é a da compensação financeira; a alteração das circunstâncias tem, na grande maioria dos casos, um impacto nos custos do contrato e reclama um reequilíbrio, que neste caso e a menos que o contrato estabeleça outra coisa, é feito segundo critérios de equidade, com o objetivo de distribuir o impacto dos sobrecustos por ambas as partes” (*Direito dos Contratos Públicos* ..., 2015, p. 575).

⁴¹ Não teria necessariamente de assim ser caso pudéssemos extrair todas as consequências do entendimento manifestado por Pedro Costa Gonçalves, quando refere que “a modificação com fundamento em alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, dentro dos respetivos limites, não suscitar qualquer problema concorrencial”, na medida em que “não visa interferir com o âmbito das prestações contratuais ou o modo de execução destas, mas apenas recuperar o equilíbrio financeiro do contrato” (*op. cit.*, p. 574). No entanto, a letra do n.º 1 do artigo 313.º do CCP não deixa margens para um entendimento que não seja o de que *todas* as modificações do contrato motivadas por qualquer um dos fundamentos previstos no artigo 312.º – que inclui não apenas o interesse público, mas também a alteração de circunstâncias – está sujeita aos limites estabelecidos nesta norma.

distintos para fazer face a uma alteração anormal e imprevisível de circunstâncias sempre que não estejam reunidos os requisitos para uma reposição do equilíbrio contratual nos termos do artigo 314.º, n.º 1. Note-se que a compensação financeira está sujeita a um limite próprio, que é o de ser fixada *segundo critérios de equidade*. Ora, esta exigência de respeito pela equidade pode até revelar-se, nalguns casos, como um limite mais restritivo do que o limite de 25% fixado na alínea d) do n.º 1 do artigo 313.º. Tudo dependerá de saber qual a compensação financeira adequada que é imposta pela equidade para impedir que, no caso em concreto, recaiam sobre o cocontratante todas as consequências danosas da alteração de circunstâncias motivada pela pandemia⁴².

G. O Decreto-Lei n.º 19-A/2020 e os contratos de execução duradoura

33. Entre a diversa legislação publicada no âmbito do estado emergência decretado em 18 de Março de 2020 encontra-se o Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de Abril, que estabelece um regime excecional e temporário de reequilíbrio financeiro de contratos de execução duradoura, no âmbito da pandemia da doença Covid-19⁴³.

Em traços abreviados, este diploma tem por objetivos:

- (i) Limitar o direito à reposição do equilíbrio financeiro nos *contratos de execução duradoura*⁴⁴ em que o Estado ou outra entidade pública sejam parte (artigos 2.º a 7.º);

⁴² No domínio dos contratos de empreitada, fazer recair sobre o empreiteiro as consequências danosas de um evento exterior às partes (como é o caso de uma pandemia) seria também contrário ao disposto nos artigos 1227.º e 1228.º do CC e ao princípio *res suo domino perit*.

⁴³ Este diploma suscita um conjunto de questões que ultrapassam o âmbito do presente texto e que, por isso, não serão aqui abordadas. Para uma análise mais desenvolvida, ver Vasco Moura Ramos, “O regime excecional e temporário dos contratos de execução duradoura”, *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção*, coordenação Carla Amado Gomes e Ricardo Pedro, AAFDL, 2020, páginas 747 e seguintes; na mesma obra ver ainda Pedro Melo e Sandra Tavares Magalhães, “O impacto da pandemia nos contratos administrativos: em especial, empreitadas e concessões”, pp. 521 e seguintes.

⁴⁴ Uma das primeiras tarefas que se impõe ao intérprete deste diploma é o de determinar o âmbito deste conceito de *contrato de execução duradoura*. Se as concessões ou subconcessões

- (ii) Estabelecer um regime específico para os contratos de parceria-público privada no sector rodoviário, prevendo a redução ou suspensão de determinadas obrigações do parceiro privado e a redução da contraprestação do parceiro público (artigo 4.º);
- (iii) Afastar a responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais entidades públicas por danos resultantes de atos praticados no exercício das competências conferidas pela legislação de saúde pública e de proteção civil, ou no quadro do estado de emergência, para efeitos da prevenção e do combate à pandemia Covid-19 (artigo 8.º).

34. Quanto à primeira questão, é o próprio legislador a anunciar que este diploma visa “*limitar os efeitos negativos que decorreriam para o Estado do acionamento, em simultâneo, do exercício de eventuais direitos compensatórios pelos contraentes privados sem qualquer restrição*”, assumindo claramente que “*as opções exercidas pelo presente decreto-lei constituem uma limitação de direitos*”. Para atingir este objetivo, o diploma:

- (i) Suspende, entre 3 de Abril e 2 de Maio de 2020 (data em que terminou o estado de emergência) as cláusulas contratuais e as disposições normativas que preveem o direito à reposição do equilíbrio financeiro ou a compensação por quebras de utilização em qualquer contrato de execução duradoura em que o Estado ou outra entidade pública sejam parte, incluindo contratos de parceria público-privada (artigo 3.º, n.º 1);
- (ii) Determina que as compensações por quebras de utilização ou a reposição do equilíbrio financeiro a que haja lugar nos termos previstos naqueles contratos só podem ser realizadas através da prorrogação do prazo de execução ou da vigência do contrato, impedindo a revisão de preço desses contratos ou a assunção por parte do contraente público de um qualquer dever de prestar a favor da contraparte (artigo 3.º, n.º 2).

contratadas por 10 ou mais anos não suscitarão grandes dúvidas quanto à respetiva inclusão neste conceito, o mesmo não se poderá afirmar com tanta segurança relativamente a outro tipo de contratos, como sejam o contrato de empreitada com um prazo de execução relativamente longo (cinco anos, por exemplo), ou um contrato de fornecimento contínuo de bens ou serviços celebrado para um período de, por hipótese, quatro anos.

35. O regime de exceção estabelecido pelo Decreto-lei n.º 19-A/2020 aplicar-se-á essencialmente, parece, aos contratos de concessão ou de subconcessão, bem como aos contratos que configurem parecerias público-privadas.

36. Apesar de a interpretação das normas deste diploma não ser isenta de dificuldades, numa primeira análise parece que o n.º 1 do artigo 3.º pretenderia impedir – entre 3 de Abril e 2 de Maio de 2020 – a possibilidade de os contraentes privados acionarem cláusulas contratuais que previam a reposição do equilíbrio financeiro ou a compensação por quebras de utilização. Nesta perspetiva, esta norma não retiraria aos cocontratantes o direito à reposição do equilíbrio financeiro ou o direito a compensação por quebras de utilização causadas pela pandemia durante o estado de emergência, impedindo apenas (por suspensão) que esses direitos sejam exercidos durante um determinado período temporal.

No entanto, esta interpretação defronta-se com um obstáculo que não se afigura fácil de ultrapassar e que decorre do trecho final da norma, quando nesta se estabelece que “*não podendo os contraentes privados delas [cláusulas contratuais] valer-se por factos ocorridos durante o referido período*”. Esta parte gera assim a dúvida sobre se, afinal, o legislador pretendeu apenas suspender temporariamente (na vigência do estado de emergência) o exercício de determinados direitos decorrentes da pandemia e constituídos durante esse mesmo período, ou se, pelo contrário, pretendeu afastar a própria constituição dos direitos à reposição ou a compensação por factos ocorridos durante o estado de emergência. Poder-se-ia dizer que esta dúvida é resolvida pelo n.º 2 do artigo 3.º, que pressupõe, precisamente, que as quebras de utilização ou a pandemia possam constituir fundamento de reposição do equilíbrio financeiro ou de compensação. No entanto, a parte inicial deste n.º 2 excepciona expressamente “*o disposto no número anterior quanto ao período a que se reporta*”, ou seja, o período de 3 de Abril de 2020 até ao final do estado de emergência.

Esta questão mereceria certamente uma intervenção clarificadora por parte do legislador, sem a qual somos inclinados a concluir que o legislador terá mesmo pretendido impedir que, nos contratos de execução duradoura, os cocontratantes possam prevalecer-se dos factos perturbadores da execução do contrato ocorridos durante o estado de emergência (*rectius*, entre 3 de Abril e 2 de Maio de 2020), pois esta parece ser a única interpretação

que permite dar um sentido útil à parte final do n.º 1 e à parte inicial do n.º 2 do artigo 3.º⁴⁵.

37. Independentemente das dificuldades apontadas quanto ao âmbito temporal de aplicação, o n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 19-A/2020 determina que, sempre que o contrato (de execução duradora) confira ao cocontratante o direito à reposição do equilíbrio financeiro por motivo da ocorrência de uma pandemia ou a compensação por quebras de utilização, estas reposição e compensação não podem implicar uma alteração do preço, ou a previsão de um dever de prestar a cargo do contraente público. Nestes casos, a lei determina que, independentemente do que dispuser o contrato, a reposição ou a compensação devem ser feitas mediante prorrogação do prazo de execução das prestações ou da prorrogação do prazo de vigência do contrato.

38. Assim, e sem prejuízo das dificuldades interpretativas acima referidas, este diploma parece estabelecer dois momentos temporais a considerar:

- (i) Entre 3 de Abril e 2 de Maio de 2020, não é possível aos cocontratantes acionarem as cláusulas contratuais que consagrem o direito à reposição do equilíbrio financeiro ou à compensação;
- (ii) Após aquele período, a reposição ou a compensação apenas poderão ser feitas tendo por base factos ocorridos antes de 3 de Abril ou depois de 2 de Maio de 2020 e por meio de prorrogações de prazo para a execução das prestações ou de vigência dos contratos.

A aceitar-se esta a interpretação (que parece ser a que melhor se ajusta à letra das normas em causa), isso significa que as perturbações causadas pela pandemia de Covid-19 nos contratos de execução duradora não podem dar lugar a um ajuste de preço ou ao pagamento de uma compensação financeira aos cocontratantes, independentemente de os factos perturbadores da

⁴⁵ Apesar de nos parecer que esta conclusão conflitua com a figura da *suspensão* utilizada no trecho inicial do n.º 1, que poderia indiciar que a norma visava apenas paralisar temporariamente o exercício dos direitos decorrentes de cláusulas ou de normas legais que conferem o direito à reposição do equilíbrio financeiro ou a compensação por quebras de utilização.

execução contratual terem ocorrido durante ou depois do estado de emergência. Estaríamos assim perante uma restrição de direitos que extravasa a duração do estado de emergência (perdurará enquanto existir pandemia) e que *elimina* definitivamente todos os direitos compensatórios dos cocontratantes assentes na perturbação da execução contratual decorrente da pandemia, que apenas poderão ser resolvidos através da extensão de prazos. Com este alcance, dificilmente poderá deixar de se questionar a conformidade constitucional destas normas, desde logo pelo impacto ablativo que produzem no núcleo dos direitos de propriedade e de iniciativa económica privada dos cocontratantes (cf. artigos 61.º e 62.º da CRP).

39. Que o diploma em causa gera algumas dúvidas e será previsivelmente causa de litígios é-nos confirmado pelo próprio legislador no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 19-A/2020, no qual se estabelece que todos os litígios emergentes da aplicação do diploma (e que, diremos nós, devam ser dirimidos com recurso a arbitragem) ficam sujeitos ao regime do recurso *per saltum* previsto no artigo 185.º-A, n.º 3 do CPTA.

Apesar de a norma em questão não o afirmar de forma expressa, somos levados a concluir que o objeto da norma não é o de eleger a arbitragem como mecanismo de resolução de todos esses litígios, mas apenas o de estabelecer que, nos casos em que os contratos já prevejam o recurso a arbitragem, as decisões arbitrais ficarão sujeitas ao novo recurso para o Supremo Tribunal Administrativo estabelecido no artigo 185.º-A, n.º 3 do CPTA, na redação introduzida pela Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro.

40. Apesar de se compreenderem os motivos que levaram à aprovação deste regime excecional, a verdade é que o diploma em causa suscita algumas interrogações que, se não forem entretanto resolvidas pelo legislador, darão lugar a litígios em que os julgadores não terão uma tarefa fácil.