e-publica
public law journal

A distribuição de riscos nas concessões

Marco Caldeira

Vol. 12 No. 1
Jun 2025
e-publica.pt

ISSN 2183-184x

Com o apoio de:

Fundação para a Ciência e a Tecnologia

https://doi.org/10.47345/v12n1art6
CC-BY 4.0

A DISTRIBUIÇÃO DE RISCOS NAS CONCESSÕES

RISK DISTRIBUTION IN CONCESSIONS

MARCO CALDEIRA[i]
Lisbon Public Law Research Centre – Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Portugal
ORCID 0000-0002-5407-0480

Resumo: Se o risco é inerente a todos os contratos administrativos, no caso dos contratos de concessão (seja de obras, seja de serviços públicos), a existência de um risco significativo na esfera do co-contratante privado é mesmo um elemento definidor da relação contratual. No entanto, tal risco também não pode ser excessivo, sendo necessário determinar qual das partes na concessão está mais habilitada a lidar com cada risco em concreto. O presente texto procede assim a uma análise panorâmica das principais ideias que têm sido aventadas a propósito da distribuição contratual dos riscos.

Palavras-chave: contratos de concessão; parcerias público-privadas; transferência de risco; caso base; reposição do equilíbrio financeiro do contrato

Abstract: If risk is inherent to all administrative contracts, that is even more true in the case of (public works or services) concession agreements, in which the transfer of a significant risk to the private contracting party is actually a defining feature of the contractual relationship. However, the risk attributed to the concessionaire cannot be excessive, as each risk must be borne by the party who is better placed to deal with it. This article aims therefore to provide a general overview on the main topics regarding the contractual allocation of risks.

Keywords: concession agreements; public-private partnerships; risk transfer; Business Plan/Base Case; financial rebalancing of the contract

Submission: 16/01/2025
Accepted by peer reviewer: 28/01/2025

I. Introdução

1. O elemento "risco" (qualquer que seja a sua definição[1]) está presente em qualquer contrato: em todas as relações contratuais há incontornavelmente uma álea, e os contratos administrativos não são uma excepção. Pelo contrário, num dos principais tipos contratuais administrativos – as concessões (seja de obras públicas, seja de serviços) –, o risco (*rectius*: a sua transferência para o co-contratante privado) é mesmo um aspecto determinante da sua própria configuração.

Nesta linha, justifica-se procurar compreender quais os riscos mais importantes que habitualmente se colocam na execução dos contratos de concessão e a qual das partes (e porquê) deve cada categoria de risco ser alocada. É essa a aproximação que, de forma muito exploratória, se ensaia nas linhas subsequentes. Ressalva-se, não obstante, que esta matéria é extremamente complexa e apresenta múltiplas ramificações – o que, aliado à sua óbvia relevância económica, justifica que seja tenha sido objecto, ao longo do tempo, de variadíssimas análises, sem que o tema se encontre esgotado (muito longe disso: ainda hoje continua a suscitar o natural interesse da doutrina e da comunidade administrativista, em geral[2]). Assim, o presente texto não tem a mínima pretensão de exaustividade – que, de resto, seria impossível, num tema que é inabarcável na sua totalidade –, limitando-se, bem mais modestamente, a procurar oferecer algumas ideias muito tópicas nesta matéria.

II. (A transferência d)O risco (para o concessionário) como elemento caracterizador da concessão

2. Antes de mais, começa-se por se sublinhar que, como acabado de referir, a existência de risco na esfera do concessionário é um elemento absolutamente estruturante na definição do contrato de concessão: com efeito, o regime aplicável – tanto o europeu como o nacional – prevê taxativamente que, num contrato de concessão, *(i)* deve haver risco e *(ii)* o mesmo deve estar significativamente do lado do co-contratante privado. Um contrato de concessão sem risco (ou com uma insuficiente alocação de risco para o concessionário) não seria verdadeiramente um contrato de concessão (cf. Torgal, 2023: 747), ou seria um contrato de concessão inválido (cf. Melo, 2011).

II.1. O Direito europeu

2.1. Quanto ao Direito europeu, importa atentar na denominada "Directiva Concessões" – a Directiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão –, que é inequívoca nessa matéria.

---

[1] A definição de "risco", com efeito, não é unívoca ou isenta de controvérsia: desde logo, há várias formas de o perspectivar (económica, jurídica, etc.); além disso, mesmo em cada plano de análise (por exemplo, o jurídico), as definições variam.

Cf., no plano jurídico, o tratamento desenvolvido *ex professo* por Melo (2011: 70 ss); numa óptica mais económico-financeira, *vide*, por exemplo, Cruz, Miranda Sarmento (2019: 201 ss).

[2] Para uma ilustração recente e elucidativa, veja-se Bernard et al (2024).

2.1.1. Desde logo, no respectivo Considerando (18), afirma-se taxativamente que "a principal característica de uma concessão, ou seja, o direito de explorar obras ou serviços, implica sempre a transferência para o concessionário de um risco de exploração de caráter económico associado à possibilidade de não recuperar todos os investimentos efetuados nem as despesas suportadas com a exploração das obras ou dos serviços adjudicados em condições de exploração normais, mesmo se uma parte do risco fica a cargo da autoridade adjudicante ou entidade adjudicante". Portanto: a exploração de uma obra pública ou o desempenho de uma missão de serviço público tem sempre como contrapartida a assunção de um risco, que, no limite, se traduz na possibilidade de o concessionário suportar prejuízos no contexto da execução do contrato. Essa assunção de risco pela parte privada não tem de ser total – admite-se que uma parte desse risco fique "a cargo da autoridade adjudicante ou entidade adjudicante" –, mas tem necessariamente de existir. E isso porque, explica-se logo de seguida, não faria sentido uma entidade pública (o concedente) permitir a um privado explorar uma obra ou prestar um serviço públicos com *risco zero*, ou seja, com lucro garantido ou, pelo menos, com garantia de inexistência de prejuízos: com efeito, "[a] aplicação de regras específicas que rejam a adjudicação de concessões não se justificaria se a autoridade ou entidade adjudicante isentasse o operador económico de quaisquer perdas potenciais, garantindo uma receita mínima igual ou superior aos investimentos efetuados e às despesas que este tem de suportar no âmbito da execução do contrato" [cf. mesmo Considerando (18)]. É isto que permite que se afirme que, por norma, "as concessões são contratos complexos, a longo prazo, nos quais o concessionário assume responsabilidades e riscos tradicionalmente assumidos pelas autoridades adjudicantes e pelas entidades adjudicantes e que normalmente seriam da responsabilidade destas" [cf. Considerando (68)]. Pelo contrário, se não existir risco, o contrato em causa não deve ser qualificado como uma concessão, nem receber o mesmo tratamento jurídico: assim, "[q]uando a regulamentação setorial específica eliminar o risco, prevendo a garantia de o concessionário recuperar os investimentos e custos envolvidos no contrato, esse contrato não deverá ser considerado uma concessão na aceção da presente diretiva" [cf. Considerando (19)].

2.1.2. De ressalvar, em qualquer caso, que, para a qualificação de um contrato como concessão, não interessa atender a "[r]iscos como os associados a má gestão, a incumprimentos contratuais por parte do operador económico ou a casos de força maior", uma vez que "esses riscos são inerentes a todos os contratos, sejam eles contratos públicos ou concessões" [cf. Considerando (20)].

O que está em causa, para este efeito, é sempre e apenas o *risco de exploração*, que "deverá decorrer de fatores independentes do controlo das partes" e "ser entendido como um risco de exposição às incertezas do mercado que pode ser quer um risco ligado à procura, quer um risco ligado à oferta, ou ambos"[3], entendidos nos seguintes termos:

[3] Cf. Considerando (20) e artigo 5.º, 1), último parágrafo, da "Directiva Concessões".

Nos termos do mesmo Considerando, para efeitos da avaliação do risco de exploração, pode ser tido em conta, de forma coerente e uniforme, o valor líquido actual de todo o investimento, custos e receitas do concessionário.

(i) Risco de procura: corresponde ao risco associado à procura efectiva de obras ou serviços que são objecto do contrato;

(ii) Risco de oferta: corresponde ao risco associado ao fornecimento de obras ou à prestação de serviços que são objecto do contrato (em particular, o risco de a prestação de serviços não corresponder à procura).

2.1.3. Assim sendo, quando é que se considera que a concessão envolve risco ou, dito de outro modo, que o risco de exploração está adequadamente (significativamente) atribuído ao concessionário?

Como acima se referiu, a transferência de risco para o concessionário não tem de ser total: algum risco pode permanecer alocado ao concedente.

Além disso, o risco suportado pelo concessionário não tem forçosamente de ser integral ou ilimitado: como resulta do Considerando (19), o facto de o risco ser limitado desde o início não deverá impedir que o contrato seja classificado como concessão: é o que pode acontecer, designadamente, "em setores com tarifas regulamentadas ou quando o risco de exploração é limitado através de disposições contratuais que preveem uma indemnização parcial, incluindo a indemnização em caso de cessação antecipada da concessão por motivos atribuíveis à autoridade adjudicante ou entidade adjudicante ou por motivos de força maior".

Noutro plano, a existência de um risco não deve ser aferida à luz da entidade que remunera o concessionário (se o concedente, se os utentes da obra ou serviço públicos), mas sim dos parâmetros de que dependem a existência e montante dessa (eventual) remuneração: neste sentido, "determinados mecanismos em que os pagamentos são remunerados exclusivamente por uma autoridade ou entidade adjudicante deverão ser considerados concessões", para efeitos da Directiva, "quando a recuperação dos investimentos e dos custos suportados pelo operador na execução da obra ou na prestação do serviço dependerem da procura real ou do fornecimento do serviço ou do bem" [cf. Considerando (18)].

Assim, considera-se que o concessionário assume o risco de exploração "quando, em condições normais de exploração, não há garantia de que recupere os investimentos efetuados ou as despesas suportadas no âmbito da exploração das obras ou dos serviços que são objeto da concessão" [artigo 5.º, 1), último parágrafo, da "Directiva Concessões"]: a álea contratual pressupõe ou implica, portanto, a ausência de garantia quanto à recuperação dos investimentos ou ressarcimento das despesas, ou, dito de outro modo, a possibilidade de assunção de prejuízos pelo concessionário – prejuízos, esses, que podem ser significativos. A transferência do risco para o concessionário "envolve uma exposição real à imprevisibilidade do mercado", o que, entre outros aspectos, "implica que quaisquer perdas potenciais incorridas pelo concessionário não sejam meramente nominais ou insignificantes", podendo, pelo contrário, ser avultados.

Noutro plano, embora, à partida, o modelo concessório pressuponha que o contrato tem um prazo de vigência suficientemente longo para permitir a amortização do investimento efectuado, a Directiva não impede uma adjudicação "por um período mais curto do que o considerado necessário para recuperar os investimentos", mediante o pagamento de uma compensação ao concessionário; no entanto, mesmo neste caso, o risco tem de continuar a existir, não podendo a compensação eliminar o risco de exploração [cf. Considerando (52)].

II.2. O Direito Português

2.2. Quanto ao regime nacional, sem surpresas – tendo presente a imperatividade do regime europeu e a necessidade de os diferentes Estados-membros assegurarem a sua efectividade no respectivo território –, o mesmo replica, no essencial, o que decorre da "Directiva Concessões".

2.2.1. Assim, o artigo 413.º do Código dos Contratos Públicos ("CCP")[4], sob a epígrafe "Partilha de riscos", prevê precisamente que "[o] contrato deve implicar uma significativa e efetiva transferência para o concessionário do risco de exploração dessas obras ou serviços, que se traduz no risco ligado à procura ou à oferta, ou a ambos" (n.º 1)[5], considerando-se que o concessionário assume o risco de exploração quando: *(i)* em condições normais de exploração, não há garantia de que recupere os investimentos efectuados ou as despesas suportadas no âmbito da exploração das obras ou dos serviços que são objecto da concessão [n.º 2, alínea *a)*], ou *(ii)* a parte do risco transferido para o concessionário envolve uma exposição real à imprevisibilidade do mercado, o que implica que quaisquer perdas potenciais por ele incorridas não sejam meramente nominais ou insignificantes [n.º 2, alínea *b)*].

Atenta a similitude linguística dos enunciados (nacional e europeu), dir-se-ia que o legislador português praticamente *transcreveu* as Directivas e que, nesse sentido, não se suscitariam problemas de harmonização entre as duas definições (portuguesa e europeia) de concessão e de risco de exploração.

Todavia, não é inteiramente assim, o que já tem levado a doutrina a identificar aspectos de discrepância e a propor uma leitura do CCP que seja compatível com a "Directiva Concessões".

Por um lado, quanto à exposição à imprevisibilidade do mercado, o legislador terá desconsiderado a diferença semântica entre a "incerteza" e a "imprevisibilidade", o que, pelo menos em tese, poderá conduzir ao resultado indesejável de se procurar (indevidamente) transferir para a esfera do concessionário a responsabilidade por eventos imprevisíveis, ao arrepio do que resulta do Direito europeu [com o qual o Direito nacional deve ser compatível, impondo-se aqui uma interpretação conforme, "corrigindo" a

[4] Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, e entretanto já objecto de diversas alterações.

[5] Também em legislação avulsa esta formulação surge replicada: veja-se, assim, o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto, e em cujo artigo 35.º, n.º 1 se estabelece que "[a] concessão deve implicar uma significativa e efectiva transferência do risco para o concessionário".

Aliás, a própria decisão de atribuir a concessão de um serviço municipal deve ser precedida de um "estudo que demonstre a viabilidade financeira da concessão e a racionalidade económica e financeira acrescida decorrente do desenvolvimento da actividade através deste modelo de gestão", o que deve ser feito, designadamente, em função "de expectáveis ganhos de eficiência" e – note-se – "de transferência para o concessionário de riscos passíveis de por este serem melhor geridos" (artigo 36.º, n.º 1).

alínea *b)* do n.º 2 do artigo 413.º do CCP em linha com a "Directiva Concessões"[6]].

Por outro lado, o artigo 413.º do CCP estabelece as suas alíneas como meramente alternativas ("*ou*"), quando, à luz do Direito Europeu, para que se esteja perante uma concessão, com verdadeiro risco de concessão, é preciso que *cumulativamente* se preencham o requisito *positivo* (de exposição real à incerteza do mercado) e *negativo* (ausência de cláusulas contratuais de garantia ou *break even*) (cf. Torgal, 2023: 747).

Seja como for, esta congénita matriz de risco – que impõe que o concessionário esteja sujeito às potenciais vicissitudes do projecto, sem garantia de retorno do investimento – tem ainda como consequência que nem a duração do contrato, nem a remuneração do concessionário, podem ser *ab initio* delineadas para exceder o necessário para que o investimento seja amortizado.

Assim, quanto à remuneração, dispõe o artigo 416.º do CCP, sob a epígrafe "Viabilidade económico-financeira do projeto", que "[o] contrato só pode atribuir ao concessionário o direito a prestações económico-financeiras desde que as mesmas não violem as regras comunitárias e nacionais da concorrência, sejam essenciais à viabilidade económico-financeira da concessão e não eliminem a efectiva e significativa transferência do risco da concessão para o concessionário". Mais: se, por factores que não se devam à gestão eficiente do concessionário e das oportunidades por si criadas, a concessão gerar um "acréscimo anormal e imprevisível" de proveitos do que aqueles que inicialmente seria razoável esperar, tem o concedente o direito de, nos termos da lei e do contrato, exigir a partilha equitativa do acréscimo de benefícios financeiros [cf. artigo 341.º, n.º 1 do CCP, aplicável por remissão do artigo 420.º, alínea *d)*][7].

Quanto à duração do contrato, por seu turno, exige o legislador que a mesma seja fixada "em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rendibilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário" (cf. artigo 410.º, n.º 1 do CCP).

2.2.2. Pode, no entanto, suceder que o contrato de concessão seja celebrado no contexto de uma parceria público-privada ("PPP").

Nesse caso, dispõe a lei que o caderno de encargos do correspondente procedimento pré-contratual deve "submeter à concorrência os aspectos da sua execução relativos aos encargos para a entidade adjudicante e aos riscos a ela directa ou indirectamente afectos decorrentes da configuração do modelo contratual" (cf. artigo 45.º do CCP). O que, sabendo-se que o critério de adjudicação deve incluir todos (e apenas) os aspectos da execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos (cf. artigo 42.º, n.º 11 do CCP), significa que o risco contratual é um ponto-chave a ter

[6] A crítica à redacção legal e a proposta de "interpretação conforme" pertencem a Melo (2019: 984-990).

[7] Na falta de estipulação contratual, a partilha equitativa dos benefícios financeiros deve ser efectuada através da revisão de preços ou da assunção, por parte do concessionário, do dever de prestar ao concedente o valor correspondente ao acréscimo das receitas ou ao decréscimo dos encargos previstos com a execução do contrato (cf. o artigo 341.º, n.º 2 do CCP).

Sobre a partilha de benefícios, cf. Fragoso (2023:85-122).

em conta na adjudicação da *proposta economicamente mais vantajosa* (cf. artigo 74.º, n.º 1 do CCP). E, também por esse motivo, qualquer modificação contratual que tenha impacto no risco assumido pelo concessionário suscita obviamente delicadas questões quanto à sua compatibilidade com os limites legais estabelecidos quanto à modificação objectiva do contrato (cf. artigo 313.º, n.º 2 do CCP).

Acresce que o regime legal das PPP (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de Maio) também regula, e com assinalável detalhe, a questão do risco.

Fá-lo, em especial, no artigo 7.º, que, sob a epígrafe "Partilha de riscos", exige (no seu n.º 1) que a partilha de riscos entre os parceiros públicos e privados *(i)* esteja claramente identificada no contrato[8] e *(ii)* obedeça às seguintes regras:

a) Os diferentes riscos inerentes à parceria devem ser repartidos entre as partes de acordo com a respectiva capacidade de gerir esses mesmos riscos;

b) O estabelecimento da parceria deve implicar uma significativa e efectiva transferência de risco para o sector privado;

c) A criação de riscos que não tenham adequada e fundamentada justificação na redução significativa de outros riscos já existentes deve ser evitada;

d) O risco de insustentabilidade financeira da parceria, por causa não imputável a incumprimento ou modificação unilateral do contrato pelo parceiro público, ou a situação de força maior, deve ser, tanto quanto possível, transferido para o parceiro privado.

Nesta linha, e considerando que, no contexto da relação contratual, as partes têm papéis diferentes – ao parceiro público cabem o acompanhamento, a avaliação e o controlo da execução do objecto da parceria, de forma a garantir que são alcançados os fins de interesse público subjacentes, enquanto o parceiro privado está incumbido do exercício e da gestão da actividade contratada, bem como o seu financiamento (no todo ou em parte) (artigo 5.º) –, também o âmbito do risco alocado a cada uma das partes deve ser distinto, operando a sua distribuição de acordo com o *mandamento* de que cada risco deve ser atribuído à parte que esteja em melhores condições para o gerir, sabendo, em qualquer caso, que nunca pode chegar-se à conclusão de que o parceiro público é aquele que deve suportar *todo* ou *a maior parte* do risco: ao invés, o contrato deve implicar uma significativa e efectiva transferência de risco para o parceiro privado, incluindo o risco de insustentabilidade financeira da parceria, desde que a mesma resulte de causa não imputável ao parceiro público (designadamente, por incumprimento ou modificação unilateral do contrato) ou a causa de força maior.

Em contrapartida, uma vez inicialmente repartido o risco entre as partes, o risco global a cargo do parceiro privado (que, por definição, já deverá ser relevante) não deve ser injustificadamente aumentado na vigência do

[8] Para este efeito, acrescenta o n.º 2 do mesmo artigo 7.º que "[o]s contratos devem incluir um anexo com a matriz de riscos, em formato de tabela ou outro de natureza semelhante, donde conste uma descrição sumária daqueles, que permita a clara identificação da tipologia de riscos assumidos por cada um dos parceiros".

contrato, razão pela qual deve ser evitada a criação de novos riscos que não tenham adequada e fundamentada justificação na redução significativa de outros riscos[9].

III. A distribuição do risco entre as partes da concessão: coordenadas gerais

3. Aqui chegados, dois pontos devem ser particularmente sublinhados.

O primeiro é o de que, obviamente, numa concessão, a parcela mais significativa ou substancial do risco deve estar alocada ao concessionário. Por este motivo, como se afirma na doutrina, "no caso das concessões administrativas, a plêiade de riscos que lhes subjaz [...] recai fundamentalmente sobre o concessionário; ou seja, é o concessionário que, por princípio, o deve suportar, desde logo, no plano económico-financeiro" (cf. Melo, Magalhães, 2020: 525).

O segundo é o de que, apesar disso, não há um único modelo de concessão, ou de repartição dos riscos entre as partes no contrato: pelo contrário, o ordenamento jurídico permite perfeitamente "criar concessões com diferentes perfis de risco" (cf. Assis Raimundo, 2022: 303). E, por conseguinte, há dois grandes erros que, na modelação concreta da matriz de risco contratual, devem ser evitados.

Por um lado, deve afastar-se a tentação fácil e imediatista de simplesmente "copiar" o que resulta de outros contratos de concessão (mesmo que a sua execução tenha decorrido sem problemas de maior): sem prejuízo, naturalmente, de deverem ser conhecidas e adoptadas as boas práticas, de deverem ser tidos em conta os exemplos que já provaram bem no passado, não pode deixar de se ter presente que cada concessão é uma concessão, e, em função do momento em que é celebrada, ou das características específicas do seu objecto, pode reclamar uma solução distinta de uma outra que, ainda que tenha conduzido a bons resultados num determinado contrato, poderá porventura não se adequar à nova concessão que se quer celebrar. No fim de contas, o parceiro público ou concedente até pode respaldar-se num ou em vários modelos utilizados no passado: não pode (ou não deve) é fazê-lo *acriticamente*, sem a devida ponderação das particularidades do caso concreto.

Por outro lado, deve também ter-se presente que seria contraproducente procurar transferir todo o risco para o concessionário: como nota Assis Raimundo, "[a] assunção significativa de risco pelo concessionário deve ser compreendida devidamente, no sistema da concessão. O ordenamento jurídico não pretende a criação de relações contratuais (mesmo de concessão) que sejam *ab initio* desequilibradas" (cf. 2022: 301). Por conseguinte, a panaceia para os eventuais problemas das concessões não consiste em alocar todo o risco ao concessionário: não apenas porque isso seria inexequível, na prática, mas também porque, em qualquer caso, também isso teria um custo a suportar pelo concedente. Assim, a transferência efectiva a que se refere a lei deve ser interpretada no sentido de equivalente a transferência *realista* do risco, ou, noutra formulação, uma

[9] Em contrapartida, também aqui, se a execução do contrato vier a proporcionar, inesperadamente e sem contributo do concessionário, mais ganhos do que aqueles que seria razoavelmente de esperar, tem o concedente direito a exigir a partilha equitativa do acréscimo de benefícios financeiros verificado, nos termos do artigo 341.º, n.º 1 do CCP (directamente aplicável às PPP).

transferência (significativa,) *óptima* ou *optimizada* do risco[10], uma vez que "[n]ão vale a pena transferir para o parceiro privado riscos que este não consegue ou não pode gerir", até porque tais riscos, não sendo assumidos operacionalmente pelo parceiro público, serão por ele economicamente suportados, por via do necessário aumento do custo de financiamento (cf. Canto e Castro, 2022: 109, nota 24).

Neste sentido, a distribuição dos riscos contratuais entre as diferentes partes no contrato de concessão tem de ser equilibrada (e, de resto, não se trata de matéria estritamente jurídica, convocando também juízos económicos) (cf., por exemplo, Gomes, 2020: 2179-2239). Se é certo que o risco de exploração cabe e deve inquestionavelmente caber ao concessionário – sendo "comum e perfeitamente compreensível que o concessionário, num contexto de normalidade de exploração da concessão que lhe foi atribuída, assuma os respectivos riscos e, em consequência, não tenha garantias, por princípio, de que venha a auferir o lucro esperado, nem sequer que logre recuperar os seus investimentos" (cf. Melo, 2019: 984), razão pela qual se afirma que, "[n]os contratos de concessão, não há garantia contra défices de exploração: a exploração é um direito de exercício economicamente arriscado" (cf. Assis Raimundo, 2022: 302) –, outros riscos há que, tipicamente, ficam mais bem entregues ao parceiro público: é o caso, paradigmaticamente, dos riscos políticos (como alterações unilaterais ao contrato ou mudanças de legislação no sector), ou dos riscos relacionados com arqueologia e fósseis ou catástrofes naturais (cf. Cruz, Miranda Sarmento, 2019: 222)[11]. Neste sentido, importa ter noção de quais os riscos que devem permanecer na esfera pública; quais aqueles que ficam mais bem entregues ao privado; e, de entre a "franja" dos riscos que, em teoria, tanto podem recair sobre uma como sobre a outra parte no contrato[12], procurar encontrar a solução mais satisfatória e equilibrada[13].

Não se justificando aqui entrar, com detalhe, na escalpelização de todos os riscos equacionáveis e discutir os prós e contras da sua atribuição a uma ou outra das partes – exercício que, por um lado, assume uma larga vertente casuística e, por outro lado, no plano dogmático, já foi realizado com profundidade[14] –, vale a pena, em qualquer caso, tecer algumas considerações sobre alguns dos principais riscos que podem verificar-se nos contratos de concessão, tendo presente, de uma banda, uma sequência "cronológica" (que tenha em mente o faseamento do projecto) e, de outra, a imputabilidade desse risco (ou do facto que dá origem à verificação desse risco) a alguma das partes do contrato.

---

[10] Expressões de Canto e Castro (2022: 109).

Já anteriormente neste sentido, cf. Melo (2011: 178-181).

[11] Os Autores explicam o porquê: essa circunstância deve-se à alocação óptima de riscos, sendo certo que os riscos descritos no texto "não são controlados pela empresa privada, e em alguns casos em que ocorram, podem levar a uma falência do projeto. Dessa forma, o setor privado exigiria um prémio financeiro muito elevado, o que dificultaria a obtenção de VfM" [Value for Money] (cf. *idem*, *ibidem*).

[12] Para uma tabela ilustrativa, cf. Cruz, Miranda Sarmento (2019: 223).

Cf., anteriormente, a explicação de Costa Cabral (2009: 85-88).

[13] Na verdade, como referem Cruz e Miranda Sarmento, o processo de alocação do risco deve centrar-se apenas nos riscos que podem ser partilhados entre o público e o privado (2019: 222).

[14] Veja-se, em especial, Melo (2011: *maxime* 145 ss).

III.1. Categorização "cronológica": os riscos tipicamente associados a cada uma das fases do projecto

4. Assim, num relance panorâmico, procurando abranger as diferentes fases por que se desenvolve a concessão e os principais riscos que se colocam em cada uma delas, diríamos que haverá que ter em conta, essencialmente, os riscos associados às seguintes fases:

(i) Adjudicação;

(ii) Construção/Instalação; e

(iii) Exploração/Operação.

A terminologia utilizada neste faseamento não é unívoca, mas espelha o desenvolvimento tendencial do contrato, o que é relevante apenas na medida em que os riscos que podem colocar-se "não serão homogéneos e uniformes ao longo de toda a calendarização do projeto" (cf. Pereira, 2023: 208).

Além dos riscos tipicamente associados a cada uma destas fases, há ainda os denominados riscos "externos" à concessão, os quais, em rigor, podem colocar-se em qualquer fase, embora sejam habitualmente tratados a respeito da fase da exploração/operação.

Vejamos, então, sumariamente, em que consistem estes riscos e qual das partes, em princípio, deverá suportá-los.

4.1. No que respeita à fase da *adjudicação*, os principais riscos que se colocam prendem-se, antes de mais, com a atractividade do projecto, isto é, com o interesse que o mesmo suscita junto do mercado e, por conseguinte, com a possibilidade e probabilidade de o procedimento pré-contratual para a celebração do contrato de concessão vir ou não a receber manifestações de interesse (leia-se, propostas) aptas a prosseguir o interesse público contratual. E, sabendo-se que as concessões envolvem tipicamente um elevado investimento por parte do futuro concessionário (que, por sua vez, não efectua esse investimento a expensas suas, mas antes com recurso ao crédito bancário), a atractividade do projecto junto dos concorrentes aproximar-se-á, na prática, da *bancabilidade* do projecto por parte das instituições financeiras que irão disponibilizar os fluxos monetários indispensáveis para a concessão. Portanto, noutras palavras, o primeiro risco que se suscita na fase adjudicatória prende-se com a existência e disponibilidade de fundos privados para financiar a execução do projecto.

Depois, há também o risco da disponibilidade dos activos públicos: em especial, no caso das concessões de obras públicas, a disponibilidade dos espaços a serem atribuídos ao concessionário, sabendo-se que uma demora na consignação desses espaços terá repercussões na calendarização geral da obra, na sua conclusão e, consequentemente, no início da sua exploração. Assim, por exemplo, caso deva haver lugar a quaisquer procedimentos de expropriação de prédios antes da celebração e início de execução do

contrato, qualquer atraso nesses procedimentos poderá reflectir-se a jusante[15].

Por fim, um outro risco que importa ter em conta nesta fase prende-se com o risco da litigância – mais concretamente, com a eventualidade da impugnação das peças do procedimento pré-contratual e/ou de qualquer um dos actos praticados pela entidade adjudicante nesse procedimento (*maxime*, a decisão de adjudicação), bem como do próprio contrato.

Trata-se de um risco particularmente relevante, tendo em conta, não apenas o elevado nível de litigiosidade judicial nestas matérias, mas também o facto de os contratos de concessão de obras e de serviços públicos se encontrarem no âmbito de aplicação do processo urgente de contencioso pré-contratual[16] e, por esse motivo, a impugnação da decisão de adjudicação poder permitir ao impugnante a suspensão (quase) automática[17] dos efeitos do acto e do contrato em crise – pelo menos, quando o procedimento tenha sido objecto de publicidade internacional (isto é, com publicitação de anúncio no *Jornal Oficial da União Europeia*)[18] e a petição inicial seja apresentada em Tribunal no denominado prazo de "*stand-still*", de 10 dias úteis, contados desde a notificação da decisão de adjudicação[19].

Fora destes casos, também pode, naturalmente, haver lugar a suspensão – seja através do pedido de adopção de medidas provisórias (cf. artigo 103.º-B do CPTA), seja, quanto aos contratos de concessão não cobertos pelo contencioso pré-contratual (*v.g.*, os contratos de concessão de exploração de bens do domínio público), através do pedido de decretamento de providência cautelar suspensiva (cf. artigo 132.º do CPTA) –, mas, em tais cenários, o risco diminui significativamente, já que, não havendo suspensão "automática", e sendo necessário, numa ponderação de interesses, demonstrar que os prejuízos decorrentes da celebração e execução do contrato são superiores aos que poderiam decorrer da sua paralisação[20], a prática evidencia ser extremamente difícil obter a suspensão judicial da adjudicação e/ou do contrato[21].

Regra geral, os riscos da fase da adjudicação são alocados ao parceiro público: não necessariamente (ou não tanto) porque esse seja um risco

---

[15] E por isso se prevê, no regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, que os atrasos na disponibilização de bens do domínio municipal constituem risco do concedente [cf. artigo 35.º, n.º 2, alínea *a)* do Decreto-Lei n.º 194/2009].

[16] Cf. artigo 100.º, n.º 1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos ("CPTA"), aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro.

[17] Diz-se *quase* automática porque, por um lado, o que faz operar a suspensão não é a instauração da acção judicial, em si mesma, mas apenas a citação da entidade demandada (cf. artigo 102.º, n.º 2 do CPTA); e, por outro lado, porque o Tribunal pode determinar que não se proceda à citação, mediante despacho liminar de rejeição, em caso de "manifesta ausência dos pressupostos processuais" ou de "manifesta falta de fundamento das pretensões formuladas" (cf. artigo 102.º, n.º 3 do CPTA).

[18] O que, todavia, poderá não ser necessariamente o caso, já que poderá eventualmente ter sido adoptado um ajuste directo com base em critérios materiais, nos termos previstos no artigo 24.º, n.º 1 do CCP (aplicável *ex vi* artigo 31.º, n.º 1 do mesmo Código).

[19] Nos termos conjugados dos artigos 103.º-A, n.º 1 do CPTA e 104.º, n.º 1, alínea *a)* do CCP.

[20] Cf. artigos 103.º-B, n.º 3 e 132.º, n.º 4 do CPTA.

[21] Sobre estas dificuldades, cf., por último, Caldeira (2024: 94, 96, 97).

inerente ao procedimento e, portanto, com o qual o parceiro público deva sempre integrar no seu planeamento[22], mas mais por se entender que, estando em causa um procedimento administrativo por si promovido e cuja tramitação se encontra sob o seu controlo, é este que está em melhores condições para gerir esse risco. De resto, antes da adjudicação, ainda nem sequer se sabe quem será o parceiro privado e, antes da celebração do contrato, mesmo que já se saiba quem é o adjudicatário, este ainda não foi erigido à condição de concessionário; e, seja como for, não se vê que providências possa este tomar, para obviar à eventual eclosão de um litígio judicial ou à suspensão da adjudicação ou do contrato (pelo menos, não se vislumbram medidas que o parceiro privado pudesse adoptar que não estivessem ao alcance do parceiro público, registando-se até que, pelo contrário, nas concessões não abrangidas pelo processo urgente de contencioso pré-contratual, só o parceiro público, na qualidade de entidade requerida, mas não o parceiro privado, na qualidade de contra-interessado, podem ir aos autos apresentar uma resolução fundamentada atestando que "o diferimento da execução seria gravemente prejudicial para o interesse público", com vista ao levantamento do efeito suspensivo decorrente da citação do processo cautelar[23]).

O único risco típico desta fase que, eventualmente, poderá ser transferido para o parceiro privado (mas aí, também, mediante a sua transferência para uma fase posterior da implementação do projecto, deixando tal risco de se colocar na fase da adjudicação) é o risco da disponibilização dos espaços, mediante a previsão contratual de que caberá ao concessionário proceder a todas as expropriações que se revelem necessárias para a execução da obra pública a explorar[24]. É isso, de resto, que explica que a lei permita que, mediante estipulação contratual, o concessionário, entre outros poderes e prerrogativas de autoridade, possa proceder à expropriação por utilidade pública [cf. artigo 409.º, n.º 2, alínea *a)* do CCP][25]. Mas, como acima se referiu, nem sempre tal transferência ocorre[26]; e, mesmo quando tal sucede,

[22] Temos presente a decisão do Tribunal Central Administrativo Sul, no Acórdão de 02.07.2020, proferido no processo n.º 21/20.7BELRA.

[23] Cf. o artigo 128.º, n.º 1 do CPTA.

[24] Veja-se, por exemplo, o que resulta do artigo 351.º do CCP: se, quanto aos contratos de empreitadas de obras públicas, se impõe ao dono da obra promover os procedimentos administrativos para a realização de quaisquer expropriações que se revelem necessárias à execução da obra, bem como para a constituição das servidões e para a ocupação de prédios necessários à execução dos trabalhos (n.º 1), já no caso de obras públicas integradas em concessões, pelo contrário, a promoção de tais procedimentos cabe, na falta de estipulação contratual em sentido diverso, ao concedente (n.º 2).

[25] Similarmente, também o regime do sector público empresarial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 133/2013, de 13 de Outubro, cujo artigo 22.º, sob a epígrafe "Poderes de autoridade", prevê (no n.º 1) que as empresas públicas podem exercer poderes e prerrogativas de autoridade de que goza o Estado, designadamente quanto a *(i)* expropriação por utilidade pública, *(ii)* utilização, protecção e gestão das infra-estruturas afectas ao serviço público, bem como *(iii)* licenciamento e concessão da utilização do domínio público, da ocupação ou do exercício de qualquer actividade nos terrenos, edificações e outras infra-estruturas que lhe estejam afectas – sendo estes poderes especiais, como acrescenta o n.º 2, atribuídos por diploma legal, em situações excepcionais e na medida do estritamente necessário à prossecução do interesse público, ou por contrato de concessão.

[26] Para uma análise pertinente dos dois "modelos" vigentes, cf. Melo (2011:152-153).

isso não significa que a transferência seja total e que nenhum risco se mantenha, pelo menos em parte, na esfera pública[27].

Um risco que não é típico desta fase, mas que também pode ocorrer durante a mesma – e, ocorrendo, deverá aqui ter-se por tão atendível como quando só se materializa após a celebração do contrato –, é o de uma eventual alteração (anormal e imprevisível) das circunstâncias: ainda que, literalmente, a lei só regule esta figura no contexto da execução da relação contratual, nada impede (e, pelo contrário, tudo parece impor) a sua aplicabilidade, também, em sede do procedimento pré-contratual[28], com as diferentes consequências de regime que daí possam resultar: seja, quanto ao parceiro público, permitindo a alteração das peças procedimentais (artigo 64.º, n.º 3 do CCP) ou, até, a emissão de uma decisão de não adjudicação [artigo 79.º, n.º 1, alíneas *c)* e *d)* do CCP][29], seja, quanto ao parceiro privado, permitindo a sua lícita desvinculação da proposta apresentada, ainda durante o respectivo prazo de manutenção (artigo 65.º do CCP).

4.2. Seguidamente, após a celebração do contrato, segue-se a sua execução, ou seja, a fase da implementação do projecto, ou, como também é designada, a fase da *construção/instalação*.

Nesta fase, os riscos que tipicamente se verificam consistem em atrasos no início da exploração[30], no incumprimento de prazos contratuais ou de requisitos técnicos estabelecidos no caderno de encargos – com a possível aplicação de multas contratuais e|ou o accionamento da caução prestada *ab initio* (geralmente, sob a forma de garantia bancária *on first demand*), ou mesmo o sequestro da concessão (cf. artigo 421.º do CCP) – e a ocorrência de eventuais sobrecustos, que diminuem a rentabilidade do projecto e a liquidez do parceiro privado.

Sem surpresas, estes riscos recaem normalmente sobre o concessionário, já que é este que se encontra incumbido da execução do contrato. Por esse motivo, a prática mostra que, quando recorre a terceiros, o concessionário procura, tanto quanto possível mitigar esses riscos: mais concretamente, os subcontratos costumam prever cláusulas "*back to back*" e "*if and when*", através das quais os subcontratados são (podem ser) chamados a

[27] Veja-se, por exemplo, o artigo 35.º, n.º 2, alíneas *d)* e *e)* do Decreto-Lei n.º 104/2009, que faz recair sobre a esfera do concedente o risco decorrente de atrasos nos processos de licenciamento municipal, na obtenção de autorizações ambientais e na realização de expropriações e servidões por motivo não imputável ao concessionário, bem como de custos relativos aos processos de expropriação e constituição de servidões que excedam o valor definido do contrato de concessão.

[28] Como o tem entendido alguma da nossa melhor doutrina: cf. Sérvulo Correia, Torgal, Sánchez (2010: 149-200), bem como Cordeiro (2010: 275-315).

[29] É discutível se poderá também haver lugar a uma decisão de não adjudicação no caso de simples "mudança de ideias" por parte do parceiro público.

No sentido de que "uma alteração de prioridades políticas em resultado de uma mudança de orientação política ou partidária" não permite à Administração Pública, com base no preceito legal *sub judice*, proferir uma decisão de não adjudicação, cf. Sánchez (2015: 274).

[30] Que podem ficar a dever-se a múltiplos factores, incluindo demoras nos procedimentos de expropriação, se a responsabilidade pelos mesmos tiver sido contratualmente transferida para o concessionário, nos termos referidos no ponto **3.1.** *supra*.

responder por quaisquer consequências desfavoráveis que o concessionário sofra em resultado de incumprimento de prestações cuja execução tenha sido confiada àqueles terceiros.

Diferentemente, o risco de uma modificação unilateral do contrato, por acto administrativo autoritário do concedente, fundamentado em motivos de interesse público [nos termos dos artigos 302.º, alínea *c)*, 311.º, n.º 1, alínea *c)* e 312.º, alínea *c)* do CCP], corre naturalmente por conta deste último, já que a modificação ou não do contrato está totalmente sob a sua esfera de controlo, sendo unicamente a si que cabe apreciar a existência de "razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes". Valem aqui integralmente as límpidas palavras de Mário Aroso de Almeida: "se o concessionário se dispôs a realizar determinados investimentos e a desenvolver a sua atividade no âmbito da concessão, foi com base num conjunto de pressupostos em que fundou a perspetiva de que os resultados que para ele adviriam da exploração do bem ou do serviço concessionado durante o período de exploração da concessão seriam suficientes para remunerar o investimento realizado e ainda lhe permitiriam auferir a margem de lucro necessária para justificar o investimento. E, por conseguinte, também neste domínio não pode estar na disponibilidade do concedente a tomada de atitudes que, reduzindo unilateralmente a capacidade de captação de receitas pelo concessionário ou aumentando unilateralmente os encargos que lhe cumpra suportar, tornem mais onerosa a execução da concessão, pondo em causa o equilíbrio financeiro do contrato" (2015: 681-682).

4.3. Passando, por fim, à fase da exploração/operação, esta fase é habitualmente apontada como implicando menos risco para o operador (comparativamente à fase da construção/instalação), mas é importante notar que isso não será sempre assim em todos os casos[31].

De todo o modo, os riscos que normalmente aqui se colocam prendem-se, uma vez mais, com eventuais sobrecustos da operação, com uma insuficiência na procura da obra ou serviço públicos (com a consequente quebra de receitas), com um eventual erro nos pressupostos subjacentes ao caso base, com dificuldades na cobrança das tarifas aos utentes (quando for o caso), com uma evolução desfavorável do cenário macro-económico e, em geral, com todas as dificuldades associadas à manutenção da continuidade e da qualidade do serviço – novamente, com a potencial aplicação das consequências do regime associadas ao incumprimento do contrato (que, aliás, tanto podem ser desencadeadas por iniciativa do concedente como, também, pelos terceiros que sejam utentes da obra ou serviço público concessionados[32], já que, como recorda Pedro Costa Gonçalves, as concessões têm uma dimensão *ad extra* muito acentuada, na medida em que o concessionário assume o encargo de exercer uma actividade em benefício de terceiros: os utilizadores) (2015: 499).

Também aqui, a prática deu origem a mecanismos mitigadores do risco, incluindo, entre outros, o mecanismo do designado "*step in*" (já há muito

[31] Pense-se nos projectos que ainda estão em fase de piloto ou que incorporam tecnologias ainda não suficientemente testadas (cf. Pereira, 2023: 208).

[32] Ao abrigo da cláusula de legitimidade conferida pela alínea *b)* do n.º 3 do artigo 77.º-A do CPTA, que permite que as acções administrativas relativas à execução de contratos possam ser intentadas pelas pessoas singulares e colectivas "portadoras ou defensoras de direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas".

consolidado na experiência internacional e hoje expressamente previsto nos artigos 322.º e 421.º, n.º 3 do CCP), que consiste na previsão contratual do direito potestativo das entidades financiadoras de intervirem no contrato – mediante assunção do controlo accionista ou da posição contratual do concessionário –, com vista a prevenir a reparação de um incumprimento iminente ou a reparar um incumprimento já registado, obstando à resolução sancionatória do contrato ou ao resgate da concessão[33].

III.2. Categorização "subjectiva": os riscos externos e internos

5. Paralelamente a esta classificação (sequencial ou "cronológica", por assim dizer), pode ainda distinguir-se os riscos à luz da entidade que lhe dá causa ou que esteve na origem do facto que conduziu à sua verificação, isto é, consoante a materialização do risco é ou não imputável a qualquer uma das partes no contrato; ou seja, de acordo com determinada terminologia, distinguir os riscos *endógenos* dos riscos *exógenos* ao contrato.

Neste sentido, as duas classificações que – apenas para efeitos ilustrativos – aqui se apresentam não são estanques ou excludentes, antes se entrecruzam: embora alguns riscos da concessão praticamente só possam ocorrer em determinada fase, boa parte deles pode ocorrer em qualquer momento da sua "vida". De resto, no caso dos riscos dito "externos" (no sentido de serem independentes da vontade e actuação de qualquer uma das partes), é normal que o *timing* da concretização desses riscos abstraia em absoluto da existência do projecto e do estádio da sua implementação. É o caso, designadamente, de riscos como os que estão associados à variação das taxas de câmbio[34], à variação das taxas de juro e à inflação, ou ao aumento abrupto, inesperado e significativo de custos relevantes, como os da energia ou de determinadas matérias-primas[35]; mas também é o que se verifica com os designados casos de força maior, que resultam de um evento imprevisível, irresistível e alheio às partes (que, na formulação da jurisprudência, "não se pode evitar, nem em si mesmo nem nas suas consequências")[36] – de que a pandemia da doença "Covid-19" foi um exemplo particularmente ilustrativo, aliás reconhecido pelo próprio

[33] Sobre esta figura, cf., por último, Caldeira (2024: 48-70).

[34] Que têm uma relevância muito particular no caso de investimentos internacionais, sobretudo em países em vias de desenvolvimento, na medida em que a geração do *cash-flow* do projecto é normalmente representada em moeda nacional, enquanto os custos de investimento, os custos de matéria-prima e os custos do financiamento são representados em dólares ou euros: neste sentido, cf. Pereira (2023: 209, continuação da nota 376).

Sobre o tema, cf. também Cruz, Miranda Sarmento (2019: 321-326).

[35] Como, por exemplo, o que se verificou a partir de Fevereiro de 2022, na sequência da eclosão do conflito militar entre a Rússia e a Ucrânia, e que, em Portugal, esteve na origem da aprovação do regime excepcional e transitório de revisão extraordinária de preços, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2022, de 20 de Maio.

Mais recentemente, foi o legislador cabo-verdiano a sentir necessidade de lançar mão de tal expediente excepcional, através do Decreto-Lei n.º 48/2024, de 8 de Outubro, que aprovou um Regime Emergencial e Temporário de Preços Aplicável às Empreitadas de Obras Públicas. Sobre este diploma, cf. Caldeira, Ferreira (2025: 73-81).

[36] Citamos o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 14.01.2010, processo n.º 0566/08.

legislador[37], mas que pode abranger outros casos, como desastres naturais, conflitos armados e actos de terrorismo[38].

Também passível de se materializar a todo o momento é igualmente o risco político – "geralmente apontado pelos investidores privados como a variável mais relevante na economia do processo"[39]. Tal risco pode assumir múltiplas formas: desde logo, a alteração dos decisores (ou da decisão), conduzindo a que os titulares do poder político – sejam ou não os mesmos que tomaram a decisão de contratar e/ou proferiram a decisão de adjudicação – coloquem termo ao processo adjudicatório (assumindo que o quadro legal o permite nessa fase e com esse fundamento, o que não é líquido: cf. a nota 29 *supra*) ou ao contrato. Num caso normal, esta cessação operará mediante resgate (sempre fundamentado em razões de interesse público: cf. artigo 422.º, n.º 1 do CCP), embora, em teoria, nunca seja de afastar liminarmente uma decisão de nacionalização, que constitui, aliás, um risco muito acentuado em alguns tipos de contratos em algumas latitudes – é o que sucede, em especial, no âmbito do sector petrolífero, o que leva, inclusivamente, a que a generalidade desses contratos preveja o recurso à arbitragem como meio de resolução de litígios[40].

Dentro do âmbito do risco político, mas "paredes-meias" com o risco regulatório, temos também as alterações legislativas, isto é, o risco de alteração do quadro legal existente à data da celebração e entrada em vigor do contrato, em moldes que desvirtuem a matriz de risco existente e agravem a posição do concessionário. Trata-se, obviamente, de um risco significativo e de verificação, se não provável, pelo menos muito plausível, sobretudo em contratos de longa duração (como tipicamente sucede com as concessões), e tendo também em conta que, em sistemas de governo (como o português), assentes num sistema eleitoral de representação proporcional, a maioria dominante no Parlamento pode não ser da mesma "cor" política do Executivo, o que, em tese, aumenta a probabilidade de aprovação de leis que subvertam os pressupostos em que assentou a celebração do contrato[41]. É claro que as partes podem procurar atalhar antecipadamente esse risco e tentar "blindar" o contrato, logo no seu clausulado, contra mudanças supervenientes do "ecossistema" legal em que se desenvolverá a relação contratual: é, mais uma vez, o que sucede paradigmaticamente nos grandes contratos do sector petrolífero, através da introdução das denominadas "cláusulas de estabilização" ou "*freezing clauses*"; mas a validade e real eficácia destas cláusulas têm sido

[37] Cf. o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de Abril.

Sobre o impacto da pandemia nos contratos de concessão e o regime deste diploma, cf., em especial, Melo, Magalhães (2020: 521 ss).

[38] Cf., por exemplo, a alínea *c)* do n.º 2 do artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 194/2009.

[39] Como assinala Pereira (2023: 209, continuação da nota 376).

[40] Cf., com particular interesse, o escrito de Vicente (2011: 85-109).

[41] Um exemplo paradigmático encontra-se na Lei n.º 14/2010, de 23 de Julho, que revogou retroactivamente o Decreto-Lei n.º 188/2008, de 23 de Setembro, através do qual o Governo havia concedido autorização à APL – Administração do Porto de Lisboa, S.A. para celebrar um Aditamento ao contrato de concessão outorgado com a LISCONT — Operadores de Contentores, S.A., num caso que chegou inclusivamente a ser apreciado pelo Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 214/2011, de 29 de Abril de 2011, proferido no processo n.º 283/11.

Para uma análise das diversas implicações e problemas colocados por este aresto, cf. Piçarra (2011: 111-159).

discutidas[42]. No actual ordenamento jurídico português, afigura-se que alterações legislativas – ou, em sentido lato, alterações normativas (que podem, designadamente, revestir forma regulamentar, mas que são igualmente imperativas para as partes) – que tenham impacto sobre o contrato poderão ser reconduzidas, ou à figura do "*fait du Prince*" (quando a alteração seja imputável ao parceiro público, ainda que não nessa qualidade e no exercício de poderes que não decorrem do contrato)[43], ou à da alteração das circunstâncias (quando ambas as partes sejam alheias à alteração em causa). É isso que, hoje, resulta da contraposição entre a alínea *a)* do n.º 1 do artigo 314.º do CCP e o n.º 2 do mesmo preceito legal, quando ali se distingue a "alteração anormal e imprevisível das circunstâncias" que "seja imputável a decisão do contraente público, adotada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercuta de modo específico na situação contratual do cocontratante", dos "demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias". Assim, quando o concedente seja o Estado, é importante distinguir as actuações imputáveis ao Estado, nessa qualidade de concedente, de outras eventuais actuações que, ainda que imputáveis ao Estado, não o sejam nessa qualidade, mas antes surjam no contexto do exercício de outras funções soberanas (*maxime*, a legislativa).

Naturalmente, porém, que as alterações legislativas não esgotam a (e, em rigor, nem sempre se reconduzem à) figura da alteração das circunstâncias, a qual, nos termos gerais, para ser atendível, tem de ser anormal e imprevisível, e deve incidir sobre as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar.

IV. A terminar: as consequências da verificação de um evento que ultrapassa o risco do concessionário

6. Por fim, só uma derradeira nota sobre as consequências da verificação de um evento que ultrapassa a esfera de risco do concessionário: num tal caso, deverá o concessionário ser compensado pela perturbação que o evento em causa tenha provocado no contrato de concessão, justamente por o mesmo

[42] Cf., designadamente, Vicente (2011: 106-109), bem como Dias (2011: 815-866).

[43] Sobre esta figura, cf., entre nós, o estudo monográfico de Pinto (2012: *maxime* 53 ss).

não se inserir no âmbito do risco que se encontra legal ou contratualmente alocado ao co-contratante privado[44, 45].

Coisa diferente residirá em saber quais os termos dessa compensação (*rectius*, os critérios a que obedecerá o cálculo do seu montante): aqui, à partida, e como acima se referiu, tudo dependerá da qualificação do evento em causa, já que a lei associa diferentes consequências de regime a cada uma das diferentes vicissitudes que possam ocorrer na relação contratual.

Se se tratar de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, tal poderá dar origem à modificação do contrato[46] – desde que a exigência das obrigações assumidas afecte gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato[47] [artigo 312.º, alínea *b)* do CCP] – ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade (artigo 314.º, n.º 2 do CCP); se se tratar de uma situação de "*fait du Prince*" ou uma modificação unilateral do contrato pelo concedente, com base em fundamentos de interesse público, nesse caso, o concessionário tem direito

[44] Só nos referimos aos eventos que ultrapassam a esfera de risco do concessionário e que provocam um impacto negativo no contrato, porque só esses, naturalmente, podem dar origem a compensação.

No entanto, é claro que podem os eventos em causa ter sido favoráveis ao concessionário, caso em que poderá pensar-se (não numa compensação, mas) numa partilha de benefícios com o concedente. Além do que resulta do CCP e do artigo 35.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 194/2009 (que permite que se proceda à revisão do contrato de concessão para a transferência de benefícios: cf. a nota 46 *infra*), veja-se também o disposto no artigo 30.º, n.º 1 do Regime Jurídico do Serviço Público de Transporte de Passageiros, aprovado pela Lei n.º 52/2015, de 9 de Junho: "A autoridade de transportes competente tem direito à partilha, em termos equitativos, dos benefícios da exploração de serviços públicos de transportes obtidos pelo operador de serviço público, no caso de ocorrerem alterações legislativas de carácter específico, serem emitidas autorizações ou determinações da referida autoridade, ou nas demais situações previstas na legislação aplicável, que tenham impacto direto favorável sobre os resultados relativos aos serviços em causa [...]".

[45] Não é demais sublinhar que a conclusão de que determinado evento ultrapassa ou exorbita o risco que foi contratualmente alocado ao concessionário pressupõe, como premissa prévia, que se determine correctamente o que o contrato dispõe – e, além disso, o que o contrato poderia validamente dispor.

Isto porque a simples leitura da redacção de algumas cláusulas contratuais – numa análise estritamente literal, sem tomar em consideração outros elementos hermenêuticos – pode induzir (e frequentemente induz) o intérprete em erro. Com efeito, é frequente encontrar clausulados que, levados à letra, pareceriam transferir *todo o risco possível e imaginário* para o co-contratante privado (inclusivamente, colocando sob a sua integral responsabilidade uma eventual alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, ou negando qualquer compensação em caso de modificação unilateral).

Ora, além de ter de ser interpretado de boa-fé, o contrato não se reduz ao seu clausulado, sendo, muitas vezes, necessário ultrapassar o elemento literal para chegar ao sentido último dos direitos e obrigações da relação contratual: e, no limite, sempre será de concluir pela ilegalidade de cláusulas que esvaziem a posição patrimonial e contratual do concessionário.

Cf., a este respeito, as muito interessantes considerações de Cordeiro (2007: 106 ss), bem como de Melo (2011: 166 ss).

[46] Veja-se também o disposto no artigo 35.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 194/2009: "O impacte decorrente da verificação de riscos associados à prestação do serviço que não estejam expressamente ressalvados no contrato de concessão é apropriado ou suportado pelo concessionário até aos limites fixados no contrato de concessão, *a partir dos quais há lugar à transferência de benefícios ou perdas anormais, através da revisão do contrato de concessão*" (destaque acrescentado).

[47] Por isto, entende-se "aquelas pequenas flutuações do dia-a-dia, que ao concessionário compete gerir" (cf. Cordeiro, 2007: 111).

à reposição do equilíbrio financeiro [artigos 282.º, n.º 1 e 314.º, n.º 1, alíneas *a)* e *b)* do CCP][48].

Nos termos da lei, a reposição do equilíbrio financeiro pressupõe que, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais o co-contratante determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos (artigo 282.º, n.º 2 do CCP), sendo efectuada, na falta de estipulação contratual[49], designadamente, através *(i)* da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato[50, 51], *(ii)* da revisão de preços (ou tarifas[52]) ou *(iii)* da assunção, por parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato (artigo 282.º, n.º 3 do CCP). Seja como for, e independentemente de se saber se a reposição do equilíbrio financeiro deve fazer-se por referência ao caso base da concessão, ou ter qualquer outro parâmetro de

[48] Com mais desenvolvimentos sobre os diferentes fundamentos e formas de compensação do co-contratante privado em cada um dos casos, cf. Sánchez (2017: 989-1010).

Sobre a reposição do equilíbrio financeiro no CCP, cf., mais recentemente, Amorim (2023: 597-615), bem como, por último (mas especificamente dirigida às empreitadas de obras públicas), Silveira (2025:23-39).

[49] Cenário que, todavia, não é muito comum no âmbito das concessões, já que, como observa Torgal, "na realidade, na prática dos contratos de concessão [...], estipula-se, com frequência, que a verificação de determinado tipo de evento implica a utilização pela Administração de certa via de reposição contratual" (2011: 255).

[50] No sentido de que esta modalidade assume "especial relevância nos contratos de concessão, na medida em que permite ao co-contratante auferir receitas adicionais, através da extensão do período de geração das receitas", cf. Amorim (2023: 614).

Nos termos do artigo 3.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 19-A/2020, esta era mesmo a única forma admissível de proceder à reposição do equilíbrio financeiro para os contratos abrangidos por aquele diploma, estabelecendo-se que a "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 assunção, por parte do contraente ou parceiro público, de um dever de prestar à contraparte".

[51] Pode suscitar-se a questão de saber se o prazo da concessão pode ser prorrogado, como forma de reposição do equilíbrio financeiro, se, com essa prorrogação, o prazo total de vigência da concessão ultrapassar o limite máximo eventualmente definido por lei. A resposta tem dividido a nossa doutrina: em sentido afirmativo, cf. Torgal (2011: 259-261; 2023: 755); em sentido negativo, se bem percebemos, cf. Pacheco de Amorim (2013: 66-67).

[52] Cf. o artigo 35.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 194/2009: devem ser reflectidos no tarifário aplicado aos utilizadores os impactes decorrentes da verificação dos riscos relacionados com *(i)* alterações legislativas ou regulamentares, *(ii)* alteração das tarifas do sistema multimunicipal em cujo território se insere diferentes do previsto no contrato de concessão, ou ainda *(iii)* modificações ao plano de investimentos autorizadas pelo concedente que não reflictam a incorporação de meros desvios de custos ou calendário face ao plano de investimentos previsto no contrato de concessão.

aferição[53, 54] , a reposição do equilíbrio financeiro não pode colocar o concessionário em situação mais favorável que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido – e, em especial, não pode cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou eram inerentes ao risco próprio da concessão (artigo 282.º, n.º 6 do CCP).

Referências

Almeida MA. Apontamento sobre o problema da repartição do risco e do reequilíbrio financeiro nos contratos de concessão. Otero P, Amado Gomes C, Serrão T, orgs. Estudos em Homenagem a Rui Machete. Coimbra: Almedina; 2015

Alves PL. O Caso Base. In: Júdice JM et al, orgs. Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira. Coimbra: Almedina; 2017

Amorim T. A reposição do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos. In: Amado Gomes C et al, coords. Comentários ao Código dos Contratos Públicos. Volume II. 5.ª edição. Lisboa: AAFDL Editora; 2023

Assis Raimundo M, Direito dos Contratos Públicos. Volume 2. Lisboa: AAFDL Editora; 2022

Bernard C, et al. Répartition et Traitement des Risques dans la Commande Publique, Chaire de Droit des Contrats Publics. EDPL; 2024. Disponível em https://shs.hal.science/halshs-04728334v1

Cabral NC. As Parcerias Público-Privadas. Cadernos IDEFF. N.º 9. Coimbra: Almedina; 2009

Caldeira M, Ferreira GM. O regime da revisão extraordinária de preços em Cabo Verde (Decreto-Lei n.º 48/2024) – Uma análise comparativa com o regime português (Decreto-Lei n.º 36/2022). Revista de Direito Administrativo. N.º 22. Janeiro-Abril de 2025

Caldeira M. Contencioso pré-contratual urgente: duas décadas, dois problemas (quase) insolúveis. Revista de Direito Administrativo. Número especial n.º 5. Outubro de 2024

Caldeira M. O "*step in*" nos contratos administrativos. In: Sánchez PF, Caldeira M, Craveiro TT, coords. Execução dos contratos administrativos 2024. Famalicão: Nova Causa, Edições Jurídicas; 2024

Canto e Castro J. A Regulação das Parcerias Público-Privadas no Código dos Contratos Públicos. In: Canto e Castro J. Novos Estudos sobre o Regime

[53] Sobre as funções do caso base e a sua aptidão para operar como "medida" idónea ao cálculo do montante necessário ao reequilíbrio financeiro do contrato, cf., entre nós, com particular interesse, os escritos de Martins (2013: 16-19), de Almeida (2015: 685-692), de Leite Alves (2017: 83-110), bem como, mais recentemente e com desenvolvimento, de Costa (2024: 71-108).

[54] O caso base não tem forçosamente de se manter inalterado, podendo ser revisto, mas com limitações: assim, no contexto dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais urbanas e de gestão de resíduos urbanos, prevê-se que "a revisão do caso base do modelo financeiro da concessão não pode incorporar o impacte financeiro passado de riscos que devam ser suportados pelo concedente ou pelo concessionário" (artigo 54.º, n.º 7 do Decreto-Lei n.º 194/2009).

Jurídico das PPP e Sua Regulação no Código dos Contratos Públicos. Lisboa: Petrony Editora; 2022

Cordeiro AM. A proposta na contratação pública e a alteração das circunstâncias. O Direito. Ano 142. N.º 2. 2010

Cordeiro AM. Contratos públicos: Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro. Cadernos O Direito. N.º 2. Coimbra: Almedina; 2007

Costa FM. O Caso Base como instrumento de medida do reequilíbrio económico-financeiro. In: Sánchez PF, Caldeira M, Craveiro TT, coord. Execução dos contratos administrativos 2024. Famalicão: Nova Causa, Edições Jurídicas; 2024

Cruz CO, Miranda Sarmento J. Manual de Parcerias Público-Privadas e Concessões. Lisboa: Edições Sílabo; 2019

Dias ND, A estabilidade nos contratos petrolíferos internacionais e alguns dos princípios gerais de direito conexos: do mito à realidade. In: Revista da Ordem dos Advogados, Ano 71.º, Volume III, Julho/Setembro, de 2011

Fragoso GLT. O Princípio da Partilha de Benefícios – Breve análise crítica. Revista de Contratos Públicos. N.º 36. Setembro de 2023

Gomes MC. Riscos e incertezas em contratos públicos de concessão: uma análise econômica da repartição de responsabilidades. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano 6. 2020. N.º 4. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020_04_2179_2239.pdf

Gonçalves PC. Direito dos Contratos Públicos. Coimbra: Almedina; 2015

Martins A. Project Finance e Medidas de Reequilíbrio Financeiro: Uma Nota Analítica. Revista de Contratos Públicos. N.º 8. Maio-Agosto de 2013

Melo P, Magalhães ST. O impacto da pandemia nos contratos administrativos: em especial, empreitadas e concessões. In: Amado Gomes C, Pedro R, coords. Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção. Lisboa: AAFDL Editora; 2020

Melo P. O risco de exploração na Directiva Concessões e no Código dos Contratos Públicos. In: Machete R et al, org. Estudos em Homenagem a Rui Pena. Coimbra: Almedina; 2019

Melo P. A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas. Coimbra: Almedina; 2011

Pacheco de Amorim J. O princípio da temporalidade dos contratos públicos. In: Gonçalves PC. Estudos de Contratação Pública – IV. Coimbra: Coimbra Editora. 2013

Pereira JB. Contratos Bancários. Coimbra: Almedina; 2023

Piçarra N. Princípio da separação de poderes, parlamentarismo e governos minoritários na Constituição de 76: a perspectiva jurisdicional. In: Themis, Ano 11, n.º 20-21, 2011

Pinto CS. O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos – Reflexão sobre o Instituto do Facto do Príncipe e a Tutela do Cocontratante da Administração em caso de Extinção do Contrato Administrativo. Coimbra: Almedina; 2012

Sánchez PF. Notas sobre o fenómeno da alteração das circunstâncias no decurso do procedimento pré-contratual. Revista do CEJ. N.º I. 2015

Sánchez PF. Reequilíbrio Financeiro, Caso Imprevisto e *Fait du Prince*: Autonomia entre Distintos Mecanismos de Tutela da Posição dos Co-Contratantes da Administração. In: Júdice JM et al, org. Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira. Coimbra: Almedina; 2017

Sérvulo Correia, Torgal L, Sánchez PF. Alteração de circunstâncias e modificação de propostas em procedimentos de contratação pública. In: Gonçalves PC, org. Estudos de Contratação Pública – III. Coimbra: Coimbra Editora; 2010

Silveira MM. A efetivação (judicial) do direito reposição do equilíbrio económico-financeiro nos contratos de empreitada de obras públicas. Revista de Direito Administrativo. N.º 22. Janeiro-Abril de 2025

Torgal L. As concessões. In: Amado Gomes C et al, coords. Comentários ao Código dos Contratos Públicos. Volume II. 5.ª edição. Lisboa: AAFDL Editora; 2023

Torgal L. Prorrogação do prazo de concessões de obras públicas e de serviços públicos. Revista de Contratos Públicos. N.º 1. Janeiro-Abril de 2011

Vicente DM. Arbitragem petrolífera. Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação. N.º 4. 2011

[i] Professor Auxiliar Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Investigador do Lisbon Public Law Research Centre (LPL) | Centro de Investigação de Direito Público.

Advogado.

Por opção do Autor, o texto segue a grafia anterior ao Acordo Ortográfico.