

CADERNOS SÉRVULO

DE CONTRATOS PÚBLICOS

#02/2016

COLEÇÃO SÉRVULO

A TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: GÊNESE E RECEÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS

ANTÓNIO CADILHA

Advogado



Sérvulo & Associados | Sociedade de Advogados, RL

O presente texto incide sobre a teoria da imprevisão, enquanto instituto jurídico que, sendo concebido para intervir nas situações de variação inesperada e abrupta das condições económicas externas que envolvem a execução de um contrato administrativo, mantém permanente atualidade, procurando explicitar alguns aspectos relevantes e controversos no que respeita aos seus pressupostos, efeitos e fundamentos.

This paper focuses on the teoria da imprevisão (*theory of unpredictability*) as a legal concept, which, being designed to intervene in situations of unexpected and abrupt alterations to external economic conditions that involve the execution of an administrative contract, is still relevant today. The aim of this paper is to outline some important and controversial aspects of the aforementioned theory, namely in terms of its assumptions, effects and foundations.



A TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: GÉNESE E RECEÇÃO NO DIREITO PORTUGUÊS

1. É sabido que os contratos administrativos (de empreitada, aquisição de serviços ou concessão) podem trazer consigo múltiplos riscos. Constituem, muitas vezes, acordos de extensa duração e grande volume económico, cuja execução requer a coordenação de muitos e variados elementos, no que se pode designar como uma complexa morfologia empresarial. Pense-se, em particular, nas grandes obras públicas: a sua natureza e volume, a complexidade técnica da sua execução, os condicionalismos do local de implementação e a sua grande duração, fazem com que se verifiquem, com frequência, alterações importantes entre o momento de contratar as obras e o momento de as realizar. Alterações que, por vezes, são determinadas pela própria Administração ou são resultado de fatores imprevistos de ordem natural, mas que, noutras situações, são consequência de circunstâncias imprevisíveis de ordem económica, que podem ser de molde a provocar modificações muito relevantes na equação que presidiu à celebração do contrato.

Para responder, em particular, a estas situações de variação inesperada e abrupta das condições económicas externas que envolvem a execução de um contrato administrativo – condições onde se incluem, por exemplo, o custo da mão-de-obra, das matérias-primas ou de qualquer outro fator relevante para a atividade produtiva em causa – o direito administrativo desenvolveu a designada teoria da imprevisão.

É nesse instituto que centraremos a nossa atenção, procurando explicitar alguns aspectos relevantes no que respeita aos seus pressupostos, efeitos e fundamentos, tendo como ponto de partida, como não poderia deixar de ser, a ordem jurídica em que tal teoria foi arquitetada e aperfeiçoada.



1

A TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A) GÉNESE

2. A teoria da imprevisão no domínio dos contratos administrativos tem o seu antecedente remoto num princípio criado pela jurisprudência francesa no início do séc. XX: o princípio do *équilibre financeiro dos contratos de índole administrativa*.

Foi o comissário L. BLUM, em 1910, no processo *Compagnie Française des Tramways*, perante o *Conseil d'Etat*, que formulou, pela primeira vez, tal princípio, nos seguintes termos: “a essência de todo o contrato de concessão é buscar e realizar, na medida do possível, uma igualdade entre as vantagens que se atribuem ao concessionário e as obrigações que lhe são impostas. As vantagens e as obrigações devem compensar-se para formar a contrapartida entre os benefícios prováveis e as perdas previsíveis. Em todo o contrato de concessão está implícita, como um cálculo, a *equivalência honesta* entre aquilo que é acordado como benefício do concessionário e aquilo que lhe é exigido. É aquilo que se chama equivalência comercial, a *equação financeira do contrato de concessão*”¹ (sublinhado nosso).

Este princípio da *reciprocidade dos interesses* ou do *equilíbrio comutativo das prestações* assenta na ideia de que, num contrato administrativo, a colaboração do interesse privado na realização do interesse público é prestada livremente, sem sacrifício daquele, e, portanto, deve garantir-se, no decurso da relação contratual, a manutenção da realidade económico-financeira na qual se fundou a adesão das partes². Na verdade, porque a “lógica da função administrativa”, que preside a qualquer contrato administrativo, não preclui a sua base e natureza contratual, não pode a realização do interesse público justificar que se atinja a equação em que as partes fizeram assentar o seu compromisso sinalagmático.

Para garantir o princípio do equilíbrio financeiro, a jurisprudência do *Conseil d'Etat* identificou um conjunto de situações típicas em que a sua aplicação justifica o direito do contraente particular a uma compensação financeira:

- i) O *ius variandi*, ou seja, a modificação do objeto do contrato imposta unilateralmente pela Administração;
- ii) O *factum principis*, isto é, a medida administrativa de carácter geral que, ainda que produzida fora do âmbito contratual, se repercute sobre ele, tornando a sua execução mais onerosa para o particular; e
- iii) O caso imprevisto, em que a quebra do equilíbrio financeiro do contrato resulta de factos alheios à vontade das partes e imprevisíveis no momento da celebração do contrato³.

¹ Cfr. LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Tomo I, Paris, 1984, p. 717.

² Sobre este princípio, cfr. GASPAR ORTIZ, *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*, Madrid, 1968, pp. 241 e ss.; L. VIDAL, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, 2005, pp. 118 e ss..

³ Cfr. JEAN RIVERO/JEAN WALLINE, *Droit Administratif*, 20.^a ed., Paris, 2004, p. 112.



Esta última situação enquadra-se na designada “teoria da imprevisão”, a qual foi pela primeira vez aplicada em 1916, numa causa julgada pelo *Conseil d'Etat* em que litigavam a *Compagnie du Gaz de Bordeaux* e a respetiva municipalidade. Em conclusões que ficaram célebres, o Comissário CHARDENET sustentara que se devia condenar o contraente de direito público a satisfazer à outra parte uma indemnização pelas perdas consideráveis provocadas pela enorme elevação do custo da matéria-prima utilizada – o carvão – em consequência da 1.ª Guerra Mundial. O Conselho aceitou o raciocínio segundo o qual o referido aumento, assumindo um “carácter excecional”, que “ultrapassa os limites extremos dos aumentos que poderiam ter sido previstos pelas partes no momento de contratar”, origina uma “perturbação (*bouleversement*) no equilíbrio do contrato”, justificando, à luz do interesse geral na continuidade da prestação do serviço público em causa, que a Administração assegure ao particular uma indemnização que, não cobrindo todo o défice verificado, lhe permita continuar a cumprir o contrato⁴.

A esta decisão outras se seguiram, de modo que o princípio da assistência financeira devida pela Administração ao outro contraente nos casos em que a execução de um contrato de longo prazo se haja tornado muito mais onerosa por virtude da produção de acontecimentos económicos excecionais, imprevisíveis no momento da celebração do contrato e independentes da vontade das partes, se tornou um princípio de direito público francês, sancionado pelos tribunais^{5/6}.

⁴ Cfr. EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 8.ª ed., p. 733.

⁵ Cfr. LAURENT RICHER, *Droit des Contrats Administratifs*, 5.ª ed., 2006, pp. 268 e ss..

⁶ A doutrina da imprevisão expandiu-se, depois, ainda que sob formas distintas, um pouco por toda a Europa. Assim, em Itália, o artigo 1467.º do Código Civil, que estabelece a resolução ou revisão por excessiva onerosidade dos contratos de execução continuada, foi declarado aplicável aos acordos administrativos. Na Alemanha chegou-se a uma solução análoga, através da tendência jurisprudencial para aplicação a estes contratos da cláusula *rebus sic stantibus*, tal como foi elaborada no direito civil (de acordo com a qual todos os contratos tinham implícita a ideia de que a sua vigência nos exatos termos acordados dependia da manutenção do *status quo* próprio do momento da conclusão). Só posteriormente se procedeu à codificação desta regra, no §60 da *Verwaltungsverfahrensgesetz* (cfr. MENEZES CORDEIRO, “Contratos públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro”, in *Cadernos O Direito*, n.º 2, 2007, pp. 77 e ss.). Em Espanha, a teoria da imprevisão esteve na base da emissão de diferentes diplomas legislativos especiais que, em diferentes momentos temporais, procuraram restabelecer os equilíbrios de interesses contratuais afetados por alterações nas circunstâncias económicas gerais (cfr. GASPÁR ORTIZ, *Teoria cit.*, pp. 289 e ss.).



B) FUNDAMENTOS DOUTRINAIS E ÂMBITO MATERIAL DE APLICAÇÃO

3. Os fundamentos doutrinários da teoria da imprevisão administrativa têm uma dupla dimensão: com efeito, esta assenta, por um lado, nos princípios da *justiça comutativa* e *boa-fé*, que devem presidir a qualquer vínculo contratual; mas justifica-se, igualmente, à luz de princípios específicos do direito administrativo, tal como o *princípio da continuidade dos serviços públicos*.

Na verdade, a consagração dos efeitos jurídicos do caso imprevisto parte do reconhecimento de que a força obrigatória dos contratos não resulta exclusivamente da vontade das partes nem interessa apenas aos indivíduos vinculados: o valor jurídico dos contratos vem da lei e é conferido em razão da sua utilidade social, pelo que não pode a convenção dissociar-se das condições gerais da sociedade em que é celebrada e executada. Como salienta MARCELLO CAETANO, deve “deixar-se aos próprios interessados a realização da justiça comutativa segundo a fórmula que mais lhes aprovar de equiponderação dos seus interesses nas circunstâncias económicas existentes; mas se estas se mudarem a ponto de desaparecer a base de justiça em que se funda a sanção dada pela ordem jurídica ao acordo de vontades, a lei não pode deixar de intervir para desatar os vínculos formados ou equacionar de novo os interesses da causa”⁷.

Neste quadro, o fundamento da teoria da imprevisão não pode basear-se em elementos subjetivos ligados à intenção comum das partes – que não têm nada de comum quando a situação de desequilíbrio se manifesta –, mas sim num elemento objetivo de justiça comutativa e boa-fé contratual, que constitui a razão de ser do assentimento legal à força obrigatória de qualquer contrato.

Para além destes elementos – utilizados na dogmática do direito civil para justificar a modificação ou resolução dos contratos ao abrigo do instituto da alteração de circunstâncias⁸ –, a teoria da imprevisão encontrou um fundamento incontornável nas exigências do *fim público próprio dos contratos administrativos*, ou seja, na necessidade que estes se cumpram de maneira contínua e regular e na forma mais adequada à satisfação do interesse geral.

Com efeito, quando o co-contratante da Administração, em virtude de circunstâncias excecionais e imprevisíveis, é colocado numa situação em que o cumprimento estrito e literal dos compromissos assumidos se revela excessivamente oneroso, tenderá, com elevada probabilidade, a *cumpri-los defeituosamente*, com evidente prejuízo para a qualidade dos serviços prestados, ou a *interromper a execução contratual* – obrigando a Administração a procurar a colaboração de outro particular e a ceder, afinal, a condições idênticas às que representariam a modificação do anterior contrato.

⁷ Cfr. *Manual de Direito Administrativo*, 10.ª ed., vol. I, p. 628.

⁸ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. III, 2002, pp. 210 e ss..



Desde a sua origem, o princípio da prossecução do interesse público – traduzido na exigência de funcionamento regular e contínuo dos serviços públicos – foi decisivo para justificar a teoria da imprevisão, impondo à Administração que colabore com o particular, repartindo as perdas da exploração, por forma a evitar a brusca interrupção da gestão do serviço concedido⁹.

4. Analisando a génese e fundamentos da teoria da imprevisão, verificamos que o contrato de concessão de serviços públicos foi aquele em tal teoria encontrou a sua base mais sólida e a sua primeira aplicação. Contudo, posteriormente, produziu-se, como consequência inevitável, a sua extensão a um conjunto variado de contratos da Administração: com efeito, aquela teoria é atualmente suscetível de se aplicar a todos os contratos de execução continuada em que um contraente fornece à Administração prestações ou serviços por meio de uma atividade industrial ou comercial¹⁰.

Esta expansão justifica-se plenamente, por duas ordens de razões. Em primeiro lugar, porque é normal que toda a instituição jurídica que contém em si um princípio de justiça e um resultado socialmente conveniente, uma vez admitida no Direito, se desenvolva progressivamente, aplicando-se a pressupostos distintos daqueles que estiveram na sua origem. Em segundo lugar, porque, como afirma HAURIOU, “a ideia de serviço público – e, portanto, a necessidade de assegurar o seu cumprimento – não deve influir apenas em contratos que tenham por objecto imediato a sua prestação, bastando que [tal ideia] seja o objecto final do mesmo, ainda que o contraente não participe no funcionamento do serviço”¹¹.

Assim, o mesmo interesse público que exige o regular e contínuo funcionamento dos serviços públicos concedidos a particulares, impõe, de igual modo, o bom e pontual cumprimento de prestações contratuais que visam a satisfação – ainda que mediata – de necessidades coletivas: aplicando-se, por exemplo, ao contrato de empreitada de obras públicas. Assim, se, neste tipo de contrato, transformações económicas alheias à vontade das partes vierem impor ao empreiteiro uma sobrecarga excessiva no cumprimento, há que evitar que este tenda a reduzir a qualidade dos trabalhos realizados para compensar o grave défice verificado, ou que, sendo forçado ao incumprimento, seja necessário ao contraente público rescindir o contrato, com o prejuízo grave para o interesse público que resultaria da paralisação das obras (prejuízo, além do mais, inútil pois a Administração teria de contratar nova empreitada com aplicação dos preços em vigor nesse momento).

⁹ Cfr. LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Tomo II, Paris, 1984, pp. 562 e ss.; EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA/TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso cit.*, p. 732.

¹⁰ Cfr. GÉRARD MARCOU, “La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos”, in *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (Elementos comparativos para un debate)*, Madrid, 2000, p. 63; LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité cit.*, Tomo II, p. 571.

¹¹ Citado por GASPARD ORTIZ, *Teoria cit.*, p. 286.



2

O CASO IMPREVISTO NO DIREITO ADMINISTRATIVO PORTUGUÊS

5. Entre nós, a construção da teoria da imprevisão fez-se essencialmente por via legislativa e não, como sucedeu em França, através de sucessivos impulsos da jurisprudência.

Com efeito, foi por diplomas legais especiais que, entre 1915 e 1928, primeiro, e entre 1939-45, depois, se procurou restabelecer a justiça comutativa nos contratos administrativos em cuja execução se tivesse feito sentir a profunda modificação de condições económicas que as Guerras Mundiais trouxeram^{12/13}.

Depois deste período em que se afirmou como providência legislativa avulsamente tomada para atalhar a desequilíbrios de contratos já economicamente alterados, a teoria de imprevisão passou a ser geralmente prevista em legislação aplicável a certo tipo de contratos administrativos. O primeiro diploma que, com este carácter geral, consagrou tal teoria foi o Decreto-Lei n.º 48.871, de 19 de Fevereiro de 1969, que aprovou o regime jurídico do contrato de empreitada de obras públicas. O seu artigo 173.º, epígrafado “*revisão por alteração de circunstâncias*”, dispunha, no n.º 1:

“Nos contratos celebrados por prazo superior a um ano, quando as circunstâncias em que as partes hajam fundado a decisão de contratar sofram alteração imprevisível segundo as regras da prudência e da boa-fé, donde resulte, na execução da obra, grave aumento de encargos que não caiba nos riscos normais, o empreiteiro terá direito a revisão do contrato para o efeito de, conforme a equidade, ser compensado do aumento dos encargos efetivamente sofridos ou se proceda à atualização de preços”.

¹² O primeiro diploma legislativo que se pode considerar inspirado pelo princípio da imprevisão é o Decreto n.º 1.536, de 10 de abril de 1918, que concede aos *adjudicatários de obras públicas do Estado*, prejudicados pela guerra, a revisão dos respetivos contratos para o efeito de lhes ser concedida uma *indenização*, caso o preço de algum dos materiais empregados se tenha elevado acima de 10% do fixado no orçamento e daí resulte um prejuízo superior a 5% do custo total. Seguiu-se o Decreto 14.668, de 25 de novembro de 1927, que autoriza a correção das tarifas estipuladas nos contratos de concessão de iluminação pública a eletricidade. A 2.ª Guerra Mundial veio provocar uma nova série de diplomas de significado idêntico, como o Decreto-Lei 31.911, de 10 de março de 1942, que autorizou ajustamentos tarifários nas concessões de produção e distribuição de energia elétrica, e o Decreto-Lei n.º 32.432, de 24 de novembro de 1942, que permite ao Governo conceder aos *empreiteiros de obras públicas do Estado* uma indenização pelos prejuízos resultantes da alta de preços provocada pela guerra (cfr. CARVALHO FERNANDES, *Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, Lisboa, 2001, pp. 233 e ss.).

¹³ Logo em 1918, MAGALHÃES COLAÇO considerava o Decreto n.º 1.536 uma aplicação da teoria da imprevisão, que definia em termos bastante claros: “a teoria da imprevisão pode resumir-se na ideia de que, celebrado um ato ou contrato cujo fim seja ou a simples realização de obras públicas, ou esta acompanhada da exploração de um serviço público, o empreiteiro ou concessionário poderá reclamar uma indenização sempre que, no decurso da execução das obras ou da exploração do serviço público, sobrevenham circunstâncias, insuscetíveis de previsão no momento em que se celebrou o ato ou contrato, e que perturbam de tal modo o equilíbrio financeiro tomado para base do mesmo contrato, que a prestação do devedor, sem se tornar impossível, todavia se torna consideravelmente mais onerosa” (cfr. *Revista de Legislação e Jurisprudência* n.º 51 (1918), 109).



Os inúmeros diplomas que se seguiram com o mesmo objeto regulamentador mantiveram disposições de teor similar – Decreto-Lei n.º 232/80, de 16 de julho (artigo 165.º, n.º 1), Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de agosto (artigo 175.º, n.º 1), Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de dezembro (artigo 179.º, n.º 1) e Decreto-Lei n.º 59/99 (artigo 198.º).

A regularidade com que a repetição das circunstâncias impunha soluções da mesma ordem; o facto de, por diplomas diversos e em diferentes épocas, terem sido abrangidos diversos contratos administrativos (em que a solução se impunha); e, finalmente, a circunstância de as regras adotadas se fundarem na necessidade social de assegurar a justiça comutativa nos contratos a longo prazo cuja execução seja perturbada por casos imprevistos, levaram a doutrina nacional a considerar que se estava perante um *princípio geral de direito administrativo*¹⁴. Como sublinhava MARCELLO CAETANO, os referidos diplomas legislativos especiais são afloramentos de um princípio segundo o qual a “superveniência de circunstâncias económicas excecionais imprevisíveis à data da celebração do contrato administrativo e que tornem mais onerosa a sua execução pelo contraente particular, justifica a reparação dos encargos excecionais”, a realizar-se por via da “revisão dos contratos, com aumento do preço dos fornecimentos ou das tarifas dos serviços concedidos, quanto aos contratos de fornecimento ou de concessão, ou pela atribuição de uma indemnização aos empreiteiros de obras públicas”¹⁵.

6. Em 2008, com a aprovação do Código dos Contratos Públicos – que reuniu, pela primeira vez num único diploma, a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos que revistam uma natureza jus-administrativa (cfr. Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro) –, o legislador reconheceu expressamente a vocação de aplicação generalizada da teoria da imprevisão. Com efeito, na sua parte III – que define o regime substantivo aplicável a *todos os contratos administrativos* – foi incluída uma regra segundo a qual o contraente privado tem direito a uma modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade, sempre que “as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afecte gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato” (cfr. artigo 312.º, alínea a), e artigo 314.º, n.º 2).

Este regime vem consagrar assim, como regra injuntiva no ordenamento jurídico-administrativo português, uma teoria da imprevisão fortemente inspirada pelo direito francês. Uma inspiração que se reflete, por um lado, nos pressupostos da aplicação daquele regime: isto é, a imprevisibilidade do facto superveniente e a anormalidade dos resultados por ele produzidos na economia do contrato, avaliada à luz da boa-fé e da configuração que assumem, no caso, os riscos próprios desse acordo; e, por outro, nos seus efeitos: uma vez que estão em causa situações em que uma das partes se vê confrontada com graves dificuldades decorrentes de circunstâncias económicas supervenientes que a nenhuma delas podem ser imputadas, considera-se que não assiste ao contraente privado um direito à reposição integral do equilíbrio financeiro do contrato, mas à “partilha, segundo critérios de equidade, do anormal agravamento dos custos

¹⁴ Neste sentido, MARCELLO CAETANO, *Manual cit.*, p. 634; ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Coimbra, 1980, p. 716; CARVALHO FERNANDES, *Teoria da Imprevisão cit.*, p. 235; Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 130/82, de 24 de Novembro de 1982, in *BMJ* n.º 328 (Julho-1983), p. 198.

¹⁵ Cfr. *Manual cit.*, p. 633.

envolvidos no cumprimento do contrato”¹⁶, pela via de uma modificação do contrato (a concretizar por acordo entre as partes ou por decisão judicial – cfr. artigo 311.º, n.º 1, do CCP) ou da atribuição de uma compensação financeira.

7. Assim, com apoio em diferentes contributos doutriniais e jurisprudenciais produzidos sobre a teoria da imprevisão – oriundos em particular, mas não exclusivamente, do ordenamento jurídico francês – procuraremos, agora, precisar os pressupostos de que depende a sua aplicação, bem como definir os seus efeitos típicos.

a) O primeiro dos pressupostos fácticos e jurídicos que tipificam uma situação de imprevisão é o da ocorrência de uma *circunstância imprevisível*, à data da celebração do contrato, que determine o agravamento da prestação a que se vinculou o contraente particular.

O conceito de “*imprevisibilidade*” respeita a situações ou acontecimentos que o agente, apesar de *usar de normal diligência*, não pôde avaliar antecipadamente; a imprevisibilidade identifica-se, assim, com algo que é *inesperado*, por contraposição ao que é “*previsível*”, ou seja, a elementos que, à luz do referido padrão de diligência, são *visíveis ex ante*. Neste sentido, facto imprevisível será aquele que se situa numa “*álea extraordinária*”, relativamente “ao qual não se pode razoavelmente afirmar que as partes o deviam ter tido em conta nas suas previsões”¹⁷.

b) Em segundo lugar, o agravamento da prestação causado pela circunstância imprevisível tem de ser extraordinário, implicando a execução do contrato uma *excessiva onerosidade*.

Significa este pressuposto que não é suficiente que o contraente particular sofra uma quebra nos benefícios esperados – é necessário que se verifique uma considerável rutura do equilíbrio entre os ingressos e os gastos previstos, do qual resulte um défice na execução da obra ou na exploração do serviço. Usando uma expressão repetidamente reproduzida pela jurisprudência francesa, há que avaliar se, em consequência do caso imprevisível, ocorreu ou não um *bouleversement du contrat*, ou seja, uma perturbação profunda da economia contratual¹⁸.

Partindo desta ideia de que tem de existir um desequilíbrio contratual e que este deve ser grave, a questão da determinação precisa do tipo e da intensidade que deve assumir o dano para ser atendível tem de ser analisada no

¹⁶ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sêrvulo Correia*, vol. II, Coimbra, 2010, p. 831.

¹⁷ Cfr. LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité cit.*, Tomo II, p. 585. Assim, num caso concreto, para responder à questão da *previsibilidade* ou *imprevisibilidade* da modificação que esteja em análise, cumpre fazer um juízo de prognose, ou seja, importa reverter à posição em que estariam as partes envolvidas no processo de negociação do contrato, para aferir, com base no conhecimento de que aí dispunham, qual a possibilidade que teriam para, com razoabilidade, avaliar a evolução futura dos eventos, ou seja, antecipar a ocorrência e dimensão daquela alteração.

¹⁸ Cfr. LAURENT RICHER, *Droit cit.*, pp. 269 e ss.; SÉRVULO CORREIA, “Contrato Administrativo”, in *DJAP*, vol. IV, p. 85.



plano concreto de cada negócio, e não em abstrato¹⁹ – pelo que é, à partida, de excluir, a referência a valores específicos ou critérios rígidos de definição do *quantum* do prejuízo. Existem, contudo, algumas cláusulas gerais que relevam para aferir sobre a *excessiva onerosidade* de uma prestação.

Em face do que dispõe a alínea a) do artigo 312.º, a ideia de *boa-fé* deve constituir, neste domínio, uma referência – assim, o prejuízo resultante do facto imprevisto só justifica uma pretensão indemnizatória quando se verifique um desequilíbrio do contrato que tornaria intolerável, à luz da *boa-fé*, que o lesado o suporte integralmente. Ou seja, a modificação das circunstâncias deve projetar-se de tal forma no vínculo obrigacional que ele já nada tenha a ver com o fenómeno de colaboração intersubjetiva tal como o Direito normativamente prescreve através da cláusula da *boa-fé*, antes se tornando um sacrifício injustificado de um dos contraentes por força de ocorrências meramente exteriores²⁰.

Outro dos elementos que devem ser ponderados para determinar se a execução das prestações se tornou ou não excessivamente onerosa para o contraente particular é o do *risco normal do negócio*: a exigência do cumprimento só será intolerável se as flutuações nos custos ou nas receitas não estiveram cobertas pelos riscos próprios do contrato. Tais riscos – que delimitam o campo de aplicação da teoria da imprevisão – são definidos tendo em conta:

- i) O tipo contratual que esteja em causa (v.g., nos contratos de longa duração, o risco normal é mais amplo, como simples consequência de a projeção temporal das relações contratuais tornar mais flagrante a possibilidade de verificação de novas circunstâncias que influam na sua execução);
- ii) As condições especiais que, em concreto, rodeiam o contrato, o qual pode, por exemplo, conter cláusulas – as designadas “cláusulas de salvaguarda” – que se destinam exatamente a influenciar a distribuição entre as partes dos riscos inerentes a certas flutuações na economia do contrato²¹.

Neste âmbito, uma questão que se pode colocar é a de saber se, através deste tipo de cláusulas, as partes podem afastar completamente a aplicabilidade da teoria da imprevisão, imputando a uma delas – genérica ou especificamente – o risco de superveniência de circunstâncias económicas imprevisíveis. Em nossa opinião, tal não é admissível, atenta a

¹⁹ Com efeito, múltiplas são as razões que podem levar a que uma profunda alteração das circunstâncias não se projete significativamente em determinado contrato, ainda que seja de molde a interferir, em abstrato, com contratos desse tipo. A mero título de exemplo, podem anotar-se aqui diferentes relações entre o momento em que o facto imprevisto ocorre e a fase em que encontra a execução do contrato, ou estarem em causa os próprios termos em que esta se processa. Assim, num contrato de empreitada ou fornecimento, uma subida de 100% no preços dos materiais a utilizar ou do produto fornecido poderá ser indiferente para o particular, se este tiver em *stock* os materiais ou produtos que deve fornecer ou aplicar na obra, ou se tiver firmado, por seu turno, contratos de aquisição de tais bens com preço garantido, que o ponham a coberto das flutuações verificadas.

²⁰ Esta ideia de que a admissibilidade da modificação das obrigações por alteração de circunstâncias deve ser procurada no condicionalismo objetivo ditado pela conjugação das realidades exteriores com os ditames da *boa-fé* encontra-se também consagrada, por influência da doutrina alemã, no artigo 437.º do Código Civil. Aí se estabelece, quanto à alteração de circunstâncias, que esta só confere direito à resolução ou modificação do contrato quando a exigência do cumprimento das obrigações assumidas *afete gravemente os princípios da boa-fé* (n.º 1).

²¹ Um exemplo deste tipo de cláusulas são as que constam tipicamente dos contratos de concessão de obras públicas outorgados para a implementação de grandes infraestruturas, em que a concessionária assume “a *responsabilidade por todos os riscos inerentes à concessão, exceto nos casos especificamente previstos no contrato*” (sendo que “os casos especificamente previstos no contrato”, em regra, apenas abrangem a modificação unilateral do contrato e a força maior, que conferem direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato).

imperatividade do instituto da alteração das circunstâncias e a sua natureza de “válvula de escape” do sistema, isto é, de mecanismo destinado a funcionar exatamente quando a assunção de determinado grau de onerosidade, associada à alocação desse risco, ultrapasse o limite daquilo que deve ser considerado proporcional e equilibrado no contrato em apreço. Naturalmente que, perante uma cláusula daquele tipo, à sindicância da gravidade da onerosidade acrescida gerada pelas alterações das condições económicas externas de execução do contrato têm de presidir *critérios ainda mais exigentes*. Mas cumpridos esses critérios – isto é, verificando-se que a alteração das circunstâncias gera uma *desproporção absolutamente intolerável* entre as obrigações a que o contraente se vinculou (mesmo ponderando o risco adicional assumido quanto às *variações imprevisíveis* em parâmetros económicos condicionantes do custo das prestações contratuais) e os benefícios que para ele advém da execução do contrato – a teoria da imprevisão deve ainda ser aplicada, porque, mesmo com a alocação contratual de risco, não deixa de haver *imprevisão*, isto é, não deixa de ser possível a ocorrência de factos imprevisíveis que, pelo seus efeitos, sejam suscetíveis de gerar para um dos contraentes uma onerosidade excessiva e inaceitável.

c) O terceiro pressuposto de aplicação da teoria de imprevisão reside na *possibilidade de cumprimento do contrato*. Com efeito, se o facto estranho à vontade das partes e imprevisível no momento da celebração do contrato não torna mais onerosa a sua execução, mas, objetivamente, impossibilita o seu cumprimento, estamos perante um *caso de força maior*. Em tais circunstâncias, o particular fica desonerado da responsabilidade pelo incumprimento. E, se assim tiver sido estipulado no contrato, o risco correrá por conta da Administração que terá de indemnizar o co-contratante pelos danos sofridos.

8. A verificação de uma situação de imprevisão produz um duplo efeito: por um lado, origina a obrigação do contraente particular de prosseguir na execução do contrato; por outro, constitui a Administração no dever de ajudar o co-contratante a fazer face às dificuldades que esse cumprimento pressupõe, em resultado da circunstância imprevista. O primeiro destes efeitos não carece de especial explicação: a obrigação de não interromper a execução da obra ou a prestação do serviço é a única solução conforme com o objetivo subjacente à teoria de imprevisão, que é, precisamente, o de garantir que os contratos administrativos se cumprem de maneira contínua e regular e na forma mais adequada à satisfação do interesse geral.

Quanto ao dever de a Administração auxiliar o co-contratante, ele pode assumir duas modalidades: pode passar por uma readaptação do contrato que tenha em conta as dificuldades económicas que afetam a sua execução, designadamente por via de uma revisão dos preços contratuais; ou consistir no pagamento ao particular de uma indemnização compensadora da excessiva onerosidade no cumprimento da prestação.

Neste segundo caso, a determinação do *quantum* da indemnização de imprevisão exige a realização de um conjunto de operações.

a) Em primeiro lugar, há que determinar o *momento temporal* a partir do qual o contraente tem direito a exigir essa compensação. Se o acontecimento imprevisto que origina a situação de imprevisão é de ordem natural (v.g., um sinistro, um cataclismo), esta tarefa não se revela difícil – a obrigação de auxílio financeiro constitui-se nesse momento. Mas, se, por exemplo, a excessiva onerosidade da prestação surge como consequência do aumento do preço da mão-de-obra ou das matérias-primas necessárias ao cumprimento do contrato, a determinação do momento em que se inicia o período de imprevisão suscita maiores dificuldades.



Nestes casos, haverá que recorrer ao conceito de *preço-limite*, o qual foi construído pela jurisprudência francesa para designar a margem de aumento eventual de preços que as partes podiam prever no momento da celebração do contrato. Com efeito, quando negoceia um contrato com a Administração, o contraente privado faz uma previsão daqueles que serão os custos da sua prestação tendo em consideração os preços que, nesse momento, estão a ser praticados no mercado, mas é razoável admitir que ele igualmente antecipe a possível ocorrência de certos aumentos de preços e os considere nos seus cálculos. Nesta medida, entende-se que só quando as variações de preços efetivas ultrapassam um determinado preço-limite (previsível) é que se deve considerar iniciado o período de imprevisão. A fixação do preço-limite para cada contrato em concreto constitui uma estimativa de carácter técnico, traduzida numa análise retrospectiva daquilo que as partes poderiam prever como possível no momento da celebração do contrato, tendo em conta, designadamente, os riscos próprios do tipo contratual em causa. O que se compreende, se pensarmos que a onerosidade resultante do aumento dos preços não é senão a realização de um risco extraordinário, o qual se determina, negativamente, pela sua falta de previsibilidade e relação de causalidade com a execução do contrato²².

b) Determinado o momento a partir do qual se abre o período de imprevisão, a segunda operação que a aplicação prática da teoria da imprevisão exige é o cálculo do montante do prejuízo sofrido pelo contraente privado nesse período: a designada *carga extracontratual*.

Para o efeito, há que estabelecer um balanço entre os ingressos e os gastos do período de imprevisão, para determinar, através do saldo, qual o défice efetivamente sofrido. Nesta tarefa, deve atender-se a um conjunto de regras jurisprudencialmente fixadas, as quais determinam, por exemplo:

- i) Que os resultados anteriores ao momento em que se abre a situação de imprevisão não podem ser contabilizados para o cálculo da carga extracontratual, quer no que respeita aos benefícios anteriormente realizados, quer no que concerne aos prejuízos sofridos;
 - ii) Que deve ser tida em conta a integridade do défice que se manifesta no período extracontratual, não havendo lugar, como na operação precedente, a distinguir entre défice previsível e imprevisível²³.
- c) Fixada a carga extracontratual, há que proceder à sua *repartição entre os contraentes*, determinando quais as consequências onerosas da imprevisão que devem ficar a cargo da Administração e quais as que cabe ao outro contraente suportar.

A regra base neste domínio é a de que a indemnização de imprevisão *não se destina a cobrir a totalidade dos prejuízos sofridos pelo particular*: a Administração está vinculada a ajudar o co-contratante a fazer face às dificuldades que circunstâncias imprevistas causaram ao cumprimento do contrato, mas não deve suportar em exclusivo a sobrecarga resultante de tais circunstâncias²⁴.

²² Cfr. ARIÑO ORTIZ, *Teoria cit.* p. 314.

²³ Cfr. LAUBADÈRE/MODERNE/DELVOLVÉ, *Traité cit.*, Tomo II, pp. 616 e ss..

²⁴ Cfr. LAURENT RICHER, *Droit cit.*, p. 271



Esta regra encontra a sua fonte legitimadora no *princípio de igualdade perante os encargos públicos*: se à luz deste princípio se pode justificar que todos os cidadãos que beneficiem de uma obra ou serviço público devem contribuir para suportar os encargos que surjam na sua execução e não caibam nos riscos normais que qualquer empreendimento económico comporta, há que reconhecer, por outro lado, que o contraente privado se encontra relativamente a tal obra ou serviço numa posição qualificada, numa relação mais estreita que os demais cidadãos utilizadores desses bens. Qualificação que se traduz numa responsabilidade adicional, especial: a de suportar uma parte mais significativa do encargo, ainda que este seja imprevisto ou excecional.

Não sendo possível estabelecer, *a priori*, regras absolutamente precisas quanto ao modo concreto de distribuição da carga extracontratual, pode sublinhar-se um conjunto de elementos que devem ser tidos em conta nessa ponderação: a capacidade financeira da empresa; os benefícios económicos obtidos no passado e os proveitos que ainda possam sobrevir; a diligência imprimida pelo co-contratante para superar a situação difícil.

Tais elementos deixam, em qualquer caso, uma importante margem de discricionariedade à entidade – jurisdicional ou arbitral – a que, em caso de desacordo das partes, caiba fixar a indemnização, podendo a equidade revelar neste domínio um importante papel.

CADERNOS SÉRVULO

DE CONTRATOS PÚBLICOS

Através da coleção “Cadernos Sérvulo” pretendemos tornar acessível por via eletrónica aos nossos clientes e parceiros, bem como à comunidade jurídica em geral, alguns textos que, nascidos do nosso exercício da advocacia, assumem uma dimensão que vai para além do caso concreto. Por isso mesmo, os “Cadernos Sérvulo” destinam-se a acolher trabalhos (ou parte deles) que, sem quebra do sigilo profissional nem relação com causas pendentes, aliem a vertente da investigação científica com a da relevância prática.

No domínio do Direito Público os “Cadernos Sérvulo” abrangem, entre outras áreas, as do Direito Administrativo Geral, do Direito dos Contratos Públicos, dos Direitos da Energia e do Urbanismo e do Contencioso Administrativo e Arbitragem. Mas isto sem esquecer que, nos nossos dias, o Direito Administrativo é “Direito Constitucional concretizado”.

Os trabalhos publicados vinculam apenas os respetivos autores que, através deles, procuram ordenar conhecimentos dispersos ou ir mais além, dando respostas inovatórias a velhos e novos reptos colocados pela prática do direito.

