

# e.

# publica

public law journal

**Emergência e reequilíbrio financeiro de contratos de execução duradoura no Decreto-Lei n.º 19-A/2020: uma exceção à exceção constitucional?**

**Emergency and financial re-equilibrium of public contracts under Decree-Law n.º 19-A/2020: an exception to the state of exception?**

**Luís Heleno Terrinha**

Vol. 9 No. 1  
abril 2022  
[e-publica.scholasticahq.com](http://e-publica.scholasticahq.com)

ISSN 2183-184x

Com o apoio de:

**FCT** Fundação  
para a Ciência  
e a Tecnologia

## **EMERGÊNCIA E REEQUILÍBRIO FINANCEIRO DE CONTRATOS DE EXECUÇÃO DURADOURA NO DECRETO-LEI N.º 19-A/2020: UMA EXCEÇÃO À EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL?**

### **EMERGENCY AND FINANCIAL RE-EQUILIBRIUM OF PUBLIC CONTRACTS UNDER DECREE-LAW N.º 19-A/2020: AN EXCEPTION TO THE STATE OF EXCEPTION?**

**LUÍS HELENO TERRINHA<sup>1</sup>**

NOVA School of Law  
Campus de Campolide 18  
1099-032, Lisboa, Portugal  
[luis.terrinha@novalaw.unl.pt](mailto:luis.terrinha@novalaw.unl.pt)

**Sumário:** 1. Introdução: Constituição e estado de emergência; 2. Estado de emergência e pretensões compensatórias e de reposição do equilíbrio financeiro de contratos públicos; 2.1. Estado de emergência e contratos públicos; 2.2. A suspensão das cláusulas contratuais e disposições normativas que prevêm o direito à reposição do equilíbrio ou a compensação por quebras de utilização até ao termo da vigência do estado de emergência; 2.3. Continuidade ou descontinuidade jurídica de estados de emergência renovados; 2.4. A finalidade de restabelecimento da normalidade constitucional; 2.5. A proporcionalidade da medida; 3. Estado de (atípica) normalidade constitucional e pretensões compensatórias e de reposição do equilíbrio financeiro; 3.1. A limitação das cláusulas contratuais e disposições normativas que prevêm o direito à reposição do equilíbrio ou a compensação por quebras de utilização fora do período de estado de emergência regulamentado; 3.2. A ausência de cobertura normativa pelo estado de excepção constitucional: consequências; 3.3. O problema da modificação de contratos administrativos por lei; 4. Antecipação e reacção à futura litigância arbitral: a aplicabilidade do artigo 185.º-A do CPTA; 4.1. A determinação da aplicabilidade do artigo 185.º-A do CPTA: contornos do problema; 4.2. Convenção de arbitragem administrativa e modificação da *lex arbitri*; 5. Conclusão.

**Summary:** 1. Introduction: the Constitution and the state of emergency; 2. State of emergency and claims to compensation and to the financial re-equilibrium of public contracts; 2.1. State of emergency and public contracts; 2.2. The suspension until the end of the state of emergency of the contractual clauses and statutory rules establishing the right to the financial re-equilibrium of the contract and to compensation for diminished returns; 2.3. Continuity or discontinuity of renewed states of emergency; 2.4. The purpose of restoring constitutional normality; 2.5. The proportionality of the measure; 3. State of (atypical) constitutional normality and claims to compensation and to the financial re-equilibrium of the contract; 3.1. The limitation of the contractual clauses and legal rules establishing the right

---

1. Professor Auxiliar da NOVA School of Law. Doutor em Direito. LL.M. (Yale).

to the financial re-equilibrium of the contract and and to compensation for diminished returns; 3.2. Lack of legal ground: consequences; 3.3. The problem of the modification of public contracts by law; 4. Anticipating and reacting to future litigation: the applicability of article 185.º-A of the CPTA; 4.1. The determination of the applicability of article 185.º-A of the CPTA: the problem; 5.2. Arbitration agreement and amendments to the *lex arbitri*; 5. Concluding remarks.

**Resumo:** A 30 de Abril de 2020, o Governo aprovou o Decreto-Lei n.º 19-A/2020, no qual “estabelece um regime excepcional e temporário de reequilíbrio financeiro de contratos de execução duradoura” em razão do circunstancialismo da pandemia de COVID-19. Trata-se de um acto legislativo que, quer do ponto de vista jurídico-constitucional quer do ponto de vista jurídico-administrativo, levanta sérias interrogações. Em especial, está longe de ser pacífica a sua conformidade ora com o regime constitucional do estado de emergência, ora com princípios essenciais do Estado de Direito. Justifica-se, assim, uma análise crítica de tal diploma. Concluímos que, em vários dos seus artigos, o regime estabelecido viola directamente a Constituição e as garantias do estado de emergência constitucional. Nessa medida, o Decreto-Lei n.º 19-A/2020 configura uma *excepção à excepção constitucional* e, por isso, é inapelavelmente inconstitucional.

**Abstract:** On 30 April 2020, the Portuguese Government adopted Decree-Law n.º 19-A/2020, in which it “establishes an exceptional and temporary regime of financial re-equilibrium of long-term contracts” due to the COVID-19 pandemic. It is a legislative act which raises serious issues both from a constitutional and administrative law perspective. In this article, we assess the compatibility of its rules with core constitutional principles and with the limitations arising out of the constitutionally regulated state of emergency. We conclude that several of the article’s statutes directly breach the Constitutional and the state of emergency guarantees. Accordingly, Decree-Law n.º 19-A/2020 represents an exception to the state of exception and, as such, it is unavoidably unconstitutional.

**Palavras-chave:** estado de emergência; contratos públicos; re-equilíbrio financeiro de contratos; suspensão de direitos; restrição de direitos.

**Keywords:** state of emergency; public contracts; financial re-equilibrium of contracts; suspension of rights; limitation of rights.

## 1. Introdução: Constituição e estado de emergência

O ordenamento jurídico português providencia uma normatividade constitucional e legal reguladora do estado de emergência, composta pelo artigo 19.º da Constituição da República Portuguesa (doravante: CRP) e, muito especialmente, pela Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro (cujo carácter de lei orgânica deve ser imediatamente sublinhado).<sup>2</sup> São estes textos que assumem a função crucial de ordenar substantivamente—constitucional e legalmente (com valor reforçado)—ora aspetos da decretação de estado de emergência, ora a regulação jurídica emanada na sua sequência<sup>3</sup>.

Cumprir começar por clarificar que, nos termos do artigo 19.º da CRP, a figura constitucional do estado de emergência se compreende essencialmente como mecanismo para proceder à *suspensão* de direitos, liberdades e garantias<sup>4</sup>. O entendimento intuitivo da *suspensão* de efeitos jurídicos aponta, facilmente, para uma não produção temporária de efeitos jurídicos por parte de uma norma ou de um ato jurídico que antes se encontrava regularmente a produzi-los<sup>5</sup>. A norma objetiva de direitos fundamentais queda intocada e continua existente no ordenamento jurídico português, tanto mais que não pode ela ser eliminada ou modificada<sup>6</sup>. No entanto, com a suspensão do exercício de direitos fundamentais, o cidadão deixa de beneficiar dos concretos poderes, faculdades ou vantagens que as normas de direitos fundamentais lhe atribuem<sup>7</sup>. Nessa medida, o cidadão que pretenda atualizá-los não obterá qualquer tutela jurídica *no plano normativo do direito fundamental* (exatamente porque os comportamentos tipicamente subsumíveis no âmbito material da norma de direitos fundamentais deixam agora, por força da suspensão de exercício, de lograr qualquer proteção jusfundamental)<sup>8-9</sup>. Ao afastar transitoriamente a proteção jusfundamental

---

2. Com as alterações introduzidas pelas Lei n.º 1/2011, de 30 de Novembro, e Lei n.º 1/2012, de 11 de Maio.

3. Cf. J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 400-402. Para o caso espanhol, veja-se FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO, "Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales", *Revista de Derecho Político* 18-19 (1983), pp. 48-49.

4. Em geral, na doutrina, CANOTILHO / MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, pp. 397-405. Recentemente, *vd.* CATARINA SANTOS BOTELHO, "Os estados de excepção constitucional: estado de sítio e estado de emergência", in CARLA AMADO GOMES e RICARDO PEDRO (Coord.), *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção*, Lisboa: AAFDL, 2020, pp. 47-95.

5. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 193, nota 328 (ao referir-se a uma "inibição temporária e transitória de exercício de alguns direitos fundamentais ou de algumas faculdades neles contidas", implicando "uma impossibilidade geral e transitória do exercício do direito ou de algumas das faculdades que ele facultava").

6. Cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Estado de Excepção no Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 172, e SEGADO, "Naturaleza y régimen legal de la suspensión", p. 39.

7. Cf. GOUVEIA, *Estado de Excepção*, p. 172.

8. Cf. GOUVEIA, *Estado de Excepção*, p. 172 (referindo-se a um efeito ablativo fulminante dos direitos).

9. Criticamente, PEDRO MONIZ LOPES, "Significado e alcance da «suspensão» do exercício de direitos fundamentais na declaração de estado de emergência", *E-Pública* 7

anteriormente concedida, a suspensão cria o espaço para a *emanação de uma nova regulação jurídica dos comportamentos em causa*. É nisso que consiste o seu efeito principal e a sua mais-valia funcional: viabilizar a introdução na ordem jurídica, a título temporário (pelo período de vigência do estado de emergência), de uma disciplina legislativa ou administrativa não constrangida pelas vinculações das normas de direitos fundamentais cujo exercício haja sido suspenso<sup>10</sup>.

Num plano orgânico, importa dilucidar o modelo de interação normativa entre órgãos de soberania na decretação e execução do estado de emergência<sup>11</sup>. A Constituição atribui ao Presidente da República a competência de decretar o estado de emergência [artigo 134.º, al. d) da CRP], para o que deverá ouvir o Governo e obter autorização da Assembleia da República (artigo 138.º, n.º 1 da CRP)<sup>12</sup>. Trata-se, na terminologia constitucional, de uma competência para a prática de atos próprios, cujo exercício será formalizado através de Decreto do Presidente da República<sup>13</sup> [doravante: DPR] (artigo 11.º da Lei n.º 44/86). De acordo com o n.º 2 do artigo 19.º da CRP, a decretação do estado de emergência (enquanto consequência ou estatuição jurídica) está dependente da ocorrência de uma factualidade subsumível nos conceitos de “agressão efetiva ou iminente por forças estrangeiras”, “grave ameaça ou perturbação da ordem constitucional democrática” ou “calamidade pública” (enquanto hipótese ou *factispecies* normativa).<sup>14</sup> O decreto presidencial deve conter a “especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso” [artigo 19.º, n.º 5 da CRP, replicado na al. d) do n.º 1 do artigo 14.º da Lei n.º 44/86].

Depois de estabelecidas as balizas pelo Presidente da República (quanto à decretação de estado de emergência e quanto ao seu âmbito temporal, territorial e jusfundamental), determina o artigo 17.º da Lei n.º 44/86 que a execução da declaração do estado de emergência “compete ao Governo”, o

---

(2020), pp. 118-152 (129-130). Mas não parece que o seu entendimento de suspensão seja essencialmente diferente daquele que aqui se defende (designadamente quando escreve que “[o] efeito jurídico paralisador, que decorre da «suspensão», retira a dimensão «protegida» da «liberdade»” ou que o “Estado deixa [...] de estar «proibido» de interferir com as condições fácticas de realização da liberdade dos cidadãos”).

10. Cf. SEGADO, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión”, p. 40, PALOMA REQUEJO RODRÍGUEZ, “¿Suspensión o supresión de los derechos fundamentales?”, *Revista de Derecho Político* 51 (2001), p. 112, e BENITO ALÁEZ CORRAL, “El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales”, in LUIS LÓPEZ GUERRA e EDUARDO ESPÍN TEMPLADO, *La Defensa del Estado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 241. Entre nós, vd. GOUVEIA, *Estado de Exceção*, pp. 172-173.

11. Para uma visão geral das variadas hipóteses de relacionamento inter-orgânico, cf. CHRISTIAN BJØRNSKOV e STEFAN VOIGT, “The architecture of emergency constitutions”, *I•CON* 16 (2018), pp. 106 ff. Com uma avaliação positiva do tipo de modelo consagrado em Portugal, cf. DAVID DYZENHAUS, “States of Emergency”, in MICHEL ROSENFELD e ANDRÁS SAJÓ (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 459-461.

12. Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 1104-1105, e GOUVEIA, *Estado de Exceção*, pp. 225 ss.

13. Sobre esse tipo de ato jurídico, vd. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 849-850.

14. Cf. CANOTILHO / MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, p. 399, caracterizando-as como “perigos graves para a existência do Estado, a segurança e a organização da colectividade”.

qual fica habilitado para a “tomada das providências e medidas necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade” (artigo 19.º da Lei n.º 44/86).

A este modelo de forte interdependência institucional junta-se uma disciplina substantiva do exercício dos respectivos poderes excepcionais. No plano da Constituição, verifica-se a subordinação das autoridades competentes—na seleção entre estado de sítio ou estado de emergência, no conteúdo da declaração e na execução (ao nível da respetiva extensão, duração e meios)—a um *princípio da proporcionalidade* (sub-diferenciado nos elementos de legitimidade do fim, adequação, necessidade e ponderação)<sup>15</sup> e a uma *limitação ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional* (artigo 19.º, n.º 4 da CRP)<sup>16</sup>. Estes são, pois, os principais parâmetros substantivos de validade constitucional: proporcionalidade e escopo de restabelecimento da normalidade<sup>17</sup>.

No plano legislativo (com valor reforçado), a Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro, na sua versão atual, para além de replicar esses parâmetros constitucionais (artigos 3.º e 19.º), complementa-os com um conjunto de garantias relativas à suspensão do exercício de direitos fundamentais. Essas garantias consubstanciam regras específicas aplicáveis à privação de liberdade, à recolha de prova, à liberdade de circulação, à imprensa e às reuniões de órgãos de certas associações (artigo 2.º, n.º 2). A que se soma uma pretensão ressarcitória sempre que os cidadãos sejam afetados desfavoravelmente “por declaração do estado de sítio ou do estado de emergência, ou por providência adotada na sua vigência, ferida de inconstitucionalidade ou ilegalidade” (artigo 2.º, n.º 3).

## **2. Estado de emergência e pretensões compensatórias e de reposição do equilíbrio financeiro de contratos públicos**

### *2.1 Estado de emergência e contratos públicos*

O estado de emergência em Portugal foi inicialmente declarado, a 18 de Março de 2020, através do Decreto do Presidente da República [doravante:

---

15. Cf. BERNHARD SCHLINK, “Proportionality (1)”, in MICHEL ROSENFELD e ANDRÁS SAJÓ (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 718-737, e AHARON BARAK, “Proportionality (2)”, in MICHEL ROSENFELD e ANDRÁS SAJÓ (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 738-755. Entre nós, sublinhe-se a monografia de VITALINO CANAS, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, Coimbra: Almedina, 2017. Vd., ainda, GOUVEIA, *Estado de Exceção*, pp. 162 ss. Tendo em vista a situação emergencial vivida com a pandemia, cf. DULCE LOPES, “O papel do princípio da proporcionalidade num cenário de Direito Administrativo da necessidade e de exceção”, in CARLA AMADO GOMES e RICARDO PEDRO (Coord.), *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção*, Lisboa: AAFDL, 2020, pp. 167-193.

16. Cf. CANOTILHO / MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, pp. 401-402.

17. Veja-se, também, KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1999, p. 303.

DPR] n.º 14-A/2020. Verificaram-se, posteriormente, duas renovações operadas pelos DPR n.º 17-A/2020, de 2 de Abril, e DPR 20-A/2020, de 17 de Abril. Nesta medida, num primeiro período, a República encontrou-se sob estado de emergência entre 18 de Março e 2 de Maio<sup>18</sup>.

Os DPR n.º 17-A/2020 e 20-A/2020 - e apenas esses - projectam-se no domínio do direito dos contratos públicos. É sabido como o Código dos Contratos Públicos [CCP] salvaguarda o equilíbrio financeiro originário dos contratos públicos celebrados, conferindo um direito à sua reposição na sequência de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias (designadamente quando imputável “a decisão do contraente público, adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do cocontratante”) ou de uma modificação do contrato por razões de interesse público (arts. 314.º e 282.º)<sup>19</sup>. Porém, aqueles dois decretos presidenciais de emergência fazem expressamente referência à potencial limitação deste direito à reposição do equilíbrio financeiro, quando o fundamento da desproporção superveniente radicar numa quebra de utilização dos bens concessionados devido a medidas adoptadas em estado de emergência. Salvaguardam, ainda, a potencial modificação dos termos e condições de contratos de execução duradoura. Isso mesmo consta dos respectivos artigos 4.º, al. b), ao lidarem com a suspensão dos direitos fundamentais de propriedade e de iniciativa económica privada.

Em sequência, o Governo emanou o Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de Abril, no qual, segundo o sumário do diploma, “estabelece um regime excepcional e temporário de reequilíbrio financeiro de contratos de execução duradoura, no âmbito da pandemia da doença Covid-19”. É este diploma que se ocupa, pois, de concretizar os termos em que os cocontratantes do Estado vêem os seus direitos à reposição do equilíbrio financeiro ou os seus direitos de compensação afectados. Fá-lo essencialmente através do seu artigo 3.º, estipulando que:

- (i) “são suspensas [...] as cláusulas contratuais e disposições normativas que prevêm o direito à reposição do equilíbrio financeiro ou a compensação por quebras de utilização em qualquer contrato de execução duradoura em que o Estado ou outra entidade pública sejam parte, [...] não podendo os contraentes privados delas valer-se” (n.º 1);
- (ii) “nos contratos em que se preveja expressamente o direito do contraente ou parceiro privado a ser compensado por quebras

---

18. É sabido que, posteriormente, outras vagas de Covid-19 ditaram a decretação de novos estados de emergência.

19. Cf. TIAGO AMORIM, “A reposição do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos”, in CARLA AMADO GOMES, RICARDO PEDRO, TIAGO SERRÃO e MARCO CALDEIRA, *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*, Vol. II, 4.ª edição, Lisboa: AAFDL, 2021, pp.531-549 (de resto, sublinhando o fundamento do instituto nos princípios da justiça comutativa, da igualdade, da boa-fé, da estabilidade dos contratos e do próprio interesse público), e PEDRO FERNÁNDEZ SANCHEZ, “Reequilíbrio financeiro, caso imprevisto e *fait du prince*: autonomia entre distintos mecanismos de tutela da posição dos co-contratantes da Administração”, in *Estudos sobre Contratos Públicos*, Lisboa: AAFDL, 2019, pp. 241-264.

de utilização ou em que a ocorrência de uma pandemia constitua fundamento passível de originar uma pretensão de reposição do equilíbrio financeiro, tal compensação ou reposição só pode ser realizada através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato não dando lugar [...] a revisão de preços ou assunção, por parte do contraente ou parceiro público, de um dever de prestar à contraparte” (n.º 2)<sup>20</sup>.

Pelos problemas que suscita, importa analisar esta disciplina legislativa à luz da Constituição<sup>21</sup>.

## *2.2 A suspensão das cláusulas contratuais e disposições normativas que prevêm o direito à reposição do equilíbrio ou a compensação por quebras de utilização até ao termo da vigência do estado de emergência*

Cumprir começar por notar que os pertinentes segmentos normativos dos citados decretos presidenciais de emergência não são exactamente iguais.<sup>22</sup> Com efeito, o DPR 17-A/2020 refere que:

“podem ser temporariamente modificados os termos e condições de contratos de execução duradoura ou dispensada a exigibilidade de determinadas prestações, bem como limitado o direito à reposição

---

20. A relação entre estas duas disposições está longe de ser imediatamente compreensível. Com efeito, uma primeira leitura parece sugerir que o n.º 2 do artigo 3.º é redundante. No n.º 1, o legislador já havia *suspendido* quaisquer *cláusulas contratuais* que previssem a reposição do equilíbrio financeiro do contrato ou uma compensação por quebras de utilização. Nessa medida, o n.º 2 parece – contraditoriamente – estar a dar por eficaz aquilo que havia sido determinado, no número anterior, como ineficaz. É que o n.º 2 surge, afinal, a aceitar a eficácia de cláusulas contratuais que houvessem previsto “expressamente” a compensação por quebra de utilização ou uma pandemia como fundamento de reposição do equilíbrio financeiro, apenas modificando limitativamente as respectivas consequências jurídicas (já não dever de prestar a cargo do contraente público, mas somente prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato). Como se desenvolverá abaixo, a interacção entre as duas disposições apenas se compreende tendo por referência os seus diferentes âmbitos temporais (o n.º 1 visa aplicar-se durante o período de emergência e de suspensão de direitos fundamentais; enquanto o n.º 2 visa aplicar-se ao período pós-emergencial).

21. Veja-se também a análise doutrinal oportuna empreendida por RICARDO BRANCO, “A inconstitucionalidade das normas do Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de abril, que limitam os direitos contratuais à reposição do equilíbrio financeiro de concessões fundadas na ocorrência da pandemia COVID-19”, *Revista de Direito Administrativo* 9 (2020), pp. 59-73, e por VASCO MOURA RAMOS, “O regime excepcional e temporário dos contratos de execução duradoura (parcerias público-privadas)”, in CARLA AMADO GOMES e RICARDO PEDRO (Coord.), *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção*, Lisboa: AAFDL, 2020, pp. 747-772. Igualmente com comentários no sentido da inconstitucionalidade do diploma, *vd.* PEDRO MELO e SANDRA TAVARES MAGALHÃES, “O impacto da pandemia nos contratos administrativos: em especial, empreitadas e concessões”, in CARLA AMADO GOMES e RICARDO PEDRO (Coord.), *Direito Administrativo de Necessidade e de Excepção*, Lisboa: AAFDL, 2020, pp. 515-533 (521-524).

22. Como já havia sublinhado, VASCO MOURA RAMOS, “O regime excepcional e temporário...”, pp. 762-763.

do equilíbrio financeiro de concessões em virtude de uma quebra na respetiva utilização decorrente das medidas adotadas no quadro do estado de emergência”.

Já o DPR 20-A/2020 refere que:

“podem ser temporariamente modificados os termos e condições de contratos de execução duradoura ou dispensada a exigibilidade de determinadas prestações, bem como limitado o direito à reposição do equilíbrio financeiro de concessões ou de prestações serviços em virtude de uma quebra na utilização dos bens concessionados decorrente das medidas adotadas no quadro do estado de emergência” (sublinhados nossos assinalando as diferenças de redacção)<sup>23</sup>.

É verdade que, como explicado noutra sede, a técnica habilitativa adoptada pelo Presidente da República [PR] nos seus decretos de declaração do estado de emergência nos parece profundamente equivocada<sup>24</sup>. E, por isso, defendemos até que deveriam ser desprovidas de relevância jurídica as formulações permissivas de “restrições” que nele constam.<sup>25</sup> Contudo, importa reconhecer que não temos nisso sido acompanhados por outros autores, pelo que aparenta estar em formação um pensamento maioritário que reconhece ao PR o poder de, nos decretos de declaração de estado de emergência, não apenas especificar os direitos fundamentais que ficam suspensos, mas também de estabelecer—em jeito de (imprópria) autorização legislativa—os concretos e detalhados termos em que o Governo poderá agir e intervir normativamente nos âmbitos jusfundamentais objecto de suspensão<sup>26</sup>.

A adoptar-se tal doutrina, a ausência de referência às “*prestações de serviços*” no DPR 17-A/2020 não pode ser desprovida de consequências jurídicas. Ou seja, seguindo esse tipo de raciocínio, a inexistência de *habilitação* presidencial para a introdução de limitações ao direito de reposição do equilíbrio financeiro de contratos de prestações de serviços no DPR n.º 17-A/2020 e a sua consagração somente no DPR n.º 20-A/2020 terá de reflectir-se—para quem, repita-se, toma por vinculativas as formulações

---

23. Não é inteiramente clara a concordância, no segundo decreto presidencial, entre a limitação do direito à reposição do equilíbrio financeiro de *prestações de serviços* e a respectiva *quebra de utilização dos bens concessionados*.

24. Veja-se LUIS HELENO TERRINHA, “A Suspensão de Direitos Fundamentais em Estado de Excepção Biopolítico”, 2020, disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3592726](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3592726), pp. 22 e ss. Entretanto, no mesmo sentido, GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO, “Compreender o estado de excepção constitucional”, *Julgat* 44 (2021), pp. 133-156 (150 e ss.).

25. Cf. LUIS HELENO TERRINHA, “A Suspensão de Direitos Fundamentais”, p. 32.

26. Cf., em especial, PEDRO MONIZ LOPES, “Significado e alcance da «suspensão»”, pp. 138 e ss., e RAQUEL BRÍZIDA CASTRO, “Direito Constitucional em tempos de pandemia: pode a Constituição sobreviver a crises sanitárias?”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 61 (2020), pp. 645-679. Apenas essa atribuição de relevância às “permissões” do PR poderá depois justificar críticas como as de VASCO MOURA RAMOS, “O regime excepcional e temporário”, p. 754, de que as mesmas não “referem qual o sentido das medidas a adoptar” e “não identificam a finalidade que as justifica”.

normativo-habilitativas dos decretos presidenciais—nos termos em que o Governo intervém em tal âmbito, tendo em consideração designadamente o âmbito temporal de cada decreto presidencial de estado de emergência<sup>27</sup>.

De qualquer das formas, é precisamente o facto de não haver qualquer alusão a esta matéria no primeiro decreto presidencial de emergência, que explica a razão de o Governo—ao aprovar o Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de Abril—determinar a “suspensão” das “cláusulas contratuais e disposições normativas que prevêem o direito à reposição do equilíbrio financeiro ou a compensação por quebras de utilização em qualquer contrato de execução duradoura em que o Estado ou outra entidade pública sejam parte” (artigo 3.º, n.º 1) apenas para o período compreendido entre o dia 3 de Abril (DPR 17-A/2020) e o termo da vigência do estado de emergência (DPR 20-A/2020). O que, lateralmente, indicia—em favor da *supra* mencionada doutrina maioritária—que o próprio Governo tomou efectivamente tais formulações normativo-habilitativas dos decretos presidenciais enquanto premissas e limites da sua acção. Caso contrário, está bom de ver que o mais coerente seria fazer aplicar tal regime temporário de restrição à reposição do equilíbrio financeiro ou compensação por quebras de utilização ao período total do estado de emergência em Portugal. Isso não aconteceu, então, porque o Governo assumiu o óbice da ausência de *previsão* nesse sentido no DPR 14-A/2020 (ou seja, entre 18 de Março e 2 de Abril)<sup>28</sup>.

Note-se, por fim, que, sem prejuízo da sua inclusão num acto legislativo, a verdade é que a regra assim introduzida traduz uma actividade que é ainda materialmente de *execução* governamental do estado de emergência. Com efeito, a referida suspensão dos direitos contratuais ou legais dos contraentes privados *em estado de emergência* bem poderia—e, segunda alguma doutrina, deveria<sup>29</sup>—constar de um dos decretos do Governo que se ocuparam de “regulamentar” tal estado na sequência da sua decretação pelo PR.<sup>30</sup> Certamente que haverá explicações para que isso não tenha ocorrido, a mais evidente das quais será a vocação e pretensão normativas abrangentes plasmadas no Decreto-Lei n.º 19-A/2020. Em qualquer caso, resulta acentuado o radical genético-jurídico de disposições deste género no estado de emergência e nos decretos presidenciais que o declaram.

Esta descrição é quanto basta para agora identificar três problemas subjacentes à regulação introduzida pelo Governo no artigo 3.º, n.º 1 do

---

27. Ou seja, a afectação legal ou regulamentar dos contratos de prestação de serviços—em execução do respectivo estado de emergência—apenas poderia valer para o período compreendido entre 18 de Abril e 2 de Maio (mas nunca para o período compreendido entre 2 de Abril e 17 de Abril). Desenvolvendo esse raciocínio, VASCO MOURA RAMOS, “O regime excepcional e temporário”, p. 763.

28. De resto, o Governo invoca precisamente o DPR n.º 17-A/2020 no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 19-A/2020.

29. Cf. GOUVEIA, *Estado de Exceção*, p. 262 (“A utilização da forma de decreto-lei está fora de questão porque reservada para o exercício das competências legislativas [...], não sendo o caso na medida em que a execução do estado de exceção é administrativa. [...] a via do decreto-lei mostraria que o Governo não estaria a prevalecer-se das especiais prerrogativas que o estado de exceção lhe confere nesta dimensão administrativa do poder público de que passa a beneficiar.”)

30. Por exemplo, o Decreto n.º 2-C/2020, de 17 de Abril.

Decreto-Lei n.º 19-A/2020.

### 2.3 Continuidade ou descontinuidade jurídica de estados de emergência renovados

O primeiro problema diz respeito ao facto de o Decreto-Lei n.º 19-A/2020 apenas completar o seu procedimento de feitura a 30 de Abril, dia em que é referendado e publicado (para entrar em vigor no dia seguinte).<sup>31</sup> E o problema decorre da relação que sempre terá de se estabelecer entre tal data do diploma, o âmbito temporal de aplicação da disciplina material por ele introduzida e o decreto presidencial de declaração do estado de emergência que lhe dá causa<sup>32</sup>.

Com efeito, o Decreto-Lei n.º 19-A/2020, segundo informa o seu preâmbulo, é adoptado com invocação da alínea b) do artigo 4.º do DPR n.º 17-A/2020. Ou seja, o Decreto-Lei aponta—em jeito de norma de habilitação—para uma disposição que consta de um DPR que vigorou tão-somente entre 3 e 17 de Abril.

Não pode, pois, senão causar estranheza que o principal fundamento jurídico expressamente indicado pelo Decreto-Lei conste de um decreto presidencial de emergência que já tinha cessado os seus efeitos no dia em que o Decreto-Lei é publicado e dado a conhecer à comunidade. Poderá tentar contrapor-se que tal desfasamento temporal foi induzido pelo atraso na respectiva promulgação pelo PR. Na verdade, o diploma foi visto e aprovado em Conselho de Ministros a 16 de Abril (ou seja, no dia imediatamente anterior ao fim do estado de emergência estabelecido pelo DPR n.º 17-A/2020), muito embora apenas tenha vindo a ser promulgado a 29 de Abril (ou seja, depois do período de emergência fixado pelo DPR 17-A/2020 e praticamente no final do período de estado de emergência declarado pelo DPR n.º 20-A/2020).<sup>33</sup> Porém, se isso oferece contexto, não parece ser de molde a ultrapassar o intrincado problema jurídico acabado de identificar: o de se invocar uma base legal que já não estava vigente no momento da promulgação, referenda, publicação e entrada em vigor do novo regime de reequilíbrio financeiro de contratos de execução duradoura<sup>34</sup>.

---

31. Recorde-se que, nos termos do n.º 2 do artigo 140.º da CRP, a falta de referenda ministerial “determina a inexistência jurídica do acto”. Precisamente o que leva a doutrina considerar que actos como a promulgação ou a referenda “são necessários à perfeição do acto legislativo” (cf. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 877).

32. Problema abordado também por VASCO MOURA RAMOS, “O regime excepcional e temporário”, pp. 764-765.

33. Sobre a promulgação presidencial e a referenda ministerial no direito constitucional português, *vd.* CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 624 e 647. Já sobre as questões em torno da publicidade e da publicação de actos legislativos, *vd.* CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 878-880.

34. Tanto mais que, no caso dos decretos-leis, o momento relevante de existência da norma no ordenamento sempre terá de ser o da respectiva promulgação e referenda. *Cfr.* CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 877: “Os actos de controlo condicionam a existência jurídica dos próprios actos legislativos dado que são constitucionalmente

Adicionalmente, tais desencontros temporais entre Decreto-Lei e decretos presidenciais de emergência suscitam uma questão ainda mais delicada relativa ao âmbito de vigência temporal do Decreto-Lei n.º 19-A/2020.<sup>35</sup> Com efeito, o Decreto-Lei n.º 19-A/2020 pretende aplicar-se ao período compreendido entre o dia 3 de Abril e o dia 2 de Maio, muito embora seja publicado a 30 de Abril quando (i) a sua base legal já tinha cessado efeitos (DPR n.º 17-A/2020) e (ii) a sua hipotética base legal subsequente (o DPR n.º 20-A/2020) apenas tinha entrado em vigor no dia 18 de Abril.

Ou seja: é discutível em que medida pode o Decreto-Lei n.º 19-A/2020 introduzir, a 30 de Abril, um regime excepcional de reequilíbrio financeiro cujos efeitos retroagem a um período de estado de emergência (entre 3 e 17 de Abril) que já cessou e que, por isso, ultrapassa a concreta janela temporal do período de estado de emergência que vigora no momento da sua adopção (entre 18 de Abril e 2 de Maio).

A questão jurídico-constitucional que se coloca, portanto, é uma que concerne à continuidade ou descontinuidade dos estados de emergência renovados. Do nosso ponto de vista, há bons argumentos para sustentar que o conceito de *renovação* do estado de emergência—não obstante pressupor a manutenção do respectivo fundamento material subjacente (*continuidade material*)<sup>36</sup>—está constitucionalmente ancorado numa *descontinuidade formal* dos estados de emergência. Tal descontinuidade formal impede a comunicação de efeitos jurídicos entre diferentes períodos temporais de estado de emergência (designadamente no sentido da sua retroactividade a períodos anteriores). Assim, não pode o Governo, em dado momento, arrogar-se uma competência de execução relativamente a uma declaração presidencial de emergência cujos efeitos jurídicos já se esgotaram (no término dos correspondentes 15 dias): a cessação da eficácia de um dado decreto presidencial declarante de estado de emergência é—tem de ser—necessariamente acompanhada da cessação do correspondente poder governamental de execução<sup>37</sup>.

Desde logo, a aludida *descontinuidade formal* está especialmente radicada na caducidade—ou “cessação automática”—de cada estado de emergência pelo decurso do respectivo prazo de vigência (que, constitucionalmente, é sempre no máximo de 15 dias)<sup>38</sup>. Isso vale tanto para um prazo inicial como

---

recortados como indispensáveis à sua perfeição (CRP, arts. 137.º e 140.º)”.  
35. Em geral, sobre o “âmbito de eficácia” das normas, *vd.* RICARDO GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino: Giappichelli, 2011, p. 306.

36. O n.º 2 do artigo 5.º da Lei n.º 44/86 alude à renovação por causa da “subsistência das [] causas determinantes [do estado de emergência]”. O que, em qualquer caso, não afecta a duração limite de 15 dias.

37. Sobretudo quando o conteúdo das disposições dos decretos presidenciais declarativos de estado de emergência é modificado, como ocorreu do DPR 17-A/2020 para o DPR 20-A/2020.

38. Veja-se o n.º 2 do artigo 13.º quando dispõe que: “O estado de sítio ou o estado de emergência cessam *automaticamente* pelo decurso do prazo fixado na respetiva declaração”. Na doutrina, GOUVEIA, *Estado de Exceção*, pp. 214 e ss., qualifica o prazo-limite de 15 dias como um prazo “substantivo” (e não adjetivo), que funciona enquanto “causa extintiva do estado de exceção constitucional, seja do prazo inicial, seja do prazo resultante de renovação” (p. 280). O autor nota ainda que “[e]sta causa de extinção [i.e.,

para um prazo adicional na sequência de renovação<sup>39</sup>.

Depois, no plano orgânico e procedimental, praticamente nada distingue uma *renovação* do estado de emergência de uma *nova* declaração do estado de emergência (não se trata, pois, de uma prorrogação *stricto sensu*)<sup>40</sup>. Com efeito, a abertura dada pela Constituição à sucessão de estados de emergência está condicionada ao cumprimento dos requisitos e limites que valem para qualquer declaração do estado de emergência cronologicamente inicial.<sup>41</sup> Nessa medida, não só continua a ser um poder a exercer pelo PR que depende da prévia audição do Governo e da respectiva autorização da AR, como permanece a respectiva duração limitada pelo prazo máximo de 15 dias.

Depois, no plano formal, convirá acentuar que cada decreto presidencial de declaração do estado de emergência é (e foi) acompanhado de um autónomo decreto de execução do Governo. Ou seja, à medida que foi dando execução aos decretos presidenciais, o próprio Governo reconheceu a forte descontinuidade formal entre eles, tendo também sucessivamente adoptado específicos e individualizados decretos de execução (ao invés de se limitar a modificações do decreto de execução cronologicamente inicial)<sup>42</sup>.

Por fim, e como já se sublinhou antes, cumpre não esquecer que este regime excepcional do reequilíbrio financeiro corresponde, para ser válido, a um efectivo acto de execução de um dado decreto presidencial de declaração de estado de emergência<sup>43</sup>. No caso do Decreto-Lei n.º 19-A/2020, esse decreto presidencial não pode ser senão o DPR n.º 20-A/2020, que institui o estado de emergência entre 18 de Abril e 2 de Maio. Logo, a 30 de Abril não pode aquele mesmo Decreto-Lei pretender que está a executar o DPR n.º 17-A/2020, que vigorou entre 3 de Abril e 17 de Abril. As medidas adoptadas em execução de um estado de emergência, regularmente declarado por um dado decreto presidencial, têm de necessariamente ter igualmente a sua validade e vigência balizadas e contidas pelo período

---

pelo decurso do prazo] assume a peculiar veste de uma causa extintiva automática”, sendo equiparável a uma situação de caducidade (p. 280).

39. Cf. GOUVEIA, *Estado de Exceção*, p. 280.

40. C. GOUVEIA, *Estado de Exceção*, p. 270, distinguindo com interesse a renovação de uma prorrogação: “A figura da renovação [...] parece que se deve apartar do conceito de ‘prorrogação’, em que se prescinde do percurso dos diversos requisitos procedimentais que conduzem a tal efeito”.

41. De resto, o n.º 5 do artigo 19.º da CRP estipula: “sem prejuízo de eventuais renovações, *com salvaguarda dos mesmos limites*” (itálicos nossos). A este propósito, GOUVEIA, *Estado de Exceção*, p. 276, refere-se até a uma “equiparação regimental” entre decretação inicial e decretação renovatória.

42. A título exemplificativo, sucederam-se o Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de Março (para a execução do DPR n.º 14-A/2020, de 18 de Março), o Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de abril (para a execução do DPR n.º 17-A/2020, de 2 de Abril), e o Decreto 2-C/2020, de 17 de Abril (para a execução do DPR n.º 20-A/2020, de 17 de Abril).

43. Muito embora, note-se, surja num diploma que combina tais aspectos de execução com outra disciplina legislativa fundamentalmente não emergencial.

formal de estado de emergência a que reportam.<sup>44</sup> Isso mesmo se compreende, reforçadamente, por razões de certeza ou segurança jurídicas e, bem assim, por razões de protecção da própria ordem constitucional de excepção. Do ponto de vista dos cidadãos, é perturbador de expectativas e indutor de insegurança pensar que, em situações de estados de emergência sucessivamente renovados, o órgão de execução (Governo) poderá, a qualquer momento, adoptar normas ou decisões cujos efeitos retroagem a várias semanas ou mesmo meses anteriores. Do ponto de vista da protecção da ordem constitucional, admitir isso seria também potenciar uma fraude às regras constitucionais que (i) limitam o período do estado de emergência, (ii) impõem que a sua renovação esteja submetida a todas as exigências orgânicas e procedimentais associadas à sua declaração inicial, (iii) e proibem que o estado de emergência afecte a distribuição de competências constitucionalmente fixada (artigo 19.º, n.º 5 da CRP)<sup>45</sup>.

Em suma, a aludida descontinuidade formal dos estados de emergência (assente ora na limitação do respectivo prazo, ora em renovações que são autenticamente novas declarações) assegura que também as medidas de execução tenham períodos de vigência claros, antecipáveis e constitucionalmente fixados—sem prejuízo de, também elas, serem renovadas (isto é, novamente adoptadas à medida que os estados de emergência se vão sucedendo).

Logo, a conclusão é a de que o regime suspensivo introduzido pelo n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de Abril, apenas deveria produzir os seus efeitos excepcionais entre o período de 18 de Abril e 2 de Maio, ao abrigo do disposto na alínea b) do artigo 4.º do DPR n.º 20-A/2020<sup>46</sup>.

---

44. Sem prejuízo de situações de “sobrevigência”, em que os efeitos jurídicos de determinadas medidas de execução acabam por perdurar para além do período formal de estado de emergência. Sobre este tema, cf. GOUVEIA, *Estado de Exceção*, pp. 219 e ss. Em qualquer caso, como é evidente, o problema da sobrevigência de medidas de execução não é sequer confundível com o problema, focado no corpo do texto, da adopção de medidas de execução com fundamento numa declaração de estado de emergência caduca.

45. No limite, a admitir-se o contrário, impor-se-ia a pergunta: o que impediria o Governo, findo um estado de emergência e já em período de normalidade, de adoptar ainda medidas executivas emergenciais por referência a um decreto presidencial passado?

46. Divergimos, assim, da conclusão a que chegou VASCO MOURA RAMOS, “O regime excepcional e temporário”, p. 765: “tendo a execução da declaração ocorrido apenas a 30 de Abril [...] dever-se-á concluir que aquela limitação só opera a partir do dia seguinte - o que equivale a dizer que o efeito útil daquela norma se circunscribe à limitação de direitos compensatórios por factos ocorridos nos dias 1 e 2 de Maio”. É uma conclusão errada porque assenta na premissa incorrecta de que “a suspensão de um determinado direito [...] só adquire relevância efectiva no momento em que se concretiza e executa aquela declaração”. Isso não é verdade: nos termos constitucionais, a suspensão opera directa e imediatamente por declaração do PR. Coisa bem diferente é aquilo que o Governo decide depois decretar na execução do estado de emergência. É precisamente esta a razão (isto é, o facto de os direitos fundamentais estarem suspensos pelo DPR.º 20-A/2020 logo a partir do dia 18 de Abril) que nos leva a considerar que a aplicação do regime suspensivo estabelecido no n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 19-A/2020 no período compreendido entre 18 de Abril e 30 de Abril não levanta problemas em termos de certeza ou segurança jurídicas (rigorosamente, estando os direitos suspensos

#### 2.4 A finalidade de restabelecimento da normalidade constitucional

O segundo problema relaciona-se com o cumprimento—quer pelos DPR n.º 17-A/2020 e n.º 20-A/2020, quer consequentemente pelo Decreto-Lei n.º 19-A/2020—do requisito constitucional, a observar ora pela declaração ora pela execução do estado de emergência, de que as medidas adoptadas sejam as estritamente necessárias ao “pronto restabelecimento da normalidade constitucional” (n.º 4 do artigo 19.º da CRP).

Com efeito, a figura do estado de emergência assenta tendencialmente numa contraposição entre normalidade e excepção constitucionais.<sup>47</sup> De tal sorte que a suspensão de direitos fundamentais e as derivadas medidas de concretização têm de se compreender no quadro da reacção a uma ameaça à manutenção da ordem jurídica constitucional (como, por exemplo, em caso de guerra) ou a uma disrupção grave da sua integridade (como, por exemplo, em caso de calamidade pública)<sup>48</sup>.

Por isso, as decisões de excepção—qual dispositivo de auto-sobrevivência e auto-protecção da ordem constitucional<sup>49</sup>—surgem normativamente pré-ordenadas (e, com isso, subordinadas) à mitigação e remoção do factor perturbador subjacente. O objectivo último é o de recuperar a vivência em situação de normalidade constitucional, o mesmo é dizer: uma situação em que os direitos fundamentais não estão suspensos e em que valem as garantias típicas das posições subjectivas jusfundamentais dos cidadãos<sup>50</sup>. Logo, qualquer juízo de validade constitucional da declaração e da execução do estado de emergência compreende um teste relativo ao *fin* das opções e medidas tomadas pelo PR e pelo Governo:<sup>51</sup> atenta a grande discricionariedade de que gozam um e outro,<sup>52</sup> tais medidas terão de prosseguir a finalidade constitucional que justifica a concessão dos poderes de emergência (restabelecimento da normalidade constitucional)<sup>53</sup>.

Do nosso ponto de vista, a densificação do conceito de *restabelecimento*

---

automaticamente pelo decreto presidencial, a possível retroactividade dessa disposição legal torna-se juridicamente irrelevante).

47. Cf. GONÇALO ALMEIDA RIBEIRO, “O estado de excepção constitucional”, *Observador*, 25 de Março de 2020 (disponível em: <https://observador.pt/especiais/o-estado-de-excepcao-constitucional/>). Também GOUVEIA, *Estado de Excepção*, pp. 75 e ss.

48. Cf. JOHN FERREJOHN e PASQUALE PASQUINO, “The law of the exception: A typology of emergency powers”, *I•CON* 2 (2004), pp. 210-239 (231-232), e CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 1085 ss.

49. Como enfatizámos em LUÍS HELENO TERRINHA, “A Suspensão de Direitos Fundamentais”, p. 4.

50. Designadamente, os limites às restrições de direitos fundamentais tal como consagrados no artigo 18.º da CRP.

51. Cf. CARLA AMADO GOMES, “A pandemia e o Direito de contingência: algumas respostas a uma prova inacabada”, *Revista de Direito Administrativo* 9 (2020), pp. 33-43 (39).

52. Aspecto bem evidenciado por PEDRO LOMBA, “Constituição, estado de emergência e Administração sanitária: alguns problemas”, *E-Pública - Revista Eletrónica de Direito Público* 7 (2020), pp. 28-43 (36-37), notando como fins difusos podem acabar inviabilizar um controlo de proporcionalidade.

53. Como se nota, pode ser interessante e útil estabelecer um paralelo com os requisitos de validade do acto administrativo quanto ao fim. Cf. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2.ª edição, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 402-403.

de normalidade constitucional, no sentido de o operacionalizar enquanto parâmetro efectivo de controlo das opções e medidas tomadas pelo PR e Governo, atinge-se por duas vias: (i) por um lado, colocando-o em relação com os fundamentos constitucionais de um estado de excepção (tal como enunciados no n.º 2 do artigo 19.º)<sup>54</sup>; (ii) por outro lado, colocando-o em relação com o facto concreto ou real que preenche materialmente tal fundamento constitucional. No presente caso, isso significa que a finalidade de *restabelecimento da ordem constitucional* ganha contornos por referência (i) a uma situação de “calamidade pública” (invocada nos vários DPR que declaram o estado de emergência) e (ii) ao eclodir, especificamente, de uma pandemia do vírus SARS-CoV-2 que provoca a doença COVID-19.

Assim, quaisquer decisões e regras apenas servirão o fim vinculativo de restabelecimento da normalidade constitucional se e *na medida em que* sejam dirigidas à eliminação da calamidade pública provocada pela pandemia. Com efeito, a justificação jurídica das medidas excepcionalmente agressivas que um estado de emergência habilita, depende dessa coincidência entre o referido fim constitucional e o correspondente fim real (legal ou administrativo) concretizador ou implementador.

Ora, é sabido que a calamidade pública provocada pela pandemia assenta numa crise de saúde pública, decorrente de uma doença respiratória originada por um vírus novo, com altíssima taxa de transmissão e, na altura, sem tratamento ou farmacologia conhecidos e direccionados. Nessa medida, a calamidade pública justificante dos poderes excepcionais e emergenciais do Estado (de resto, usados pela primeira vez em Portugal) prende(u)-se com a rápida expansão comunitária da doença, com a necessidade de conter ou reduzir a taxa de infecção e, sobretudo, com a imperiosidade de acautelar a capacidade de resposta do serviço nacional de saúde (evitando o seu colapso ou a sua ruptura).

Aliás, isso mesmo é expressamente vertido no preâmbulo do primeiro decreto presidencial de declaração do estado de emergência, o DPR n.º 14-A/2020: para além de se aludir à “emergência de saúde pública ocasionada pela doença COVID-19”, qualificada como pandemia pela Organização Mundial de Saúde e que requeria “medidas de forte restrição de direitos e liberdades” para “prevenir a transmissão do vírus”, também se enfatizava como o país se confrontava com “crescentes [] novos casos de infetados”, o que recomendava a adopção de medidas “como forma de conter a expansão da doença”.

De seguida, com a evolução do quadro pandémico, a renovação do estado de emergência continuou predicada nesse conjunto de preocupações e objectivos. No preâmbulo do DPR n.º 17-A/2020, repetem-se as referências à emergência de saúde pública e à contenção da transmissão da doença, acompanhadas agora do reconhecimento de que se impõe “garantir a capacidade de resposta do Serviço Nacional de Saúde e das cadeias de abastecimento de bens essenciais”. Ademais, em jeito de avaliação intercalar, sublinham-se os “efeitos positivos” já alcançados no “combate

---

54. Cf. GOUVEIA, *Estado de Exceção*, pp. 127 e ss.

à disseminação da doença”, sobretudo derivados das “restrições no direito de circulação”. Desse modo, a manutenção das medidas e a renovação do estado de emergência surgia intimamente ligada ao desiderato de evitar um “aumento de contactos entre pessoas e, conseqüentemente, de infeções”.

Por fim, no preâmbulo do DPR n.º 20-A/2020, escreve-se lapidarmente que “[o]s pressupostos da declaração [do estado de emergência], que se mantiveram na sua renovação, assentavam numa estratégia de combate à disseminação do vírus através do recolhimento geral da população e da prática do distanciamento social”. E isso porque, como também expressamente se declara, as medidas visavam o “objetivo último de conter a propagação do vírus”. Adicionalmente, numa espécie de legitimação do estado de emergência pelo resultado (*output*), sublinhava-se que já havia sido possível “mitigar a transmissão da doença [...], permitindo reduzir a pressão sobre o Serviço Nacional de Saúde e salvar muitas vidas”. Com o que se dava por comprovado “o acerto da estratégia seguida”.

Como fica evidenciado, são estes elementos que dão contornos ao fundamento da emergência constitucional e, por essa via, à contraposição entre a exceção e a normalidade constitucionais. E é precisamente tendo-os por base que se deve densificar o fim de *restabelecimento de normalidade constitucional*, tal como expressamente interpretado pelos órgãos constitucionais competentes (em especial, o PR).

Do nosso ponto de vista, fica claro que se entendeu que retomar a normalidade constitucional dependeria sobretudo de baixar a transmissão ou conter a propagação da doença (mormente por intermédio de distanciamento social ou recolhimento). Logo, é de acordo com esse fim principal que devem ser testadas constitucionalmente quaisquer medidas, perguntando se e em que medida elas contribuem para diminuir casos de infeção e, assim, permitir o regresso a uma realidade de direitos fundamentais não suspensos (designadamente em termos de contacto social)<sup>55</sup>. Sem prejuízo, claro está, de valores correlacionados com a concreta crise de saúde pública vivida, como sejam a capacidade de resposta do SNS ou a provisão de bens essenciais.

Cumprir avaliar, pois, se os pertinentes segmentos das alíneas b) dos artigos 4.º dos DPR n.º 17-A/2020 e n.º 20-A/2020, bem como o implementador n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 19-A/2020, observam—à luz do n.º 4 do artigo 19.º da CRP—uma finalidade de restabelecimento da normalidade constitucional (com o sentido descrito).

Note-se, preliminarmente, que, apesar dos bastante longos preâmbulos dos decretos presidenciais, em nenhum momento se faz neles expressa menção à—ou sequer se releva a—permissão de intervenção no regime

---

55. A este propósito, interessa notar como o, entretanto publicizado, Anteprojecto de Lei de Protecção em Emergência de Saúde Pública entende o princípio da proporcionalidade neste contexto: “[...] medidas, [...] ações e [...] meios [...] estritamente necessários à prossecução da finalidade de protecção da saúde pública e de vidas humanas” (al. f) do artigo 4.º; itálicos nossos). O texto integral está disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc23/comunicacao/documento?i=anteprojecto-de-lei-de-protecao-em-emergencia-de-saude-publica>.

dos contratos de execução duradoura. No mínimo, sempre se poderá dizer que é uma omissão indiciadora da falta de relação entre a medida e o inversamente traçado quadro de crise de saúde pública, uma vez que as demais previsões de medidas exibem alguma conexão ao combate dos efeitos da propagação da doença.

Depois, não é efectivamente descortinável como é que a suspensão das cláusulas contratuais e disposições normativas que prevêm o direito à reposição do equilíbrio financeiro ou a compensação por quebras de utilização contribui para o *restabelecimento da normalidade constitucional* em termos de redução ou contenção de infecções, diminuição de pressão sobre o SNS, ou sequer manutenção da infraestrutura de serviços e bens essenciais<sup>56</sup>.

Assim, torna-se forçoso reconhecer que esta medida não tem uma finalidade de reacção à calamidade pública provocada por uma doença pandémica<sup>57</sup>. Conclusão que, na verdade, nem sequer pode espantar. Com efeito, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 19-A/2020, o Governo não explica a sua determinação por referência a um almejado efeito de saúde pública. Antes invoca razões aparentemente de teor redistributivo, ao considerar que “[a] situação excepcional que se vive no momento atual exige a participação de todos”. A que se soma uma pretendida limitação dos “efeitos negativos que decorreriam para o Estado do acionamento, em simultâneo, do exercício de eventuais direitos compensatórios pelos contraentes privados”, efeitos negativos esses que não são explicitados ou enunciados (mas que, atenta a respectiva formulação, parecem também não se relacionar com o combate à pandemia).

Em conclusão, verifica-se uma dissonância entre o fim constitucional de restabelecimento da normalidade constitucional e o fim legal real prosseguido, pois que este último—segundo o próprio Governo—parece essencialmente consistir numa imputação de prejuízos aos contraentes privados (em detrimento de regras legais ou contratuais de sentido contrário).

---

56. Essencialmente no mesmo sentido, VASCO MOURA RAMOS, “O regime excepcional e temporário”, pp. 765 ss.

57. A este propósito, é muito interessante atentar no Acórdão 359/2020 do Tribunal Constitucional da República do Perú, de 25 de Agosto de 2020, que declarou a inconstitucionalidade da Lei 31018 que estabelecia a suspensão do cobro de portagens na rede viária durante o estado de emergência nacional. O Tribunal entendeu que “la ley impugnada busca, en realidad, otorgar un beneficio económico a las actividades de transporte—las cuales no se han detenido durante el estado de emergencia—, consistente en eximir las del pago del peaje, no obstante, el uso de la red vial concesionada” (para. 74). Mais considerou que não existia nenhum “sustento de cómo la medida de suspensión del cobro de peaje coadyuvará a la mitigación de la pandemia del COVID-19” (para. 75). Curiosamente, essa mesma lei também determinava que tal suspensão não causaria nem geraria nenhum direito compensatório, o que o Tribunal considerou igualmente inconstitucional: “la ley impugnada infringe también la Constitución al prohibir la compensación correspondiente al concesionario por la afectación causada, desconociendo los derechos, la obligaciones y los mecanismos de compensación estipulados en los contratos de concesión” (para. 88). O acórdão pode ser consultado em: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00006-2020-AI.pdf>.

## 2.5 A proporcionalidade da medida

A medida em causa é também questionável do ponto de vista da sua proporcionalidade<sup>58</sup>.

Com efeito, convirá não esquecer que—por determinação constitucional e legal (com valor reforçado)— a declaração do estado de emergência pelo PR e a respectiva execução pelo Governo estão vinculados à observância do princípio da proporcionalidade (veja-se o primeiro segmento do artigo 19.º, n.º 4 da CRP).<sup>59</sup> Para além disso, a Constituição sublinha até como a extensão, a duração e os meios utilizados devem limitar-se ao “estritamente necessário”, apontando para um teste especialmente rigoroso das medidas que se habilitam ou se implementam.

O princípio da proporcionalidade é usualmente densificado por referência a três componentes: uma em que se pergunta pela *adequação* da medida ao fim visado, no sentido de averiguar se a mesma é apta ou idónea a atingir o objectivo que se propõe; outra em que se pergunta pela *necessidade* da medida, no sentido de averiguar se—de entre as várias medidas igualmente idóneas—era aquela a que se afigurava menos lesiva ou compressiva de posições subjectivas individuais; outra, por fim, que pergunta pela *racionalidade* ou *proporcionalidade stricto sensu* da medida, ponderando entre as vantagens dos fins a alcançar e os sacrifícios a impor<sup>60</sup>.

Aplicando tal esquema à medida que aqui se analisa (a suspensão do direito à reposição do equilíbrio financeiro ou à compensação por quebras de utilização), surgem vários problemas.

Desde logo, é difícil avaliar a *adequação* da medida, uma vez que não é inteiramente claro o seu fim. Como se referiu antes, o Governo basta-se preambularmente com uma alusão inespecífica a “efeitos negativos” que decorreriam para o Estado do accionamento de tais pretensões pelos titulares, e, a par disso, menciona a intenção de fazer com que “todos” participem nos desafios presentes. Em razão de tal fraca determinação, já seria sempre complicado efectuar qualquer teste de idoneidade ou aptidão instrumental.<sup>61</sup> Mas a verdade é que, como se esclareceu antes, o fim das disposições de emergência (seja na declaração ou execução) está constitucionalmente fixado: restabelecimento da normalidade constitucional. Na medida em que esta medida se mostra incapaz de prosseguir tal desiderato, falha consequentemente a sua *adequação*.

Dúvidas sérias surgem também a propósito da *necessidade*. Note-se que, na presente situação, a opção do Governo foi a de, até ao “fim” do estado

---

58. Cf., também, VASCO MOURA RAMOS, “O regime excepcional e temporário”, pp. 758-759.

59. Sobre a importância do princípio da proporcionalidade neste contexto, *vd.* Gonçalo Almeida Ribeiro, “Compreender o estado de excepção constitucional”, pp. 133 ss.

60. Cf. BERNHARD SCHLINK, “Proportionality (1)”, pp. 718 e ss., e AHARON BARAK, “Proportionality (2)”, pp. 738 ss. *Vd.*, ainda, GOUVEIA, *Estado de Excepção*, pp. 162 ss. e DULCE LOPES, “O papel do princípio da proporcionalidade”, pp. 175-183.

61. Novamente, sobre os problemas de averiguar a adequação das medidas, PEDRO LOMBA, “Constituição, estado de emergência e Administração sanitária”, p. 37.

de emergência (ou seja, até 2 de Maio), “suspender” as referidas cláusulas contratuais e disposições normativas que preveem o direito à reposição do equilíbrio financeiro ou a compensação por quebras de utilização em contratos de execução duradoura. Mas não resulta evidente, nem tão-pouco é explicado, por que razão a suspensão se afigura *necessária*, em termos de ser a menos gravosa das medidas abstractamente aptas para prosseguir o fim visado.<sup>62</sup> Tendo em conta a exigência desta dimensão do teste da proporcionalidade, é legítima a dúvida sobre se as pretensões de compensação e reposição não poderiam—durante a fase do estado de emergência—ter sido modificadas de forma menos lesiva. Com efeito, sempre teria de se fundamentar o porquê de, neste período em concreto, não bastarem medidas semelhantes às adoptadas para o período pós-emergencial (tal como a prorrogação do prazo de execução das prestações ou vigência do contrato, como consta do n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 19/-A/2020). Assim, surge a suspeita de que—a coberto do estado de emergência—o Governo seleccionou a medida mais lesiva (e a que mais lhe convinha do ponto de vista do seu interesse), sem devidamente cuidar do cumprimento da vinculação constitucional e legal à proporcionalidade. Por isso, salvo argumentos e dados em contrário, tudo indica que falha igualmente a sua *necessidade*.

Por fim, restaria apreciar a respectiva proporcionalidade em sentido estrito, comparando o peso dos sacrifícios impostos com os benefícios a atingir. Porém, estando em crise a adequação e necessidade da medida, não faz metodologicamente sentido avaliar autonomamente esta dimensão do teste. É que a resposta dificilmente pode abstrair da finalidade prosseguida e da menor intrusão conseguida: quaisquer benefícios e sacrifícios apenas podem ser correctamente ponderados quando são respectivamente legítimos à luz do fim visado e estritamente necessários para a consecução do objectivo público<sup>63</sup>.

### **3. Estado de (atípica) normalidade constitucional e pretensões compensatórias e de reposição do equilíbrio financeiro**

#### *3.1 A limitação das cláusulas contratuais e disposições normativas que prevêem o direito à reposição do equilíbrio ou a compensação por quebras de utilização fora do período de estado de emergência regulamentado*

O Decreto-Lei n.º 19-A/2020 não se restringe a introduzir um regime jurídico de reequilíbrio financeiro de contratos de execução duradoura unicamente

---

62. Muito embora, como já se fez notar, o próprio fim visado seja constitucionalmente problemático no quadro das regras constitucionais e legais aplicáveis à decretação e execução do estado de emergência, na medida em que o decreto não aparenta prosseguir um fim pré-ordenado ao restabelecimento da normalidade constitucional.

63. Apenas faria sentido proceder a essa análise no caso em que se admitisse estarem cumpridos os requisitos da adequação e necessidade. Nesse cenário, é provável—mas não inteiramente certo—que este terceiro requisito se encontrasse igualmente satisfeito (atento o pressuposto peso do interesse público em causa e a circunscrição temporal do sacrifício imposto).

valente para o período de estado de emergência entre 3 de Abril e 2 de Maio de 2020. Na verdade, aproveita igualmente para introduzir—no n.º 2 do artigo 3.º—uma limitação com um âmbito temporal pós-emergencial (após 2 de Maio e até que a Organização Mundial de Saúde declare o fim da pandemia)<sup>64</sup>.

De acordo com tal disposição, e sem prejuízo da suspensão que se pretende fazer valer no período de estado de emergência (n.º 1), “nos contratos em que se preveja expressamente o direito do contraente ou parceiro privado a ser compensado por quebras de utilização ou em que a ocorrência de uma pandemia constitua fundamento passível de originar uma pretensão de reposição do equilíbrio financeiro, tal compensação ou reposição só pode ser realizada através de prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, não dando lugar, independentemente de disposição legal ou estipulação contratual, a revisão de preços ou assunção, por parte do contraente ou parceiro público, de um dever de prestar à contraparte”.

Nesta medida, o Governo introduz uma severa modificação aos regimes legais e contratuais da reposição do equilíbrio financeiro, circunscrevendo as formas em que ela pode ocorrer. Por um lado, afasta as hipóteses de revisão de preços ou o dever de compensação pelo contraente público (“independentemente de disposição legal ou estipulação contratual”). Por outro lado, estipula que o parceiro privado apenas poderá exigir a prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato.

Cumpre enfatizar, primeiro, o facto de esta nova disciplina tornar inadmissíveis pretensões que legitimamente assistiriam aos contraentes privados por causa—como o próprio legislador concede—das cláusulas contratuais que haviam firmado com o ente público.<sup>65</sup> Nesta medida, o Governo torna não invocáveis os fundamentos contratuais que permitiriam ao contraente privado reclamar uma compensação por causa de “quebras de utilização” ou uma reposição do equilíbrio financeiro por causa da “ocorrência de uma pandemia”. A situação é especialmente delicada pela razão de que, em ambos os casos, havia uma previsão contratual de sentido contrário (logo, um acordo entre contraente privado e público quanto às consequências jurídicas despoletadas por determinados factos). Isso é sobremaneira exacerbado quando negocialmente se encarou expressamente a hipótese de ocorrer uma pandemia, tendo os contraentes consensualizado a distribuição de risco e regulamentado contratualmente as respectivas obrigações se a mesma se verificasse (como aconteceu de facto). A tensão entre este decreto-lei e os contratos torna-se, pois, evidente.

Em segundo lugar, merece detida reflexão a eficácia temporal desta disposição, que—como já se fez notar—surge em adição ao regime suspensivo emergencial, conforme n.º 1 do artigo 3.º.

---

64. Veja-se o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 19-A/2020.

65. Basta notar que o n.º 2 do artigo 3.º principia com a expressa assunção de previsão contratual de sentido contrário ao agora determinado na lei (“nos contratos em que se preveja expressamente o direito do contraente ou parceiro privado”).

Com efeito, parece evidente que o Governo não almejava somente um regime *excepcional* durante a *exceção* (é dizer: um regime excepcional e temporário durante o período de emergência invocado pelo próprio Decreto-Lei). Antes almejava também introduzir um regime que se mantivesse no período pós-emergencial por um período de tempo indeterminado (pois que as pretensões dos contraentes privados, na sequência deste n.º 2 do artigo 3.º, resultam sacrificadas até à declaração formal-internacional do fim da pandemia<sup>66</sup> em favor de formas de compensação ou reposição definidas como aceitáveis pelo próprio Governo).

Em suma, este parece ser, ironicamente, um *regime excepcional pós-exceção* (porventura, o novo normal).

### 3.2 A ausência de cobertura normativa pelo estado de exceção constitucional: consequências

Não obstante estar incluído num diploma que reclama suporte (ao menos, parcialmente) em prévia declaração do estado de emergência, importa começar por dizer o óbvio: o n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 19-A/2020 não tem qualquer cobertura normativa pelo estado de exceção constitucional ou por qualquer respectivo decreto presidencial de emergência. Com efeito, o preâmbulo do diploma explicita, precisamente, que a disposição visa regular situações jurídicas “[f]ora do estado de emergência”. De resto, seja por causa desta ou de outras medidas, isto concorre para explicar o porquê de o Governo invocar como norma habilitante também a sua competência legislativa geral (concorrente), constante da al. a) do n.º 1 do artigo 198.<sup>667</sup>

A principal consequência que daqui decorre é, naturalmente, a da submissão desta disposição ao regime geral das restrições de direitos fundamentais<sup>68</sup>. Na medida em que não se trata de um regime jurídico introduzido *ex novo* ao abrigo de uma suspensão do respectivo direito fundamental nos termos do artigo 19.º da CRP, então terá de necessariamente ser avaliada de acordo com os requisitos prescritos no artigo 18.º da CRP.

Note-se, em primeiro lugar, que o Governo reconhece tratar-se aqui de uma “limitação de direitos”—direitos que, como o direito de propriedade, são

---

66. Artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 19-A/2020.

67. Em geral, sobre a competência legislativa do Governo em matérias não reservadas à Assembleia da República, CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp. 795 e ss.

68. Não acompanhamos, por isso, a posição de VASCO MOURA RAMOS, “O regime excepcional e temporário”, p. 766, quando vê neste preceito somente um “condicionamento” de direitos e não uma “restrição” ou “limitação” (este último, de resto, é até o vocábulo que o próprio Governo utiliza). Com efeito, nem sequer nos parece que a ideia de “condicionamento de direitos fundamentais” faça sentido relativamente a este tipo de medida. É que não se trata de regular o exercício do direito ou estabelecer determinadas condições para o seu exercício que o oneram (sem o restringir). Trata-se, bem ao invés, de sacrificar uma modalidade do exercício do direito à reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato (afastando uma faculdade nele contida, consistente em poder pedir uma compensação financeira).

direitos, liberdades e garantias constitucionalmente protegidos.

Assim, fica em crise a constitucionalidade desta disposição, em especial por falta de competência do Governo. Com efeito, recorde-se que a matéria dos direitos fundamentais (e das suas restrições) está sujeita a reserva de lei, integrando a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República (al. b) do n.º 1 do artigo 165.º da CRP). Uma medida do género teria de ser aprovada ao abrigo de uma autorização legislativa (al. b) do n.º 1 do artigo 198.º da CRP). Não o tendo sido, parece evidente padecer a mesma de inconstitucionalidade orgânica<sup>69</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, havendo dúvidas quanto à eficácia temporal da disposição (no sentido de potencialmente abranger pretensões geradas durante o primeiro período da pandemia, ou seja de 18 de Março a 2 de Abril), sempre teria de se fazer notar que a retroactividade das restrições a direitos fundamentais está proibida também pelo artigo 18.º da CRP.<sup>70</sup>

Já a eventual proporcionalidade da medida é especialmente difícil de avaliar (e seria, em qualquer caso, irrelevante atenta a inconstitucionalidade orgânica detectada). Novamente se repete que o Governo não parece ter densificado adequadamente o fim visado com a restrição, a não ser a vantagem financeira (óbvia) de não se confrontar com pedidos financeiros de reequilíbrio financeiro e de, assim, pretender “redistribuir” sacrifícios pandémicos também pelos contraentes privados afectados<sup>71</sup>. Por esse motivo, é complicado fazer um juízo de adequação e (muito particularmente) de necessidade da medida.

Por último, o princípio da protecção da confiança e da tutela de expectativas legítimas apresenta-se, igualmente, como um derradeiro (e fortíssimo) obstáculo à intenção legislativa de modificação prospectiva dos termos legais e contratuais de reposição do equilíbrio económico financeiro. Como é evidente, os cocontratantes do Estado acreditaram—e tinham razões para acreditar—na permanência e estabilidade dos seus direitos legais e contratuais à reposição do equilíbrio financeiro em todas as suas valências possíveis. A este propósito, RICARDO BRANCO demonstrou já a facilidade com que a jurisprudência do Tribunal Constitucional pode ser mobilizada para colocar em crise, com base no referido princípio, os efeitos da medida em referência.<sup>72</sup>

---

69. Como notado, com interpretação diferente, VASCO MOURA RAMOS, “O regime excepcional e temporário”, pp. 766-767.

70. Precisamente sublinhando a inconstitucionalidade ínsita em tal retroactividade, RICARDO BRANCO, “A inconstitucionalidade das normas do Decreto-Lei n.º 19-A/2020”, p. 63.

71. Recorde-se, novamente, que até para o Anteprojecto de Lei de Protecção em Emergência de Saúde Pública, a proporcionalidade de medidas do Governo passaria sempre por as mesmas visarem a “*finalidade de protecção da saúde pública e de vidas humanas*” (al. f) do artigo 4.º; *itálicos nossos*).

72. Cf. RICARDO BRANCO, “A inconstitucionalidade das normas do Decreto-Lei n.º 19-A/2020”, p. 62-73.

### 3.3 O problema da modificação de contratos administrativos por lei

Para além dos concretos problemas competenciais acabados de referir, esta medida confronta-se ademais com outro óbice clássico: o da modificação por lei de termos contratuais em contratos administrativos livremente celebrados pela Administração Pública.<sup>73</sup>

Na verdade, ao estabelecer—fora de um contexto emergencial (e sem qualquer tipo de cobertura pela prévia suspensão de direitos fundamentais)—que os contraentes privados deixam de poder atender às cláusulas contratuais consensualmente acordadas a respeito do reequilíbrio financeiro, o Governo está a intervir legislativamente sobre esses mesmos conteúdos contratuais.

Nesta medida, surge a questão clássica de saber se “a existência de qualquer tipo de contrato celebrado pela Administração Pública traduz uma fonte condicionante da liberdade conformadora do legislador ou, pelo contrário, se a lei pode dispor livremente sobre o conteúdo e os efeitos de tais contratos definidores de relações jurídico-administrativas”<sup>74</sup>.

Como bem explica PAULO OTERO, a resposta está essencialmente balizada pelas seguintes coordenadas: “[s]e por um lado, a existência de vínculos contratuais envolvendo a Administração Pública não se mostra idónea a provocar um efeito preclusivo sobre o exercício da competência dispositiva do legislador, podendo este revogar ou modificar o regime material subjacente a tais contratos administrativos, o certo é que, por outro lado, os princípios da separação de poderes e da tutela da confiança impedem que a lei revogue ou modifique cláusulas ou efeitos de um ou de vários contratos determinados: *sob pena de o legislador exercer um poder administrativo de modificação unilateral dos contratos envolvendo a Administração Pública, registando-se uma usurpação da função administrativa e um paralelo desvio de poder legislativo, a lei não pode, por si só, extinguir ou alterar os termos da concreta vinculação contratual.*”<sup>75</sup>

Na medida em que o disposto no referido Decreto-Lei visa situações concretas e e com destinatários individualizáveis (todos os que, havendo celebrado contratos com entidades públicas, incluíram cláusulas contratuais prevendo “expressamente o direito do contraente ou parceiro privado a ser compensado por quebras de utilização ou em que a ocorrência de uma pandemia constitua fundamento passível de originar uma pretensão de reposição do equilíbrio financeiro”), esta parece ser uma situação paradigmática de um legislador a exercer um “poder administrativo de modificação unilateral dos contratos envolvendo a Administração Pública”<sup>76</sup>, implicando uma violação dos referidos princípios constitucionais

---

73. Cf. RICARDO BRANCO, “A inconstitucionalidade das normas do Decreto-Lei n.º 19-A/2020”, p. 60, notando como “Uma suspensão ou uma derrogação legal de cláusulas contratuais anteriores, estipuladas ao abrigo de também anteriores normas de autonomia estipulativa, faz soar naturalmente os alarmes do Estado de Direito”.

74. Citámos PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, p. 949.

75. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, pp. 949-950, itálicos nossos.

76. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, p. 950.

da separação de poderes, da segurança jurídica e da tutela da confiança<sup>77</sup>.

Ademais, na parte em que modifica o regime legal da reposição do equilíbrio financeiro, sempre se poderá defender constituir tal actuação geral e abstracta um *facto do príncipe*,<sup>78</sup> provocando o dever de compensar o contraente privado de acordo com o artigo 282.º por remissão da al. a) do n.º 1 do artigo 314.º, do CCP quando o contraente público seja o Estado,<sup>79</sup> ou segundo a equidade nos termos da al. a) do artigo 312.º nas demais situações<sup>80</sup>.

#### **4. Antecipação e reacção à futura litigância arbitral: a aplicabilidade do artigo 185.º-A do CPTA**

##### *4.1 A determinação da aplicabilidade do artigo 185.º-A do CPTA: contornos do problema*

O Governo antecipou que o disposto no presente decreto-lei iria originar litigância<sup>81</sup>. Previsivelmente, fruto da inclusão típica de compromissos arbitrais neste tipo de contratos administrativos de execução duradoura, a grande maioria desses conflitos serão dirimidos por meio da justiça administrativa arbitral.<sup>82</sup>

Nessa medida, o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 19-A/2020 determina que “[a]os litígios que venham a emergir da aplicação do disposto no presente decreto-lei é aplicável o n.º 3 do artigo 185.º-A do Código de Processo nos Tribunais Administrativos [doravante: CPTA]”. Por sua vez, essa mesma disposição do CPTA (que havia sido introduzida inicialmente em 2015 e

---

77. Com análise detalhada, RICARDO BRANCO, “A inconstitucionalidade das normas do Decreto-Lei n.º 19-A/2020”, pp. 62-73, traça um paralelo com o raciocínio desenvolvido pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 202/2014, de 3 de Março, em que foi julgada inconstitucional a revogação retroactiva de um decreto-lei que habilitava a prorrogação contratual das da concessão de uma infraestrutura portuária.

78. Cf., recentemente, ANDREIA DUARTE DA COSTA, “O regime excecional e temporário do Decreto-Lei n.º 19-A/2020, de 30 de abril, enquanto *fait du prince* – uma alternativa para o concessionário?”, *Revista de Contratos Públicos* 28 (2021), pp. 55-93 (82).

79. Cf. TIAGO AMORIM, “A reposição do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos”, pp. 545-546, notando como a “doutrina vem afirmando que assiste ao contraente privado o direito à reposição do equilíbrio do contrato nos casos em que uma pessoa materialmente administrativa próxima do contraente público [...] adota medidas que se repercutem especificamente sobre o contrato administrativo e afetam o modo de realização das prestações nele incluídas”.

80. Cf. ANDREIA DUARTE DA COSTA, “O regime excecional e temporário do Decreto-Lei n.º 19-A/2020”, p.89-90, e VASCO MOURA RAMOS, “O regime excecional e temporário”, p. 768. Também sobre a problemática da imputabilidade do facto do príncipe, TIAGO AMORIM, “A reposição do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos”, pp. 543 e ss.

81. Em geral, TIAGO SERRÃO, “Uma epidemia anunciada: epidemia da litigância em matéria de execução contratual pública”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 61 (2020), pp. 793-804.

82. Com muito interesse, em geral sobre a arbitragem administrativa, cf. SÉRVULO CORREIA, “Introdução à arbitragem administrativa: características e traços distintivos”, *Revista de Direito Administrativo* 12 (2021), pp. 5-18.

profundamente alterada em 2019), diz respeito à impugnação e recurso de decisões arbitrais. Em particular, o referido n.º 3 estabelece que: “A decisão arbitral sobre o mérito da pretensão deduzida que ponha termo ao processo arbitral é ainda suscetível de recurso, com efeito meramente devolutivo, para o Supremo Tribunal Administrativo: a) Quando esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo; b) Quando esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito, nos termos do artigo 150.º”.

Assim, parece ficar claro que o legislador pretende usufruir das possibilidades de recurso da decisão arbitral. No entanto, a razão para o—essencialmente declarativo ou confirmativo<sup>83</sup>—artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 19-A/2020 apenas se compreende perante as dúvidas suscitadas a propósito da sua aplicabilidade a convenções de arbitragem celebradas antes da entrada em vigor das modificações ao artigo 185.º-A do CPTA, introduzidas pela revisão de 2019 da lei processual administrativa<sup>84</sup>. Com efeito, gerou-se na doutrina uma discussão em torno de saber se decisões arbitrais que ocorressem após o início de vigência daquelas alterações legais processuais seriam efectivamente recorríveis, pois que eram baseadas em convenções de arbitragens ditas “pretéritas”<sup>85</sup>.

A doutrina tem, a este propósito, oferecido diferentes respostas. Por um lado, encontra-se defendido que as novas regras de recursos introduzidas em 2019 são imediatamente aplicáveis a qualquer causa pendente ou decisão arbitral proferida em ou após 17 de Novembro de 2019 (que corresponde à data de entrada em vigor da Lei n.º 118/2019, de 17 de Setembro).<sup>86</sup> Por outro lado, vê-se igualmente sustentada a tese de que, se assim for, então o legislador terá procedido à “alteração de convenções de arbitragem pretéritas”, pois que—em regra—não se terá aí estabelecido “qualquer recurso para os tribunais estaduais” ou, pelo menos, o tipo de recursos agora introduzidos<sup>87</sup>. Esta posição considera que, desse modo, o legislador está a “alter[ar] unilateralmente os termos convencionados entre as partes” (sendo o Estado muitas vezes uma delas).<sup>88</sup> Consequentemente, postula-se corresponder isso a uma “intromissão estadual” na “esfera contratual das

---

83. Também assim TIAGO SERRÃO, “Uma epidemia anunciada”, p. 797.

84. E que TIAGO SERRÃO, “Uma epidemia anunciada”, p. 798, sintetiza bem na seguinte pergunta: “de decisões proferidas em processos arbitrais que tenham por base convenções arbitrais anteriores à (entrada em vigor da) revisão do contencioso de 2019, há direito ao recurso (para uniformização de jurisprudência e de revista)?”.

85. A este propósito, TIAGO SERRÃO, “Uma epidemia anunciada”, p. 798, acrescenta: “O acento tónico da questão é colocado no concreto momento da celebração da convenção de arbitragem: a decisão do litígio arbitral é posterior à (entrada em vigor da) referida revisão, mas a convenção de arbitragem é anterior.”

86. Cf. JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A justiça administrativa em tempos de emergência e de calamidade”, *E-Pública - Revista Eletrónica de Direito Público* 7 (2020), pp. 257-258.

87. TIAGO SERRÃO, “Uma epidemia anunciada”, p. 799.

88. TIAGO SERRÃO, “Uma epidemia anunciada”, p. 799. Embora o Autor não enfatize, como nos parece devido, a diferença entre o Estado-legislador e o Estado-administrador.

partes”, a ponto de se poder falar de uma “violação do princípio da proteção da confiança, pois as partes celebraram tais convenções de arbitragem no pressuposto legítimo de inexistirem recursos, inclusivamente de fonte legal, para os tribunais estaduais”<sup>89</sup>.

Compreende-se, intuitivamente, que ambas as orientações lêem o artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 19-A/2020 diferentemente: para a primeira, tal disposição apenas confirma e explicita o que sempre decorreria das regras de aplicabilidade temporal do artigo 185.º-A do CPTA<sup>90</sup>; para a segunda, tal disposição incorre precisamente no vício de alterar convenções de arbitragem já firmadas, assim violando expectativas legítimas.

#### 4.2 Convenção de arbitragem administrativa e modificação da *lex arbitri*

Do nosso ponto de vista, é aquela primeira orientação que está essencialmente correcta. Na verdade, só ela parece ser compatível com uma compreensão adequada da relação entre as leis processuais e a convenção de arbitragem.

É sabido que uma convenção de arbitragem é concluída com fundamento numa determinada lei ou norma que estabelece as suas condições de validade<sup>91</sup>. Do respeito por essa lei da convenção de arbitragem (o que se designa, internacionalmente, como a *law governing the arbitration agreement*) depende o respectivo reconhecimento jurídico dos contratos destinados a subtrair a resolução de disputas aos tribunais comuns ou judiciais e submetê-la a tribunais arbitrais<sup>92</sup>. Uma vez que, neste caso, teremos por referência arbitragens domésticas, cremos não existirem dúvidas de que a lei processual da qual depende a validade da convenção de arbitragem é, precisamente, o CPTA (designadamente os seus arts. 180.º a 187.º). Com efeito, é o CPTA que, em várias disposições, estabelece a permissão jurídica para a Administração celebrar convenções de arbitragem, delimitando o seu objecto possível (artigo 180.º), fixando o modo de manifestação da vontade administrativa (artigo 184.º) e definindo os correspondentes limites (artigo 185.º). Evidentemente, estas normas são de particular relevância num contexto de direito público, pois que os entes administrativos apenas podem agir tendo por pressuposto a lei<sup>93</sup>. A ausência dos citados normativos significaria, afinal, que à Administração estaria vedado subtrair os seus conflitos com privados à jurisdição dos

---

89. TIAGO SERRÃO, “Uma epidemia anunciada”, p. 799.

90. Cf. JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A justiça administrativa em tempos de emergência e de calamidade”, p. 258.

91. Cf. KASPAR HENRIK MÖLLER, *Echte Schiedsgerichtsbarkeit im Verwaltungsrecht. Eine Studie zu Rechtsrahmen und Kontrolle nichtstaatlicher Streitentscheidung im Verwaltungsrecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2014, pp. 140 ss.

92. NIGEL BLACKBAY, CONSTANTINE PARTASIDES QC, ALAN REDFERN e MARTIN HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 158.

93. Cf. KASPAR HENRIK MÖLLER, *Echte Schiedsgerichtsbarkeit im Verwaltungsrecht*, pp. 94 ss., e CARLA ESPLUGUES BARONA, *Arbitraje y Derecho Administrativo. Teoría y realidad*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 177 ss.

tribunais administrativos<sup>94</sup>.

Simultaneamente, o CPTA é igualmente a *lex arbitri* (ou a *law governing the arbitration*), na medida em que é ele que estabelece as regras básicas de que depende a condução da arbitragem administrativa<sup>95</sup>. Fá-lo, de uma banda, por remissão para a Lei de Arbitragem Voluntária (artigo 181.<sup>o</sup>). De outra banda, com relevo para o que nos ocupa aqui, estabelece igualmente um conjunto de regras especiais e especialmente desenhadas para acomodar os interesses que subjazem a uma disputa público-privada (e não puramente privada)<sup>96</sup>. Regras, de resto, que não têm paralelo no quadro das arbitragens baseadas tão-só no exercício da autonomia privada<sup>97</sup>.

Uma das especificidades a relevar resulta da opção legislativa por, neste domínio, relativizar em maior medida a finalidade da decisão arbitral<sup>98</sup>. Com efeito, o artigo 185.<sup>o</sup>-A, para além de admitir a impugnação da decisão arbitral nos termos que valem para as arbitragens privadas, consagra ainda uma hipótese de recurso quanto ao mérito da decisão arbitral sempre que esta (i) “esteja em oposição, quanto à mesma questão fundamental de direito, com acórdão proferido pelo Tribunal Central Administrativo ou pelo Supremo Tribunal Administrativo” ou, genericamente, (ii) “quando esteja em causa a apreciação de uma questão que, pela sua relevância jurídica ou social, se revista de importância fundamental ou quando a admissão do recurso seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito” (artigo 185.<sup>o</sup>-A, n.<sup>o</sup> 3).<sup>99</sup>

Ora, estas novas vias de recurso não têm nada que ver com o conteúdo da convenção de arbitragem ou com aquilo que as partes podiam autonomamente conformar, mas ao invés com aquela que é a ambiência regulatória da arbitragem administrativa<sup>100</sup>. Em particular, as regras que

---

94. Cf. CARLA ESPLUGUES BARONA, *Arbitraje y Derecho Administrativo*, pp. 182 ss.

95. BLACKBAY, PARTASIDES QC, REDFERN e HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, pp. 167-169, e GEORGE BERMAN, *International Arbitration and Private International Law*, Hague: Brill Nijhoff, 2017, pp. 216 e ss.

96. Cf. KASPAR HENRIK MÖLLER, *Echte Schiedsgerichtsbarkeit im Verwaltungsrecht*, pp. 43-44. Entre nós, cf. VASCO MOURA RAMOS, “Algumas considerações sobre a arbitragem de litígios respeitantes à validade de actos administrativos (à luz do regime resultante do CPTA)”, in CARLA AMADO GOMES, DOMINGOS SOARES FARINHO e RICARDO PEDRO (Coord.), *Arbitragem e Direito Público*, Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 239-287.

97. Pense-se, por exemplo, na regra da publicidade das decisões arbitrais (artigo 185.<sup>o</sup>-B) ou na aplicação aos árbitros de certos deveres e impedimentos (artigo 181.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 4 CPTA). Cf. KASPAR HENRIK MÖLLER, *Echte Schiedsgerichtsbarkeit im Verwaltungsrecht*, pp. 50-51.

98. Opção que, obviamente, pode ser criticada quando à sua bondade. Com interesse para essa discussão, *vd.* VASCO MOURA RAMOS, “Que fundamentos específicos de impugnação e que recursos se devem admitir?”, in CARLA AMADO GOMES e RICARDO PEDRO (Coord.), *A arbitragem administrativa em debate: problemas gerais e arbitragem no âmbito do código dos contratos públicos*, Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 195-213. Na doutrina estrangeira, cf. CARLA ESPLUGUES BARONA, *Arbitraje y Derecho Administrativo*, pp. 336-337.

99. Considerando já a “maior suscetibilidade de recurso da sentença arbitral para os Tribunais estaduais” um “elemento distintivo do regime da arbitragem administrativa”, *vd.* SÉRVULO CORREIA, “Introdução à arbitragem administrativa”, p. 12.

100. Analisando a arbitragem administrativa de uma perspectiva regulatória, *vd.* KASPAR HENRIK MÖLLER, *Echte Schiedsgerichtsbarkeit im Verwaltungsrecht*, pp. 41 ss., se-

definem o papel da jurisdição estadual *vis-à-vis* os tribunais arbitrais (tais como as atinentes aos fundamentos de impugnação ou às vias recursivas legais), serão, por isso, externas à convenção de arbitragem, tendo esta de necessariamente se subordinar a elas. Nessa medida, qualquer parte que celebra uma convenção de arbitragem tem de admitir que a *lex arbitri*—como qualquer lei doméstica—possa sofrer modificações, designadamente no sentido de ampliar as hipóteses de recurso *legais* da decisão arbitral (como aconteceu, no CPTA, em 2019)<sup>101</sup>. É dizer que a celebração de uma convenção de arbitragem não *petrifica*, não *cristaliza* e não *incorpora* a *lex arbitri* vigente nesse momento (como sempre resultaria da segunda orientação exposta anteriormente)<sup>102</sup>. Isso tornaria—absurdamente—a *lex arbitri* imodificável para efeitos daquela convenção de arbitragem, independentemente de quando viesse a ocorrer a disputa ou o processo arbitral. Pelo contrário, é no momento do início do processo arbitral que se há-de aferir o conteúdo da *lex arbitri*. É esse, pois, o momento relevante para determinar a disciplina jurídica legal do processo arbitral no ordenamento jurídico de referência.

Por isso, nesta situação concreta, quando o legislador altera o artigo 185.º-A da lei *processual* administrativa, ele não está a modificar o conteúdo de contratos (convenções de arbitragem) anteriores celebrados entre a Administração e os particulares. Está apenas a modificar uma regra que conforma o desenrolar da arbitragem administrativa (designadamente quanto à definitividade da decisão arbitral perante os tribunais estaduais), regra essa que será pertinente e aplicável independentemente da data em que haja sido concretamente celebrada a convenção<sup>103</sup>.

---

gundo a qual a disciplina jurídica da arbitragem é vista como organizando uma cooperação entre actores estaduais e sociais, através da qual se estabelecem (i) os requisitos de decisões não-estaduais compositivas de litígios, (ii) os parâmetros do respectivo controlo dessas decisões e (iii) as exigências de que dependerá a sua execução. *Vd.*, também, CARLA ESPLUGUES BARONA, *Arbitraje y Derecho Administrativo*, pp. 293 ss. Sobre a regulação da arbitragem internacional, cf. GEORGE BERMAN, *International Arbitration and Private International Law*, p. 216.

101. Como explica JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A justiça administrativa em tempos de emergência e de calamidade”, p. 258, nota 47, o raciocínio continua a valer mesmo quando as partes convencionaram expressamente a irrecorribilidade da decisão arbitral, pois que uma coisa são os recursos de que as partes podem dispor (*ex voluntate*) e outra são os recursos legais (*ex lege*). Nessa medida, a expansão das vias de recurso legais, pelo legislador, em nada viola a convenção arbitral face àquilo de que ela podia—no quadro da autonomia das partes—dispor.

102. Isto é, para recorrer a um paralelo do direito internacional do investimento, não pode procurar transformar-se a convenção de arbitragem numa espécie de *cláusula de estabilização*.

103. Por este motivo, temos até dificuldade em compreender que se possa gerar uma discussão em torno da hipotética inconstitucionalidade da aplicação imediata das novas vias recursivas aos processos arbitrais. De uma banda, porque não há aí qualquer modificação legislativa de contratos. De outra banda, porque nos parece implausível e juridicamente inconsistente falar sequer de eventuais “expectativas” dignas de tutela (como seja a pretensa expectativa legítima de que as vias recursivas legais não fossem alargadas). Isto não é sequer algo que, do nosso ponto de vista, dependa de saber se há ou não uma confiança tutelável (discussão feita, e bem, por JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A justiça administrativa em tempos de emergência e de calamidade”, p. 257, nota 46). Do que se trata, pura e simplesmente, é de compreender adequadamente a existência jurídica

Há interesse em estabelecer, a este propósito, um paralelo com a aplicabilidade temporal de certas regras introduzidas pela reforma da arbitragem francesa em 2011 (Decreto n.º 2011-48, de 13 de Janeiro de 2011, que entrou em vigor a 1 de Maio de 2011) e que confirmam, no essencial, a orientação que aqui se defende. Nessa altura, o legislador francês:

- (i) modificou a norma atinente à determinação pelas partes da recorribilidade ou irrecorribilidade da decisão arbitral (antes da reforma, as sentenças arbitrais segundo o direito constituído eram recorríveis salvo manifestação em contrário das partes e as sentenças arbitrais segundo a equidade não eram recorríveis salvo previsão de sentido contrário pelas partes; após a reforma, a regra geral passou a ser de que as sentenças arbitrais não são recorríveis, salvo vontade das partes em sentido contrário)<sup>104</sup>;
- (ii) modificou a norma processual atinente ao designado “recours en révision”, que é uma via recursiva legal tendente a sancionar casos de fraude (antes da reforma, este recurso estava disponível por regra para as arbitragens domésticas mas não para as internacionais, enquanto após a reforma passou a estar genericamente disponível para ambas)<sup>105</sup>.

O interessante é notar que as modificações em causa têm uma eficácia temporal completamente distinta: por um lado, a modificação descrita em (i), dispondo de uma natureza essencialmente substantiva por dizer respeito àquilo que as partes podiam autonomamente determinar através de convenção de arbitragem, apenas se aplica às *convenções de arbitragem concluídas* após 1 de Maio de 2011 (e isso, evidentemente, para não afectar o acordo que convenções anteriores haviam estabelecido);<sup>106</sup> já a modificação descrita em (ii) é aplicável à sentença de qualquer *tribunal arbitral constituído* após 1 de Maio de 2011, pelo que se sujeita assim tal sentença ao “recours en révision” e, nessa medida, abstrai-se da data em que foi celebrada a convenção de arbitragem (precisamente porque não são regras na disponibilidade das partes).<sup>107</sup>

A única dúvida que poderia, portanto, subsistir seria se os recursos previstos no artigo 185.º-A são aplicáveis somente a decisões arbitrais proferidas em processos *iniciados* após a sua entrada em vigor ou se são logo aplicáveis a

---

da arbitragem administrativa e a sua relação com o quadro regulador que a institui e disciplina. Não há, pois, qualquer espaço para falar em expectativas quanto aos termos em que, no futuro, o Estado vai delinear (ou deixar de delinear) o papel a desempenhar pelos tribunais estaduais no controlo da actividade arbitral em matéria administrativa, uma actividade que—de resto—só existe neste domínio por opção desse mesmo Estado. Para uma breve resenha histórica da arbitragem administrativa em Portugal, cf. SÉRVULO CORREIA, “Introdução à arbitragem administrativa”, pp. 6-12.

104. Cf. JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l'arbitrage*, Paris: PUF, 2016, pp. 608-610.

105. Cf. JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l'arbitrage*, pp. 615-616.

106. Cf. o n.º 1 do Artigo 3.º do referido Decreto n.º 2011-48. Na doutrina, JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l'arbitrage*, p. 610.

107. Cf. o n.º 2 do Artigo 3.º do referido Decreto n.º 2011-48. Na doutrina, JEAN-BAPTISTE RACINE, *Droit de l'arbitrage*, pp. 616-619, considerando inclusivamente que as vias de recurso são indisponíveis e constituem normas de ordem pública.

decisões arbitrais proferidas em processos *já a correr*. Em tese, cremos que seria admissível qualquer uma das soluções.<sup>108</sup> Mas o legislador parece ter querido resolver a questão no último sentido mencionado, seja porque parte da aplicação imediata das alterações introduzidas (n.º 2 do artigo 13.º da Lei n.º 118/2019), seja porque—especificamente a propósito da arbitragem administrativa—ressalva apenas a aplicação do artigo 180.º a processos arbitrais iniciados após a sua entrada em vigor (n.º 2 do artigo 13.º da Lei n.º 118/2019).<sup>109</sup> Nessa medida, dada a sua natureza puramente processual e externa ao próprio processo arbitral, não se descortina argumento para que as novas hipóteses de recurso de decisões arbitrais fiquem—contra a assim interpretada vontade legislativa—dependentes do momento em que se haja iniciado o respectivo processo<sup>110</sup>. Elas valerão, pois, em face de qualquer decisão arbitral que seja proferida após a introdução do artigo 185.º-A do CPTA<sup>111</sup>.

Em suma, cremos não haver qualquer mácula jurídica a apontar ao artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 19-A/2020, uma vez que o mesmo não subtrai nem acrescenta nada à devida aplicabilidade do artigo 185.º-A do CPTA às sentenças proferidas em processos arbitrais pendentes e iniciados após a entrada em vigor da Lei n.º 118/2019 (logo: 17 de Novembro de 2019)<sup>112</sup>.

---

108. Uma terceira solução passaria por aplicar as novas vias recursivas apenas às decisões arbitrais proferidas por tribunais que houvessem sido constituídos após a entrada em vigor da Lei n.º 118/2019.

109. Há, de resto, uma razão evidente para que seja feita tal ressalva: é que o artigo 180.º diz respeito à arbitrabilidade do litígio. Na medida em que delimita o objecto possível da arbitragem, não poderia, pois, tal norma servir (i) ora para validar processos arbitrais já iniciados a propósito de uma questão para a qual, nesse momento, faltava competência em razão da matéria ao tribunal arbitral, (ii) ora para invalidar processos arbitrais regularmente iniciados à luz das regras de arbitrabilidade então vigentes. Como se compreende, o caso dos recursos de decisões arbitrais é radicalmente distinto, pois que em nada afecta a competência do tribunal arbitral.

110. As referências ao processo civil citadas por JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A justiça administrativa em tempos de emergência e de calamidade”, p. 257, nota 46, são especialmente pertinentes, demonstrando o amplo sustento doutrinal da “regra de aplicação imediata da lei processual no caso da instituição *ex novo* de vias de recurso que a lei antiga não previsse”.

111. É verdade que o referido n.º 2 artigo 13.º da Lei n.º 118/2019 faz referência à aplicação imediata a “processos administrativos” pendentes, do que se deduz ter em vista processos nos tribunais administrativos (e não processos arbitrais). Na medida em que, por intermédio da convenção de arbitragem, os particulares subtraíram a resolução do seu litígio à jurisdição estadual para a submeter a uma jurisdição arbitral, dir-se-á que a lógica do preceito vale também para os processos arbitrais pendentes. A este propósito, JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A justiça administrativa em tempos de emergência e de calamidade”, p. 257, nota 46, adiciona o argumento de que “facto de ser ‘arbitral’ não elimina a ‘administratividade’ de determinado processo”. Em qualquer caso, mesmo que se entendesse que aquela disposição não visava os processos arbitrais (e que, por isso, o legislador não havia directamente estabelecido a solução do problema), sempre o resultado seria o mesmo em razão do consenso doutrinal de que “[um]a lei nova que admita um recurso onde anteriormente o não havia só não se aplica às decisões já proferidas” (cf., com referências, JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A justiça administrativa em tempos de emergência e de calamidade”, p. 257, nota 46).

112. Concluindo igualmente pela natureza “declarativa” do preceito, *vd.* JOSÉ DUARTE COIMBRA, “A justiça administrativa em tempos de emergência e de calamidade”, p. 259. Semelhantemente, VASCO MOURA RAMOS, “O regime excepcional e temporário”, p. 771

## 5. Conclusão

A análise empreendida permite confirmar que o Decreto-Lei n.º 19-A/2020 é um exemplo acabado do pior que pode normativamente acontecer em estado de excepção constitucional: um Governo que, animado por critérios de acção e parâmetros de controlo mais deferenciais e indeterminados, afecta selectivamente—contra a Constituição e o próprio regime do estado de emergência—direitos e pretensões dos cidadãos ou das empresas. Para além do gritante impacto nos contratos públicos, a afronta ao princípio do Estado de Direito fica finalmente patente no respectivo artigo 8.º, ao estabelecer-se que “Não dão lugar a indemnização pelo sacrifício os danos resultantes de atos regularmente praticados pelo Estado ou outra entidade pública, no exercício das competências conferidas pela legislação de saúde pública e de protecção civil, ou no quadro do estado de emergência, para efeitos da prevenção e do combate à pandemia COVID-19”. Afinal, o Estado agressor e restritivo é também um que, ao arrepio dos mais elementares postulados constitucionais, se quer desresponsabilizar patrimonialmente perante os sujeitos afectados. Escusado será dizer que também esta disposição é inapelavelmente inconstitucional, violando a garantia consagrada no artigo 22.º da CRP (que nunca foi, de resto, suspensa em estado de emergência).<sup>113</sup>

É esta, portanto, a importância paradigmática do Decreto-Lei n.º 19-A/2020: relembrar-nos—aos juristas e aos cidadãos em geral—que nos momentos difíceis e desafiantes, de alguma penumbra do Direito, urge permanecer vigilante e crítico do exercício do poder.

\*\*\*

---

(“Também esta regra se nos afigura inútil, dado que aquele preceito do CPTA não se encontra na disponibilidade das partes, pelo que as partes não poderiam excluir esses recursos”).

113. Disposição que, ironicamente, contraria até o proposto no Anteprojecto de Lei de Protecção em Emergência de Saúde Pública, cujo n.º 1 do artigo 54.º estabelece: “A imposição de encargos, por razões de interesse público na emergência de saúde pública, que cause danos especiais ou anormais, confere ao lesado o direito a indemnização pelo sacrifício prevista no artigo 16.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.”