

Reflexões em torno da impossibilidade definitiva
na execução dos contratos administrativos

Reflections on the definitive impossibility of
performance in the execution of administrative
contracts

MAFALDA CARMONA

VOL. 7 N.º 3 DEZEMBRO 2020

WWW.E-PUBLICA.PT



COM O APOIO DE:

FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

ISSN 2183-184x

REFLEXÕES EM TORNO DA IMPOSSIBILIDADE DEFINITIVA NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

REFLECTIONS ON THE DEFINITIVE IMPOSSIBILITY OF PERFORMANCE IN THE EXECUTION OF ADMINISTRATIVE CONTRACTS

MAFALDA CARMONA¹

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – Cidade Universitária
1649-014 Lisboa – Portugal
mcarmona@fd.ulisboa.pt

Resumo: Por entre as perturbações da execução trazidas pela pandemia, contam-se as perturbações do fim visado pelo contraente público – não é o cocontratante que vê prejudicada a sua capacidade de prestar, mas o credor público que deixa de ver utilidade na prestação (por exemplo, o fornecimento de refeições escolares, perante a suspensão das aulas presenciais). No presente estudo aborda-se a questão de saber quando uma perturbação do fim (*lato sensu*) constitui impossibilidade (usualmente tratada como “força maior” no Direito Administrativo) (3.). Discute-se ainda qual o critério de imputação da impossibilidade ao credor e, não lhe sendo imputável, quando pode haver lugar a uma repartição de riscos (4.). Por último, tecem-se algumas considerações sobre a relação entre impossibilidade e alteração das circunstâncias, admitindo que esta possa excecionalmente ser invocada pelo contraente público na posição de credor (5.).

Palavras-chave: pandemia, contratos administrativos, perturbação do resultado, impossibilidade, alteração das circunstâncias.

Sumário: **1.** Enquadramento; **2.** A impossibilidade – coordenadas básicas; **3.** Perturbações do fim do credor e impossibilidade; **4.** O problema da imputação da impossibilidade ao credor; **5.** Impossibilidade e alteração das circunstâncias.

Abstract: Among the cases of disruption of contract execution driven by the pandemic, it is possible to identify the disruptions to the purpose intended by the public contracting party – it is not the private party whose ability to provide is impaired, but the public creditor to whom the obligation ceases to be useful (for example, the provision of school meals due to the suspension of face-to-face classes). The present study addresses the question of knowing when does a disturbance of the intended purpose (*lato sensu*) constitute an impossibility of performance (usually treated as “force majeure” in the Administrative Law) (3.).

1. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Investigadora Principal do Centro de Investigação de Direito Público; Advogada.

It also discusses the criteria for allocating the impossibility to the creditor and, not being attributable to him, of when there may be a risk sharing (4.). Lastly, some reflections are laid out on the connection between impossibility of performance and change of circumstances, acknowledging that the latter can exceptionally be summoned by the public contractor in the position of creditor (5.).

Keywords: pandemic, administrative contracts, disruption of the intended purpose, impossibility of performance, change of circumstances.

Summary: **1.** Framework; **2.** The impossibility – basic directions; **3.** Disturbances of the creditor’s intended purpose and impossibility of performance; **4.** The problem of allocating the impossibility to the creditor; **5.** Impossibility and change of circumstances.

1. Enquadramento

1.1. A situação pandémica tem suscitado uma maior reflexão sobre as “perturbações da execução”² nos contratos administrativos³. Em cima da mesa ficam figuras como a da *impossibilidade* – tradicionalmente tratada sob as vestes da *força maior* nos contratos administrativos – ou a da *alteração das circunstâncias*⁴. Aspeto relevante, na perspetiva dos contratos administrativos, é o de, em muitos casos, a perturbação não decorrer imediatamente da pandemia mas de medidas adotadas por entidades públicas, que podem ser parte em contratos perturbados por tais medidas. Importa ainda relevar que muitas das perturbações vivenciadas se caracterizam por comportarem uma *perturbação no fim*, no resultado visado pelo credor público com a execução da prestação principal. Pense-se, por exemplo, nos contratos de fornecimento de refeições em refeitórios escolares e na suspensão das aulas presenciais de março a junho de 2020. Será sobre estas situações – de perturbação do fim do credor público – que incidirá o presente escrito.

1.2. Perante a mudança, intensa e abrupta, que a pandemia introduziu nas nossas vidas, pode ver-se esta – *abstratamente* – como um evento externo, imprevisível e inevitável, marcas que se associam aos eventos de *força maior*⁵. Atenta a mudança estrutural e abrupta que introduziu nas bases da coexistência social⁶,

2. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2019, pp. 225 ss.

3. Temos em mente os contratos administrativos de colaboração, em que a prestação principal é a do cocontratante – J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, pp. 420 ss.; D. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2020, reimpr., pp. 465 ss.; ainda, com outras considerações, M. J. ESTORNINHO, *Direito europeu dos contratos públicos*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 320 ss.; P. GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 493 ss.; M. AROSO DE ALMEIDA, *O problema do contrato administrativo*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 90 ss.

4. Entre outros, A. PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Cláusulas de força maior e limites da autonomia privada”, *RFDUL/LLR*, LXI, 2020, pp. 65 ss.; C. MONTEIRO PIRES, “Artigo 790.º”, in C. MONTEIRO PIRES (org.), *Novo coronavírus e crise contratual*, Lisboa, AAFDL, pp. 79 ss.; S. LORENZ, “Allgemeines Leistungsstörungsrecht und Veranstaltungsrecht”, in H. SCHMIDT, *Covid-19 – Rechtsfragen zur Corona-Krise*, 2.^a ed., Munique, Beck, pp. 2 ss.; T. RIEHM, “Corona und das Allgemeine Leistungsstörungsrecht”, in D. EFFER-UHE E A. MOHNERT (org.), *Vertragsrecht in der Coronakrise*, Nomos, 2020, disponível em <https://doi.org/10.5771/9783748909279>, pp. 14 ss.; M. WELLER, M. LIEBERKNECHT E V. HABRICH, “Virulente Leistungsstörungen – Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung”, *NJW*, 2020, pp. 1017 ss. Se a impossibilidade e a alteração das circunstâncias têm sido os institutos mais debatidos, não se esgota neles a problemática trazida pela pandemia – A. MENEZES CORDEIRO, “Covid-19 e boa-fé”, *RFDUL/LLR*, LXI, 2020, pp. 39 ss.

5. C. MONTEIRO PIRES, “Empreitada”, in CIDP, *Novo coronavírus e gestão da crise contratual – 2.ª videocast*, 2020, disponível em <https://www.cidp.pt/Archive/Docs/f956034234341.pdf>, p. 53, salientando a característica da inevitabilidade.

6. A. MENEZES CORDEIRO, *Da alteração das circunstâncias*, Lisboa, AAFDL, 1987, pp. 71 ss., referindo que na “grande alteração das circunstâncias” estão em causa “modificações estruturais” que bulem com “a generalidade das variáveis económico-sociais que caracterizam uma sociedade”; M. CARNEIRO DA FRADA, “Crise financeira mundial e alteração das circunstâncias: contratos de depósito vs contratos de gestão de carteiras”, *ROA*, 69, 2009, p. 682, referindo-se à “modificação brusca das condicionantes estruturais da coexistência social”.

admite-se igualmente que a pandemia seja qualificada como “grande alteração das circunstâncias”⁷, apelando-se a uma distribuição do risco pela generalidade dos intervenientes económicos, pois generalizada é também a perturbação⁸.

Em todo o caso, haverá sempre que verificar qual a perturbação que é experienciada na *prestação principal de cada contrato*: o genérico “evento pandémico” pode implicar uma impossibilidade de execução da prestação principal daquele contrato ou, não contendo com a sua possibilidade, traduzir-se na inexigibilidade da obrigação por alteração anormal das circunstâncias; mas pode, também, não convocar a aplicação destes regimes, nada mais havendo a assinalar do que, por exemplo, um aumento dos dispêndios projetados pelo devedor, cujo risco corre por este, ou uma diminuição da vantagem projetada pelo credor com o emprego da prestação, risco que lhe pertence – dito de outra forma, os contratos devem continuar a ser pontualmente cumpridos, apesar de a pandemia comportar desvios aos projetos de custos ou de proveitos das partes⁹. Num tempo em que já se disse que o princípio *pacta sunt servanda* parece ser a exceção¹⁰, importa não perder este ponto de vista.

2. A impossibilidade – coordenadas básicas

2.1. Feitas estas considerações introdutórias, importa começar pela *impossibilidade*, não necessariamente por ser a perturbação mais frequente mas pela sua importância sistemática – só se a prestação continuar a ser possível é que se pode equacionar o recurso à alteração anormal das circunstâncias (ou pode haver mora do devedor/incumprimento definitivo *stricto sensu* ou mora do credor¹¹).

A perspetiva tradicional do Direito Administrativo é a de tratar a impossibilidade sob as vestes do *caso de força maior*, a par do tratamento da alteração anormal

7. MENEZES CORDEIRO, *RFDUL/LLR*, pp. 41 ss.; A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Alteração das circunstâncias”, in CIDP, *Novo coronavírus e gestão da crise contratual – 1.º videocast*, 2020, disponível em <https://www.cidp.pt/Archive/Docs/f633504439438.pdf>, pp. 32 ss. Considerando que a situação pandémica constitui “um exemplo particularmente eloquente” de uma grande alteração das circunstâncias, M. CARNEIRO DA FRADA, “A alteração das circunstâncias à luz do Covid-19”, *ROA*, I/II, 2020, p. 156. Ainda RIEHM, *Vertragsrecht*, p. 15; WELLER, LIEBERKNECHT E HABRICH, *NJW*, p. 1021; LORENZ, *Covid-19*, p. 11.

8. RIEHM, *Vertragsrecht*, p. 15; CARNEIRO DA FRADA, *ROA*, p. 156.

9. Mesmo que, por exemplo, o fornecedor veja aumentar o preço dos bens que tem que adquirir ou que o credor, tendo projetado revender os produtos adquiridos com determinada margem de lucro, veja cair o preço desses produtos no mercado. Sobre várias situações, MONTEIRO PIRES, *Novo coronavírus*, pp. 55 ss.; ainda C. MONTEIRO PIRES, “Limites dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor para cumprir”, *ROA*, 76, 2016, pp. 105 ss.

10. WELLER, LIEBERKNECHT E HABRICH, *NJW*, p. 1017.

11. Sobre a diferença entre não-cumprimento e incumprimento em sentido estrito, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, pp. 221 e ss.; C. MONTEIRO PIRES, *Contratos. I – Perturbações da execução*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 72 (“a inexistência de uma impossibilidade é condição do incumprimento”). Reportando-se a uma noção de incumprimento mais ampla, onde tem lugar a impossibilidade, J. C. BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, 2.ª ed., Porto, UCP, 2017, pp. 170 ss.

de circunstâncias sob as vestes do *caso imprevisto*. Caracterizando-se ambos os *casos* por consubstanciarem “alterações independentes da vontade dos contraentes”, provenientes de “factos alheios à vontade dos contraentes, para os quais estes de nenhum modo hajam contribuído”, o caso de força maior corresponde ao “facto imprevisível e estranho à vontade dos contraentes que *impossibilita absolutamente* de cumprir as obrigações contratuais”¹².

Sendo claro o elemento da impossibilidade – como exemplos, os cataclismos *que* destruam obras ou coisas, as greves *que* forcem à paralisação, os atos de guerra ou rebelião *que* impeçam a atividade¹³ – a perspectiva do *caso* de força maior, no que era e é a tradição do direito francês¹⁴ (e a que correspondia a opção vertida no Código de Seabra¹⁵), é a das causas de exoneração do devedor, aglutinando *impossibilidade e inimputabilidade*: o devedor não é responsável pelo incumprimento se o mesmo se dever a facto irresistível, sendo este o facto que, *impossibilitando* a execução, não podia ter sido evitado¹⁶. Se era evitável, o devedor é responsável, não assumindo relevância central saber (resolvida que fica a questão da imputabilidade e da não exoneração do devedor) se a prestação se tornou ou não impossível, em coerência com o não reconhecimento de um princípio de prioridade do cumprimento natural¹⁷.

12. M. CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, 10.^a ed., Coimbra, Almedina, 1997, reimpr., pp. 623 ss. Enquanto o caso de força maior implicava a impossibilidade absoluta de execução, o caso imprevisto traduzia-se no “facto estranho à vontade dos contraentes que, determinando a modificação das circunstâncias económicas gerais, torna a execução do contrato *muito mais onerosa* para uma das partes do que caberia no risco normalmente considerado” (itálicos nossos).

13. CAETANO, *Manual*, I, pp. 623-4.

14. Cfr. artigo 1148 *Code Civil* antigo e artigo 1218 novo; G. VINEY, P. JOURDAIN E S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4.^a ed., Paris, LGDF, 2013, pp. 324 ss. Importa não confundir a “*force majeure*”, aqui referida, com a “*force majeure administrative*”, que corresponde à (nossa) resolução por alteração das circunstâncias, quando a modificação com fundamento na teoria da imprevisão (que só compreende a modificação e não a resolução, ao contrário da nossa alteração das circunstâncias) não permite ultrapassar o desequilíbrio gerado no contrato pelo caso imprevisto (nomeadamente quando a causa do desequilíbrio não é temporária; cfr. *CE 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg*) – assim, por ex., L. RICHER E F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, 11.^a ed., Paris, LGDJ, 2019, pp. 270-1 e 280; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, 3.^a ed., Paris, Thémis, 2011, pp. 618 ss.; H. HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 2.^a ed., Paris, Dalloz, 2019, pp. 654-5.

15. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, pp. 305 ss., referindo logo o obstáculo linguístico no direito romano, que apenas conseguia conceptualizar os *casus*. Ainda F. PIRES DE LIMA E J. ANTUNES VARELA E PIRES DE LIMA, *Código Civil anotado*, II, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1986, pp. 42-3; M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.^a ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 1072 ss.

16. VINEY, JOURDAIN E CARVAL, *Les conditions*, pp. 339-40 e p. 347: na “*irresistibilité*” exige-se que o evento tenha implicado a impossibilidade absoluta (irresistível, insuperável) da execução, e não apenas a sua maior dificuldade; mas ponto é que o próprio evento, para que se qualifique de força maior, seja “irresistível”, no sentido de que não podia ter sido evitado pela parte faltosa. Se o evento impedir a execução (i.e., há impossibilidade) mas pudesse ter sido previsto e evitado, não há força maior e exoneração do devedor pelo “incumprimento”.

17. Como refere C. MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade da prestação*, Coimbra, Almedina, 2018, reimpr., pp. 40 ss. e pp. 253 ss., o modelo francês (e, bem assim, o modelo inglês, em que a *specific performance* assume um carácter excepcional em face da indemnização de danos) não confere prioridade ao cumprimento natural, ao contrário do que sucede no modelo português (e alemão), como resulta dos artigos 817.^o e ss. do Código Civil (doravante “CC”), e do artigo

É outra a perspetiva do Direito Civil e, também agora, a do Direito Administrativo, em que o Código dos Contratos Públicos, pese embora conter ainda uma referência pontual à força maior, *remete*, em sede de “causas de extinção do contrato”, para a impossibilidade e demais causas “reconhecidas pelo direito civil”¹⁸. Há, assim, uma *recepção* do regime da impossibilidade pelo CCP¹⁹ (que, como tal, não se pode dizer que seja lacunar), recepção essa que implica a mudança de perspetiva da *força maior* (impossibilidade não imputável) para a da *impossibilidade* (imputável ou não)²⁰.

2.2. A impossibilidade com eficácia extintiva, a que se refere o artigo 330.º CCP e que se encontra subjacente ao artigo 790.º CC, é a impossibilidade superveniente, absoluta, objetiva e definitiva²¹. Refira-se que, pese embora o carácter (tendencialmente) temporário das medidas de combate à pandemia, nem por isso fica excluído que se possa estar perante impossibilidades definitivas. Assim sucederá quando estejam em causa prestações “temporalizadas” ou de “prazo absolutamente fixo”, em que o credor só tem interesse no cumprimento da

325.º do Código dos Contratos Públicos (doravante “CCP”; este em termos, aliás, porventura mais intensos, dispensando-se a Administração da passagem pelo tribunal – P. GONÇALVES, *Direito dos Contratos*, pp. 589 ss.; a prioridade do cumprimento natural justifica-se, logo, pela continuidade do serviço público. Donde a importância da impossibilidade, que surge como “um conceito central de transição entre uma pretensão ao cumprimento natural e uma pretensão secundária indemnizatória” (MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, p. 41).

18. Ainda referindo a força maior no artigo 406.º(d)i), o CCP determina, no artigo 330.º, que “são causas de extinção do contrato: a) o cumprimento, a impossibilidade definitiva e todas as restantes causas de extinção das obrigações reconhecidas pelo direito civil; [...]”; destaca-se ainda o disposto no artigo 325.º/1: o contraente público notifica o cocontratante para cumprir, “salvo quando o cumprimento se tenha tornado impossível”.

19. P. MONIZ LOPES, *Contratos administrativos e boa-fé*, Lisboa, AAFDL, 2019, pp. 27-28, 39. Saliente-se que a remissão opera uma *integração* das normas no Direito Administrativo, a qual não pode ser feita gerando quebras sistemáticas.

20. Em sentido diverso, abordando as situações de impossibilidade imputáveis ao contraente público e considerando que o CCP é lacunar, M. AROSO DE ALMEIDA, “Sobre os pressupostos da modificação objetiva dos contratos administrativos”, *RDA* 4, 2019, pp. 13-14; mantendo a perspetiva da força maior, e concluindo que o CCP, de forma criticável, não regula os seus pressupostos nem os seus efeitos, P. MELO E S. TAVARES MAGALHÃES, “O impacto da pandemia nos contratos administrativos: em especial, empreitadas e concessões”, in C. AMADO GOMES E R. PEDRO (org.), *Direito administrativo de necessidade e de exceção*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 519-521; aplicando o regime do CC, via artigo 325.º/1 CCP, embora mantenha a distinção entre impossibilidade e força maior, M. LORENA BRITO, “Impacto da pandemia Covid-19 na execução dos contratos administrativos”, *RCP*, 24, 2020, pp. 252 ss. A recepção do regime da impossibilidade do CC (que inclui a impossibilidade não imputável e que, nessa medida, abrange o que na perspetiva tradicional se designa por força maior) não prejudica que as partes regulem as situações de impossibilidade, o que se usa fazer através de cláusulas sobre “força maior”; mas, na sua falta (e também para apreciar os eventuais limites dessas cláusulas), há que contar com o regime da impossibilidade vertido no CC e recebido pelo CCP.

21. Entre outros, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, pp. 344 ss.; L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, II, 12.ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, reimpr., pp. 119 ss.; J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, II, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2020, reimpr., pp. 67 ss.; MONTEIRO PIRES, *Contratos*, pp. 20 ss. A terminologia nem sempre é idêntica mas pode dizer-se que “absoluta” significa que o impedimento é inultrapassável e “objetiva” que é insuperável para o devedor e para qualquer um. A impossibilidade subjetiva é apenas relevante nos termos do artigo 791.º CC. O Código dispõe ainda sobre a impossibilidade parcial (artigo 793.º) e sobre a impossibilidade temporária (artigo 792.º).

prestação em dia determinado ou até esse dia²². Pode também suceder (aliás, em regra, assim é) que a “prestação de duração” seja “temporalmente modalizada”, pelo que se não feita no momento devido, torna-se definitivamente impossível, “pelo menos parcialmente, na parte correspondente ao período de tempo em que a prestação não foi aproveitada”²³.

Acresce que a impossibilidade tanto pode ser física, quando resulta da natureza das coisas, quanto jurídica, quando resulta da lei²⁴ – mas englobando-se aqui não só atos legislativos como medidas administrativas, normativas ou não^{25/26}.

2.3. No que respeita aos efeitos da impossibilidade, e pese embora o CC se referir à extinção da obrigação e o CCP à extinção do contrato, reconhece-se hoje que, nos quadros da relação obrigacional complexa²⁷, a impossibilidade extingue apenas o dever primário de prestar ou dever de prestar principal^{28/29}. Por força da boa fé, e para lá de deveres secundários, subsistem, ou intensificam-se mesmo, os deveres acessórios – de segurança, de custódia, de lealdade, de informação³⁰

22. J. BAPTISTA MACHADO, “Risco contratual e mora do credor”, in J. BAPTISTA MACHADO, *Obra dispersa*, I, Braga, Scientia Jurídica, 1991, p. 266; MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 229 ss.; RIEHM, *Vertragsrecht*, pp. 36-7; LORENZ, *Covid-19*, pp. 8-9.

23. BAPTISTA MACHADO, *Obra dispersa*, pp. 296 e 299.

24. Entre outros, PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código*, p. 43, dando como exemplos de impossibilidade o da coisa que perece ou o da realização de um negócio que a lei veio proibir depois da sua celebração; ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, II, p. 74; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, pp. 333 ss., referindo-se, na impossibilidade física, tanto às leis da natureza quanto aos conhecimentos científicos ou técnicos disponíveis; ALMEIDA COSTA, *Direito*, pp. 705 ss. (a impossibilidade física resulta da “própria natureza das coisas”, a legal ou jurídica resulta da lei).

25. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, pp. 334 ss., com vários exemplos retirados da jurisprudência alemã e que compreendem, por exemplo, medidas legislativas, regulamentares (alterações em planos urbanísticos que retirem edificabilidade ao terreno, admitindo-se que a alteração das características da coisa consubstancie impossibilidade) ou atos administrativos (por ex., uma ordem de não transferência pela autoridade supervisora).

26. É a propósito da impossibilidade originária que se distingue entre *impossibilidade jurídica* e *ilicitude*, ficando a primeira reservada para situações em que a proibição legal impede materialmente a celebração do negócio (ex.: não se consegue celebrar um contrato de compra e venda de um bem do domínio público) – entre outros, ALMEIDA COSTA, *Direito*, pp. 706 ss.; com desenvolvimentos, MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 112 ss. Nesta situação, a proibição legal, do plano do *Dürfen*, tem implicação no plano do *Können* (por exemplo, R. ALEX, *Theorie der Grundrechte*, Nomos, 1994, pp. 212 ss.; R. EHRHARDT SOARES, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, Petrony, pp. 8-9 ss.). Para as reflexões deste texto, sobre impossibilidade superveniente, tomaremos como impossibilidade jurídica toda a que resulta de proibição legal, ainda que não necessariamente traduzida num impedimento físico (por ex., a proibição de circulação entre concelhos). Dando o exemplo de proibição por uma autoridade de acesso ao local da coisa locada, BAPTISTA MACHADO, *Obra dispersa*, p. 266.

27. A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2001, reimpr., pp. 586 ss.

28. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, pp. 333 ss., pp. 362-3; MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 232 ss., p. 260, referindo-se ao *bloqueio* da pretensão do credor ao cumprimento *in natura* da prestação principal, que se torna inexigível, e pp. 587 ss. Note-se que o credor pode usar a faculdade prevista no artigo 794.º CC (*commodum de representação*) e que, nos contratos sinalagmáticos, pode o credor continuar obrigado à contraprestação (artigo 795.º/2 CC), como melhor veremos.

29. Operando por caducidade, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, p. 351.

30. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, p. 333, p. 363.

–, entre os quais se conta o de o devedor informar o credor do evento³¹. Mas sendo a prestação impossível, o não-cumprimento da prestação não constitui incumprimento, não incorrendo o devedor, salvo se a impossibilidade lhe for imputável, em responsabilidade³².

2.4. Extinguindo-se o dever principal de prestar, nos termos do artigo 790.º/1, trata o artigo 795.º do problema do destino da contraprestação nos contratos sinalagmáticos.

Neste ponto, afigura-se útil atender, como *ponto de partida*, às regras comuns de distribuição do risco nos contratos, i.e., do “perigo de um prejuízo que alguém suporta como titular de uma posição jurídica”³³. Retomando a regra básica *res domino suo perit*, quem tem o direito corre o risco da sua supressão: o credor, tendo direito à prestação, corre o *risco da prestação* (do incumprimento do devedor ou da sua impossibilidade superveniente)³⁴; o devedor, tendo direito à contraprestação, corre o *risco da contraprestação* (designadamente, de não a receber quando a prestação se tornou impossível). Noutra perspetiva, pode dizer-se que “o devedor corre o «risco de prestação» e o credor corre o «risco de utilização»”³⁵. O *risco da prestação* abrange “o do agravamento do custo ou das dificuldades da prestação, enquanto esta se mantém possível *in natura*, o da perda do direito à contraprestação e o da perda dos dispêndios e esforços feitos com vista à prestação, quando esta se torne impossível”³⁶; aqui o devedor tem, se assim se quiser dizer, o chamado “*risco de investimento*”³⁷. Já do credor pode dizer-se que corre “o risco de utilização da prestação”, que se traduz “em a prestação não servir para o fim a que este se destinava, ou em não poder ele utilizá-la para esse ou outro fim, por se ter malogrado o seu plano de aplicação da mesma”³⁸ e, ainda, o “risco de cooperação”, sempre que a execução do plano negocial dependa da colaboração a prestar pelo credor³⁹.

2.5. Tomando esta distribuição do risco como *ponto de partida* – se se quiser, como aquilo que está em jogo e sem prejuízo de uma posterior (re)distribuição

31. MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, p. 238; cfr. artigo 286.º CCP.

32. *Supra*, nr. 11. Se a impossibilidade lhe for imputável, é o devedor “responsável como se faltasse culposamente ao cumprimento da obrigação” (artigo 801.º CC); mas trata-se de uma equiparação ao incumprimento, não prejudicando que se trate de impossibilidade (e, portanto, de um não-cumprimento) – MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, p. 221. Quanto à unidade do conceito de impossibilidade, ainda que se trate de impossibilidade imputável ao devedor, MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 260 ss.

33. BAPTISTA MACHADO, *Obra dispersa*, p. 275.

34. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, p. 370.

35. BAPTISTA MACHADO, *Obra dispersa*, p. 274.

36. BAPTISTA MACHADO, *Obra dispersa*, p. 274 (itálicos nossos).

37. Por ex., M. L. PEREIRA, *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 220, nr. 594, incluindo no risco de investimento não só a inutilização de despesas e esforços como também o de “desperdício ou inutilização da capacidade de prestar que o devedor «vinculou» ou «reservou» para o credor”.

38. BAPTISTA MACHADO, *Obra dispersa*, p. 274.

39. Ainda BAPTISTA MACHADO, *Obra dispersa*, pp. 274-5, e avançando logo que o devedor não deve “sofrer os prejuízos eventualmente resultantes desta falta de cooperação oportuna, *qualquer que seja a sua causa*” (itálicos nossos).

de danos⁴⁰ –, e não deixando de ter presente que pode ser outra a distribuição em face do tipo contratual ou da vontade das partes vertida no contrato, importa agora olhar para o disposto no artigo 795.º do Código Civil.

Tornando-se a prestação impossível, e não tendo o devedor que prestar – porque, antes de mais, não *pode* prestar –, também não irá receber a contraprestação (n.º 1). Já não assim se o devedor só não pode prestar por “causa imputável ao credor”; nessa situação, o credor “não fica desobrigado da contraprestação” (embora se desconte o benefício que o devedor tenha tido com a exoneração).

Não sendo tema fácil o de saber quando é a impossibilidade imputável ao credor, retira-se do n.º 1 do artigo 795.º que, não sendo a impossibilidade imputável ao credor nem ao devedor, corre por este o risco de *caso fortuito* que atinja a prestação⁴¹. O credor, que tinha direito à prestação, não a recebe (e não obtém as vantagens projetadas para a prestação) mas o devedor – que, recorde-se, não deu causa à impossibilidade –, e que contava receber a contraprestação, não a obtém, ficando consigo o “risco do investimento”, aí se incluindo as eventuais despesas em que tenha incorrido para prestar (e a eventual perda de proveitos que teria obtido se tivesse destinado a sua capacidade de prestar a outro negócio). Ou seja, e simplificando, a impossibilidade *não imputável* a nenhuma das partes deixa os prejuízos com a atividade de prestar na esfera do *devedor*.

Em face destas regras, a impossibilidade apresenta-se como uma solução de “*tudo ou nada*”, em que o risco é integralmente suportado por uma das partes – ou bem que o devedor recebe ainda a contraprestação (com dedução dos benefícios por não ter prestado), ou bem que não a recebe⁴². Conhecem-se, porém, regimes especiais. Assim, por exemplo, o artigo 1040.º CC (locação) admite uma *redução da contraprestação*, ao passo que o artigo 1227.º (empreitada) manda o dono da obra *indemnizar* o empreiteiro “*do trabalho executado e das despesas realizadas*” – ou seja, sobrevindo uma impossibilidade não imputável a qualquer das partes, o empreiteiro não executa a obra, nem o dono da obra paga o seu preço, mas nem por isso fica o empreiteiro com os danos emergentes, tendo o dono da obra que o indemnizar pelo interesse contratual negativo (ou parte

40. Estas regras, se não lidas já no quadro do que se entende que *deve ser* a efetiva distribuição de riscos (i.e., saber a que esfera devem ser *imputados*, e não aquela em que *caem*), deixam questões em aberto – v.g., se a impossibilidade resultar da falta de cooperação do credor por estar este impedido de colaborar, as despesas em que o devedor já incorreu ficam com ele, pois tem o “risco de investimento”, ou devem ser suportadas pelo credor, que tem o “risco da colaboração”? Mesmo sem entrar nos casos problemáticos, a “simples” regra de que, em caso de impossibilidade não imputável a nenhuma das partes, fica o devedor com o prejuízo das despesas inutilizadas não dispensa uma indagação sobre a sua razão de ser – cfr. MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 579 ss.; PEREIRA, *Conceito*, pp. 300 ss. Questionando a valia do *casum sensit dominus*, N. TRIGO DOS REIS, “Responsabilidade civil por contágio pelo novo coronavírus? Algumas notas sobre a responsabilidade aquiliana em tempos de pandemia”, *RFDUL/LLR*, LXI, 2020, pp. 538 ss.

41. O fundamento geralmente apontado para esta regra reside no próprio sinalagma contratual e na ideia de reciprocidade entre as prestações – sobre a questão, MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 579 ss.; PEREIRA, *Conceito*, pp. 92 ss., rejeitando que a distribuição de riscos constitua o fundamento da norma vertida no artigo 795.º/1.

42. RIEHM, *Vertragsrecht*, pp. 14-15.

dele)⁴³. Estes regimes – em especial, o do artigo 1227.º –, adianta-se, conhecem depois aplicação analógica a outras situações de impossibilidade⁴⁴.

Sendo este o regime legal, podem as partes regular a impossibilidade nos contratos, o que se usa fazer (diretamente) através de cláusulas de *força maior*⁴⁵.

2.6. Estas são, se se quiser, as coordenadas básicas da impossibilidade definitiva: o devedor não tem que prestar (porque não *pode* prestar) mas, não sendo a impossibilidade imputável ao credor, também não recebe a contraprestação, suportando, salvo imputação ao credor ou regra especial, o risco de investimento.

Suscitam-se, porém, dificuldades logo ao nível da identificação de situações de impossibilidade, designadamente quando se traga a perturbação do fim do credor para a equação e o devedor se veja impossibilitado de prestar, não por um problema na sua capacidade de prestar, mas porque a prestação “perde sentido” para o credor – e isto, importando ter presente que o alargamento da impossibilidade (e, antes, do conceito de prestação) é suscetível de alargar as

43. P. ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações – Parte especial (contratos)*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 450, salientando que o artigo 1227.º consubstancia uma regra de repartição de risco.

44. *Infra*, 4. Assim também na Alemanha – C. GRÜNEBERG, “§275”, in PALANDT, *BGB*, 78.ª ed., Munique, Beck, 2019, p. 368, mencionando a aplicação analógica do §645 BGB (que, na empreitada, admite que o devedor receba uma contraprestação parcial, abrangendo os trabalhos já realizados e as despesas não incluídas na remuneração).

45. As cláusulas geralmente preveem o direito à reposição do equilíbrio financeiro (pressupondo a impossibilidade temporária) ou a resolução do contrato, se a impossibilidade se tornar definitiva ou se a reposição do equilíbrio financeiro se revelar demasiado onerosa. Porém, suscita-nos dúvidas o direito à reposição do equilíbrio financeiro. Inexistindo cláusula de força maior, a impossibilidade temporária (inimputável) encontra-se regulada no artigo 792.º CC, ao qual subjaz a ideia de que é ao devedor que pertence suportar os prejuízos causados pela impossibilidade temporária (por ex., PERESTRELO DE OLIVEIRA, *RFDUL/LLR*, pp. 72 ss.), embora admitamos que solução diferente possa ter lugar se a impossibilidade temporária implicar que o contrato fique de tal forma desequilibrado que a continuidade da sua execução fica em jogo (i.e., uma potencial alteração subsequente das circunstâncias); porém, a previsão de reposição do equilíbrio financeiro, sem mais, equivale a colocar o risco da força maior *integralmente* no contraente público, o que se afigura questionável à luz da ideia de *indisponibilidade dos dinheiros públicos* (da mesma forma que não pode o contraente público proceder ao reequilíbrio financeiro em caso de alteração das circunstâncias, quando apenas resulta da lei que deve efetuar uma modificação segundo a equidade; sobre a proibição de liberalidades na atribuição de indemnizações, RICHER e LICHÈRE, *Droit*, p. 245). O mesmo vale para a inclusão nas cláusulas de força maior de situações de maior onerosidade, associando-lhe um direito à reposição do equilíbrio financeiro. Admite-se, porém, que outra possa ser a conclusão, em função de outros elementos do contrato e da distribuição global de riscos que nela seja efetuada (aliás, veja-se que a reposição do equilíbrio financeiro vem muitas vezes limitada ao excesso dos prejuízos em relação à indemnização coberta, ou que seria coberta, por seguro, apontando assim, afinal, para uma ideia de partilha do risco). Em sentido contrário, considerando que nenhum obstáculo existe a que os contratos prevejam o reequilíbrio financeiro em caso de força maior e, se bem compreendemos, que na ausência dessa previsão, os prejuízos causados pela pandemia geram direito à reposição do equilíbrio financeiro (mas não se se optar pela resolução), MELO e TAVARES MAGALHÃES, *Direito*, pp. 527-9. No direito francês, salientando que a previsão de uma indemnização (que pressupõe que a impossibilidade não seja definitiva) se funda num mecanismo de solidariedade contratual, cobrindo danos emergentes mas não lucros cessantes, J. F. OUM OUM, *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, LGDF, Paris, 2014, p. 364.

situações em que o devedor, vendo-se impossibilitado de prestar, também não recebe a contraprestação⁴⁶. Pense-se no fornecimento de refeições escolares e na suspensão de aulas presenciais: é este um caso de impossibilidade, sendo certo que a perturbação não se situa na esfera do devedor – que, por si, pode continuar a fornecer – mas na esfera do credor? Se se tratar de uma impossibilidade, e se não for imputável a nenhuma das partes, deve ficar o devedor com o risco do investimento, como quando a causa da impossibilidade se situa na sua esfera, ou deverá ainda o credor suportar o interesse contratual negativo (ou parte dele) e, se sim, a que título? Ou será que, mesmo sendo impossibilidade, é ainda imputável ao credor (que pode ter sido até quem decretou a suspensão das aulas), continuando este (afinal) obrigado à contraprestação? E se não houver impossibilidade, *quid iuris*?

3. Perturbações do fim do credor e impossibilidade

3.1. Se situações existem de impossibilidade que não suscitam dúvidas – a própria atividade do devedor, em si considerada, deixa de ser possível de acordo com as leis da natureza ou por determinação legal –, outras há que não oferecem uma solução tão fácil. Assim sucede quando a perturbação se situa no resultado pretendido pelo credor, sucedendo que “o resultado da prestação perde sentido”⁴⁷.

Numa sistematização corrente, são três as categorias de casos identificadas pela doutrina: i) a de “realização do fim por outra via” ou “consecução do fim por via diversa do cumprimento” (*Zweckerreichung*); ii) a de “desaparecimento do fim” (*Zweckverfehlung, Zweckfortfall*); e ainda iii) a de “frustração do fim” ou de “perturbação do fim” (*Zweckvereitelung, Zweckstörung*)⁴⁸. Na situação i) de *realização do fim por via diversa* do cumprimento, a atividade contratada deixa de ser necessária porque o credor obtém o mesmo resultado por outra via – recorrendo aos casos geralmente trabalhados pela doutrina e que constituem ponto de referência para o diálogo, temos o caso clássico do barco encalhado que, entretanto, se libertou por ação da maré⁴⁹, ou o do doente que ia ser operado mas que, entretanto, se curou⁵⁰, ou o do carro que ia ser rebocado por estar avariado mas que volta a trabalhar⁵¹ ou que estava mal estacionado e é retirado antes de chegar o reboque⁵². Na situação de ii) *desaparecimento do fim*, ocorre (em regra) a

46. Podendo mesmo dizer-se que “o problema do *destino da contraprestação*” constituiu “o pretexto fundamental da querela nascida em torno do conceito de prestação” – PEREIRA, *Conceito*, p. 33.

47. BRANDÃO PROENÇA, *Lições*, p. 241; MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, p. 331.

48. Seguimos aqui a síntese de MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 329 ss. Note-se que a “frustração do fim” conhece sentidos diferentes na doutrina. Por exemplo, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, pp. 76-7, enuncia duas categorias de situações, a “frustração do fim” e a obtenção do fim por outra via; na primeira, está em causa a perda do substrato da prestação (ou seja, de “desaparecimento do fim”).

49. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, p. 353, referindo aos casos de “esgotamento do escopo” ou “obtenção do escopo”; MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, p. 331.

50. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, p.77; MENEZES LEITÃO, *Direito*, p. 123.

51. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, p. 353.

52. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, p. 77.

perda do “substrato da prestação”, isto é, das “condições [objetivas ou subjetivas] cuja existência é necessária ao cumprimento da prestação devida” – assim, quando o barco que ia ser rebocado afunda, ou quando morre o paciente que ia ser operado⁵³. Em iii), nas situações de *frustração do fim*, “a prestação é possível mas já não tem sentido para os credores”⁵⁴, deixando de fazer sentido para estes porque deixa de satisfazer o seu interesse, tornando-se inútil⁵⁵; em causa estará o “fim secundário” ou “fim de emprego”, i.e., “a finalidade que o credor visa alcançar com a satisfação do fim primário”⁵⁶ – assim, desde o arrendamento da janela para ver a coroação que é cancelada⁵⁷ à hipótese do transporte para um jogo que é cancelado devido ao nevoeiro⁵⁸. Em todas estas casos denota-se a presença de uma causa externa que impede a utilidade da prestação, não estando em causa uma mera mudança da vontade do credor mas uma situação que o ultrapassa – i.e., que produz inexoravelmente a “perda de sentido do resultado” da prestação – ainda que a sua causa não seja necessariamente inevitável (v.g., na casa que arde, pode até o credor ter ateadado o fogo). Em muitas situações, denota-se também um elemento de imprevisibilidade (a maré inusitada que liberta o barco), embora porventura não nos mesmos termos exigentes da alteração das circunstâncias⁵⁹; noutras situações, não há razão para subentender a imprevisibilidade (o doente que ia ser operado morre) ou ela não é de todo concebível (o carro indevidamente estacionado que é retirado pelo proprietário).

3.2. Considerando que, nas situações descritas, a atividade do devedor – a “ação abstracta de prestar”⁶⁰, a atividade de prestar “em si mesma considerada”⁶¹ ou a “capacidade de prestar” do devedor⁶², – não é perturbada (não provém da esfera do devedor), antes se situando o problema no resultado – simplificando, *na esfera do credor* – emergiu a discussão sobre qual o sentido de “prestação”⁶³: se é esta apenas atividade do devedor, ou se é também a obtenção do resultado pretendido pelo credor. Inclina-se a doutrina para considerar que a prestação não

53. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, p. 353, referindo-se à “supressão do escopo”; MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 331-2.

54. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, p. 353, referindo-se à “perturbação do escopo”.

55. MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, p. 332.

56. MONTEIRO PIRES, *Contratos*, pp. 17-18; MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 358 ss. (por exemplo, a entrega da coisa seria o fim primário, a sua revenda pelo credor a um terceiro seria o fim de emprego).

57. Trata-se dos *coronation cases* (o arrendamento de imóveis, por um preço elevadíssimo, para assistir à coroação do rei Eduardo VII, entretanto cancelada por força de doença) - MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 352 ss.; FONTES DA COSTA, *Da alteração*, pp. 180 ss.; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 14.^a ed., Munique, Beck, 1987, pp. 326 ss.

58. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, p. 353.

59. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, pp. 687 ss.; FONTES DA COSTA, *Da alteração*, pp. 433 ss.; MONTEIRO PIRES, *Contratos*, p. 188.

60. PEREIRA, *Conceito*, pp. 16 ss.; MENEZES LEITÃO, *Direito*, p. 124 (sem prejuízo de depois equiparar à impossibilidade; *infra*).

61. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código*, p. 44 (sem prejuízo de não recusarem a impossibilidade nas três categorias acima descritas; *infra*); ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, p. 75, afirmando que “o devedor continua[r] em condições de, por si, realizar o comportamento devido” (embora aqui reportando-se aos casos em que afunda o barco que ia ser rebocado ou morre o paciente que ia ser operado – de falta de substrato da prestação, se bem entendemos).

62. BRANDÃO PROENÇA, *Lições*, p. 241.

63. BAPTISTA MACHADO, *Obra dispersa*, pp. 264 ss.

compreende apenas a atividade do devedor, em abstrato considerada, mas antes a obtenção do resultado através da atividade do devedor⁶⁴.

Assumido um conceito de prestação enquanto resultado, daí resulta que as situações ii) de *desaparecimento do fim* (de desaparecimento do substrato da prestação: o barco encalhado afunda-se) são entendidas como situações de impossibilidade de prestação – entendida a “prestação enquanto resultado (ou, se se preferir, a acção de prestar em concreto)”, i.e., a atividade a que o devedor se obrigou nos quadros de um concreto plano negocial, fica (inclusivamente) prejudicada a sua “possibilidade física”⁶⁵. Também as situações de i) de *realização do fim por outra via* (o barco encalhado que se solta por ação da maré) parecem ser tidas como situações de impossibilidade, embora se detete maior controvérsia quanto ao seu âmbito – se bem vemos a coisa, tanto pode estar ainda em causa a perda do substrato como a situação deslizar já para a mera “frustração do fim”⁶⁶.

64. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, pp. 362-3 (sem prejuízo de as três categorias de situações acima referidas serem tidas como “impossibilidades imperfeitas”, suscitando posteriores distinções de regime); PEREIRA, *Conceito*, pp. 17 ss.; MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 335 ss. Já BAPTISTA MACHADO, *Obra dispersa*, p. 270-1, distinguia entre “impossibilidade de prestar” e “impossibilidade de cumprir”. No seu seguimento, M. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 669, nr. 727; M. FONTES DA COSTA, *Da alteração superveniente de circunstâncias*, Coimbra, Almedina, 2019, reimp., pp. 225 ss. (p. 227); M. CARNEIRO DA FRADA e M. FONTES DA COSTA, “Sobre os efeitos das crises financeiras na força vinculativa dos contratos”, in *XX Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*, II, Porto, 2017, p. 195 e nr. 42, rejeitando reconduzir “a perturbação da realização do fim da prestação («Zweckerreichung», «Zweckstörung»)” à impossibilidade. Ainda MENEZES LEITÃO, *Direito*, p. 124, considerando que não há “impossibilidade da prestação, uma vez que a acção abstracta de prestar se mantém como possível” (mas depois equiparando à impossibilidade, ao contrário dos Autores anteriores).

65. PEREIRA, *Conceito*, pp. 16 ss. Como explica a Autora, podem estar em causa três sentidos de prestação: a obtenção de um resultado através da relação obrigacional, a “acção de prestar, em vista desse resultado” e “a parte da acção de prestar que incumbe ao devedor”, abstratamente considerada. Ora, nos quadros de um concreto plano negocial, o devedor não se obriga em abstrato mas em concreto – não se obriga a desencalhar um barco mas aquele barco; se o barco afunda, torna-se fisicamente impossível rebocá-lo (assim, também, ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, pp. 76-7, referindo-se a uma “verdadeira impossibilidade”). Como refere MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, pp. 362-3, a autonomização da atividade do devedor resulta de uma cisão artificial entre objeto e resultado. É possível, no entanto, adotar uma (suposta) conceção mais restrita de prestação (i.e., à atividade, bipartindo os termos da questão) e não prejudicar a conclusão de que se trata de impossibilidade. Assim, em posições mais restritivas do campo da impossibilidade, o desaparecimento do fim (ou, pelo menos, o desaparecimento do substrato) não surge nas situações excluídas – veja-se PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código*, p. 44, que rejeitam a impossibilidade nos casos em que o cortejo não se vai realizar ou em que o automóvel avariado volta a trabalhar, antes de ser rebocado (mas sem referir, por exemplo, o caso do barco que ia ser desencalhado e afunda); ou MENEZES LEITÃO, *Direito*, p. 120, que oferece precisamente como exemplo de impossibilidade *tout court*, antes de abordar esta problemática, o do barco que ia ser desencalhado e afunda (em concreto, para ilustrar a impossibilidade “objetiva”); situações discutíveis, que considera apenas equiparáveis à impossibilidade, são somente as de realização do fim por outra via e de frustração do fim; ainda as referências a G. Stella em MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, p. 332, nr. 1576, e p. 334, nr. 1590.

66. Se se encontra a afirmação de que as situações de *Zweckerreichung* consubstanciam impossibilidade (por ex., MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 331 ss.; J. NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 12.^a ed., Munique, Beck, 2020, pp. 514-5; GRÜNEBERG, *BGB*, p. 368), já parece não existir consenso quanto à recondução dos casos clássicos à categoria. Elucidativo é, a esse propósito, o do reboque do carro avariado que volta a funcionar sozinho – se se

Dúvidas suscitam, seguramente, os casos iii) de frustração do fim⁶⁷. Estando em causa o “fim de emprego” da prestação, entende-se que, *por regra*, esse risco pertence ao credor⁶⁸ – a sua frustração “é mero assunto do credor”⁶⁹. Admite-se, contudo, que a frustração do fim implique impossibilidade quando estejam em causa “prestações finalizadas”, i.e., prestações de “fim único ou infungível”⁷⁰, (ou) de fim vinculado e não neutro⁷¹, em que (ou desde que) “o resultado seja um elemento, estrutural e/ou funcional da prestação devida”⁷². Recusando-se a impossibilidade, abre-se outra frente problemática: ou o risco do emprego é sempre, e em qualquer circunstância, do credor (i.e., só assim não será se houver “finalização”)⁷³, ou admite-se que, em determinadas situações, possa ser o credor a invocar uma alteração anormal das circunstâncias⁷⁴.

3.3. A operar a finalização da prestação através de um critério como o que distingue entre contratos de “fim neutro” e de “fim vinculado”, dir-se-ia, numa primeira leitura, que os contratos administrativos de colaboração, atenta a “lógica da função”⁷⁵, seriam sempre “finalizados” – dada a ineludível presença do *fin* de interesse público, os contratos administrativos de colaboração dificilmente serão, *neste sentido*, contratos de “fim neutro”. Porém, impõe-se alguma cautela.

Antes de mais, importa ter presente o que significa “finalizar” a prestação em termos de consequências do regime da impossibilidade. Não havendo impossibilidade, o risco de frustração do fim é, à partida, um problema do credor, que continua vinculado à contraprestação; admitir-se-á que “desista”⁷⁶ – como se

pode dizer que o credor obteve o que pretendia sem a prestação, não deixa esta de ser possível; perde o sentido, é certo, mas, ao contrário do reboque do carro que já não está lá, é possível rebocar um carro que já não está avariado. Esse caso é, assim, reconduzido por alguma doutrina à categoria da frustração do fim (quer aceitando-se que se trate de impossibilidade – Beuthien, em MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, p. 341 –, quer recusando-o – LARENZ, *Lehrbuch*, p. 328; NEUNER, *Allgemeiner*, p. 515; ainda PEREIRA, *Conceito*, pp. 21 ss.). Já outros casos de *Zweckerreichung* implicam a impossibilidade da ação de prestar em concreto, à semelhança dos casos anteriores (perda de substrato): quando se desmorona o muro cuja demolição se tinha contratado, o credor realiza o fim sem a prestação mas, de todo o modo, não seria mais fisicamente possível demolir *aquele* muro. E noutros casos, como o da operação ao doente que se cura, depende da concreta patologia que estava em causa – PEREIRA, *Conceito*, pp. 17 e 23.

67. MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, p. 347 ss.

68. Por ex., PEREIRA, *Conceito*, p. 37 e referências bibliográficas.

69. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, p. 358: “se se chama um reboque à casa do credor e este vem, deve ser pago, independentemente da utilidade que tenha”.

70. BAPTISTA MACHADO, *Obra dispersa*, pp. 268-9: “o devedor aceita vincular-se a uma prestação individualizadamente talhada em função de um escopo único (ou em que a prestação, de sua natureza, só pode servir a um fim determinado e único)”. De notar que este conceito surge a propósito “das hipóteses de «frustração» ou de «realização por outra via» do fim”, conceitos em que BATISTA MACHADO segue ANTUNES VARELA, dando como exemplos os do carro que ia ser reparado e é furtado e o do muro que se desmorona sozinho (*Obra dispersa*, p. 260, pp. 304-308).

71. MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, p. 338 ss., com referência à posição de Beuthien; MONTEIRO PIRES, *Contratos*, p. 17.

72. MONTEIRO PIRES, *Contratos*, p. 17.

73. MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 347 ss.

74. *Infra*, 5.

75. Entre outros, GONÇALVES, *O contrato*, p. 105.

76. Cfr. P. ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, pp.

permite em alguns contratos no CC (v.g. artigo 1229.º), e de forma geral no CCP sob a designação de “resolução por motivo de interesse público” (artigo 334.º) – mas, como se sabe, desde que indenize pelo interesse contratual positivo.

Ora, a “finalização” da prestação intromete-se neste esquema: a frustração do fim de emprego deixa de ser um risco do credor para ser também um risco do devedor; por outras palavras, o devedor partilha com o credor o risco de se ver frustrado o fim de emprego que este destinava à prestação. Sendo uma impossibilidade, e não sendo imputável ao credor (e nunca o será pelo risco, ainda que previsível, visto o risco já não ser apenas do credor), o credor fica desobrigado da contraprestação (artigo 795.º, n.º 1, CC). Porém, apesar da recondução à impossibilidade – um regime de “tudo ou nada”, recorde-se –, entende-se, ainda assim, que deve haver lugar a uma solução de repartição de riscos, convocando-se a aplicação (análoga) do artigo 1227.º: o credor deve indemnizar o credor pelas despesas e pelos trabalhos já executados (mas não mais do que isso)⁷⁷.

Assim, a recondução da frustração do fim à impossibilidade traduz-se (acaba por traduzir-se) numa repartição de riscos, afastando o risco exclusivo do credor. Repartição esta que – pese embora se denotar uma tendência para apenas libertar o credor da totalidade do risco quando haja finalização, excluindo que possa invocar uma alteração anormal das circunstâncias em caso de “frustração do fim” – pode acabar por impor uma repartição de riscos para lá do que seria (ou do que for) admitido em alteração das circunstâncias – v.g., cobrindo riscos previsíveis, ainda que inevitáveis⁷⁸.

3.4. Sendo esta a implicação de finalizar a prestação, compreende-se que a descoberta de uma prestação finalizada, por entre várias propostas⁷⁹, seja colocada

530-1.

⁷⁷. *Infra*, 4, 5.

⁷⁸. Importa não perder de vista o regime da alteração das circunstâncias, mais não seja para evitar assimetrias que resultem apenas da recondução da perturbação à impossibilidade. Mesmo quando não se exclua que o credor possa invocar a alteração das circunstâncias, fica esta sempre arredada quando se trate de um evento previsível, continuando o credor obrigado à contraprestação. Contudo, na impossibilidade, o evento previsível, mas inevitável, oferece-se como um evento não imputável ao credor, o que o desobriga da contraprestação. Ainda que se entenda que a impossibilidade pode aqui ser imputável pelo risco (embora inevitável, era previsível – v.g., o barco que afundou tinha um rombo ou sabia o credor que era possível que se desencalhasse por força das marés; *infra*, 4.), a finalização da prestação impede a imputação, na medida em que o risco deixa de ser exclusivo do credor, impondo-se uma repartição de riscos onde esta não seria admitida em alteração das circunstâncias (v.g., o aluguer do autocarro e o cancelamento do jogo devido à mudança, não imprevisível, de condições climatéricas). Este resultado contradiz o que parece ser a posição de partida, de apenas libertar o credor do seu risco quando haja finalização, vedando-lhe a alteração das circunstâncias. Por outro lado, nas situações em que a repartição de riscos não vá para lá do que seria possível em alteração das circunstâncias, não se deixa de notar que a repartição de riscos é a regra própria desta, acabando por se ter que “corrigir” o regime da impossibilidade, inspirado por uma lógica de “tudo ou nada”, de modo a aproximá-lo da alteração das circunstâncias.

⁷⁹. Sobre os vários critérios de identificação de “prestações finalizadas”, MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 337 ss. (e reconhecendo a “nebulosidade” dos critérios de distinção entre um fim neutro e um fim vinculado, 341, nr. 1622).

na dependência da interpretação de cada contrato, não decorrendo a finalização do tipo contratual (ainda que sem prejuízo de haver tipos contratuais que mais facilmente se prestam a uma finalização da prestação)⁸⁰; que a finalização fique mesmo dependente de ter sido contratualmente assumida uma relação especial de risco ou de garantia em relação ao fim de emprego⁸¹; que, de todo o modo, não basta ter sido o fim revelado nas negociações e até ter o devedor conhecimento da sua essencialidade, exigindo-se que o fim tenha sido objeto de acordo, i.e. que faça parte do conteúdo do contrato, e porventura apenas quando assim sucedeu de forma expressa ou limitando-se a interpretação pela ideia da excecional oneração do devedor⁸².

Não subestimando a dificuldade do tema, julgamos que a umbilical ligação dos contratos administrativos de colaboração à prossecução do interesse público não é suficiente, por si só, para incluir o fim de emprego no conceito de prestação⁸³. Da celebração de um contrato administrativo apenas se retira que o contratante aceita a preponderância do fim de interesse público e as respetivas implicações (legalmente previstas) no *pacta sunt servanta, maxime* a de resolução por “razões de interesse público” – e bem se sabendo que a variação do interesse público não é algo de anormal na vida do contrato, podendo tais razões ser decorrentes de necessidades novas ou apenas de uma nova ponderação das circunstâncias existentes⁸⁴; mas tudo isto sem ser a expensas do cocontratante, garantindo-se-lhe a indemnização pelo interesse contratual positivo. Assim não será se tiver sido outra a vontade das partes, podendo dizer-se, quando muito, que os contratos administrativos se prestam com mais facilidade a essa finalização; as partes, aliás,

80. MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 365 ss. Em sentido contrário, as posições referenciadas pela Autora a pp. 360-1, em que contratos como o de sociedade, ou mesmo como o de empreitada, por ser “orientado pelo resultado”, implicariam (ainda que só à partida) o desvio (legal) à regra de que o risco pertence ao credor.

81. MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 358-9, referindo-se à posição de Köhler. Cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito*, pp. 1039-40.

82. MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 363-4, referindo-se a Löwisch e Caspers.

83. Nem mesmo quando se trate de “uma prestação individualizadamente talhada em função de um escopo único (ou em que a prestação, de sua natureza, só pode servir a um fim determinado e único)”, situação que BAPTISTA MACHADO (*Obra dispersa*, pp. 268-9) identifica como prestação finalizada. Como bem refere PEREIRA, *Conceito*, p. 278, não existe, ou não se pode deduzir que exista, “qualquer acordo de partilha de risco implícito no facto de o devedor ter aceite em vincular-se a uma prestação de «fim único e infungível»”: mesmo que as partes tenham colocado a hipótese de o fim se tornar impossível, “nem daí se deduz que elas terão visado dividir o risco de insucesso do programa obrigacional”; ainda LARENZ, *Lehrbuch*, p. 328, distinguindo entre a inclusão do fim no conteúdo do contrato (v.g., através de uma garantia) e a finalização da prestação (individualmente talhada para um único fim), situação em que o fim de emprego (apenas) pode relevar em sede de base do negócio. Com efeito, se o credor só tem um fim para a prestação, e embarca numa relação contratual, obrigando-se à contraprestação, não se vê por que há de o devedor – mesmo estando este ciente da infungibilidade da prestação, e porventura do risco de um evento, até previsível, frustrar o fim do credor – de ser chamado a partilhar esse risco; a infungibilidade traduz-se num risco maior do credor, não necessariamente num risco partilhado (nem tendo que ser partilhado, ou que se deduzir a sua partilha, por ser um risco maior). Na “prestação temporalizada”, o devedor “arrisca mais” (BAPTISTA MACHADO, *Obra dispersa*, p. 267); na prestação de fim infungível, é o credor que arrisca mais.

84. Cfr. artigo 312.º/b) CCP. Relembrando CAETANO, *Tratado*, I, pp. 619-20, “é da índole da atividade administrativa o adaptar-se às exigências do interesse público que deve servir”.

podem assumir uma partilha de riscos para lá do fim de emprego (partilhando, por exemplo, o risco de perda do substrato)⁸⁵, e inclusivamente compor as respetivas consequências para lá do que resultaria da aplicação (análogica) do artigo 1227.º – mas sem um acordo (e acordo válido) nesse sentido, o risco de *emprego* da prestação é apenas do credor público⁸⁶. Em poucas palavras, a “lógica da função” não autoriza, na falta de disciplina especial legal ou contratual, a concluir pela associação do cocontratante ao risco de realização do fim de emprego projetado pelo contraente público, *em termos de* o colocar, perante a frustração do fim de emprego do credor público, numa situação de *partilha do risco* dessa frustração com o credor.

3.5. Resumindo: ainda que o devedor mantenha a sua capacidade de prestar em abstrato, pode verificar-se uma impossibilidade da prestação principal pois a prestação não se reduz à atividade, em abstrato, do devedor, antes se reportando ao que, em concreto, nos quadros do programa negocial acordado entre as partes, o devedor se obrigou a fazer. A perda do substrato da prestação e a realização do fim por outra via, quando contenda ainda com aquele, constituem situações de impossibilidade. Fora destas situações, quando a atividade de prestar, em concreto, ainda se apresenta como possível, a frustração do fim apenas consubstancia uma impossibilidade se o fim tiver integrado o conteúdo do contrato – o devedor não se obrigou a uma atividade em abstrato, obrigou-se a uma atividade em concreto, e *ainda* a que a finalidade do credor fosse atingida, partilhando assim com ele o risco de frustração do fim. Se assim tiver sido, vale o que as partes regularam e os termos em que o fizeram.

Isto dito, a interpretação do contrato joga (como sempre) um papel essencial na determinação daquilo a que, em concreto, o devedor se obrigou⁸⁷. Voltemos ao fornecimento de refeições escolares. Seguramente, a suspensão das aulas presenciais torna o contrato “sem sentido” para o credor. Se o devedor se obrigou não só a entregar *x* refeições mas também a todo o serviço de “gestão” do refeitório, servindo refeições a alunos, admitimos que a ausência destes constitua um caso de impossibilidade da prestação. Já se a prestação for apenas a de entrega de *x* refeições, temos dificuldade em detetar uma impossibilidade – aquilo a que o devedor se obrigou continua a ser possível, deixou de ter utilidade para o credor. E se é certo que o devedor bem sabe para que finalidade servem as refeições, daí não se retira que partilhe com o credor o risco desse fim. Tentando que o texto não fique “contaminado” pela situação pandémica que vivemos,

85. Exemplos de Köhler (em MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, p. 358) estabelecendo distinções consoante, por exemplo, o devedor tenha assumido rebocar um barco danificado antes que afunde, ou aceitado não ser pago se este se afundasse antes de ser rebocado.

86. A transferência de parte do risco de emprego para o cocontratante não deverá consubstanciar-se num desequilíbrio, devendo ter reflexos na distribuição de riscos e proveitos do plano obrigacional; simplificando, essa transferência de risco (como todas as transferências de risco para o cocontratante) deve consubstanciar-se num custo para o contraente público, que não pode assumir – nem impor, à luz da boa-fé – “direitos ou obrigações manifestamente desproporcionados”, especialmente quando falte ao cocontratante (como muitas vezes sucede) liberdade de estipulação.

87. Tarefa que não é isenta de dificuldades, como se calcula – exemplos em PEREIRA, *Conceito*, pp. 19 ss.

imagine-se que os alunos são transferidos a meio do ano letivo por um motivo de interesse público (seja por se entender que a escola tem alunos em número insuficiente, ou porque a escola deixa de apresentar condições adequadas) – sem mais do que conhecer o devedor a finalidade que serve a sua prestação, não se lhe pode atribuir o risco dessa frustração, que pertence ao credor; frustrando-se o fim, tem sempre a porta aberta para a resolução por motivo de interesse público, indemnizando pelo interesse contratual positivo. Poder-se-á questionar – e agora, voltando a pensar na situação pandémica – se terá que ser sempre essa a solução; já não é, porém, um problema de impossibilidade⁸⁸.

Voltando à impossibilidade: se não é por se manter imperturbada a atividade em abstrato do devedor que se deixa de verificar uma impossibilidade da prestação – ou dito de outra forma, a perturbação que provém da esfera do credor não deixa de implicar uma impossibilidade da prestação a cargo do devedor –, não se pode perder de vista a esfera de onde resulta a impossibilidade. Sem prejuízo de haver impossibilidade da prestação principal, se esta resulta da esfera do credor e não da do devedor, terá ainda o devedor direito à contraprestação ou, ao menos, à cobertura das despesas? Ou fica consigo o risco do investimento?

4. O problema da imputação da impossibilidade ao credor

4.1. Se saber quando há impossibilidade não é incontroverso, também não o é saber o que sucede à contraprestação no caso de impossibilidade que decorre da esfera do credor, colocando-se o problema (mais geral) de saber quando lhe é esta imputável⁸⁹. Pode suceder, assim, que a “porta aberta” pela recondução de uma perturbação no resultado à impossibilidade – a “porta” de o credor recusar a prestação sem entrar em mora e ficar desonerado da contraprestação – se venha a revelar infrutífera, continuando o credor obrigado à contraprestação (ou, por outro fundamento que seja, obrigado a determinada indemnização)⁹⁰.

No que respeita aos critérios de imputação ao credor, as posições doutrinárias podem ser sistematizadas, em grau crescente de amplitude, da seguinte forma: i) a impossibilidade apenas é imputável ao credor perante um ato seu que mereça “alguma espécie de reprovação ético-jurídica”; ii) a imputação basta-se com um ato livre do credor, ainda que justificado; iii) a imputação opera sempre que a causa da perturbação se situe na esfera do credor⁹¹.

Que a imputação ao credor deva operar quando a impossibilidade resulta de um

88. *Infra*, 5, sobre a possibilidade de o credor invocar a alteração das circunstâncias.

89. Como refere MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, pp. 356-7, o problema central das figuras do esgotamento, da supressão e da perturbação do escopo reside em saber qual o destino da contraprestação.

90. PEREIRA, *Conceito*, p. 113, autonomizando a questão de saber o que sucede à contraprestação, quando desaparece a prestação, e a de saber qual o fundamento para a imputação de prejuízos.

91. Seguimos a sistematização de MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 733 ss.

ato seu merecedor de censura⁹², é questão que não se oferece problemática. A dificuldade reside em saber como se compreende essa censura⁹³, considerando que ao devedor não assiste um direito ao cumprimento e, como tal, ao credor não assiste um correspondente dever⁹⁴. Mas, não existindo este dever, pode ainda assim conceber-se que o credor, nos quadros da relação obrigacional complexa, tenha sempre um dever acessório de colaboração, fundado na boa fé⁹⁵. A falta de colaboração do credor (que se pode traduzir na simples recusa da prestação) constitui, assim, ato ilícito, presumindo-se a culpa (artigo 799.º/1 CC)⁹⁶. Indo mais longe, admite-se que a imputação ao credor ocorra desde que haja uma ação ou “*omissão livre do credor*”, aí se incluindo, designadamente, ações ou omissões lícitas, desde que se verifique “*algo de pelo menos semelhante ou análogo a uma causa imputável ao devedor*” (excluindo, portanto, apenas situações em que o devedor é impedido de prestar a colaboração por causa que não lhe seja imputável)⁹⁷. E levando a imputação ao credor ao seu máximo âmbito, admite-se que esta se verifique sempre que a impossibilidade se situe na esfera de risco do credor: “o credor há-de suportar as consequências (desvantajosas) de um não cumprimento relacionado com a sua *pessoa*, com as suas *coisas* ou com a sua *empresa*”⁹⁸. Registe-se, contudo, que, em outras construções da imputação pelo risco (ou objetiva), procura-se ainda assim estabelecer limitações, restringindo a imputação ao credor, por exemplo, aos riscos inerentes à sua atividade e/ou aos riscos evitáveis⁹⁹.

Cruzando-se esta problemática com a das impossibilidades que provêm da esfera do credor, verifica-se que a imputação pela esfera de risco se traduz sempre (ou, ao menos, no âmbito dos riscos compreendidos) no resultado de manter o credor obrigado à contraprestação: a perturbação do fim (*lato sensu*) do credor pode ditar a impossibilidade da prestação mas, ainda assim, verificando-se na sua esfera, é-lhe imputável¹⁰⁰. Porém, mesmo adotando uma ou outra das conceções mais

92. Como em ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, pp. 74-5: “um acto *cenjurável* ou *repro-vável* (culposo, *hoc sensu*)”.

93. O problema tem que ser articulado com a mora do credor; sobre as várias conceções – o credor é inteiramente livre de colaborar ou não, tem o encargo de aceitar o cumprimento, tem um dever de colaboração, ou tem mesmo o dever de respeitar o direito do devedor ao cumprimento –, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, p. 250.

94. Veja-se, por exemplo, ANTUNES VARELA, *Das obrigações*, p. 162, considerando que o credor não está *obrigado* a aceitar a prestação (por ex., o hóspede que reservou o hotel tem o direito, mas não o dever, de ocupar o quarto).

95. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, p. 251.

96. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, pp. 251-2.

97. PEREIRA, *Conceito*, p. 226, pp. 231-2 (o cliente do táxi que se recusa a ser transportado ao aeroporto porque cancelou a viagem fica obrigado à contraprestação; já não o que faleceu), e p. 267. Antes, BAPTISTA MACHADO, *Obra dispersa*, pp. 279-80, excluindo a imputação nos casos em que o credor se encontra impedido e reservando-a para as situações em que o credor provoque a impossibilidade “por uma conduta voluntária sua”.

98. N. PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 456.

99. Sobre várias hipóteses de construção, com destaque para o direito italiano (onde a questão anda a par de uma tendência para a “objetivação” da responsabilidade do devedor, v.g. através de uma “culpa da organização”, em face do artigo 1218 *codice civile*), MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 654 ss.

100. PINTO OLIVEIRA, *Princípios*, pp. 512 ss., p. 517.

restritas da imputação ao credor, pode ainda concluir-se que o credor continua obrigado à contraprestação – é seu o risco da frustração do escopo^{101/102}. Não se exclui, por outro lado, que estas soluções sejam repensadas em face de situações como a que vivemos¹⁰³.

4.2. Entre a sujeição à boa fé e o interesse na continuidade do serviço público, o reconhecimento de que o credor, contraente público, se encontra sujeito a deveres de colaboração não conhece especiais entraves nos contratos administrativos de colaboração¹⁰⁴. Mas, descobertos os deveres e, como tal, sendo concebível a atuação do contraente público que não colabora como uma atuação *ilícita*, outra questão é saber se a imputação ao credor exige ainda, para além da ilicitude, a culpa. Pensamos que, no domínio do Direito Administrativo, a imputação à Administração deve fazer-se, regra geral, por via do ilícito, não havendo lugar para a culpa num Direito que disciplina a atuação de pessoas coletivas sujeitas ao princípio da legalidade: a ausência de capacidade de escolha entre certo e errado obstaculiza o juízo de culpa¹⁰⁵. Ainda que assim não se entenda, em geral, sempre a imputação objetiva pelo ilícito estaria facilitada por se tratar de pessoas coletivas, agindo no âmbito de relações contratuais, e sujeitas à regra de imputação vertida no artigo 800.º CC, entendida esta como um “mecanismo de imputação única por incumprimento do plano negocial” (seja do dever primário de prestar, seja de deveres acessórios do credor) que dispensa a culpa¹⁰⁶. A imputação ao credor – que será, desta forma, uma imputação objetiva, pois dispensa a culpa, mas uma imputação pelo ilícito e não pelo risco – conhece, assim, um âmbito alargado no Direito Administrativo, possibilitando a inclusão de causas de impossibilidade que podiam e deviam ter sido *evitadas* pelo contraente público.

101. PEREIRA, *Conceito*, pp. 267 ss., defendendo a aplicação analógica do artigo 815.º/2 CC. BAPTISTA MACHADO, *Obra dispersa*, p. 281; mas pp. 288-9, p. 291, nr. 35: no caso de impedimento do credor, o problema “deve ser resolvido directamente por aplicação concretizadora do princípio relativo à distribuição do risco contratual, sem passar pela grelha dos conceitos de impossibilidade da prestação e de mora do credor”, e pp. 317 ss.

102. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, pp. 362 ss., considerando que estão em causa “impossibilidades imperfeitas”; pp. 251-2, a propósito da mora do credor, considerando que, na ausência de ilicitude, mas por causa que seja relativa ao credor, este normalmente responde ainda “por força das regras gerais do risco nas obrigações, o qual corre contra ele; porém, aqui o credor não responde por danos exteriores à obrigação”.

103. M. L. PEREIRA, “Mora do credor”, in CIDP, *Novo coronavírus e gestão da crise contratual – 1.º videocast*, 2020, disponível em <https://www.cidp.pt/Archive/Docs/f633504439438.pdf>, p. 26.

104. Cfr. artigo 289.º (e ainda artigo 291.º) CCP. GONÇALVES, *Direito dos Contratos*, p. 496, salientando a ideia de “colaboração recíproca” e a existência de um dever de cooperação do contraente público. Cfte. no Direito Civil, PEREIRA, *Conceito*, p. 224, referindo-se “aos casos em que excepcionalmente se possa documentar a existência de um dever de colaboração”; MONTEIRO PIRES, *Contratos*, pp. 163 ss., com referências várias.

105. M. CARMONA, *Legalidade e culpa na responsabilidade civil da Administração Pública*, dissertação de doutoramento, Lisboa, 2015; M. CARMONA, “Sobre a autonomia da responsabilidade civil da Administração Pública”, in C. AMADO GOMES, R. PEDRO E T. SERRÃO (org.), *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, 2.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2018, pp. 150 ss.

106. M. CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana”, *Direito e Justiça*, 12/1, 1998, pp. 301 ss.

4.3. Pensamos haver ainda razões para que, no domínio dos contratos administrativos, a imputação ao credor compreenda a impossibilidade causada por atos lícitos (ou em que o ilícito encontra uma justificação). Não sendo essa a posição maioritária no Direito Civil, importa ter presente que, no Direito Administrativo, a intervenção perturbadora da execução do contrato, mas justificada, não constitui um “corpo estranho”; pelo contrário, ao contraente público é reservado o direito de resolução por motivo de interesse público, desde que indemneze pelo interesse contratual positivo. Considerando, designadamente, as situações que o contraente público pode resolver o contrato por motivo de interesse público – ou seja, em que o concreto fim pretendido pelo credor com a prestação já não lhe interessa –, conquanto proceda à indemnização do interesse contratual positivo, solução idêntica (em rigor, obrigar ao pagamento da contraprestação, com dedução dos benefícios¹⁰⁷) deve ser adotada quando o contraente público, ao invés de resolver, cause, ainda que lícitamente, a impossibilidade da prestação^{108/109}. Pense-se, por exemplo, na decisão de

107. Entendendo que a própria indemnização por “desistência” deve ser entendida como direito à contraprestação, PINTO OLIVEIRA, *Princípios*, p. 458; cfr. PEREIRA, *Conceito*, pp. 241 ss.; ROMANO MARTINEZ, *Da cessação*, pp. 528-30. Também se pode discutir se o direito à contraprestação (795.º/2) não é, antes, um direito à indemnização pela perda da contraprestação – PEREIRA, *Conceito*, pp. 233 ss.

108. Argumento paralelo foi utilizado no Direito Privado – cfr. PEREIRA, *Conceito*, pp. 237 ss., que, defendendo o critério da imputabilidade ao credor (incluindo, portanto, a atuação lícita), retira dos artigos 1229.º, 1172.º c), 1194.º e 1147.º CC que o credor “tem a faculdade de «desistir» da prestação que lhe foi prometida, garantindo-se, concomitantemente, que o seu exercício se subordina ao integral respeito do direito do devedor à remuneração”; importaria, assim, vedar “ao credor a possibilidade de, ao impedir lícita e livremente a execução da prestação, atingir, através disso, a contraprestação”. No mesmo sentido, PINTO OLIVEIRA, *Princípios*, p. 458.

109. Com igual solução, C. SAAVEDRA PINTO, *O facto do príncipe e os contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 2012, em esp. pp. 84 ss. e p. 145 (integrando no *fait du prince* as decisões que provocam a extinção do contrato); AROSO DE ALMEIDA, *RDA*, pp. 13-14, considerando que existe uma lacuna no CCP e recorrendo depois ao artigo 335.º/2 CCP. Já antes, referindo-se à “caducidade prematura” do contrato (por sua vez, em ligação com a “résiliation de plein droit” do direito francês), P. GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 359-60; GONÇALVES, *O contrato*, p. 137, reconduzindo ao *fait du prince*. Na perspetiva do direito francês – em que a força maior, entendida como causa de exclusão da responsabilidade pelo devedor, não abarca todas as situações de impossibilidade –, é inevitável a dificuldade de enquadramento de decisões públicas que causem a “extinção” do contrato (exija-se ou não uma posterior decisão de resolução pelo contraente público) – veja-se, por exemplo, a discussão sobre a valia da figura da caducidade, em HOEFFNER, *Droit*, pp. 681 ss., ou a resolução por “*changement de circonstances*”, onde parece também caber a resolução por impossibilidade, em RICHER E LICHÈRE, *Droit*, pp. 249-50. Essa dificuldade de enquadramento não tem que existir no direito pátrio: há impossibilidade (que, nos termos já vistos, implica a caducidade, operando *ope legis*, sem que haja lugar a resolução), havendo que saber se é imputável ao contraente público. Sendo imputável, a solução é oferecida pelo artigo 795.º/2 CC: o credor continua obrigado à contraprestação, com dedução dos benefícios. Isto dito, importa saber quando é a impossibilidade imputável ao contraente público, havendo que olhar para o sistema de perturbações do CCP, onde se integra o regime da impossibilidade. Aqui releva, em primeira linha, a solução para a resolução por motivo de interesse público, que é a de indemnizar pelo interesse contratual positivo, solução (valorativamente) idêntica ao pagamento da contraprestação (cfr. notas anteriores), e que há de valer, por *coerência sistemática*, quando não haja contraprestação acordada (*vide*, com interessantes considerações sobre os vários sub-tipos de concessões, L. TORRALBA OLIVEIRA GERALDES, *Concessões de actividades públicas e direito de exclusivo*,

encerramento de um serviço que implica a impossibilidade do contrato de concessão de uma atividade complementar¹¹⁰.

4.4. Admitindo que a impossibilidade causada, licitamente, pelo credor seja ainda uma impossibilidade imputável ao credor, em paralelismo com a resolução por motivo de interesse público, impõem-se duas notas.

A primeira, a de que esta imputação deve funcionar, por coerência sistemática, nos limites legalmente estabelecidos para o chamado *fait du prince*: se, quanto a medidas do contraente público que perturbam o equilíbrio do contrato, opera uma *quebra de imputação* quando tais medidas sejam genéricas, contando que não tenham (apesar disso) repercussão específica no contrato, o mesmo deve suceder quanto se trate de medidas que impossibilitam a execução da prestação¹¹¹.

ROA, 72/4, 2012, pp. 1106 ss.); em segunda linha, as situações em que, por estar em causa uma decisão do contraente público adotada “fora do exercício dos poderes contratuais”, pode haver lugar a uma *quebra de imputação*, impondo-se uma harmonização das situações, sob pena de assimetrias (de seguida, no texto principal).

110. No Acórdão do TCA Norte de 7.10.2016 (Proc. n.º 01193/12.0) estava em causa a cessão de um contrato de concessão de exploração da cafetaria de um hospital na sequência de uma decisão de encerramento do próprio hospital. O Tribunal considerou, e bem, que se estava perante “uma impossibilidade do (seu) cumprimento”, uma vez “que não era possível continuar a ser explorado um Bar num local que iria encerrar ao público”. Mas considerou depois que o encerramento do hospital constituía “uma circunstância anormal e imprevisível”, suscetível de conferir ao concedente o direito a resolver o contrato (e assim chegando ao artigo 335.º/2 do CCP para atribuir a “justa indemnização”, pelo interesse contratual positivo). Mas se se tratava de impossibilidade, como o Tribunal reconheceu, haveria que aplicar o correspondente regime, imputando a impossibilidade ao credor.

111. *Fait du prince* que, como se sabe, é uma figura de contornos indefinidos – entre outros, RICHER e LICHÈRE, *Droit*, pp. 284 ss., recorrendo ao *fait du prince* para agregar todas as atuações lícitas da Administração que sejam fonte (*quando o forem*) de uma responsabilidade *sans faute*; GUETTIER, *Droit des contrats*, pp. 463 ss.; HOEPFFNER, *Droit des contrats*, pp. 646 ss.; CAETANO, *Tratado*, pp. 619 ss.; M. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito administrativo*, I, Coimbra, Almedina, 1984, pp. 706 ss.; L. VILHENA DE FREITAS, *O poder de modificação unilateral do contrato administrativo pela Administração*, Lisboa, AAFDL, 2007, pp. 115 ss.; C. AMADO GOMES, “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, in P. GONÇALVES, *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 533 ss.; A. GOUVEIA MARTINS, “A modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 75 ss. (salientando a perspectiva indemnizatória no direito francês); M. AROSO DE ALMEIDA, “Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 826 e ss.; SAAVEDRA PINTO, *O facto, passim*; L. VILHENA DE FREITAS, *Direito dos contratos públicos e administrativos*, Lisboa, AAFDL, 2014, pp. 461 ss.; A. LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos*, Lisboa, AAFDL, 2014, pp. 235 ss.; P. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “Reequilíbrio financeiro, caso imprevisto e *fait du prince*: autonomia entre distintos mecanismos de tutela da posição dos co-contratantes da Administração”, in *Estudos em homenagem a Mário Esteves de Oliveira*, II, Coimbra, Almedina, 2018, reimp., pp. 989 ss. Questão difícil – que agora não podemos desenvolver – é a de saber quando tem a medida “repercussão de modo específico” no contrato, não tendo como inequívoco que se haja de aplicar o critério da especialidade (e o da anormalidade), pensados para a responsabilidade extracontratual; aqui, não se pode perder de vista que existe uma relação contratual e que é o contraente público, ainda que fora dos poderes de conformação contratual, que causa a perturbação, estando em causa saber quando se justifica operar uma quebra de imputação (i.e., como se não tivesse sido o contraente público a causar a perturbação). Atendendo à repercussão *no contrato* e não à especialidade (que, de todo o modo,

A segunda nota prende-se com outra possível causa de quebra de imputação. Pode suceder que a causa da (medida que dita a) impossibilidade se situe num juízo sobre o que é melhor para o interesse público; esse juízo pode, no limite, colocar até a medida que causa a impossibilidade (ou a resolução) numa zona de redução a zero da discricionariedade¹¹². Ainda que aqui não se veja um “ato livre”, nem por isso se deve deixar – à semelhança da resolução por motivo de interesse público – de obrigar a Administração a indemnizar pelo interesse contratual positivo, na medida em que estamos ainda na *normal* variação do interesse público; se se quiser, o risco de perturbações da finalidade é maior no credor público, que está sempre obrigado a prosseguir o melhor para o interesse público, que se sabe ser de natureza mutável. Porém, em situações extremas, como as que podemos encontrar na pandemia – por ex., se em vez de uma decisão, como a antes referida, de extinção de um hospital por uma questão de melhor reorganização, ocorrer a afetação de um edifício, onde iria decorrer uma obra, a um hospital de campanha – admitimos que seja invocável uma “força maior” pelo credor público, obrigando-o, ainda assim, a indemnizar, por se tratar da sua esfera, mas apenas pelo interesse contratual negativo, numa lógica de repartição de riscos anormais¹¹³.

4.5. Tendo admitido a imputação ao credor por ato ilícito (não culposos) e por ato lícito justificado, já mais dúvidas nos suscita que a imputação possa operar com base numa genérica imputação à esfera de risco do credor. Semelhante imputação – nestes quadros, abrangendo todos os eventos *inevitáveis*, desde que manifestados na pessoa, nas coisas ou na “empresa” do credor – não quadraria bem com as demais coordenadas do sistema, onde não vigora um princípio geral de imputação pelo risco¹¹⁴. Isto, porém, sem prejuízo de poder ocorrer uma imputação (especial) pelo risco, decorrente de riscos que as partes tenham assumido no contrato (até inevitáveis, desde que previsíveis)¹¹⁵.

não impede que fique abrangida uma *categoria* de destinatários), admitimos que a suspensão das aulas presenciais seja ainda um facto imputável ao contraente público, dada a conexão entre a medida e a perturbação dos contratos de fornecimento de refeições escolares.

112. Como já referia CAETANO, *Tratado*, pp. 619-20, a “Administração *serve* o interesse público e não pode exonerar-se do dever de procurar sempre os melhores processos técnicos e os meios materiais e jurídicos de realizá-lo”.

113. Veja-se, no direito francês, a alusão de P. TERNEYRE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Paris, Economica, 1989, pp. 217-8, à existência do elemento da *exterioridade* numa decisão, tomada sob ordens do ocupante em tempo de guerra, em que se considerou que havia “força maior” exoneratória da Administração. No direito alemão, admite-se, ao lado da resolução por alteração das circunstâncias, a resolução por *necessidade*, de que resulta uma indemnização pelo interesse contratual negativo (embora o ponto seja discutido – H. MAURER e C. WALDHOFF, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 20.^a ed., Munique, Beck, 2020, pp. 444 ss.; C. TEGETHOFF, “§60”, in KOPP/RAMSAUER (org.), *Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar*, 21.^a ed., Munique, Beck, 2020, p. 1474).

114. MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 746 ss.

115. Voltando aos casos: o credor que chama o reboque para retirar um carro indevidamente estacionado há de assumir o risco (inevitável, mas previsível) de o carro ser retirado antes de chegar o reboque; ou quem pede a demolição de um muro, se este estiver em risco de ruir, assume igualmente o risco de ele se desmoronar sozinho antes que se proceda à sua demolição. Muito embora se denote uma tendência para colocar o acento tónico na inevitabilidade, em lugar da imprevisibilidade, esta não será irrelevante (mesmo quando o evento ou as suas consequências sejam inevitáveis) logo em sede de determinação dos riscos assumidos no contrato.

Porém, recusando-se a imputação ao credor (ou que este de outro modo fique obrigado à contraprestação), deteta-se a injustiça da situação do devedor, que fica com o “risco de investimento” numa situação em que, recorde-se, a sua “capacidade de prestar” permaneceu intocada, tendo o problema surgido na esfera do credor – “não seria justo que o devedor houvesse de suportar, sem nenhuma compensação, as despesas que tenha feito ou o prejuízo que haja sofrido, sabendo-se que a causa da impossibilidade da prestação se registou numa *zona de risco* que é mais do credor do que do devedor”¹¹⁶. Assim, procurando uma solução intermédia, entre o que resultaria da aplicação do artigo 795.º/1 ou do artigo 795.º/2, busca-se apoio noutras normas do ordenamento para fundar a imputação de determinados danos ao credor, seja aplicando por analogia o artigo 468.º/1¹¹⁷, seja convocando, diretamente ou por analogia, o artigo 1227.^o^{118/119}. Não sendo isento de controvérsia o fundamento de aplicação do artigo 1227.^o e a forma como se articula com as demais regras sobre impossibilidade¹²⁰, pode ainda assim admitir-se que essa norma (ou outra) constitua expressão de um princípio geral, fundado na equidade, de repartição de *riscos anormais* (imprevisíveis e/ou inevitáveis) entre as partes envolvidas numa relação comercial¹²¹. Este princípio terá aplicação sempre que a execução do contrato tenha implicado o investimento do devedor, desde que a impossibilidade, conquanto não imputável ao credor, provenha ainda assim da sua esfera e não da do devedor¹²². E, fundando-se na

Acréscimo a comparação com a alteração das circunstâncias, mesmo em caso de situações de recondução não duvidosa à impossibilidade (v.g., o barco que afunda), que não deve deixar de estar presente para que se evitem assimetrias – há um aspeto comum, que é o de saber qual a extensão do risco de cada parte no contrato. Um caso interessante – até porque haverá de lidar também com contratos celebrados já durante a pandemia e em alturas em que se esperava uma segunda vaga – foi decidido pelo RG em 1918, como nos dá conta MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, p. 624. Pese embora tratar-se de um problema de imputabilidade ao devedor, no âmbito de um contrato de fornecimento, destaca-se que, no caso, o tribunal considerou que, ao celebrar um contrato em tempo de guerra, o devedor corre um risco próprio quando não consegue fornecer por causa da falta de um terceiro. A propósito da alteração das circunstâncias, sobre os contratos “relativamente aleatórios”, i.e., os que são celebrados já em situações anormais e em que, como tal, o “risco normal” é mais amplo, L. CARVALHO FERNANDES, *A teoria da imprevisão no direito civil português*, Lisboa, Quid iuris, 2001, reimpr., pp. 123 ss.

116. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, p. 85.

117. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações*, p. 85.

118. No sentido da aplicação analógica do artigo 1227.^o, BAPTISTA MACHADO, *Obra dispersa*, pp. 276-7. p. 280, p. 306-8; MENEZES LEITÃO, *Direito*, p. 127; ROMANO MARTINEZ, *Da cessação*, p. 108; MONTEIRO PIRES, *Contratos*, pp. 44-5. Contra, PEREIRA, *Conceito*, pp. 281 ss. Quanto à relação entre o artigo 1227.^o e o artigo 1228.^o, na empreitada, PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código*, pp. 829 ss.; ROMANO MARTINEZ, *Direito*, pp. 450 ss.; MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 752 ss.

119. Ou ainda o artigo 1040.^o - sobre o seu possível significado sistemático, BAPTISTA MACHADO, *Obra dispersa*, pp. 326-7; PINTO OLIVEIRA, *Princípios*, pp. 465 ss.; MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, p. 749.

120. PEREIRA, *Conceito*, pp. 281-3.

121. MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 763-4, considerando que o artigo 1227.^o “constitua uma norma especial que consagra uma solução de equidade”; CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança*, pp. 669-70, fundando a indemnização na confiança (de que seria manifestação o artigo 1227.^o do CC).

122. Parece-nos que em termos mais restritivos (“num contrato orientado a um resultado, em que o credor está, em regra, adstrito a uma colaboração particularmente intensa”), MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 763-4.

equidade, pode inclusivamente suceder que a indemnização não se faça nos estritos termos do artigo 1227.⁹¹²³.

5. Impossibilidade e alteração das circunstâncias

5.1. Como vimos em 3., nem todas as situações de perturbação do escopo são reconduzidas à impossibilidade (embora o seja sempre em caso de perda de substrato). Para outras, como demos conta, abre-se a porta da alteração das circunstâncias (que, de qualquer forma, sempre conviria examinar, por forma a evitar assimetrias).

A alteração anormal das circunstâncias surgiu inicialmente no Direito Administrativo sob as vestes da *teoria da imprevisão*, tendo sido pensada – até pelo fundamento na continuidade do serviço público – para ser apenas de invocação pelo cocontratante da Administração¹²⁴. E, nos quadros da perturbação da base do negócio, como já demos conta, não é inequívoco que se compreenda as perturbações do fim do credor. O *emprego* da prestação constitui um risco do credor que, salvo “finalização”, não é partilhado pelo devedor – ou seja, não há impossibilidade, não se abrindo a hipótese de o credor ficar desobrigado da contraprestação (o credor já não vê utilidade na prestação mas tem que cumprir o acordado, realizando a contraprestação)¹²⁵. Dito de outro modo, salvo a dita “finalização”, o risco da frustração do fim pertence ao credor e, sendo este um risco próprio do contrato, fica arredada a invocação da alteração das circunstâncias, *subsidiária* em face das regras sobre distribuição do risco contratual¹²⁶.

Admitimos, porém, que, à margem da inclusão do fim no conteúdo contratual, possa este ainda assim relevar em sede de *base do negócio*¹²⁷. Não prejudicando que o ponto de partida continue a ser o de o risco pertencer ao credor, a invocação

123. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança*, pp. 669-70, admitindo que o credor fique obrigado a indemnizar o devedor pela totalidade ou por parte das despesas. Se a leitura do artigo 1227.^o é a de aí ver uma indemnização pelas despesas (i.e., por parte do interesse contratual negativo), admitem P. ALBUQUERQUE e M. ASSIS RAIMUNDO, *Direito das Obrigações*, II, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 498, nr. 1834, que esteja em causa o interesse contratual positivo, na parte em que manda indemnizar pelos trabalhos executados.

124. RICHER e LICHÈRE, *Droit*, pp. 267 ss.; GUETTIER, *Droit*, pp. 467 ss. (468); E. LABROT, *L'imprévision*, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 55 ss.

125. *Supra*, 4.1. MONTEIRO PIRES, *Impossibilidade*, pp. 347 ss.; MONTEIRO PIRES, *Contratos*, pp. 198-9, afirmando que se deve “evitar uma fuga para a cláusula geral do artigo 437.^o” e que se deve procurar a solução na regulação contratual do risco; “se forem aplicadas as regras da impossibilidade”, afirma a Autora, “haverá que enquadrar o caso entre as hipóteses de impossibilidade não imputável ao credor nem ao devedor [...] e as hipóteses de impossibilidade imputável ao credor”, considerando que, na generalidade dos casos, “serão imputáveis ao credor: *casum sensit dominus*”.

126. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, pp. 660 ss.

127. K. LARENZ, *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*, Granada, Comares, 2002, pp. 138 ss.; posteriormente, Larenz alterou a sua opinião, não deixando porém de remeter a frustração do fim, quando não incluído no conteúdo do contrato, para a perturbação da base do negócio (subjéctiva ou objectiva, já que não se excluem) – LARENZ, *Lehrbuch*, pp. 326-7; NEUNER, *Allgemeiner*, p. 515. Ainda GRÜNEBERG, *BGB*, pp. 368 ss. e pp. 537 e ss.

da alteração das circunstâncias será sempre a exceção, a admitir apenas em situações assimiláveis à força maior¹²⁸. O que, de qualquer forma, parece verificar-se na pandemia: esta não constitui, reconhece-se, uma perturbação “típica”, ultrapassando qualquer distribuição legal (ou contratual) do risco¹²⁹ – por outras palavras, a pandemia afasta a subsidiariedade da alteração das circunstâncias¹³⁰.

5.2. Merecendo o tema mais aprofundamento do que este “parêntesis”, julgamos que, nestas situações extremas, não se deve negar ao credor público a possibilidade de resolver o contrato em sede de alteração das circunstâncias – um instituto que se funda na boa fé, em razões de justiça objetiva, e que dá uma resposta de repartição de danos adequada a uma situação de risco generalizado, afastando a colocação do risco em exclusivo numa das partes (como, de resto, sucede se for o devedor a invocá-la)^{131/132}.

128. LARENZ, *Base*, p. 148, admitia apenas a invocação da perturbação da base do negócio pelo credor “em caso de força maior que escape por completo à sua esfera de influência, e não possa ser evitado por ele nem pertença ao risco próprio das suas atividades. Assim sucede, por exemplo, quando se trata de um acidente fatal (morte da criança que ia ser ensinada), catástrofe natural, guerra ou alterações sociais. Com efeito, só nestes casos, que podemos chamar extremos, é tão acentuada a falta de sentido da subsistência do contrato que esta já não se justifica”. Vai a referência à força maior no sentido de identidade de causas, não de consequências, com a impossibilidade.

129. RIEHM, *Vertragsrecht*, pp. 14-5 (salvo quando a regulação contratual resulte precisamente de cláusula de força maior ou de uma cláusula MAC); WELLER, LIEBERKNECHT E HABRICH, *NJW*, p. 1022: se a invocação pelo credor da alteração das circunstâncias constitui a exceção, visto pertencer-lhe o risco de emprego, admite-se que, no contexto pandémico, se torne mais usual, dado a pandemia ultrapassar os riscos contratuais típicos; CARNEIRO DA FRADA, *ROA*, p. 153, a propósito da pandemia, considerando inequívoca a imprevisibilidade e a exclusão da zona de riscos próprios do contrato, aliás “patentemente bem para lá desse âmbito”.

130. RIEHM, *Vertragsrecht*, pp. 15, 44, afirmando que o regime típico das perturbações, da lógica de “tudo ou nada”, fica sob reserva de aplicação da alteração das circunstâncias.

131. RIEHM, *Vertragsrecht*, p. 44, sobre a especial adequação da alteração das circunstâncias à pandemia. Sobre o fundamento deste instituto, CARVALHO FERNANDES, *Da teoria*, pp. 79 ss.; MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, IX, pp. 688 ss.; CARNEIRO DA FRADA, *ROA*, pp. 677 ss. No Direito Administrativo, já CAETANO, *Tratado*, pp. 627 ss.; LABROT, *L'imprévision*, pp. 55 ss.

132. GONÇALVES, *O contrato*, pp. 109, 126, admitindo que, mesmo nos casos em que a Administração já disponha do poder de modificação ou de rescisão, possa requerer a modificação ou a resolução (judicialmente) com fundamento (ao tempo) no artigo 437.º do CC; admitindo igualmente, segundo julgamos, M. REBELO DE SOUSA E A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, III, 2.ª ed., Lisboa, 2009, pp. 420-1. No direito alemão, TEGETHOFF, *VwVfG*, p. 1466, excluindo os casos de *Zweckfortfall* e de *Zweckerreichung* do §60 *VwVfG* mas admitindo a sua aplicação nos casos de *Zweckstörung*. Recentemente, AROSO DE ALMEIDA, *RDA*, pp. 7-9, admitindo que o contraente público possa também invocar a alteração das circunstâncias para modificar o contrato, distingue essa modificação da unilateral por interesse público nos seguintes termos: se naquela as razões invocadas “ainda são de interesse público”, “não serão, no entanto, razões diretamente relacionadas com o interesse público visado pela celebração do contrato e a cuja satisfação se dirige a sua execução, porque estas são razões de interesse público que podem ser invocadas como fundamento da modificação unilateral do contrato por motivo de interesse público”. O exemplo dado é o de, num contexto de crise, se tornar “demasiado oneroso para o contraente público suportar os encargos financeiros da execução do contrato”. Perguntamo-nos, em face do transcrito, se a invocação da alteração das circunstâncias pelo contraente público não vem pensada apenas para a (contra)prestação de que é *devedor*, sem incluir a invocação pelo contraente público de uma alteração das circunstâncias, com fundamento na frustração do fim, em relação à prestação principal de que é *credor*, situação que temos em mente neste texto. Quanto a esta, havendo sobreposição com os poderes de modificação ou

Contudo, esta abertura à alteração anormal das circunstâncias, que não deve deixar de ser entendida como um instituto de *ultima ratio*, deve obedecer a duas condições. Primeira, a de que deve ser reconhecido, à semelhança do que se tem defendido no Direito Privado, um *dever de negociar*, aí onde ainda seja possível modificar o contrato¹³³. Segunda, a de que a resolução deve ser acompanhada de uma indemnização, a qual, na lógica da repartição de riscos, deve – à semelhança da impossibilidade não imputável ao credor – cobrir o interesse contratual negativo¹³⁴.

resolução unilateral por motivo de interesse público, coloca-se a questão de saber se, podendo invocar estes poderes, *tem* a Administração *que o fazer* (com as respetivas consequências em termos de reposição do equilíbrio financeiro ou de indemnização pelo interesse contratual positivo). Registe-se, por último, que o artigo 335.º CCP não resolve, por si, a questão (a resolução pode ser pedida pela parte não lesada pela alteração das circunstâncias, em oposição a um pedido de modificação).

133. A preferência pela modificação em lugar da resolução é clara no Direito Administrativo, partindo embora da situação típica que é a de o cocontratante, lesado pela alteração das circunstâncias, pretender resolver o contrato, impondo-lhe a Administração que continue a sua execução. Mas pode dar-se a situação inversa: o cocontratante pretender apenas a modificação, sendo o contraente público que pretende a resolução. Para estas situações – e também para aquelas em que se admita que seja o contraente público a invocar a alteração das circunstâncias –, deve reconhecer-se um *dever de negociar* por parte do contraente público. Este dever de negociar tem vindo a ganhar apoio na doutrina, embora não se desconheçam as questões que ficam em aberto (nomeadamente, quanto à consequência da violação do dever). Cfr., entre outros, D. COSTA GONÇALVES, “Crise e renegociação dos contratos no Direito português e brasileiro – algumas reflexões”, *RFDUL/LLR*, LXI, 2020, pp. 151 ss.; FONTES DA COSTA, *Da alteração*, pp. 473 ss.

134. Sendo invocada pelo credor, o parâmetro de que se parte é o da contraprestação a que estaria obrigado (não o de repartição do acréscimo das despesas, para lá do risco normal, como sucede quando é invocada pelo devedor – CARVALHO FERNANDES, *Da teoria*, p. 106). A questão é controvertida (CARVALHO FERNANDES, *Da teoria*, pp. 134 e ss. e pp. 298 e ss.); admitindo a indemnização por resolução na alteração das circunstâncias, LARENZ, *Base*, pp. 180-1; FONTES DA COSTA, *Da alteração*, p. 514. No Direito Administrativo, GONÇALVES, *Direito*, p. 603; TEGETHOFF, *VwVfG*, p. 1474 (excecionalmente, quando exigida pela boa fé); RICHER e LICHÈRE, *Droit*, pp. 249-250 e pp. 270-1; GUETTIER, *Droit*, p. 621.