

REEQUILÍBRIO FINANCEIRO DE CONTRATOS

Regime excepcional
e temporário

Comentário ao Decreto-Lei
n.º 19-A/2020, de 30 de Abril



Em parceria com:



Transformative
Legal
Experts

Autores

Diogo Duarte de Campos

Sócio PLMJ

Tiago Duarte

Sócio PLMJ

Paulo Linhares Dias

Sócio BPLD&A

Leonardo da Ponte

Associado BPLD&A

Agradecimentos

Catarina Paulino Alves

Estagiária PLMJ

Hugo Aparício

Estagiário PLMJ

Índice

1	ARTIGO 1.º Objeto	P.8
2	ARTIGO 2.º Âmbito de aplicação	P.10
3	ARTIGO 3.º Pretensões compensatórias e de reposição do equilíbrio financeiro	P.10
4	ARTIGO 4.º Contratos de parceria público-privada no setor rodoviário	P.12
5	Artigo 5.º Modificação unilateral	P.13
6	ARTIGO 6.º Natureza excecional e aplicação subsidiária	P.14
7	ARTIGO 7.º Impugnação das decisões arbitrais	P.15
8	ARTIGO 8.º Indemnização pelo sacrifício	P.16
9	ARTIGO 9.º Produção de efeitos	P.17
10	ARTIGO 10.º Entrada em vigor	P.17

**COMENTÁRIO
AO DECRETO-LEI
N.º 19-A/2020,
DE 30 DE ABRIL**



Artigo 1.º

OBJETO

O presente decreto-lei estabelece o regime excepcional e temporário aplicável, no contexto da pandemia da doença COVID-19:

- a) Aos contratos de execução duradoura em que o Estado ou outra entidade pública sejam parte;**
- b) À indemnização pelo sacrifício por ato praticado pelo Estado ou outra entidade pública no âmbito da prevenção e combate à pandemia.**

1. O presente diploma sofreu várias vicissitudes até à sua publicação. Com efeito, o Decreto do Presidente da República que declarou o estado de emergência (Decreto n.º 14-A/2020, de 18 de março) não dava cobertura para a aprovação de um Decreto-Lei com esta natureza e amplitude. Foi só no Decreto do Presidente da República que procedeu à primeira renovação do estado de emergência (Decreto n.º 17-A/2020, de 2 de abril) que se previu, pela primeira vez, no contexto da suspensão parcial do direito de propriedade e de iniciativa económica privada o seguinte: *"podem ser temporariamente modificados os termos e condições de contratos de execução duradoura ou dispensada a exigibilidade de determinadas prestações, bem como limitado o direito à reposição do equilíbrio financeiro de concessões em virtude de uma quebra na respetiva utilização decorrente das medidas adotadas no quadro do estado de emergência"*. O estado de emergência foi, depois, renovado, pela última vez, através do Decreto do Presidente da República n.º 20-A, de 17 de abril, onde foi novamente prevista esta possibilidade, alargando-a também aos contratos de prestação de serviços.
2. Nesse mesmo dia, 17 de abril, foi anunciado pelo Governo, através do comunicado do Conselho de Ministros, que tinha sido aprovado um Decreto-Lei que *"estabelece um regime excepcional e temporário de reequilíbrio financeiro de contratos de execução duradoura, designadamente parcerias público-privadas"*. Segundo informava o comunicado, *"são suspensas, durante a vigência do estado de emergência, as cláusulas contratuais e disposições normativas que preveem o direito à reposição do equilíbrio financeiro ou a uma compensação por quebras de utilização em qualquer contrato de execução duradoura em que o Estado ou outra entidade pública sejam parte, incluindo parcerias público-privadas."*

Ainda segundo o comunicado, o referido Decreto-Lei previa igualmente que *"fora do período do estado de emergência, nos contratos em que se preveja expressamente o direito do contraente privado a ser compensado por obras de utilização ou a ocorrência de uma pandemia como fundamento passível de originar uma pretensão de reposição do equilíbrio financeiro, estas só podem ser realizadas através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato"*.

3. Não obstante o presente Decreto-Lei ter sido aprovado em reunião do Conselho de Ministros do dia 17 de abril (o comunicado diz que foi aprovado no dia 17 mas o Decreto-Lei refere que foi aprovado no dia 16), o mesmo só veio a ser promulgado pelo Presidente da República 13 dias depois, o que, respeitando o prazo constitucional de 20 dias, demonstra uma demora excepcional no contexto da urgência das medidas e da rapidez com que as mesmas têm sido promulgadas pelo Presidente da República, o que indicia que a promulgação pode não ter sido simples de obter, podendo, até, ter levado a alterações ao texto do próprio Decreto-Lei enviado para promulgação, de modo a evitar um veto político ou a fiscalização preventiva da constitucionalidade das suas normas.
4. No anúncio da promulgação, o Presidente da República referiu o seguinte: *"dada a alteração substancial e extraordinária de circunstâncias provocada pela situação de pandemia, que levou mesmo à declaração do estado de emergência, com fundamento na verificação de uma continuada situação de calamidade pública, e considerando também a necessidade do esforço e contribuição de todos, para ultrapassar aquela situação e também os seus efeitos sociais e económicos, o Presidente da República promulgou o diploma do Governo que estabelece um regime excepcional e temporário de reequilíbrio financeiro de contratos de execução duradoura, no âmbito da pandemia da doença Covid-19"*.
5. Antes de se analisar o conteúdo do Decreto-Lei, importa começar por notar que a declaração do estado de emergência e a consequente suspensão de alguns direitos fundamentais, tal como previsto no art. 19.º da Constituição, apenas tem acolhimento constitucional para fazer face a determinadas situações excecionais, como seja o caso de uma calamidade pública. Assim, pode ler-se no próprio preâmbulo do Decreto presidencial n.º 20-A/2020, de 17 de abril, que *"os pressupostos da declaração, que se mantiveram na sua renovação, assentavam numa estratégia de combate à disseminação do vírus através do recolhimento geral da população e da prática do distanciamento social"*.

Assim, quer a declaração do estado de emergência, quer os direitos fundamentais que podem vir a ser suspensos, quer as medidas de execução tomadas pelo Governo, ao abrigo do estado de emergência, devem estar funcionalizadas ao objetivo de combate à pandemia, evitando a disseminação do vírus, pois essa, e só essa, é a razão de ser do decretamento do estado de emergência.

Deste modo, tal como o direito ao sigilo da correspondência não poderia ser suspenso ao abrigo de um estado de emergência destinado a fazer face a uma pandemia, também nos parece que a suspensão do direito a ser indemnizado, nos casos previstos na lei ou nos contratos, não ajuda no "combate à disseminação do vírus".

Pode haver aqui, assim, um excesso no âmbito e na amplitude do estado de emergência, que permite suspender direitos cuja suspensão não serve os propósitos desse mesmo estado de emergência, podendo, assim, considerar-se que o próprio Decreto presidencial é, nesta parte, inconstitucional, por permitir medidas desproporcionadas e sem efeitos no combate à situação de calamidade pública.

6. No preâmbulo do Decreto-Lei reconhece-se que *"foram previstas novas restrições em matéria de direitos económicos, prevendo-se, em especial, no âmbito do direito de propriedade e da iniciativa económica privada, a possibilidade de serem temporariamente modificados os termos e condições de contratos de execução duradoura ou dispensada a exigibilidade de determinadas prestações, bem como limitado o direito à reposição do equilíbrio financeiro de concessões em virtude de uma quebra na respetiva utilização decorrente das medidas adotadas no quadro do estado de emergência."*

Segundo o Governo, o presente Decreto-Lei 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"*. Acontece, porém, que da leitura das opções tomadas no Decreto-Lei resulta que o mesmo não tem medidas que evitem que o acionamento dos direitos seja feito em simultâneo ou que seja feito sem qualquer restrição. Pelo contrário, a solução encontrada foi a de pura e simplesmente eliminar a possibilidade de acionamento do exercício desses direitos relativamente a danos ocorridos durante o estado de emergência.

7. Para além disso, verifica-se que, não obstante o Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de abril, que renovou a declaração de estado de emergência, não prever qualquer restrição no âmbito do direito de propriedade e da iniciativa económica privada decorrentes, em geral, do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (aprovada pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro), nem qualquer restrição a pretensões indemnizatórias pelo sacrifício, em particular, o certo é que o presente Decreto-Lei tem uma norma especificamente dedicada à *indemnização pelo sacrifício*.

Note-se que nem o comunicado do Governo, nem o comunicado do Presidente da República anunciavam a inclusão desta norma neste Decreto-Lei, sendo que a mesma não diz especificamente respeito a situações de reequilíbrio financeiro de contratos de execução duradoura, antes tendo um âmbito de aplicação mais vasto.

Segundo o preâmbulo do Decreto-Lei, pode ler-se que *"em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas pela prática de facto lícito, clarifica-se que, estando em causa danos que não preenchem um requisito de especialidade, a indemnização pelo sacrifício não é aplicável aos atos regularmente praticados por aquelas entidades no âmbito do estado de emergência, que se considera para este efeito motivo de força maior"*.

Como se verá na anotação ao art. 8.º, o conteúdo do preâmbulo não é sequer articulável com o disposto no corpo do artigo, podendo duvidar-se se, à luz da alínea s) do art. 165.º da Constituição, o Governo é competente para legislar sobre esta matéria sem prévia autorização parlamentar.

8. Quanto aos contratos de execução duradoura, previstos na alínea a) deste art. 1.º, e não obstante o legislador o não clarificar, entende-se que são contratos de execução duradoura todos aqueles em que, durante um período mais ou menos longo, haja um conjunto de prestações que se prolongam de forma periódica ou reiterada (com trato sucessivo). São, assim, exemplos típicos de contratos de execução duradoura, o contrato de empreitada, o contrato de prestação de serviços duradouro ou de locação, para além dos contratos de concessão de obra pública e de serviço público ou, ainda, os contratos de exploração do domínio público ou de uso privativo do domínio público.

Artigo 2.º

ÂMBITO DE APLICAÇÃO

O presente capítulo aplica-se aos contratos de execução duradoura em que o Estado ou outra entidade pública sejam parte, designadamente aos contratos de parceria público-privada.

1. A presente norma repete o disposto na alínea a) do artigo anterior, acrescentando apenas, de modo exemplificativo, os contratos de parceria público-privada que, como se sabe, não consubstanciam um tipo alternativo de contrato face aos demais contratos de execução duradoura.
2. Nos termos do n.º 4 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, o Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas pode aplicar-se, se estiverem preenchidos os demais requisitos legais, designadamente, aos seguintes tipos de contratos: (i) contrato de concessão ou de subconcessão de obras públicas; (ii) contrato de concessão ou de subconcessão de serviço público; (iii) contrato de fornecimento contínuo; (iv) contrato de prestação de serviços; (v) contrato de gestão; (vi) contrato de colaboração, quando estiver em causa a utilização de um estabelecimento ou uma infraestrutura já existentes, pertencentes a outras entidades que não o parceiro público.
3. Não fica claro o alcance da expressão “entidade pública”, nomeadamente se o presente diploma apenas se aplica a pessoas coletivas públicas ou se também se pode aplicar a sociedades anónimas de capitais públicos, por exemplo.

Artigo 3.º

PRETENSÕES COMPENSATÓRIAS E DE REPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO

1. **Nos termos da alínea b) do artigo 4.º do Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de abril, são suspensas, de dia 3 de abril de 2020 até ao termo da vigência do estado de emergência, as cláusulas contratuais e 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, não podendo os contraentes privados delas valer-se por factos ocorridos durante o referido período.**
2. **Sem prejuízo do disposto no número anterior quanto ao período a que se reporta, nos contratos em que se preveja expressamente o direito do contraente ou parceiro privado a ser compensado por quebras de utilização ou em que a ocorrência de uma pandemia constitua fundamento passível de originar uma pretensão de reposição do equilíbrio financeiro, tal compensação ou reposição só pode ser realizada através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, não dando lugar, independentemente de disposição legal ou estipulação contratual, a revisão de preços ou asunção, por parte do contraente ou parceiro público, de um dever de prestar à contraparte.**
1. A presente norma aplica-se desde o início do dia 3 de abril, até ao final do dia 2 de maio de 2020 e visa suspender as cláusulas contratuais e as disposições normativas que pudessem ser convocadas pelos contraentes privados para sustentar o direito ao reequilíbrio financeiro dos contratos de execução duradoura ou o direito a uma compensação como consequência dos efeitos causados pela pandemia bem como pelas medidas tomadas pelo Governo para combater essa pandemia.
2. A primeira surpresa surge com o facto de esta norma ter uma aplicação retroativa, já que a sua entrada em vigor praticamente coincide com o final do estado de emergência. Quer isto dizer que quando os factos (sejam os efeitos da pandemia, sejam os efeitos das medidas do Governo) causadores de um desequilíbrio nos contratos ocorreram, as cláusulas contratuais e as disposições normativas destinadas a proteger os co-contratantes e o equilíbrio contratual nessas situações estavam em vigor e, como tal, aplicaram-se aos factos.
3. Esta opção do legislador no sentido de suspender cláusulas contratuais e disposições normativas, aqui se incluindo normas legais como as previstas no Código

dos Contratos Públicos ou, no ainda muitas vezes aplicável, Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março, tem sérias dificuldades constitucionais:

- a) Em primeiro lugar, põe em causa o princípio da separação de poderes, na medida em que não cabe ao legislador modificar diretamente os contratos. Ora, aqui, o Governo-legislador suspende diretamente cláusulas contratuais, que fazem parte do equilíbrio de contratos negociados e assinados pelas partes. E fá-lo sem compensar o cocontratante por essa mesma modificação unilateral do contrato que implica, necessariamente, um desequilíbrio do mesmo em manifesto prejuízo para o cocontratante. O princípio de que *pacta sunt servanda* só pode ser posto em causa nos contratos administrativos atendendo à necessidade de prossecução do interesse público, mas sempre mantendo o equilíbrio contratual.

O que esta norma estabelece é uma expropriação contratual, sendo que o direito à indemnização por expropriação, ainda que por utilidade pública, não se encontra suspenso pelo estado de emergência.

- b) Em segundo lugar, está em causa a violação do princípio da proteção da confiança, que se retira do princípio da segurança jurídica e que faz parte do princípio do Estado de Direito. Com efeito, o Estado criou uma confiança nos cocontratantes, titulada pela celebração de contratos. Para além da confiança decorrente do contrato existe ainda uma confiança na manutenção do regime legal, tanto mais que esse regime legal contém normas especiais precisamente para o caso de ocorrência de situações especiais, garantindo o equilíbrio dos contratos ou, pelo menos, uma compensação pela equidade em situações de imprevisão.

Note-se que o princípio da proteção da confiança também não foi suspenso pela declaração do estado de emergência.

- c) Em terceiro lugar, está em causa a violação do princípio da proporcionalidade, na sua vertente da proibição do excesso, na medida em que há uma eliminação total do direito ao reequilíbrio financeiro dos contratos, não se admitindo sequer um reequilíbrio parcial ou a busca de uma solução equitativa. A solução prevista vai, assim, muito para além do que o próprio Governo anunciava no preâmbulo do Decreto-Lei, quando mencionava que tinha criado um regime que evitasse "o acionamento, em simultâneo, do exercício de eventuais direitos (...) sem qualquer restrição".

Note-se que também o princípio da proporcionalidade não se encontra suspenso pela declaração do estado de emergência.

4. A situação prevista no n.º 2 deste artigo aplica-se apenas após o final do estado de emergência, momento a partir do qual deixam de estar suspensas as cláusulas contratuais e as disposições normativas que preveem o direito dos cocontratantes ao reequilíbrio financeiro dos contratos ou a uma compensação por quebras de utilização motivadas pela Pandemia ou pelas medidas do Governo destinadas ao combate à mesma.

Mas ainda assim, o disposto no n.º 2 não é totalmente claro quanto a este aspeto. É que, se no n.º 1 se prevê que são suspensas, quer as cláusulas contratuais, quer as disposições normativas que preveem o direito dos cocontratantes à reposição do equilíbrio dos contratos ou a uma compensação, o certo é que o n.º 2 se refere apenas aos casos em que a reposição do equilíbrio dos contratos ou o direito a uma compensação estejam expressamente previstos nos contratos, nada se dizendo sobre as situações em que esse direito esteja previsto em disposições normativas extracontratuais (designadamente no Código dos Contratos Públicos) e não esteja refletido nos contratos.

Tendo em conta a tendência portuguesa para replicar nos contratos o que diz a lei, talvez sejam residuais estes casos, mas crê-se que a melhor interpretação a dar ao disposto no n.º 2 será a de considerar que quer as cláusulas contratuais, quer as disposições normativas que prevejam o direito dos cocontratantes ao reequilíbrio financeiro dos contratos ou o direito a uma compensação, deixam de estar suspensas após o final do estado de emergência.

O que a norma visa, assim, será "apenas" que nos casos em que, por acordo ou por decisão arbitral / judicial, o contraente público deva reequilibrar o contrato ou compensar o cocontratante (pela equidade, por exemplo), o modo de efetivar esse reequilíbrio / compensação será sempre através da prorrogação do prazo das prestações ou da vigência do contrato e não de outra forma. São assim suspensas (mesmo após o estado de emergência) as cláusulas contratuais e as disposições normativas que prevejam outros modos de proceder ao reequilíbrio do contrato ou proceder a uma compensação do cocontratante.

Apesar de poder estar também aqui em causa uma violação do princípio da separação de poderes, por estar o Governo-legislador a suspender diretamente cláusulas contratuais, crê-se que a eventual violação dos princípios da proteção da confiança e da proporcionalidade estão aqui atenuadas, uma vez que a norma não tem aplicação retroativa e a opção tomada parece ser adequada tendo em conta a situação financeira do Estado pós-pandemia, no sentido de se optar obrigatoriamente por um dos modos genericamente usados para proceder ao reequilíbrio financeiro dos contratos ou para compensar o cocontratante quando tal é devido.

Artigo 4.º

CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO SETOR RODOVIÁRIO

- 1. Sem prejuízo do disposto nos artigos anteriores, as obrigações das concessionárias e subconcessionárias rodoviárias no âmbito dos respetivos contratos devem ser temporariamente objeto de redução ou suspensão, a determinar e a concretizar, com urgência, pelo concedente ou subconcedente, tendo em conta, em particular, níveis de tráfego atualizados e consistentes com a realidade e os serviços mínimos a garantir para a adequada salvaguarda da segurança rodoviária.**
- 2. Sempre que, nos casos previstos no número anterior, a remuneração das concessionárias ou subconcessionárias advenha de pagamentos do concedente ou subconcedente, deve este adicionalmente determinar, de forma unilateral, a redução dos pagamentos devidos, na medida da redução ou suspensão das obrigações das concessionárias ou subconcessionárias.**

1. Esta norma não se encontra limitada pelo período do estado de emergência e, pela natureza das coisas, não poderá ter eficácia retroativa. Com efeito, a norma dirige-se, em primeiro lugar, aos concedentes e subconcedentes de concessões e subconcessões rodoviárias, em que a remuneração da concessionária/subconcessionária é feita através de pagamentos realizados pelo concedente / subconcedente como contrapartida pela disponibilidade da infraestrutura, assegurada pela concessionária / subconcessionária.

Com esta norma (que segue o mesmo regime previsto no Código dos Contratos Públicos) o legislador habilita os concedentes / subconcedentes a determinarem unilateralmente modificações temporárias aos contratos de concessão rodoviária em regime de pagamentos por disponibilidade, no sentido de diminuir ou suspenderem determinadas obrigações contratuais das concessionárias para, em consequência, também diminuir os valores dos pagamentos por disponibilidade.

A ideia subjacente a esta norma é a de que a diminuição do tráfego pode permitir uma diminuição das obrigações das concessionárias, salvaguardando sempre os níveis de serviço mínimos que garantam a segurança rodoviária. Havendo essa "poupança" por parte da concessionária / subconcessionária, seria adequado que houvesse também um ajuste em baixa da remuneração recebida pela concessionária / subconcessionária.

2. A possibilidade de modificação unilateral dos contratos administrativos por parte do contraente público faz parte da essência da chamada "lógica da função", que permite que os contraentes públicos não fiquem "amarrados" aos contratos, quando estes já não salvaguardam o interesse público. Naturalmente, que se essa modificação unilateral dos contratos implicar um desequilíbrio do contrato, será necessário proceder ao reequilíbrio desse mesmo contrato, tendo em conta a natureza sinalagmática de ambas as prestações contratuais.
3. A questão que se colocará, no que respeita à operacionalização deste artigo, decorre apenas da identificação das obrigações que possam ser temporariamente diminuídas ou suspensas, sem colocar em causa a segurança rodoviária, bem como do modo de calcular o valor da poupança que essa diminuição / suspensão vai provocar na concessionária / subconcessionária, tudo isto sem fazer com que a concessionária entre em incumprimento dos demais contratos que celebrou, como sejam os contratos de financiamento.
4. No caso de não haver acordo entre as partes, sobretudo porque há muitos custos fixos que não diminuem com a diminuição ou suspensão de certas obrigações contratuais, e havendo uma determinação unilateral por parte do concedente / subconcedente quanto às obrigações a diminuir / suspender e quanto ao valor da diminuição da remuneração por disponibilidade, caberá à concessionária / subconcessionária impugnar essa decisão administrativa junto dos tribunais arbitrais (no caso de o contrato prever recurso à arbitragem) ou junto dos tribunais administrativos.
5. Admite-se que esta norma venha a ter uma utilização muito marginal ou mesmo nula, tendo em conta que, normalmente, os contratos de concessão / subconcessão não têm muitas obrigações que possam ser facilmente diminuídas ou suspensas em caso de diminuição de tráfego, sem com isso colocar em causa a segurança rodoviária ou os níveis mínimos de serviço exigíveis.

Artigo 5.º

MODIFICAÇÃO UNILATERAL

O disposto no artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, na sua redação atual, não é aplicável a qualquer ato, medida, decisão ou outro tipo de atuação imputável ao parceiro público, incluindo de natureza regulamentar, adotado no contexto da pandemia da doença COVID-19, no âmbito de contratos de parceria público-privada ou com efeitos aplicáveis a esses contratos, dispensando-se o cumprimento de qualquer procedimento ou formalidade prescrita por esse preceito.

1. Embora incluído no capítulo II, relativo a contratos de execução duradoura, o artigo em apreço aplica-se apenas a parcerias público-privadas.
2. Destaque-se que o disposto no artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, não é aplicável a todas as parcerias público-privadas. Com efeito, o regime decorrente do artigo 20.º não é também aplicável, em qualquer caso, às parcerias que se encontram excluídas do âmbito de aplicação do referido diploma, previstas no artigo 2.º, números 5 e 7.
3. O presente preceito comporta uma regra excecional face ao disposto no artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio que, na sua redação atual, dispõe o seguinte:

Artigo 20.º

Acréscimo e redução de encargos

1. *Quando o parceiro público pretenda, nos termos fixados no contrato ou na lei, e sem prejuízo da observância do regime jurídico relativo à realização de despesas públicas, proferir uma determinação unilateral suscetível de fundamentar um pedido de reposição do equilíbrio financeiro do respetivo contrato de parceria, deve, previamente, estimar os efeitos financeiros decorrentes dessa determinação e verificar a correspondente comportabilidade orçamental.*
2. *Sem prejuízo da observância do regime jurídico relativo à realização de despesas públicas, carece de despacho prévio de concordância dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do projeto em causa, a emitir no prazo de 20 dias, a contar da data da receção do parecer da Unidade Técnica, qualquer decisão do parceiro público, no âmbito da execução do respetivo contrato e das condições aí fixadas, suscetível de gerar:*

- a) *Um acréscimo dos encargos previstos para o setor público, exceto se o respetivo valor não exceder, em termos anuais, 1 milhão de euros brutos ou em termos acumulados 10 milhões de euros brutos, em valores atualizados;*
 - b) *Uma redução de encargos para o parceiro privado.*
3. *Para efeitos do disposto no número anterior, o pedido do serviço ou entidade que representa o parceiro público na execução do contrato em causa deve ser apresentado na Unidade Técnica, acompanhado da respetiva fundamentação, do orçamento apresentado pelo parceiro privado e das condições de execução e de pagamento.*
 4. *No caso de os membros do Governo a que se refere o n.º 2 não aceitarem o orçamento apresentado ou as respetivas condições de execução e de pagamento, bem como as eventuais alterações que, entretanto, ocorram em função de um processo negocial, o parceiro público, obtido despacho de concordância daqueles membros do Governo, a emitir no prazo de 30 dias a contar da data da receção do parecer da Unidade Técnica a que se refere o número seguinte, pode, unilateralmente e nos termos fixados no contrato ou na lei, tomar a decisão que acautele em melhores condições o interesse público.*
 5. *Para efeitos do disposto no número anterior, deve ser emitido um novo parecer pela Unidade Técnica.*
 6. *A Unidade Técnica deve emitir os pareceres a que se referem os números anteriores no prazo de 15 dias a contar da receção de todos os elementos exigidos."*
4. Nos termos do artigo em apreço, a adoção de "qualquer ato, medida, decisão ou outro tipo de atuação imputável ao parceiro público, incluindo de natureza regulamentar" suscetível de fundamentar um pedido de reposição do equilíbrio financeiro do contrato pelo parceiro privado, no contexto da pandemia da doença COVID-19, não se encontra sujeita à adoção do procedimento prévio previsto no artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio.

Em particular, neste âmbito, encontra-se dispensada a adoção das seguintes formalidades decorrentes do mencionado artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio:

- a) *Prévia estimativa dos efeitos financeiros decorrentes da determinação unilateral e verificação da correspondente comportabilidade orçamental;*

- b) Despacho prévio de concordância dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e do projeto em causa;
 - c) Prévio parecer da Unidade Técnica.
5. Destarte, crê-se que, por um lado, o legislador pretendeu sanar eventuais ilegalidades decorrentes do facto de, na adoção da legislação que consagra medidas excecionais no âmbito da pandemia de COVID-19, não ter sido adotado o devido procedimento prévio, no que diz respeito aos contratos de parcerias público-privadas, previsto no referido artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio.
6. Por outro lado, crê-se que o legislador pretendeu permitir a adoção de qualquer futura atuação unilateral do parceiro público, no contexto da pandemia de COVID-19, e que pudesse suscitar um pedido de reposição do equilíbrio financeiro pelo parceiro público, dispensando-o da adoção do procedimento prévio previsto no artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio. Precisamente neste sentido se pronunciou o legislador no preâmbulo do diploma em apreço, referindo que se dispensa *"a aplicação de qualquer procedimento ou formalidade que não se coadune com a necessidade e urgência da adoção de determinações de carácter unilateral no atual contexto"*.
7. No que diz respeito ao contexto em que o parceiro público atuou ou atua, consideramos que a expressão *"no contexto da pandemia da doença COVID-19"* deverá interpretar-se no sentido de incluir apenas as atuações adotadas durante o período da pandemia, e que digam diretamente respeito (i.e, com fundamento) à pandemia, excluindo qualquer atuação adotada durante este período temporal que não tenha como fundamento direto a pandemia. Período temporal este confirmado pelo legislador no artigo 9.º, n.º 2, nos termos do qual o artigo em apreço produz efeitos à data de produção de efeitos do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março.

Artigo 6.º

NATUREZA EXCECIONAL E APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA

Nos contratos que configurem parcerias público-privadas, as normas contidas no presente capítulo são excecionais face ao Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, na sua redação atual, aplicando-se o mesmo subsidiariamente em tudo o que não contrarie o disposto no presente decreto-lei.

1. Na sequência do artigo anterior, também o presente artigo se aplica apenas a parcerias público-privadas, excluindo do seu âmbito de aplicação os restantes contratos de execução duradoura.
2. O conteúdo deste preceito afigura-se apenas explicativo, porquanto se limita a estabelecer o que já decorreria de uma interpretação sistemática da matéria. Repare-se que, não obstante o disposto no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, nos termos do qual o regime previsto no referido diploma prevalece sobre quaisquer normas gerais ou especiais, estamos, no presente caso, perante uma legislação excecional, pelo que prevalece sobre qualquer legislação geral ou especial.
3. Com efeito, na parte inicial, a norma em análise constata que as disposições legais que versem sobre contratos de parceria público-privada, contidas no "Capítulo II – Contratos de execução duradoura", têm natureza excecional relativamente às normas que decorrem do Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, na sua redação atual. Excecionalidade esta que decorre não apenas do disposto na epígrafe do artigo, mas, em particular, da situação excecional que se verifica a nível nacional, e internacional, decorrente da pandemia da doença COVID-19, que motivou o legislador português a publicar um conjunto de diplomas que consagram medidas excecionais, entre os quais o diploma em apreciação.
4. Na parte final da norma afirma-se, também, algo que já resultaria à evidência, isto é, no que concerne a contratos de parcerias público-privadas, fora do regime excecional aprovado pelo Decreto-Lei ora em análise e na medida em que não o contrarie, aplica-se o Regime Jurídico das Parcerias Público-Privadas, enquanto regime geral.

Artigo 7.º

IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES ARBITRAIS

Aos litígios que venham a emergir da aplicação do disposto no presente decreto-lei é aplicável o n.º 3 do artigo 185.º-A do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

1. O artigo 185.º-A foi aditado pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro com a seguinte redacção

Artigo 185.º-A

Impugnação das decisões arbitrais

As decisões proferidas pelo tribunal arbitral podem ser impugnadas nos termos e com os fundamentos estabelecidos na Lei de Arbitragem Voluntária.

2. Posteriormente, foi dada nova redacção àquele preceito por intermédio da Lei n.º 118/2019, de 17 de setembro, que é a redacção atualmente em vigor.

Artigo 185.º-A

Impugnação e recurso das decisões arbitrais

1. *As decisões proferidas pelo tribunal arbitral podem ser impugnadas nos termos e com os fundamentos estabelecidos na Lei de Arbitragem Voluntária.*
2. *A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é suscetível de recurso para o Tribunal Constitucional na parte em que recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou que aplique norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada.*
3. *A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é ainda suscetível de recurso, com efeito meramente devolutivo, para o Supremo Tribunal Administrativo:*
 - a) *Quando esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo;*

b) *Quando esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito, nos termos do artigo 150.º.*

3. A remissão expressa para o artigo 185.º-A do CPTA tem em vista, claramente, permitir que das decisões decorrentes dos litígios que resultem da aplicação do diploma em análise, designadamente, das decisões arbitrais que venham a ser tomadas, seja possível interpor recurso para o Tribunal Constitucional (em questões decorrentes da eventual desaplicação de normas julgadas inconstitucionais) ou para o Supremo Tribunal Administrativo, quanto ao fundo da questão.
4. Mais uma vez fica bem claro que esta alteração legislativa com aplicação retrospectiva não tem qualquer relação com o objetivo de combate à pandemia, apenas se aproveitando a oportunidade para sujeitar a recurso para os tribunais administrativos litígios que as partes, quando celebraram os contratos, não pretenderam sujeitar a recurso. Pode estar aqui em causa, mais uma vez, uma violação do princípio da proteção da confiança e do princípio da proporcionalidade.
5. Face ao estabelecido nas alíneas p) e s) do artigo 165.º da Constituição, poderá ainda estar em causa uma inconstitucionalidade orgânica do presente diploma, quanto a esta norma, porquanto o Governo legislou sem prévia autorização legislativa da Assembleia da República.

Artigo 8.º

INDEMNIZAÇÃO PELO SACRIFÍCIO

Não dão lugar a indemnização pelo sacrifício os danos resultantes de atos regularmente praticados pelo Estado ou outra entidade pública, 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, que constitui para o efeito causa de força maior.

1. Está em causa o afastamento do artigo 16.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas, que dispõe o seguinte:

Artigo 16.º

Indemnização pelo sacrifício

O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado.

2. No preâmbulo do presente Decreto-Lei, apresentava-se a seguinte explicação para o disposto no art. 8.º: *"em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas pela prática de facto lícito, clarifica-se que, estando em causa danos que não preenchem um requisito de especialidade, a indemnização pelo sacrifício não é aplicável aos atos regularmente praticados por aquelas entidades no âmbito do estado de emergência, que se considera para este efeito motivo de força maior"*.
3. Há, evidentemente, uma divergência entre a letra da lei e a explicação avançada pelo próprio legislador. Com efeito, na explicação dada no preâmbulo, o legislador diz que se tem em vista clarificar (por via legislativa) que os danos sofridos por cidadãos e empresas, no seguimento das medidas do Governo destinadas a combater a pandemia não são danos especiais e, como tal, não preenchem a previsão do art. 16.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas.

A ser assim haveria aqui uma clara violação do princípio da separação de poderes, neste caso, uma intromissão no poder judicial já que quem tem de decidir, caso a caso, se uma dada previsão legal se encontra preenchida ou não são os tribunais e não o legislador.

4. Da leitura do art. 8.º resulta, diferentemente, uma suspensão do regime previsto no art. 16.º do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas para os danos resultantes de atos praticados pelo Estado ou outra entidade pública, no contexto do combate à Pandemia e mesmo fora do estado de emergência. Também aqui temos uma violação do princípio da proteção da confiança e da proporcionalidade, seja por se estar a suspender de modo retroativo um regime jurídico protetor dos cidadãos e das empresas, seja por se eliminar na totalidade qualquer proteção.
5. Note-se que a indemnização pelo sacrifício decorre do princípio da justa repartição dos encargos públicos, decorrente do princípio do Estado de Direito, previsto no artigo 2.º da Constituição, bem como do princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, decorrente dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, previstos respetivamente nos artigos 13.º e 18.º da Constituição. Ao afastar a possibilidade de os privados serem indemnizados pelos danos ou encargos especiais e anormais, impostos ou causados, por razões de interesse público, impede a socialização, a repartição dos danos ou encargos por todos os cidadãos, violando, desta forma, os princípios da justa repartição dos encargos públicos e da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos.
6. Em qualquer caso, ao legislar sobre matéria que se pode considerar prevista na alínea s) do artigo 165.º da Constituição, estar-se-á aqui perante nova inconstitucionalidade orgânica por não poder o Governo legislar neste domínio sem prévia autorização parlamentar.
7. Finalmente, não deixa de causar estranheza que o Estado invoque a existência de motivo de força maior para afastar o regime da indemnização pelo sacrifício e esqueça esse mesmo motivo de força maior quando o mesmo é gerador do direito ao reequilíbrio financeiro dos contratos de execução duradoura.

Artigo 9.º

PRODUÇÃO DE EFEITOS

1. O disposto no presente decreto-lei cessa a sua vigência no momento em que a Organização Mundial de Saúde determine que a situação epidemiológica do vírus SARS-Cov-2 e da doença COVID-19 não configuram uma pandemia, sem prejuízo dos efeitos nele previstos que, pela sua natureza, devam ser produzidos ou venham a ser efetivados após essa cessação.

2. O disposto no artigo 5.º do presente decreto-lei produz efeitos à data de produção de efeitos do Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março.

1. Apesar do presente Decreto-Lei ter sido aprovado no contexto do estado de emergência, visa, contraditoriamente, prolongar os seus efeitos para lá do termo do estado de emergência, que, aliás, terminou dois dias depois da publicação do presente decreto-Lei.

2. Importa, assim, verificar se as normas do presente Decreto-Lei poderiam ter sido aprovadas fora do contexto do estado de emergência, pois, caso contrário, serão supervenientemente inconstitucionais após o termo do estado de emergência.

3. O disposto no n.º 1 do art. 3.º apenas vigora durante o estado de emergência, pelo que as cláusulas contratuais e as disposições legais aí mencionadas voltaram a aplicar-se depois do fim do estado de emergência. Já o disposto no n.º 2 do art. 3.º visa aplicar-se apenas após o final do estado de emergência, mas a sua aprovação não parece estar dependente da existência de um estado de emergência, o mesmo sucedendo com os artigos 4.º a 7.º.

4. Mais relevante é o regime previsto no art. 8.º que elimina o direito à indemnização pelo sacrifício previsto na lei, fazendo-o, aliás, de modo retroativo (ou, pelo menos, retrospectivo) face a danos já ocorridos antes da entrada em vigor do diploma e fazendo-o igualmente para danos futuros a ocorrer já fora da situação de estado de emergência.

5. No caso do n.º 2 do presente artigo, estamos perante mais uma norma com eficácia retroativa, desta feita retroagindo ao início da vigência do primeiro diploma (Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março) que estabeleceu medidas excecionais e temporárias relativas a procedimentos administrativos, em especial de contratação pública, cujo artigo 37.º prevê que produz efeitos no dia da sua aprovação – 12 de março de 2020.

Artigo 10.º

ENTRADA EM VIGOR

O presente decreto-lei entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

Não obstante a entrada em vigor no dia seguinte ao da publicação do decreto-lei, o certo é que, como se viu, o mesmo produz efeitos retroativos, aplicando-se a factos passados.

Sobre a PLMJ

Somos uma sociedade de advogados com sede em Portugal que combina a oferta de um escritório *full-service* com a maestria e competência de uma reboaria jurídica.

Possuímos um genuíno entusiasmo na resolução de impossibilidades que nos leva a lugares “menos comuns”, que transformam velhas certezas em novas disrupções. Há mais de 50 anos que nos pautamos por abordagens arrojadas e transformadoras que se traduzem em soluções concretas que tanto respeitam as exigências da lei como promovem uma defesa eficaz dos interesses dos nossos clientes.

Apostamos na especialização. Reunimos a experiência profissional e académica necessárias para continuarmos a ser parceiros essenciais na vida e negócios dos nossos clientes e parceiros.

Conhecermos os clientes, partilharmos os seus riscos e apoiarmos as suas decisões através da emissão de opiniões e da proposta de soluções estratégicas que lhes acrescentam valor, foi e será sempre o nosso maior compromisso.

Sobre a BPLD&A

A Borges da Ponte, Linhares Dias & Associados é uma Sociedade de Advogados sediada nos Açores, que se caracteriza por um projeto cujo objetivo prioritário é a resposta cabal e eficaz às solicitações dos seus clientes, tendo como premissa o exercício da advocacia em exclusividade, pautado pela competência, rigor e honestidade.

Com uma estrutura coesa e estabilizada, em que o saber e a formação dos advogados que a integram são uma prioridade, a BPLD conta com uma equipa capaz de atuar nas mais diversas áreas do Direito, potenciando o sucesso dos resultados por um modelo de complementaridade e um diálogo constante entre as áreas de atuação dos seus profissionais.

Com sede no centro da maior cidade do arquipélago dos Açores, Ponta Delgada, a BPLD desenvolve a sua atividade em toda a Região Autónoma, contando também com um escritório na cidade de Angra do Heroísmo, na Ilha Terceira. Fora do arquipélago, a Sociedade mantém, ainda, contactos privilegiados junto das comunidades emigrantes da América do Norte e, com especial destaque, integra a rede de parcerias nacionais e internacionais da PLMJ, o que, num contexto de crescente globalização, assegura uma ampla capacidade de resposta aos seus clientes.

“In-depth knowledge of the applicable legislation and full understanding of the procedures.”

CLIENT REFERENCE FROM
CHAMBERS AND PARTNERS

KEY CONTACT



Diogo Duarte Campos

Sócio PLMJ

(+351) 226 074 700
diogo.duarte campos@plmj.pt



Paulo Linhares Dias

Sócio BPLD&A

(+351) 296 282 513
pld@bpldadvogados.com

P

L

M

J

Transformative Legal Experts

Em parceria com:



www.plmj.com