

OS PODERES
DO CONTRAENTE
PÚBLICO
NO CÓDIGO
DOS CONTRATOS
PÚBLICOS

*Pedro
Miguel
Matias
Pereira*



Coimbra Editora
grupo Wolters Kluwer

PEDRO MIGUEL MATIAS PEREIRA

Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**OS PODERES
DO CONTRAENTE PÚBLICO
NO CÓDIGO
DOS CONTRATOS PÚBLICOS**



Coimbra Editora
grupo Wolters Kluwer

NOTA PRÉVIA

O texto que ora se publica corresponde, no essencial, à dissertação do mestrado em Direito, na área de especialização de Direito Administrativo, que apresentei na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e cujas provas públicas tiveram lugar no passado dia 12 de Julho de 2010, perante um júri composto pelos Senhores Dr. Licínio Lopes (orientador), Dr. Bernardo Azevedo e Dr. António Malheiro de Magalhães.

As alterações feitas à versão deste texto que foi objecto da discussão pública foram apenas de pormenor pois, como se verá e apesar do título ambicioso, este texto não pretende — longe disso — ser a última palavra sobre os temas aqui tratados e, por isso, acaso se empreendesse uma revisão mais extensa, a publicação que agora se faz ficaria irremediavelmente adiada e, por via disso, incumprido o dever académico de levar o texto a publicação.

No momento de dar à estampa este trabalho, agradeço, em especial, ao Dr. Licínio Lopes — que teve a amabilidade de aceitar orientar a minha investigação —, ao Dr. Luís Canto Moniz, ao Dr. Rodrigo Esteves de Oliveira, à Dra. Joana Correia Miranda e à Dra. Marlene Sennewald; a todos devo uma amizade inestimável e horas de paciência comigo (umas vezes só comigo, outras — algumas — com este texto). Para além destes amigos e outros, lembro — porque não haveria palavras para agradecer — os meus Pais e o meu irmão, Nuno.

ÍNDICE

	Págs.
NOTA PRÉVIA	5
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	7
INTRODUÇÃO.....	9

CAPÍTULO I

A ADMINISTRAÇÃO E O CONTRATO

1. Administração pública e contratualização	13
1.1.. A emancipação do contrato administrativo: a manutenção da auto- ridade.....	13
1.2. Administração de consenso.....	15
1.3. Uma nova <i>face administrativa</i>	17
1.4. A liberdade contratual.....	17
2. Contratação pública e direito dos contratos públicos.....	18
2.1. A europeização dos contratos públicos	18
2.1.1. As Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE	20
2.1.2. A europeização dos contratos públicos: do processo ao regime substantivo.....	21
2.2. O caso português: a necessidade de ir mais além e a regulamentação substantiva dos Contratos Administrativos no CCP.....	23
2.3. A ambiência da “Administração por contrato”	24

CAPÍTULO II
**CONTRATO ADMINISTRATIVO
 NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS**

	Págs.
1. A noção comunitária de contrato público	25
1.1. O Contrato Público no CCP	26
1.2. O Contrato Público e o(s) âmbito(s) de aplicação do CCP	27
2. O Contrato Administrativo e a delimitação do âmbito de aplicação da Parte III do CCP	28
2.1. A noção de contrato público que revista a natureza de contrato administrativo	29
2.1.1. A noção de contraente público	30
2.2. Factores de administratividade do contrato administrativo.....	31
2.3. Noção consolidada de contrato administrativo no CCP	33
3. A (re)emergência do Contrato Administrativo no CCP	35
3.1. A discussão sobre a distinção entre contrato administrativo e contratos privados da Administração.....	36
3.1.1. Autonomia processual: a jurisdição administrativa	36
3.1.2. Autonomia procedimental: a uniformização ao nível pré-contractual operada pelo CCP.....	37
3.1.3. Autonomia substantiva	38
3.1.3.1. A autonomia substantiva do contrato administrativo e a administrativização dos contratos da administração	41
3.1.3.2. A autonomia substantiva e o regime de execução do contrato administrativo	43
3.1.3.3. O art. 1.º, n.º 6, do CCP ou os “factores legais da administratividade”	43
<i>i)</i> A al. <i>a)</i> do n.º 6 do art. 1.º	44
<i>ii)</i> A al. <i>b)</i> do n.º 6 do art. 1.º	48

	Págs.
iii) A al. c) do n.º 6 do art. 1.º	48
iv) A al. d) do n.º 6 do art. 1.º	49
3.1.4. O contrato administrativo e o direito privado	51
3.2. Os contratos administrativos regulados especialmente no CCP	52
4. A Administratividade da contratualização	52

CAPÍTULO III

A RELAÇÃO JURÍDICA CONTRATUAL NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

1. O Contrato Administrativo: entre a lógica da função e a lógica do contrato	55
1.1. A lógica da função	55
1.2. A lógica do contrato	57
2. Os Poderes da Entidade Adjudicante na Conformação da Relação contratual	58
2.1. O âmbito objectivo dos poderes do contraente público	59
2.1.1. Em especial: a renúncia aos poderes pelo contraente público	60
2.2. O Poder de Modificação Unilateral da Entidade Adjudicante na Conformação da Relação Contratual	61
2.2.1. Poder de modificação unilateral: fundamentos, limites e consequências	62
i) Fundamentos da modificação	62
ii) Limites à modificação	63
iii) Consequências do exercício do poder de modificação	65
2.2.1.2. Em especial e brevemente: a reposição do equilíbrio financeiro do contrato	66

	Págs.
2.2.2. Poder de modificação unilateral: casos especiais.....	69
2.2.2.1. Poder de modificação unilateral nos contratos que configurem parcerias público-privadas	70
2.2.3. Poder de modificação unilateral e a alteração das circunstâncias.....	70
2.2.3. Poder de modificação unilateral e a autonomia do contrato administrativo	71
2.3. Poder de Direcção.....	73
2.4. Poder de Fiscalização.....	75
2.5. Poder Sancionatório	76
2.5.1. Em especial: o sequestro do contrato	79
2.6. Poder de Resolução Unilateral	80
2.6.1. Resolução Sancionatória	81
2.6.2. Resolução por razões de interesse público	85
2.6.3. Em especial: o resgate da concessão	85
2.6.4. Resolução por outros fundamentos	86
3. Os "Poderes" do co-contratante na execução do Contrato Administrativo: Cumprimento e Incumprimento do contrato.....	88
3.1. O dever público de "protecção do co-contratante pelo contraente público"	88
3.2. O incumprimento da Administração e os meios de reacção do co-contratante	89
3.3. A "resolução sancionatória" por iniciativa do co-contratante em caso de exercício ilícito dos poderes contratuais.....	91

CAPÍTULO IV

O EXERCÍCIO DOS PODERES DA ENTIDADE ADJUDICANTE NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

1. A natureza jurídica da Actuação da Administração na Conformação do Contrato Administrativo	93
1.1. Generalidades.....	93
1.2. A questão no âmbito do direito anterior ao CCP.....	95

	Págs.
1.3 A natureza das declarações do contraente público no CCP	98
1.3.1. As declarações do contraente público que revestem a natureza de acto administrativo	100
1.3.2. A crítica à solução do CCP.....	104
1.4. Ponto de ordem: o acto administrativo contratual no CCP.....	107
2. A autotutela declarativa no contrato administrativo	109
3. O “regime especial dos actos administrativos contratuais” previsto no CCP	111
3.1. O procedimento de formação dos actos administrativos.....	111
3.2. A executividade e executoriedade das declarações do contraente público que revistam a natureza de acto administrativo.....	112
3.3. A substituição dos actos administrativos contratuais por “acordos endocontratuais”	113
4. Breve excuro: o interesse público e a reserva constitucional de acto admi- nistrativo	115
REFLEXÕES FINAIS	117
BIBLIOGRAFIA.....	121

INTRODUÇÃO

O ponto de partida para a nossa análise é a nova percepção da Administração Pública, um entendimento moderno e mais feminino de uma Administração que ultrapassou a necessidade de se afirmar autoritariamente, diversificando as formas do agir administrativo, nomeadamente, com o crescente recurso à contratualização, ao pacto como alternativa à estatuição. Ultrapassou a necessidade constante de afirmação autoritária mas não prescindiu dos seus poderes públicos, pois a prossecução do interesse público exige que, ainda que *contratualize* em vez de *ditar um comando*, não perca a administratividade da sua actuação: a quadratura deste círculo é o que permite a emancipação (e o recurso crescente) à figura do contrato administrativo.

Estabelecidos estes pressupostos, poderemos dar o passo seguinte: centrar a nossa atenção numa das leis mais relevantes na área do Direito Público, o Código dos Contratos Públicos que, adentro o abordado movimento de contratualização, respondeu às necessidades de estabelecer um regime jurídico substantivo do contrato administrativo, indo, dessa forma, para além do que as Directivas comunitárias, de pendor marcadamente pré-contratual, exigiam.

Enquadrados, sumariamente, nesta ambiência contratualista, chegaremos, então, ao cerne da nossa investigação com a análise do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos e, impressivamente, começaremos não pelo contrato administrativo, mas pelo contrato público e, só depois de esclarecido este conceito, focaremos a nossa atenção nos "*contratos públicos que revestem a natureza de contrato administrativo*" cujo regime substantivo é fixado na Parte III do Código dos Contratos Públicos procurando consolidar a noção de contrato

administrativo que determina o âmbito de delimitação daquela parte do Código.

A fixação de um regime substantivo do contrato administrativo é um marco na discussão sobre a autonomia daquele contrato pois, com aquele regime, a autonomia substantiva do contrato administrativo vê-se decisivamente reforçada, como veremos, de tal forma que discutiremos a amplitude da reemergência do contrato administrativo no âmbito da actividade administrativa contratual para que se possa determinar qual o espaço efectivo do contrato administrativo naquele âmbito.

Depois de verificarmos, num corte externo, a situação actual do contrato administrativo e do seu regime substantivo, trataremos de entrar, precisamente, no regime substantivo e circunscrever o nosso objecto aos poderes que são reservados ao contraente público na conformação da relação contratual e que correspondem à *lógica da função* presente neste modo de actuação pactuado da Administração e, bem assim, os poderes que assistem ao co-contratante da Administração.

Vistos os poderes, restará indagar quanto ao modo do seu exercício, é dizer, qual a natureza jurídica da actuação do contraente público na conformação da relação contratual e, desta forma, chegaremos à discussão doutrinal sobre o “acto administrativo contratual” e o modo como o Código dos Contratos Públicos o resolveu do ponto de vista legislativo e como, dessa forma, foi considerada a autotutela declarativa da Administração neste domínio contratual, bem como, o regime que os actos administrativos contratuais ficam sujeitos.

Ao cumprir com este plano de exposição teremos, com a presente dissertação, um subsídio para a compreensão do regime substantivo do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos, nomeadamente — e é relevante que seja *nomeado* pois dá o título a esta dissertação —, os poderes do contraente público. Com esta análise, faremos a viagem *do contrato ao acto administrativo*, dado que, o regime dos poderes do contraente público, nos faz *regressar*, depois de uma viagem *contratual*, ao acto administrativo (contratual).

Apresentado o plano da exposição, cumpre antecipar, desde já, o horizonte deste trabalho de investigação. O horizonte é marcadamente

científico, com incursões na dogmática administrativa e pretende relevar os pontos atrás enunciados de forma simples e enxuta. Não é isto um acto de contrição antecipado porque julgamos não ter, na análise dos temas que nos propusemos tratar, ter cometido qualquer *pecado científico*, pelo contrário, julgamos que esta forma de pensar o Direito Administrativo no âmbito do ensino superior universitário posterior à implementação do processo de Bolonha é a que se coaduna com o espírito daquela importante Reforma. Quando for oportuno, quando o tempo e o espaço da investigação o permitirem e exigirem, iremos mais longe, neste ou noutro tema.

As limitações desta dissertação prendem-se com a natureza da matéria, profícua em ligações com outras temáticas (a história do contrato administrativo, a regulamentação comunitária da contratação pública e a teoria geral do contrato administrativo) e com outras análises (a complexidade dos poderes públicos do contraente público e as implicações, ao nível processual, da noção do acto administrativo contratual) que não foram objecto de um tratamento adequado em razão do tempo e do espaço deste trabalho, como deixamos, desde já, antever.

CAPÍTULO I

A ADMINISTRAÇÃO E O CONTRATO

1. Administração pública e contratualização

O interesse crescente da contratualização na Administração Pública é um vector de mudança na forma como aquela é percebida, não descurando que se trata de uma Administração de autoridade, não se inibe de procurar formas de actuação administrativa alternativas à típica estatuição autoritária consubstanciada no acto administrativo dando lugar a uma forma de actuação administrativa *pactuada* ⁽¹⁾.

1.1. A emancipação do contrato administrativo: a manutenção da autoridade

O *contrato administrativo*, se bem que constitua uma categoria permanente da actividade administrativa ao longo da História ⁽²⁾, tem visto o seu relevo incrementado desde as últimas décadas do século XX.

⁽¹⁾ A expressão é de RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Autoridade e Consenso no Contrato Administrativo*, 2001, p. 1.

⁽²⁾ Deste percurso histórico dão conta PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos (Sumários desenvolvidos)*, 2008, p. 5 a 20; quanto à tradição alemã e francesa, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Contratos Públicos: Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro", in: *Cadernos O Direito*, 2007, p. 31 e ss.; para a evolução no direito português, v. *idem*, p. 35 e ss., e ALEXANDRA LEITÃO, *A Protecção Judicial dos terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Coimbra, 2002, p. 156 e ss.

Nascido sobre o signo do direito adjectivo, era definido como o contrato cujos litígios emergentes seriam dirimidos pela jurisdição administrativa ⁽³⁾. Desde essa génese, ligada ao Conselho de Estado francês, o contrato administrativo entrou numa espiral substantivadora, um “salto” dogmático ⁽⁴⁾ apenas interrompido pela dogmática emancipadora do Direito Administrativo — muito mais favorável ao acto administrativo — segundo a qual em terrenos típicos de autoridade não haveria lugar à contratualização.

A concepção do poder público como insusceptível de negociação ou contratualização é largamente tributária do *negativismo alemão* quanto à autonomia dogmática do contrato administrativo em que autores como OTTO MAYER revelaram resistência a qualquer tipo de contratualização pública da actividade administrativa ⁽⁵⁾; a doutrina italiana, por seu lado, admitindo a contratualização, considera o contrato administrativo como *um acto sobre condição*, em que a vontade do particular, longe de ser constitutiva, apareceria apenas como requisito integrador de eficácia ou de legitimidade do acto, *rectius*: contrato ⁽⁶⁾.

Estas resistências foram paulatinamente vencidas após a emancipação dogmática do Direito Administrativo que começou, assim e gradualmente, a integrar a ideia de contratualização — inclusive em

⁽³⁾ A atribuição do contencioso destes contratos à jurisdição administrativa, assentava, na Jurisprudência do Conselho de Estado francês na natureza do contrato, ou seja, é relação contratual que determina a *administratividade* do contrato e não o contrário.

⁽⁴⁾ A expressão é de LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração*, Lisboa, 2007, p. 20.

⁽⁵⁾ Estas resistências fundavam-se na desigualdade estrutural entre as partes e na ausência da autonomia da vontade das mesmas, visto que a vontade da Administração seria sempre normativa e a dos particulares uma mera adesão; uma outra razão prendia-se com os objectos sobre os quais recairiam as relações contratuais que eram considerados bens fora do comércio. Sobre o assunto, cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Princípio da Legalidade e Contratos da Administração*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 368, p. 9 e ss.

⁽⁶⁾ V. *idem*, p. 23 e ss.

contextos de autoridade — própria da moderna concepção do Estado de Direito.

É o contrato administrativo, instituto jurídico que ao preservar certas especificidades próprias da actividade administrativa, reserva à Administração, ainda que enquanto parte contratual, *poderes específicos de direito público* que permitirá vencer as resistências quanto à contratualização na Administração Pública. Assim, através do contrato administrativo a Administração Pública, mesmo quando contrata, não se torna um particular, não perde o seu *ius imperii*, mantendo, pelo contrário, prerrogativas exorbitantes.

Apesar desta significativa evolução ⁽⁷⁾, a generalização da contratualização no âmbito típico de poderes de autoridade só venceu as barreiras dogmáticas nas últimas décadas do século XX e, em Portugal, tal sucedeu por via do art. 185.º, n.º 3, do CPA que admitia os *contratos administrativos com objecto passível de acto administrativo* — isto é, o contrato administrativo tornou-se alternativa ao acto administrativo.

Vejamos, em termos sucintos, os vectores centrais desta nova face contratualista da Administração Pública.

1.2. Administração de consenso

Tal como qualquer contrato, também o contrato público tem, na sua base, um encontro de vontades, o que pressupõe uma liberdade dos contraentes em assumir ou não uma relação jurídica contratual, tendo assim, ao contrário do acto administrativo, um *carácter voluntário*. Ou seja, e ao invés do que acontece quando lança mão do acto administrativo, a Administração Pública *negocia* a sua actuação em vez de *ditar* o direito para o caso concreto, e é assim que se caracteriza o *government by contract*.

⁽⁷⁾ Sobre esta evolução, v. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Princípio da Legalidade...*, cit., p. 17 a 24. Sobre ideia de consenso na dogmática do Direito Público, cf. ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, “A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público”, in: *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Coimbra, 2009, p. 7 a 21.

A opção pela consensualização é, antes de mais, uma possibilidade aberta pelo ordenamento jurídico português em que vigora um *princípio geral de permissividade do recurso à via contratual* ⁽⁸⁾. Efectivamente, de acordo com o art. 278.º do CCP, os contraentes públicos, na prossecução das suas atribuições podem celebrar quaisquer contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer, ou seja, quando a lei ou a natureza da relação jurídica a estabelecer exigiam que a actuação administrativa revista outra forma, designadamente, quando a lei determine a forma de acto administrativo ou o domínio de actuação em causa seja insusceptível de contratualização como sucede, por exemplo, com os procedimentos sancionatórios, de classificação ou certificativos ⁽⁹⁾. Apesar desta habilitação geral para o recurso ao contrato administrativo, deve entender-se que a opção por um contrato administrativo quando substitua a prática de um acto administrativo deve ser *fundamentada*, por via da aplicação analógica do art. 124.º, n.º 1, al. d), do CPA ⁽¹⁰⁾.

Além disso, os mecanismos de consenso introduzem formas de *democracia procedimental*, que, ao permitirem a participação dos interessados, diminuem, de outro lado, a *margem de discricionariedade* da Administração Pública, que, ao invés de partir da pura norma legal — as mais das vezes povoada de conceitos indeterminados —, adopta o consenso com os administrados para prosseguir a função administrativa, assim alcançando não só formas participadas de actuação, como novas formas de legitimação.

⁽⁸⁾ Antes de expressamente consagrada no art. 179.º do CPA, era já esta a opinião de SÉRVULO CORREIA, considerando que se encontrava implícita nas normas de competência material, *Legalidade e autonomia contratual no Contrato Administrativo*, Coimbra, p. 613, 617. No mesmo sentido para o direito actual — art. 278.º do CCP — v. MARCELO REBELO DE SOUSA & ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, p. 42.

⁽⁹⁾ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA & ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos...*, cit., p. 42.

⁽¹⁰⁾ Cf. *idem*, p. 42.

Por fim, a actividade administrativa norteada pela prossecução do interesse público exige a celebração de contratos, dado que, doutra forma, seria mais oneroso ou mesmo impossível impor unilateralmente a sua vontade. Na verdade, a contratualização facilita, muitas vezes, a realização do interesse público ao fazer comungar o administrado no propósito a alcançar, ou seja, ao contratualizar em vez de impor a Administração como que chama para o seu lado (o da realização do interesse público) o administrado.

1.3. Uma nova *face administrativa*

Ao contrário do que parece pretender alguma doutrina postergacionista da figura do acto administrativo, não é uma nova Administração que se levanta, mas uma nova face da *velha* Administração. Se é certo que a procura de *consensus-based solutions* se conjuga melhor com a ideia de contratualização, nem por isso se pode deixar de reconhecer a permanência do acto administrativo, informado também ele, actualmente, por uma reforçada ideia de colaboração, resultando num apelo à ideia de consenso no aparentemente solitário domínio do acto de autoridade ⁽¹¹⁾.

1.4. A liberdade contratual

No entanto, se a liberdade para contratar é plena, já a modelação do contrato — parte também da liberdade contratual — é mais restrita.

Por um lado, pode resultar da lei ou de regulamento o recorte do regime jurídico fundamental do contrato a celebrar, como sucede no caso dos contratos previstos especialmente no CCP — contratos de empreitada de obras públicas e concessões de obras públicas e serviços

⁽¹¹⁾ Neste mesmo sentido, v. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo: Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, 2004, p. 23 a 25.

públicos —, em que a regulação minuciosa do contrato pouco deixa à autonomia contratual das partes. Nestes casos, há uma diminuição do bloco contratual susceptível de ser negociado e objecto de acordo entre as partes ⁽¹²⁾, dado que aquelas regras são, presuntivamente, imperativas ⁽¹³⁾.

Por outro lado, a Administração está vinculada a um forte dever de boa administração — uma “vinculação teleológica positiva” — que impede, por exemplo, a exigência de prestações contratuais desproporcionadas ou a inclusão de cláusulas contratuais que não tenham uma relação directa com o objecto do contrato ⁽¹⁴⁾.

É assim que a autonomia contratual pública se distingue da autonomia contratual privada, pois tem, por virtude do princípio da legalidade, uma *natureza heterodeterminada* ⁽¹⁵⁾.

2. Contratação pública e direito dos contratos públicos

É no contexto exposto no ponto anterior que se integram as regulamentações comunitárias e nacionais sobre contratação pública que, impulsionadas pelos princípios de direito comunitário e pelos princípios administrativos procedimentais, incidem sobre os procedimentos de contratação pública, e mesmo sobre o regime substantivo dos contratos públicos, contribuindo para a autonomização do Direito dos Contratos Públicos.

⁽¹²⁾ Esta “disciplina legal de certos aspectos da relação contratual (...) cerceia inevitavelmente o espaço de consenso, é dizer, do domínio deixado à “negociação” das partes, resumido, que fica, a uma série de estipulações acessórias ou secundárias”, v. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Autoridade ...*, cit., p. 7.

⁽¹³⁾ Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade ...*, cit., p. 709.

⁽¹⁴⁾ Dando conta destas limitações, que resultavam directamente do art. 179.º, n.º 2, do CPA — e que, a nosso ver, continuam a determinar o regime da contratação pública ainda que o CCP não disponha de norma expressa —, v. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Autoridade ...*, cit., p. 7-9.

⁽¹⁵⁾ Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade ...*, cit., p. 473 e ss.