

A relação jurídica fundada em contrato administrativo

A relação jurídica fundada em contrato administrativo

Tópicos de consolidação e de inovação patentes no Projecto de Código dos Contratos Públicos ⁽¹⁾

1. Contratos da Administração e salvaguarda do interesse público

É sabido que a exigência de transposição das directivas europeias da contratação não impunha a incursão do legislador pelo regime substantivo dos contratos públicos. Com efeito, apesar de, aqui e ali, se detectarem indícios de um crescente interesse do direito comunitário por aspectos atinentes à execução dos contratos, até hoje, as normas positivas vêm-se mantendo exclusivamente direccionadas para a regulamentação dos procedimentos de adjudicação.

Não respondendo a uma imposição jurídica externa, a regulamentação de aspectos substantivos, pelo menos, de uma parte da contratação pública apresenta-se, todavia, como uma solução oportuna e necessária. De facto, num momento histórico em que se assiste ao crescimento e aparente consolidação do tópico da “Administração por contrato” ⁽²⁾, a um “mo-

vimento da autoridade para o contrato” ⁽³⁾, ao apelo mais ou menos generalizado à retórica do consenso, à “descoberta” de inovadoras aplicações do contrato na acção pública ⁽⁴⁾, ao recurso sistemático a formas de externalização contratual (*outsourcing*) de funções públicas ⁽⁵⁾ – a lembrar que o “contracting out is in” ⁽⁶⁾ –, ao florescimento de uma “contratação interna”, que se processa entre entidades da Administração Pública ⁽⁷⁾, numa época como esta, não só faz sentido como se impõe que o *direito administrativo* responda ao desafio de se adaptar ao ambiente contratual que envolve a vida administrativa. Se, não querendo reconhecer um tal imperativo, o direito administrativo se dis-

⁽³⁾ Cf. PH. J. COOPER, *Governing by contract: challenges and opportunities for public managers*, CQ Press, Washington D.C., 2003, p. 47, assinalando que, num *continuum* com um extremo no poder e outro no contrato, o centro de gravidade da acção pública tem-se deslocado no sentido do contrato.

⁽⁴⁾ Cf. P. VINCENT-JONES, *The new public contracting*, Oxford University Press, 2006.

⁽⁵⁾ Cf. J.-D. DREYFUS, “L’externalisation, éléments de droit public”, *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2002, pp. 1214 e segs.; G. FERNÁNDEZ FARRERES, “La Administración Pública y las reglas de la “externalización”, *Justicia administrativa*, 2006, pp. 5 e segs.; G. PIPERATA, “Le esternalizzazioni nel settore pubblico”, *Diritto amministrativo*, 2005, pp. 963 e segs.; G. NAPOLITANO, “La pubblica amministrazione e le regole dell’esternalizzazione”, *Il diritto dell’economia*, 2006, pp. 663 e segs.

⁽⁶⁾ Cf. C. GREVE/N. EJERSBO, *Contracts as reinvented institutions in the public sector: a cross-cultural comparison*, Westport, Praeger Publishers, 2005, p. 2.

⁽⁷⁾ Sobre o designado “government by internal contract”, cf. A. C. L. DAVIES, *Accountability: a public law analysis of government by contract*, Oxford University Press, 2001.

⁽¹⁾ Consideramos o *Projecto de Código dos Contratos Públicos* na versão aprovada na reunião de Conselho de Ministros de 28 de Junho de 2007.

⁽²⁾ Sobre este tópico, cf. M. FREEDLAND, “Government by contract and public law”, *Public Law*, 1994, pp. 86 e segs.; RAMPULLA/TRONCONI, “Le attività pattizie della pubblica amministrazione”, *Il Politico*, 2005, pp. 101 e segs.; J.-B. AUBY, “Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere”, *Public Law*, 2007, pp. 40 e segs.

pensasse de intervir, correr-se-ia o sério risco de o vazio criado se ver ocupado por regimes jurídicos de matriz indiferente ao sentido ético radical daquele: a *salvaguarda do interesse público* em conjugação com a *protecção dos interesses dos particulares*. Em especial na contratação que confia responsabilidades públicas a privados, a regulamentação substantiva específica haverá de cuidar dos interesses do “terceiro oculto” nesse tipo de contratos: o público ⁽⁸⁾.

Neste ponto, o *Projecto do Código dos Contratos Públicos* (doravante, *Projecto*) conforta-nos largamente, fornecendo uma solução do direito administrativo para inúmeros aspectos da vida dos contratos da Administração Pública.

Neste sentido, a nossa primeira observação sobre o *Projecto* é – não pode deixar de ser – a de afirmar uma plena concordância com a filosofia expressa na *opção de base*, assente na configuração legal de um regime substantivo próprio para certas categorias de contratos pelo facto de envolverem, como parte, uma entidade da Administração Pública (revogando e substituindo, assim, os actuais arts. 178.º e segs. do CPA).

Em larga medida, para marcar a *autonomia do contrato administrativo*, pouco importa que se consagre um dualismo no interior da contratação administrativa, distinguindo entre *contrato administrativo* e *contrato da Administração em regime de direito privado*. Com efeito, de um certo ponto de vista, o que a autonomia do contrato administrativo verdadeiramente exige é a instituição de uma disciplina especial que regule a execução de, “pelo menos”, certos contratos da Administração. De uma disciplina especial que, já se vê, se distancie do regime dos *contratos de direito privado entre privados*. O *Projecto* não deixa margem para dúvidas a este respeito, e impede eventuais derivas pan-privatistas, animadas por

⁽⁸⁾ Cf. G. ARIÑO ORTIZ, “El enigma del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 172, 2007, pp. 79 e segs. (101).

um “silêncio púdico” do CPTA (MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA) sobre o conceito de contrato administrativo.

O *Projecto* oferece-nos, por conseguinte, um *regime jurídico substantivo* (quer dizer, dirigido à relação contratual e não apenas aos antecedentes procedimentais) para uma figura que designa como contrato administrativo. Como se impunha a um legislador prudente, o *Projecto* acolhe, nesta parte, soluções que procuram articular, de forma coerente, a “lógica do *pactum*” (paridade contratual) com a “lógica da função” (da protecção do interesse público) ⁽⁹⁾.

Embora incomparavelmente mais abrangente do que o acolhido pelo CPA, não se trata, contudo, de um regime completo ou exclusivo. Aliás, o *Projecto* não chega sequer a entregar ao direito administrativo a regulação integral do contrato administrativo: a título subsidiário, o direito civil é, e bem, agora expressamente chamado a disciplinar, em geral, os contratos administrativos (art. 258.º, n.º 3). A solução justifica-se plenamente, uma vez que um regime substantivo dos contratos da Administração tem de disciplinar apenas certas *especialidades* da relação jurídica contratual administrativa.

Nos números seguintes, procuramos exactamente apontar os traços mais marcantes da regulamentação *especial* que o *Projecto* acolhe. O percurso inicia com a referência ao modo como no *Projecto* se articulam os conceitos de contrato administrativo e de relação jurídica administrativa.

2. Relação jurídica administrativa e administratividade do contrato

No art. 1.º, n.º 1, anuncia-se, como âmbito do CCP, o estabelecimento da disciplina aplicável à contratação pública e “o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo”. O n.º 4 do mesmo ar-

⁽⁹⁾ Cf. E. BRUTI LIBERATI, *Consensus e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milão, Giuffrè, 1996, pp. 157 e segs.

tigo esclarece depois que “o regime substantivo dos contratos públicos estabelecido na Parte III (...) é aplicável aos que revistam a natureza de contrato administrativo”.

Numa leitura apressada e talvez não correcta na sua inteireza (apesar de sugerida pelo *Projecto*), dir-se-á que o contrato administrativo se apresenta como uma *categoria* ou uma *espécie* de contrato público – assim será na maior parte dos casos, mas não em todos ⁽¹⁰⁾.

Noutra sede, sob a epígrafe “contrato como fonte de relação jurídica administrativa”, dispõe o art. 257.º que, “sem prejuízo do disposto no presente título em matéria de conformação da relação contratual, esta rege-se pelas cláusulas e pelos demais elementos integrantes do respectivo contrato que sejam conformes com a Constituição e a lei”.

Parecendo-nos que a disposição diz menos do que deveria ⁽¹¹⁾, dela se pode extrair, neste contexto, uma utilização inovadora do conceito de *relação jurídica administrativa*. Com efeito, em ruptura com a filosofia consolidada pelo CPA, o *Projecto* apresenta a relação jurídica administrativa como uma *consequência* da administratividade de um contrato e não como a *fonte* ou a *origem* dessa mesma administratividade – actualmente, com o CPA, um contrato diz-se administrativo pelo facto de constituir, de modificar ou de extinguir uma relação jurídica administrativa; com o *Projecto*, a relação jurídica administrativa deixa de constituir critério (exclusivo) de qualificação, e passa a fornecer apenas a indicação sobre a natureza da relação posta em marcha por um determinado contrato.

⁽¹⁰⁾ Porque pode haver *contraentes públicos* – entidades que, independentemente da sua natureza pública ou privada, celebrem contratos no exercício de funções materialmente administrativas – que não sejam *entidades adjudicantes*.

⁽¹¹⁾ Na verdade, a ressalva (“sem prejuízo”) não deveria abranger apenas o disposto em matéria de “conformação da relação contratual” (arts. 280.º a 289.º), mas, pelo menos, o disposto em todo o Título I ou até toda a Parte III do CCP.

A recolocação do operador a que nos vimos referindo conduz-nos imediatamente à procura do novo critério de administratividade de contratos.

A resposta vem fornecida no elenco de alíneas do n.º 5 do art. 1.º.

Do que ali se dispõe pode deduzir-se que, em vez de uma definição ou da adopção de um modelo de cláusula geral, o *Projecto* prefere a apresentação de factores – *rectius*, “dos” factores – que denunciam a administratividade dos contratos.

Assim, posto que cumprida a condição de se tratar de contratos celebrados por, pelo menos um *contraente público* ⁽¹²⁾, a administratividade assume-se como decorrência de um dos seguintes factores:

a) Qualificação legal – Por força da lei, são *administrativos* os contratos como tais qualificados legalmente (*v. g.*, os contratos regulados no Título II da Parte III do *Projecto*: contratos de empreitada de obras públicas, de concessões de obras públicas, de serviços públicos, de exploração de bens do domínio público, de locação e de aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços).

b) Submissão a um regime de direito público – Consideram-se *administrativos* os contratos submetidos por lei a um regime substantivo de direito administrativo: *v. g.*, contrato que uma lei avulsa regula pelo facto de envolver, como

⁽¹²⁾ Nos termos do art. 3.º, n.º 1, são *contraentes públicos* as entidades referidas no n.º 1 do art. 2.º (Estado, Regiões Autónomas, autarquias locais, institutos públicos, associações públicas), bem como “quaisquer entidades que, independentemente da sua natureza pública ou privada, celebrem contratos no exercício de funções materialmente administrativas”.

O n.º 2 estabelece que são ainda *contraentes públicos* as entidades adjudicantes referidas no n.º 2 do art. 2.º (organismos de direito público) sempre que os contratos por si celebrados sejam, por vontade das partes, qualificados como contratos administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público.

parte, uma entidade da Administração Pública, um contraente público.

c) Vontade das partes – As partes (se uma delas for contraente público) podem conferir administratividade a um contrato, quer qualificando-o como administrativo, quer submetendo-o expressamente a um regime de direito público.

d) Carácter público do objecto – São administrativos os contratos com “objecto público”: i) contratos com objecto passível de acto administrativo e contratos sobre o exercício de poderes públicos; ii) contratos que conferem ao co-contratante direitos sobre coisas públicas ou exercício de funções públicas.

e) Contratos que a lei submeta, ou que admita que sejam submetidos, a um procedimento de formação regulado por normas de direito público e em que a prestação do co-contratante possa *condicionar* ou *substituir*, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público ⁽¹³⁾.

Tendo em consideração a grande extensão de contratos abrangidos, a dúvida que pode colocar-se consiste em saber quais as categorias de contratos que o *Projecto* admite excluir do regime substantivo do contrato administrativo. Em matéria de delimitação das espécies contratuais a abranger por um regime especial, exigem-se determinações legais claras, que evitem as angustiosas dúvidas sobre se o contrato A ou B é administrativo ou outra coisa. No nosso juízo, a via certa para esse efeito talvez passe pela

⁽¹³⁾ Relativamente a este factor, deve dizer-se que, estando em causa uma qualificação para efeitos de submissão do contrato a um regime substantivo, não se descortina justificação para a referência ao respectivo procedimento de formação. Pressupõe-se que o que reclama a aplicação de um regime substantivo do contrato administrativo é a conexão (condicionadora ou substitutiva) das prestações contratuais com as atribuições do contraente público. Ainda quanto a este factor, uma outra linha de crítica baseia-se na dificuldade de operacionalizar o próprio critério acolhido.

eliminação, ou afinação, do factor de administratividade referido na alínea e) – a formulação pouco clara da norma é um mal em si mesmo, mas, além disso, subsistem dúvidas sobre quais as espécies contratuais que o *Projecto* pretende aí atingir autonomamente.

Qualificado um contrato como administrativo, segue-se, *em princípio*, a aplicação do regime substantivo estabelecido na Parte III do *Projecto*. Trata-se de um efeito que se segue apenas em princípio, e que, por ex., não ocorre em relação aos *contratos interadministrativos* em que os contraentes públicos contratam num plano de igualdade jurídica (v. art. 314.º). Por outro lado, deve notar-se que o regime substantivo não se aplica, em toda a extensão, a todas as espécies qualificadas como contratos administrativos. A administratividade de um contrato apenas abre a porta de um regime substantivo especial, mas não empurra, por si só, o contrato para esse regime na sua inteireza. A aplicação deste e, sobretudo, a medida dessa aplicação ficam dependentes de outros factores.

3. Poderes do contraente público

Numa disposição cuja gramática recorda imediatamente o disposto no actual art. 180.º do CPA, o art. 280.º, n.º 1, do *Projecto* estabelece que, “salvo quando outra coisa resultar da natureza do contrato ou da lei, o contraente público pode, nos termos do disposto no contrato e nos artigos seguintes: a) Dirigir o modo de execução das prestações; b) Fiscalizar o modo de execução do contrato; c) Modificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato; d) Aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato; e) Resolver unilateralmente o contrato.

Sem prejuízo de outras referências, importa notar, desde já, que se trata de poderes de que o contraente público dispõe, “nos termos do disposto no contrato [e nos artigos seguintes]”. A alusão ao disposto no contrato deverá entender-se como atribuindo às partes um poder de defi-

nir os contornos exactos, *v. g.*, do poder de dirigir o modo de execução das prestações. Mas já não parece que a referência possa interpretar-se como abertura para a *restrição contratual* do âmbito dos poderes indicados na lei com carácter *definitivo* – não dependente de uma concretização contratual – como são os casos dos poderes de modificação ou de resolução unilateral ⁽¹⁴⁾.

Diferentemente do CPA, o *Projecto* não se limita a aludir aos poderes do contraente público; vai além disso e estabelece algumas regras fundamentais sobre os vários poderes que àquele confia.

3.1. Poderes de direcção e de fiscalização

O *Projecto* dedica quatro artigos aos poderes de direcção e de fiscalização (arts. 281.º a 284.º).

Nesse âmbito, merecem referência especial três aspectos: *i*) a consagração da ideia de que a direcção consiste na “emissão de ordens, directivas e instruções” e, como se impõe, a consideração de que a latitude do poder de direcção varia consoante o tipo de contrato em causa, devendo salvaguardar a autonomia do co-contratante; *ii*) a concretização de uma regra de intervenção mínima dos poderes de direcção e de fiscalização: neste ponto, supõe-se que não é inteiramente feliz a assunção do princípio de que o exercício dos poderes de fiscalização deve “limitar-se ao estritamente necessário à prossecução do interesse público”; *iii*) a autorização imediata conferida aos contraentes públicos para procederem à delegação das tarefas de fiscalização dos contratos, ordenando, nesse caso, a aplicação das regras da delegação de poderes à relação entre o contraente público e o fiscalizador.

Susceptível de se reconduzir aos poderes de direcção e fiscalização, afigura-se o poder do contraente público consagrado no art. 303.º, n.º 2. Trata-se de uma disposição aplicável em caso

⁽¹⁴⁾ Nem decorre coisa diferente do art. 289.º, que prevê os acordos endocontratuais.

de incumprimento do co-contratante, conferindo ao contraente público o poder de executar, por si ou por terceiro, as prestações de natureza fungível em falta – depois de ter notificado o co-contratante para cumprir. Neste domínio, o *Projecto* coloca o contraente público em posição de clara supremacia jurídica, investindo-o de poderes de execução coactiva de um acto impositivo da sua autoria (notificação para cumprir).

3.2. Poder de modificação unilateral

O *Projecto* define, em termos mais precisos do que o CPA, o poder de modificação unilateral, que, tal como estabelecido, terá como objecto as *cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato*.

Inserido num capítulo específico dedicado às “modificações objectivas do contrato” – não limitado, portanto, à regulamentação do “poder” de modificação –, estabelece o art. 291.º (relativo aos fundamentos da modificação) que o contrato pode ser modificado: *a*) quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato; *b*) por razões de interesse público, decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.

Com o respeito por opinião contrária, o *Projecto* ganharia em clareza se distinguisse, de forma taxativa, a figura do *poder de modificação unilateral* – modificação “imposta” pelo contraente público – em face da *modificação por alteração das circunstâncias*.

Na verdade, uma coisa é a modificação unilateral imposta pelo contraente público, que, do ponto de vista do co-contratante, implicará, em princípio, a reposição do equilíbrio financeiro do contrato (nos termos do art. 261.º). Nesta hipótese, há uma sucessão lógica dos seguintes momentos: *i*) consideração, pelo contraente

público, de um facto de interesse público que, na sua óptica, recomenda uma modificação; *ii*) imposição da modificação de cláusulas contratuais; *iii*) reposição do equilíbrio financeiro do contrato, em benefício do co-contratante (na medida em que não suporte qualquer risco de modificação).

Diferente apresenta-se a modificação por força da alteração de circunstâncias; neste caso, a sucessão é a seguinte: *i*) alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar; *ii*) pretensão no sentido da modificação, a qual se traduzirá, em regra, numa alteração das cláusulas financeiras, segundo critérios de equidade.

No primeiro cenário, a modificação tem como *consequência* uma revisão financeira: o contraente público modifica por razões de interesse público e, com isso, perturba o equilíbrio do contrato, tendo de compensar o co-contratante (“a modificação desequilibra o contrato”).

No segundo caso, a modificação traduz-se, em regra, numa revisão financeira: por razões alheias às partes, o cumprimento do contrato torna-se mais oneroso para o co-contratante, que, por isso, requer a modificação (“a modificação recupera o equilíbrio do contrato”).

Fica assim explicada a razão por que discordamos das soluções acolhidas nas normas dedicadas à modificação na parte em que misturam as figuras da modificação unilateral e da alteração das circunstâncias (cf. arts. 291.º e 293.º). Tal não significa, porém, uma discordância quanto à opção, fundamental, de associar consequências diferentes à modificação unilateral e à alteração das circunstâncias: no primeiro caso, reposição do equilíbrio financeiro do contrato, nos termos do art. 261.º, e, no segundo, modificação do contrato ou compensação financeira segundo critérios de equidade.

Ainda em sentido concordante com o *Projecto*, parece especialmente avisado remeter para a reposição do equilíbrio financeiro do contrato a consequência da alteração anormal e imprevisível

vel de circunstâncias imputável a decisões extra-contratuais do contraente público, mas com repercussão no contrato (*fait du prince*)⁽¹⁵⁾.

Uma referência é devida ainda ao art. 292.º, sobre os *limites* da modificação, que, mantendo a intangibilidade do objecto do contrato (“a modificação não pode conduzir à alteração das prestações típicas abrangidas pelo objecto do contrato”), alude ao facto de ela também não poder configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência relativamente à fase de formação do contrato.

3.3. Poder sancionatório

O contraente público pode aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato. Neste domínio, o *Projecto* estabelece depois regras especiais sobre os montantes a que podem ascender as sanções pecuniárias (art. 307.º), bem como sobre a resolução sancionatória (art. 311.º).

3.4. Poder de resolução

O contraente público tem o poder de decidir a resolução do contrato em dois tipos de situações:

i) Como sanção, para responder ao incumprimento e a faltas do co-contratante: resolução sancionatória, nos termos do art. 311.º.

ii) Por imperativo de interesse público, nos termos do art. 312.º.

Por razões já aludidas a propósito do poder de modificação, não se afigura correcta a associação, feita no n.º 1 do art. 312.º, entre a figura especial e própria do direito administrativo dos contratos da *resolução por imperativo de interesse público* e o instituto geral da *resolução por altera-*

⁽¹⁵⁾ No caso de *fait du prince*, há uma alteração anormal e imprevisível imputável ao contraente público, pelo que é de exigir, em princípio, que o co-contratante se veja totalmente compensado do encargo suplementar que tem de suportar. Não assim noutros casos de alteração das circunstâncias, em que se pode revelar legítimo repartir pelos dois contratantes custos com encargos devidos a factos anormais e imprevisíveis.

ção anormal e imprevisível das circunstâncias. Com efeito, a resolução por alteração das circunstâncias não parece ter, em geral, aplicação na situação contratual em que o contraente público está colocado. Mas, nos casos em que pudesse ter aplicação, então a resolução por alteração das circunstâncias seria consumida pela resolução por imperativo de interesse público, não se justificando a distinção.

4. Acto administrativo contratual

A categorização de “poderes do contraente público” não envolve uma resposta necessária sobre a natureza jurídica das declarações através das quais esses poderes são exercidos. Trata-se, na verdade, de dois planos diferentes: a referência aos *poderes* remete para uma categoria substancial, que identifica o *conteúdo* de uma certa posição jurídica activa; por sua vez, a referência à natureza dos comportamentos declarativos que representam o exercício dos poderes conduz-nos a uma indicação *formal* sobre a natureza jurídica da declaração. Neste ponto, o *Projecto* promove um importante avanço clarificador, investindo abertamente o contraente público de capacidade jurídica formal para a prática de actos administrativos (16).

a) Capacidade para a prática de actos administrativos

Com efeito, para evitar dúvidas, o *Projecto* diz, expressamente, no art. 285.º, n.º 2, que revestem a *natureza de acto administrativo* as declarações do contraente público sobre a execução do contrato que se traduzam em: a) ordens, directivas ou instruções no exercício dos poderes

(16) Pronunciámo-nos em *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 643 e segs., sobre os temas da capacidade para a prática de actos administrativos e da exigência da legalidade para o emprego da forma “acto administrativo”. Sobre esse mesmo assunto, v., por último, R. BOCANEGRA SIERRA/J. GARCIA LUENGO, “La potestad de dictar actos administrativos como intromisión en la libertad”, *Revista de Administración Pública*, n.º 172, 2007, pp. 103-140.

de direcção e de fiscalização; b) modificação unilateral das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato; c) aplicação das sanções previstas para a inexecução do contrato; d) resolução unilateral do contrato. A capacidade (formal) para a prática de actos administrativos no contexto da execução do contrato coincide, pois, com a competência (material) para o exercício dos poderes do contraente público fixada no art. 280.º.

Como se sabe, a atribuição às declarações do contraente público da natureza de acto administrativo não se apresenta necessária à autonomia do contrato administrativo; nem tão-pouco parece reforçar essa autonomia. Não obstante, afigura-se boa opção a de configurar como actos administrativos os actos praticados no exercício dos poderes do contraente público. Na verdade, o acto administrativo é o modo mais típico e mais formalizado do agir administrativo, encontrando-se coberto por um regime consolidado e conhecido em todas as suas dimensões e que se mostra especialmente idóneo e eficaz como instrumento ao serviço da “lógica da função” (17).

No n.º 1 do citado art. 285.º estabelece-se que “as declarações do contraente público sobre interpretação e validade do contrato ou sobre a execução, nos casos não previstos no número seguinte, são meras declarações negociais, pelo que, na falta de acordo do co-contratante, o contraente público apenas pode obter os efeitos pretendidos através do recurso à acção administrativa comum”.

Quer dizer, a *regra* é a de que as declarações do contraente público são “meras declarações negociais”. Regra essa que não conhece qualquer excepção relativamente às declarações sobre a interpretação e a validade do contrato. Já no que

(17) Sobre a figura do acto administrativo contratual e, no âmbito contratual, a alternativa entre *acto administrativo* e *direito potestativo*, v., com pertinentes percepções, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “O acto administrativo contratual”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 63, 2007, pp. 1-19.

respeita à execução do contrato se contemplam *excepções*, logo a começar pelas declarações através das quais se exercem os poderes do contraente público contemplados no art. 280.º, as quais revestem a natureza de acto administrativo.

É certo que o art. 286.º parece querer abrir a porta a outro tipo de excepção, ao estabelecer que “as decisões proferidas no exercício dos poderes do contraente público tipificados no presente capítulo e que não estejam abrangidas pelo n.º 2 do artigo anterior só revestem a natureza de acto administrativo quando tal estiver estipulado no contrato, e desde que outra coisa não resulte da respectiva natureza ou da lei”. Trata-se, todavia, de uma excepção aparente, pois que apenas permite a estipulação contratual da natureza de acto administrativo em relação a decisões proferidas no exercício dos “poderes do contraente público tipificados no presente capítulo”. Sucede que o Capítulo IV apenas refere poderes que, nos termos do art. 285.º, já se exercem por acto administrativo.

b) Regime jurídico especial dos actos administrativos contratuais

Como vimos, a consideração do acto administrativo tem a vantagem de remeter o intérprete para uma figura conhecida, disciplinada por um regime consolidado. Estamos convictos que essa vantagem não se desvanece se, como anuncia o *Projecto*, o legislador propender para a adopção de um regime *especial*. O regime geral do acto administrativo, constante do CPA, assumir-se-á, ainda assim, como o “ponto de referência” da disciplina específica do acto administrativo contratual.

O regime especial dos actos administrativos contratuais assenta em algumas regras específicas quanto ao respectivo procedimento de formação (i), quanto à força jurídica de que dispõem (ii), bem como quanto à sua substituição por acordos (iii).

i) Procedimento de formação (art. 286.º) – A formação dos actos administrativos emitidos no exercício dos poderes do contraente público não

está sujeita ao regime da marcha do procedimento estabelecido pelo CPA (18). A excepção, quanto à “audiência dos interessados”, é constituída pelos actos que aplicam sanções contratuais, os quais devem ser antecedidos de audiência do co-contratante nos termos previstos no CPA. Mas, mesmo neste caso, poder-se-á dispensar a audiência do co-contratante se a sanção a aplicar tiver natureza pecuniária e se encontrar caucionada por garantia bancária à primeira solicitação ou por instrumento equivalente, havendo fundado receio de a execução da mesma se frustrar por virtude da audiência.

ii) Força jurídica (art. 288.º) – Como os demais, os actos administrativos contratuais estão dotados de executividade, formam títulos executivos: uma vez praticados, estão aptos a receber uma execução. Em moldes inovadores, o *Projecto* vem agora permitir, embora em termos muito apertados, que seja o próprio contraente público a promover a execução coerciva, “quando se trate de actos que determinem o sequestro e o resgate de concessões, bem como, em geral, a resolução do contrato”. Mas a regra continua a ser a da proibição da execução coerciva pelo contraente público (associada a essa regra, continua a faltar um regime geral da *execução judicial de actos administrativos*).

iii) Acordos endocontratuais – Nos termos do art. 289.º, salvo se outra coisa resultar da natureza dos efeitos jurídicos pretendidos, as partes no contrato podem celebrar entre si, sob forma escrita, acordos pelos quais substituam a prática de actos administrativos (ou a emissão de declarações negociais do contraente público) em matéria de execução do contrato, ou que tenham por objecto a definição consensual de

(18) Apesar da referência à não sujeição dos actos administrativos contratuais ao “regime da marcha do procedimento” (que abrange todo o capítulo IV da Parte III do CPA: arts. 74.º a 113.º), fica-nos a dúvida sobre se não se pretende afastar tão-somente a aplicação dos arts. 100.º a 105.º, sobre a audiência dos interessados.

parte ou da totalidade do conteúdo de tais actos administrativos. Os acordos endocontratuais sobre a modificação do contrato dependem dos pressupostos e estão sujeitos aos limites estatuídos no capítulo da modificação do contrato. Os acordos endocontratuais integram o contrato a que dizem respeito.

5. Consideração dos interesses do co-contratante

A consideração dos interesses do co-contratante encontra a sua expressão mais fina, e até simbólica, no art. 270.º, onde se dispõe que “o contraente público deve exercer as respectivas competências de autoridade a fim de reprimir ou prevenir a violação por terceiros de vínculos jurídico-administrativos de que resulte a impossibilidade ou grave dificuldade da boa execução do contrato pelo co-contratante e da obtenção por este das receitas a que tenha direito”.

Mas, em termos mais práticos, o cuidado com a protecção dos interesses do co-contratante apresenta-se visível, entre outras, nas seguintes situações:

a) Direito à informação (art. 269.º, n.º 1) – O contraente público tem o dever de satisfazer os pedidos de informação formulados pelo co-contratante, que respeitem a elementos técnicos cujo conhecimento se mostre necessário à boa execução do contrato.

b) Liberação progressiva da caução (art. 275.º, n.º 2) e autorização dada ao co-contratante para promover a liberação, parcial ou integral, consoante os casos, da caução se, quinze dias após a notificação, o contraente público não tiver dado cumprimento à obrigação de efectivar a liberação (art. 275.º, n.º 9).

c) Direito de indemnização por execução indevida da caução por parte do contraente público (art. 276.º, n.º 3).

d) Direito à suspensão da execução (art. 277.º) – O co-contratante tem o poder de suspender, total ou parcialmente, a execução das prestações em caso de impossibilidade temporária de

cumprimento do contrato, designadamente em virtude da mora do contraente público na entrega de bens necessários à execução do contrato e invocando a excepção do não cumprimento do contrato, nos termos do art. 305.º.

e) Direito de retenção (art. 306.º) – O co-contratante pode exercer o direito de retenção nos mesmos termos em que pode invocar a excepção do não cumprimento.

f) Direito aos juros de mora, quer em caso de atrasos nos pagamentos por parte do contraente público (art. 304.º), quer em caso de atraso no pagamento da indemnização por resolução de interesse público.

g) Direito de resolução do contrato (art. 310.º) – O co-contratante tem o direito de resolver o contrato, em regra por via judicial. Todavia, em caso de mora no pagamento pelo contraente público por prazo superior a seis meses (ou quando a dívida exceda 25% do preço contratual), o direito de resolução é validamente exercido extrajudicialmente.

Os exemplos alinhados denotam uma atenção particular aos interesses do co-contratante, parecendo-nos de salientar o facto de o *Projecto* o investir, na medida do possível, de instrumentos de reacção rápida e eficaz contra o incumprimento do contraente público.

6. Consideração de situações de terceiros

De importante alcance, também pela sua novidade, são as disposições do *Projecto* sobre situações jurídicas de terceiros. O art. 266.º, n.º 3, faz depender a eficácia do contrato do consentimento dos terceiros titulares de direitos atingidos pelas cláusulas do contrato. Por seu lado, o n.º 4 exceptua dessa exigência (de consentimento) as “cláusulas contratuais de efeito normativo”, cuja eficácia depende, apenas, da publicidade conferida segundo as formalidades aplicáveis aos regulamentos do contraente público.

Ainda neste contexto, é digno de registo o disposto no art. 269.º, n.º 2, onde se reserva, em exclusivo, ao contraente público a satisfação do

direito à informação por parte de particulares, sobre o teor do contrato e quaisquer aspectos da respectiva execução.

7. Generalização de figuras ligadas à contratação mais sofisticada

A finalizar, uma outra inovação do *Projecto* traduz-se na generalização para toda a contratação administrativa de figuras que obtiveram consagração no âmbito de uma contratação mais sofisticada, designadamente grandes concessões de serviços e de obras públicas.

Assim sucede fundamentalmente com a figura da partilha de benefícios (a) e com os direitos de *step in* e de *step out* (b).

(a) Partilha de benefícios

Legalmente prevista no DL n.º 86/2003, de 26/4 – após a alteração pelo DL n.º 141/2006, de 27/7 –, a partilha de benefícios traduz-se em atribuir ao contraente público o direito a dividir com o co-contratante os eventuais benefícios financeiros que, para este, decorram do desenvolvimento da actividade contratada ou até da contratação periférica (*v. g.*, melhorias nos contratos de financiamento). A disposição da “lei das parcerias” não é taxativa, mas parece razoável interpretá-la no sentido de que o referido direito à partilha dos benefícios existe apenas se (e nos termos em que) estiver convencionado.

O *Projecto*, no art. 260.º, consagra a figura e manda aplicá-la a todos os “contratos de execução duradoura”. Fá-lo, porém, em termos não totalmente claros quanto a alguns importantes aspectos regulatórios.

Assim, desde logo, não resultam líquidos os termos em que o contraente público tem o direito à partilha de benefícios. Tratar-se-á de um “direito legal”, que dispensa consagração contratual?

É certo que o n.º 2 da disposição remete claramente para o contrato. Mas, por outro lado, o n.º 3 estabelece um regime aplicável “na falta de estipulação contratual”.

A solução correcta poderia passar por um de

dois caminhos: relegar para o contrato a definição dos pressupostos da partilha de benefícios ou, tarefa menos simples, definir legalmente os termos concretos do direito à partilha.

Independentemente das considerações anteriores, embora não desligado delas, há um aspecto que suscita uma reflexão suplementar: a conexão que a disposição estabelece entre o direito à partilha de benefícios e a modificação do contrato. Nela se diz que há lugar à partilha equitativa dos benefícios “sempre que, nos contratos de execução duradoura, ocorra um acréscimo de benefícios financeiros para o co-contratante *resultante de qualquer um dos fundamentos susceptíveis de justificar a modificação do contrato*”. Pois bem, como vimos já, os fundamentos susceptíveis de justificar a modificação do contrato são, nos termos do art. 291.º, a “alteração anormal e imprevisível das circunstâncias” e o “interesse público”. Ora, não se entende como podem estes mesmos fundamentos originar um *acrécimo de benefícios*, quando o *Projecto* os prevê exclusivamente num contexto normativo em que originam um *acrécimo de custos*.

Na hipótese de ser o CCP a definir os pressupostos em que há lugar à partilha de benefícios, cremos que deveria então esclarecer-se que o direito do contraente público à partilha existe apenas nos casos de desenvolvimento da actividade contratada em termos mais favoráveis do que os previstos, mas desde que se trate de benefícios que não resultem da eficiente gestão e das oportunidades criadas pelo próprio co-contratante.

(b) Direitos de *step in* e de *step out*

Estabelece o art. 300.º que, “quando haja estipulação contratual nesse sentido, as entidades financiadoras podem, mediante autorização do contraente público, e nos termos contratualmente estabelecidos, intervir no contrato, com o objectivo de assegurar a continuidade das prestações objecto do mesmo, devendo assegurar o respeito pelas normas legais reguladoras da actividade subjacente às prestações em causa”.

Trata-se de uma solução importada da experiência internacional dos contratos de parceria público-privada e que procura essencialmente confortar a situação jurídica das instituições que suportam o financiamento do co-contratante. Assim, estando envolvido o incumprimento grave (ou a ameaça) pelo co-contratante, às instituições financiadoras é conferido o direito de assumirem (ou indicarem quem assumam), ou não, o controlo societário do co-contratante ou de assumirem (ou indicarem quem assumam), ou não, a posição jurídica do co-contratante.

Em qualquer caso, a intervenção das entidades financiadoras encontrar-se-á sempre sob reserva de autorização do contraente público. Embora o *Projecto* o não exija, supõe-se que haveria toda a vantagem em determinar expressa-

mente a aplicação, neste caso, dos critérios que orientam a outorga da autorização para cessão da posição contratual (art. 297.º).

8. Conclusão

Para finalizar, em jeito de síntese, elegemos três opções decisivas e estruturais do *Projecto* quanto à regulamentação da relação jurídica fundada em contrato administrativo:

- a) Catalogação de um universo de poderes unilaterais do contraente público, que se afigura constituir um aspecto central do regime substantivo do contrato administrativo;
- b) Investidura expressa do contraente público da capacidade para a prática de actos administrativos contratuais;
- c) Consideração dos interesses do co-contratante.

PEDRO GONÇALVES