

## A responsabilidade contratual em contratos de infraestruturas públicas\*

### Contractual liability in public infrastructure contracts

DOI:10.34117/bjdv8n10-013

Recebimento dos originais: 30/09/2022

Aceitação para publicação: 03/10/2022

#### Pedro Melo

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Instituição: Universidade de Lisboa

Endereço: Avenida Eng.º Duarte Pacheco, 7, 1070-100, Lisboa

E-mail: pedro.melo@mirandalawfirm.com

#### RESUMO

Este artigo tem por finalidade explicar as diversas relações contratuais que se verificam em contratos de infraestruturas públicas financiados em regime de *project finance*, apontando os principais focos de tensão entre as partes desses contratos.

**Palavras-chave:** contratos de concessão, concessões administrativas, *project finance*, responsabilidade contratual, infraestruturas públicas.

#### ABSTRACT

This article aims at explaining the wide range of contractual relations one can find within infrastructure contracts financed under a project finance scheme. The main controversial aspects were highlighted.

**Keywords:** concession contracts, project finance, contractual liability, infrastructure projects.

### 1 TRÊS IDEIAS-CHAVE

São empiricamente demonstráveis as seguintes afirmações:

- a) a esmagadora maioria dos projectos de infraestruturas públicas implementados em numerosos sectores do nosso país – das auto-estradas aos portos e aeroportos, passando pelo sector águas, saneamento, energia e saúde –, foram objecto de contratos de concessão de obras públicas e/ou de contratos de concessão de serviços públicos (“concessões administrativas”)<sup>1</sup>;

---

\* O presente artigo visa sumariar a minha intervenção no III Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Público que teve lugar no dia 15 de Novembro de 2019 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e cuja coordenação esteve a cargo das Senhoras Professoras Doutoradas Carla Amado Gomes e Ana Fernanda Neves. Este artigo foi revisto para efeitos de publicação no Brazilian Journal of Development.

<sup>1</sup> Cfr. o Boletim Trimestral das Concessões e das PPP no sítio da UTAP – Unidade Técnica de Acompanhamento de Projectos, em [www.utap.pt](http://www.utap.pt).

- b) tais contratos consubstanciam relações jurídicas de longa duração e, por regra, constituem instrumentos de parcerias público-privadas<sup>2</sup>;
- c) adicionalmente, os contratos em alusão foram alvo de financiamentos em regime de *project finance*<sup>3</sup>.

Fruto destas características, *id est*, da importância económico-financeira e da sofisticação técnica e jurídica associada a estes contratos, origina-se uma complexa constelação contratual entre eles.

Aliás, os *vasos comunicantes* existentes entre os contratos que compõem este verdadeiro *mosaico contratual* são de tal sorte sólidos que, *et pour cause*, os denominados *contratos de projecto*, bem como os designados *contratos de financiamento*, figuram invariavelmente como anexos aos contratos de concessão e constituem parte integrante destes

Concretizando, no referido mosaico contratual verificamos que, em torno do contrato de concessão (SPV / *project company*), gravitam, pelo menos, os seguintes contratos: o contrato de empreitada (em regime de EPC – *engineering, procurement, construction* – ou de BOT – *build, operate and transfer*), o contrato de operação e manutenção, os contratos de financiamento (*loan agreements / credit facilities*), os contratos de garantias (*security package*), o acordo de subscrição de capital, o acordo directo (*direct agreement*) e os contratos de seguros.

É, pois, o entrosamento entre estes contratos e as respectivas partes, especificamente, as responsabilidades contratuais que deles emergem, numa perspectiva patológica (incumprimentos), que iremos analisar, sumariamente, respigando as situações mais frequentes.

Com efeito, são relativamente comuns as divergências entre as diversas partes destes contratos, acerca da sua interpretação, integração e aplicação. Esses dissensos conduzem, não raro, a litígios entre as ditas partes contratuais, sem prejuízo de conflitos

---

<sup>2</sup> Sobre as parcerias público-privadas, cfr., em geral, DARRIN GRIMSEY e MERVYN K. LEWIS, *Public Private Partnerships – the worldwide revolution in infrastructure provision and project finance*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007.

Na doutrina nacional, vide MARIA EDUARDA AZEVEDO, *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governação Pública*, Almedina, Coimbra, 2009, ANTÓNIO B. POMBEIRO, *As PPP/PFI Parcerias Público Privadas e a sua Auditoria*, Áreas Editora, Lisboa, 2003 e NAZARÉ DA COSTA CABRAL, *As Parcerias Público-Privadas*, in Cadernos IDEFF, n.º 9, Almedina, Coimbra, 2009.

<sup>3</sup> No que toca ao financiamento de projectos de infra-estruturas em regime de *project finance*, cfr., entre outros, GRAHAM VINTER, GARETH PRICE e DAVID LEE, *Project Finance – A Legal Guide*, 4<sup>th</sup> Edition, Sweet & Maxwell, London, 2013.

entre essas partes (ou uma dessas partes) e terceiros, ou seja, os utentes ou utilizadores das concessões administrativas<sup>4</sup>.

## 2 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL NA RELAÇÃO CONCESSIONÁRIA / BANCOS

Os sindicatos bancários que, por norma, financiam as concessões administrativas (adiante, “Bancos”) assumem um risco financeiro relevante (*brevitatis causa*: o risco de não serem atempadamente reembolsados, nos termos convencionados).

Por essa razão, é natural que os Bancos procurem mitigar, mediante a celebração de contratos sofisticados e exigentes (e já assaz padronizados), esse risco.

Assim, como contrapartida pelos financiamentos prestados a favor da concessionária, os Bancos reclamam a prestação de garantias várias (“pacote de garantias” / *security package*), composto, *inter alia*, pelos seguintes contratos: penhor de acções da concessionária (*share pledge agreement*), obrigações diversas relativas às suas contas bancárias (*accounts agreement*), *call option agreement*, acordo de penhor de activos (*asset pledge agreement*), acordo directo (*direct agreement*) e acordo global de coordenação entre os bancos que constituem o sindicato bancário (*intercreditor agreement*).

No quadro destes contratos financeiros, por norma redigidos em inglês mas sujeitos a lei portuguesa, os Bancos assumem uma claríssima preponderância, senão mesmo hegemonia, ficando a concessionária sujeita a inúmeras obrigações.

Observe-se, neste contexto, que a ocorrência de incumprimentos (*events of default*) nesses contratos financeiros ou como tal considerados por esses contratos

---

<sup>4</sup> Em virtude dos contratos que regem as concessões administrativas contemplarem, invariavelmente, cláusulas compromissórias no seu seio, os litígios que deles emergem são, por regra, resolvidos através de arbitragem (arbitragem *ad hoc*).

Aliás, sendo tais cláusulas violadas, ou seja, se alguma das partes recorrer aos tribunais administrativos em vez de recorrer à arbitragem para resolver o litígio, a título principal, estaremos em face de uma situação de preterição de tribunal arbitral, o que constitui uma excepção dilatória, derivada de incompetência absoluta do tribunal estadual.

Para uma síntese sobre a diferença entre a arbitragem *ad hoc* e a arbitragem institucionalizada, cfr., entre outros, MANUEL PEREIRA BARROCAS, *Manual de Arbitragem*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 92.

Em geral, sobre a arbitragem em contratos de direito público, cfr. PEDRO MELO, *Arbitragem Voluntária e Contratos Administrativos*, in *Arbitragem e Direito Público*, AAFDL, Lisboa, 2015, pp. 331 a 354.

Sobre o mesmo tema, embora redigido há já alguns anos, *vide*, ainda com muito interesse, SÉRVULO CORREIA, *A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lex, Lisboa, 1995, pp. 231 a 263.

Para uma breve síntese sobre a evolução da arbitragem administrativa, cfr. PAULO OTERO, *Admissibilidade e Limites da Arbitragem Voluntária nos Contratos Públicos e nos Actos Administrativos*, in *II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 82 a 85.

financeiros, é passível de ocasionar o vencimento antecipado da dívida da concessionária (*acceleration*), caso os Bancos não renunciem a esse seu direito, o que, regra geral, implica solicitar ao “banco agente” que seja concedida a dita renúncia (*waiver*).

Como é evidente, aplicam-se aqui (como aos demais casos que iremos ver adiante) todos os pressupostos e princípios atinentes ao cumprimento das obrigações contratuais e, outrossim, todas as consequências do seu inadimplemento<sup>5</sup>.

### 3 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL NA RELAÇÃO CONCESSIONÁRIA / EMPREITEIRO E OPERADOR

No quadro das relações contratuais entre a concessionária e o empreiteiro (numa primeira fase: fase de projecto e construção / fase de desenvolvimento da concessão) e, mais tarde, entre a concessionária e o operador (numa segunda fase: concluída a empreitada, entra-se na fase de operação que é regulada por um contrato específico, o contrato de operação e manutenção), podem registar-se, igualmente, diversas querelas entre as partes, que resultam, sobretudo, de problemas respeitante a atrasos no cumprimento de planos de trabalhos, com *interfaces* de obras, com erros ou omissões de projecto, com os conhecidos casos de “*scope creep*” (em geral, solicitações de trabalhos não previstos) e também com os (exigentes) mecanismos de testes, típicos de concessões de águas e saneamento ou de projectos de centrais electroprodutoras de génese diversa (*pre-commissioning* e *commissioning tests*, cujas falhas originam, por regra, atrasos na recepção provisória da obra / instalações – *taking over* –, e podem determinar o pagamento de elevadas indemnizações).

Como é sabido, nestes casos funcionam os mecanismos comuns de responsabilização do empreiteiro ou do operador, avultando aqui as sanções contratuais (penalidades)<sup>6</sup> que, invariavelmente, estão caucionadas por garantias bancárias à primeira solicitação (*on first demand*).

Há, contudo, uma particularidade relevante no seio destas relações contratuais que cumpre assinalar: o mecanismo de *back-to-back* (*if and when*).

---

<sup>5</sup> Cfr., entre outros, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações, Tomo IV*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 21 a 141.

<sup>6</sup> Sobre esta temática, cfr. PEDRO MELO e MARIA ATAÍDE CORDEIRO, *Sanções Pecuniárias nos Contratos Administrativos*, in Estudos em Homenagem a Rui Machete, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 835 a 850.

Com efeito, uma das *pedras angulares* deste tipo de relação contratual – que, em minha opinião, configura uma coligação de contratos (em virtude da sua conexão intrínseca)<sup>7</sup> – radica, consabidamente, no aludido “*princípio do back to back*”.

Este princípio tem subjacente uma lógica que visa estabelecer a transparência absoluta entre o contrato de concessão e os contratos necessários à execução e exploração do projecto (contrato de concepção / construção / empreitada e contrato de operação).

Basicamente, na estrutura contratual mais comum, as partes convencionam, por regra *ab initio* (leia-se, na fase do procedimento de formação do contrato de concessão de obras públicas), que o contrato de empreitada (objecto da concessão de obras públicas) será celebrado segundo o princípio de *back to back* integral, ou seja, segundo um princípio de transparência absoluta entre o contrato de empreitada e o contrato de concessão.

Consequentemente, o empreiteiro, através do contrato de empreitada, assume, no que concerne aos trabalhos que constituem o seu objecto, salvo se e quando esse contrato estabeleça expressamente o contrário, todas as obrigações, responsabilidades e riscos que para a concessionária resultem do contrato de concessão, ficando, portanto, o empreiteiro, inteiramente responsável pelo pontual cumprimento dessas obrigações, com rigorosa observância de tudo o que relativamente a essas obrigações deriva do aludido contrato de concessão.

O mesmo princípio é normalmente aplicável, *mutatis mutandis*, ao contrato de operação e manutenção que a empresa concessionária celebra com o operador<sup>8</sup>.

#### **4 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL NA RELAÇÃO CONCESSIONÁRIA / CONCEDENTE**

No âmbito das relações contratuais que se desenvolvem sob a égide directa dos contratos de concessão administrativa, são evidentemente inescapáveis as soluções típicas de sancionamento de incumprimentos, ou seja, a aplicação de penalidades pelo

---

<sup>7</sup> No mesmo sentido, cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Project Finance*, IDET, n.º 3, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 141 e 142.

Sobre o regime da coligação de contratos, *vide*, entre outros, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 143 a 146.

<sup>8</sup> Relativamente a esta matéria, cfr. PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 46 e 47. Mais recentemente, já à luz do Código dos Contratos Públicos revisto, *vide*, do mesmo autor, *O risco de exploração na Directiva Concessões e no Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos em Homenagem a Rui Pena*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 973 a 990.

Ainda sobre este assunto, *vide*, na doutrina estrangeira, GRAHAM VINTER, GARETH PRICE e DAVID LEE, *Project Finance – A Legal Guide*, ob. cit., pp. 91 a 97.

concedente à concessionária e, no limite, a resolução sancionatória desses contratos, embora esta situação seja, compreensivelmente, muitíssimo rara.

Observe-se que, também aqui, por existir invariavelmente uma garantia bancária de boa execução da concessão (*performance bond*), caso a concessionária não proceda ao pagamento voluntário da penalidade aplicada (e não a impugne, normalmente recorrendo a um processo cautelar tendente à suspensão dos efeitos desse acto administrativo contratual em que se consubstancia a sanção pecuniária, acompanhado do indispensável processo principal que, por norma, corre em tribunal arbitral), o concedente pode executar a dita garantia bancária.

Não se confundam, contudo, os casos de incumprimento contratual, com as situações de divergência entre as partes em torno da alocação dos riscos dos contratos de concessão administrativa.

Na verdade, enquanto o incumprimento ou inadimplemento de um contrato resulta da inexecução de uma das obrigações que recaem sobre uma das partes (podendo esse incumprimento ser total ou parcial e temporário ou definitivo, bem como imputável ao devedor ou ao credor, a terceiro ou até a facto de força maior<sup>9</sup>), na alocação ou distribuição do risco contratual estamos perante um fenómeno ontologicamente diverso e, outrossim, com consequências diferentes.

Com efeito, e recentrando a nossa atenção nos contratos de concessão, a assunção de um determinado leque de riscos pela empresa concessionária, por exemplo, o risco de financiamento, de projecto e construção e de exploração (ex. risco de procura), significa que essa empresa deve prover pelos meios financeiros necessários para montar o empreendimento concessionado, projectar e depois construir a obra e/ou as infraestruturas atinentes ao serviço a prestar e, por fim, explorar a concessão durante o período temporal convencionado e nos termos e condições acordados (feixe de obrigações contratuais).

Por outro lado, e como já indicámos acima, a consequência típica de um incumprimento contratual traduz-se na aplicação de sanções contratuais e, somente como *ultima ratio*, na resolução sancionatória do contrato; diversamente, verificando-se a ocorrência de um risco que não foi assumido pela concessionária e que lhe causou prejuízos, no limite, um desequilíbrio na equação económico-financeira subjacente ao

---

<sup>9</sup> Sobre a temática da força maior, *vide*, entre outros, PEDRO MELO, *Algumas reflexões sobre a força maior nos contratos administrativos de concessão de obras públicas*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, Volume II, pp. 641 a 655.



modelo de negócio da concessão, a concessionária poderá ter direito a reequilíbrio do seu contrato.

Obviamente, tratando-se de um risco que foi assumido pela concessionária, então, deverá esta arcar com as consequências (normalmente negativas, mas que podem ser positivas) dessa sua decisão, plasmada em acordo com o concedente (no contrato de concessão).

Como se sabe, as situações mais frequentes relacionadas com pedidos de reequilíbrio financeiro pressupõem, sistematicamente, uma apreciação da distribuição do risco contratual<sup>10</sup>, uma análise do “caso-base”<sup>11</sup>, uma avaliação da taxa interna de rentabilidade (TIR accionista e/ou TIR de projecto) ou, ainda, o exame de um outro mecanismo típico de preservação do equilíbrio financeiro deste tipo de contratos que repousa numa “*price cap formula*”, normalmente associada a um factor de eficiência, por via da qual são fixadas as tarifas máximas ou as taxas que as empresas concessionárias podem cobrar e que amiúde concitam forte dissenso.

É assim, porque os contratos de concessões administrativas contêm uma cláusula relativamente estandardizada, *i.e.*, uma cláusula padrão, no sentido de que o risco desses contratos deve ser assumido, quando nada seja disposto em contrário, pelas empresas concessionárias.

Ora, as estatuições contratuais de onde resulta, com maior nitidez, se o risco foi ou não assumido pelas concessionárias / parceiros privados são justamente as cláusulas onde se estabelecem os casos que originam direito a reequilíbrio financeiro (das concessionárias / parceiros privados).

Todavia, para que essas cláusulas (cláusulas de reequilíbrio financeiro) sejam devidamente interpretadas, é imperioso que se determine o conceito de risco contratual.

Uma vez que o recorte deste conceito nem sempre é simples de fazer perante o caso concreto e, aliás, é confundível (embora não o devesse ser) com as situações típicas de imprevisão, como sejam, a alteração de circunstâncias e os casos de força maior, têm-se gerado muitos litígios em torno desta problemática.

Em virtude da significativa complexidade destes temas, é muitíssimo comum a realização de perícias técnicas e económico-financeiras, seja em fase de tentativa de

---

<sup>10</sup> Sobre o assunto, defendendo que o risco é um evento incerto, mas previsível e que, por conseguinte, o risco termina onde começa a imprevisão, *vide* PEDRO MELO, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*, Almedina, Coimbra, 2011.

<sup>11</sup> Para uma breve explicação sobre o “caso-base”, *cfr.* PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 561 a 565.

conciliação (“*double step clauses*”), seja já em sede de contencioso (*maxime*, no desenrolar de processos arbitrais).

## 5 A PROBLEMÁTICA DA INTERVENÇÃO CONTRATUAL DAS AUTORIDADES REGULADORAS

De um certo ângulo pode afirmar-se que os contratos de concessão administrativa configuram contratos regulatórios.

*Brevitatis causa*, esta característica verifica-se neste tipo de contratos na medida em que na prossecução do objecto da concessão, a empresa concessionária presta um serviço público aos utentes da dita concessão, criando-se, portanto, uma relação jurídica que inclui não apenas o ente concedente e a empresa concessionária (aqui temos, sobretudo, deveres contratuais desta em relação àquele), mas também os utentes ou os utilizadores da concessão (aqui temos, sobretudo, deveres regulamentares da concessionária em relação a estes últimos).

Neste último segmento, o contrato de concessão pode consubstanciar um instrumento associado à regulação pública, seja como alternativa, seja como complemento à actuação unilateral típica administrativa (acto ou regulamento administrativo) ou aos modelos institucionais assentes na regulação por agência<sup>12</sup>.

Por outro lado, visando a protecção dos utentes das concessões administrativas e, claro está, a salvaguarda do interesse público, muitos dos sectores onde existem contratos de concessão, constituem sectores regulados, assumindo lugar preponderante as autoridades reguladoras.

Ora, não raro, sucede que estas entidades ou autoridades reguladoras intervêm indirectamente nas concessões – de que, contudo, não são parte –, por exemplo, emitindo instruções às empresas concessionárias sob a sua forma de actuação ou estabelecendo, periodicamente, indicadores de qualidade e/ou de prestação do serviço que aquelas devem respeitar.

Este tipo de actuação é passível de suscitar algumas interrogações, senão mesmo dificuldades, porquanto a referida intervenção das autoridades reguladoras pressupõe um

---

<sup>12</sup> Relativamente ao carácter regulatório das concessões administrativas, cfr. PEDRO GONÇALVES, *Regulação Administrativa e Contrato*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 1007 a 1023.

Na doutrina estrangeira, cfr., entre outros, CATHERINE DONNENLY, *Delegation of Governmental Power to Private Parties*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 60 a 73.



entendimento, quer dizer, uma interpretação, sobre as obrigações contratuais e o *modus faciendi* da concessionária.

Contudo, como se sabe, no nosso ordenamento jurídico, essa interpretação dos deveres da concessionária tal como plasmados no contrato de concessão, pode ser considerada ilegítima à luz da regra de ausência de auto-tutela declarativa nos contratos administrativos em geral<sup>13</sup>.

No fundo, a questão pode colocar-se desta forma: se está vedado ao concedente impor à concessionária a sua interpretação das cláusulas contratuais consignadas no contrato de concessão, devendo, no limite, o concedente recorrer a tribunal para o efeito, então, *a simili* (senão mesmo *a fortiori*), também não poderão as autoridades reguladoras intervir, directa ou indirectamente no contrato, com a mesma finalidade (ou conduzindo ao mesmo resultado), porque tal ingerência implica sempre (ou quase sempre) uma interpretação contratual.

A questão em apreço é interessante e de resposta tentadora: *prima facie*, seria concordante, isto é, dir-se-ia que as autoridades reguladoras estariam inibidas de emitir instruções ou de tomar outro tipo de medidas com impacto na concessão, sempre que para o efeito fosse necessário proceder a uma interpretação do contrato de concessão com a qual a concessionária não estivesse de acordo.

Julgamos, contudo, que uma reflexão mais aturada deve conduzir a um resultado distinto, seja porque as autoridades reguladoras dispõem, regra geral, de competência – expressa – prevista na lei para poderem acompanhar as concessões do sector que regulam e, outrossim, para emitirem instruções ou para definirem indicadores de qualidade ou de serviço (portanto, à luz do princípio da legalidade a sua intervenção revela-se legítima), seja porque, a não poderem exercerem tais poderes, a finalidade da criação deste tipo de entidades sairia frustrada.

Acresce que a inexistência de auto-tutela declarativa na interpretação dos contratos administrativos é uma regra válida apenas *inter partes* desses contratos, não abrangendo, por conseguinte, as autoridades reguladoras.

Dito isto, é sempre necessário atender ao contexto de cada caso concreto, ou seja, a complexidade desta problemática implica uma apreciação casuística que permita aferir o tipo de intervenção das autoridades reguladoras sobre os contratos de concessão

---

<sup>13</sup> Cfr. art. 307º, n.º 1 do Código dos Contratos Públicos.

administrativa. Só com base nessa análise casuística se poderá ajuizar plenamente sobre a licitude e as consequências de tais intervenções nos contratos de concessão.