

O acto administrativo contratual

1. Introdução: a autonomia substantiva do contrato administrativo. 2. Os poderes de conformação da relação contratual: distinção entre acto administrativo e direito potestativo administrativo. 3. O critério do acto administrativo contratual: o conteúdo do poder. 4. (cont.): o critério da fonte de direito violada. 5. (cont.): o critério da fonte dos poderes. 6. Posição adoptada. 7. A razão de ser da autoridade nos contratos administrativos.

1. Introdução: a autonomia substantiva do contrato administrativo

Relativizadas que têm sido, por força de sucessivas leis, a autonomia procedimental e contenciosa do contrato administrativo, este é um momento importante para afirmar que o que interessa *decisivamente* à sua manutenção no contexto das instituições do direito administrativo é a *autonomia substantiva*. Basta esta, mesmo que desaparecessem as outras duas (ou seja, mesmo que a lei sujeitasse todos os contratos da Administração que interessem ao mercado à exigência da sua atribuição concursada ou concorrencial e mesmo que a jurisdição administrativa se torne, neste aspecto, puramente estatutária, deixando para trás a sua origem especializada, em função do direito aplicável), basta isso, dizia-se, para lhe conferir, aproveitando as palavras de PEDRO GONÇALVES, um lugar entre os demais institutos do “direito administrativo do nosso tempo”. Em termos sumários, essa autonomia substantiva do contrato administrativo revela-se no facto de ele investir as partes numa relação jurídica diversa (em princípio, estruturalmente diversa) daquela

que resulta para os contraentes que se comprometem no domínio do direito privado⁽¹⁾, numa relação portanto em que um factor (o factor administrativo ou de interesse público) introduz uma modelação contratual específica.

Não quer isto dizer que não haja lugar a um *direito comum da contratação pública*, aplicável a todos os contratos da Administração (ou de quem actua em sua substituição ou por sua delegação), que há efectivamente⁽²⁾, *nem*, muito menos, *que o contrato administrativo nada deva ao contrato de direito privado*, à sua disciplina, porque lhe deve muito, quer em aspectos fundamentais (sentido e consequências básicas da consensualidade, por exemplo), quer em aspectos ligados ao próprio desenrolar (normal ou patológico) da relação constituída, lançando-se mão, no que não estiver regulado de outra forma, do regime geral do direito civil (ou do direito comercial). Mas isso também não pode fazer esquecer que há, no contrato administrativo, especificidades directamente decorrentes do facto de ele, além de definir, em obediência à *lógica do pacto*, os direitos e obrigações das partes, se traduzir simultaneamente num instrumento ou mecanismo votado à prossecução de interesses públicos, ou seja, por nele estar também presente a *lógica da*

(1) Assim, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 1997, cit., p. 806.

(2) Como tem sido sustentado, embora em termos que parecem não coincidentes, por MARIA JOÃO ESTORNINHO, desde o *Requiem pelo contrato administrativo*, 1990, pp. 151 e segs., e depois por ALEXANDRA LEITÃO, na sua tese *A protecção judicial dos terceiros nos contratos da Administração Pública*, 2002, pp. 173 e segs.

função ⁽³⁾. Não nos referimos apenas, note-se, a um conceito de interesse público difuso ou estatutário, digamos assim, como quando se afirma que “a Administração prossegue sempre o interesse público”, porque aí esse interesse tem um conteúdo essencialmente (embora não exclusivamente) negativo, no sentido de não ser dado à Administração, em caso algum (seja no âmbito de uma concessão de serviços públicos, seja na administração do seu património, seja na celebração de negócios auxiliares, etc.), guiar-se por interesses particulares ou optar por soluções que não se mostrem adequadas ao seu dever jurídico geral de boa administração. Referimo-nos também e sobretudo a um interesse público em sentido estrito, de conteúdo essencialmente positivo, sinónimo de *função administrativa*, enquanto *atribuição* concretamente cometida por lei a uma entidade, por cuja satisfação esta ficará responsável perante a colectividade.

Ora, como esse factor funcional não é, claro, tido em conta na disciplina contratual comum, a sua consideração no direito administrativo contratual determina, por força da lei ou de princípios jurídicos, a existência de uma regulação própria, que tenha justamente em vista a tutela do *interesse público implicado no objecto do contrato*, do “interesse público contratualizado”. Existem e coexistem por isso, no regime do contrato administrativo, duas lógicas distintas, que fundam a sua razão de ser em considerações bem diversas, sem que, no entanto, uma exclua ou rejeite a outra, antes se combinando e interagindo de forma peculiar – introduzindo uma delas, a lógica da função (administrativa), variações ou perturbações (mais ou menos extensas) na lógica do pacto (da consensualidade) –, para dar vida a uma figura também ela peculiar: o contrato administrativo ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Assim, LIBERATI, *Consensus e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, 1996, pp. 71, 156 e 264.

⁽⁴⁾ Referindo-se também a estas duas lógicas na compreensão da autonomia do contrato administrativo, PEDRO

Para compreender a sua razão e disciplina é necessário, portanto, partir da premissa de que o contrato administrativo se caracteriza por dois traços fundamentais: é contrato e é administrativo. De um lado, está o *acordo de vontades*, elemento constitutivo e conformador do contrato, que pressupõe e é modo de realização da autonomia das partes (pública e privada). Do outro, a *relação contratual administrativa* assim constituída, assente num esquema combinado de direitos e obrigações e de prevalência funcional do interesse público. E é precisamente na dialéctica entre estas duas ideias, que acompanha toda a sua vida, que se encontra o carácter peculiar da figura.

Afirmar portanto a autonomia do contrato administrativo não implica que este se encontre nos antípodas do contrato (da instituição contratual que encontramos no Código Civil) ou que o respectivo regime jurídico represente (ou deva representar) a antítese, ponto por ponto, do regime da relação contratual privada. Ou seja, o contrato administrativo, para o ser, não implica a sujeição a uma regulação tão excepcional que, de contrato, passasse a *controto* ⁽⁵⁾, mas apenas uma particularidade relativa, fundada na própria autonomia do direito administrativo enquanto complexo de normas que disciplina a gestão da coisa pública.

Assim, sendo certo que a autonomia substantiva do contrato administrativo não prescinde de

GONÇALVES, *O contrato administrativo. Uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*, 2003, pp. 31 e segs., sustentando porém, com razão, a p. 104, que a lógica da função só se impõe de “forma inequívoca” nos contratos com objecto público (poder público, domínio público, serviço público).

⁽⁵⁾ GARCÍA DE ENTERRÍA, considerando de pura logomaquia a objecção de que o contrato administrativo repugna ao conceito de contrato, fundado na mais rigorosa igualdade das partes, afirmava que, para afastar esse jogo de palavras, mais valia designá-lo “controto”, tal como DON MIGUEL DE UNAMUNO chamou “nivola” a uma novela que não cumpria os cânones clássicos, evitando assim eventuais críticas.

uma análise do regime de cada um dos contratos administrativos, pensamos serem as seguintes, em geral, as consequências da lógica da função: *i)* aplicação primária ou preferencial de princípios e regras de direito administrativo; *ii)* aplicação ponderada das normas de direito privado, sujeitando-as a um teste prévio de não-incompatibilidade (podendo resultar daí ou a recusa da sua aplicação ou a sua aplicação adaptada); *iii)* e o reconhecimento de posições de supremacia jurídica ao contraente público, que, por ora, se admite passar pela atribuição de poderes públicos ou de direitos potestativos ⁽⁶⁾.

2. Os poderes de conformação da relação contratual: distinção entre acto administrativo e direito potestativo administrativo

O que se pretende saber é justamente se essas posições de supremacia habilitam a Administração à prática de *actos administrativos* ou se, pelo contrário, essas posições não traduzem senão meros *direitos potestativos*, questão que temos como uma das mais teoricamente complicadas que se suscitam no âmbito do contrato administrativo ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ O problema geral da caracterização do poder público de autoridade (e do acto administrativo) foi recente e desenvolvidamente tratado por PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, 2005, pp. 590 e segs., e por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*, 2002, pp. 83 e segs.

⁽⁷⁾ Note-se que só por comodidade colocamos assim os termos da controvérsia, porque acto administrativo e direito potestativo não se situam no mesmo plano de análise. Na verdade, o *acto administrativo* é o resultado do exercício (momento dinâmico, acção) de uma potestade pública, o produto de uma habilitação normativa para o exercício de um poder público de autoridade, enquanto o *direito potestativo* é essa mesma potestade ou poder (momento estático), exercitável por *acto negocial* (ou por *declaração negocial unilateral*). O acto administrativo situa-se, por isso, numa perspectiva lógica (e cronológica), num plano subsequente ao do direito potestativo, donde a equação correcta seria acto administrativo/declaração negocial ou poder público de autoridade/direito potestativo.

Há aspectos (modo de produção de efeitos e a adstricção a um fim) em que as duas figuras se aparentam. Assim, se os direitos potestativos constituem o poder jurídico de alguém, por acto seu, produzir determinados efeitos que inelutavelmente se impõem a outra pessoa, se são, por isso, poderes jurídicos ordenados à tutela imediata e *ex se* dos interesses do respectivo titular, o acto administrativo é fruto do poder (público de autoridade) de definir o Direito aplicável ao caso concreto, determinando, por via imperativa, a criação, modificação ou extinção de estados ou de posições jurídicas (direitos ou obrigações) de terceiros, sendo também por isso um mecanismo de autotutela (declarativa) da Administração ⁽⁸⁾.

Por outro lado, apesar de se tratar de uma nota que costuma ser reportada apenas ao acto administrativo, o direito potestativo de titularidade pública é igualmente um *poder funcional*. Não é essa, claro, a perspectiva civilística (porque aí o direito potestativo é expressão da autonomia da vontade do sujeito, não adstrito à prossecução de qualquer outro interesse senão daquele que o respectivo titular entenda como mais apropriado ou desejado, tudo conforme as suas conveniências: uma *posse* que é também *licere*), mas, para nós, não há outra forma de qualificar os direitos potestativos da Administração, muito menos num contrato administrativo, por isso que os fins da sua actividade nunca são juridicamente livres ou indiferentes. Os seus poderes, sobretudo quando veículos da acção administrativa, são sempre funcionalmente ordenados, não arbitrários ⁽⁹⁾.

De resto, tratando-se aqui de direitos de titularidade pública (*sujeito activo*), que têm co-

⁽⁸⁾ Referindo-se também a esta proximidade, RUI MACHETE, *Privilégio da execução prévia*, DJAP, VI, 1994, p. 7, e VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, 1996, p. 558.

⁽⁹⁾ Como tão bem explicou ROGÉRIO SOARES, em *Interesse público, legalidade e mérito*, 1955, pp. 121 e segs.

mo *objecto* (em sentido impróprio) a situação jurídico-administrativa do co-contratante ou o próprio contrato administrativo, que, por outro lado, encontram o seu fundamento num título público (lei, regulamento, contrato administrativo: *facto* ou *fonte*) e cuja *garantia* se efectiva nos próprios tribunais administrativos, segundo meios processuais específicos, faz todo o sentido, uma vez que todos os elementos da respectiva relação jurídica são de direito público, que se fale em *direitos potestativos administrativos*, de regulação (preferencialmente) administrativa. E que, portanto, o seu exercício dê lugar a *actos negociais de direito administrativo* ou a *declarações unilaterais administrativas*.

No entanto, relevando (acto administrativo e poder potestativo) de uma certa ideia de poder – (de conformação unilateral de posições jurídicas alheias) –, trata-se, em todo o caso, de um poder ou autoridade bem distintos, de natureza e força muito diversas. Assim, enquanto o direito potestativo se esgota na capacidade de introduzir uma modificação na esfera jurídica de outrem, já o poder (público de autoridade) de que constitui manifestação o acto administrativo não se consome nessa virtualidade, vai mais longe, porque aí a modificação é acompanhada de uma especial sanção do ordenamento jurídico, a executividade. É que o acto administrativo é, como se sabe, legalmente configurado como um *título executivo*, como um documento suficiente para invocar uma dada situação jurídica e dotado de aptidão para, por si só, fundar uma actividade executiva, seja ela administrativa ou judicial ⁽¹⁰⁾ ⁽¹¹⁾. Ora, esta sua força ou “função

⁽¹⁰⁾ ALBERTO XAVIER, *Conceito e natureza do acto tributário*, 1972, p. 536.

⁽¹¹⁾ No primeiro caso, dito de *executoriedade*, há um “*poder substancial de execução*”; no segundo, há um direito processual, assistindo à Administração o poder de exigir que o tribunal, sem necessidade de processo declarativo prévio, execute os direitos unilateralmente definidos, segundo um processo.

tituladora” do acto administrativo, resultante do “privilegio da formação unilateral do título executivo”, é desconhecida dos actos privados, designadamente, dos actos negociais produto do exercício de um direito potestativo, constituindo, por isso, uma *qualidade inédita* do acto administrativo ⁽¹²⁾.

E isto mostra bem a diferente potência jurídico-formal de uma e outra figura. Na verdade, quando o efeito jurídico que interfere com o contrato (ou com a posição do co-contratante) é determinado por acto administrativo, a Administração, em caso de inadimplemento da medida decretada, passa imediatamente, se o acto for exequível, para um procedimento administrativo de execução ou para um processo judicial executivo, consoante o que resultar da lei (por exemplo, do art. 187.º do CPA). Se, pelo contrário, a mutação for determinada por acto negocial, então, em caso de incumprimento do que for aí estabelecido, não resta em princípio ao contratante público senão propor uma acção declarativa, para obter do tribunal a condenação do co-contratante no comportamento devido.

Circunstância, esta, que põe a nu uma segunda diferença, a saber, o *onus de impugnação judicial* ⁽¹³⁾. Com efeito, quando o acto administrativo seja ilegal (e anulável), o contratante tem o ónus de se dirigir a tribunal, em prazo relativamente curto, com vista a obter a respectiva sentença invalidatória, sob pena de, não o fazendo, se formar “caso decidido”, estabilizando-se a situação e impedindo-se-lhe de obter

⁽¹²⁾ A lei, é verdade, atribui a determinados documentos particulares essa característica executiva, mas, além de essa execução passar sempre pelos tribunais (ao contrário da executividade do acto administrativo, que em muitos casos envolve a sua executoriedade), há-de tratar-se aí de documentos “assinados pelo devedor” (art. 46.º do CPC), enquanto o acto administrativo só vai assinado pelo “credor”, digamos assim, que elabora o seu próprio título executivo.

⁽¹³⁾ Referida também por PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas*, p. 646.

a reintegração da legalidade contratual ou da sua esfera jurídica. Se, ao invés, se tratar de um mero acto negocial, o ónus (agora, de acção) pertencerá, salvo se as circunstâncias de facto permitirem outra coisa, à Administração, não à sua contraparte ⁽¹⁴⁾.

Outra diferença relevante, que opera no plano da *ilegalidade do exercício do poder*, consiste no facto de, ao contrário do acto administrativo, que, mesmo sendo anulável (que é a regra da sanção da ilegalidade), se mantém vinculativo, autoritário, eficaz (no que toca à produção dos seus efeitos típicos) e exequível, os efeitos jurídicos associados ao acto negocial, salvo regime em contrário, só se produzem, e aí vinculam, se e na medida em que estejam verificados os pressupostos de facto e de direito de que depende a legitimidade do seu exercício (uma rescisão do contrato por grave incumprimento só vincula, melhor, só existe juridicamente se tiver havido, de facto, grave incumprimento). Se, pelo contrário, o direito potestativo é exercido fora dos respectivos pressupostos, a declaração unilateral

⁽¹⁴⁾ É verdade que em alguns casos de exercício de direitos potestativos á a contraparte que ficará na posição de ter de ir a tribunal contestar a legalidade do acto negocial, mas ou isso resulta do regime legal instituído (que é excepcional) ou então resulta de uma circunstância exterior à própria força do direito potestativo em causa, de algo que não lhe é *juridicamente inerente*, dependendo antes da concreta situação de facto em que se encontram as partes, a saber, de o autor do acto negocial estar ou não em condições de, por si só, satisfazer o seu direito, materializando-o.

Imagine-se que a Administração, por acto sancionatório negocial, retém verbas que devia entregar ao outro contraente. Aqui, será em princípio este que, *por força das circunstâncias*, tem o ónus de contestar a “legalidade” da sanção aplicada. No entanto, se a execução imediata do acto negocial não se encontrar na *disponibilidade* do titular do direito, da Administração, é esta que, no caso de o co-contratante não cumprir, não adequar a sua conduta ao efeito jurídico determinado, tem de accionar os tribunais, instaurando o competente processo judicial (declarativo), sob pena de o acto negocial não produzir efeitos práticos – como sucede no caso do acto de devolução ou restituição de verbas ou do acto de modificação unilateral das prestações (pressupondo que se trata de actos negociais).

resultará *tamquam non essent*, absolutamente ineficaz na esfera jurídica do contratante, que pode continuar a agir como se acto algum tivesse sido praticado ⁽¹⁵⁾.

Isto para não falar do respectivo regime jurídico, onde as diferenças são, como se sabe, muitas e relevantes: a decisão administrativa é *fundamentada* e, em regra, *produto de um procedimento* (a que se opõe a inexistência de regras prévias e hetero-determinadas quanto ao modo do exercício do direito potestativo administrativo, que carecem sempre de previsão legal), no âmbito do qual, aliás, se reconhecem várias garantias específicas do interessado (direito à informação, direito de consulta do processo e passagem de certidões, direito de audiência, etc.).

3. O critério do acto administrativo contratual: o conteúdo do poder

Havendo nesta matéria um século de doutrina e de jurisprudência (com as suas fórmulas, tão habituais, da “cláusula de sujeição”, da “submissão do particular à disciplina do interesse público” e da “prevalência da reserva de interesse público”), que nos permite ir dando por adquirido que o contrato administrativo é, de facto, um domínio da actividade da Administração (potencialmente) aberto à presença de poderes de autoridade ⁽¹⁶⁾, o maior problema está em saber *quando* é que ela é titular de poderes desses, ou seja, que critério nos permite identificar, de entre a gama de prerrogativas ou faculdades que lhe são reconhecidas no âmbito

⁽¹⁵⁾ Assim, GUIDO GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, 1986, pp. 109 e 110.

⁽¹⁶⁾ Não significa isto que a autoridade se manifeste com igual intensidade em todos eles, pois, se existem uns predispostos à presença de poderes públicos (os contratos de colaboração, primeiro que todos, mas também, em nível aproximado, os contratos de atribuição subordinada), outros, nem tanto, podendo dar-se o caso, até, de as partes se relacionarem num puro esquema paritário.

de um contrato administrativo, a existência de um poder habilitante da prática de um acto administrativo⁽¹⁷⁾.

Afastada que está, por ser contrária ao nosso sistema actual de contrato administrativo, a hipótese de se proceder à qualificação jurídica unitária das declarações contratuais da Administração (como propunha GUIDO GRECCO), um primeiro critério é o do *conteúdo* das posições de supremacia jurídica de que é titular a Administração no seio do contrato, nos termos do qual seriam meros direitos potestativos os poderes que encontrassem (ou pudessem encontrar) correspondente ou similar no domínio dos contratos privados e, ao invés, habilitações para a prática de actos administrativos (ou poderes públicos) aqueles que não pudessem encontrar homólogo nessas mesmas relações contratuais.

Historicamente relevante entre nós⁽¹⁸⁾ e podendo ter, em casos muito contados, algum interesse (pense-se, por exemplo, na rescisão por motivos de interesse público e, em certa perspectiva, na modificação unilateral), pensamos que este critério é de recusar. É que praticamente todas as *fattispecie* de actos administrativos contratuais são reproduzíveis ao abrigo da autonomia privada, em contratos de direito comum⁽¹⁹⁾, não sendo por isso adequado pretender que o carácter público ou potestativo dos poderes de supremacia jurídica se decida em função da sua insusceptibilidade ou não de figurar licitamente

(17) Apesar de, na versão que conhecemos, haver indicações muito valiosas para o caso, não se pense que este problema ficará completamente resolvido com a entrada em vigor do novo Código dos Contratos Públicos, entre outras razões, porque ele surge sobretudo quando há lei especial reguladora de um determinado (tipo de) contrato, e leis destas, como se sabe, há muitas. Para se ter uma ideia da legislação sectorial sobre contratos administrativos, ver MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, II, 2007, pp. 304 e segs.

(18) Por importação da doutrina francesa, quando se reporta ao critério das cláusulas juridicamente impossíveis, ilícitas ou inabituais num contrato privado.

(19) Neste sentido, GUIDO GREGO, *I contratti ...*, p. 55.

em cláusula de direito privado. Sendo errónea a premissa, também o é a conclusão, claro, de que, como a autonomia privada pode, ela própria, conformar e “construir” situações de supremacia jurídica idênticas (do ponto de vista do seu conteúdo verbal), então, no direito administrativo contratual, não há poder público. Por nós, portanto, rescindir, sancionar, modificar, alterar, resolver, dirigir, fiscalizar, inspeccionar, autorizar, validar, aprovar, etc., não são em si mesmos “poderes exorbitantes”, não revelam, pelo menos quando analisados apenas pelo seu simples enunciado verbal, a pertinência a uma ou outra figura, ao acto administrativo ou ao acto unilateral negocial. Da mesma forma que o dever de requerer ou de solicitar, etc., não configuram, em si mesmos, “deveres exorbitantes”, correlatos necessários de um poder público de autoridade (expresso pelos respectivos e subsequentes acto de deferimento ou de indeferimento). O critério, desde que adaptado, ainda poderia ter algum relevo em hipóteses em que a lei privada proibisse ou não previsse o exercício de um determinado poder e a lei administrativa, na regulação do contrato homólogo celebrado pela Administração, lhe reconhecesse tal poder, mas seria sempre um relevo limitado (aos contratos com objecto passível de contrato de direito privado) e, em nossa opinião, não mais do que um *indício* da existência de um poder público.

4. (cont.): o critério da fonte de direito violada

Um outro critério possível é o da *fonte de direito violada*, que, como o próprio nome indica, apela à natureza do dever posto em xeque pelo co-contratante da Administração⁽²⁰⁾. Assim,

(20) Que às vezes parece encontrar-se implícito na nossa jurisprudência: cf. Acs. do STA de 2/5/2001, P. 44 269, de 2/5/2002, P. 593/02, de 3/6/2003, P. 295/03, e de 29/4/2003, P. 1498/02.

quando o acto do contratante público asenta no incumprimento, pelo co-contratante, de obrigações legais ou regulamentares atinentes ao contrato, teríamos um acto administrativo. Quando, pelo contrário, se trata do incumprimento de obrigações de natureza contratual, então poderemos ter (dependendo do caso) um acto negocial, uma declaração administrativa unilateral, uma interpelação, um acto opinativo, etc., mas não um acto administrativo.

O presente critério tem a seu favor o facto de assentar numa distinção importante no contexto das relações contratuais administrativas, a saber, a distinção entre disciplina legal e disciplina conformada pela vontade das partes, atribuindo a esta relevo puramente contratual (por isso que o acto da Administração que respeite ao seu incumprimento comungará da mesma natureza, ou seja, será um acto negocial) e à primeira relevo normativo (por isso que o acto que respeite ou ateste o seu incumprimento terá, como sucede em geral no ordenamento extracontratual, digamos assim, a natureza de acto administrativo). Não cremos porém que seja ele o mais adequado ao problema. Desde logo, porque só serve à qualificação dos poderes da Administração em matéria de incumprimento ou violação das obrigações do seu co-contratante (é dizer, ao poder sancionatório, incluindo a rescisão-sanção e, eventualmente, ao poder fiscalizador), quando a questão aqui em causa é bem mais ampla (como qualificar, por exemplo, o poder de rescisão por motivos de interesse público ou o poder de modificação unilateral, segundo esse critério?). Acresce que, em nossa opinião, o critério em apreço nem serve aos casos ou poderes a que se aplica, por envolver, em certa medida, uma inversão da lógica das coisas e de, por causa disso, não conseguir explicar a mutação da natureza do acto em situações que, tudo indica, pedem solução idêntica. Com efeito, este critério parte da natureza da obrigação violada para daí retirar a natureza do poder, quando o problema deve ser analisado autonomamente, olhando

apenas para a natureza do “preceito” atributivo do poder e para o seu regime. Imagine-se, por exemplo, que a lei, prevendo a possibilidade de aplicação de sanções contratuais, que identifica, descreve parte do regime do contrato, deixando depois para este a disciplina da restante relação jurídica. Será que, em casos destes, a natureza do poder sancionatório (previsto na lei) deve variar em função da natureza da obrigação violada ou deve corresponder-lhe uma qualificação unitária? E se, porventura, o acto sancionatório se fundar simultaneamente na violação de obrigações legais e contratuais?

Mais importante ainda é o facto de o critério da fonte de direito violada não se adequar ao regime do CPA. É que, como se verá adiante, o poder de aplicar sanções no contrato administrativo é um poder de fonte legal, assente na alínea e) do respectivo art. 180.º, só sendo contratual, aí, para preenchimento da respectiva remissão, a indicação da espécie de sanção aplicável (por referência genérica ou especificada a um ilícito contratual). Dito de outro modo: mesmo que prevista no contrato, a sanção aplicável ao seu abrigo funda-se na autoridade conferida por aquele preceito de lei, não propriamente na sua previsão contratual. E se é assim, então a natureza da sanção deve ser procurada no plano legal, não no plano contratual.

5. (cont.): o critério da fonte dos poderes

Um terceiro critério possível para identificar o acto administrativo contratual remete para a *fonte da atribuição dos poderes* ou simplesmente *fonte dos poderes* ⁽²¹⁾. De acordo com este critério, quando haja atribuição legal de um poder de supremacia jurídica à Administração, temos aí uma norma de competência, cujo exercício se traduz

⁽²¹⁾ Aplicado por alguma jurisprudência, por exemplo, Acs. do STA de 14/2/1974, P. 8996, de 2/5/2002, P. 593/02, de 4/10/2001, P. 47 334, e de 31/10/1989, P. 25 984.

na prática de um acto administrativo; diversamente, quando se trata da atribuição contratual de um poder, isso equivale quanto muito a um direito potestativo.

Trata-se, desde logo, de um critério que atende, e agora na perspectiva correcta, à tal distinção entre regime legal e regime contratual do contrato administrativo, atribuindo a este último a força que lhe corresponde pelo facto de provir da autonomia das partes e ao segundo, é dizer, aos poderes conferidos pela lei, a força que se lhes assaca em geral. É também um critério simples (que permite eliminar muitas das dúvidas que se suscitam quase quotidianamente nesta matéria, sendo que, aqui, a segurança, associada à previsibilidade da natureza e, logo, do regime procedimental, substantivo e contencioso aplicável ao acto da Administração, seja ele administrativo ou negocial, é um factor importantíssimo) e que, além disso, se encontra em sintonia com dois dados elementares da nossa ordem jurídica, a saber, que, primeiro, só a lei (directa ou “habilitantemente”) pode atribuir poderes públicos para a prática de actos administrativos (princípio da legalidade), segundo, que os “poderes conferidos por lei expressamente a uma pessoa colectiva de direito público [se] presumem públicos sempre que outro carácter não resulte da sua natureza”⁽²²⁾ (proposição que é afirmada num contexto preciso, como se verá adiante).

Apesar de tudo, parece-nos que o critério da fonte dos poderes é parcialmente incorrecto, não podendo por isso ser alcandorado a “chave do problema”. Vejamos.

5.1. Temos por correcta, claro, a primeira proposição, segundo a qual, quando a posição de supremacia jurídica se fundar em mera cláusula contratual (que não configure a transcrição, densificação ou integração do regime da lei), o poder

⁽²²⁾ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, p. 432.

em causa terá natureza negocial ou potestativa, afastando-se assim a possibilidade de as cláusulas contratuais servirem de fonte autónoma (sem habilitação legal) de actos administrativos contratuais, ou seja, afastando a operatividade das chamadas cláusulas contratuais exorbitantes, no sentido de cláusulas atributivas de prerrogativas públicas⁽²³⁾.

É ponto, de resto, que devia considerar-se adquirido na teoria do contrato administrativo: as cláusulas contratuais não podem atribuir ou reconhecer à Administração quaisquer poderes para a prática de actos administrativos, porque a lei é a única fonte legítima do poder público. E, que se saiba, o contrato administrativo não configura um domínio *out of law* ou um domínio onde a *hard law* possa assentar numa mera declaração de vontade da Administração.

É verdade que até 1991, data da entrada em vigor do CPA, a questão se punha em termos algo diversos. Nessa altura, na falta de lei geral, a estipulação de poderes de autoridade no contrato – embora não fosse considerada como necessária à titularidade desses poderes na esfera do contratante público – era legítima (mas só era legítima) se se contivesse dentro dos limites consentidos (pelas normas especiais ou) pelos *princípios gerais dos contratos administrativos*, de que seriam revelação⁽²⁴⁾. Mas, se era esse o es-

⁽²³⁾ A hipótese dos contratos com objecto passível de contrato de direito privado cuja administratividade resulte do facto de terem sido expressamente submetidos pelas partes a um regime substantivo de direito público configura uma hipótese especial, afirmando PEDRO GONÇALVES que o contrato administrativo, aí, é “a fonte imediata de todos os poderes públicos” (*Contrato ...*, p. 106). Note-se porém que no texto está em causa uma questão diferente: saber se uma cláusula de um contrato administrativo (já qualificado como tal) pode atribuir poderes públicos autónomos dos que resultam da lei, não se a vontade das partes pode ser a fonte da administratividade do contrato e, em consequência (mas também por intermédio do art. 180.º do CPA), fonte de poder público.

⁽²⁴⁾ Assim, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, 1980, pp. 663 e 695 e segs., e, em especial, SÉRVULO

tado do problema antes de 1991, se a habilitação concreta para a prática de acto administrativo, por força do clausulado contratual, se esgotava no estrito domínio consentido pelos princípios gerais de direito administrativo (esquecendo as leis especiais), então, hoje, como o conteúdo destes se encontra cristalizado e condensado no art. 180.º do CPA ⁽²⁵⁾, não há espaço para as cláusulas exorbitantes autónomas. Dito de outra forma, quaisquer cláusulas do contrato que (na falta de habilitação normativa) se arroguem título bastante para a atribuição de poderes de supremacia jurídica são hoje, no máximo, cláusulas atributivas de direitos potestativos ou então são cláusulas ilegais ⁽²⁶⁾ ⁽²⁷⁾.

CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, 1987, pp. 729, 731 e segs., 734, como também o acórdão do STA de 15/6/1985 (*AD*, n.º 291, p. 310).

⁽²⁵⁾ Parece não haver muitas dúvidas sobre a correcção da segunda premissa menor do silogismo. Basta olhar para a história do contrato administrativo em Portugal e ler, depois, a observação com que FREITAS DO AMARAL *et alii* abrem o seu comentário ao referido preceito legal: “neste preceito, consagram-se genericamente os poderes de que a Administração Pública goza em sede de execução e extinção dos contratos administrativos, com os contornos que a doutrina e a jurisprudência tradicionalmente lhes assinalam” (*Código do Procedimento Administrativo Anotado*, p. 306).

⁽²⁶⁾ Dir-se-ia que esta alternativa não faz sentido, pois se o poder de supremacia jurídica estabelecido no contrato deve agora considerar-se um direito potestativo, então não há ilegalidade. Será assim em regra. Mas também pode acontecer que os termos em que ele se encontra disciplinado o atirem irreversivelmente para o domínio dos poderes públicos (para a prática de acto administrativo), por exemplo, porque se dispôs aí que, emitida a declaração, a Administração pode, na falta de cumprimento, executá-la coercivamente. Neste caso, a melhor solução talvez passe pela ilegalidade do que seja revelação ou sinal de poder público e pela manutenção da natureza potestativa do resto.

⁽²⁷⁾ Coisa diferente é saber se tais cláusulas podem contribuir para a qualificação (administrativa) do respectivo contrato, questão a que pode responder-se afirmativamente se (e só se) a sua inscrição no texto contratual indicar, para além de qualquer dúvida razoável, estarem aí subjacentes considerações fundamentais de interesse público,

5.2. Correcta a primeira, consideramos porém incorrecta a segunda proposição resultante do critério em apreço, nos termos da qual haveria uma identificação necessária entre atribuição legal de uma posição de supremacia à Administração e habilitação específica para a prática de acto administrativo. Desde logo, porque isso pode contrariar a própria natureza *prima facie* da posição de supremacia em causa, como sucederá na hipótese de um preceito legal atribuir à Administração (mesmo que só a ela) a faculdade de optar pela renovação do contrato administrativo, que, de acordo com esse critério, consubstanciaria a prática de um acto administrativo, quando nos parece evidente, salvo indicação objectiva em contrário, a sua natureza negocial.

Por outro lado, a tese geral de que os poderes conferidos por lei se presumem públicos (no sentido de configurarem poderes públicos de autoridade) só colhe no plano extracontratual ou, pelo menos, funda-se num pressuposto que não colhe totalmente em matéria contratual. Com efeito, ela parte do princípio de que os direitos privados resultam da mera atribuição de capacidade civil à Administração Pública ⁽²⁸⁾, não sendo necessário, por isso, a sua enumeração legal, quando, no domínio dos contratos, a generalidade dos poderes de supremacia jurídica, mesmo que consubstanciem direitos potestativos, carece sempre de previsão específica (legal ou contratual), não decorrendo em circunstância alguma da mera capacidade de direito privado da Administração. Por isso que, quando o legislador (especial) atribui, na regulamentação de um determinado contrato (ou espécie contratual), um poder de supremacia jurídica à Administração, não o faz (pelo menos, necessariamente) porque queira reconhecer-lhe um poder público de au-

o que significa que afinal essas cláusulas só podem valer, mesmo se em termos que consideramos muito limitados, como *cláusulas específicas de interesse público*.

⁽²⁸⁾ MARCELLO CAETANO, *Manual ...*, p. 432.

toridade: fá-lo porque, caso contrário (e fora do elenco dos poderes elencados no art. 180.º do CPA), a Administração não gozará dessa posição de supremacia. Por último, e é esta a principal crítica que apontamos ao critério em apreço da fonte dos poderes, é importante não esquecer que o contrato, mesmo o administrativo, constitui um instrumento naturalmente pouco predisposto à existência de poderes públicos. Por nós, *a regra, no contrato administrativo, é a de que a Administração é parte, não autoridade*, os seus actos (decisões) são declarações negociais, não actos administrativos. A autoridade no contrato deve ser legalmente assumida ou querida como tal, deve resultar de uma intenção legal objectiva, passível de demonstração, e não apenas do mero facto (que pode relevar-se absolutamente neutral desse ponto de vista) do enunciado de uma posição de supremacia jurídica no texto da lei.

6. Posição adoptada

Em suma, por nós, aceitamos como boa a impossibilidade, nos termos e com as consequências assinaladas, de as cláusulas contratuais autónomas (no sentido de carecerem de base legal habilitante) conferirem poderes públicos de autoridade, mas rejeitamos que todas as posições legais de supremacia jurídica da Administração no contrato se reconduzam necessariamente ao conceito de poder público de autoridade, a uma norma de competência para a prática de um acto administrativo, por nos parecer que existem ou podem existir aí meros direitos potestativos públicos.

Proporíamos, assim, em alternativa, de forma mais matizada ou mitigada, o seguinte: só há poder público de autoridade em quatro casos, a saber, *i*) quando isso resulte objectivamente do teor da regulação normativa em causa; *ii*) quando se trate da produção de efeitos de direito apenas passíveis de título público; *iii*) quando se trate do exercício dos poderes inscritos no

art. 180.º do CPA; *iv*) ou na hipótese especial do exercício (ou do controlo do exercício) de poderes normativos. Fora estes casos (o que vale por dizer, *em princípio*), os poderes de supremacia jurídica atribuídos à Administração, mesmo que por disposição da lei, configuram um direito potestativo administrativo, exercitável por acto negocial (ou por declaração unilateral) de direito público. A título excepcional, admitimos igualmente a existência de um acto administrativo na hipótese de isso ser necessário à *tutela da posição jurídica de terceiros*, como provavelmente sucedia na situação do acórdão do STA de 23/6/1998 (P. 32 282), em que estava em causa a impugnação, por parte de operadoras privadas de televisão, de uma resolução governamental que atribuía ao concessionário do serviço público uma compensação financeira ou uma indemnização compensatória, tendo o tribunal rejeitado o recurso contencioso por entender que a resolução não configurava um acto administrativo⁽²⁹⁾. Aceitando como boa, no plano do direito substantivo, a solução que o STA deu ao caso, embora talvez com outros argumentos, pensamos que, no plano do direito processual, hoje em dia, uma de duas: ou, como julgamos preferível, se incluem estes litígios no âmbito da acção administrativa comum, se necessário, interpretando as normas respeitantes à legitimidade processual em conformidade com o direito constitucional à tutela jurisdicional efectiva ou, se não for assim, então,

(29) O acórdão referido foi objecto de análise e crítica por parte de ALEXANDRA LEITÃO (em *CJA*, n.º 25, pp. 15 e segs.), que, embora com alguns fundamentos com que não concordamos, sustentava justamente que a qualificação como acto administrativo era necessária à tutela dos terceiros, na medida em que estes não tinham acesso à acção sobre contratos, cuja legitimidade estava, na altura, restrita às partes. A posição da Autora encontra-se melhor desenvolvida em *A protecção judicial dos terceiros*, *cit.*, pp. 228 e segs. e 271 e segs. Também no sentido de que a qualificação de acto administrativo contratual pode resultar da necessidade de protecção de terceiros, VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 2006, p. 205, nota 384.

mesmo mantendo-se, no que respeita às relações entre os contratantes, a natureza da declaração em causa, tal qual resulta do direito substantivo, deve considerar-se, no domínio das relações entre os contratantes e terceiros, e apenas para efeitos de impugnação judicial (não para efeitos substantivos), ir aí implícito, nessa declaração, um acto administrativo.

Em relação à proposta atrás avançada, estamos conscientes de alguns inconvenientes seus, resultantes do facto de ela ser mais casuística, não fornecendo, numa matéria tão carente dela, a segurança (que também não é assim tão absoluta) proporcionada pelo critério da fonte do poder, mas a verdade é que, em assuntos destes, dados à intervenção avulsa do legislador, não nos parece que seja esse critério de binário simples o mais adequado.

Vejamos então cada uma das hipóteses.

Haverá poder público quando se trate do exercício, com base na lei (directamente ou com fundamento em acto legalmente habilitado), de poderes normativos próprios do contratante público, como sucederá no caso dos regulamentos emitidos pelo concedente no âmbito da concessão, ou quando se trate de poderes de controlo (aprovação ou similar, homologação, autorização, etc.) respeitantes ao exercício de poderes normativos (com reflexos para terceiros) por parte do co-contratante, desde que devidamente habilitado para o efeito. Ou seja, no caso dos poderes normativos da Administração, por não nos parecer viável outra qualificação senão essa de que há aí uma norma emitida no exercício da função administrativa, se se preferir, um regulamento. Em relação aos regulamentos emitidos pelo co-contratante que tenham eficácia externa (não nos referimos, note-se, às cláusulas regulamentares de alguns contratos), pela mesma razão, a que acresce o facto de, num caso desses, se dever ter igualmente como administrativo o acto de controlo do contratante público.

Em segundo lugar, haverá poder público quando da disciplina legal ou regulamentar

(habilitada) resulte, pelo teor do enunciado ou pelas proposições secundárias a ele apostas, a qualificação da declaração como acto administrativo. É o caso, por exemplo, de a lei atribuir a esse acto força de título executivo, de prever a posse administrativa de um bem na sequência da medida adoptada, de retirar consequências imediatas (endógenas ou exógenas ao contrato) da decisão adoptada, de remeter a contestação de um acto para formas processuais impugnatórias, etc.

Em terceiro lugar, devem considerar-se igualmente administrativos aqueles actos cujos efeitos jurídicos só são passíveis por título público, casos, portanto, em que a declaração tem por objecto situações apenas constituíveis, modificáveis ou extinguíveis por acto administrativo. Sucede isso, por exemplo, com a autorização dada pelo concedente para ocupação ou utilização de bens do domínio público não integrados inicialmente no contrato. Ou com as servidões que, sendo constituídas pelo concessionário, só se tornam efectivas após a aprovação, pelo concedente, dos projectos de infra-estruturas ou de outras obras da concessão ⁽³⁰⁾.

Por último, devem considerar-se poderes públicos, salvo quando outra coisa resultar de lei especial ou da própria natureza do contrato, os poderes previstos no art. 180.º do CPA ⁽³¹⁾, a

⁽³⁰⁾ Aliás, estas questões (mesmo que disciplinadas na “lei” do contrato) são, do ponto de vista do seu conteúdo, extracontratuais, ligadas a posições gerais de autoridade (por exemplo, dominial) da Administração, prévias e exteriores ao contrato.

⁽³¹⁾ É essa a opinião largamente maioritária da doutrina, como pode ver-se (referem-se apenas algumas obras que se dedicam ao contrato administrativo depois do CPA) em FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, 2001, p. 615, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/PACHECO DE AMORIM, *Código ...*, cit., p. 828, MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito ...*, cit., p. 358, PEDRO GONÇALVES, *O contrato ...*, cit., pp. 116 e segs., SANTOS BOTELHO/PIRES ESTEVES/CÂNDIDO DE PINHO, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, p. 798, SOUSA FÁBRICA, *O contrato administrativo*, DJAP, VI, 1994, pp. 531

saber: a modificação unilateral do conteúdo das prestações contratuais ⁽³²⁾, a direcção do modo de execução das prestações (ordens, instruções, etc.), a rescisão do contrato por imperativo de interesse público, a fiscalização do modo de execução do contrato e a sanção contratual – que são *poderes legais* ou *extracontratuais* (no sentido em que têm a sua origem numa fonte exterior ao contrato e valem independentemente da sua previsão no contrato, salvo o sancionatório) ⁽³³⁾ e, em certo sentido, *estatutários*, porque assentes na especial relação que, num dado caso, intercede entre o objecto do contrato e o sujeito administrativo ⁽³⁴⁾.

É verdade que, olhando só, “nua e cruamente”, para esse preceito legal, não pode afirmar-se que é de actos administrativos, e não de actos negociais, que se trata quando a Administração Pública exerce os poderes aí previstos. Vai por

e 532, JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os contratos administrativos e a arbitragem*, 2004, p. 226. Uma posição mais mitigada pode ver-se em MARIA JOÃO ESTORNINHO, por último, *Direito Europeu*, cit., pp. 472 a 479, e em VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça ...*, cit., p. 205.

⁽³²⁾ Ver, por exemplo, Ac. do STA de 22/10/1996 (P. 39 207). Não negando que isso também possa acontecer com outros poderes, o poder de modificação unilateral é muitas vezes exercido por via normativa (assim, por exemplo, LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *O poder de modificação unilateral do contrato administrativo pela Administração*, 2007, p. 155).

⁽³³⁾ Neste sentido, por exemplo, SOUSA FÁBRICA, *O contrato ...*, cit., pp. 531 e 532.

⁽³⁴⁾ Além de que alguns desses poderes são dotados de um regime jurídico específico, diverso dos seus congéneres privados. Com efeito, há aí poderes *ad extra* e poderes *ad intra*. Nos primeiros, a Administração dispõe de um instrumento jurídico-formal (acto administrativo) para exercer os seus “direitos contratuais”, mas que deixa intactas as regras de fundo que definem a relação contratual, quaisquer que sejam (por exemplo, poder de direcção ou poder de fiscalização). Diversamente, os poderes *ad intra*, pressupondo igualmente a utilização daquele instrumento formal, têm, além disso, “pretensões substantivas”, implicam desvios mais ou menos acentuados ao regime aplicável aos correspondentes (ou similares) poderes privados, como sucede, por exemplo, com o poder de modificação unilateral e, segundo alguns Autores, com o poder sancionatório.

isso implicada nesta opção um apelo à história do contrato administrativo, sabendo-se que o art. 180.º do CPA constitui uma síntese feliz dos principais poderes de que a Administração goza no seio do contrato administrativo e que sempre foram considerados, entre nós, como poderes públicos de autoridade, exercitáveis por actos administrativos. Mas existem outros argumentos ponderosos. Desde logo, porque é essa a sugestão que decorre imediatamente da referência, aí, a “poderes de Administração”, mais ainda se combinada com a história do contrato administrativo entre nós ⁽³⁵⁾. Depois, porque o legislador do CPA sentiu a necessidade de, em alguns casos, afastar a figura do acto administrativo do seio do contrato (art. 186.º, n.º 1, do CPA), o que só se percebe e justifica porque, noutras hipóteses, é de acto que se trata, como sucede paradigmaticamente (aliás, só podia suceder) com os poderes do respectivo art. 180.º. Por outro lado, o nosso sistema jurídico assenta no pressuposto de que é dado à Administração comportar-se como autoridade [ver, por exemplo, arts. 4.º, n.º 2, alínea g), 47.º, n.º 2, alínea d), e 180.º, n.º 1, alínea c), todos do actual CPTA], e onde essa autoridade sempre se aceitou existir é precisamente naquele leque de poderes de acção que se encontra previsto nesse preceito do CPA. Por último, porque o art. 187.º do CPA pressupõe que haja actos dotados de força executiva, que são necessariamente actos administrativos, e esses só podem ser os resultantes do exercício dos poderes do art. 180.º ⁽³⁶⁾.

São no entanto necessários alguns esclarecimentos adicionais.

Em primeiro lugar, o facto de até agora nos termos referido ao acto administrativo como resultado do exercício destes poderes públicos foi sobretudo por contraposição com a outra alternativa, que seria a de considerar tais pode-

⁽³⁵⁾ Assim, PEDRO GONÇALVES, *O contrato ...*, cit., p. 117.

⁽³⁶⁾ Assim, PEDRO GONÇALVES, *O contrato ...*, cit., p. 117.

res como meramente potestativos. Não significa que, em nossa opinião, haja sempre um acto administrativo quando estejam em causa tais poderes. Pode haver perfeitamente uma norma administrativa (*v. g.*, um regulamento de modificação das prestações de vários concessionários), como pode não haver regulamento nem acto administrativo. Para que se coloque esta hipótese (de acto administrativo), há-de estar em causa uma *decisão*, um acto com carácter decisório. Por exemplo, a larga maioria das faculdades integradas no poder de fiscalização não se substancia na prática de um acto administrativo. Em segundo lugar, os actos da Administração resultantes do exercício dos poderes elencados no art. 180.º do CPA devem ser considerados como actos administrativos, tenham eles como fundamento directo essa norma geral ou *norma de lei especial*, salvo se nesta existirem dados objectivos em sentido contrário (embora isso não signifique necessariamente, tudo depende, que esteja excluída a operatividade dos poderes do art. 180.º). Em terceiro lugar, a *regulação ou conformação contratual* de um poder público atribuído (ou reconhecido) por lei, como por exemplo estes do art. 180.º do CPA, não prejudica nem altera a respectiva natureza. Ou seja, a circunstância de existirem *cláusulas contratuais com uma função concretizadora, conformadora ou densificadora* de poderes públicos previamente inscritos em norma legal (genérica ou especificadamente), e de, portanto, a Administração fazer aplicação imediata dessas cláusulas, não da lei, não significa que se trate afinal de meros actos negociais ou declarações unilaterais administrativas. Nesses casos, o contrato limita-se a concretizar, densificar ou especificar o conteúdo (ou os pressupostos ou o regime) de poderes legais de que a Administração já seria titular, mesmo que, como às vezes acontecerá, a invistam na prática de actos não expressamente previstos (é diferente de admitidos) na lei. Temos porém consciência que é aqui que se colocam maiores dificuldades, por ser difícil saber se e quando uma posição de

supremacia jurídica pode ou deve ser reportada, para estes efeitos, a um determinado poder legal (*v. g.*, será que a autorização da cessão de uma concessão administrativa deve ser reportada ao poder de fiscalização ou a aprovação do projecto de construção do “estabelecimento” de um serviço público concedido ao poder de direcção?).

Se não há prejuízo da natureza pública do poder em causa quando se trate de cláusulas concretizadoras, menos ainda no caso das *cláusulas contratuais integrativas*, que têm lugar quando a lei, em vez de enunciar (genérica ou especificadamente) que poderes de acção cabem à Administração, se limita a dizer que lhe cabe um determinado poder em abstracto, remetendo para o contrato a previsão concreta dos poderes em causa, previsão que é necessária do ponto de vista da capacidade concreta para agir. Por exemplo, diz-se no art. 180.º do CPA, na respectiva alínea *e*), que a Administração pode “aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato”, o que significa que, sem essa previsão no clausulado contratual (sem, por exemplo, a previsão da possibilidade de aplicação de multas pela ocorrência de certos factos), não haverá, na prática, poder sancionatório. Este preceito funciona assim apenas como norma habilitante, como norma legal de autorização, sendo depois integrado através da previsão de concretas sanções administrativas em documento regulamentar ou contratual.

Dado talvez o carácter *sui generis* da hipótese, é aqui que a jurisprudência dos nossos tribunais se tem revelado menos uniforme, sobretudo em relação à *rescisão* decretada na sequência de incumprimento do contrato pelo co-contratante, ora tratada como acto administrativo⁽³⁷⁾, ora como acto negocial, invocando-se, neste último caso, o critério da fonte (contratual) da atribui-

(37) Por exemplo, Acs. do STA de 24/11/1992, P. 30 597, de 21/10/1997, P. 34 019, de 30/6/1999, P. 40 693, e de 14/2/2002, P. 47 543.

ção do poder ou o da natureza (contratual) da cláusula violada ⁽³⁸⁾ ou então os dois, conjuntamente ⁽³⁹⁾. De resto, à primeira vista, a tese da rescisão-acto negocial até podia ter alguns argumentos a seu favor, já que, para alguma doutrina civilística, a rescisão por incumprimento não tem natureza sancionatória, o que a afastaria do âmbito do art. 180.º, alínea e), do CPA, para não dizer também que, quando não prevista no texto de um contrato administrativo, subsiste sempre a faculdade de rescindir, embora nesse caso assumira natureza de acto negocial. Acontece que, em direito administrativo, a rescisão por incumprimento sempre foi considerada como uma sanção ⁽⁴⁰⁾, não se vendo, em face do art. 180.º, alínea e), do CPA, como pode ela, quando prevista no clausulado contratual, escapar à natureza de acto administrativo ⁽⁴¹⁾.

6.1. A terminar esta parte, diz-se apenas (porque haverá certamente oportunidade de voltar ao tema) que na versão do *Código dos Contratos Públicos* aprovada para discussão pública se mantém a solução tradicional, referindo-se expressamente, aí, sem margem para dúvidas, que “revestem a natureza de acto administrativo as declarações

⁽³⁸⁾ Assim, Acs. do STA de 21/5/1996 (*Ap.-DR* de 23/10/1998), de 29/1/1998, P. 42 633, e de 14/12/1999, P. 44 269.

⁽³⁹⁾ Ac. do STA (P) de 2/5/2001 (*AD*, n.ºs 476-477, p. 1189).

⁽⁴⁰⁾ Entre tantos, MARCELLO CAETANO, *Manual ...*, p. 637.

⁽⁴¹⁾ Relativamente a outras medidas sancionatórias, o STA já considerou tratar-se de acto administrativo a *suspensão* de uma concessão de uso privativo do domínio público por violação do respectivo regulamento (Ac. de 26/2/1998, P. 39 046), a *revogação do alvará* de um concessionário de exploração dominial (Ac. de 19/3/1999, P. 29 829), a reposição de quantias indevidamente recebidas, por incumprimento contratual (por exemplo, Ac. de 23/1/2007, P. 21/03), o mesmo acontecendo, em geral, com as *multas contratuais*, embora nas empreitadas de obras públicas a questão, por motivos processuais, tenha algumas especificidades (Ac. do STA de 15/5/2002, P. 46 106).

do contraente público sobre a execução do contrato que se traduzam” em “ordens, directivas ou instruções no exercício dos poderes de direcção e de fiscalização”, na “modificação unilateral das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato”, na “aplicação das sanções previstas para a inexecução do contrato” e na “resolução unilateral do contrato” (art. 284.º, n.º 2), resolução esta que abrange a resolução-sanção por incumprimento (art. 306.º). Além disto, prevê-se inovatoriamente no art. 285.º (embora em termos que deixam ficar algumas dúvidas) que “as decisões proferidas no exercício dos poderes do contraente público tipificados no presente capítulo”, no capítulo IV, e que não se subsumam no elenco atrás referido “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”, ou seja, quando estiver dito no contrato que o exercício desse poder configura um acto administrativo (embora talvez possa admitir-se que isso também resulte de outras “evidências”, como, por exemplo, a de atribuir à declaração administrativa a natureza de título executivo ou a de remeter o co-contratante para a acção administrativa especial) e desde que isso não contrarie a lei ou a natureza (paritária ou de outra ordem) do contrato em causa – solução esta, do art. 285.º, que não nos parece configurar qualquer excepção ao princípio da legalidade, por isso que se trata de um caso em que há habilitação normativa adequada.

7. A razão de ser da autoridade nos contratos administrativos

Resta dizer que o acto administrativo contratual tem a sua razão de ser no âmbito do contrato administrativo, uma razão prática e de eficiência. É certo que ele representa, de alguma forma, um elemento de distúrbio na lógica do pacto (que se quer paritário, com exclusão de posições

jurídicas de predomínio tão claro como essas que desembocam na prática de um acto administrativo) e no próprio conceito de partes (que apela a contraentes ligados por vínculos contratuais subjectivos, num esquema relacional de direitos e obrigações, não de poderes públicos e correspondentes sujeições). Homogeneidade na estrutura contratual, portanto, não heterogeneidade, é o que propõem alguns Autores.

O problema é que, se a lógica do pacto pede isso, a lógica da função administrativa reclama ou justifica, em alguns casos, precisamente o contrário. A premissa que se impõe fixar é por isso a seguinte: a “contratualização” do interesse público ou da função administrativa altera a sua substância, torna-a em algo de diferente, menos digna ou carente da protecção jurídica que lhe é dada em geral? Se se entender, como nós, que a prossecução do interesse público por via contratual merece e carece da sanção que, por via de regra, lhe é atribuída extracontratualmente, então parece justificável e compreensível uma Administração contratante titular de poderes públicos de autoridade. É que o acto administrativo não configura uma abstracção derivada dos postulados da soberania, fundando-se antes em razões e preocupações bem palpáveis e práticas de quem cuida da coisa pública (por isso que ele representa, como dizia ORLANDO CARVALHO, uma derivação do “princípio da *urgência* do interesse público”) e constitui um modo eficiente da realização da vontade contratual da Administração, que se pressupõe corresponder à vontade da colectividade.

Para assegurar a prevalência contratual do interesse público ou da função administrativa não é necessário, longe disso, que a Administração

transporte para a relação contratual a sua condição geral de *potentior persona*, como sucede em Espanha. Mas a actuação por acto administrativo deve existir (e estar legalmente prevista) para assegurar a *permanente e eficaz disponibilidade administrativa do interesse público contratualizado* (é para isso que servem os poderes de modificação unilateral, de direcção, de rescisão-sancionatória e de rescisão por imperativo de interesse público) e, embora aqui a questão não se coloque num plano tão fundamental, mas ainda assim útil e justificado, nas garantias secundárias ou instrumentais de *supervisão e controlo* (poder de direcção) e de *contínua compulsão* (em regra, por via das multas contratuais ou similares), rapidamente efectiváveis. É essa a razão de ser da autoridade no contrato administrativo.

E o co-contratante, no meio disto tudo? Não se discutindo que a sua posição saia juridicamente enfraquecida, a verdade é que, em princípio, ele será um empresário, que contrata na expectativa legítima de obter um lucro. Não é a prossecução do interesse público que directamente o motiva: o que o move, natural e compreensivelmente, é a expectativa de ganho. Se é assim, então a intangibilidade da *cláusula de remuneração* (e similares) e a obrigatoriedade inafastável da *reposição do equilíbrio financeiro do contrato*, quando seja afectado por acto do contratante público, garantem uma adequada protecção dos seus interesses patrimoniais, permitindo que também aqui se possa falar num equilíbrio harmonioso entre a prossecução do interesse público e o respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares, que é, afinal, como o leitor bem sabe, aquilo que define o Direito Administrativo.

RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA