

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA



A DECLARAÇÃO ADMINISTRATIVA DE INVALIDADE DOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS

DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELO PROFESSOR DOUTOR
PAULO OTERO

JOÃO SEQUEIRA SENA

MESTRADO EM DIREITO

MENÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS, ESPECIALIDADE DE DIREITO
ADMINISTRATIVO

JUNHO 2018

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação merece a minha gratidão pelos vários contributos que ajudaram à sua feitura.

A primeira nota de gratidão vai endereçada para o Senhor Professor Paulo Otero, a quem coube a orientação desta investigação. Este agradecimento é feito a dois níveis: em primeiro lugar, pela total e imediata disponibilidade com que se prontificou para todas as reuniões a respeito da tese e pelas valiosíssimas sugestões que generosamente me forneceu. Em segundo lugar, por ter sido o grande responsável pelo meu interesse na área do Direito Público.

A segunda nota de gratidão dirige-se à *Cuatrecasas, Gonçalves Pereira*, que me proporcionou, não apenas o tempo generoso para que conseguisse concluir a presente dissertação, mas, igualmente, permitiu o meu feliz contacto com a advocacia de Direito Público. Em especial, o meu cumprimento vai para o Dr. Duarte Abecasis e para o Prof. Lourenço Vilhena de Freitas.

Um agradecimento significativo é aqui, também, dirigido a todos os amigos que me forneceram pistas de investigação e que pacientemente escutaram as minhas alegações sobre o tema.

RESUMO

A presente investigação pretende, acima de qualquer outro fim, reflectir sobre os alicerces teóricos da solução legal que postula a impossibilidade de a Administração poder invalidar unilateralmente os contratos que celebra e que se encontra expressa no número 1 do artigo 307.º do CCP. O problema fundamental que se discutirá é, no essencial, o de saber o que subjaz à regra que impede a Administração de invalidar, unilateralmente e sem recurso ao acordo do co-contratante ou ao poder judicial, os contratos administrativos em que figura como parte. Tradicionalmente, têm sido apontadas diversas justificações para a aceitação desta solução, como sejam razões históricas, a bilateralidade do contrato, a boa-fé ou a reserva de jurisdição. Após a análise da conveniência de cada um destes fundamentos, verifica-se que os mesmos revelam fragilidades e poderão abrir caminho a fundamentos que advoguem uma solução contrária

Propomo-nos, ainda, a abordar as consequências da emissão de uma declaração administrativa de invalidade de um contrato administrativo, nomeadamente sobre o alcance que a norma do artigo 307.º do CCP pode oferecer nesta matéria, nomeadamente quando exista uma concordância do co-contratante quanto a essa declaração administrativa.

ABSTRACT

The present investigation intends, above all other purposes, to reflect on the theoretical foundations of the legal solution that postulates the impossibility of the Administration being able to unilaterally invalidate the contracts that it celebrates and which is expressed in number 1 of article 307 of the PCC. The basic problem which will be discussed is essentially the question of what underlies the rule which prevents the Administration from unilaterally and without recourse to the agreement of the contracting party or the judiciary invalidating the administrative contracts in which it appears as a party. Traditionally, several justifications have been pointed out for the

acceptance of this solution, such as historical reasons, the bilateralism of the contract, good faith or reservation of jurisdiction. After analyzing the appropriateness of each of these grounds, it appears that they reveal weaknesses and may pave the way for grounds that advocate a counter-solution

We also propose to address the consequences of issuing an administrative declaration of invalidity of an administrative contract, in particular on the extent to which the provision of Article 307 of the CCP can provide in this regard.

PALAVRAS-CHAVE:

CONTRATO ADMINISTRATIVO – INVALIDADE – ACTO ADMINISTRATIVO CONTRATUAL
– DECLARAÇÃO ADMINISTRATIVA DE INVALIDADE – PODERES DE CONFORMAÇÃO DA
RELAÇÃO CONTRATUAL

KEYWORDS:

ADMINISTRATIVE CONTRACT – INVALIDITY – CONTRACTUAL ADMINISTRATIVE ACT –
ADMINISTRATIVE INVALIDITY DECLARATION – CONTRACTUAL RELATION SHAPING
POWERS

SIGLAS E ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CCP – Código dos Contratos Públicos

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPC – Código de Processo Civil

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CRP – Constituição da República Portuguesa

ETAF – Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TCAN – Tribunal Central Administrativo Norte

TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

ÍNDICE

PARTE I – INTRODUÇÃO

1. Delimitação do objecto da investigação.....	12
2. Problemática.....	13
3. Sequência.....	14

PARTE II – COORDENADAS DOGMÁTICAS

Capítulo I - A declaração administrativa contratual

1. Introdução. A declaração.....	15
2. A relação jurídica contratual administrativa e os poderes de conformação da relação contratual.....	17
3. Tipologias.....	22
3.1. A declaração de vontade.....	22
3.2. Declaração negocial.....	23
3.3. Acto opinativo.....	27

Capítulo II – A invalidade do contrato administrativo.

1. A invalidade no âmbito da contrariedade ao Direito. Distinção de conceitos afins.....	29
2. A invalidade quanto ao momento do vício.....	39
2.1. A invalidade decorrente de vícios do procedimento.....	40
2.2. A invalidade decorrente do próprio contrato.....	59
3. Regime da invalidade.....	65

3.1.O novo critério definidor do regime da invalidade dos contratos administrativos.....	65
3.2.O regime da invalidade dos contratos sobre o exercício de poderes públicos.....	73
3.3.A redução e a conversão.....	81

Capítulo III – Perspectiva histórica e de Direito Comparado

1. No Direito Português.....	85
1.1.O percurso histórico.....	85
1.2.A solução actual. O Código dos Contratos Públicos.....	93
2. No Direito Comparado.....	97
2.1. Espanha.....	97
2.2.França.....	104
2.3. Itália.....	107
2.4. Alemanha.....	111

PARTE III – A DECLARAÇÃO ADMINISTRATIVA COM A CONCORDÂNCIA DO PARTICULAR

Capítulo I – A declaração com iniciativa na Administração e com a concordância do particular

1. A declaração prevista no número 1 do artigo 307.º do CCP.....	114
2. A aceitação do co-contratante. Natureza jurídica.....	120

2.1.A aceitação do co-contratante como requisito de eficácia.....	120
2.2.A aceitação do co-contratante como co constitutiva.....	129
3. O acordo sobre a invalidação contratual.....	135

PARTE IV – A DECLARAÇÃO ADMINISTRATIVA SEM A CONCORDÂNCIA DO PARTICULAR

Capítulo I – A natureza jurídica do poder subjacente à declaração administrativa de invalidade contratual

1. O acto administrativo contratual.....	138
1.1.Conceito e regime.....	139
1.2.A autotutela executiva dos actos administrativos contratuais.....	145
1.3.Cláusulas exorbitantes.....	149
2. O Direito Potestativo.....	153
2.1.Conceito, estrutura e tipologias.....	153
2.2.Os direitos potestativos no contrato administrativo.....	159
2.2.1. O elenco do artigo 302.º do CCP.....	159
2.2.2. Os restantes poderes contratuais.....	162
3. Os critérios de distinção.....	172
3.1.A tese unitária.....	172
3.2.O critério do conteúdo do poder.....	173
3.3.O critério da fonte de direito violada.....	173
3.4.O critério da fonte dos poderes.....	174
3.5.A tese mista.....	175
3.6.Posição adoptada.....	177

Capítulo II – A solução do legislador

1. A solução do Código dos Contratos Públicos e do Código do Procedimento Administrativo.....	179
2. Os fundamentos que subjazem à certeza verificada.....	182
2.1. Fundamento histórico.....	182
2.2. Bilateralidade.....	185
2.2.1. O contrato.....	185
2.2.2. O <i>ground zero</i> : a unilateralidade.....	186
2.2.3. O contributo do Direito Civil.....	190
2.2.4. A bilateralidade enquanto (pseudo) obstáculo.....	192
2.3. Abuso de Direito.....	194
2.3.1. A Boa-Fé em Direito Administrativo.....	195
2.3.2. <i>Tu Quoque</i>	197
2.3.3. <i>Venire Contra Factum Proprium</i>	200
2.4. Separação de Poderes.....	202
2.4.1. Função Jurisdicional e Função Administrativa.....	203
2.4.2. Reserva Jurisdicional.....	210
2.4.3. A anulação administrativa do contrato administrativo.....	217

Capítulo III – A solução alternativa. Fundamentos que subjazem à solução a verificar

1. Paralelismo com o acto administrativo e a vinculação ao Princípio da legalidade.....	230
2. O regime da invalidade derivada do contrato administrativo.....	232
3. Paralelismo com os poderes de conformação da relação contratual.....	234

4. As recomendações do Tribunal de Contas.....	236
--	-----

Capítulo IV - Operatividade da solução a verificar

1. Delimitação do âmbito da validade “ <i>disponível</i> ”.....	238
2. Meios de reacção contenciosa do co-contratante.....	240

PARTE V - CONCLUSÕES

PARTE I

-

INTRODUÇÃO

1. Delimitação do objecto da investigação

A investigação que suporta o presente trabalho pretende, acima de qualquer outro fim, reflectir sobre os alicerces teóricos de uma solução legal: *aquela que postula a impossibilidade de a Administração poder invalidar unilateralmente os contratos que celebra*. Esta norma, contida no número 1 do artigo 307.º do CCP é, no espectro dogmático ainda em desenvolvimento da contratação pública, aceite por todos e tida como incontestável.

Procura-se tentar uma desconstrução das bases desta univocidade legislativa, doutrinária e jurisprudencial, na tentativa de abalar o consenso em torno da referida solução, que elevamos a objecto principal de todas as nossas futuras considerações.

A temática da invalidade do contrato administrativo e dos poderes de conformação contratual do contrato administrativo será o pano de fundo da presente investigação. É no âmbito da delimitação do que a Administração pode dispor do contrato que surge a questão da validade, tratada pela Doutrina a par com a interpretação contratual e com os conhecidos problemas da execução contratual. No entanto, o tema da presente investigação não visa discorrer em torno da discussão sobre o acto administrativo contratual e da sua distinção com o acto meramente negocial. Este último tema apenas será tratado de um ponto de vista acessório, por se colocar quase sempre ao nível da execução contratual. Não obstante, este surgirá sempre que o produto dessa discussão se revelar útil.

Propomo-nos, ainda, a abordar as consequências da emissão de uma declaração administrativa de invalidade de um contrato administrativo, nomeadamente sobre o

alcance que a norma do artigo 307.º do CCP pode oferecer nesta matéria, nomeadamente quando exista uma concordância do co-contratante quanto a essa declaração administrativa.

Face ao *supra* identificado fito principal deste escrito, o campo de actuação do nosso percurso argumentativo deter-se-á nos terrenos da figura do contrato administrativo. Não obstante, sempre que a investigação o requerer, se transmutar de temática para de lá extrair o que de relevante se apresenta para o problema que ora nos ocupa. Existirá, portanto, um objecto de estudo transversal ao Direito Administrativo e, até, com passagem pelo próprio Direito Civil.

2. Problemática

O grande móbil não é o de analisar, em jeito descritivo, o regime legal positivo da matéria acabada de delimitar. Esse esforço, como se demonstrará, não seria frutífero. Optou-se por uma metodologia de investigação que procurará perscrutar o sentido do que se encontra já positivado, tentando questioná-lo e encetar o espinhoso caminho de desaparelhar a harmonia prevalecente.

O problema fundamental que se discutirá é, no essencial, o de saber o que subjaz à regra que impede a Administração de invalidar, unilateralmente e sem recurso ao acordo do co-contratante ou ao poder judicial, os contratos administrativos em que figura como parte. O tema que se apresenta tem tanto mais interesse quando se constata que existe um consenso firme sobre a bondade e a correcção teóricas desta opção. Procurar-se-á, portanto, perceber quais são os fundamentos que se revelarão como o suporte teórico da norma que nos propomos analisar. E iremos expô-los para explorar o seu potencial legitimador e fundante.

A questão encerrar-se-ia imediatamente se esses fundamentos representassem premissas válidas para a respectiva conclusão. Mas assim não sucede, uma vez que

esses fundamentos revelam alguma fragilidade e poderão abrir caminho a outros fundamentos hábeis a justificar uma solução contrária. Pelo que, parte relevante da investigação é investida no sentido de tentar operar uma reconstrução deste subsistema, renovando as suas coordenadas dogmáticas.

3. Sequência

O tema será tratado em três momentos fundamentais, divididos por três partes.

Um primeiro momento é relativo às coordenadas dogmáticas da investigação, que servirá o propósito de tratar com detalhe, a figura da declaração e a invalidade do contrato administrativo. Igualmente, procurar-se-á apresentar uma perspectiva histórica e de Direito Comparado.

Um segundo momento é dedicado a explorar a declaração administrativa de invalidade do contrato administrativo quando exista uma concordância por parte do co-contratante num contrato administrativo. Ou seja, quando essa declaração não é perspectivada de forma unilateral, mas conta com a aceitação do seu destinatário.

Um terceiro momento, dedicado à declaração unilateral sobre a invalidade do contrato administrativo, onde se procurará entender quais os fundamentos subjacentes à solução legal positiva da não invalidação unilateral do contrato administrativo e se procurará adiantar alguns fundamentos alternativos que poderão fundar uma solução diversa. Igualmente, procurar-se-á detalhar as figuras do acto administrativo contractual e do direito potestativo, de cuja boa compreensão se revelará útil para a boa compreensão da problemática principal.

PARTE II

—

COORDENADAS DOGMÁTICAS

Capítulo I - A declaração administrativa contratual

1. Introdução. A declaração

Encontrando-se o tema da presente investigação subordinado à análise da declaração administrativa de invalidade dos contratos administrativos, impera sobre o investigador o ónus de introduzir e abordar a figura da *declaração*.

Entendemos a *declaração* como o substrato que enforma a actuação que aqui se pretende estudar. É a palpabilidade através da qual uma determinada posição jurídica é exercida por um sujeito jurídico.

O exame do conceito de *declaração* terá de beneficiar da compreensão de um ponto prévio, que coloca numa perspectiva distinta a declaração e a posição jurídica que a habilita e que lhe está na origem. Com efeito, a declaração não se confunde com a posição jurídica que permite que a mesma seja produzida. Ela é, por assim dizer, o produto dessa posição, ganhando autonomia e configurando um *corpus* próprio, assim que exista.

Essa posição jurídica não se identifica apenas com um determinado poder habilitante da produção de efeitos ablativos – o que ocorrerá, por exemplo, com o poder potestativo ou com algumas configurações de poder público de autoridade - mas poderá também resultar de uma permissão geral de actuação, ao abrigo de Princípios gerais de Direito, como sucede com a mera declaração negocial, no âmbito da formação de negócios jurídicos.

Perante uma situação de invalidade contratual – que é, por si, um dos objectos principais da presente tese -, e a disponibilidade que a Administração e o co-contratante têm para agir perante a mesma, torna-se necessário entender qual forma que vai assumir a sua actuação.

O mesmo é dizer que importa perceber quais os efeitos jurídicos que essa actuação vai implicar perante a invalidade contratual. Enquanto forma de exteriorização e de actuação jurídica, a declaração assume também um importante significado jurídico na medida em que o tipo de declaração em causa irá determinar o alcance dos efeitos jurídicos produzidos.

Com efeito, e a respeito da particular discussão que se irá travar mais adiante no presente trabalho, a diferença entre o tipo de declaração faz-se notar, por exemplo, na discussão em torno da qualificação dos poderes de conformação da relação contratual no âmbito do contrato administrativo, a saber, entre uma actuação por via de uma mera declaração negocial ou por via de uma declaração de vontade e a actuação por via de um acto administrativo.

Assim, entendemos por *declaração* uma figura ampla o suficiente para englobar, com conforto conceptual, a figura do acto administrativo, na medida em que esta última figura é, também, uma manifestação, que é exteriorizada e declarada, de um determinado poder público de autoridade, constituindo o momento corpóreo do seu exercício.

Para a boa compreensão dos exactos termos desta problemática, importa precisar o contexto jurídico e dogmático onde opera o problema da declaração administrativa de invalidade dos contratos administrativos.

2. A relação jurídica contratual administrativa e os poderes de conformação da relação contratual

A relação jurídica administrativa contratual é uma realidade singular, que se estabelece entre as partes do contrato administrativo: o contraente público e o contraente particular, ou co-contratante¹. O fundamento desta afirmação passa pela constatação de um determinado regime jurídico que lhe é próprio e que lhe empresta a tal singularidade, capaz de singrar uma verdadeira autonomia substantiva do contrato administrativo.

Essa autonomia surge precisamente por isso, por investir as partes numa relação jurídica diversa daquela que resulta para os contraentes que se comprometem no domínio do Direito Privado². Uma relação em que um factor (o factor administrativo ou de interesse público) introduz uma modulação contratual específica³. Esta autonomização verifica-se num plano substantivo e não num plano procedimental ou processual. Substantivo porquanto respeitante ao regime jurídico, e não ao modo de formação ou ao enquadramento contencioso. Esta autonomia, sim, é verdadeiramente indispensável para conferir ao contrato administrativo um lugar entre os demais institutos do “*Direito Administrativo do nosso tempo*”⁴.

Como bem nota RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, tal não implica que não haja lugar a um Direito comum da contratação pública, aplicável a todos os contratos da Administração, pois ele existe, nem implica que o contrato administrativo nada deva ao de Direito Privado, porque lhe deve muito⁵. Não apenas em aspectos fundamentais (como o

¹ Estamos a referir-nos ao modelo mais comum de configuração de partes no contrato administrativo. Mas casos existem em que poderemos ter contratos administrativos com duas entidades públicas, os chamados contratos interadministrativos; e, até, contratos administrativos entre duas entidades privadas, desde que sejam qualificadas como contraentes públicos para efeitos do artigo 3.º do CCP que, recorde-se, se basta com o exercício de funções materialmente administrativas, conforme dispõe do seu número 2.

² Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, Almedina, 1997, p. 806.

³ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Acto Administrativo Contratual*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 63, Maio/Junho 2007, p. 3.

⁴ A expressão pertence a PEDRO GONÇALVES, no seu *O Contrato Administrativo. Uma Instituição de Direito Administrativo do nosso Tempo*, Almedina, 2003.

⁵ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Acto Administrativo Contratual*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 63, Maio/Junho 2007, p. 3.

sentido e as consequências básicas da consensualidade), mas também em aspectos ligados ao desenrolar (normal ou patológico) da relação constituída, havendo que se lançar mão, naquilo que não estiver regulado, do regime geral do Direito Civil⁶. Mas se a base é comum, não faltam especificidades, ali colocadas em obediência a um instrumento que ainda se encontra votado à prossecução do interesse público.

Faz-se, notar, assim, uma tensão presente na configuração do regime do contrato administrativo, entre uma lógica de pacto e uma lógica de função.

Diz-nos a lógica da função que a Administração tem de prosseguir o interesse público e que, apesar de recorrer ao contrato, este é ainda um instrumento de realização desse interesse público. A Administração, apesar de precisar de outra parte⁷ para prosseguir determinado fim, e de isso resultar numa relevância de um interesse e de uma posição jurídica privadas, não pode estar de tal forma amarrada ao contrato, ao ponto de este representar um entrave intolerável à melhor prossecução desse fim. Se tal acontecesse, assistir-se-ia a uma inversão de toda a lógica do Direito Público, pela prevalência do privado face ao público⁸.

Mas o contrato administrativo é ainda um contrato. A relação jurídica em análise surge voluntariamente, criada pelo acordo das partes do contrato administrativo. Nesse acordo de vontades, fixam-se direitos e deveres recíprocos para cada um dos contraentes, o que faz desse episódio consensual um *iter* constitutivo e conformador do contrato⁹. Tudo isto é a base onde se joga e onde opera a relação jurídica administrativa contratual. É nisto que consiste, em magras palavras, a lógica do pacto, que actua como campo magnético no mencionado binómio.

⁶ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Acto Administrativo Contratual*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 63, Maio/Junho 2007, p. 3.

⁷ *Maxime* nos contratos de colaboração.

⁸ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo, Uma Instituição do nosso Tempo*, Almedina, 2003, p. 104. O Professor de Coimbra sustenta, no entanto, que esta lógica da função só será imposta nos contratos com objecto público: poder público, domínio público e serviço público. Fá-lo apelando a uma ideia de indisponibilidade deste objecto, razão por que o ordenamento não poderá abdicar de determinadas posições de supremacia conferidas à Administração.

⁹ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Acto Administrativo Contratual*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 63, Maio/Junho 2007, p. 4.

Ora, o regime que daí resulta é o tão apelidado *regime substantivo de direito público*, a que fica submetido o contrato administrativo¹⁰, epígrafe da Parte III do CCP, cujos poderes de conformação contratual são marca icónica. Este regime é, portanto, marcado pela conjugação da tal dualidade: autoridade e supremacia da Administração por um lado e consensualidade e pacto, por outro¹¹.

Como expressão da vertente publicista do binómio *supra* descrito, temos os denominados poderes de conformação da relação contratual, atribuídos por lei ao contraente público para que o mesmo possa moldar certos aspectos contratuais à sua interpretação do interesse público a prosseguir com a actividade contratual administrativa. Prevêem-se, a este respeito, poderes como os de direcção, de fiscalização, de sanção, de resolução por interesse público, de modificação unilateral, entre outros.

Neste contexto, surge uma discussão autónoma, devidamente tratada *infra*, a respeito da qualificação destes poderes de conformação da relação contratual, a cargo da Administração. Em suma, discute-se se a exteriorização desses poderes, leia-se, a declaração emanada pela Administração que formaliza o seu exercício, assume natureza de uma **declaração de vontade** ou de **acto administrativo**.

Sendo o acto administrativo a forma de actuação mais comumente estudada e praticadas no Direito Administrativo, espanta, numa primeira leitura, o destaque atribuído nesta sede à figura, mais estranha, da declaração negocial.

A figura da declaração negocial surge, assim, associada ao exercício de determinadas posições jurídicas no âmbito de um contrato administrativo, a propósito da problemática da qualificação das pronúncias contratuais do contraente público. Nesta sede, a discussão orbita em torno do confronto entre a figura do acto administrativo e da declaração de vontade negocial, enquanto manifestações de poderes contratuais da

¹⁰ A que o nosso Código também não é indiferente, ao epigrafar a sua Parte III com a expressão “*Regime substantivo dos contratos administrativos*”, que o artigo 278.º do CCP inicia.

¹¹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, O Contrato Administrativo. *Uma Instituição de Direito Administrativo do nosso Tempo*, Almedina, 2003, p. 101.

Administração. Quanto às pronúncias em relação às quais não se faz merecer a qualificação de acto administrativo, têm a Doutrina e a Jurisprudência entendido que se tratarão de meras declarações de vontade, que têm por base não já um poder público de autoridade mas um “mero” poder potestativo.

Evocando a estruturação de RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA¹², temos, então, duas realidades, ou dois grupos de realidades, que se contrapõem¹³: acto administrativo e direito potestativo. No entanto, e como bem avisa o Autor, estas duas figuras não se estabelecem no mesmo plano de análise. Na verdade, e em favor do rigor teórico, estão em falta duas outras realidades. O acto administrativo é apenas o resultado do exercício de um poder público, o “(...) *produto de uma habilitação normativa para o exercício de um poder público de autoridade* (...)”¹⁴. O direito potestativo, por outro lado, é ainda esse poder, situado, cronologicamente, num momento anterior, no mesmo espaço metodológico do poder de autoridade. O momento dinâmico, de actuação, de exercício, é protagonizado pelo acto negocial, pelo que podemos designar como declaração de vontade.

Sumariando, temos dois campos materiais, cada qual com dois momentos autónomos. Do flanco público, temos como fundamento de actuação o *poder público de autoridade* que, ao ser exercido, redundará na prática de um acto administrativo. Do lado Privado, temos o *direito potestativo* a ocupar esse momento anterior, estático, e a declaração de vontade como momento dinâmico, ou, se quisermos, como palpabilidade desse poder anterior.

Esta forma de dissecar e compreender o problema é rigorosa e correcta, mas terá de ser enquadrada dogmaticamente de uma perspectiva estrita. Com efeito, a Doutrina tem-se socorrido da figura da declaração de vontade (ou melhor (pior), da

¹² Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Acto Administrativo Contratual*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 63, Maio/Junho 2007, p. 5, nota de pé de página número 7.

¹³ Estas duas realidades não esgotam o leque de situações jurídicas presentes no contrato administrativo, de modo que nem sempre se contrapõem no contrato administrativo.

¹⁴ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Acto Administrativo Contratual*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 63, Maio/Junho 2007, p. 5, nota de pé de página número 7.

declaração negocial) como forma de acolher o substrato da actuação pela via de um direito potestativo, em oposição às figuras do acto administrativo e do poder potestativo. Mas a figura da declaração de vontade pode assumir um alcance mais lato do que aquele que lhe é reservado pela literatura jurídica dos poderes de conformação contratual.

Assim, não será errado afirmar que, num sentido mais lato de declaração de vontade, esta não possa, também, abranger actos administrativos. Na medida em que estes também se poderão considerar declarações de vontade administrativas. No entanto, este alcance poderá encontrar dificuldades em campos onde a actuação administrativa se revele vinculada e sem margem de discricionariedade, o que retiraria relevo ao papel da vontade no seio da dita actuação.

A natureza do sujeito e da relação jurídica não é unívoca e pode assumir diversas particularidades e atributos, que a colocam ora no campo do Direito Privado, ora no campo do Direito Público, de modo a poder afirmar-se que nem todas as declarações de vontade são idênticas.

Portanto, e por tudo isso, avocamos a figura da *declaração administrativa* como objecto primacial desta investigação, enquanto figura jurídica capaz de abranger não apenas a actuação com fundamento num direito potestativo da Administração, mas também com fundamento num poder público de autoridade.

Por outro lado, o *nomens - declaração administrativa* – tem a virtualidade de situar imediatamente a discussão da presente tese no problema da qualificação da pronúncia do contraente público acerca da invalidade do contrato administrativo. Com efeito, e como melhor se verá, é estabelecido pelo legislador do CCP que as pronúncias contratuais da Administração, no contrato administrativo, a respeito da invalidade do contrato, são entendidas como meras *declarações negociais*, sujeitas à concordância do contraente particular. Ora, a este respeito, o tema da pronúncia sobre a

invalidade contratual será em grande parte acerca da análise desta declaração de invalidade, não obstante as considerações laboradas acerca dos fundamentos que sustentam essa solução legal e de eventuais fundamentos de uma solução alternativa.

3. Tipologias

O problema que aqui nos ocupará transporta-nos, pela referência à figura da declaração negocial, associada ao exercício de certos poderes de conformação contratual, para a tipologia das declarações e para o diferente alcance de cada uma delas.

3.1. A declaração de vontade

A figura da declaração de vontade surge, na literatura da especialidade, sempre que se estuda o tema dos poderes de conformação da relação contratual e sempre que se procede ao exercício comparativo entre a actuação ao abrigo de poder público de autoridade e aquela ao abrigo de direito potestativo.

No entanto, e a respeito da natureza jurídica dos poderes de conformação da relação contratual, a declaração de vontade surge amiúde com a designação, de âmbito mais restrito, de *declaração negocial*. Como se explanará adiante, a expressão *declaração negocial* tem um âmbito mais restrito, que não se equipara ao de declaração de vontade ou ao de declaração, em geral.

A declaração de vontade, enquanto produto de uma determinada manifestação de vontade, está naturalisticamente associada a um determinado sujeito de Direito que actua no âmbito de uma concreta relação jurídica. Como bem refere CARVALHO FERNANDES¹⁵, “[e]m sentido próprio, a declaração é o comportamento através do qual se

¹⁵ Cfr. LUÍS ALBERTO CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II*, Universidade Católica Editora, 3.^a Edição, 2001, p. 222.

dá a conhecer a outrem uma certa vontade; tem, pois, um fim de notificação ou comunicação de um certo conteúdo de pensamento”.

Mas o conceito de declaração de vontade não se confunde com o de declaração negocial, podendo abranger actos jurídicos simples que não sejam destinados a uma vontade que almeje a formação de um conteúdo negocial. Com efeito, diversos actos jurídicos unilaterais, não negociais, não deixam de expressar um certo conteúdo de vontade.

3.2. Declaração negocial

A declaração de vontade tem, como se referiu, um alcance mais amplo e extravasante face à mera declaração negocial ou face àquilo que comumente se designa como acto opinativo, ambas associadas ao modo de exercício de um direito potestativo no âmbito da problemática da qualificação do modo de exercício dos poderes de conformação da relação contratual.

No entanto, importa não confundir o conceito de declaração de vontade com algumas figuras afins, e importa também tratar outras figuras e qualificações no espectro da declaração de vontade¹⁶.

Não raras vezes, a problemática concernente à natureza jurídica dos poderes de conformação contratual é tratada apenas do ponto de vista do acto administrativo, o que faz brotar a necessidade de encontrar um referente verbal para tudo aquilo que não surge aos olhos do jurista como acto de autoridade. Esse referente verbal é, amiúde, a expressão “**acto opinativo**” ou “**declaração negocial**”.

¹⁶ Sobre a declaração negocial em Direito Administrativo, vide PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo, Volume I*, Almedina, 2016, pp. 323 e ss.

No entanto, o conceito de declaração negocial e de acto opinativo não se poderão confundir com o de declaração de vontade nem poderão servir, portanto, como referente válido para identificar uma declaração que vise formalizar o exercício de um direito potestativo.

Igualmente, e já a respeito do problema alusivo à qualificação dos poderes de conformação contratual, discordamos, com a devida vénia, que estes termos sejam os mais adequados para qualificar o modo de exercício de um direito potestativo.

Comece-se, então, pela definição de declaração negocial, acompanhando de perto o que na Doutrina civilística tem sido avançado na matéria.

De acordo com a formulação do eminente Professor MANUEL DE ANDRADE, pode definir-se declaração negocial como “(...) *o comportamento de uma pessoa (em regra, palavras escritas ou faladas ou sinais), que, segundo os usos da vida, convenção dos interessados ou até, por vezes, segundo disposição legal, aparece como destinado (directa ou indirectamente) a exteriorizar um certo conteúdo de vontade negocial, ou em todo o caso o revela e traduz*”¹⁷. Desta noção, podemos destacar, facilmente, dois elementos essenciais: um elemento externo, a *declaração*, e um elemento interno, a *vontade negocial*¹⁸.

A declaração, num sentido rigoroso, é o comportamento através do qual se dá a conhecer a outrem certa vontade, com um fim de notificação ou constatação de certo

¹⁷ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II*, Almedina, 1960, p. 122. Desta definição não se afastam as de MOTA PINTO e CARVALHO FERNANDES, respectivamente: “(...) *o comportamento que, exteriormente observado, cria a aparência de exteriorização de um certo conteúdo de vontade negocial como a intenção de realizar certos efeitos práticos, com ânimo de que sejam juridicamente tutelados e vinculantes*”, em CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4.ª Edição, 2012, p. 417; e “(...) *o comportamento de uma pessoa que, objectivamente considerado, vale, em Direito, como exteriorização do conteúdo de certa vontade negocial*”, em LUÍS ALBERTO CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II*, Universidade Católica Editora, 3.ª Edição, 2001, p. 222.

¹⁸ Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4.ª Edição, 2012, p. 422.

pensamento¹⁹. Este componente formal é especialmente elucidativo se nos recordarmos dos binómios poder de autoridade/ poder potestativo e acto administrativo/ declaração negocial.

A vontade negocial constitui o sub elemento mais complexo²⁰. É aquela dirigida a “(...) *efeitos práticos (...) com a intenção de que esses efeitos sejam juridicamente tutelados e vinculantes*”²¹.

O decisivo, nesta sede, é entender o concreto alcance da expressão *vontade negocial*, e saber se esta apenas se reporta a uma exteriorização relativa a um negócio jurídico ou se pode servir para definir um comportamento que exteriorize uma vontade relativa ao exercício de um direito, *maxime*: um direito potestativo que, como se viu, é exercido por meio de uma declaração.

Existem várias pistas que nos indicam um caminho que revela a impropriedade do conceito para o exercício de um direito potestativo. Em primeiro lugar, e se se consultar a Doutrina nacional que se ocupa do estudo do direito potestativo, a expressão em que tais Juristas se louvam para se referirem à forma de exercício do direito em questão é a de “*declaração de vontade*”, “*manifestação de vontade*”²² ou “*acto de livre vontade*”²³, e não a de declaração negocial. Em segundo lugar, essa mesma literatura trata o tema da declaração negocial a propósito do negócio jurídico e quase sempre no seu contexto. Por último, o próprio Código Civil regula a matéria relativa à declaração negocial no Capítulo I do Subtítulo III²⁴, este último concernente aos factos jurídicos e aqueloutro dedicado ao negócio jurídico.

¹⁹ Cfr. LUÍS ALBERTO CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II*, Universidade Católica Editora, 3.ª Edição, 2001, p. 222.

²⁰ Para um olhar mais aturado, nomeadamente sobre as suas três modalidades, que não cabe replicar aqui, vide: MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II*, Almedina, 1960, p. 125 e ss.

²¹ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II*, Almedina, 1960, p. 122.

²² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I. Parte Geral, Tomo I*, Almedina, 1999, p. 129; e LUÍS ALBERTO CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II*, Universidade Católica Editora, 3.ª Edição, 2001, p. 552.

²³ Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4.ª Edição, 2012, p. 183.

²⁴ Do Título II do Livro I. A Secção dedicada à declaração negocial inicia-se com o artigo 217.º do CC.

Mas, por outro lado, e talvez de índole mais decisiva, as definições apresentadas pela Doutrina permitem que se possa extrapolar do âmbito da proposta negocial para constituição de negócio jurídico. O termo “*negocial*” terá de ser lido como relativo a certo negócio jurídico ou, até, como mero produto da vontade que, aqui, coincidirá com o termo “*negócio*”. Não se poderá tratar a declaração assente no exercício do direito potestativo como uma simples execução ou actuação da vontade²⁵, mas como uma declaração de vontade em sentido estrito, aquela em que “(...) *o comportamento do declarante aparece como endereçado a exteriorizar (...) um certo conteúdo de vontade negocial*”²⁶. Exemplos deste tipo de declarações, ou seja, de próprias declarações de vontade negocial são, portanto, o testamento, a proposta e a aceitação de um contrato, a revogação ou renúncia de um mandato, a denúncia de um contrato, etc.²⁷.

Deste elenco, nem todas as declarações formalizam o exercício de um direito potestativo. Apenas a aceitação da proposta e a denúncia do contrato. Voltando à matéria dos poderes de conformação da relação contratual, podemos concluir com facilidade que o poder de resolução unilateral, que se assemelha com o da denúncia, terá a forma de uma declaração de vontade, assim entendida. Raciocínio estendido, em idênticos moldes, para o poder de modificação unilateral, pois também este se refere ao contrato possui, portanto, um conteúdo negocial. Mas será assim para os restantes direitos potestativos? Será, por exemplo, o poder de direcção exteriorizado através de uma declaração negocial? O que se pergunta de forma concreta pode ser abstraído e dirigido para a pergunta, mais geral, de saber se todos os direitos potestativos podem ser exercidos por meio de declarações negociais.

Em nosso entender, não nos parece, daí que seja preferível utilizar o termo *declaração de vontade*, mais amplo e, portanto, mais seguro, mas ainda rigoroso o bastante para servir para qualificar semelhante actuação.

²⁵ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II*, Almedina, 1960, pp. 123 e ss.

²⁶ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II*, Almedina, 1960, p. 123.

²⁷ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II*, Almedina, 1960, p. 123.

Quando o legislador se refere à declaração negocial, no número 1 do artigo 307.º do CCP, fá-lo a propósito de declarações referentes à invalidade ou à interpretação contratual. Aí, utiliza-se o termo “*declaração negocial*” não para espelhar o contraste com o acto administrativo, que o legislador não admite que possa ser praticado a respeito da invalidade e da interpretação contratual, como também para referir que as declarações do contraente público, a esse respeito, apenas poderão servir como eventuais propostas negociais de um eventual contrato a constituir com o contraente particular, a respeito de uma invalidade contratual ou da interpretação de uma determinada cláusula contratual.

O que também explica a expressão legal referente ao “*acordo do co-contratante*”, contida na referida norma do número 1 do artigo 307.º do CCP. Ou seja, para que uma das partes, em matéria de invalidade e de interpretação contratual, possa gerar efeitos jurídicos sem recurso ao poder jurisdicional, será necessário que o faça com o acordo da outra parte, pelo que uma declaração unilateral, por si, valerá como mera declaração negocial.

3.3. Acto opinativo

Alguns Autores utilizam a expressão “*acto opinativo*” no âmbito da qualificação do modo de exercício de alguns poderes de conformação da relação contratual do contrato administrativo.

No entanto, a expressão “*acto opinativo*” apenas revela o seu sentido correcto no âmbito das matérias relativas à interpretação e validade do contrato administrativo, onde por força do número 1 do artigo 307.º do CCP, se estabelece que as pronúncias do contraente público são meras declarações negociais. Aí, pode ser utilizada e manter a sua correcção, nos casos em que a declaração administrativa se não consubstanciar numa proposta negocial. Fora de tal perímetro, fica desprovida de pertinência, uma

vez que certo tipo de poderes (incluindo poderes de conformação da relação contratual), ao serem exercidos, produzem efeitos constitutivos e não meramente declarativos, originando verdadeiras transformações na ordem jurídica.

Com efeito, um acto tendente a exteriorizar o exercício de um direito potestativo nunca poderá ser um “*acto opinativo*”. Apesar de transportar, sempre, uma determinada interpretação dos pressupostos constitutivos e de actuação do seu poder, os efeitos decorrentes do exercício de um direito potestativo produzem uma alteração da ordem jurídica, enquanto que os efeitos produzidos por um “*acto opinativo*” não têm essa virtualidade, tratando-se de uma mera pronúncia declarativa.

Capítulo II – A invalidade do contrato administrativo

1. A invalidade no âmbito da contrariedade ao Direito. Distinção de conceitos afins

O objecto da presente investigação é a *declaração administrativa de invalidade dos contratos administrativos*. A opção pela figura da invalidade contratual pressupõe um distanciamento terminológico em relação a outras figuras que orbitam o âmbito da ilegalidade e da ilicitude em geral. Importa, por isso, proceder à arrumação conceptual do que se deverá entender por invalidade e do que deverá merecer outra qualificação.

Não se pretende incorporar uma dissertação ou investigação aturada sobre os históricos problemas que habitam nestes temas nem, sobre isso, adiantar qualquer tipo de contributo. Pretende-se apenas, sumariamente, contribuir para a rigorosa delimitação do objecto da presente investigação, que se quer cingir apenas à invalidade do contrato administrativo.

A invalidade situa-se, no entanto, num plano mais restrito face a outras formas de anti juridicidade. Com efeito, a ilicitude e a ilegalidade são, para a maior parte da Doutrina, realidades mais amplas que a invalidade²⁸. Sem pretender enveredar pela extensa discussão em torno do âmbito de cada um destes conceitos, dir-se-á que se entende a ilicitude como a contrariedade ao Direito e a ilegalidade como a desconformidade com a lei.

A exacta medida dos referidos conceitos dependerá, em toda a linha, do objecto que se entenda acometer-lhes. Com efeito, se entendermos que a **ilicitude** seria, meramente, a contrariedade ao Direito, seria este um conceito, sem margem para dúvidas,

²⁸ Para uma resenha pormenorizada das diversas correntes doutrinárias, nacionais e estrangeiras, vide IVO MIGUEL BARROSO, *Ilegalidade e Ilicitude na Responsabilidade Civil Extra-Contratual do Estado-Administração*, versão não publicada de relatório do Seminário de Contencioso Administrativo do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano lectivo 2003/2004, pp. 27 e ss.

de âmbito mais lato do que o de ilegalidade que, em valor literal, significaria apenas a contrariedade a uma norma legal imperativa. No entanto, o conceito de ilicitude, muito por força das discussões em torno dos requisitos da responsabilidade civil extracontratual da Administração, tem sido percebido pela Doutrina²⁹, pela Jurisprudência³⁰ e pelo legislador³¹ como exigindo um requisito adicional para a sua verificação, este sendo a lesão de posições jurídico-subjectivas³².

No âmbito da discussão em torno do conceito de ilicitude para efeitos de responsabilidade civil extracontratual administrativa tem também a Doutrina laborado na diferença entre ilegalidades externas (que dizem respeito a aspectos formais do acto jurídico, relativos a competência, formalidades ou forma) e internas (relativas ao conteúdo da actuação jurídica), para efeitos da distinção entre o que seria de considerar ilícito ou apenas ilegal. As ilegalidades ditas formais permitem a prática de um novo acto com idêntico conteúdo, expurgado do vício formal, o que significa que não condicionam o conteúdo lesivo do acto, não sendo, portanto, líquido que a lesividade do

²⁹ Para um panorama doutrinário da discussão e propugnando pela necessidade de se cumular a ilegalidade com a ofensa de interesses juridicamente tutelados, vide TIAGO ANTUNES, Anotação ao n.º 1 do artigo 9.º, in Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência, AAFDL Editora, 2017, pp. 561 e ss.

³⁰ Veja-se, a este respeito, o Acórdão do STA, de 31 de Maio de 2000: “II - A ilegalidade decorrente de vício de forma por falta de fundamentação constitui ilicitude para efeitos do referido D-L n.º 48.051, mas não pode, em regra, servir de suporte ao ressarcimento dos danos causados pela decisão administrativa, por se inserir em círculo de interesses exterior ao horizonte de responsabilização da norma - falta de conexão de ilicitude.”, disponível em www.dgsi.pt.

³¹ A própria Lei Fundamental Portuguesa, no seu artigo 22.º, consagra o Princípio da Responsabilidade dos Poderes Públicos, estabelecendo que “[o] Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, **de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.**” (negrito nosso). Foi, aliás, este o conceito de ilicitude adoptado pelo legislador do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Pessoas Colectivas de Direito Público, consagrado na Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro, onde, no número 1 do artigo 9.º, se dispõe que se consideram “(...) ilícitas as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infrinjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos.”

³² Mesmo que tal seja criticável por certa doutrina, recorrendo ao plano axiológico do Princípio da legalidade e da respectiva exigência de consumpção da ilegalidade em ilicitude. Neste sentido, vide ALEXANDRA LEITÃO, *Duas questões a propósito da responsabilidade extracontratual por (f)actos ilícitos e culposos praticados no exercício da função administrativa: da responsabilidade civil à responsabilidade pública. Ilicitude e presunção de culpa*, p. 10, disponível em www.icjp.pt.

acto lhes seja imputável³³. Ora, na sequência, tem alguma Doutrina entendido que as ilegalidades formais estariam fora do âmbito da ilicitude, recorrendo também, para isso, a um critério de lesividade das posições jurídicas³⁴.

A **legalidade**, por sua vez, inclui, não apenas os actos legislativos, mas a própria Constituição, o Direito Internacional Público e o Direito da União Europeia, original e derivado, e os regulamentos emanados pela própria Administração, com carácter geral e abstracto e eficácia externa³⁵. Corresponderá, na famosa expressão de MAURICE HAURIOU, não apenas à lei estrita mas a todo o *bloco de legalidade*. A percepção da legalidade nestes termos não é, também, exclusiva do Direito Administrativo, na medida em que a Doutrina Civil tem postulado um entendimento amplo do conceito de “lei” no âmbito da interpretação do artigo 280.º do CC³⁶.

A este grupo clássico de padrões normativos de conformidade poder-se-á, numa visão ampla, acrescentar outros. Com efeito, e ainda com carácter regulamentar, poder-se-á afirmar que um contrato substitutivo de regulamento administrativo se poderá eleger a padrão de conformidade dos actos administrativos praticados no âmbito da sua execução. Por outro lado, temos assistido, como bem aponta alguma Doutrina,

³³ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Duas questões a propósito da responsabilidade extracontratual por (factos) ilícitos e culposos praticados no exercício da função administrativa: da responsabilidade civil à responsabilidade pública. Ilicitude e presunção de culpa*, p. 10, disponível em www.icjp.pt.

³⁴ Neste sentido, RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Coimbra, 1992, p. 169 e MARGARIDA CORTEZ, *Responsabilidade Civil da Administração Pública*, in Seminário Permanente de Direito Constitucional e Administrativo, Volume I, Braga, 1999, pp. 72 e ss.

³⁵ Cfr. TIAGO ANTUNES, Anotação ao n.º 1 do artigo 9.º, in *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência*, AAFDL Editora, 2017, pp. 543 e 544.

³⁶ A este respeito, atente-se para o que refere CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA sobre a *supra* citada norma: “Lei tem, neste contexto, o sentido amplo de norma aprovada por órgão estadual ou autárquico com competência normativa, abrangendo, no plano interno, desde a Constituição até à portaria e à postura, passando pela lei e sentido restrito e outras normas elaboradas pela Assembleia da República, pelo Governo, pelas autarquias regionais e locais, e, no plano externo, as convenções internacionais, os tratados e os regulamentos da União Europeia”. Cfr. *Contratos V, Invalidade*, Almedina, 2017, p. 187. Ou no que também refere JORGE MORAIS CARVALHO, a respeito da mesma norma: “Na expressão “contrariedade à lei”, o termo lei é utilizado em sentido amplo, abrangendo qualquer norma jurídica, independentemente da sua natureza. Apesar de a letra se referir apenas a diplomas legais ditados por um órgão com poder legislativo, parece dever entender-se que se inclui qualquer comando imposto pelo direito, independentemente da sua fonte, resultante de norma jurídica dotada de imperatividade.”. Cfr. *Código Civil Anotado*, Coord. Ana Prata, Almedina, 2017, p. 344.

a uma diversificação material da legalidade administrativa e à abundância de normas técnicas, com a conseqüente participação da própria Administração na definição e concretização do sentido vinculativo da respectiva legalidade, o que contribui para uma mutação da noção de padrão de conformidade administrativa e, em conseqüência, da própria legalidade³⁷.

A **invalidade** distingue-se, conceptualmente, da ilicitude e da ilegalidade. Com efeito, a invalidade de um acto poderá, inclusive, não derivar de uma conduta ilícita ou até de uma conduta ilegal^{38/39}.

Não obstante, a opção primordial e regular da ordem jurídica é a de cominar com a invalidade a desconformidade de um determinado acto com uma regra de Direito que o vincula. De acordo com FERREIRA DE ALMEIDA, “[p]assado o limiar da existência (...), o ato que, em abstracto, tenha aptidão para produzir efeitos jurídicos é tendencialmente inválido se violar valores consagrados numa norma legal imperativa.⁴⁰”. Essa desconformidade, se cominada com invalidade, gera uma falência no conteúdo regular do acto jurídico, ferindo-lhe a sua produção de efeitos. Assim, a invalidade implica a não produção total dos efeitos de um acto por força de uma desconformidade jurídica com um determinado padrão de conformidade. O que, aliás, conduz a que alguns Autores qualifiquem, correctamente, a invalidade na categoria da ineficácia em sentido amplo⁴¹.

³⁷ Neste sentido, vide PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, 2003, p. 960.

³⁸ Neste sentido, aponta CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA para o exemplo de actos cuja invalidade deriva da falta de forma legal, dado que “(...) os requisitos de forma são alheios a critérios de ilicitude.”. Igualmente, aponta o Autor para exemplos de invalidade cujo fito não encerra uma sanção da ordem jurídica mas antes a protecção do próprio sujeito praticante do acto inválido, tal como são exemplos as invalidades derivadas das incapacidades do menor, do interdito e do inabilitado ou as invalidades decorrentes da incapacidade accidental e do erro. Cfr. *Invalidade, inexistência e ineficácia*, in *Católica Law Review*, Volume I, n.º 2, Universidade Católica Editora, Maio de 2017, p. 12.

³⁹ Também ROGÉRIO SOARES refere, expressamente, que “[o] conceito de invalidade aparece, portanto, com um âmbito mais limitado que o de ilegalidade, pois este pode dar origem não só aos casos de invalidade como aos de irregularidade.” Cfr. *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Atlantida, 1955, p. 276.

⁴⁰ Cfr. *Invalidade, inexistência e ineficácia*, in *Católica Law Review*, Volume I, n.º 2, Universidade Católica Editora, Maio de 2017, p. 12.

⁴¹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português. I. Parte Geral. Tomo I*, 3.ª Edição, Almedina, 2009, pp. 853 e ss e CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 3.ª Edição, 1996, pp. 605 e ss.

A tipologia da invalidade assume, comumente entre Direito Privado e Direito Público, as categorias de nulidade ou de anulabilidade, com recorrentes referências a terceiras vias, recorrentemente apeladas de *invalidades mistas*, dadas as inúmeras variantes de regimes de invalidades que o ordenamento jurídico tem vindo a admitir e a definir. De forma telegráfica, diz-se nulo um acto cujos efeitos não se produzam imediatamente, desde a sua génese⁴² e anulável aquele cujos efeitos se produzem mas que fica sujeito a que os mesmos sejam retroactivamente desfeitos. As diferenças de regime reflectem-se, igualmente, nos diferentes prazos de arguição, na medida em que a nulidade poderá ser invocada a todo o tempo e a anulabilidade está sujeita a prazo, findo o qual se entende estar o acto sanado.

A invalidade do agir administrativo manifesta uma desconformidade de uma determinada conduta face a um padrão de conformidade vinculativo, em termos de incumprimento dos requisitos impostos pela juridicidade que enforma esse padrão de conformidade⁴³ e que vincula o decisor administrativo. Ora, a invalidade associa a essa manifestação de desconformidade uma consequência jurídica que lhe é característica: a da improdução dos efeitos típicos dessa actuação jurídica administrativa. Na definição impressiva de ROGÉRIO SOARES⁴⁴, “(...) *o conceito de invalidade tem de ser precisado como abrangendo todas aquelas hipóteses em que um acto administrativo, em virtude duma divergência com as normas que o disciplinam com vista à protecção do interesse público, não pode produzir os efeitos a que se destinava, ou não pode produzi-los com carácter estável*”⁴⁵. Com efeito, mesmo o acto anulável, apesar de produtor de efeitos jurídicos, está sujeito, por força da invalidade que o enferma, a ser objecto de uma anulação, judicial ou administrativa, que consumará essa improdução

⁴² Não se pretende aqui abordar a extensa e rica problemática relacionada com os efeitos de facto a que o ordenamento atribui relevância jurídica, relativamente aos actos nulos.

⁴³ Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo, Volume I*, Almedina, 2016, pp. 597 e 598.

⁴⁴ Cfr. *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955, pp. 271 e 272.

⁴⁵ Também em sentido similar, vide o que refere RAQUEL CARVALHO: “A validade de um acto jurídico significa que ele é idóneo a produzir os efeitos jurídicos que o ordenamento lhe comete por terem sido observados os requisitos imperativamente fixados na lei. O que significa a contrario que a invalidade será precisamente a inidoneidade de produção (definitiva ou precariamente, adiante se verá em que circunstâncias) dos efeitos jurídicos por violação de regras imperativas.” Cfr. *As Invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Almedina, 2010, pp. 67 e 68.

de efeitos jurídicos, reconduzindo a situação que este pretendia regular ao seu estado *ex ante*.

A contrariedade à juridicidade pode, no entanto, não originar necessariamente uma invalidade, ou por essa actuação ilícita ser acolhida pela ordem jurídica como justificada, juridificando-a⁴⁶ ou por força de uma opção não invalidante do ordenamento, caso em que se mantém, todavia, a contrariedade ao Direito da actuação. Neste segundo caso, esta opção poderá consubstanciar-se num juízo ponderativo não invalidante^{47/48} ou, por outro lado, por o sistema jurídico entender que a invalidade não se afirma como a consequência jurídica adequada para essa actuação desconforme, caso em que se poderá estar perante uma situação de ineficácia, irregularidade ou inexistência jurídica.

A invalidade não se confunde, também, com a figura da **inexistência**. Desde cedo tem a Doutrina laborado numa autonomização da inexistência de actos jurídicos, consolidando dogmaticamente o sentido jurídico a atribuir pelo ordenamento jurídico ao nada. Não cabe ao presente trabalho averiguar da bondade da autonomização conceptual da inexistência jurídica, cabendo apenas, nesta sede, traçar, com rigor, a distância entre o que alguns Autores apelidam de inexistência jurídica e a invalidade, esta última objecto da nossa tese. A dúvida, tem, em suma, orbitado em torno da justificação conceptual em autonomizar a inexistência jurídica da figura da nulidade e da

⁴⁶ Serão os casos, por exemplo, da desaplicação administrativa de normas legais, do estado de excepção constitucional ou administrativo ou da actividade interna intrasubjectiva. Com os referidos exemplos, PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo, Volume I*, Almedina, 2016, p. 602.

⁴⁷ De que são exemplos o número 5 do artigo 163.º do CPA (a respeito da não produção do efeito anulatório em caso anulabilidade de actos administrativos); o número 2 do artigo 283.º do CCP (a respeito do afastamento do efeito anulatório do contrato administrativo por decisão judicial ou arbitral) e do número 4 do artigo 285.º (também a respeito do afastamento do efeito anulatório por decisão judicial ou arbitral).

⁴⁸ Um outro exemplo deste tipo de cláusulas não invalidantes de actuações *contra legem* é o do número 2 do artigo 283.º do CCP, que regula o regime da invalidade derivada do contrato administrativo. Com efeito, e como se estudará melhor adiante, prevê-se que um contrato administrativo só será inválido se o vício do acto pré-contratual sobre o qual assentou a celebração do contrato for causa adequada e suficiente da invalidade do contrato. Trata-se aqui, não do efeito anulatório (que não retira a ajuridicidade à conduta administrativa, retirando-lhe apenas a consequência jurídica dessa invalidade), mas sim da própria invalidade.

inexistência material, a forma mais gravosa de invalidade⁴⁹. Já MANUEL DE ANDRADE colocava esta mesma questão, propugnando pela diferenciação entre nulidade e inexistência jurídica, pelo facto de a nulidade, em certos casos, permitir, ainda assim, a produção de certos efeitos jurídicos que, apesar de laterais ou acessórios, não poderiam ser tolerados num acto dito inexistente⁵⁰. Para MOTA PINTO, a inexistência autonomiza-se para qualificar e enquadrar juridicamente “(...) *quando nem sequer aparentemente se verifica o «corpus» de certo negócio jurídico (a materialidade correspondente à noção de tal negócio) ou, existindo embora essa aparência, a realidade não corresponde a tal noção.*”⁵¹.

A discussão em torno da inexistência jurídica também se coloca no Direito Público. Não obstante, a referida figura adquire já alguma consagração e, portanto, aderência, legislativa. Com efeito, no plano constitucional, o número 2 do artigo 140.º da Constituição Portuguesa prevê que a falta de Referenda Ministerial “(...) *determina a inexistência jurídica do acto*” do Presidente da República em causa⁵²; o artigo 137.º estabelece que “[a] *falta de promulgação ou de assinatura pelo Presidente da República de qualquer dos actos previstos na alínea b) do artigo 134.º implica a sua inexistência jurídica*” e o número 2 do artigo 172.º postula a inexistência jurídica do decreto de dissolução da Assembleia da República caso não sejam respeitadas as regras temporais vertidas no número 1 do mesmo preceito⁵³.

⁴⁹ Para uma completa resenha histórica da evolução do tratamento doutrinário nacional, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português. I. Parte Geral. Tomo I*, Almedina, 3.ª Edição, 2009, pp. 864 e ss. No entanto, o Autor não admite a inexistência jurídica como uma categoria autónoma, distinta da nulidade, dado que acarretaria uma diferenciação injusta face a alguns casos que, por ainda redundarem em nulidade, mereceriam alguma protecção normativa.

⁵⁰ Cfr. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Almedina, 1953, p. 429.

⁵¹ Cfr. *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 3.ª Edição, 1996, p. 608.

⁵² Referindo-se aos actos praticados pelo Presidente da República praticados ao abrigo das alíneas h), j), l), m) e p) do artigo 133.º, das alíneas b), d) e f) do artigo 134.º e das alíneas a), b) e c) do artigo 135.º da Constituição.

⁵³ O número 1 do artigo 172.º da Constituição estabelece que “[a] *Assembleia da República não pode ser dissolvida nos seis meses posteriores à sua eleição, no último semestre do mandato do Presidente da República ou durante a vigência do estado de sítio ou do estado de emergência*”.

A Doutrina administrativista nacional, numa primeira fase, admitia a autonomia da figura da inexistência jurídica, distinguindo-a da nulidade⁵⁴, sendo que, actualmente, se tem inclinado, maioritariamente, para a tese da sua rejeição.

No que ao contrato administrativo diz respeito, referem MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS que, apesar da omissão legislativa a respeito da figura no âmbito dos contratos administrativos, não se poderá retirar a irrelevância da categoria, que ancoram em categoria geral da teoria da actividade administrativa, referindo que os requisitos da existência de um contrato administrativo se prendem com a presença de “(...) *um acto jurídico positivo, imaterial, bilateral, não normativo, praticado por um órgão da administração no exercício da função administrativa.*”⁵⁵. Assim, a invalidade pressupõe, naturalmente, a existência de um contrato administrativo, pelo que se situa num plano a jusante em relação ao da discussão em torno da sua existência jurídica.

A invalidade não equivale, também, à **ineficácia jurídica** dos actos. Não obstante a invalidade implicar, como se referiu, a perda de eficácia dos actos jurídicos, o conceito de ineficácia, ou de acto ineficaz, não equivale ao de invalidade. Com efeito, um acto poderá ser ineficaz sem que tenha resultado qualquer desconformidade à juridicidade que o vincula, o que o fará ser válido e, ainda assim, não estar apto a produzir todos os efeitos que potencialmente a ordem jurídica o destina a produzir. Por outro lado, um acto inválido poderá, à partida, produzir efeitos jurídicos (ainda que sujeito à anulação retroactiva dos efeitos entretanto já produzidos), como são exemplo os actos anuláveis. Referimo-nos, nesta sede, apenas à ineficácia em sentido estrito, ou seja, à “(...) *situação do negócio jurídico que, não tendo, em si, quaisquer vícios não produza, todavia, todos os seus efeitos, por força de factores extrínsecos*”

⁵⁴ Para um panorama geral da doutrina nacional sobre a questão, vide RAQUEL CARVALHO, *As invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Almedina, 2010, pp. 74 e ss.

⁵⁵ Cfr. *Direito Administrativo Geral, Tomo III*, Dom Quixote, 2008, p. 124. Os Autores apontam como exemplos de contratos inexistentes aqueles celebrados por usurpadores de funções públicas ou aqueles em que não exista um consenso entre as partes sobre o sentido das suas declarações negociais.

⁵⁶. Aliás, e como bem refere ROGÉRIO SOARES, a invalidade é tão só uma “*especial ineficácia do acto*”⁵⁷. A invalidade em sentido estrito é, assim, uma condição de que padece um determinado acto que, apesar de manter a sua condição de validade, não lhe é permitido, pela ordem jurídica, que produza todos ou determinados dos seus efeitos em consideração de outro interesse que apele a que os mesmos apenas se produzam quando se considerem consumados outros requisitos, *maxime*, formais ou procedimentais⁵⁸.

Reconduzíveis a estas situações de ineficácia em sentido estrito são, por exemplo, os actos administrativos sujeitos a aprovação (sem que esta tenha ainda sido emitida) e os actos administrativos sujeitos a termo ou condição⁵⁹.

O CCP dedica, no artigo 287.º, uma regulação autónoma ao tema da eficácia do contrato administrativo, fazendo depender a plena eficácia do contrato da “(...) *emissão dos actos de aprovação, de visto, de publicidade, ou de outros actos integrativos de eficácia exigidos por lei (...)*”.

Por último, também não se poderá identificar a invalidade com a **irregularidade**. A irregularidade, a par da invalidade, é um produto de uma desconformidade de um determinado acto jurídico com a juridicidade que o vincula. Porém, e uma vez mais, o sistema demonstra uma flexibilidade quanto ao tratamento a conferir à consequência dessa desconformidade, entendendo-se que seria desproporcional cominar com a invalidade (e a consequente perda de produção dos normais efeitos jurídicos do acto) as desconformidades com padrões de conformidade que regulam aspectos não essenciais do conteúdo ou da estrutura de um determinado acto. Assim, e em abono do Princípio do aproveitamento dos actos jurídicos, procede-se, em certos casos, a

⁵⁶ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português. I. Parte Geral. Tomo I*, Almedina, 3.ª Edição, 2009, p. 869. Cita o Autor, a propósito desta definição: GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em geral*, 3.ª Edição, 1965, pp. 329 e 347 e LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil, II*, Universidade Católica Editora, 3.ª Edição, 2002, pp. 510 e ss.

⁵⁷ Cfr. *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955, p. 298.

⁵⁸ Neste sentido, RAQUEL CARVALHO, *As invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Almedina, 2010, p. 79

⁵⁹ Cfr. RAQUEL CARVALHO, *As invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Almedina, 2010, p. 79.

uma degradação da consequência associada a essa desconformidade, a qual não será a da invalidade, mas a da mera irregularidade, permitindo ultrapassar o vício (que assim passará a *não invalidante*) e preservar a eficácia e validade do acto jurídico.

São várias as situações em que, no Direito Administrativo, uma desconformidade legal surge associada à irregularidade de um acto e não à sua invalidade. A este respeito, surge o exemplo de escola, proposto por FREITAS DO AMARAL, relativo à emissão de um parecer obrigatório e vinculativo para além do prazo previsto⁶⁰. No âmbito da contratação pública, poderão descortinar-se inúmeros exemplos, nomeadamente respeitantes à fase anterior à da execução do contrato⁶¹. São, assim, casos em que, de acordo com ROGÉRIO SOARES, a referida desconformidade “(...) *não vai influir na consistência jurídica do acto, mas apenas determinar-lhe uma especial qualificação de irregularidade com possíveis consequências laterais*”⁶². Ou, como bem referem MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, especificamente a respeito do contrato administrativo, “(...) *é uma consequência marginal da ilegalidade dos contratos administrativos*”⁶³.

Importa, porém, atentar para o facto de a irregularidade ser, ainda, uma desconformidade com o bloco legal que serve de padrão de conformidade à actuação administrativa, pelo que um contrato administrativo irregular será ilegal. Ora, preenchendo também o critério subjectivo de ilicitude, nomeadamente por gerar a lesão de posições jurídicas subjectivas, poderá dar origem a responsabilidade civil administrativa⁶⁴.

⁶⁰ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo, Vol. II*, Almedina, 2.ª Edição, 2011, pp. 416 a 418. Discutindo este mesmo exemplo, advogando que a exigência da emissão de parecer com conteúdo vinculativo não é apenas uma formalidade, assumindo um impacto significativo no conteúdo do acto a praticar, vide RAQUEL CARVALHO, *As invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Almedina, 2010, p. 69.

⁶¹ Não espantará, por exemplo, propugnar-se pela mera irregularidade de um acto de adjudicação cujos documentos de habilitação continham pequenas e inócuas falhas de redacção em relação aos modelos aprovados em anexo ao CCP.

⁶² Cfr. *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955, p. 272.

⁶³ Cfr. *Direito Administrativo Geral, Tomo III*, Dom Quixote, 2008, p. 133.

⁶⁴ Neste sentido, apesar da equiparação da ilegalidade à ilicitude, vide MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III*, Dom Quixote, 2008, p. 133.

2. A invalidade quanto ao momento do vício

A declaração administrativa sobre a qual a presente investigação pretende dirigir-se é a relativa à invalidade contratual. Assim, o concreto escopo da declaração administrativa só ficará definido com a compreensão integral de um dos seus objectos primordiais, isto é, com a compreensão da figura da invalidade do contrato administrativo.

A respeito da invalidade do contrato administrativo, a mesma divide-se, cronologicamente, entre a **invalidade própria**⁶⁵ e a **invalidade derivada**, consoante a causa invalidante se situe no conteúdo do contrato ou provenha de um vício procedimental relativo à fase pré-contratual que tenha antecedido a sua celebração. Esta opção sistemática resultava já, aliás, do regime do CPA sobre invalidade dos contratos administrativos, estando patente na redacção do artigo 185.º.

Importa referir, nesta fase introdutória, que nos iremos reportar à figura do *contrato administrativo*, como objecto das invalidades tratadas neste capítulo, mesmo apesar de nem sempre ser esse o *nomens* utilizado pelo legislador nos preceitos que se irão analisar. Fazemo-lo dado que é esse o objecto da presente tese e porque se situam esses preceitos na Parte III do CCP, respeitante ao regime substantivo do contrato administrativo, pelo que se aplicarão aos mesmos.

⁶⁵ Preferimos, com Raquel Carvalho, a utilização da expressão “invalidade própria”, em detrimento da expressão, por vezes utilizada pela doutrina como equivalente, de “invalidade originária”. Com efeito o conceito de “invalidade originária” rege um âmbito distinto, assumindo relevância no confronto com a figura da invalidade superviente ou sucessiva, que se refere “(...) à hipótese de factos posteriores à prática do acto poderem influenciar a respectiva estrutura “ao ponto de lhe determinarem a invalidade””. RAQUEL CARVALHO, *As invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Almedina, 2010, p. 81.

2.1. A invalidade decorrente de vícios do procedimento

A invalidade derivada de vícios do procedimento, ou consequente, assume-se, tendo em conta o regime previsto no CCP, como um tipo⁶⁶ de invalidade dos contratos administrativos, com um regime legalmente previsto e regulado no artigo 283.º do Código. Em termos simplistas e introdutórios, assume-se como uma invalidade que é própria de um acto procedimental, cuja especial conexão com o contrato que antecede fará com que o seu vício se comunique ao contrato, tornando-o, também, inválido.

Esta invalidade é, nos moldes da contratação pública actual, uma verdadeira inevitabilidade, dada a avultada procedimentalização pré-contratual dos modernos Códigos da Contratação Pública, imposta por necessidades de concorrência. Com efeito, a multiplicidade de actos pré-contratuais praticados no momento prévio à celebração de um contrato administrativo tornará óbvio e pertinente o problema de saber como tratar as invalidades dos actos dos quais se encontra dependente um determinado contrato. Trata-se de um verdadeiro problema de *sucessão de invalidades no procedimento*.

i) Fundamentos

A invalidade derivada, consequente, ou decorrente de vícios do procedimento, vem prevista no artigo 283.º do CCP (“*Invalidade consequente de atos procedimentais inválidos*”), cuja regulação prevê o seguinte:

“1 - Os contratos são nulos se a nulidade do ato procedimental em tenha assentado a sua celebração tenha sido judicialmente declarada ou possa ainda sê-lo.

⁶⁶ Referimo-nos a “*tipo*” em sentido próprio, querendo significar e apontar uma figura que possui um regime legalmente previsto que a diferencia de outras figuras próximas, *maxime*, da invalidade própria do contrato administrativo.

2 - Os contratos são anuláveis se tiverem sido anulados ou se forem anuláveis os atos procedimentais em que tenha assentado a sua celebração, devendo demonstrar-se que o vício é causa adequada e suficiente da invalidade do contrato, designadamente por implicar uma modificação subjetiva do contrato celebrado ou uma alteração do seu conteúdo essencial.

3 - (Revogado.)

4 - O efeito anulatório previsto no n.º 2 pode ser afastado por decisão judicial ou arbitral, quando, ponderados os interesses públicos e privados em presença e a gravidade da ofensa geradora do vício do ato procedimental em causa, a anulação do contrato se revele desproporcionada ou contrária à boa-fé.”

O regime da invalidade derivada do artigo 283.º é dual, tratando, com as respectivas diferenças, a nulidade (número 1 do artigo 283.º) e anulabilidade (números 2 e 4 do artigo 283.º) derivadas no contrato administrativo.

A respeito da nulidade, o número 1 do artigo 283.º limita-se a referir a regra geral de comunicabilidade ou paralelismo entre a nulidade do acto procedimental em que tenha assentado a celebração do contrato e o próprio contrato, desde que essa nulidade *tenha sido judicialmente declarada ou ainda possa sê-lo*.

A boa interpretação da referida norma convoca diversos problemas ao jurista. A saber, (i) o que se deverá entender por *acto procedimental em que tenha assentado a celebração do contrato*; (ii) se a nulidade se comunica ao contrato sem a necessidade de uma declaração prévia (seja administrativa ou judicial); e (iii) a questão de saber quando é que um acto procedimental poderá ainda ser declarado nulo.

As duas primeiras questões serão abordadas seguidamente, pelo que procederemos, nesta fase, apenas ao tratamento da última das referidas três questões.

A norma do número 1 do artigo 283.º, se interpretada *a contrario*, consagra uma excepção à regra do paralelismo: a nulidade do contrato não se verificará se a nulidade

do acto pré-contratual já não puder ser declarada. Ora, surge, de imediato, a questão de saber quando poderá a nulidade desse acto deixar de poder ser declarada. Esta norma, aliás, parece tornar redundante o segmento normativo do mesmo número 1, que prevê a nulidade do contrato em caso de nulidade judicialmente declarada do acto pré-contratual, dado que a possibilidade de declaração judicial é uma realidade fáctica mais abrangente do que a efectiva declaração judicial dessa nulidade⁶⁷.

De acordo com MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS⁶⁸, “(...) a única situação reconduzível a esta previsão é a de a nulidade do acto administrativo pré-contratual ser, ela própria, consequente, uma vez que em todos os outros casos a nulidade dos actos administrativos pode ser declarada a todo o tempo.”

Já CABRAL DE MONCADA⁶⁹ entende que a norma “(...) quis ressaltar os casos em que a lei especial faz depender a invocação da nulidade de um acto administrativo da observância de um certo prazo (...)”, advogando uma leitura da norma que estabeleça a nulidade do contrato se a nulidade dos actos administrativos sobre os quais aquele assentou a sua celebração foi declarada pelo tribunal ou se “(...) ainda puder ser declarada porque não passou o prazo previsto em lei especial dentro do qual tal invalidade pode ser invocada em acção administrativa especial.”⁷⁰.

Esta leitura da norma, que atende para a possibilidade temporal de ser declarada a nulidade de um acto administrativo afigura-se-nos válida. O legislador quis ser prudente, admitindo apenas a comunicação de invalidades que possam ser aferidas em relação ao acto precedente do contrato⁷¹.

⁶⁷ Neste sentido, referindo que a norma do número 1 do artigo 283.º “volta atrás”, vide LUÍS CABRAL DE MONCADA, *A invalidade do Contrato Administrativo*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume IV, Coimbra Editora, 2012, pág. 567.

⁶⁸ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III*, Dom Quixote, 2008, p. 130.

⁶⁹ Cfr. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *A invalidade do Contrato Administrativo*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume IV, Coimbra Editora, 2012, págs. 567 e 568.

⁷⁰ Cfr. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *A invalidade do Contrato Administrativo*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume IV, Coimbra Editora, 2012, pág. 568. Concordamos com o Autor quando este nota que o legislador não terá querido tomar posição a respeito da questão de saber se a invocação da nulidade se encontra sujeita a prazo.

⁷¹ Esta solução, no entanto, partilhará sempre da incerteza quanto à questão de saber se o prazo de impugnação de actos pré-contratuais, abrangidos pelo regime do Contencioso pré-contratual dos artigos 100.º e ss. do CPTA (concretamente, no artigo 101.º do CPTA), será de um mês também para actos nulos.

A respeito da anulabilidade, o legislador, no número 2 do artigo 283.º segue um regime similar ao do número 1, consagrando a regra geral do paralelismo de invalidades entre acto precedente e contrato, mas fá-lo de forma mais sofisticada.

Com efeito, replica-se o critério da anulabilidade do contrato nos casos em que os actos sobre os quais tenha assentado a sua celebração já tenham sido anulados ou sejam ainda anuláveis⁷². No entanto, o legislador interpõe um obstáculo adicional à anulabilidade do contrato, na parte final do número 2, a respeito do grau do vício associado ao acto e das suas consequências em relação ao contrato.

A norma do número 2 do referido artigo tem o propósito de filtrar as ilicitudes procedimentais cuja relevância não é elevada a causa fundante de invalidade do contrato. E fá-lo de duas formas cumulativas: uma relativa ao tipo de acto procedimental e outra relativa ao tipo de vício que o afecta. Assim, não se consagra um paralelismo total entre o vício do acto procedimental e o vício do contrato.

Em primeiro lugar, limita-se a anulabilidade contratual derivada do contrato à invalidade dos “(...) *actos procedimentais em que tenha assentado a sua celebração*”⁷³. A Doutrina tem elencado os vários actos procedimentais que poderão cair sob a alçada desta norma, destacando-se o acto de adjudicação, a decisão de contratar, o acto de escolha do procedimento, a admissão ou exclusão de candidatos ou concorrentes etc⁷⁴.

Em segundo lugar, elencam-se como causas de anulabilidade derivada do contrato o facto de o acto precedente ser detentor de vício que seja *causa adequada e suficiente* para gerar a invalidade do contrato, fornecendo dois casos de antemão: a existência de uma *modificação subjectiva ao contrato* ou de uma *alteração ao seu conteúdo essencial*.

⁷² Repara-se que o legislador abandona a expressão, atrás utilizada a respeito da nulidade, da possibilidade de invalidação (“*possa ainda sê-lo*”), reportando-se agora meramente à anulabilidade.

⁷³ A expressão “*actos procedimentais*” não é inócua de significância, na medida em que pretende também abranger a actividade administrativa pré-contratual que extravase a prática de actos administrativos, tal como aquela referente às peças do procedimento.

⁷⁴ Veja-se, a este respeito, ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos. Parte Geral*, AAFDL, 2014, p. 268. PEDRO GONÇALVES propugna uma visão mais ampla a propósito deste conceito, referindo que “(...) *todas as decisões adotadas pelo órgão adjudicante após a decisão de contratar (inclusive) constituem “atos procedimentais em que assenta a celebração do contrato”*”. PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015, p. 612.

Como se referiu, o vício do acto procedimental terá de assumir um grau tal que seja demonstrável a sua adequação e suficiência⁷⁵ como causa da invalidade do contrato, designadamente (porque se deu a liberdade ao intérprete para aplicar a norma casuística-mente) por implicar uma modificação subjectiva do contrato celebrado ou por alterar o seu conteúdo essencial⁷⁶.

No âmbito desta configuração da comunicabilidade da invalidade do acto precedente ao contrato (que, como se explanará de seguida, se mostra uma novidade da mais recente alteração legislativa ao CCP), não se mostrará particularmente espinhosa a tarefa de determinar o que se deverá entender por “*modificação subjectiva do contrato*”. Trata-se apenas da modificação das partes do contrato a celebrar, motivada pela eficácia invalidante do acto pré-contratual precedente⁷⁷.

Mais dificuldades suscitam os conceitos de “*conteúdo essencial*” e de “*causa adequada e suficiente*”.

O conceito de *conteúdo essencial*, comum no Direito Civil, não é desconhecido no Direito Público Português⁷⁸, servindo de critério determinador da nulidade de actos

⁷⁵ Como bem referem MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, ainda sobre a anterior versão do preceito, mas cujo pensamento é aqui plenamente aproveitável, “(...) *tem que haver um nexo de imputação objectiva do próprio contrato ao acto pré-contratual ilegal, em termos tais que seja razoavelmente de supor que o contrato não teria sido celebrado, ou não seria celebrado com o mesmo co-contratante e/ou com os mesmos objectos e conteúdo, se o acto pré-contratual não tivesse incorrido na ilegalidade em que incorreu.*”. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III*, Dom Quixote, 2008, p. 128

⁷⁶ A respeito da versão anterior do preceito, mas com utilidade para o entendimento do critério hodierno, veja-se MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III*, Dom Quixote, 2008, p. 128, quando referem que “[s]ituações em que os vícios de actos pré-contratuais determinam tipicamente o carácter consequentemente viciado do contrato são as decorrentes de ilegalidades substanciais da decisão a contratar, do acto de escolha do tipo de procedimento, do acto de autorização da despesa, do programa de procedimento, dos convites à apresentação de propostas, do caderno de encargos, da memória descritiva, dos termos de referência, do acto de qualificação do futuro adjudicatário sem que este reúna as condições para tal exigidas ou do acto que exclui ilegalmente do procedimento pré-contratual um interessado que reúna as condições para tal exigidas e do acto de adjudicação.”

⁷⁷ Neste sentido, veja-se RAQUEL CARVALHO, *O Regime da Invalidade Derivada nos Contratos Administrativos. Da Alteração Operada pela Directiva n.º 2007/66/CE*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 3, 2011, p.58, nota de pé de página 17.

⁷⁸ Sobre uma resenha doutrinária a respeito do conceito de conteúdo essencial no seio da Doutrina Civil e na Doutrina de direitos fundamentais, vide, por todos, RAQUEL CARVALHO, *As invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Almedina, 2010, pp. 492 e ss.

administrativos por ofensa à respectiva álea (tida como conteúdo essencial) de direitos, liberdades e garantias. No entanto, deverá assumir, neste campo, um traçado próprio, também por força da natureza contratual do seu *quid*.

Entendemos, na esteira de RAQUEL CARVALHO⁷⁹, que a noção de *conteúdo essencial* se deverá reportar àquela que se relaciona com o tipo contratual⁸⁰. Ou seja, e nas palavras da Autora, “[s]e a invalidade do acto pressuposto afectar o tipo de contrato, então deverá operar a invalidade derivada.”⁸¹

No entanto a motivação argumentativa da Autora não nos parece a decisiva. Com efeito, entende a Autora que se entendêssemos a noção de *conteúdo essencial* como reportando-se aos elementos essenciais do negócio, tal reconduziria a questão para o âmbito da inexistência do contrato e, portanto, para uma premissa anterior à da própria invalidade do contrato. Não seguimos este entendimento por duas razões. Em primeiro lugar, porque a falta de um elemento essencial do contrato poderá não implicar, necessariamente, a sua inexistência jurídica. Por outro lado, não parece ter sido essa a intenção do legislador do CCP ao ter consagrado a bitola do *conteúdo essencial* do contrato administrativo. A *ratio* da introdução desse critério terá antes sido, em nossa opinião, a salvaguarda, pelo menos, do tipo contratual em causa, que não poderá sair desvirtuado em consequência da celebração de um contrato com base num acto prévio ferido de anulabilidade. Essa anulabilidade adquire importância invalidante a partir do momento, portanto, em que bule com o tipo contratual em causa.

O critério de “*causa adequada e suficiente*”, ao introduzir-se, sistematicamente, no número 2 do artigo 283.º, é elevado a uma verdadeira ***causa de exclusão da invalidade***.

⁷⁹ Cfr. RAQUEL CARVALHO, *As invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Almedina, 2010, p. 497.

⁸⁰ Por contraposição à noção de conteúdo essencial que se reporta aos elementos essenciais definidores do contrato.

⁸¹ Cfr. RAQUEL CARVALHO, *As invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Almedina, 2010, p. 497.

Sobre este novíssimo critério, já se pronunciou ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ⁸², referindo que “(...) nos termos do n.º 2 do artigo 283.º, a afectação do acto prejudicado (o contrato) pelo acto pressuposto (o acto procedimental) depende da relação de prejudicialidade efectiva, directa e imediata entre ambos os actos e, em simultâneo, do tipo de vício que vulnera o acto pressuposto, o qual deverá contender com os elementos essenciais do contrato (sujeitos, objecto ou conteúdo).”

A referência à “*causa adequada e suficiente*” deverá fazer-se em moldes idênticos àqueles já laborados pela Doutrina Civil e Penal, a respeito das várias teorias de responsabilidade e da imputação.

No número 4 prevê-se mais uma válvula de aproveitamento contratual, consagrando-se a possibilidade de afastamento do efeito anulatório (que já se encontra gerado) quando, em ponderação de bens, a anulação do contrato se revele desproporcionada ou contrária à boa-fé. É de salutar esta inclusão por parte do legislador, na medida em que permite uma flexibilização do sistema, abrindo as portas à ponderação de outros bens e interesses⁸³ para além do interesse público da juridicidade do contrato⁸⁴.

Por fim, a respeito do regime da invalidade derivada do contrato administrativo, importa abordar uma questão de cuja resolução dependerá a compreensão cabal da essência deste tipo de invalidade: a da questão de saber **de que forma e em que termos se consoma a comunicação entre a invalidade do acto pré-contratual e a invalidade do contrato administrativo.**

⁸² Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A invalidade do Contrato no Código dos Contratos Públicos*, in Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos, AAFDL, 2017, p. 826.

⁸³ Um dos interesses que poderá contrabalançar com o interesse público da legalidade dos actos é, por exemplo, o que atenda ao período remanescente da execução contrato. Sobre esta específica ponderação, já se pronunciou a jurisprudência, no Acórdão do TCA Sul, de 12 de Agosto de 2011 (Processo n.º 07691/11), onde se atendeu à data de vigência do contrato em questão, que terminaria dentro de 6 meses. Como se poderá ler, em trecho do *supra* citado Acórdão, “(...) ponderando os interesses públicos e privados em presença, que em função do termo ad quem para o período de vigência contratual, a declaração de anulação do contrato se mostra desproporcionada o que se projecta na descaracterização da invalidade do contrato (...)”.

⁸⁴ Neste sentido, e também no sentido de que a inclusão desta obrigatoriedade de ponderação revela a natureza de princípio e não de regra da norma relativa à invalidade derivada, vide JOÃO PACHECO DE AMORIM, *A invalidade e a (in)eficácia do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2008, p. 650.

Como *supra* explanado, o artigo 283.º do CCP estabelece umnexo entre o acto procedimental em que tenha assentado a celebração do contrato e este último, num esquema em que, se tal acto for declarado nulo ou ainda possa sê-lo ou for anulado, o contrato celebrado a final será, respectivamente, nulo ou anulável. Cumpre, no entanto, saber, se este efeito se produz de forma automática e imediata, ou não, caso em que será necessária uma prévia declaração, judicial ou administrativa, relativa à invalidade do acto pré-contratual precedente para que se comunique a respectiva invalidade ao contrato administrativo.

A Doutrina não se encontra unívoca a este respeito.

Admitindo que a invalidade do acto pré-contratual assume um efeito automático em relação ao contrato administrativo posicionam-se MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS⁸⁵, afirmando, a propósito da nulidade⁸⁶, que a referência à declaração judicial da mesma deverá ser ignorada, dado que a nulidade será independente de qualquer declaração. Assim, e de acordo com esta posição, não será necessária qualquer pronúncia a respeito da nulidade ou anulabilidade do acto pré-contratual, bastando a mera circunstância de o acto ser inválido para que a sua invalidade se comunique ao contrato.

⁸⁵ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III, Dom Quixote*, 2008, pp. 130 e 131.

⁸⁶ Mas estendendo, ao que parece, o mesmo raciocínio para a anulabilidade, quando referem que “(...) a anulabilidade do contrato depende da mera possibilidade de anulação, e não da anulação efectiva, do acto pré-contratual (...)”. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III, Dom Quixote*, 2008, p. 131.

Exigindo a prévia declaração de invalidade do acto pré-contratual colocam-se CABRAL DE MONCADA⁸⁷; PACHECO DE AMORIM⁸⁸; PEDRO GONÇALVES⁸⁹; RAQUEL CARVALHO⁹⁰ e ALEXANDRA LEITÃO⁹¹, todos entendendo que deverá existir uma prévia declaração de invalidade do acto pré-contratual para que o contrato administrativo sofra também dessa mesma invalidade.

A Jurisprudência também já se pronunciou sobre a questão. Com efeito, o TCAN, em Acórdão de 15 de Abril de 2010⁹², entendeu-se que “[d]o artigo 283º nº1 do CCP [Código dos Contratos Públicos] *ressuma, de uma forma manifesta, não existir uma automática comunicação da invalidade do acto procedimental ao acto consequente, ao contrato, e que é insuficiente a mera declaração administrativa de nulidade do acto procedimental para que possa ser considerado nulo o contrato, exigindo-se, para tanto, uma declaração judicial de nulidade.*”

⁸⁷ O Autor extrai a sua posição da conclusão prévia de que terá de existir uma declaração judicial prévia para se operar a comunicação da invalidade. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *A invalidade do Contrato Administrativo*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume IV, Coimbra Editora, 2012, pp. 570 e ss.

⁸⁸ O Autor vai até mais longe, advogando que a “(...) *invalidade consequente do contrato não decorre, pois ipso facto, da declaração ou anulação judicial do acto administrativo prévio (...) para se alcançar tal objectivo terá que se cumular com o pedido de anulação ou de declaração de nulidade do acto um segundo e autónomo pedido de anulação ou de declaração de nulidade do próprio contrato (...)*”. JOÃO PACHECO DE AMORIM, *A invalidade e a (in)eficácia do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2008, pp. 646 e 647.

⁸⁹ PEDRO GONÇALVES é claro a respeito dos casos de nulidade do acto pré-contratual. No entanto, a sua posição não fica totalmente esclarecida a respeito da anulabilidade. Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015, pp. 612 e 614.

⁹⁰ A Autora afirma, em contraposição directa com a opinião, já citada, de MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, que “(...) *a invalidade derivada do contrato é uma invalidade suspensa, que depende da invalidação do acto que vicia o contrato. Não ocorrendo a invalidação do acto, não se concretiza a invalidade derivada para o contrato.*” RAQUEL CARVALHO, *O Regime da Invalidade Derivada nos Contratos Administrativos. Da Alteração Operada pela Directiva n.º 2007/66/CE*, in Revista de Contratos Públicos, n.º 3, 2011, p. 55.

⁹¹ Associando-se à posição de RAQUEL CARVALHO, ALEXANDRA LEITÃO refere também que “[e]ste efeito de contágio da invalidade do ato para o contrato não é, contudo, automático, antes dependendo da prévia declaração judicial de nulidade ou anulação, ficando a invalidade do contrato suspensa até que aequal declaração/anulação ocorra.” ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos. Parte Geral*, AAFDL, 2014, p. 264.

⁹² Processo n.º 01480/09.4BEBRG. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/24db2de90b7e02648025770a0053d4d6?OpenDocument>.

Cabe tomar posição. Entendemos, com MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, que a invalidade do acto pré-contratual se comunica automaticamente, sem necessidade de declaração prévia de invalidade.

Apesar de não entendermos que não existe uma limitação à declaração administrativa de invalidade derivada de um contrato administrativo, não se entende como poderá ser este um argumento pertinente ou sequer decisivo para negar o efeito automático da invalidade do acto pré-contratual⁹³. Ora, admitindo-se, ou não, a possibilidade de a Administração proceder a essa invalidação, trata-se de uma questão independente da questão de saber se essa invalidade se comunica automaticamente. Saber se existe essa comunicação automática é saber se, desde o momento em que essa invalidade surge no acto precedente, se comunica imediatamente ao contrato assente sobre aquele acto. O problema da declaração dessa invalidade, seja esta feita pelo poder judicial ou pela Administração, não se torna relevante nesta sede.

Com efeito, a declaração (judicial ou administrativa) opera num plano diferente, atinente aos efeitos da invalidade e não ao da existência da invalidade. A respeito da nulidade, dado que a mesma não necessita de qualquer acto constitutivo invalidante, a sua declaração apenas relevará para efeitos de caso julgado (judicial ou administrativo – falando-se em “*caso resolvido*” neste último caso). A respeito da anulabilidade, a declaração de anulação não irá tornar inválido, mas efectivar, no plano jurídico, a anulabilidade que já residia no acto ou contrato⁹⁴.

Pelo que, sendo desnecessária essa declaração para fundar qualquer invalidade, a invalidade do acto pré-contratual existe a partir do momento do vício. Ora, se assim é, entendemos que as expressões legais contidas nos números 1 e 2 do artigo 283.º do CCP apontam para que a invalidade do contrato administrativo exista a partir do momento em

⁹³ Como se constatou *supra*, a negação desta possibilidade é um dos principais motivos justificadores do entendimento contrário ao nosso.

⁹⁴ Com isto não queremos dizer que entendemos que a Administração não pode invalidar o acto de que depende a celebração do contrato. Ao afirmarmos a automaticidade, apenas queremos dizer que a invalidade do contrato se faz sentir e produz efeitos (aqueles que pode produzir sem uma declaração de invalidação), antes da declaração de nulidade ou de uma anulação do acto prévio. E tal é independente da natureza dessa declaração, seja a mesma administrativa ou judicial.

que existe uma invalidade do acto pré-contratual. Com efeito, as normas dos referidos números estabelecem que os contratos são nulos ou anuláveis se a nulidade ou anulabilidade do acto pré-contratual precedente ainda poder ser declarada. Se essa invalidade vier a ser declarada, então firmar-se-á caso julgado (administrativo ou judicial) em relação ao acto e ao contrato (judicial apenas) e, em caso de anulabilidade, também se constituirão os efeitos da anulação do mesmo.

Se assim não se entendesse, então não se poderia admitir um pedido de declaração de nulidade ou de anulação de um contrato administrativo enquanto estivesse pendente um pedido similar em relação ao acto pré-contratual precedente, dado que até essa declaração de invalidade, ao contrato não lhe teria sido comunicada a invalidade e, portanto, seria ainda válido. Poder-se-ia falar, assim, de uma *invalidade sob condição suspensiva*.

Entendemos, ainda assim, que os efeitos da declaração de invalidade apenas se reportarão ao acto ou ao contrato consoante especificamente essa mesma declaração os tenha como objecto⁹⁵. Assim, no âmbito de uma acção judicial de invalidação de um acto pré-contratual, para que se efective o efeito invalidatório, será também necessário que se inclua, no objecto do processo, a causa de pedir e o pedido de invalidação do contrato administrativo, demonstrando-se a invalidade derivada do mesmo. No entanto, e a corroborar o que já se referiu, estes efeitos apenas se operam no plano da declaração de invalidação e não no da invalidade propriamente dita, que, se existe, sempre existiu e residiu no acto e no contrato, simultaneamente.

Caso, por decurso do tempo, ou por qualquer outra causa que impeça a invalidação do acto pré-contratual precedente, já não se possa proceder à invalidação do acto, então não poderá, igualmente, proceder à invalidação do contrato, consagrando o legislador, em nosso entender, uma verdadeira causa de sanção dos vícios do contrato administrativo.

⁹⁵ Portanto, o acto que declare nulo ou anule o acto de que depende a celebração do contrato vai ter, assim, um duplo efeito, ou, pelo menos, um duplo objecto. Vai destruir os efeitos do acto administrativo, o portador original do vício, e vai fazê-lo, também, ao contrato administrativo celebrado na sequência e no encaço desse acto.

Tal terá como consequência, no plano prático, a operatividade da invalidade do contrato quando este actue como fundamento da prática de actos posteriores, cuja invalidade se lhes comunicará, também de forma consequente⁹⁶. A invalidade desse acto posterior ocorrerá mesmo que ainda não tenha ocorrido qualquer declaração, judicial ou administrativa, relativa à invalidade do acto pré-contratual precedente ou do contrato.

ii) A alteração operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017

Da versão do artigo 283.º do CCP *supra* citada resulta já o produto da alteração ao Código operada pelo **Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto**.

Com efeito, enquanto que a matéria relativa à nulidade do acto procedimental permanece intocada, o mesmo não acontece quanto ao que se dispõe agora a respeito da anulabilidade contratual.

O número 2 do artigo 283.º do CCP, mantendo a premissa base de que a anulabilidade do contrato depende da anulação ou anulabilidade dos actos procedimentais em que tenha assentado a sua celebração, passa agora a prever a necessidade de demonstração de que o vício é causa adequada e suficiente da invalidade do contrato, nomeadamente por implicar uma modificação subjectiva do contrato ou uma alteração do seu conteúdo essencial. Trata-se de um limite à possibilidade de anulação derivada do contrato administrativo, para filtrar os vícios que possam ser transpostos para o contrato e que são, assim, passíveis de bulir com a sua validade, permitindo o sistema que se conviva com vícios menores ou meras irregularidades sem estatuto ou relevância para invalidar o contrato.

Esta limitação à anulação do contrato administrativo não é, no entanto, inédita desta versão do Código, e estava prevista e alocada, antes, na parte final do número 4 do artigo 283.º do CCP, onde se estabelecia que, por decisão judicial ou arbitral, o efeito anulatório previsto no número 2 pode ser afastado quando se demonstre inequivocamente que o vício

⁹⁶ Pense-se, por exemplo, no caso de um acto praticado com fundamento numa cláusula do contrato cuja invalidade derivava de uma invalidade de uma cláusula do caderno de encargos.

não implicaria uma modificação subjectiva no contrato celebrado nem uma alteração do seu conteúdo essencial.

Na nova versão do Código, manteve-se o conteúdo da limitação mas alargou-se o seu âmbito de aplicação, dado que se deixa de exigir uma demonstração inequívoca da modificação subjectiva ou da alteração do conteúdo essencial do contrato, bastando-se agora com uma demonstração de adequação e suficiência do vício para gerar uma invalidade contratual.

A nova alocação (do número 4 para o número 2) assume dois significados jurídicos que suplantam a alteração sistemática que encerra visualmente.

Com efeito, e em primeiro lugar, importa fazer notar que o número 2 e o número 4 do artigo 283.º não tratam da mesma realidade, dado que o primeiro regula as causas da anulabilidade derivada do contrato e o segundo trata do afastamento do efeito anulatório. Cria-se, assim, desta forma subtil, uma nova causa de invalidade contratual, relativa à modificação subjectiva do contrato ou à alteração do seu conteúdo essencial, subtraindo-se, reciprocamente, uma causa de exclusão do efeito anulatório.

Em segundo lugar, a colocação, no número 2 do artigo 283.º do CCP, da necessidade de demonstração da adequação e suficiência do vício enquanto causa de anulabilidade do contrato, confere um importante contributo para uma dúvida que se suscitou na versão anterior do preceito: a de saber se o efeito anulatório se repercutia imediatamente ou se necessitava de uma declaração prévia. Com esta alteração, ganha um argumento adicional a tese da necessidade prévia de uma declaração (judicial ou administrativa) de anulação do acto precedente, dado que se exige a referida demonstração de adequação e suficiência⁹⁷ e, portanto, de um passo prévio, antes da efectivação do efeito anulatório.

⁹⁷ A necessidade de demonstração da adequação e suficiência do vício do acto não bule com o entendimento que admite a existência de uma declaração administrativa da anulabilidade do acto precedente, na medida em que se trata de uma apreciação a ser feita em sede administrativa, não se encontrando reservada ao poder jurisdicional.

Por outro lado, revoga-se o número 3 do artigo, que dispunha que “[o] *disposto no número anterior* [no número 2] *não é aplicável quando o acto procedimental anulável em que tenha assentado a celebração do contrato se consolide na ordem jurídica, se convalide ou seja renovado, sem reincidência nas mesmas causas de invalidade*”. Deixa de constar, então, a referência à consolidação, convalidação e renovação do acto administrativo precedente. Em rigor, esta regra resulta já da interpretação sistemática da invalidade contratual, na medida em que não pode ser tolerável que um contrato possa ser invalidado com base num acto cuja invalidade (se restrita à anulabilidade) não possa ela também ser arguida e “*exercida*”.

Atente-se, nesta matéria, para a regra, com teleologia similar, prevista no artigo 38.º do CPTA, que admite, a título excepcional que se conheça da ilicitude de um acto administrativo, apenas para o preenchimento deste pressuposto em sede de responsabilidade civil, excluindo, já, que possa ser obtida por outros meios processuais o efeito que resultaria da anulação do acto inimpugnável.

No entanto, a revogação desta regra, que regulava especificamente a questão, poderá sempre legitimar interpretações diversas, que admitam essa anulação contratual que derive de actos inimpugnáveis, dado que se poderá referir que o efeito anulatório do acto anulável se repercute automaticamente no contrato, e que este, ao contrário do acto, não se convalida ao mesmo tempo daquele⁹⁸.

iii) A natureza da declaração de invalidade do acto invalidante

A boa compreensão do conteúdo literal do artigo 283.º do CCP suscita uma dúvida interpretativa a que importa dar resposta: a de saber se tal declaração ou anulação terá de ser obrigatoriamente judicial ou se poderá ser feita pela Administração, de forma não

⁹⁸ Esta posição é, contudo, afastada pela doutrina. A título exemplificativo veja-se, a título exemplificativo: ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos. Parte Geral*, AAFDL, 2014, p. 264 e RAQUEL CARVALHO, *O Regime da Invalidade Derivada nos Contratos Administrativos. Da Alteração Operada pela Directiva n.º 2007/66/CE*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 3, 2011, p. 55, que referem que o efeito de contágio da invalidade do acto para o contrato não se opera de forma automática, dependendo da prévia declaração judicial de nulidade ou anulação.

judicial. A questão é, naturalmente, para nós, fulcral, na medida em que da sua resolução poderá resultar a possibilidade de a Administração proceder à declaração unilateral da invalidade contratual.

Esse mesmo conteúdo literal não é, ele próprio, unívoco no que aos tipos de invalidade diz respeito, dado que parece estabelecer uma diferenciação de regimes consoante o acto invalidante esteja ferido de nulidade ou apenas de anulabilidade. Com efeito, e de acordo com o número 1 do artigo 283.º do CCP, a nulidade do contrato faz-se depender da circunstância de “(...) *a nulidade do ato procedimental em que tenha assentado a sua celebração tenha sido **judicialmente declarada** ou possa ainda sê-lo.*”⁹⁹. Utilizando-se, assim, literalmente, uma referência ao poder jurisdicional de declaração de nulidade.

Por outro lado, e de acordo com o número 2 do mesmo artigo, a anulabilidade do contrato já dependerá apenas da circunstância de terem sido “(...) *anulados ou se forem anuláveis os atos procedimentais em que tenha assentado a sua celebração*”. Neste segundo caso, prescinde-se da referência ao poder jurisdicional de anulação.

A respeito, então, deste problema, e como nota ALEXANDRA LEITÃO, apesar de o número 1 do *supra* citado artigo se referir textualmente à “*declaração judicial de nulidade*”, o problema não fica termina por aqui, por duas razões. Em primeiro lugar, porque o seu número 2 não se socorre do termo “*judicial*”¹⁰⁰, tal como o faz o número 1. Em segundo lugar, porque não pode ser negada à Administração a possibilidade de declarar a nulidade ou revogar anulatoriamente os actos que esta considere serem nulos ou anuláveis¹⁰¹.

Não existe uma solução unívoca na Doutrina nacional, surgindo, até, três posições distintas nesta matéria.

⁹⁹ Negrito nosso.

¹⁰⁰ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos. Parte Geral*, AAFDL, 2014, p. 265. Embora a Autora admita a possibilidade de ter existido um lapso do legislador.

¹⁰¹ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos. Parte Geral*, AAFDL, 2014, p. 265. A Professora entende ser um dever e não uma mera faculdade o poder que a Administração detém de invalidar os actos administrativos por si praticados, o que sustenta este segundo argumento.

Uma primeira, que defende que esta declaração de nulidade e anulação terá de ser, necessariamente judicial, vedando o poder administrativo de o fazer¹⁰². Esta é a posição maioritária e aquela adoptada pela nossa Jurisprudência administrativa. Os argumentos são vários, e provêm de diferentes linhas de raciocínio, mas todos implicam uma posição anterior, relacionada com a impossibilidade de a Administração poder invalidar unilateralmente contratos administrativos. Poderá argumentar-se que, precisamente por à Administração ser vedada a possibilidade de decretar a invalidade do contrato, também não poderia invalidar o acto administrativo anterior, sob pena de se frustrar esta proibição¹⁰³. Poderá dizer-se, também, que a necessidade da invalidação do acto ser judicial decorre do carácter bilateral do contrato administrativo, no sentido de que, em princípio, não é possível a apenas uma das partes, sem o acordo da outra, revogar ou declarar nulo um acto resultante de duas declarações de vontade¹⁰⁴.

Uma segunda posição, no oposto desta última, admite que basta a declaração de nulidade ou anulação administrativas para que o contrato seja nulo ou anulável¹⁰⁵. Para fundamentar esta posição podemos socorrer-nos das duas razões de ordem adiantadas *supra*: a de que o preceito prescinde da expressão “judicial” no número 2 e de que a Administração, para quem defende a tese, tem o dever de anular ou declarar nulos os actos que pratica. Esta posição faz surgir um conflito ademais interessante, entre o dever de invalidar os actos não conformes com o Direito que advém do Princípio da legalidade, e

¹⁰² Cfr. RAQUEL CARVALHO, *O Regime da Invalidade Derivada nos Contratos Administrativos. Da Alteração Operada pela Directiva n.º 2007/66/CE*, in Revista de Contratos Públicos, n.º 3, 2011, p. 55; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III*, Dom Quixote, 2008, p. 395; JOÃO PACHECO DE AMORIM, *A Invalidade e a (In)eficácia do Contrato Administrativo no Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos da Contratação Pública, Vol. I*, obra colectiva, Coimbra Editora, 2008, p. 644.

¹⁰³ É a posição de RAQUEL CARVALHO, no seu *O Regime da Invalidade Derivada nos Contratos Administrativos. Da Alteração Operada pela Directiva n.º 2007/66/CE*, in Revista de Contratos Públicos, n.º 3, 2011, p. 54 e de MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, no seu *Direito Administrativo Geral, Tomo III*, Dom Quixote, 2008, p. 395.

¹⁰⁴ Esta posição é sustentada por PACHECO DE AMORIM, em: PACHECO DE AMORIM, João, *A Invalidade e a (In)eficácia do Contrato Administrativo no Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos da Contratação Pública, Vol. I*, obra colectiva, Coimbra Editora, 2008, p. 644.

¹⁰⁵ É a posição de ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, no seu *As Peças do Procedimento (algumas reflexões)*, in *Estudos de Contratação Pública, Vol. IV*, obra colectiva, Coimbra Editora, 2013, p. 148. Esta posição resulta também confirmada no novíssimo artigo da Autora: *A invalidade do Contrato no Código dos Contratos Públicos*, in *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, 2017, pp. 830 e ss.

a proibição de invalidar o contrato administrativo que está presente no CCP e que, para alguma Doutrina, advém da reserva de jurisdição. Poderemos ter, dentro deste circunstancialismo, um conflito principiológico entre a legalidade e separação de poderes.

Temos, ainda, uma terceira posição, intermédia em relação às duas últimas. Segundo esta, haverá que fazer uma distinção entre um momento em que o contrato ainda não foi celebrado e um outro e que já existe contrato. No primeiro momento, e devido ao dever de declarar a nulidade ou de anular o acto, terá que se admitir essa invalidação, cumprindo-se o Princípio da legalidade. Mas se o contrato já tiver sido celebrado, já não o poderá fazer devido ao poder que está previsto no número 4 do artigo 283.º. Limitação esta que provém do facto de os contraentes públicos não terem o poder de invalidar o contrato administrativo, abrangido que está pela reserva de jurisdição¹⁰⁶.

Cabe tomar partido. A posição que se tome em relação ao problema objecto da discussão depende de algumas posições anteriores. Pelo espectro Doutrinal que se nos é apresentado, as posições tomadas derivam sempre da resolução de um conflito entre dois vectores. Por um lado, e para quem assim o defenda, temos o dever de a Administração anular ou declarar nulos os actos administrativos inválidos que pratica. Do outro, temos a univocamente defendida reserva jurisdicional, que impedirá a Administração de invalidar os contratos administrativos que celebra, acorada pela norma legal do número 1 do artigo 307.º do CCP.

Se o acto de que depende a celebração do contrato for anulado ou declarado nulo, os números 1 e 2 do artigo 283.º do CCP determinam que existirá um contágio ao contrato, o que equivale a dizer que invalidar o acto é invalidar o contrato. Daí que o jurista que se debruce neste enredo tenha que tomar duas posições: uma quanto ao fundamento da anulação e declaração de nulidade do acto administrativo e outra quanto a saber se a invalidação de um contrato penetra ilegitimamente na reserva jurisdicional. A Doutrina que entende que existe um dever na primeira e que responde afirmativamente à segunda

¹⁰⁶ Trata-se da posição de ALEXANDRA LEITÃO, no seu ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos. Parte Geral*, AAFDL, 2014, p. 265 e 266.

depara-se com um conflito entre o princípio da legalidade e o princípio da separação de poderes, de cuja resolução poderá resultar uma das três diferentes posições. Já para quem defende que existe uma mera faculdade no momento de invalidar actos administrativos, a questão não se colocará nos mesmos termos, precisamente devido à força do primeiro vector que, a não constituir um dever, não implica o surgimento imediato de um conflito.

No seguimento deste enquadramento, sigamos o mesmo raciocínio. Quanto ao primeiro vector, não defendemos que exista um dever legal, irredutível, de invalidar um acto administrativo. Pelo menos à partida, sem se ponderarem outros interesses, tal como expusemos *supra*.

No que ao segundo vector diz respeito, e também como foi explanado *supra*, não partilhamos da visão de que a reserva jurisdicional é invadida pela Administração em relação ao acto antecedente e comunicante da invalidade face ao contrato. Assim, e a partir destas asserções iniciais, entendemos que nada impede que a Administração possa anular ou declarar nulo o acto de que depende a celebração do contrato, porque a consequência que daí advém não é conflitual com o princípio da separação de poderes, o que nos desvia da necessidade de operar algum tipo de concordância prática.

O argumento que faz referência ao elemento literal do artigo 283.º do CCP também não merece acolhimento, por um motivo assaz simples. Esse argumento pode igualmente ser usado para defender qualquer uma das teses, porquanto enquanto o número 1 do artigo 283.º do CCP se socorre do termo “*judicialmente*”, o número 2 já não o faz. Pelo que se veria sempre partir da regra de interpretação legal que refere que se deverá presumir que o legislador se exprimiu convenientemente. Nem se invoque o argumento de que, se o legislador não tivesse almejado negar essa possibilidade à Administração, não teria, *ab initio*, verbalizado a expressão em causa. Porque se realmente o quisesse fazer, por que não ser claro e utilizá-la nos dois números, dissipando qualquer dúvida?

A importância desta conclusão não é de menosprezar. Quer cheguemos a esta conclusão por um percurso próprio quer por uma resolução de um conflito principiológico, o que se pode retirar é a existência de uma “*fuga*” no sistema jurídico positivo que permite,

ainda que de forma mediata, que a Administração, o ente público, possa pronunciar-se sobre uma invalidade que se irá comunicar (ou, caso se defenda um efeito automático dessa comunicação, irá declarar essa invalidade) ao contrato, por força da invalidade do acto administrativo que antecede o contrato. Todavia, não será coerente, da nossa parte, tecermos considerações sobre como esta circunstância revela uma abertura do sistema à nossa tese, fulminando o regime dos poderes de conformação contratual e a clara posição que toma a este respeito como um mito, agora deslindado. As normas do artigo 283.º do CCP têm, a este respeito, uma importância acessória na composição de todo este regime e nunca será demais realçar que surgem a respeito do tratamento de uma situação que resulta de uma operação de lógica: o contrato é inválido porque o acto de que dependeu a sua celebração também o é e quem o invalidar estará, também, a provocar a invalidade do contrato. O normativo dos artigos 302.º e 307.º do CCP não deixam negar essa possibilidade directa à Administração. Mas também se dirá que não é dotado de uma carga simbólica suficiente para negar, para todo o sistema, que por forma alguma se poderá invalidar administrativamente contratos administrativos, caso contrário teria configurado o artigo 283.º de forma bem diversa. Isto porque, repare-se, a Administração não estará a invalidar o contrato, mas somente a torna-lo inválido, sem que o possa invalidar. Gera-se, assim, uma caricata situação em que um órgão administrativo tem o poder de provocar a invalidade de um acto mas não tem o poder legal de o invalidar.

Por último, cabe também reflectir sobre a diferença de regime entre a invalidade própria e a consequente. Com efeito, até que ponto fará sentido um sistema que admita que, perante invalidades que derivam de um acto administrativo, a Administração possa ou deva pronunciar-se indirectamente sobre a invalidade do contrato e perante invalidades próprias do contrato, o não possa fazer?

2.2. A invalidade decorrente do próprio contrato

A invalidade do contrato administrativo assume, como se referiu, um carácter dual, reportado ao momento ou, fase do procedimento, em que se originou o vício que afecta o contrato. A invalidade que decorre do próprio contrato é aquela que não está associada a qualquer vício de um acto do procedimento pré-contratual, mas antes que é originada pelo próprio contrato, em caso de violação de um qualquer padrão de conformidade.

i) Fundamentos

A invalidade originaria do contrato administrativo encontra-se regulada no artigo 284.º do CCP, que dispõe o seguinte:

“1 - Os contratos celebrados com ofensa de princípios ou normas injuntivas são anuláveis.

2 - Os contratos são nulos quando se verifique algum dos fundamentos previstos no presente Código, no artigo 161.º do Código do Procedimento Administrativo ou em lei especial, designadamente:

a) Os contratos celebrados com alteração dos elementos essenciais do caderno de encargos e da proposta adjudicada que devessem constar do respectivo clausulado;

b) Os contratos celebrados com aposição de cláusulas de modificação que violem o regime previsto no presente Código quanto aos respectivos limites.

3 - São ainda aplicáveis aos contratos públicos as disposições do Código Civil relativas à falta e vícios da vontade.”

A organização deste preceito, à semelhança do artigo 283.º do CCP, acolhe a divisão entre as causas de nulidade e anulabilidade, conforme o tipo de vício que afecte o contrato. Tratando-se de vícios próprios do contrato, estes poderão decorrer da violação de vários tipos de requisitos, sejam estes relativos às partes do contrato, a exigências formais e procedimentais ou a exigências materiais¹⁰⁷. Parte do elenco desses vícios é já adiantada pelo legislador do CCP, quando este remete para as causas de nulidade do acto administrativo, previstas no artigo 161.º do CPA e quando remete para o regime de Direito Civil relativo à falta e vícios da vontade, cuja regulação se encontra prevista nos artigos 240.º a 257.º do CC.

O número 1 do artigo 284.º, ao invocar a violação de normas e princípios injuntivos¹⁰⁸, estabelece a regra geral em matéria de invalidade própria do contrato administrativo: a da anulabilidade. Consagra-se, assim, a aproximação ao regime geral da invalidade do acto administrativo¹⁰⁹, constante do número 1 do artigo 163.º do CPA¹¹⁰.

Esta opção pela paridade com o regime do acto administrativo não se verificava, no anterior regime, em relação a todos os contratos¹¹¹. Com efeito, o anterior

¹⁰⁷ Veja-se, a respeito dos vários tipos de vícios originários do contrato, e por todos, o quanto refere PEDRO GONÇALVES. No que diz respeito à violação dos *requisitos subjectivos* associados ao contraente público, os vícios do contrato poderão advir da falta de atribuições, da incompetência do órgão contratante para dispor sobre o objecto do contrato e da falta de legitimação devido a uma situação de impedimento do titular daquele órgão. Relativamente ao co-contratante, os vícios do contrato poderão advir da sua incapacidade para contratar, de uma situação de impedimento à participação no procedimento, à falta de vícios da vontade etc. Relativamente à violação das *exigências formais* a que o contrato também está subordinado, aponta o Autor os exemplos da falta de redução do contrato a escrito e a falta de menções obrigatórias no clausulado do contrato. Por fim, e quanto à matéria relativa a vícios *substanciais ou materiais*, estes, enquanto categoria naturalmente mais ampla, encontram-se associados a violações operadas pelas próprias cláusulas do contrato, a regras ou a princípios jurídicos. PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015, pp. 606 e 607.

¹⁰⁸ Não se concorda, no entanto, com a não equiparação dos princípios a normas jurídicas que se subentende no preceito.

¹⁰⁹ Neste sentido, vide ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos. Parte Geral*, AAFDL, 2014, p. 271.

¹¹⁰ A previsão normativa deste preceito já se refere, em nossa opinião correctamente, a *princípios ou outras normas*, equivalendo os princípios jurídicos à categoria de normas.

¹¹¹ Falando, precisamente a este respeito, do “(...) *cunho fortemente administrativista do CCP relativamente ao antecedente regime do CPA* (...)”, veja-se JOÃO PACHECO DE AMORIM, *A invalidade e a (in)eficácia do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2008, p. 651.

artigo 185.º do CPA, remetia, na sua alínea b) do número 3, o regime da invalidade dos contratos administrativos com objecto passível de contrato de direito privado¹¹² para o regime do CC – artigos 280.º, 281.º e 294.º do referido Código. Por força desta remissão, ficavam estes contratos sujeitos ao regime regra da nulidade, próprio do Direito Civil e prevista expressamente no artigo 294.º do CC, que fere de nulidade os negócios jurídicos celebrados *contra a lei*.

No entanto, as referidas normas do Código Civil não deixam de ser aplicáveis aos contratos administrativos, sem prejuízo da sua não aplicação quanto a uma das consequências jurídicas da ilicitude: a do desvalor. Com efeito, quando o legislador estabelece a anulabilidade dos contratos celebrados com ofensa de princípios ou outras normas injuntivas, não existe razão para restringir esta remissão apenas para o bloco de legalidade administrativo. Esta remissão abrangerá, até por força do número 4 do artigo 280.º do CCP, o bloco de legalidade do Direito Civil¹¹³. Mas esta aplicação do Direito Civil é restrita à função de padrão de conformidade e, portanto, servirá apenas como fundamento de ilicitude e não também como regulador do desvalor jurídico dessa ilegalidade nem de regulador do regime da invalidade desses vícios.

A norma reguladora do desvalor jurídico é, quanto à anulabilidade, a do número 1 do artigo 284.º do CCP, que declara que o desvalor para a desconformidade de um contrato com uma norma injuntiva é o da anulabilidade. Assim, opera-se uma restrição do âmbito de aplicação de certas normas do ordenamento jurídico civil. Por

¹¹² Como bem aponta PACHECO DE AMORIM, o CPA, ao manter, para este tipo de contratos, uma remissão que incluía também a cominação da nulidade, pretendia salvaguardar que a escolha da Administração por um contrato desta natureza não fosse motivada pela procura de um regime de invalidade mais favorável. No entanto, notava-se a ausência de um regime unitário da invalidade dos contratos da Administração, necessidade a que o presente CCP claramente acedeu, fazendo prevalecer “(...) a pureza dos princípios e coerência dogmática administrativista sobre esse tipo de ponderações.” JOÃO PACHECO DE AMORIM, *A invalidade e a (in)eficácia do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2008, p. 652, citando, relativamente a esta observação, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo, Vol. II*, Almedina, 2.ª Edição, 2011, p. 608.

¹¹³ Tal já não acontecerá com a nulidade, na medida em que o número 2 do artigo 284.º do CCP apenas admite como padrão de conformidade, em sede de invalidade própria do contrato administrativo, as normas do artigo 161.º do CPA ou aquelas previstas em lei especial, não restando espaço aplicativo às normas do CC.

exemplo, a norma do artigo 294.º do CC¹¹⁴ perderá, aqui, a sua operatividade aplicativa, dado que prevê um segmento normativo em que se traça a consequência, no plano do desvalor jurídico, para uma desconformidade contratual com um padrão de conformidade legal¹¹⁵. Assim se demonstra, num plano pratico, a regra geral da anulabilidade do contrato administrativo.

A nulidade dos contratos administrativos encontra-se, por força da remissão do número 2 do artigo 283.º, associada às causas de nulidade do acto administrativo previstas no artigo 161.º do CPA ou às causas constantes de lei especial¹¹⁶. A este respeito, avança o legislador com dois fundamentos de nulidade, nas alíneas a) e b) do número 2, prevendo respectivamente, a nulidade dos contratos celebrados com alteração dos elementos essenciais do caderno de encargos e da proposta adjudicada que devessem constar do respectivo clausulado e a nulidade dos contratos celebrados com aposição de cláusulas de modificação que violem o regime previsto no CCP quanto aos respectivos limites.

A leitura do elenco do artigo 161.º do CPA terá de acoplar o filtro da bilateralidade do contrato, de forma a que aquele não possa ser aplicado de forma acrítica no exercício da descoberta de invalidades contratuais. Com efeito, como bem refere PEDRO GONÇALVES¹¹⁷, o vício do desvio de poder para fins privados, pensado para actos unilaterais cujo único fim é a realização do interesse público, terá de assumir uma leitura adaptada à realidade contratual, cuja bilateralidade impõe que se considerem legítimos interesses privados no seio do contrato administrativo.

¹¹⁴ A norma dispõe que “[o]s negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos, salvo nos casos em que outra solução resulte da lei.”

¹¹⁵ O segmento normativo do artigo 294.º que eleva a padrão de conformidade uma *disposição legal de carácter imperativo* é, aqui, totalmente redundante, face ao número 1 do artigo 284.º do CCP. Com efeito, aquela norma não constitui um padrão de conformidade (que possa ser convocado por esta norma do CCP), sendo apenas uma norma definidora do desvalor jurídico em caso de violação do padrão de conformidade (legal) que é convocado. Ou seja, não é susceptível de ser violada, traçando apenas o desvalor jurídico em caso de violação de normas com carácter injuntivo e prescritivo.

¹¹⁶ Exemplo de uma “*lei especial*”, a este respeito, é a norma do número 3 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de Junho (que regula os procedimentos necessários à aplicação da lei dos compromissos e dos pagamentos em atraso), que dispõe que são nulos os contratos nos quais o contraente público assume compromissos em contravenção no referido número 3.

¹¹⁷ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015, pp. 607 a 609.

À falta e vícios da vontade são aplicáveis as disposições do CC, por força da remissão contida no número 3 do artigo 283.º do CCP. Discute-se, no entanto, o alcance concreto desta remissão, por força ora da diferença naturalística entre acto e contrato, ora do conteúdo, contraditório com o do regime civilista, das normas da nulidade do acto administrativo, previstas no artigo 161.º do CPA.

Veja-se o caso de um contrato administrativo celebrado com coacção moral. Trata-se de situação em que a previsão normativa do artigo 255.º do Código Civil, mas também da alínea f) do número 2 do artigo 161.º do CPA, gera um conflito normativo entre estas duas regras jurídicas, que a Doutrina tem solucionado pela comunicação da nulidade, aplicando a norma do CPA e derogando a do CC¹¹⁸. Esta parece ser uma consequência metodológica do Princípio da subsidiariedade do Direito Civil em matéria de contratação administrativa¹¹⁹ que, apesar de ditar a aplicabilidade de normas de Direito Privado à relação jurídica contratual administrativa, propugna que apenas assim o será se o ordenamento jus administrativo não estiver dotado de norma jurídica que dê solução à situação jurídica¹²⁰.

ii) A alteração operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017

Os dados normativos da invalidade própria do contrato administrativo, previstos no artigo 284.º do CCP foram também objecto de uma ligeira reformulação pela mais recente alteração legislativa, corporizada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017. Com

¹¹⁸ Veja-se, com este entendimento: ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos. Parte Geral*, AAFDL, 2014, p. 273; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III*, Dom Quixote, 2008, p. 130; JOÃO PACHECO DE AMORIM, *A invalidade e a (in)eficácia do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2008, p. 653.

¹¹⁹ A este respeito, vide LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *Direito dos Contratos Públicos e Administrativos*, AAFDL, 2014, pág. 353.

¹²⁰ Em sentido contrário, referindo que a derrogação do regime civilista não resulta da aplicação do Princípio da subsidiariedade vide LUÍS CABRAL DE MONCADA, *A invalidade do Contrato Administrativo*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume IV, Coimbra Editora, 2012, p. 584.

efeito, mantendo-se inalterados os números 1 e 3 do preceito, foi reconfigurado o texto do número 2 do artigo 284.º.

A nulidade própria do contrato administrativo ocorreria, na versão anterior do Código, quando se verificasse “(...) *algum dos fundamentos previstos no artigo 133.º do Código do Procedimento Administrativo ou quando o respectivo vício determin[asse] a nulidade por aplicação dos princípios gerais de direito administrativo*”.

A versão do Decreto-Lei n.º111-B/2017, como se referiu, suprime a referência aos princípios gerais de Direito Administrativo e incorpora os fundamentos de nulidade previstos no CCP, mantendo a referência às causas de nulidade do acto administrativo elencadas no CPA.

Trata-se, a nosso ver, de solução preferível. Com efeito, a nulidade, não sendo a regra no direito contratual administrativo, torna necessário que a sua causa fundante se revista de algum grau de segurança jurídica. Ao associarem-se os princípios administrativos às causas de nulidade tornava-se demasiado estreita a fronteira entre a nulidade e a anulabilidade do contrato administrativo, uma vez que a contrariedade aos demais princípios de Direito Administrativo (que não aqueles que determinem a nulidade do contrato), gerará anulabilidade e não nulidade.

3. Regime da invalidade

Apurados os fundamentos da invalidade contratual administrativa, há que dirigir a investigação para a descoberta do respectivo regime jurídico associado às referidas invalidades. Proceder-se-á, nesta sede, à identificação ao exercício interpretativo a respeito do regime aplicável à invalidade do contrato administrativo e ao respectivo âmbito de aplicação desse regime.

3.1. O novo critério definidor do regime da invalidade dos contratos administrativos

A identificação do regime da invalidade do contrato administrativo encontra-se actualmente regulada no artigo 285.º do CCP¹²¹. O preceito é comum aos dois tipos distintos do fundamento da invalidade, derivada ou própria, do contrato administrativo, destinando-se, portanto, a regular o concreto regime das invalidades do contrato, cujo tipo (nulidade ou anulabilidade) foi já aferido nos artigos 283.º e 284.º do CCP. Definindo-se, em momento anterior, esse tipo de invalidade, o artigo 285.º vem definir qual será, concretamente e em função do tipo de contrato, o regime aplicável a essa invalidade.

Regulando, nos dois últimos números, o regime a instituir para as situações de redução e conversão do contrato.

Cumpre, numa primeira abordagem à matéria do regime da invalidade do contrato administrativo, notar a diferença de regime instituída pela mais recente alteração ao CCP

¹²¹ O artigo citado dispõe o seguinte:

“1 - Aos contratos com objeto passível de ato administrativo e outros contratos sobre o exercício de poderes públicos é aplicável o regime de invalidade previsto para o ato administrativo.

2 - Aos demais contratos públicos aplica-se o regime de invalidade do presente Código e o previsto na legislação administrativa.

3 - Todos os contratos públicos são suscetíveis de redução e conversão, nos termos do disposto nos artigos 292.º e 293.º do Código Civil, independentemente do respetivo desvalor jurídico.

4 - Caso não seja possível a redução ou a conversão do contrato e o efeito anulatório se revele desproporcionado ou contrário à boa-fé, pode este ser afastado por decisão judicial ou arbitral, ponderados os interesses público e privado em presença e a gravidade do vício do contrato em causa.”

– empreendida pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017 -, no que podemos considerar uma das mais relevantes em matéria de invalidade do contrato administrativo, na medida em que se assume um novo paradigma a respeito do respectivo regime de invalidade.

O preceito traça uma dualidade fundamental relativa ao tipo de contrato, estabelecendo-se diferentes regimes de invalidade consoante o contrato inválido seja um contrato com objecto passível de acto administrativo (ou um outro contrato sobre o exercício de poderes públicos) ou um qualquer outro contrato público. Importa referir que o artigo 285.º não se ocupa da definição e densificação do regime dessa invalidade, limitando-se a remeter para os concretos regimes entendidos como preferíveis a dar regulação às situações descritas no corpo do artigo¹²².

i) A remissão para o regime de invalidade do acto administrativo

Com efeito, e de acordo com o número 1 do artigo 283.º, caso a invalidade afecte um contrato com objecto passível de acto administrativo ou outro contrato sobre o exercício de poderes públicos, aplicar-se-á *o regime de invalidade previsto para o acto administrativo*. Manteve-se, no essencial, o que já resultava das anteriores versões do Código, mas algumas diferenças de regime que importa assinalar.

Na versão do preceito resultante da alteração legislativa empreendida pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro (em vigor à data de publicação do Decreto-Lei n.º 111-B/2017), a norma referia-se apenas aos “*contratos com objeto passível de ato administrativo*”, categoria, como se sabe, mais restrita daquela referente aos contratos sobre o exercício de poderes públicos. Com a inclusão da figura dos *contratos sobre o*

¹²² Trata-se, também, de outra subtil alteração empreendida pelo Decreto-Lei n.º 111-B./2017, na medida em que o texto da anterior versão do preceito continha, por força da as alterações ao CPTA e ao ETAF um regime de arguição de invalidades dos contratos administrativos, cuja regulação, dir-se-á, faz seguramente parte do concreto regime de invalidade aplicável a cada tipo de contrato administrativo.

exercício de poderes públicos regressa-se, portanto, ao que resultava da versão do Código em vigor antes da vigência do Decreto-Lei n.º 214-G/2015¹²³.

Por outro lado, o legislador do Decreto-Lei n.º 214-G/2015 delineava uma especificação adicional, ao estabelecer que o regime da invalidade em causa era aquele previsto para o acto “*com o mesmo objeto e idêntica regulamentação da situação concreta*”. Esta referência é suprimida na nova versão do Código, tal qual alterado pelo Decreto-Lei n.º 111/2017. A supressão da referida expressão é de salutar, uma vez que esta mantinha o seu objecto restrito aos contratos substitutivos de actos administrativos¹²⁴.

Merece a nossa concordância a inclusão do universo dos *contratos sobre o exercício de poderes públicos*, cujo regime da respectiva invalidade fica, assim, remetido para uma realidade específica, a do acto administrativo.

No entanto, parece-nos que teriam de ter sido tomadas em consideração algumas particularidades a este respeito, na medida em que nem todas a realidade deste tipo de contratos se reporta a actos administrativos.

Com efeito, tratando-se de um contrato sobre o exercício do poder regulamentar, este terá o seu regime de invalidade gizado por referência a uma realidade (a do acto administrativo) que não se identifica com a figura do regulamento administrativo. Assim, o respectivo regime da invalidade deste universo de contratos deveria prever a remissão para o regime da invalidade do regulamento administrativo – previsto no artigo 144.º do CPA - quando o objecto dos contratos sobre o exercício de poderes públicos se reportasse a um regulamento administrativo¹²⁵.

¹²³ Cujá última versão em vigor era a que resultava da redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho.

¹²⁴ Veja-se, neste sentido, criticando o regime legal vigente anteriormente à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III, Dom Quixote*, 2008, p. 132.

¹²⁵ Acentuamos a crítica na exacta em medida em que não nos parece ser metodologicamente viável operar uma aplicação analógica do regime da invalidade dos regulamentos administrativos, previsto no artigo 144.º do CPA a contratos sobre o exercício de poderes públicos que versem sobre regulamentos.

ii) A remissão para o regime da invalidade do CCP e para o regime previsto na legislação administrativa

A grande inovação surge no critério definidor do regime dos demais contratos¹²⁶. Para os demais contratos públicos aplicar-se-á, de acordo com o número 2 do mesmo preceito, *o regime da invalidade constante do CCP e o previsto na legislação administrativa*.

O critério em questão é a assunção de uma emancipação de uma teoria geral da invalidade contratual administrativa, ancorada no regime da invalidade previsto Código ou na restante legislação administrativa, cujo principal repositório será o CPA, enquanto lei fundamental do procedimento administrativo.

O regime da invalidade do contrato administrativo tem, historicamente, dependido de uma remissão quase integral para o Direito Civil.

Com efeito, na versão anterior à entrada em vigor do CCP, a alínea b) do número 3 do artigo 185.º do CPA previa que se aplicava “[q]uanto aos contratos administrativos com objecto passível de contrato de direito privado, o regime de invalidade do negócio jurídico previsto no Código Civil.”

Com a entrada em vigor do CCP e até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, previa-se norma similar, com uma extensão do âmbito dos contratos sujeitos ao regime civilístico, passando o número 2 do artigo 285.º a dispor que “[a]os demais contratos administrativos¹²⁷ é aplicável o regime de invalidade consagrado no direito civil.”

Assim se instituiu um sistema dual quanto ao regime da invalidade do contrato administrativo¹²⁸. O Direito Civil era convocado a regular as consequências jurídicas da

¹²⁶ O conceito de “demais contratos” para efeitos do regime da invalidade dos contratos previsto no artigo 285.º é feito, assim, pela negativa, como quaisquer contratos públicos que não sejam contratos sobre o exercício de poderes públicos.

¹²⁷ Ao invés da anterior expressão *contratos administrativos com objecto passível de contrato de direito privado*, de alcance menor.

¹²⁸ As diferenças de regime entre as regras do Código Civil e as regras da invalidade do acto administrativo não eram, no entanto, tão significativas quanto poderia, numa primeira leitura, parecer. Com efeito, alguma doutrina questionava, inclusive, que se pudesse falar, com propriedade, da existência de dois regimes distintos. De acordo com MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “(...) os dois regimes de invalidade do contrato administrativo são praticamente iguais: a única diferença significativa reside

invalidade que afectava os contratos administrativos, numa opção legislativa que o assumia preferível para os contratos cujo objecto não exigisse a aplicação do regime do acto administrativo.

Este *status quo* sofre, assim, aparentemente, uma radical alteração¹²⁹, com o novo critério do número 2 do artigo 285.º do CCP, na medida em que este suprime a referência ao regime do CC¹³⁰ e remete para o regime da invalidade previsto no CCP e para a demais legislação administrativa. Surge, de imediato, a questão de saber como proceder à interpretação da referida norma, extraindo da mesma o seu real alcance.

O regime da invalidade do CCP é parco e circunscrito, limitando-se a consagrar alguns regimes especiais de invalidade¹³¹. Com efeito, e no que ao caderno de encargos do procedimento de empreitada diz respeito, dispõe o número 8 do artigo 43.º do CCP que o mesmo será nulo caso se verifiquem determinadas circunstâncias¹³², sendo que tal nulidade é susceptível de sanção, nos termos do número 9 do mesmo preceito, que remete para o número 2 do artigo 164.º do CPA (ratificação, reforma e conversão).

na circunstância de o regime de invalidade do acto administrativo não impor o carácter simultâneo da repetição do indevido em virtude da anulação ou declaração de nulidade do contrato, ao contrário do que se passa no regime do CC (art. 290.º CC). Em face disto, pode questionar-se a existência de uma dualidade de regimes.” MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III*, Dom Quixote, 2008, p. 135.

¹²⁹ Estamos a excluir desta singela resenha histórica o regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015. Este diploma procedeu à supressão da remissão para o regime do CC mas fê-lo sem enunciar um novo critério definidor do regime da invalidade contratual. Com efeito, e com o intuito de harmonizar o regime da legitimidade e prazos para a impugnação de contratos com a alteração ao CPTA e ao ETAF que também, e principalmente, veio instituir, no número 2 do artigo 285.º do CCP, que a “(...) *anulabilidade, total ou parcial, dos demais contratos pode ser arguida no prazo de seis meses, contado desde a data da celebração do contrato ou, quanto a terceiros, do conhecimento do seu clausulado.*” Na falta de um critério, sempre teria aplicação, até pela sedimentação histórica, o regime do CC, por força do número 4 do artigo 280.º do CCP.

¹³⁰ Mantendo, no entanto, essa remissão para as hipóteses de redução e conversão do contrato, de que se falará adiante.

¹³¹ Sobre os mesmos e reflectindo a mesma ideia, veja-se ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A invalidade do Contrato no Código dos Contratos Públicos*, in *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, 2017, p. 851.

¹³² Sendo estas causas de nulidade as seguintes: (i) quando este não seja integrado pelo projeto de execução previsto no número 1 do artigo 43.º ou pelo programa preliminar previsto na parte final do número 3 do mesmo artigo; (ii) quando este seja elaborado em violação do disposto no número 2 do artigo 43.º; (iii) quando o projeto de execução nele integrado não esteja acompanhado dos elementos previstos no número 5 e (iv) quando os elementos da solução da obra nele integrados não observem o conteúdo obrigatório previsto na portaria referida no número anterior.

O artigo 299-A do CCP prevê, igualmente, um regime especial relativamente às cláusulas contratuais que, sem motivo atendível e justificado face às circunstâncias concretas, estabeleçam prazos superiores a 60 dias para o vencimento das obrigações pecuniárias, prevendo que as mesmas se têm por não escritas.

O artigo 384.º do CCP, a respeito dos requisitos formais da celebração de subempreitadas, regula a legitimidade para arguição da nulidade do empreiteiro, que deverá assegurar-se e certificar-se do cumprimento dos respectivos requisitos sob pena de não estar legitimado para tal.

Fora dos *supra* referidos preceitos, não existe nenhum outro regime de invalidade previsto no CCP.

Mais ampla se revela a segunda remissão, que transporta o intérprete para o regime da invalidade previsto na legislação administrativa. No entanto, o ordenamento jurídico administrativo Português não se encontra dotado de uma teoria geral das invalidades contratuais ou, em geral, de uma teoria geral da invalidade da actuação administrativa¹³³. Pelo que, em termos materiais, o regime da invalidade do contrato administrativo terá de se socorrer do regime da invalidade previsto no CPA, pensado para o acto e para o regu-lamento administrativo. É, este, assim, o sentido imediato da remissão para o *regime previsto na legislação administrativa*.

No entanto, permanece legítimo questionar, perante este novo quadro normativo, se terá ainda aplicação a norma do número 4 do artigo 280.º do CCP, que estabelece a aplicabilidade do Direito Civil, de forma subsidiária, a tudo quanto não estiver regulado no CCP, na demais legislação administrativa ou em lei especial e não seja suficientemente disciplinado por aplicação dos princípios gerais de Direito Administrativo.

Sobre este problema de identificação do regime da invalidade contratual administrativa já se pronunciou ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ¹³⁴, advogando que “(...) às

¹³³ Neste sentido, ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A invalidade do Contrato no Código dos Contratos Públicos*, in *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, 2017, p. 852.

¹³⁴ Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A invalidade do Contrato no Código dos Contratos Públicos*, in *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, 2017, p. 852.

invalidades de todos os contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação dos artigos 283.º e seguintes se aplica o disposto no CPA em matéria de nulidade e anulabilidade do ato administrativo, com excepção das normas que se revelem incompatíveis com disposições especiais do CCP.”

Discordamos, em parte, com a Autora. Concorde-se com a conclusão fundamental traçada, i.e., de que se deverá, numa primeira linha, aplicar o regime da invalidade administrativa previsto no CPA, o que afasta a aplicação do regime do Direito Civil. No entanto, não entendemos que se deverá aplicar, em exclusivo, o regime da invalidade do acto administrativo, tal como entende a Autora¹³⁵. Em nossa opinião, não excluindo o legislador (e bem) o regime da invalidade do regulamento administrativo previsto no CPA, este deverá ter aplicação, por força da remissão do número 2 do artigo 285.º do CCP, aos chamados *contratos sobre o exercício do poder regulamentar*. Com efeito, um contrato que se destine a vincular a Administração a emitir um regulamento administrativo ou a conformar o seu conteúdo, ou um contrato que substitua esse mesmo regulamento administrativo, com efeitos normativos, reclama um regime de invalidade pensado para a figura que é seu objecto: o regulamento administrativo. Terá aqui aplicação, portanto, o previsto no número 4 do artigo 144.º do CPA, que dispõe que a retroactividade da declaração de invalidade não afecta os casos julgados nem os actos administrativos que se tenham tornado inimpugnáveis, salvo, neste último caso, quando se trate de actos desfavoráveis para os destinatários.

E tal é assim independentemente da norma prevista no número 1 do artigo 285.º do CCP. Com efeito, e como se explanará adiante, a respeito do regime da invalidade dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, o legislador apenas teve em consideração e apenas equacionou a figura dos contratos com objecto passível de acto administrativo, razão pela qual remeteu o seu regime para o do acto administrativo. Ora não poderá valer,

¹³⁵ Que admite, expressamente, em nota de pé de página, a “(...) *inadequação ao contrato do regime de invalidade do regulamento*.” Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A invalidade do Contrato no Código dos Contratos Públicos*, in *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, 2017, p. 852, nota de pé de página 71.

para os contratos com objecto passível de regulamento administrativo, o regime de invalidade previsto para o acto, dado que se trata de uma realidade diversa da do contrato e do regulamento.

Resta, por fim, saber se ainda se poderá encontrar alguma regulação no regime de Direito Civil, o que equivale a averiguar da operatividade, para a questão do regime da invalidade do contrato administrativo, da norma do número 4 do artigo 280.º do CCP.

Ora, como se referiu, parece resultar, de forma clara, que a solução imediata será o recurso às normas de invalidade do CCP ou do CPA. Mas questão diversa é saber se, em caso de insuficiência de regulação dessas normas, se poderá recorrer ao regime civil. Parece-nos que a referida norma ainda terá alguma margem de aplicação. Se pela aplicação do regime de Direito Administrativo se concluir pela ausência de norma reguladora ou pela insuficiência ou inadequação do regime previsto no ordenamento administrativo, não nos parece que poderá o intérprete aplicador deduzir, de imediato, a existência de uma lacuna. Esgotado o âmbito de regulação para o qual remete o artigo 285.º do CCP, não se deverá partir para o exercício metodológico da integração de lacunas, mas antes deverá respeitar-se a coerência do sistema, recorrendo à norma do número 4 do artigo 284.º. Esta norma concretiza a opção do legislador do CCP relativamente ao regime a aplicar ao contrato administrativo, pelo que não parece ter sido a intenção do legislador do Decreto-Lei n.º 111-B/2017 a sua derrogação no que ao regime da invalidade do contrato administrativo diz respeito.

Assim, o próximo passo metodológico será, ainda, procurar uma solução nos princípios gerais de Direito Administrativo, cuja concretização ao caso concreto poderá gizar uma solução dentro do sistema do Direito Administrativo. Só na falta dessa solução se partirá para a aplicação do regime de Direito Civil.

3.2. O regime da invalidade dos contratos sobre o exercício de poderes públicos

A boa interpretação do sentido jurídico da norma prevista no número 1 do artigo 285.º pressupõe a compreensão de duas realidades: (i) o conceito de *contratos com objecto passível de acto administrativo* e *contratos sobre o exercício de poderes públicos* e (ii) o alcance da remissão para o regime da invalidade do acto administrativo.

i) Contratos sobre o exercício de poderes públicos

A figura dos *contratos sobre o exercício de poderes públicos* tem sido vítima de uma abordagem terminológica errática. O legislador manteve-se, no entanto e de forma correcta, coerente com a nomenclatura já por si antes utilizada na alínea *b*) do número 6 do artigo 1.º do CCP. É dentro desta categoria contratual que estão inseridos os *contratos com objecto passível de acto administrativo*, categoria que lhe assume o paradigma, o que resulta corroborado pela especial referência feita pelo legislador do artigo 285.º do CCP, destacando-os do universo dos *contratos sobre o exercício de poderes públicos*. Correspondem a contratos sobre o exercício de poderes públicos porque neles se estipula o modo ou o sentido do exercício futuro de tais poderes ou por determinarem eles próprios a produção de certos efeitos jurídico-públicos.

A consagração da figura está intrinsecamente ligada ao *Princípio da autonomia pública contratual* (hoje positivado no artigo 278.º do CCP), no sentido de se conferir à Administração Pública um verdadeiro poder de alternativa entre a forma unilateral e a contratual. Isto significa que, enquanto princípio geral, não é necessária lei expressa a indicar o contrato como instrumento pronto a utilizar, podendo a mesma Administração fazê-lo quando o julgar mais conforme com o interesse público, sempre que tal não seja proibido.

Embora o artigo 278.º CCP não se refira expressamente à alternatividade entre acto administrativo (ou regulamento administrativo) e contrato, deve entender-se que a habilitação genérica daquela norma abrange esta possibilidade. Para isto concorre, em primeiro lugar, o facto de o próprio CCP se referir à figura no número 1 dos artigos 287.º, 310.º e 337.º (o que demonstra uma serenidade e abertura na sua utilização). Em segundo lugar, não se vislumbra, no próprio artigo 278.º CCP, uma limitação quanto a esta categoria de contratos, pois está arvorado em princípio geral, gerador de uma reversão em termos de deixar contratar sempre que não for proibido e não quando apenas for permitido. Em terceiro lugar, não nos parece que se cumpram qualquer uma das duas limitações constantes da parte final do preceito, pois não existe norma legal proibitiva e não parece que se possa argumentar que estes contratos incorreriam numa contrariedade à natureza das relações a estabelecer, pois a tendência, desde o advento do Estado Social, é a da generalização do contrato administrativo em domínios típicos da actuação unilateral administrativa¹³⁶.

Em resultado e a corroborar o que se diz, importa referir a existência de certos preceitos constitucionais (de que é magno exemplo o número 5 do artigo 267.º da Constituição da República Portuguesa) a impor uma aproximação entre particulares e Administração na procedimentalização administrativa.

A expressão *exercício de poderes públicos* é especialmente elucidativa. O objecto destes contratos é a actuação jurídico-pública: ou através da auto vinculação conformadora do acto ou regulamento ou através da substituição pelo contrato. Mas é um especial agir público que está a assumir a veste do contrato, sustentado no reduto da autonomia pública contratual.

¹³⁶ Neste sentido, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, Almedina, 2.ª ed., Coimbra, 2009, p.79.

Podemos subdividi-los em duas categorias¹³⁷:

- i) Contratos obrigacionais;
- ii) Contratos decisórios.

Os contratos sobre o exercício dos poderes públicos **obrigacionais** são contratos pelos quais a Administração se vincula à emissão (ou omissão) de um acto administrativo ou de um regulamento administrativo antes ou no decurso de um determinado procedimento. Estes contratos assemelham-se a uma promessa¹³⁸ de acto ou de regulamento administrativo¹³⁹, na medida em que têm por objecto uma conduta posterior da Administração. No entanto, não podem com ela ser confundidos, devido ao carácter unilateral desta última.

Dentro deste tipo de contratos podemos inserir também duas categorias distintas, cuja diferença subsiste apenas quanto ao seu conteúdo (objecto imediato), dado que se revelam idênticas em relação ao respectivo objecto (mediato), uma vez que são referentes a uma mesma conduta administrativa. São elas, em primeiro lugar, uma vinculação contratual em relação ao *an*, ou seja, quanto a emitir, ou não, determinado acto ou regulamento administrativo; e, em segundo lugar, uma vinculação em relação ao *quomodo*, em que, para além da vinculação a contratar, se estipula um determinado conteúdo conformador da conduta futura da Administração Pública.

Os **contratos decisórios**¹⁴⁰, por seu turno, traduzem uma actuação substitutiva da Administração. A expressão *decisórios* advém do facto de se colocar termo ao procedimento, decidindo-o. Mas não se poderá, obviamente, bastar com a decisão final de um

¹³⁷ Cfr. Mark Kirkby, *Contratos sobre o exercício de poderes públicos*, Coimbra, 2011, pp. 279 e ss. Alexandra Leitão, *Contratos Interadministrativos*, Coimbra, 2011, p. 247; Ana Raquel Gonçalves Moniz, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez*, Coimbra, 2012, p. 516.

¹³⁸ Sobre a promessa em Direito Administrativo, vide: JOÃO TABORDA DA GAMA, *Promessas Administrativas. Da Decisão de Autovinculação ao Acto Devido*, Lisboa, 2008.

¹³⁹ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III, Dom Quixote*, 2008, p. 295.

¹⁴⁰ Também apelidados de contratos substitutivos de acto ou de regulamento administrativo, precisamente porque substituem a conduta unilateral da Administração.

procedimento, qual definitividade horizontal. A expressão *decisórios* terá que ter o alcance para acolher qualquer acto ou regulamento administrativo, mesmo prévio ao término do procedimento. Esta asserção não confunde este segundo tipo de contratos com os *contratos obrigacionais*, porquanto estes nunca “*completam*” um acto administrativo, visando apenas um determinado espaço discricionário que lhe é imanente e que se quer regular. Decidir um acto administrativo *intra* procedimental através de um *contrato decisório* não, por isso, é o mesmo que definir um qualquer aspecto sobre o conteúdo de um acto final de um procedimento.

ii) Regime de invalidade

O número 1 do artigo 285.º dispõe que o regime da invalidade dos contratos com objecto passível de acto administrativo e outros contratos sobre o exercício de poderes públicos é o previsto para o acto administrativo.

Pela mera leitura literal do preceito, surge a dúvida sobre se a remissão em causa se reporta apenas ao regime da invalidade do acto administrativo previsto no CPA ou se também pretendia alcançar outro tipo de regimes, especiais, que consagrem um regime de invalidade para certos tipos de actos administrativos. Com efeito, e ao contrário da técnica legislativa utilizada no número 2 do artigo 284.º do CCP, aquele outro preceito não opera uma remissão expressa e directa para o CPA, preferindo a expressão “*regime de invalidade previsto para o acto administrativo*”¹⁴¹. No entanto, e ao contrário do que se dispõe no número 2 do artigo 285.º, também não existe uma remissão, assumidamente ampla, para o “*previsto na legislação administrativa*.”.

Entendemos que o regime da invalidade deste tipo de contratos não é, necessariamente, o previsto no CPA. Propugnamos, assim, que relativamente aos contratos decisórios, o concreto regime de invalidade dos mesmos se há de aferir em função do

¹⁴¹ O mesmo acontece, por exemplo, com as remissões operadas para o Direito Civil efectuadas pelo legislador do CCP. Com efeito, o número 3 do artigo 285.º remete, expressa e inequivocamente, para o regime dos artigos 292.º e 293.º do CC e o número 3 do artigo 284.º remete (a respeito da falta e dos vícios da vontade), igualmente, para “*as disposições do Código Civil relativas à falta e vícios da vontade*.”, sendo que apenas nos estamos a reportar aos preceitos sobre invalidade.

regime que iria reger o acto ou regulamento que foi substituído pelo contrato. Parece, salvo melhor opinião, ter sido essa a intenção do legislador, apesar de o ter feito em moldes restritos e tendo apenas em vista a figura do contrato com objecto passível de acto administrativo, com um regime de invalidade geral. Com efeito, a teleologia da norma é a de adequar o regime da invalidade deste tipo de contratos ao seu objecto, seja este um acto ou um regulamento administrativo.

Assim, se, por exemplo, for celebrado um contrato substitutivo de um acto cujo regime para a respectiva nulidade seja atípico, por esta contemplar um prazo de arguição, o regime da invalidade do respectivo contrato seguirá esta regra que se previa para o acto, implicando que a nulidade do contrato esteja sujeita a prazo de arguição.

Surge, também, um outro problema de interpretação do artigo 285.º, este relativo ao regime que se deverá aplicar à invalidade dos contratos sobre regulamentos, ou contratos sobre o exercício do poder regulamentar. Perante um contrato sobre o exercício do poder regulamentar, deverá o respectivo regime da invalidade seguir, ao abrigo do número 1 do artigo 285.º do CPA, o regime do acto administrativo, ou poder-se-á defender a aplicação do regime da invalidade do regulamento administrativo?

Cumprе definir sumariamente a presente figura¹⁴², de forma a poder-se apreender, com mais propriedade, as suas reais implicações. Os contratos sobre o exercício do poder regulamentar são negócios jurídicos onde a Administração decide contratu- alizar o seu poder regulamentar de modo a vincular-se a realizar qualquer tipo de comportamento positivo ou negativo¹⁴³, ora condicionando a actuação futura da emissão de normas regulamentares ora substituindo essas normas por contratos

¹⁴² Sobre este tipo de contratual vide, na doutrina, ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidade*, Coimbra, 2012 p. 516; Alexandra Leitão, *Contratos Interadministrativos*, Coimbra, 2011, p. 247 e JORGE ALVES CORREIA, *Contrato e poder público administrativo – em especial, os “novos” contratos com objecto passível de regulamento administrativo*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, IV, Coimbra Editora, 2012, pp. 195 a 225.

¹⁴³ Cfr. ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidade*, Coimbra, 2012 p. 516. Podemos acompanhar, no geral, o conceito da Autora: “(...) contratos administrativos endoprocedimentais celebrados entre a Administração e os particulares (ou, em certos casos, entre entidades administrativas), com o objectivo de concertar posições

administrativos, pelo que se mantém a anteriormente referida distinção entre contratos obrigacionais e contratos decisórios.

Tal como nos contratos obrigacionais relativos a actos administrativos, também dentro destes parentes regulamentares se encontra uma subdistinção: entre os contratos em que a Administração apenas se vincula à emissão ou omissão de emissão de um regulamento administrativo – existindo, de novo, o referido binómio sobre a vinculação quando ao *an*, sendo este o espaço mínimo de discricionariedade da decisão, consubstanciando a magna opção entre fazer ou não fazer ; e os contratos em que é estipulado um certo conteúdo – existindo, portanto, uma margem mais ampla de discricionariedade a ser preenchida e parametrizada, que consubstanciam uma vinculação quanto ao *quomodo*, ou se se preferir, quanto ao *quid*.

Os contratos substitutivos de regulamentos administrativos (ou contratos decisórios relativos a regulamentos administrativos) são contratos celebrados com o fito de definir os contornos de uma disciplina jurídica que poderia, em alternativa, ser conformada unilateralmente pela Administração através de um regulamento administrativo, substituindo essa actuação unilateral pela via bilateral.

Pode, assim, o modo de produção destes efeitos jurídicos ser alcançado por diferentes vias. Importa, no entanto, referir que a admissibilidade dos contratos substitutivos de regulamento administrativo ainda não se encontra segura, muito menos sedimentada no panorama administrativo Português, dado que implica um cruzamento próximo com as sempre sensíveis questões de competência, de tramitação e de vinculação.

Como atrás explanado, entendemos que se deverá aplicar a este tipo de contratos o regime da invalidade previsto para o regulamento administrativo¹⁴⁴ e não aquele

quanto à emissão futura de um regulamento administrativo”. No entanto também admitimos os contratos decisórios nos contratos sobre o exercício do poder regulamentar pelo que acrescentamos, também: *com o objectivo de o substituir*, apesar de estes últimos receberem já outro *nomem iuris*.

¹⁴⁴ Este regime, também dentro da linha de pensamento que apresentamos atrás, poderá não ser, necessariamente, o regime geral previsto no CPA mas poderá ser o regime que seria aplicável ao concreto regulamento administrativo que o contrato veio substituir, caso de contratos substitutivos de regulamentos administrativos.

previsto para o acto administrativo. Esta posição, no entanto, parece contrariar a letra do número 1 do artigo 285.º do CCP.

Apresentam-se como possíveis duas vias metodológicas¹⁴⁵ para se poder concluir e firmar esta interpretação do artigo 285.º: através de uma (i) redução teleológica do alcance da norma do número 1 do artigo 285.º, ou através de uma (ii) interpretação correctiva dessa mesma norma.

A interpretação correctiva teria, no presente caso, a virtuosidade de ultrapassar a remissão expressa para o acto administrativo, relativamente ao regime da invalidade de todos os contratos sobre o exercício de poderes públicos, não aplicando a referida norma para o caso dos contratos sobre o poder regulamentar, criando, assim, uma excepção de regime para este tipo de contratos. De acordo com TEIXEIRA DE SOUSA¹⁴⁶, esta figura¹⁴⁷ “(...) *pode manifestar-se tanto na aplicação da lei a um caso que ela exclui, ou seja, na eliminação de uma excepção prevista na lei, como na não aplicação da lei a um caso que ela abrange, isto é, na construção de uma excepção não prevista na lei.*”. No entanto, e por força do disposto no número 2 do artigo 8.º do CC¹⁴⁸, este tipo de interpretação não é aceite no ordenamento jurídico Português.

A solução que preconizamos pode, no entanto, ser alcançada por via de uma redução teleológica da norma do número 1 do artigo 285.º do CCP, de forma a que, através de uma interpretação restritiva do alcance da expressão legal de *contratos sobre o exercício de poderes públicos*, se possam excluir os contratos sobre o exercício do poder regulamentar.

Com efeito, e como se referiu, não nos parece que o legislador tenha tido a intenção de incluir, no texto do número 1 do artigo 285.º do CCP, os referidos contratos sobre o exercício do poder regulamentar, ou não teria remetido o seu regime de

¹⁴⁵ Desconsideramos, aqui, a possibilidade da utilização de uma interpretação ab-rogante, ou revogatória, dado que entendemos não ter aqui aplicação.

¹⁴⁶ Cfr. *Introdução ao Direito*, Almedina, 2012, p. 382.

¹⁴⁷ Cujas origem pensada e escrita se reportará à *Ética a Nicómaco*, de Aristóteles.

¹⁴⁸ Dispõe a *supra* referida norma que “[o] *dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo*”.

invalidade para o acto administrativo. Com efeito, a remissão para o regime do acto, para os referidos contratos, tornar-se-ia numa peculiaridade sistemática: das três formas de actuação administrativa¹⁴⁹, acto, regulamento e contrato, os contratos sobre o exercício do poder regulamentar comungam de todas menos do acto administrativo.

Parece também concorrer para este entendimento o facto de o legislador se ter referido expressamente aos contratos com objecto passível de acto administrativo, para só depois se referir, também aos restantes contratos sobre o exercício do poder público. Tal demonstra que era naqueles que o seu fito regulador se baseou.

Pelo que se afigura legítimo¹⁵⁰ operar uma redução teleológica da letra do número 1 do artigo 285.º do CCP, de forma a restringir o alcance da expressão contratos sobre o exercício de poderes públicos para que a mesma apenas abranja aquilo que, teleologicamente, o legislador quis abranger¹⁵¹, excluindo do seu âmbito os contratos sobre o exercício do poder regulamentar. Seguindo a lição metodológica de BAPTISTA MACHADO¹⁵², “[o] intérprete não deve deixar-se arrastar pelo alcance aparente do texto, mas deve restringir este em termos de o tornar compatível com o pensamento legislativo (...)”. Para tal concorrem não apenas o elemento teleológico da interpretação jurídica como o próprio elemento sistemático, que aqui reclama uma coerência de regimes aplicáveis ao regulamento administrativo ou a actuações de feição normativa.

¹⁴⁹ Excluindo a actuação através de operações materiais.

¹⁵⁰ Tal como referido por OLIVEIRA ASCENSÃO, “[o] próprio art. 9/1 do Código Civil português funda positivamente esta indispensável operação, ao opor à letra o pensamento legislativo e preferir este último. Consagrou assim, quer a interpretação extensiva, quer a interpretação restritiva.” Cfr. *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 6.ª Edição, Almedina, 1991, p. 398, nota de pé de página 1.

¹⁵¹ Como bem refere TEIXEIRA DE SOUSA, a este respeito, “[n]a interpretação restritiva, o resultado da interpretação é mais restrito do que o significado literal da lei: o espírito da lei fica aquém da letra da lei, pelo que não se justifica que se infira uma regra que seja aplicável a todos os casos que são abrangidos pela sua letra.” Cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Almedina, 2012, p. 377.

¹⁵² Cfr. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 2002, p. 186.

3.3. A redução e a conversão

O número 3 do artigo 285.º do CCP estabelece que “[t]odos os contratos públicos são susceptíveis de redução e conversão, nos termos do disposto nos artigos 292.^{o153} e 293.^{o154} do Código Civil, independentemente do desvalor jurídico.”.

O legislador preferiu, nesta sede, introduzir o conceito legislativo de *contratos públicos*, à semelhança do que também consta do número anterior. Esta opção pode ser criticável por dois motivos essenciais: em primeiro lugar, porque se concretiza no âmbito de um regime de invalidade que, por constar da Parte III do Código, se aplicará, geneticamente, aos contratos administrativos¹⁵⁵. A referência, na previsão da norma, aos contratos públicos implica que, facialmente, o regime da invalidade presente na Parte III do Código não se aplique aos contratos administrativos que não sejam, também eles, contratos públicos. Entendemos, assim, que se deverá aplicar analogicamente o regime do artigo 285.º aos contratos administrativos que não sejam contratos públicos, por força do número 4 do artigo 280.º do CCP.

Em segundo lugar, porque não é seguida nos restantes preceitos que regulam a invalidade do contrato, *maxime*, nos artigos 283.º e 284.º, em que se utiliza, simplesmente, o termo *contratos*. Ora, por *contratos*, tal como o termo surge nos artigos 283.º e 284.º, deverá entender-se aqueles a que se aplicará a Parte III do CCP, uma vez que são a esses que este regime se pretende dirigir. Ora, a Parte III do CCP, ao consagrar o Regime Substantivo dos Contratos Administrativos, aplicar-se-lhes-á apenas a estes. Assim, o regime dos artigos 283.º e 284.º aplicar-se-ão apenas aos contratos administrativos, o que significa a exclusão dos contratos que, sendo contratos públicos, não sejam contratos administrativos¹⁵⁶.

¹⁵³ Dispõe a referida norma que “[a] nulidade ou a anulação parcial não determina a invalidade de todo o negócio, salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada.”

¹⁵⁴ De acordo com o *supra* citado preceito “[o] negócio nulo ou anulado pode converter-se num negócio de tipo ou conteúdo diferente, do qual contenha os requisitos essenciais de substância e de forma, quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido, se tivessem previsto a invalidade.”

¹⁵⁵ Não obstante a maioritária coincidência entre os contratos que, sendo públicos, serão também administrativos, tratam-se de conceitos com âmbitos diversos cujo tratamento mereceu uma divisão sistemática perante o legislador.

¹⁵⁶ O que é, aliás, compreensível, na medida em que as referidas normas se inserem na Parte do Código que disciplina o regime substantivo do contrato administrativo.

Em conclusão, verifica-se uma inconsistência sistemática nas normas que disciplinam a invalidade dos contratos da Administração, na Parte III do CCP. Com efeito, e como se demonstrou, parte das normas que disciplinam a invalidade desses contratos aplicar-se-ão apenas a contratos administrativos e parte das normas aplicar-se-ão apenas a contratos públicos¹⁵⁷. Entendemos, face a este quadro legislativo, que a coerência do sistema obriga a que se aplique analogicamente este sistema regente das invalidades a todos os contratos públicos e administrativos, por força de um imperativo de coerência sistemática.

Retomando o tema da redução e da conversão, importa referir que esta remissão para o regime do CC constitui um desvio ao regime administrativo da invalidade que se consagrou para os contratos administrativos. Mais concretamente, ao regime da ratificação, reforma e conversão, previsto no artigo 164.º do CPA.

A redução e a conversão são, ambas, corolários do Princípio do aproveitamento dos actos jurídicos¹⁵⁸ ou do aproveitamento do negócio jurídico, consagrando a possibilidade de evitar a invalidação total do contrato, independentemente do mesmo se revelar nulo ou anulável. Mas a estes princípios, presentes em qualquer operação de redução ou conversão contratual, junta-se também, face ao tipo de contratos que aqui estão em causa, o Princípio da continuidade do serviço público¹⁵⁹.

A **redução do contrato**, na medida em que significa a expurga de conteúdo inválido do contrato, aproveitando a sobranse parte válida do mesmo, implica e pressupõe uma invalidade parcial do contrato¹⁶⁰ e a subsistência do mesmo sem o

¹⁵⁷ Ainda que advoguemos a aplicação analógica do regime da invalidade previsto no artigo 285.º do CCP para os contratos administrativos que não sejam, também, contratos públicos.

¹⁵⁸ Neste sentido, vide JOÃO PACHECO DE AMORIM, *A invalidade e a (in)eficácia do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos*, in Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2008, p. 655.

¹⁵⁹ Neste sentido, e admitindo que “(...) nos contratos administrativos a necessidade de assegurar a estabilidade e a continuidade dos serviços públicos é um argumento que milita em favor de uma maior amplitude na admissibilidade das figuras da redução e da conversão.”, veja-se ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos. Parte Geral*, AAFDL, 2014, p. 274.

¹⁶⁰ Tal não acontecerá quando o objecto do contrato seja contrário à lei ou impossível, tal como bem aponta Alexandra Leitão. Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos. Parte Geral*, AAFDL, 2014, p. 274.

clausulado inválido, o que supõe uma divisibilidade do seu conteúdo¹⁶¹. Como refere CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, a respeito do regime no Direito Civil, “[d]iferentemente da confirmação e da modificação e tal como a conversão e a integração de invalidade parcial (...), a redução não necessita de qualquer ato de validação, praticado por uma das partes ou por terceiro. É uma operação virtual, ainda que frequentemente os seus requisitos resultados sejam verificados por terceiro (o julgador)¹⁶².” Poderá, no entanto, **questionar-se o carácter automático dos efeitos da redução contratual no âmbito do contrato administrativo**, dada a proximidade deste regime com as figuras da ratificação, reforma e conversão, previstas no artigo 164.º do CPA e para as quais o legislador do CCP também remete¹⁶³ para regular o regime da invalidade do contrato administrativo.

Essa subsistência poderá, em função da equação económica do contrato, implicar uma modificação no clausulado válido remanescente, o que sucederá nos contratos onerosos, quando o objecto da redução se reporte a uma cláusula conformadora da prestação de uma das partes, na medida em que existirá, comutativamente, uma redução da contraprestação¹⁶⁴.

Neste sentido, surge também uma interessante questão a respeito da redução do contrato administrativo. Sendo a redução um mecanismo de preservação do conteúdo contratual, por meio da expurga de uma invalidade parcial desse mesmo contrato, poderá ser a mesma redução operar unilateralmente pelo contraente público? Ora, caso se responda afirmativamente, então eis um exemplo, muito claro, em que o contraente

¹⁶¹ A este respeito, vide MANUEL DE ANDRADE, *Sobre as cláusulas de liquidação de partes sociais pelo último balanço*, 1955, pp. 64 e 65: “[o] problema em questão surge quando num negócio jurídico existe um motivo de nulidade que só toca directamente a uma parte do respectivo conteúdo; quando o negócio só quanto a parte do seu conteúdo está em oposição com um preceito legal que tenha como sanção a nulidade. E trata-se de saber se essa nulidade parcial (*hoc sensu*) ficará circunscrita àqueles elementos do conteúdo do negócio que por ela são directamente atingidos ou contaminará, reflexamente, todos os outros, arrastando, consigo, portanto, a nulidade total.”, citado por RUI DE ALARCÃO, *Invalidade dos Negócios Jurídicos. Anteprojecto para o novo Código Civil*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 89, Outubro de 1959, p. 59.

¹⁶² Cfr. *Contratos. V. Invalidade*, Almedina, 2017, p. 268.

¹⁶³ Cfr. Números 1 e 2 do artigo 285.º do CCP.

¹⁶⁴ Veja-se, neste sentido, RUI DE ALARCÃO, *Invalidade dos Negócios Jurídicos. Anteprojecto para o novo Código Civil*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 89, Outubro de 1959, p. 61, nota de pé de página n.º 61.

público poderia declarar a invalidade de um contrato administrativo. Com efeito, e ainda que apenas o possa fazer parcialmente, é verdade é que caso se admita essa possibilidade, a Administração poderá emitir uma declaração de invalidade sobre um determinado contrato administrativo, invalidando parte do seu conteúdo, de forma a manter a parte contratual não viciada.

Já a **conversão** pressupõe uma invalidade total do contrato, cuja consequência não será a destruição retroactiva de efeitos, mas será, caso se preencha a previsão do artigo 293.º do CC, a reconstituição do negócio jurídico em outro, de outro tipo contratual. A operação de conversão consiste, assim, na “(...) *transfiguração de um contrato inválido num contrato diferente e válido, cujo texto é composto por parte dos elementos do contrato inválido e por elementos integrados, de modo a constituir um conjunto coerente, completo, válido e viável*¹⁶⁵.”

¹⁶⁵ Cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, V. *Invalidade*, Almedina, 2017, p. 730.

Capítulo III – Perspectiva histórica e de Direito Comparado

O capítulo presente pretende estudar a questão objecto da presente tese de uma perspectiva histórica de Direito Nacional e de uma perspectiva de Direito Comparado, optando-se pelo estudo dos quatro ordenamentos jurídicos clássicos de sistema continental: o Espanhol, o Francês, o Italiano e o Alemão. A análise que se irá iniciar não se destina a cobrir apenas, e de uma perspectiva isolada, as concretas soluções que historicamente o Direito Português tem encontrado para o problema da declaração administrativa de invalidade ou como tem sido a questão debatida e resolvida no estrangeiro. Pretende-se, adicionalmente à referida problemática, enquadrá-la no seio do problema mais vasto dos poderes de conformação da relação contratual administrativa, num plano holístico, dado que o tema da declaração administrativa de invalidade do contrato administrativo não será mais do que um produto de uma determinada configuração do sistema dos poderes do contraente público no contrato administrativo.

1. No Direito Português

1.1. O percurso histórico

A caminhada histórica dos poderes de conformação contratual pode ser dividida em três momentos fundamentais: (i) um período que compreende o momento anterior à entrada em vigor do CPA¹⁶⁶; (ii) um período posterior ao da entrada em vigor do CPA, mas anterior à entrada em vigor do CCP e (iii) o actual período, que se iniciou após a entrada em vigor do CCP, que confere, por isso, uma regulação final da matéria.

¹⁶⁶ Que entrou em vigor com o Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro.

i) **Período anterior à entrada em vigor do CPA**

No período anterior ao início de vigência do CPA, o tratamento normativo dos poderes de conformação contratual careceu da sistematicidade e globalidade que mereceu no momento seguinte e que hoje merece. O legislador tem demonstrado elevada cautela no tratamento legislativo que tem conferido a esta matéria, o que permitiu à Jurisprudência e a alguma Doutrina a assunção de algum protagonismo. Tal deveu-se, no nosso entendimento, à ainda imberbe sedimentação dogmática de uma realidade à altura recente, que era a do contrato administrativo e, por conseguinte, da configuração dos poderes que, na sua sede, assistiam ao contraente público. Andou bem, portanto, o nosso legislador, só avançando para regulações mais definitivas e fechadas num momento de maior maturidade.

A norma base reguladora dos poderes de conformação contratual era a que se encontrava presente no artigo 851.º do Código Administrativo¹⁶⁷, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 31095, de 31 de Dezembro de 1940. Em termos sistemáticos, estava inserida na Parte IV do Código, respeitante ao Contencioso Administrativo e, dentro desta, no seu Título III, cuja epígrafe se reportava ao processo das auditorias. Especificamente, dentro deste Título III, estava o Capítulo II, epígrafado “*Das acções*”, que o referido artigo 851.º estreava. Esta inserção sistemática, no campo contencioso, marca uma tendência legislativa que se iria repetir no futuro: aquela que **parte da qualificação adjectiva do meio de reacção para aproveitar uma tomada de posição substantiva quanto à natureza jurídica do acto de que se recorre**¹⁶⁸.

¹⁶⁷

“Artigo 851.º (*Questões que revestem a forma de acção*)

Revestirão a forma de acção as questões submetidas ao julgamento dos auditores que versem a interpretação, validade ou execução dos contratos administrativos e a efectivação da responsabilidade das autarquias locais proveniente da não execução dos contratos administrativos ou de facto dos respectivos corpos administrativos, seus funcionários ou agentes.

§ único. *Exceptuam-se as questões surgidas da impugnação de decisões ou deliberações definitivas e executórias sobre validade ou execução dos contratos administrativos, que tomarão a forma de recurso contencioso.”*

¹⁶⁸ Criticando esta opção, naquilo que considera ser uma inversão metodológica, vide SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1987, p. 726.

Apesar de incipiente no que ao elenco de poderes diz respeito, teve o mérito de expressar a tripartição fundamental entre os tipos de poderes de conformação contratual: interpretação, validade e execução. O que não significa que tenha admitido a conformação da relação contratual em todas as três áreas. A utilidade imediata deste preceito era a de ordenar contenciosamente os meios de reacção aos actos que se praticavam em matéria contratual. Mas continha um propósito implícito e de muito maior significado: o de qualificar substantivamente os tipos de actos produzidos, consoante a sua pertença a uma das três temáticas.

O corpo do artigo remetia o tratamento processual das actuações em causa para a forma processual da *acção*, o que, e à partida, significava que não poderiam ser praticados quaisquer actos administrativos no contrato administrativo. Mas logo depois, no seu único parágrafo, fazia uma importante excepção, sobre as decisões definitivas executórias em matéria de validade e execução, que seguiriam trâmite pelo recurso contencioso. Surge, de imediato, a dúvida de saber como interpretar este preceito. Ora, parece clara a intenção do legislador em admitir a prática de actos administrativos em matéria de validade e execução e de a não permitir em matéria de interpretação do contrato. Tal significava que estava vedado à Administração, unilateralmente, ou seja, sem necessidade do acordo e da anuência do co-contratante, interpretar, imperativamente, as cláusulas do contrato. O acto pela qual o ente público se pronunciasse seria, neste caso da interpretação, propriamente designado como um acto opinativo. O particular não se tinha de conformar ao entendimento público, mantendo-se a cláusula interpretada intocada na sua significância normativa.

Pelo contrário, poder-se-á afirmar que, no regime do Código Administrativo, em matéria de validade e execução, as pronúncias do contraente público revestiam imperatividade e o particular teria de se conformar com elas, ou actuaria em ilicitude, porque o Direito teria sido, de facto, conformado. No que tocava à validade, a Administração poderia anular ou declarar nulo o contrato administrativo, existindo, nesta primeira, um efeito constitutivo da pronúncia administrativa, e meramente declarativo por parte da sentença que desse razão à parte invalidante. Quanto à execução contratual, e apesar da

ausência do espectro de poderes, estaríamos na presença dos actuais poderes de direcção, fiscalização, sanção, modificação e resolução unilateral, que também “sofrieram” a mesma valência constitutiva.

A utilização do acto administrativo representa não apenas uma forma de actuação, antes assumindo o significado impressivo de dotar o contraente público da possibilidade de actuar sob a égide de um determinado regime e espectro de efeitos. O que se pretendia, e de certa forma continua a pretender, um pouco em obediência à *lógica da função*, é dotar o ente público de um conjunto de prerrogativas que possam fazê-lo ajustar a realidade contratual à melhor prossecução do interesse público, de modo a que não fique condicionado à palavra de anuência do particular.

Deste parágrafo, também o STA retirou uma conclusão pacífica: a interpretação do contrato administrativo não podia ser objecto de um acto administrativo. Sobrava, portanto, o “resto”, relativo à validade e execução do contrato¹⁶⁹. A demonstrar esta nossa leitura de época, vem o STA, no acórdão de 4 de Abril de 1974, afirmar que “[s]obre questões de validade e execução, mesmo que envolvam interpretação, pode a Administração Pública praticar actos definitivos e executórios”¹⁷⁰.

Em 1984, com a entrada em vigor do ETAF¹⁷¹, o artigo 851.º do Código Administrativo foi revogado¹⁷², e substituído pelo número 3 do artigo 9.º¹⁷³ e pela alínea g) do

¹⁶⁹ Em relação a este “resto”, formaram-se duas correntes. Uma primeira, minoritária, precursora da lição do Professor MARCELLO CAETANO, que entendia que a Administração podia praticar actos definitivos e executórios no âmbito do contrato, seguindo os mesmos o recurso de anulação. Uma segunda, maioritária, que lia em termos restritos o tal parágrafo do artigo 851.º do Código Administrativo, no sentido de que a prática de tais actos só seria admissível quando lei especial o previsse, com base no facto de aquele regular uma situação excepcional. Para uma resenha mais aprofundada sobre a divergência quanto ao âmbito deste parágrafo, vide Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Alameda, 1987, p. 724 a 726.

¹⁷⁰ Acórdão do STA, de 04-04-1974, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

¹⁷¹ Referimo-nos ao primeiro ETAF, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 129/84, de 27 de Abril.

¹⁷² Pode ler-se, no preâmbulo deste diploma, que se “(...) *estabelece uma nova orgânica para os tribunais administrativos e fiscais, consentânea com a actual Constituição, substituindo, nesta matéria, o Código Administrativo de 1940 (...)*”.

¹⁷³ De acordo com o referido preceito: “*O disposto na alínea g) do n.º 1 do artigo 51.º não exclui o recurso contencioso de actos administrativos destacáveis respeitantes à formação e à execução dos contratos administrativos*”.

número 1 do artigo 51.º, que passam a regular a matéria. A expressão utilizada pelo legislador do ETAF é a de “*actos destacáveis*”, contida no número 3 do artigo 9.º, que concretiza a previsão da referida alínea do artigo 51.º, esta última relativa às acções sobre contratos. Portanto, apesar de as questões sobre contratos seguirem a forma de acção, tal não implica que os actos administrativos praticados na relação administrativa contratual não sigam a forma normal de recurso de anulação, o que deixa claro que estes podem ser praticados. No entanto, nada se especifica em relação à validade, o que contrasta com a referência directa à matéria da execução. Logo, a conclusão a retirar deste novo regime é a de que não parece possível que se consagre a possibilidade de a Administração invalidar unilateralmente um contrato administrativo, pelo menos por acto administrativo.

ii) Período posterior à entrada em vigor do CPA

Com a entrada em vigor do (antigo) CPA¹⁷⁴, voltou-se a regulamentar a matéria. Desta feita, com um intuito mais totalizante, consagrando (i) um elenco dos poderes da Administração no contrato administrativo; (ii) uma tomada de posição quanto à sua natureza jurídica e ainda (iii) uma norma quanto à força executiva dos actos administrativos contratuais.

O artigo 180.º ocupava-se desse elenco, em moldes em tudo idênticos aos que hoje encontramos no artigo 302.º do CCP. São eles o poder de direcção, de fiscalização, de sanção, de modificação unilateral e de rescisão contratual. Não podemos elevá-los, no entanto, a elementos essenciais da figura do contrato administrativo. O próprio preceito se inicia com a expressão “[s]alvo quando outra coisa resultar da lei ou da natureza do contrato (...)”, pelo que se afigura como perfeitamente admissível a formação de um contrato administrativo sem algum ou até nenhum deles¹⁷⁵.

¹⁷⁴ O Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro.

¹⁷⁵ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Almedina, 2ª Edição, 1997, p. 822.

Nenhuma referência é feita à invalidade do contrato, o que nos leva directamente para o artigo 186.º. Aqui, o legislador nacional toma a sua primeira posição directa sobre o tema da natureza jurídica das pronúncias contratuais administrativas, ao qualificar os actos que interpretem cláusulas contratuais ou que se pronunciem sobre a respectiva validade como não sendo definitivos e executórios, necessitando do acordo do co-contratante ou de sentença judicial para a Administração conseguir o efeito pretendido. Apesar de os qualificar como actos administrativos, o corte na sua definitividade e executoriedade equivale à negação dessa primeira qualificação¹⁷⁶. Serão, portanto, meros “actos opinativos”, conforme a epígrafe do mesmo artigo¹⁷⁷. Também é retirável daqui um argumento *a contrario*, no sentido da admissibilidade da prática de actos administrativos na fase de execução do contrato. O que não equivale a dizer que qualquer poder de supremacia ou vantagem jurídica indície a presença de um potencial acto administrativo decorrente do seu exercício. O que é notório nesta configuração normativa é sua *ratio*: onde e quando é legítimo à Administração praticar actos administrativos. Era esta a singular preocupação do legislador. O que nos obriga a ter uma leitura “condicionada” deste artigo 186.º, restrita à asserção da proibição da prática de actos administrativos exclusivamente sobre aquelas matérias – interpretação e validade. Na verdade, se pensarmos o alcance da proibição da interpretação contratual ou do juízo de validade de qualquer cláusula contratual através de acto administrativo, cedo percebemos o seu precário alcance expansivo. Tomemos como exemplo um acto administrativo que aplica uma sanção pecuniária pelo incumprimento, imputado ao co-contratante, de uma cláusula contratual que impõe uma determinada prestação. Ora, semelhante acto, apesar de situado, sem dúvida, na fase de execução do contrato e ter como objecto um dos poderes elencados no artigo 180.º, não comportará, ele próprio, uma determinada interpretação do contrato, nomeadamente sobre o alcance da cláusula incumprida ou até da própria cláusula que prevê ou densifica o seu poder sancionatório? E não trará consigo um determinado juízo sobre a validade de ambas as cláusulas, visto que se lhes está a dar pleno uso? E tais considerações

¹⁷⁶ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Almedina, 2ª Edição, 1997, p. 850.

¹⁷⁷ Quanto à impropriedade do conceito vide a anotação ao artigo 120.º do CPA da obra MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Almedina, 2ª Edição, 1997.

interpretativas e de validade também não farão parte, também não gozarão, do regime do acto administrativo, nomeadamente da sua autotutela declarativa, que faz imperar o Direito definido unilateralmente? Parece-nos que sim¹⁷⁸, o que vem bulir com a intenção de construir um regime estanque que compartimenta os instrumentos de actuação administrativa consoante as fases contratuais em questão.

Ainda sobre a questão da natureza jurídica das declarações administrativas contratuais, na vigência do CPA, há a aludir a também tripartida orientação jurisprudencial portuguesa, nomeadamente quanto a saber a natureza dos actos de aplicação de multas e de rescisão de contratos administrativos. Mantendo a nomenclatura de PEDRO GONÇALVES¹⁷⁹, formou-se uma corrente *tradicional*, que entendia serem aqueles actos administrativos¹⁸⁰; uma corrente *revolucionária*, para a qual todos aqueles correspondiam a meras declarações negociais, emitidas no exercício de direitos potestativos¹⁸¹; e uma corrente *indecisa*, que dizia que aqueles actos poderiam ser actos administrativos, mas também poderiam ser meras declarações negociais¹⁸². Estas tomadas de posição têm um alcance temporalmente limitado, no entanto, ao período ora analisado, ou seja, o do artigo 180.º e seguintes do CPA. Com o CCP, como se virá mais aturadamente, surgem novos dados normativos, inexistentes a esta data¹⁸³.

É patente a grande indeterminação jurisprudencial quanto à existência de critérios que possam servir para a qualificação em crise. Mas pode reputar-se pacífica a extracção de uma conclusão. A de que qualquer um daqueles poderes pode enquadrar-se através da

¹⁷⁸ Sobre esta questão, vide: PEDRO MIGUEL MATIAS PEREIRA, *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra Editora, 2011, p. 103; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Almedina, 2ª Edição, 1997, p.850. Deve-se, salvo erro, a esta última obra, a enunciação original desta interessante questão.

¹⁷⁹ No seu PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo. Uma Instituição de Direito Administrativo do nosso Tempo*, Almedina, 2003, p. 114 e ss;

¹⁸⁰ Vide Acórdão do STA de 14-02-2002.

¹⁸¹ Vide Acórdão do STA de 29-01-1998.

¹⁸² Vide Acórdão do STA de 20-12-2000.

¹⁸³ Não se olvide que o preceito do CPA onde a natureza jurídica das declarações públicas é regulada apenas nos diz que em matéria de interpretação e validade não valem actos administrativos. Ficam a faltar pistas para o campo mais abundante de possíveis pronúncias: a execução contratual. É precisamente aí que todos os grandes problemas se colocam e resolvem, nomeadamente saber como qualificar um qualquer poder que surja durante a execução contratual.

figura do direito potestativo ou do acto administrativo. Ou seja, e sem tomar posição por qualquer uma das teses, estruturalmente, qualquer um daqueles poderes era pensável sob as vestes do direito potestativo¹⁸⁴. Este último reúne as características de regime necessárias para operar as potencialidades jurídicas da aplicação de multas e da rescisão contratual.

Há ainda que atentar para o artigo 187.^o¹⁸⁵, relativo à execução forçada das prestações contratuais em falta. A Administração, nos casos em que pode definir unilateralmente o Direito ao caso concreto, tem, por via deste artigo, de recorrer ao Tribunal para que possa executar essa prestação em falta¹⁸⁶. É retirada, assim, autotutela executiva aos actos administrativos contratuais. Se produzido, esse acto administrativo vai, em obediência ao princípio da autotutela declarativa, definir o Direito imperativa e constitutivamente. Por exemplo, sancionando o co-contratante em determinando montante pecuniário em virtude do não cumprimento de um específico dever contratual. A obrigação pecuniária nasce, a partir da prática desse acto, na esfera jurídica do particular. Mas se este último não cumprir voluntariamente a obrigação daí decorrente, a Administração não tem outra alternativa senão recorrer aos Tribunais para, através do processo judicial executivo, forçar o cumprimento do dever e assim satisfazer o seu direito de crédito. Como título executivo utilizará o facto constitutivo do direito, no caso, o próprio acto administrativo.

À data, esta compressão do princípio da autotutela administrativa comportava uma excepção ao princípio geral, postulado no número um do artigo 149.º do antigo CPA, de que os actos administrativos detinham executoriedade. Podia mesmo ler-se, no número

¹⁸⁴ Não obstante as diferenças de regime que possam ocorrer entre as duas formas de actuação.

¹⁸⁵ Falamos da versão “mais recente” deste preceito que, relembre-se revogou um outro, de igual numeração ordinal, que dizia que a Administração poderia, se tivesse uma sentença a especificar uma obrigação, executar ela mesma a respectiva prestação. Para um panorama geral das divergências que esta revogação suscitou, vide JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, Almedina, 2004, p. 226, nota de pé de página n.º 649.

¹⁸⁶ MARIA JOÃO ESTORNINHO argumenta no sentido de que o desaparecimento da autotutela executiva do âmbito do contrato administrativo constituiu um rude golpe na dita figura contratual. Segundo a Professora, tal traduziu-se numa redução formidável dos seus poderes tradicionais, porque este (o privilégio de execução prévia) era o único aspecto que se reconhecia ser específico da actividade contratual administrativa. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Almedina, pp. 474 e 745.

dois, que “[o] cumprimento das obrigações e o respeito pelas limitações que derivam de um acto administrativo podem ser impostos coercivamente pela Administração sem recurso prévio aos Tribunais (...)”.

Para as restantes declarações administrativas contratuais, esta execução judicial também se verificava, mas já não por via desta restrição especial, mas porque não beneficiam do regime próprio do acto administrativo, do qual pertencia a executoriedade. Para as pronúncias não dotadas de imperatividade, ou seja, que não fossem constitutivas extra judicialmente, cabia recorrer para o Tribunal, ainda em fase declarativa, para este emitir sentenças que, depois e se não fosse cumprida, seria objecto de execução.

1.2. A solução actual. O Código dos Contratos Públicos

O legislador do Código dos Contratos Públicos (doravante CCP) dedica o Capítulo IV da Parte III¹⁸⁷ do Código à conformação da relação contratual. E é dentro do referido Capítulo que encontramos o artigo que aloca, ordenadamente, os vários poderes de conformação contratual pertencentes ao contraente público: o artigo 302.^o¹⁸⁸. São eles o poder de direcção, de fiscalização, de sanção, de resolução unilateral e de modificação unilateral¹⁸⁹. Mas o legislador não esgota, no Capítulo dedicado à conformação, a regulação desta matéria, remetendo implicitamente para áreas relacionalmente assistemáticas. É o caso, por exemplo, do poder de resolução unilateral, que é concretizado no Capítulo VIII

¹⁸⁷ Parte III que regula o regime substantivo dos contratos administrativos.

¹⁸⁸ O elenco que hoje encontramos no artigo 302.^o do CCP corresponde àquele que constava no revogado (assim se pensa) artigo 180.^o do CPA, que também encerrava um estilo legístico enunciativo idêntico.

¹⁸⁹ Para uma crítica, no sentido de uma hiperbolização de poderes do contraente público vide, a título de exemplo: MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos Administrativos e Regime da sua Modificação no novo Código dos Contratos Públicos*, in Estudos em Homenagem a Sérvulo Correia, Vol. II, Almedina, 2010, pp. 811 e ss. O Autor critica não apenas a extensão quantitativa desses poderes, como também o seu âmbito de aplicação, acoplado que está à figura do contrato administrativo que, no CCP, adquire uma vocação tão geral que leva a que esses poderes estejam presentes em contratos em que, à partida, não faria sentido que estivessem.

– artigos 333.º, 334.º e 335.º -, referente à extinção do contrato em geral; do poder sancionatório, densificado no artigo 329.º, no Capítulo VII, relativo ao incumprimento contratual; e do poder de modificação unilateral, previsto no artigo 311.º, a abrir o Capítulo V, que trata das modificações objectivas do contrato.

É este o espectro, muito sumário, dos poderes de conformação contratual. Não nos cabe, aqui, neste pequeno excursão, ir muito mais além do que já foi dito, por manifesta acessoriedade ao que nos ocupa nesta parte histórica. Mas há ainda algo mais a dizer para que dele retiremos conteúdo útil. Importa assim referir-nos ao artigo 307.º do CCP¹⁹⁰, que se propôs a regular a *natureza das declarações do contraente público*.

O artigo comporta duas partes fundamentais, correspondentes aos seus números 1 e 2. O número 1 traça a regra geral em matéria de natureza jurídica de actuação pelo contraente público, qualificando-as de meras declarações negociais. Ou seja, a não ser que se excepcione outra solução, qualquer pronúncia contratual é uma “*declaração negocial*”, o que, em nossa opinião, opera uma “*despromoção*”: de acto administrativo para declaração negocial, tirando, ao invés de dar. Sem querendo retirar grandes consequências dogmáticas desta afirmação, o que se pretende demonstrar é que, sendo a forma normal de actuação da Administração o acto administrativo, e estando esta norma presente no corpo regulativo da actuação por contrato, tem de ser esta última a operar a mudança de paradigma. Não obstante, no campo contratual, a tendência seja a de limitar a intervenção autoritária da Administração, esta constatação já faz parte de um segundo momento, de amplitude da solução que quebra com a normalidade.

Mas começa este número um por nos oferecer essa excepção¹⁹¹, que a norma postula como única admissível, ao remeter para uma solução diferenciada enunciada no número seguinte.

¹⁹⁰ O mote teórico deste artigo corresponde ao critério da sujeição, ou subordinação, utilizado, também, para a distinção entre contratos administrativos e contratos de direito privado. JORGE ANDRADE SILVA, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, 2.ª Edição, Almedina, 2009, p. 693.

¹⁹¹ Para uma reflexão sobre a natureza excepcional desta norma e do acto administrativo contratual vide ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012. A Autora, apesar de admitir que o legislador ali consagrou uma excepção, concede à norma uma possibilidade de ser objecto de interpretação extensiva e restritiva e de, para quem distinga, ser alvo de aplicação analógica (restrita à *analogia legis*).

No entanto o número ora em crise não se limita a postular, abstractamente, que todas as declarações são negociais. Fornece três exemplos concretos: interpretação, validade e execução. E a única forma de se descortinar se algumas destas declarações sobre alguma destas matérias pode ser objecto de uma pronúncia autoritária da Administração passa pela consulta ao número 2 do referido artigo. Aí, facilmente se verifica que nenhuma alínea sai fora do âmbito da execução do contrato. Logo, a norma a retirar desta constatação é a de que, em matéria de interpretação, validade¹⁹² e execução (nos casos não abrangidos pelo número 2), não pode a Administração praticar actos administrativos¹⁹³, o que equivale a dizer que não pode, para o que nos interessa, invalidar o contrato unilateralmente. E o que é dito é corroborado pela parte final do número 1, que vai longe e diz que, na falta de acordo do co-contratante¹⁹⁴, apenas em juízo o pode fazer. Existe,

¹⁹² Cumpre socorrer o discurso de uma pequena precisão a respeito da interpretação e da validade. É certo que não poderão ser praticados actos administrativos para interpretar cláusulas contratuais. No entanto, nas matérias em que tal é permitido, não estará a Administração, para além de sancionar, modificar ou resolver, a elaborar um diagnóstico interpretativo ao contrato? Quando acciona uma determinada cláusula que lhe permite resolver o contrato num sentido não previsto pelo Código, não estará também a efectuar um juízo de validade sobre a mesma? E esse diagnóstico e esse juízo, integrados que estão num acto administrativo, não gozam também da mesma executoriedade? Da mesma autoridade? Somos da opinião que sim, o que contradiz a intenção de criar um regime materialmente estanque. Sobre esta questão, vide: PEDRO MIGUEL MATIAS PEREIRA, *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra Editora, 2011, p. 103; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Almedina, 2ª Edição, 1997, p. 850. Deve-se, salvo erro, a esta última obra, a enunciação original desta interessante questão.

¹⁹³ Tal pode não equivaler a dizer que não pode, em qualquer circunstância invalidar ou interpretar o contrato. Apenas é dito, na nossa leitura da *ratio* da norma, que não o poderá fazer por acto administrativo. Mas a utilização do acto administrativo representa, apenas, uma forma de actuação, como que uma carapaça que acopla um regime e um espectro de efeitos. Outras formas poderiam ser equacionadas, ainda que em tese, para permitir invalidar o contrato ou produzir actos em matéria de execução do contrato. Exemplo disso mesmo é o direito potestativo que, se for de exercício extrajudicial, pode operar, unilateralmente e, mais importante, constitutivamente, uma mudança na ordem jurídica, manifestando, tal como o acto administrativo, autotutela. Retornaremos a esta discussão em momentos ulteriores da investigação.

¹⁹⁴ É, para nós, bastante claro que este artigo está pensado para as actuações que impliquem o cumprimento de um dever por parte do particular. A referência ao acordo do particular é decisiva neste entendimento. Porque se pensarmos num caso em que o que esteja em causa seja o exercício de um direito potestativo de efectividade extrajudicial, os efeitos daí provenientes vão operar, independentemente de um qualquer acordo do particular. Aliás, a característica principal do poder potestativo é a desnecessidade de um acordo de outrem. Situação diferente, e para a qual o artigo estará pensado, é aquela em que o que é exercido é uma posição de vantagem que, a ter a forma de acto administrativo toma a forma de imposição autoritária de um dever, de uma prestação – uma determinada sanção ou uma ordem ou directiva -, que produziria efeitos automaticamente e gozaria de executoriedade. Este último poder, a não revestir a forma de acto administrativo, não poderia fazer-se impor ao particular, por não ser constitutivo. Na falta de acordo, precisar-se-á de uma sentença condenatória para assegurar a perfeição jurídica do dever na esfera da contraparte. Já no caso do poder potestativo, se o particular não concordar com os pressupostos fácticos ou jurídicos do mesmo, recorre para tribunal, cuja sentença, se der razão ao titular do poder, será meramente

assim, uma intenção clara, por parte do legislador, de assegurar aos Tribunais o *ius dicere* nestas matérias. O que revela uma preocupação em resguardar os efeitos constitutivos, conformadores, ao poder judicial. Efeitos esses que, para o que aqui importa, se prendem com a autoridade da pronúncia feita e com a criação automática de um dever na contraparte, o que não acontece com o mero acto negocial mas acontece tanto com a sentença como com o acto administrativo.

Está apurado, então, o resultado legislativo sobre o qual nos propomos reflectir: a Administração não pode invalidar os contratos que celebra. Ninguém na Doutrina nacional contesta, de *iure condito* e *condendo*, esta solução, nem tampouco a nossa Jurisprudência o faz.

declarativa, ou seja, não terá qualquer efeito inovador perante a situação jurídica conformada pelas partes, no exercício da sua autotutela.

2. No Direito Comparado:

Neste segundo ponto apresentaremos as experiências estrangeiras de resolução do mesmo problema, fechando o círculo de compreensão desta matéria e fundando as bases para a análise dos termos que, de seguida, ocuparão a presente investigação. Optou-se pelas quatro ordens jurídicas com presença habitual nos escritos que comportam uma investigação de Direito Comparado, por entendermos que são aqueles que, sobre o tema, nos proporcionam uma visão suficiente dos vários métodos de dar resposta à questão.

2.1. Espanha

Em matéria de contratação administrativa, o ordenamento jurídico Espanhol evoluiu de forma muito semelhante ao Português, o que em parte se explica pela influência francesa¹⁹⁵, comum aos dois países. Também no ordenamento Espanhol a Doutrina vem discutindo o sentido da figura do contrato administrativo e a sua articulação com as restantes formas tradicionais de actuação administrativa, com predominância para admitir a sua autonomização, e aceitando uma dosagem considerável de prerrogativas ao contraente público¹⁹⁶.

Em Espanha, a autonomização da figura do contrato administrativo começou por fazer-se de uma perspectiva processual, no sentido de que seriam administrativos, e não Civis, os contratos em relação aos quais tinham competência jurisdicional os Tribunais Administrativos¹⁹⁷. Apenas mais tarde, por labor jurisprudencial ou por via legislativa, se

¹⁹⁵Neste sentido, vide EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo, I*, Civitas Ediciones, 11ª Edição, 2002, pp. 683.

¹⁹⁶A este respeito, veja-se GASPAR ARIÑO ORTIZ, no seu *El Enigma del Contrato Administrativo*, in *Revista de Administración Pública*, n.º 172, enero-abril, 2007, pp. 79 e ss.

¹⁹⁷Neste sentido, RAMÓN PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, Marcial Pons, 16.ª Edição, 2002, p. 251; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo, I*, Civitas Ediciones, 11ª Edição, 2002, p. 683 e JOSÉ BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo*, Egido Editorial, 2.ª Edição, 1998, p. 224.

começou a formar um verdadeiro regime substantivo do contrato administrativo. Regime esse ancorado na desigualdade entre as partes e na predominância do interesse público, sobreposto ao normal interesse comercial e particular do contraente privado¹⁹⁸. Esta desigualdade manifesta-se, particularmente, pela existência de um conjunto de poderes “*exorbitantes*” da Administração, justificados, precisamente, pela especial função por si prosseguida e pelo papel de interesse público que lhe é inerente¹⁹⁹.

No que à organização legislativa da matéria diz respeito, também em Espanha encontramos um “*Código dos Contratos Públicos*”. Com efeito, enquanto documento legislativo primordial, temos a novíssima Ley 9/2017, de 8 de Novembro, que regula os Contratos do Sector Público e que procede à transposição para o ordenamento jurídico Espanhol das novas Directivas Europeias de Contratação Pública - 2014/23/UE e 2014/24/UE, de 26 de Fevereiro de 2014.

O leque de poderes na disponibilidade do contraente público é mais vasto e mais amplo, em comparação com Portugal²⁰⁰. Isto mesmo resulta demonstrado pelo facto de ser admissível, no ordenamento Espanhol, que a Administração Pública **possa interpretar e invalidar contratos administrativos, com eficácia externa**, enquanto manifestação de uma prerrogativa sua.

¹⁹⁸ Cfr. RAMÓN PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, Marcial Pons, 16.ª Edição, 2002, p.252.

¹⁹⁹ Este papel da Administração, que justifica a desigualdade da sua posição perante o particular, chega até a justificar-se, perante alguns Autores, como forma de equiparar a relação contratual à relação jurídica fundada em acto administrativo, uma vez que as duas se deviam equiparar. Neste sentido, vide ALEJANDRO HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Editorial Civitas, 1998, p. 362.

²⁰⁰ Muito por força de uma postura jurisprudencial expansiva, da qual queremos enxertar uma passagem de uma sentença do Supremo Tribunal Espanhol de 11 de Fevereiro de 1980: “(...) *en la contratación pública, la Administración cuenta con un medio formal determinado para ejercitar sus derechos, que excede de las facultades propias de los sujetos privados, cual es el conocido con el nombre del privilegio de decisión ejecutoria, en virtud del cual la Administración puede decidir sobre todos los aspectos que ofrece la relación contractual, desde la perfección y validez del contrato, su interpretación y el modo, tiempo e forma de las prestaciones debidas por el contratista, hasta la clarificación de situaciones de incumplimiento, imposición de sanciones, prorroga del contrato, responsabilidad del contratista (...)*”. Citado por RAMÓN PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, Marcial Pons, 13.ª Edição, 2002, p. 322.

Com efeito, e a respeito do **poder de interpretação** do contrato administrativo, há que sublinhar a singularidade de, em Espanha, a interpretação do contrato poder ser realizada, unilateralmente e autoritariamente (através de acto administrativo), pela Administração²⁰¹. Tal é expressamente admitido no artigo 192.^o²⁰² da mesma Ley 9/2007, onde se encara o poder de interpretação contratual como uma autêntica prerrogativa.

No que à **invalidade** diz respeito, o sistema legal da invalidade do contrato administrativo traça uma distinção clara entre as causas da invalidade do contrato administrativo que decorram do Direito Civil e aquelas que decorrem do Direito Administrativo, admitindo o poder administrativo de declarar a invalidade de actos administrativos que antecederam a celebração do contrato, o que acarretará, como é expressamente referido, a invalidade do próprio contrato. Assim, consagra-se, de forma clara, a possibilidade de a Administração poder invalidar um contrato administrativo com base na sua invalidade derivada.

Importa referir que a Jurisprudência já se pronunciou favoravelmente à prerrogativa administrativa de invalidação unilateral de contratos administrativos. Com efeito, a sentença do Supremo Tribunal Espanhol de 11 de Fevereiro de 1980, é inequívoca na admissibilidade dessa prerrogativa, quando afirma que a perfeição e validade dos contratos podem ser objecto da tal decisão executória. O que já por si indicia uma abertura do sistema espanhol a esta realidade.

Por outro lado, e com a evolução legislativa verificada, a questão da invalidação unilateral do contrato administrativo em Espanha não é alvo de discussão frequente na Jurisprudência, sendo encarada como um facto consumado.

²⁰¹ Cfr. RAMÓN PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, Marcial Pons, 13.^a Edição, 2002, p. 323. No entanto, o Autor adverte para os limites deste poder, que diz que deverão adequar-se às normas civis de interpretação dos contratos: artigos 1281.^o a 1289.^o do Código Civil espanhol.

²⁰² A referida norma enumera as várias prerrogativas atribuídas ao contraente público no contrato administrativo.

A evolução legislativa a respeito da actividade contratual administrativa também não consagrou qualquer reviravolta legal relativamente a esta possibilidade, mantendo-se estável e no sentido da admissibilidade da prerrogativa de invalidação unilateral.

A **Ley 13/1995**²⁰³ (“*Contratos de las Administraciones Públicas*”) consagrava, no seu artigo 64.º, o poder de “*anulación*”²⁰⁴ quando o contrato tenha sido indevidamente celebrado²⁰⁵, distinguindo, entre os artigos 61.º a 66.º, entre invalidades de Direito Administrativo e de Direito Civil.²⁰⁶ Em matéria de nulidade, o artigo 65.º consagrava a possibilidade de a mesma ser declarada pelo contraente público, oficiosamente ou por iniciativa dos interessados, desde que com prévio parecer favorável de um órgão consultivo²⁰⁷.

Com a mais recente **Ley 30/2007**, de 30 de Outubro (que estabelecia o regime dos Contratos do Sector Público), entretanto revogada, o antigo artigo 64.º foi replicado no artigo 33.º, inserido no Capítulo V, respeitante ao regime da invalidade.

O poder de anulação do contrato administrativo encontrava-se previsto, neste diploma, no artigo 34.º, a respeito da “*revisión de oficio*” que, no Direito Espanhol, se traduz na possibilidade de, no exercício de uma prerrogativa de autotutela, a Administração proceder oficiosamente à anulação de um acto por si praticado, por motivos de invalidade ou de interesse público²⁰⁸. No número 1 do artigo 34.º estabelecia-se, então, que o regime da anulação dos actos preparatórios e dos actos de adjudicação provisória e definitiva dos

²⁰³ Que foi posteriormente consolidada pelo Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junho.

²⁰⁴ Importa também explicitar que nos referimos a “*poder de anulación*”, dado que em Espanha a expressão detém um alcance mais amplo em comparação com o regime Português, uma vez que se refere tanto à anulabilidade como à nulidade. Sobre a discussão, vide VÍCTOR SEBASTIÁN BACA ONETO, *La Invalidez de los Contratos Públicos*, Thomson – Civitas, 2006, p. 245 e ss.

²⁰⁵ Cfr. RAMÓN PARADA, *Derecho Administrativo I, Parte General*, Marcial Pons, 13.ª Edição, 2002, p. 324.

²⁰⁶ Dizendo, também, que a Administração tem o poder de decidir executivamente sobre a perfeição do contrato e a sua validade EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA E TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo, I*, Civitas Ediciones, 11.ª Edição, 2002, p. 691.

²⁰⁷ Sobre o regime da invalidade contratual consagrado na Ley 13/1995, vide BENIGNO PENDÁS GARCÍA, *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de los Contratos de las Administraciones Públicas*, Praxis, 1.ª Edição, 1995, p. 467 e ss.

²⁰⁸ Neste sentido, veja-se, VÍCTOR MANTECA VALDELANDE, in *Actualidad Administrativa*, Nº 22, Sección Práctica Profesional, Tomo 2, Editorial La Ley, Quincena del 16 al 31 Dic. 2005, p. 2796.

contratos da Administração seria o que constava da Ley 30/1992²⁰⁹, de 26 de Novembro, que consagrava o regime jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum.

Encontra-se, ainda, no número 3 do artigo 35.º, uma referência à declaração administrativa de nulidade de um contrato, a respeito de uma cláusula de salvaguarda, caso a mesma cause grande prejuízo para o interesse público, não obstante falar-se, também aí, em “*acordo*”.

Posteriormente e por força das novas Directivas de Contratação Pública, foi a Ley 30/2007 objecto de revogação, estando de momento em vigor a **Ley 9/2017**, que regula os Contratos do Sector Público e que consagra, em muitos aspectos, um regime similar ao que já decorria da Ley 30/2007.

Prevê-se, no número 1 do artigo 41.º do referido diploma, que a anulação administrativa dos actos preparatórios e dos actos de adjudicação do contrato far-se-á em conformidade com o regime da invalidade previsto na Ley 39/2015, que consagra o Regime do Procedimento Administrativo Comum das Administrações Públicas.

No número 1 do artigo 42.º prevê-se, a respeito da invalidade derivada, que a declaração de nulidade dos actos preparatórios do contrato ou da adjudicação, quando definitiva, envolverá, em qualquer caso, o contrato celebrado na sua sequência, que entrará em fase de liquidação, devendo as partes ser reciprocamente reembolsadas daquilo que tenham recebido em função do contrato. Acresce que se prevê, ainda, que a parte considerada culpada deverá indemnizar a outra dos danos e prejuízos sofridos. Assim, os vícios do procedimento pré-contratual projectam-se na própria relação contratual, ferindo-a de invalidade²¹⁰.

²⁰⁹ Entretanto revogada pela Ley 39/2015, de 1 de Outubro, que consagra o Regime do Procedimento Administrativo Comum das Administrações Públicas.

²¹⁰ Neste sentido, SILVIA DÍEZ SASTRE, *Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos*, in “El alcance de la invalidez de la actuación administrativa” XII Congreso de la AEPDA.

Pelo que, muito claramente, se admite um regime de invalidação por vícios derivados, de contratos administrativos. Ou seja, é permitido ao contraente público que, ao declarar a invalidade de um acto presente de um determinado contrato administrativo, possa também, por consequência, invalidar o respectivo contrato.

Mas há que alertar para uma diferença essencial associada aos tipos de validade, na medida em que apenas em relação à nulidade poderá a Administração ter o poder de invalidação contratual²¹¹. Tal também resulta implícito do regime legal, quando o admite para a nulidade e nada diz a respeito da anulabilidade. Com efeito, apenas as chamadas nulidades de pleno direito poderão dar origem à invalidação administrativa do contrato, sempre através da invalidação do acto que lhe esteve na origem. Ou seja, apenas a nulidade do acto administrativo prévio à celebração do contrato poderá conferir à Administração o poder de proceder à sua invalidação e, por conseguinte, proceder também, por inerência, à invalidação do contrato²¹².

Esta possibilidade é vista, por alguns Autores, como uma excepção à regra do cumprimento inescusável do contrato administrativo, que deverá acolher aqui uma lógica juscivilística ancorada na *pacta sunt servanda*²¹³. Esta lógica, deve, portanto, apenas sofrer uma derrogação em casos de nulidade de pleno direito, casos em que as obrigações contratuais não são exigíveis, em benefício do Princípio da legalidade e do dever administrativo de proceder à invalidação das normas e actos que produz.

Entende-se, assim, que por ser o contrato administrativo a norma que regula as relações contratuais entre as partes²¹⁴ - *lex inter partes* -, enquanto produto de uma

²¹¹ Neste sentido, veja-se: VÍCTOR SEBASTIÁN BACA ONETO, *La Invalidez de los Contratos Públicos*, Thomson – Civitas, 2006, p. 245 e GASPAR ARIÑO ORTIZ, *El Enigma del Contrato Administrativo*, in Revista de Administración Pública, n.º 172, enero-abril, 2007, p. 88.

²¹² A respeito da nulidade do contrato administrativo, no Direito Espanhol, vide: LUIS DE LA MORENA, *Curso de Derecho Administrativo, II*, 1987, pp. 123 e ss.

²¹³ Neste sentido, vide GASPAR ARIÑO ORTIZ, *El Enigma del Contrato Administrativo*, in Revista de Administración Pública, n.º 172, enero-abril, 2007, p. 89.

²¹⁴ Enquanto *contractus lex*, no ensejo do disposto no artigo 1091.º do Código Civil Espanhol. Ou seja, como primeira norma aplicável ao contrato, e como lei aplicável entre as partes. Neste sentido, veja-se GASPAR ARIÑO ORTIZ, *La reforma de la ley de los contratos del Estado*, Unión Editorial, 1984, p. 51 e FERNANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, 3.ª Edição, 1996, pp. 88 e ss.

delimitação de um espaço de discricionariedade administrativo que substitui as normas legais potencialmente aplicáveis, então deverão as relações jurídicas acolhidas pelo contrato ser especialmente protegidas pela segurança jurídica inerente a um conjunto de regras que se almeja estável e sobre o qual não poderão ser levantadas questões de invalidade que poderiam levar à escusa de cumprimento das obrigações que provêm dessas mesmas regras²¹⁵.

Concorre igualmente para esta solução a comparação com a sanção do acto administrativo, em relação às causas de anulabilidade. Com efeito, tem-se entendido que, uma vez decorrido o prazo para a impugnação dos actos antecedentes do contrato administrativo, tal significa que as partes signatárias do contrato aceitam a sua vigência e, inclusive, a sua validade, pelo que deverão respeitar o clausulado que, por ter sido produto de um acordo de vontades, será soberano e não poderá ser posteriormente posto em causa, à excepção das causas de nulidade de pleno direito²¹⁶.

O contraente privado, no esquema dos poderes de conformação da relação contratual e à semelhança do Direito Português, não goza de nenhuma prerrogativa exorbitante. A respeito da invalidade do contrato, terá o particular que dirigir-se aos Tribunais Administrativos para que obtenha uma decisão judicial que produza o efeito invalidante a respeito do contrato²¹⁷.

²¹⁵ Neste sentido, revelando que seria esta, precisamente, a diferença decisiva entre a figura do contrato administrativo e do acto administrativo: GASPARIÑO ORTIZ, *El Enigma del Contrato Administrativo*, in Revista de Administración Pública, n.º 172, enero-abril, 2007, p. 90.

²¹⁶ Veja-se, neste sentido a Sentença do Supremo Tribunal Espanhol, de 31 de Março de 1975, citada por GASPARIÑO ORTIZ, *La reforma de la ley de los contratos del Estado*, Unión Editorial, 1984, p. 54.

²¹⁷ Veja-se, a este respeito, FERNANANDO GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, 3.ª Edição, 1996, pp. 114 e 115. O Autor refere que o contraente particular, para além de ter de dirigir-se a Tribunal, deverá, antes de o fazer, dirigir-se em primeiro lugar à Administração, reclamando administrativamente do contrato, em aproximação ao regime Francês.

2.2. França

O regime Francês do contrato administrativo foi a principal influência dos regimes Espanhol e Português, que ainda hoje seguem, em grande medida, os seus pressupostos dogmáticos e a respectiva teleologia.

Também em França a Doutrina discutiu o fundamento da autonomia dos contratos administrativos face aos contratos de Direito Civil, oscilando entre o entendimento que sustentava uma mera distinção baseada no tratamento processual desses contratos (sujeitos a uma jurisdição especial, vocacionada para a resolução de conflitos onde interviesse a Administração) e entre quem entendia que existia uma verdadeira razão substantiva, de fundo e de princípio, que os distingue dos contratos civis²¹⁸. A maioria dos Autores em França tem sustentado esta última posição, admitindo que a existência de um regime jurídico característico do contrato administrativo –e, portanto, da inerente desigualdade contratual - deriva do interesse público que está associado à função (de serviço público, ou outra) que é acometida ao ente público contratante e que justifica, portanto, a sua supremacia perante um contraente particular, ao qual compete apenas velar pelos seus interesses²¹⁹.

Tal não significa que a categoria dos contratos administrativos não comungue, do contrato de Direito Civil, de aspectos estruturais, na medida em que permanece como um acordo de vontades que visa estabelecer situações jurídicas individuais e subjectivas, tal como um contrato privado.

Estabilizada a razão de ser da autonomização, enquanto categoria jurídica, do contrato administrativa, surgiram, naturalmente, diversos critérios no ensejo de resolver a questão de saber quando se estava perante um contrato administrativo ou civil.

²¹⁸ Sobre o tema, vide ANDRÉ DE LAUBADÈRE, JEAN-CLAUDE VENEZIA e YVES GAUDENET, *Traité de Droit Administratif, Tome I*, L.G.D.J., 11.ª Edição, 1990, pp. 615 e ss.

²¹⁹ Neste sentido, ANDRÉ DE LAUBADÈRE, JEAN-CLAUDE VENEZIA e YVES GAUDENET, *Traité de Droit Administratif, Tome I*, L.G.D.J., 11.ª Edição, 1990, pp. 616 e 617.

A este respeito, poder-se-ão traçar duas categorias fundamentais: existem contratos cuja administratividade deriva directamente de uma determinação legal – os chamados contratos administrativos por determinação da lei -, e existem contratos administrativos sobre os quais, apesar de não recair, expressamente, a qualificação de administrativos, são-no por aplicação de critérios que foram sendo desenvolvidos jurisprudencialmente. Com efeito, tem a Jurisprudência francesa laborado em três elementos distintos para determinar a natureza administrativa dos contratos, a saber, (i) as partes do contrato; (ii) o objecto do contrato e (iii) as cláusulas do contrato, ou como comumente são designadas, as cláusulas exorbitantes do contrato²²⁰.

Dos três critérios *supra* referidos, sem dúvida aquele que suscita mais interesse, por ser o mais substantivo e material, é o relativo às chamadas “cláusulas exorbitantes”. O conceito de cláusula exorbitante é relacional, na medida em que esta exorbitância se define em função da comparação com as cláusulas tipicamente insertas²²¹ em contratos de Direito Civil.

Como exemplos deste tipo de cláusulas, temos, por exemplo, a atribuição, ao contraente público, de prerrogativas que rompem com a igualdade das partes, a atribuição, ao contraente particular, de prerrogativas sobre terceiros e a possibilidade de o contraente público poder resolver unilateralmente o contrato sem que se verifique qualquer incumprimento por parte do contraente particular²²². O regime substantivo do contrato administrativo Francês é, assim, por natureza, permissivo a posições autoritárias da Administração no contrato administrativo.

²²⁰ A este respeito, vide, entre outros: JEAN RIVERO e JEAN WALINE, *Droit Administratif*, Dalloz, 19.^a Edição, 2002, pp. 113 a 115.

²²¹ Referimo-nos a cláusulas tipicamente insertas e não a cláusulas ilegais. Com efeito, a doutrina Francesa tem atentado para o facto de o critério da cláusula exorbitante não se firmar apenas na questão da legalidade da cláusula, dado que são raras as cláusulas exorbitantes que seriam ilegais em contratos de Direito Civil. Neste sentido, vide LAURENT RICHER, *Droit des Contrats Administratifs*, L.G.D.-J., 5.^a Edição, 2006, p. 96.

²²² Neste sentido, vide YVES GAUDENET, *Droit Administratif*, L.G.D.-J., 19.^a Edição, 2010, p. 298.

A construção pela via jurisprudencial do sistema das prerrogativas de autoridade da Administração, em França, faz-se notar pela ausência de uma regulação legal pormenorizada da matéria como, por exemplo, podemos encontrar no CCP Português ou na Ley 9/2017 Espanhola. Com efeito, o diploma que, em França, serve a função de “*Código dos Contratos Públicos*”, transpondo as novas Directivas Europeias de contratação, é o vertido no **Decré 2016-360, de 25 de Março**. Neste diploma, não obstante verificar-se um grande detalhe de regulação a respeito da fase pré-contratual e de formação do contrato, são escassas as regras a respeito da execução do contrato, à parte de algumas disposições relativas a aspectos financeiros do contrato.

Os poderes do ente público são exercidos, em regra, por acto administrativo, ainda que, para efeitos contenciosos, não seja o tal acto destacável susceptível de recurso de anulação, o que leva a que só pela plena jurisdição se possa atacá-lo, o que equivale a dizer que apenas se pode assacar responsabilidade contratual à Administração, vedadas que estão questões de validade²²³. Mas também este ordenamento comporta as suas peculiaridades, nomeadamente no que diz respeito à fonte dos poderes de autoridade. Com efeito, estes podem ter origem não apenas na lei, mas também no contrato, o que permite, como se referiu, a consensualização das chamadas “*cláusulas exorbitantes*”²²⁴.

Em relação ao específico poder de invalidação administrativa do contrato, porém, a largura inicial recolhe-se: em França, o que significa que a Administração não pode invalidar unilateralmente o contrato²²⁵. De facto, o sistema positivo francês é muito semelhante ao português, ao consagrar os poderes de direcção e fiscalização, sanção e

²²³ Cfr. RENE CHAPUS, *Droit Administratif General, tome 1*, Montschrestien, 15ª Edição, Paris, 2001, p. 1205. Citado por ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 39.

²²⁴ Referimo-nos, nesta sede, ao sentido de *cláusulas exorbitantes* como aquelas que atribuem prerrogativas de autoridade sobre o contrato.

²²⁵ Veja-se, a título de exemplo, LAURENT RICHER, *Droit des Contrats Administratifs*, L.G.D-J., 5.ª Edição, 2006, p. 188: “(...) *on peut faire valor que l’illégalité du contrat est normalement sanctionnée par la nullité qui vaut pour le passé comme pour l’avenir et ne peut être prononcée que par le juge* (...) ».

modificação e resolução unilateral²²⁶, e ao omitir a tal anulação administrativa do contrato.

2.3. Itália

O modo como o ordenamento jurídico Italiano cuida do tema do contrato administrativo permite concluir, desde logo, que se verifica um distanciamento dos paradigmas Francês, Espanhol e Português. É notória uma maior influência do Direito Alemão, evoluindo-se no sentido da publicização dos contratos da Administração²²⁷. A literatura jurídica Italiana é, também ela, reveladora deste modelo alternativo de compreensão do contrato administrativo, tratando, em alguns casos, a matéria contratual administrativa como uma actividade de Direito Privado²²⁸. O que expressa a tendência italiana, liderada pela sua Jurisprudência, de se apegar aos quadros civilistas em matéria contratual.

Também em Itália a justificação para a existência de um contrato celebrado entre a Administração Pública e um particular convoca a discussão relativa ao binómio entre um esquema autoritário de actuação e um esquema paritário, cujo resultado seria a modelação de um determinado procedimento unilateral²²⁹. A admissibilidade destes contratos era também bastante contestada pela Doutrina, em virtude de se defender uma infungibilidade da actuação administrativa pela via unilateral e autoritária, que melhoria asseguraria a prossecução do interesse público²³⁰. No entanto, a evolução

²²⁶ É esta, também, a sistemática utilizada nas obras de referência francesas. Vide, a título de exemplo: JACQUES MOREAU, *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, 1989; JEAN RIVERO e JEAN WALLINE, *Droit Administratif*, Dalloz, 19.^a Edição, 2002.

²²⁷ ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 37 e 38.

²²⁸ Vide, a título exemplificativo MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. I, Dott. A. Giuffrè Editore, 1970; FRANCESCO CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo*, Tomo II, Giuffrè Editore, 2001.

²²⁹ Neste sentido, FRANCESCO BELLOMO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Volume 2, CEDAM, 2009, p. 529.

²³⁰ Neste sentido, FRANCESCO BELLOMO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Volume 2, CEDAM, 2009, p. 530.

Doutrinal foi sendo trilhada no sentido da admissibilidade desses acordos, também com base na norma legal do artigo 11.º da Legge 241/90, que prevê a possibilidade de a Administração celebrar acordos com particulares com vista à cristalização da sua margem de discricionariedade no procedimento, sem prejuízo dos direitos de terceiros e desde que tal respeite a prossecução do interesse público.

A Doutrina Italiana tem avançado com uma distinção fundamental entre dois grupos de contratos celebrados pela Administração Pública: (i) contratos de Direito Privado, que são aqueles previstos no Código Civil Italiano, que se distinguem dos contratos celebrados entre privados apenas por algumas exigências formais e pelas limitações inerentes à natureza pública de um dos contraentes e os chamados (ii) contratos de *evidenza pubblica*, que são contratos que contêm uma específica disciplina substancialmente pública²³¹.

O tradicional binómio entre a autoridade inerente ao Direito Público e a liberdade negocial adveniente do Direito Privado produz, inelutavelmente, diversas questões a respeito do regime do contrato administrativo, uma vez que, em tese, existirão sempre dois regimes jurídicos aptos a regular o contrato: ou o regime do procedimento para a prática de um acto administrativo unilateral ou o regime do Direito Privado que regula as relações civis.

A respeito da invalidade, a questão é colocada do prisma de saber se uma das partes (nomeadamente, a parte pública) poderá desvincular-se unilateralmente do acordo que celebrou. Sendo que, também em Itália, os contratos são entendidos como a “*lei*” que regula a relação entre as partes e perante o qual se terão de limitar as possibilidades de desvinculação²³².

Assim, qualquer poder de autotutela administrativa de exercício, naturalmente, unilateral, é encarado como uma excepção necessária a este paradigma de respeito

²³¹ A este respeito, PIETRO VIRGA, *Diritto Amministrativo*, I, Guffrè Editore, 5.ª Edição, 1999, p. 305.

²³² Veja-se, a este respeito, VINCENZO CERULLI IRELLI, *Corso di Diritto Amministrativo*, Reimpressão de edição de 31 de Dezembro de 2001, G. Giaffichelli Editore, 2002, p. 495.

pelo clausulado. Por essa razão, o poder de autotutela apenas poderá ser exercido em casos de alteração superveniente do interesse público e com efeitos *ex nunc*, o que demonstra uma prevalência, neste âmbito, do conteúdo negocial do contrato face à função administrativa prosseguida no contrato pelo ente público.

A conclusão menos surpreendente é aquela que nega esse poder de invalidação ao contraente público. Ou seja, em Itália, o contrato administrativo só pode ser anulado e declarado nulo pelo juiz ordinário²³³. Com efeito, se uma das partes pretender fazer valer uma causa de invalidade do contrato deverá fazê-lo em sede jurisdiccional²³⁴.

O Direito positivo Italiano não dedica grande destaque ao tema, não tomando qualquer decisão a respeito desta questão.

Importa atentar para o diploma que se ocupou da transposição das novas Diretivas Europeias de contratação pública, a saber, o **Decreto Legislativo 18 de Abril de 2016, n.º 50**. O referido diploma contém uma regulação muito escassa a respeito das regras da execução do contrato (Cfr. artigos 100.º e ss.), prevendo apenas, no que aos poderes do contraente público diz respeito, normas relativas aos poderes de modificação do contrato, de suspensão da execução das suas prestações, de resolução unilateral.

Mas na aparente normalidade das normas relativas aos poderes de actuação do contraente público, surgem algumas normas que merecem um destaque especial, a respeito do poder de resolução unilateral do contrato administrativo.

A este respeito, o artigo 108.º do Decreto Legislativo 18 de Abril de 2016, n.º 50 estabelece que a entidade adjudicante de um determinado contrato público pode

²³³ Sobre a invalidade do contrato administrativo, vide DANIELE MEMMO, *Il Diritto Privati nei contratti della Pubblica Amministrazione*, CEDAM, 1999, pp. 407 e ss.

²³⁴ Neste sentido, vide VINCENZO CERULLI IRELLI, *Corso di Diritto Amministrativo*, Reimpressão de edição de 31 de Dezembro de 2001, G. Giuffichelli Editore, 2002, p. 495.

rescindir o contrato público, durante o período da sua eficácia, perante a ocorrência de alguns eventos, que tipifica no seu número 1. Ora, dois desses eventos dizem respeito a situações que tornam o contrato celebrado inválido, devendo, portanto, em decorrência desses eventos, proceder-se à resolução do mesmo, dada à contrariedade ao Direito de certos eventos anteriores à sua celebração. O legislador não utiliza, no entanto, o termo “*anulação*” ou “*invalidação*” do contrato, preferindo tratar os referidos poderes administrativos como fundamentos de uma “*resolução*” contratual. No entanto, e como se passará a explicar, estas causas de “*resolução*” contratual têm subjacente verdadeiros eventos invalidantes do contrato, obrigando o contraente público a actuar sobre essa invalidade, com efeitos extintivos sobre o contrato.

Em primeiro lugar, prevê-se, como fundamento para o contraente público resolver o contrato, a circunstância de o adjudicatário vencedor se encontrar, no momento da adjudicação do contrato, numa das situações que implicariam a sua exclusão, nos termos previstos no Decreto Legislativo 18 de Abril de 2016, n.º 50.

Por outro lado, esse direito à resolução também existe quando se verifique que o contrato não deveria ter sido adjudicado, em consideração de uma grave violação das obrigações decorrentes dos Tratados, conforme reconhecido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, num processo que tenha corrido nos termos do artigo 258.º do TFUE, ou conforme reconhecido em sentença que tenha transitado em julgado e que tenha julgado uma violação ao Decreto Legislativo 18 de Abril de 2016, n.º 50 (Cfr. alínea d) do número 1 do artigo 108.º do referido diploma).

Ambos estes eventos determinam a invalidade derivada do contrato celebrado, uma vez que afectam directamente o acto de adjudicação, o qual, por sua vez, constituirá sempre um acto antecedente da celebração do contrato para efeitos da invalidade derivada deste último. Pelo que, sob a veste da resolução, consagra-se um poder ao contraente público de extinguir os efeitos do contrato pela ocorrência de um evento de invalidade contratual.

As normas contidas no artigo 108.º já foram objecto de análise pela Doutrina Italiana. A este respeito, é referido, por alguma Doutrina, que o artigo 108.º Decreto Legislativo 18 de Abril de 2016, n.º 50 consagra um regime ambíguo no que aos poderes de autotutela diz respeito, que parece contradizer o princípio de que a Administração não se poderá furtar ao cumprimento do contrato por força de uma invalidação unilateral do contrato²³⁵.

2.4. Alemanha

A figura do contrato administrativo também foi alvo de uma discussão em torno da sua justificação, à semelhança de outros ordenamentos jurídicos europeus. Com efeito, entendia-se, na esteira de OTTO MAYER, que a via negocial poderia comprometer a autoridade do Estado e, portanto, a melhor prossecução do interesse público, que assim ficaria amarrada na teia do contrato e privado da actuação pela via unilateral. A tradicional crítica feita à autonomização do contrato administrativo prendia-se com o facto de o contrato administrativo regular uma determinada relação administrativa sem apoio directo numa norma legal, o que tornaria impossível a contratação sem fundamento directo na lei.

Estas dificuldades viriam, no entanto, a ser ultrapassadas pela literatura jurídica germânica, muito a reboque da queda da preponderância do positivismo legalista e com a eminência de novos quadros de compreensão do Direito na Europa Ocidental, o que retirou dificuldade em admitir fundamentos de actuação baseados no Princípio da *pacta sunt servanda* e da contratualização de relações jurídicas, diminuindo o papel da norma legal. Assim o contrato administrativo foi-se tornando uma prática corrente

²³⁵ Referindo-se especificamente aos casos, *supra* elencados, das causas de exclusão do contraente particular, vide ASSUNTA ARCASENSA, *L'esercizio del potere di autotutela dopo la stipula del contratto*, in Italiappalti.it, 20 de Julho de 2017. Artigo disponível em http://italiappalti.it/public/articoli_pdf/3499.pdf

da actuação da Administração Pública Alemã, levando a que a sua realidade fáctica não pudesse mais ser ignorada pela Ciência Jurídica²³⁶.

O sistema contratual administrativo germânico é aquele que demonstra uma maior aversão à existência de poderes exorbitantes. A regra é a da igualdade das partes, reflexo de um refúgio muito vincado aos paradigmas do Direito Privado²³⁷.

O contrato administrativo não é encarado, na Alemanha, como um *contrat administratif* Francês, no sentido em que este último se define como o acordo de vontades em que os dois contraentes são colocados em posições desigualitárias. Este tipo de contrato, no Direito Alemão, seria inimaginável, precisamente pela existência dessa premissa de desigualdade²³⁸.

Mesmo quando o que subjaz a um determinado poder seja a melhor prossecução do interesse público, como acontece com o caso da resolução unilateral por interesse público, a exteriorização consubstancia-se num mero acto negocial, consequência do exercício de um direito potestativo²³⁹. Temos, portanto, um direito potestativo que se desintegra do seu meio natural, genético, de Direito Privado, para operar com plenitude no seio do Direito Administrativo, materializando uma causa de interesse público e não apenas a mera vontade do seu titular.

Existe, ainda, uma peculiaridade no Direito Alemão, contida no artigo 61.º do seu *Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG* - (Código do Procedimento Administrativo Alemão). A norma estabelece a possibilidade de as partes submeterem o contrato a um regime de execução imediata, ou seja, transformando-o em título executivo, o

²³⁶ Para uma visão compreensiva do percurso científico da justificação da figura do contrato administrativo na Alemanha, vide ERNST FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudos Políticos, 1958, Traduzido da 5.ª Edição, p. 373 e ss.

²³⁷ Cfr. ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 37.

²³⁸ Neste sentido, ERNST FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudos Políticos, 1958, Traduzido da 5.ª Edição, p. 377.

²³⁹ Cfr. PAULA MACEDO WEISS, *Pacta Sunt Servanda in Verwaltungsvertrag*, Peter Lang, 1999, p. 72, citada por ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 41.

que permite ao ente público executar, ele próprio, a sua pretensão de acordo com as regras de execução dos actos administrativos e ao co-contratante, executá-la nos termos previstos para a execução de uma sentença dos tribunais administrativos²⁴⁰. Esta possibilidade permite extrair a conclusão de que o sistema de poderes de conformação contratual alemão patenteia alguma disponibilidade na sua configuração. Mas a conclusão mais interessante é a atribuição, por esta via, às duas partes, de autotutela. O conteúdo que futuramente se poderá executar já se encontra modificado e acabado com a declaração das partes, numa fase pré-judicial.

Se é assim, não espanta que a regra seja o exercício do acto jurídico simples (*máxime*: direito potestativo) e não do acto administrativo, autoritário e desequilibrador. Logo, na Alemanha essa invalidação administrativa unilateral e constitutiva não é possível.

²⁴⁰ Cfr. HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Beck, 17.ª Edição, 2009, pp. 405 e 507 e KOPP e RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Beck, 7.ª Edição, 2000, p. 1293. Citados por ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 42.

PARTE III

—

A DECLARAÇÃO ADMINISTRATIVA COM A CONCORDÂNCIA DO PARTICULAR

Capítulo I – A declaração com iniciativa na Administração e com a concordância do particular

A declaração sobre a invalidade do contrato administrativo não se encontra na disponibilidade da Administração. A solução legislativa acolhida pelo CCP foi a de limitar o poder da Administração perante a invalidade do contrato, consagrando, no número 1 do artigo 307.º do CCP a necessidade de obter o acordo da contraparte ou uma pronúncia judicial para se produzirem os efeitos invalidantes do contrato.

Esta solução almeja um resultado negativo: o de evitar uma pronúncia unilateral e invalidante da Administração em relação ao contrato. Na sequência, o problema da declaração administrativa sobre a invalidade contratual tem sido discutido em torno dos fundamentos desta impossibilidade. Ora, propomo-nos, nesta Parte III da investigação, a debater o problema da declaração administrativa de invalidade sob uma outra perspectiva: pressupondo uma declaração sobre a invalidade do contrato administrativo e perscrutando as várias hipóteses interpretativas e aplicativas fornecidas pela norma do número 1 do artigo 307.º do CCP.

1. A declaração prevista no número 1 do artigo 307.º do CCP

O número 1 do artigo 307.º do CCP prevê a natureza jurídica das declarações da Administração no contrato administrativo com respeito de três temas alternativos: (i) *interpretação*; (ii) *validade* e (iii) *execução do contrato*.

Em conjugação com o número 2 do referido artigo, estabelece que:

“Com exceção dos casos previstos no número seguinte, as declarações do contraente público sobre interpretação e validade do contrato ou sobre a sua execução são meras declarações negociais, pelo que, na falta de acordo do cocontratante, o contraente público apenas pode obter os efeitos pretendidos através do recurso à ação administrativa”

Assim, temos que qualquer pronúncia administrativa que não esteja contemplada no elenco do número 2 do artigo 307.º, revestirá a natureza de *declaração negocial*. Ou melhor, e na sequência do que se dirá, temos que apenas as pronúncias consagradas no elenco do número 2 do artigo 307.º do CCP se poderão qualificar como actos administrativos²⁴¹. Importa, por isso, reflectir sobre o significado da expressão *declaração negocial* no âmbito da presente problemática. Como já referido *supra*, a expressão legal *sub judice* terá de sofrer, neste âmbito, diversas adaptações, consoante o objecto da pronúncia administrativa em causa, uma vez que não se revela hábil a caracterizar todas as potencialidades actuantes ao dispor da Administração no seio do contrato administrativo.

A intenção legislativa ínsita no texto vertido no número 1 do artigo 307.º do CCP era mais simples: retirar a natureza de acto administrativo às pronúncias que versem sobre interpretação e validade do contrato e, em relação à matéria da execução contratual, retirar-lhes essa natureza quando não contempladas no elenco do número 2 do mesmo artigo. No entanto, a forma utilizada pelo legislador gerou uma problemática subsequente: não revestindo a natureza de acto administrativo, revestirão todas essas pronúncias a natureza de *declaração negocial*? Como interpretar o segundo segmento normativo do número 1 do artigo 307.º do CCP?

²⁴¹ Esta regra jurídica não reveste, no entanto, um carácter absoluto, uma vez que a maior parte da doutrina vem admitindo a qualificação como acto administrativo de certas actuações não consagradas no referido elenco, socorrendo-se de uma interpretação analógica do mesmo.

A *declaração negocial* consubstancia a expressão de uma declaração que visa corporizar uma determinada vontade negocial, dirigida à formação de um determinado negócio jurídico.

Assim, a expressão *declaração negocial* revelar-se-á, assim, imprópria a respeito das actuações da Administração no âmbito do exercício de um poder, nomeadamente, na fase da execução contratual, uma vez que, e como já referido, essas actuações traduzem-se no exercício de direitos potestativos destinados a produzir efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos na relação jurídica contratual. Pelo que, para designar o modo de exercício deste tipo de poderes contratuais, se revela preferível a utilização do termo *declaração de vontade*, na medida em que detém um alcance mais amplo e capaz de incorporar melhor o exercício de um direito potestativo, cuja morfologia jurídica não se confunde com uma pronúncia a respeito da formação de um negócio jurídico nem sequer se identificará com a uma actuação que almeja um determinado sentido negocial. Um entendimento contrário redundaria, inevitavelmente, na negação da possibilidade de a Administração poder exercer qualquer posição jurídica de vantagem no contrato administrativo, uma vez que se limitaria à emissão de declarações negociais, inábeis à produção de quaisquer efeitos jurídicos no seio do contrato sem a aceitação do co-contratante.

Retira-se, portanto, uma conclusão fundamental: a de que os comportamentos jurídicos a atribuir à Administração no contrato administrativo não se resumem, apenas, ou à prática de actos administrativos ou à prática de declarações negociais. Na medida em que expressem um exercício de uma posição de vantagem jurídica, nomeadamente, de um direito potestativo, estes podem significar a prática de uma declaração de vontade dirigida não à formação de um negócio jurídico, mas ao exercício, unilateral, dessa posição jurídica de vantagem.

A *declaração negocial* poderá, no entanto, conservar utilidade aplicativa. Aliás, assim está obrigado o intérprete por força da regra de interpretação que estipula que o legislador se terá exprimido convenientemente e que se deverá retirar conteúdo útil à norma que se interpreta (Cfr. número 3 do artigo 9.º do CC). Com efeito, terá de admitir-se que o número 1 do artigo 307.º do CCP permite a emissão, pela Administração, de

verdadeiras e próprias *declarações negociais*. Ou seja, e a par com o exercício de verdadeiros poderes jurídicos de vantagem, que assumem a natureza jurídica de poderes potestativos, exercidos por declarações de vontade, deveria ser possível, ao contraente público, emitir declarações negociais a respeito da interpretação, validade e execução do contrato.

Esta *declaração negocial* não traduziria, como se disse, o exercício de um poder potestativo, na medida em que não visa exercer qualquer posição de vantagem destinada a conformar, unilateralmente, a ordem jurídica²⁴². Traduziria, antes, uma de duas realidades diversas:

- (i) Poderá traduzir uma verdadeira proposta negocial, destinada a uma eventual aceitação por parte do co-contratante, caso em que se poderia formar um acordo de vontades sobre uma determinada questão relativa à interpretação, validade ou execução do contrato; ou
- (ii) Poderá traduzir, caso não cumpra os requisitos necessários para se assumir como uma verdadeira proposta negocial, uma mera pronúncia desprovida de qualquer eficácia jurídica, inábil a produzir um negócio jurídico, assemelhando-se, desta forma, a um mero *acto opinativo*.

Importa compreender qual o verdadeiro papel do co-contratante na equação das pronúncias administrativas previstas no referido número 1 do artigo 307.º do CCP. Nomeadamente, qual os efeitos jurídicos que a manifestação de vontade do co-contratante é hábil a produzir. Por outro lado, e como já referido, o sentido juridicamente relevante que se poderá extrair da referida norma não poderá absolutizar o seu texto, o que se demonstra não apenas pela interpretação restrita que se operou da utilização do conceito de *declaração negocial* como também da opção doutrinária de qualificar como actos administrativos pronúncias contratuais da Administração que não se encontram vertidas no elenco do número 2 do artigo 307.º.

²⁴² Concordamos, portanto, e quanto a este ponto concreto, com PAULO OTERO. Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo. Volume I*, Almedina, 2016, p. 328.

Assim, não se irá descabido questionarmo-nos, uma vez que tal vem sendo admitido em relação a outras pronúncias contratuais, se, em matéria de validade do contrato, o número 1 do artigo 307.º excluirá, à partida, a emissão de actos administrativos. Ou se, simplesmente, lhes pretende retirar a força imperativa, sem que o co-contratante proceda à aceitação dos seus efeitos. Será legítimo questionarmo-nos se, ao invés de se qualificar qualquer pronúncia administrativa enquanto uma *declaração negocial* a formar um futuro contrato, não se estará a consagrar um regime especial para a formação de um acto administrativo contratual, para o qual se exigirá o consentimento do particular para que este se torne perfeito nos seus efeitos e possa, a fim, invalidar o contrato.

Em conclusão, e na sequência das hipóteses interpretativas que temos vindo a apresentar, o número 1 do artigo 307.º do CCP não se apresenta inteiramente claro em relação uma questão fundamental: a de saber como deverá ser qualificada uma pronúncia da Administração, emitida fora das hipóteses contempladas no número 2 do artigo 307.º do CCP. Nomeadamente, como deverá ser qualificada uma pronúncia administrativa, emitida num contrato administrativo, a respeito da validade do contrato? Impõem-se duas soluções possíveis:

- (i) Deverá essa pronúncia administrativa ser qualificada como uma verdadeira *declaração negocial*, que aguarda o acordo do co-contratante para que se forme um futuro contrato?
- (ii) Ou deverá antes ser entendida como um acto administrativo cujos efeitos apenas se poderão produzir com a aceitação do co-contratante face à sua emissão?

Em suma, estas duas hipóteses pressupõem duas perspectivas opostas na operação interpretativa a realizar no âmbito do número 1 do artigo 307.º do CCP. Com efeito, se entendermos que, sobre questões de validade, apenas se estará diante de uma declaração

negocial, então terá de concluir-se que a norma não permite qualquer exercício, ainda que condicionado, de um poder de vantagem dotado de imperatividade. Pelo contrário, se admitirmos a possibilidade da prática de um acto administrativo condicionado à aceitação do co-contratante, essa possibilidade existe, tratando-se de uma hipótese de um acto administrativo contratual com um regime especial.

Pelo que importa também, subsequentemente, atentar para o papel que a vontade do co-contratante poderá assumir, nomeadamente, se essa vontade consubstancia uma vontade negocial, destinada a aceitar uma determinada proposta negocial e a firmar um posterior acordo relativo à invalidação contratual ou se, pelo contrário, essa vontade expressará, apenas, uma aceitação do conteúdo de um acto administrativo em vias de produção total de efeitos.

2. A aceitação do co-contratante. Natureza jurídica

2.1. A aceitação do co-contratante como requisito de eficácia

Da leitura da norma contida no número 1 do artigo 307.º do CCP poderão resultar diversas interpretações acerca de duas questões essenciais: em primeiro lugar, a de saber qual o papel que a vontade do co-contratante pode assumir perante uma declaração acerca da invalidade do contrato administrativo e a segunda a de saber, em consequência, qual a natureza jurídica que essa declaração administrativa assume.

Uma dessas hipóteses interpretativas identificadas *supra* prende-se com a possibilidade de esta declaração administrativa sobre a invalidade do contrato administrativo poder consubstanciar-se num acto administrativo sujeito à aceitação do co-contratante para que se torne perfeito na sua eficácia. Ou seja, o número 1 do artigo 307.º, ao mesmo tempo que não permitira o exercício unilateral de um poder de autoridade sobre a invalidade contrato administrativo, não dotando a Administração da imperatividade para, por si, invalidar o contrato administrativo à semelhança da anulação administrativa de actos administrativos, também não proibiria, à partida, a prática de actos administrativos sobre a matéria, desde que estes obtivessem a concordância do co-contratante. Estar-se-ia, desta forma, a contornar um dos principais obstáculos que se colocam à admissibilidade da prática de poderes de autoridade sobre questões de validade no contrato administrativo, na medida em que o co-contratante teria o poder de rejeitar a solução proposta pela Administração, protegendo a sua posição de parte contratante do contrato e não permitindo que uma das partes pudesse, unilateralmente, desvincular-se do clausulado.

Dentro desta hipótese interpretativa, surgem, igualmente, diversas hipóteses que poderão sustentar esta solução. A primeira dessas hipóteses é atribuir-se à declaração do co-contratante a natureza de uma **condição suspensiva** da eficácia do acto administrativo praticado pelo contraente público. Assim, existiria um acto administrativo que, para produzir os seus totais efeitos, estaria dependente da verificação de uma condição, que teria necessariamente de ser suspensiva e não resolutiva, uma vez que o legislador terá sido

claro na necessidade de intervenção prévia do co-contratante para que algum efeito jurídico se possa verificar a respeito da questão da validade do contrato.

É admitido que a actuação administrativa poderá fazer depender a produção total dos seus efeitos da verificação de determinados eventos, que se afirmam como verdadeiros requisitos de eficácia jurídica do acto administrativo. Como exemplo paradigmático a este respeito, e ancorada em razões de segurança jurídica, temos a necessidade de notificar ou publicar um acto administrativo para que o mesmo venha a produzir os efeitos²⁴³. Mas além da exigência da publicação ou a notificação do acto administrativo, a lei poderá sustentar a eficácia da actuação administrativa à verificação de uma intervenção subsequente de outro agente, administrativo ou particular, como sejam, seguindo a formulação quadripartida de PAULO OTERO²⁴⁴, uma intervenção de uma autoridade administrativa que vem aprovar a decisão de outro órgão administrativo²⁴⁵; a intervenção do Tribunal de Contas, na concessão de um visto prévio a determinado contrato²⁴⁶; a realização de um referendo com o propósito de aprovação de uma anterior decisão administrativa²⁴⁷ e, por fim, essa produção de efeitos poderão ficar dependente da aceitação ou concordância do destinatário de uma anterior decisão administrativa, de que poderá ser exemplo paradigmático o acto de nomeação.

Mas para além destas situações, é também admitido que a eficácia de um acto administrativo poderá ficar dependente da verificação de uma condição suspensiva, funcionando estas cláusulas como eventos que condicionam a eficácia de um determinado acto, contrato, regulamento ou outra forma de actuação administrativa²⁴⁸. Aliás, o próprio legislador do CPA admite abertamente a possibilidade de um acto administrativo ter a sua eficácia condicionada à verificação de uma determinada condição suspensiva, quando estabelece, no número 1 do artigo 149.º do CPA, que “[o]s atos administrativos podem ser

²⁴³ Cfr. Número 2 do artigo 158.º e artigo 160.º, ambos do CPA.

²⁴⁴ Cfr. *Direito do Procedimento Administrativo. Volume I*, Almedina, 2016, p. 549.

²⁴⁵ Cfr. Alínea a) do artigo 157.º do CPA e número 1 do artigo 287.º do CCP.

²⁴⁶ Cfr. Artigos 45.º e 46.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas e número 1 do artigo 287.º do CCP.

²⁴⁷ Cfr. Alínea a) do artigo 157.º do CPA.

²⁴⁸ Neste sentido, PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo. Volume I*, Almedina, 2016, p. 549.

sujeitos, pelo seu autor, mediante decisão fundamentada, a condição, termo, modo ou reserva, desde que estes não sejam contrários à lei ou ao fim a que o ato se destina, tenham relação direta com o conteúdo principal do ato e respeitem os princípios jurídicos aplicáveis, designadamente o princípio da proporcionalidade”.

No entanto, se admitirmos a possibilidade da prática de um acto administrativo sujeito a uma condição suspensiva com fundamento no número 1 do artigo 307.º do CCP, essa mesma condição suspensiva teria um fundamento legal. Pelo que não se trataria da aposição administrativa de uma cláusula acessória, mas decorreria de um regime legal especial. Assim, as preocupações legislativas constantes do número 2 do artigo 149.º do CPA não relevariam a este respeito.

Importa, a este respeito, referir igualmente a alínea c) do artigo 157.º que estabelece que “[o] ato administrativo tem eficácia diferida ou condicionada: (...) b) *Quando os seus efeitos ficarem dependentes de condição ou termo suspensivos;(...)*”. Nestes casos, e como bem refere ALEXANDRA LEITÃO, “(...) o acto é válido, mas não é eficaz logo após a sua prática (ou notificação) por faltar um requisito integrativo de eficácia que difere para momento posterior a capacidade de o ato produzir os seus efeitos jurídicos típicos”²⁴⁹.

Recorrendo à Doutrina Civil do negócio jurídico, mas com plena aplicação no ramo do Direito Administrativo e na realidade do acto administrativo, poder-se-á definir condição, de acordo com a lição de MANUEL DE ANDRADE, como “(...) a cláusula por virtude da qual a eficácia de um negócio (o conjunto dos efeitos que ele pretende desencadear) é posta na dependência dum acontecimento futuro e incerto, por maneira que ou só verificado tal acontecimento é que o negócio produzirá os seus efeitos (condição suspensiva), ou então só nessa eventualidade é que o negócio deixará de os produzir

²⁴⁹ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *A eficácia dos atos administrativos no novo Código do Procedimento Administrativo. Em especial, a eficácia retroactiva*, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL Editora, 2.ª Edição, 2015, p. 986.

(*condição resolutiva*)”²⁵⁰. A condição é também acolhida legislativamente no artigo 270.º do CC²⁵¹.

Cabe saber se a aceitação do acto administrativo por parte do co-contratante poderá ser entendida como uma verdadeira condição. A aceitação desse acto deverá qualificar-se como uma declaração de vontade dirigida a aceitar os efeitos de um acto administrativo, nomeadamente, a aceder aos fundamentos aduzidos pela Administração em relação à invalidade do contrato administrativo. Como tal, não se trata de um evento causal, mas sim dependente de um comportamento de um sujeito de direito, cuja vontade assume a relevância de condicionar o sentido decisório da pronúncia. A Doutrina tem, no entanto, entendido que este tipo de actuação poderá ser admitida como evento condicionante. Com efeito e como bem refere FILIPA URBANO CALVÃO, “(...) *certa Doutrina sustenta que o evento condicionante pode ser, não apenas um facto natural (fala-se a este propósito em condição casual), mas também uma declaração de vontade (condição potestativa), podendo, por isso, ser uma declaração de vontade do próprio autor do acto (embora também possa provir de uma outra entidade administrativa ou do particular destinatário do mesmo)*”²⁵².

Com efeito, tem sido aceite que a condição possa ficar dependente da vontade de uma das partes, desde que essa vontade não dependa de um “*puro querer*”, arbitrário e sem significância relevante. A este respeito, MANUEL DE ANDRADE, sobre a condição potestativa, não admite as condições arbitrárias, mas admite aquelas que não o sejam, que qualifica como aquelas que não consistem “(...) *nem aberta nem simuladamente, num puro querer ou num equivalente disso, mas num acto de certa gravidade ou transcendência, que já põe em jogo interesses sérios (...)*”²⁵³. Retornando ao caso que nos ocupa,

²⁵⁰ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II*, Almedina, 4.ª Reimpressão, 1974, p. 356.

²⁵¹ Estabelece-se, na referida norma, que “[a]s partes podem subordinar a um acontecimento futuro e incerto a produção dos efeitos do negócio jurídico ou a sua resolução: no primeiro caso, diz-se suspensiva a condição; no segundo, resolutiva”.

²⁵² Cfr. *Os actos precários e os actos provisórios no Direito Administrativo*, Universidade Católica Portuguesa, 1998, pp. 85 e 86. Também neste sentido, vide LUÍS. ALBERTO CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil, II*, Universidade Católica Editora, 5.ª Edição, 2010, p. 418.

²⁵³ Cfr. *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II*, Almedina, 4.ª Reimpressão, 1974, pp. 368 e 369.

parece claro que a aceitação, por parte do co-contratante, de uma determinada interpretação jurídica a respeito da invalidade do contrato, que foi realizada pela Administração, não será despreciada na relação jurídica entre as partes, devendo ser valorada a condição potestativa não arbitrária.

Importa também referir que o papel da vontade do beneficiário do acto administrativo, no contexto da verificação da condição suspensiva, foi já objecto de contemplação expressa pelo legislador. Com efeito, e a respeito das regras processuais sobre impugnação judicial de actos administrativos ineficazes, dispõe a alínea b) do número 2 do artigo 54.º do CPTA que os actos que ainda não iniciaram a produção de efeitos poderão ser objecto de impugnação judicial quando “[s]eja seguro ou muito provável que o ato irá produzir efeitos, designadamente por a ineficácia se dever apenas ao facto de o ato se encontrar dependente de termo inicial ou de **condição suspensiva cuja verificação seja provável, nomeadamente por depender da vontade do beneficiário do ato**” (negrito nosso). A referida expressão legal consagra, portanto, um tipo de condição potestativa, na medida em que depende directamente da vontade do destinatário do acto²⁵⁴.

No entanto, alguma Doutrina entende que não se poderá apor uma condição em certo tipo de actuações. Com efeito, e de acordo com o entendimento de MOTA PINTO, devem ter-se por incondicionáveis “(...) *os negócios unilaterais, resultantes do exercício de um direito potestativo que atinge a esfera de outrem com uma eficácia não vantajosa (p. ex. a resolução, a revogação, o resgate, o despedimento)*”²⁵⁵. Segundo o mesmo Autor, tratar-se-á de impedir a incerteza que poderia resultar de uma cláusula condicional. Ora, poder-se-á encontrar paralelo com o acto administrativo dirigido a invalidar um determinado contrato administrativo, uma vez que também este se trata de um poder (ainda que de autoridade e não meramente potestativo) que irá atingir a esfera jurídica do co-contratante, causando-lhe uma situação nefasta, na medida em que viria a sua posição jurídica no contrato cessar, por força dos efeitos produzidos pela invalidação. No entanto,

²⁵⁴ Neste sentido, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Volume I*, Almedina, 2004, p. 361.

²⁵⁵ Cfr. *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 3.ª Edição, 1992, p. 558.

parece que o a *ratio* desta impossibilidade se prende com os efeitos negativos colocados na incerteza que a existência da condição produziria para o destinatário da actuação. Acontece que, no caso de um acto administrativo sujeito a uma aceitação, essa incerteza não se manifesta, uma vez que a verificação da condição depende, exclusivamente, de um acto da vontade do destinatário, pelo que essa verificação se encontra, totalmente, em seu poder e sob a certeza do seu comportamento.

Esta aceitação do co-contratante determinará a eficácia do acto administrativo praticado pelo contraente público. Portanto, esta declaração de vontade consubstanciada na aceitação desse acto produz, ela própria, e de forma unilateral, a sua eficácia jurídica, ao determinar essa outra produção, constitutiva, de efeitos. Assim, deverá qualificar-se como um **direito potestativo** que assiste ao co-contratante²⁵⁶.

Por outro lado, este acto administrativo em potência, com fundamento no número 1 do artigo 307.º do CCP, poderá assemelhar-se a um outro tipo de acto administrativo com eficácia diferida: **o acto de nomeação sujeito a aceitação**. Neste caso, a vontade manifestada pelo co-contratante assemelhar-se-á àquela que é emitida pelo destinatário de um acto administrativo de nomeação. A respeito da nomeação, importa atentar para um dos seus exemplos paradigmáticos e que cuja discussão merece ser aqui revisitada: o acto de nomeação no âmbito da relação jurídica de emprego público.

Sendo a nomeação uma das modalidades pela qual se constitui a relação jurídica de emprego público, a mesma vem definida no número 2 do artigo 9.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro²⁵⁷, como o “(...) *acto unilateral da entidade empregadora pública cuja eficácia depende da aceitação do nomeado*”. No âmbito do anterior regime, alguma Doutrina discutia a natureza jurídica deste acto de nomeação, nomeadamente, sobre saber se a aceitação do particular se consubstanciava num acto constitutivo da relação contratual de emprego público (que se formaria através de contrato) ou se, pelo

²⁵⁶ Neste sentido, ainda que sobre a condição aposta em negócios jurídicos civis, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, Almedina, 1999, p. 715.

²⁵⁷ O referido diploma estabelece os regimes de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas.

contrário, era uma mera condição de eficácia do mesmo. A tese maioritária, pelo menos entre os administrativistas, foi a de admitir a natureza da aceitação da nomeação como uma mera condição de eficácia e não como uma declaração co-constitutiva de uma relação jurídica contratual²⁵⁸. Como bem refere o Parecer da Procuradoria Geral da República, de 5 de Abril de 2002²⁵⁹ “[o] não acolhimento da tese contratual da nomeação reconduz o papel da vontade do trabalhador (a aceitação) a condição de eficácia do vínculo constituído com a manifestação de vontade unilateral da Administração”.

Ora, juridicamente, este acto de nomeação insere-se na categoria de actos administrativos que carecem do consentimento do particular para que surjam dotados de total eficácia. Estruturalmente, e de acordo com FERNANDA MAÇÃS, esta aceitação poderá ainda designar-se como condição suspensiva do acto administrativo de nomeação²⁶⁰.

De acordo com SÉRVULO CORREIA, é possível distinguir, teoricamente, os contratos administrativos dos actos administrativos cuja prática ou eficácia se encontre dependente da aceitação do destinatário. O Autor começa por referir que a técnica do Direito Administrativo Português assenta na qualificação do consentimento do particular como condição de eficácia, o que defende os seus interesses na medida em que o acto não produz efeitos até à aceitação pelo seu destinatário²⁶¹. No que respeita á distinção entre contratos administrativos e actos sujeitos à aceitação do destinatário, SÉRVULO CORREIA alude que, no contrato, “(...) é a conjugação da vontade das partes que possui a virtualidade de produzir os efeitos de direito que lhe são próprios. (...) no acto administrativo, o poder assiste unicamente à Administração. Só ela pode definir constitutivamente a situação jurídico-administrativa. A conduta do particular apenas servirá para criar os

²⁵⁸ Neste sentido, vide MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo. Tomo I*, Almedina, 10.^a Edição, 1991, p. 421; ANA FERNANDA NEVES, *Relação jurídica de emprego público*, Coimbra Editora, 1999, pp. 103 e ss; FERNANDA MAÇÃS, *A relação jurídica de emprego público: Tendências actuais*, Novas perspectivas de Direito Público, IGAT, 1999, pp. 15 e ss.

²⁵⁹ Parecer n.º P000382002, cuja Relatora é FERNANDA MAÇÃS.

²⁶⁰ Cfr. Parecer da Procuradoria Geral da República, de 5 de Abril de 2002.

²⁶¹ Cfr. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1987, p. 346.

requisitos legais do exercício do poder pela Administração ou da transposição para o plano externo dos efeitos jurídicos já contidos em acto perfeito”²⁶².

No entanto esta distinção, como reconhece o Autor, apenas se afigura fácil no plano teórico, uma vez que existem diversas situações cuja definição se revela altamente nebulosa. Para colmatar estas dificuldades práticas, o Autor defende que essa diferenciação se deverá encontrar na estrutura do acto, no sentido de que se esse acto se encontrar tipificado na lei, a compreensão dessa estrutura deverá encontrar-se na interpretação do regime legal que lhe é aplicável. Se, pelo contrário, o acto administrativo em causa for atípico, terá de averiguar-se da vontade dos intervenientes²⁶³.

Uma outra forma de aceitação de actos administrativos consagrada legislativamente é a da **aceitação de um acto no contexto da respectiva impugnabilidade judicial**. Com efeito, de acordo com o número 1 do artigo 56.º do CPTA, “[n]ão pode impugnar um ato administrativo com fundamento na sua mera anulabilidade quem o tenha aceite, expressa ou tacitamente, depois de praticado”.

A aceitação prevista no número 1 do artigo 56.º do CPTA poderá ser definida, de acordo com CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, como a “(...) manifestação de vontade do particular que revele a sua conformação com o conteúdo do acto ou com os seus efeitos”²⁶⁴.

A aceitação do acto administrativo para efeitos da sua impugnabilidade judicial é um pressuposto processual negativo²⁶⁵ e especial, cuja verificação impossibilita o exercício do direito de acção. Para VIEIRA DE ANDRADE, esta aceitação trata-se de um mero acto jurídico e não de uma declaração negocial. Para o Autor, a aceitação terá de ser um acto voluntário, mas essa vontade do aceitante (ao contrário do que acontecerá em caso de

²⁶² Cfr. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1987, p. 347.

²⁶³ Cfr. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1987, p. 350.

²⁶⁴ Cfr. *Dicionário de Contencioso Administrativo*, Almedina, 2006, p. 95.

²⁶⁵ Neste sentido JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa. Lições*, Almedina, 14.ª Edição, 2015, p. 256.

renúncia) não é dirigida para a produção do efeito de aceitação, uma vez que este resulta de uma determinação legal²⁶⁶.

Como bem referem MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, uma vez que a aceitação do acto administrativo contemplada no referido artigo não consagra uma renúncia ao exercício de um direito, esta só é relevante se for posterior à prática do acto lesivo²⁶⁷. Com efeito, a aceitação do acto administrativo que se encontra prevista no número 1 do artigo 56.º do CPTA, a consumir-se, apenas o será após a prática e a total eficácia do acto administrativo em causa. Tratar-se-á, somente, da aceitação dos seus efeitos, com vista à estabilização da sua condição processual e por razões de segurança jurídica.

A situação prevista no número 1 do artigo 307.º do CCP afigura-se diferente. Com efeito, a qualificar-se a pronúncia administrativa como um acto administrativo, este, ao tempo da manifestação de vontade do co-contratante, ainda não produz efeitos jurídicos, à excepção do direito potestativo que faria surgir na esfera do referido co-contratante. A aceitação é, aqui, requisito da eficácia do acto. Já a aceitação prevista no artigo 56.º do CPTA não é hábil a impedir a efectivação dos efeitos jurídicos do acto administrativo que se aceita. O sentido dessa manifestação de vontade é manifestar, expressa ou tacitamente, uma conformação com o conteúdo desse acto, precludindo a possibilidade de se exercer um direito processual.

²⁶⁶ Cfr. *A Justiça Administrativa. Lições*, Almedina, 14.ª Edição, 2015, p. 257. Neste sentido, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 4.ª Edição, 2017, p. 390.

²⁶⁷ Cfr. *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 4.ª Edição, 2017, p. 390.

2.2. A aceitação do co-contratante como co constitutiva

Poderá retirar-se, no entanto, uma outra conclusão interpretativa a partir da norma constante do número 1 do artigo 307.º do CCP. Poderá, como se referiu, entender-se que a aceitação por parte do co-contratante da declaração administrativa de invalidade do contrato administrativo se assume como constitutiva de um futuro contrato administrativo cujo objecto é a invalidade do contrato subjacente.

Nesta hipótese interpretativa, a actuação administrativa referente à invalidade do contrato administrativo já não assume a natureza de um acto administrativo, mas de uma verdadeira declaração negocial. Esta vontade, ao contrário do que sucede com a declaração de vontade que exterioriza um direito potestativo, não aparece sustentada em qualquer posição de vantagem do seu autor. Trata-se, somente, de uma declaração que propõe ao co-contratante uma interpretação do clausulado contratual, concluindo pela sua invalidade e solicitando ao co-contratante que aceite esta interpretação para que se possa formar um contrato relativo à invalidação do contrato administrativo subjacente.

No entanto, para que se forme um acordo de vontades, não bastará a emissão de uma simples declaração negocial. Com efeito, essa declaração negocial terá de assumir um conjunto de características de modo a que a sua emissão, uma vez aceite, possa firmar um acordo de vontades. Neste sentido, e socorrendo-nos da Doutrina juscivilística, será necessário que a declaração negocial do contraente público assuma a forma de uma *proposta negocial*.

De acordo com o que tem vindo a Doutrina a enunciar, para que um negócio jurídico se forme, a declaração negocial emitida terá que reunir três características: (i) deve ser completa; (ii) deve revestir a forma requerida para o negócio em causa e (iii) deve revelar uma intenção inequívoca de contratar²⁶⁸. A completude da proposta consiste na

²⁶⁸ Vide, entre outros, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I. Parte Geral, Tomo I*, Almedina, 1999, p. 552.

necessidade de se incluírem todos os aspectos que devam, necessariamente, ser precisados pelos contraentes ou aqueles que, gozando de regulação subsidiária pela lei, os contraentes entendam dever inserir no contrato²⁶⁹. A forma, uma vez que a forma do contrato é a forma das declarações, deverá ser aquela exigida legalmente para o contrato. Por fim, a declaração negocial deverá ser inequívoca, uma vez que não serão propostas negociais as declarações que sejam feitas em termos dubitativos ou hipotéticos. Deverá, assim, a proposta negocial revelar um grau de firmeza tal que bastará uma simples aceitação da mesma para que o contrato se considere celebrado²⁷⁰.

Se a declaração administrativa revestir as qualidades necessárias para se constituir como uma verdadeira proposta negocial, terá imediatamente uma virtualidade: a de constituir, na esfera jurídica do co-contratante destinatário, um direito potestativo de, assim o querendo e com a aceitação da proposta, constituir a relação jurídica contratual, ancorada num contrato que, com a sua aceitação, se forma.

Retornando à hipótese da declaração administrativa de invalidade do contrato administrativo, temos que, para se firmar um acordo relativo à invalidação contratual, a declaração administrativa sobre a invalidade do contrato não poderia conter apenas a mera interpretação acerca dessa invalidade, ou uma pseudo-intenção de invalidar o contrato unilateralmente. Com efeito, a declaração deverá ser dirigida em “*tom negocial*”, de forma a ser susceptível de aceitação por parte do destinatário e de forma a que a intenção de ambas as partes seja formar um acordo de vontades. Caso em que o contrato poderia encontrar-se viciado por erro, se uma das partes não tivesse por intenção a celebração do mesmo mas julgasse estar a exercer um poder unilateral.

Importa também referir que, em termos práticos, nem sempre será assim. Ou seja, nem sempre surgirá uma declaração negocial da Administração, dotada de todas as características que lhe conferem a qualidade de proposta negocial, pronta a ser aceite, com

²⁶⁹ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I. Parte Geral, Tomo I*, Almedina, 1999, p. 552.

²⁷⁰ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I. Parte Geral, Tomo I*, Almedina, 1999, p. 553.

um simples anuir do co-contratante. A formação de um contrato destinado à invalidação do contrato administrativo poderá, em tese, resultar num processo negocial semelhante à restante actividade contratual administrativa. Não se olvide que, apesar de o fundamento relativo à invalidade poder ser consensual, o referido contrato poderá envolver a negociação de eventuais montantes ressarcitórios motivados pela destruição dos efeitos jurídicos do contrato, que as partes poderão não querer deixar á regulação do regime legal.

A possibilidade de a aceitação do co-contratante valer enquanto declaração co-constitutiva de um acordo de vontades releva no plano teórico, na medida em que resulta de uma operação interpretativa cuja conclusão é a de que o número 1 do artigo 307.º do CCP se eleva a normativo fundante de um contrato sobre a invalidação contratual.

Veja-se, então, se existe base para que se defenda a **natureza co-constitutiva da aceitação do co-contratante**. Entendemos que sim, com base em dois argumentos: (i) um argumento de ordem literal e (ii) um argumento de ordem teleológica e sistemática.

Começando pelo **argumento de ordem literal**, verifica-se, da leitura do texto da norma contida no número 1 do artigo 307.º do CCP, que existem dois elementos que favorecem a tese da natureza co-constitutiva da declaração do co-contratante.

Em primeiro lugar, o legislador utiliza a expressão *declarações negociais* para qualificar a conduta do contraente público no âmbito das suas pronúncias sobre a invalidade do contrato. Como já referido *supra*, entendemos que a expressão *declaração negocial* assume um significado restrito, apenas dirigido à manifestação de uma determinada vontade negocial, tendente à formação de um negócio jurídico. É certo que essa mesma expressão foi já também desconsiderada pela Doutrina no âmbito da discussão em torno da qualificação das pronúncias administrativas no seio da execução do contrato, onde essas actuações manifestavam meras declarações de vontade, exercidas por via de direitos potestativos ou actos administrativos. No entanto, e sob pena de e entrar num exercício de interpretação ab-rogante ou correctiva, manda o imperativo metodológico que se reserve ao conteúdo textual algum sentido útil e alguma operatividade. Assim, a expressão *declarações negociais* deverá reter a sua significância estrita.

Em segundo lugar, importa dar a devida relevância à expressão utilizada pelo legislador: *acordo do co-contratante*. Com efeito, a expressão *acordo* indicia um intuito negocial a respeito da manifestação de vontade por parte do co-contratante, o que se torna especialmente impressivo pela própria definição de contrato como um acordo de vontades regulado pela ordem jurídica. O legislador poderia ter escolhido diversas outras opções vocabulares, que poderiam indiciar uma mera aceitação de uma actuação unilateral (como por exemplo a expressão *aceitação*), mas optou antes por inserir na referida norma esta expressão. A justificar esta asserção poder-se-á aduzir o exemplo, bastante próximo, do acto de nomeação do contrato de trabalho em funções públicas. Recordando a norma inserta no número 2 do artigo 9.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, verifica-se que esta, para designar um acto unilateral de nomeação sujeito a uma condição suspensiva de eficácia que se encontra ligada à aceitação do destinatário do acto, utiliza a expressão *cuja eficácia depende da aceitação do nomeado*, prescindindo da expressão *acordo*.

No que diz respeito ao **argumento de ordem teleológica e sistemática**, estes elementos interpretativos apontam, em nossa opinião, para um papel constitutivo da manifestação de vontade exercida pelo co-contratante. Senão vejamos.

Em primeiro lugar, importa atentar para a organização sistemática do artigo 307.º do CCP. Dividido em duas partes, a intenção deste normativo é a de especificar quais são as pronúncias que revestem a qualidade de acto administrativo, cujo elenco consta, expressamente, do número 2 do artigo 307.º, especificando, igualmente o tipo de pronúncias que não merece essa qualidade, onde se contam as restantes pronúncias sobre a execução contratual e as relativas à validade e interpretação. Com efeito, e como bem aponta ANA LUÍSA GUIMARÃES, o artigo 307.º está consagrado em termos de regra-excepção, assumindo o acto administrativo contratual contornos excepcionais²⁷¹.

Importa também referir que a esta solução não se poderá obstaculizar o facto de, a respeito das questões tratadas em sede de execução contratual, a solução não ser a de atribuir a natureza de declaração negocial preparatória de contrato mas sim a de qualificar essa pronúncia ou como um direito potestativo ou como um poder de autoridade. Com

²⁷¹ Cfr. *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 49.

feito, falamos, a este respeito, de planos diferenciados. A discussão em torno da qualificação dos poderes de conformação da relação contratual em sede de execução do contrato surge a respeito de algumas posições jurídicas de vantagem que se encontram expressamente consignadas no Código. Ora, essa qualificação é já feita sobre e a respeito dessa posição de vantagem (por exemplo, sobre a possibilidade de realização coactiva da prestação, a execução da caução e a excepção de não-cumprimento) e não já a respeito da norma que agora se interpreta (Cfr. número 1 do artigo 307.º do CCP). Não se passa assim no caso em apreço, uma vez que, para além da norma, de índole comum, do número 1 do artigo 307.º do CCP, não se encontra consagrada qualquer regra jurídica acerca da invalidação contratual.

O número 1 do artigo 307.º não consagra qualquer posição jurídica de vantagem, mas uma mera referência temática à matéria da invalidade. Esta omissão é, a nosso ver, decisiva para a não qualificação desta pronúncia como um poder jurídico sujeito apenas à aceitação do co-contratante, na medida em que não existe base legal fundante de qualquer poder. Com efeito, se não existe um poder jurídico subjacente a esta actuação, não poderá naturalmente surgir aqui um poder público de autoridade, necessário para que se actue ao abrigo de um direito potestativo, de forma extrajudicial.

O próprio legislador decidiu dividir em dois momentos essenciais as hipóteses que ao contraente público cabem a respeito de questões relativas à invalidade do contrato. Num primeiro momento, qualifica-as como declarações negociais sujeitas ao acordo do co-contratante e, num segundo momento, prevê que, na falta de acordo do co-contratante, o contraente público apenas possa *obter os efeitos pretendidos através do recurso à acção administrativa*. Portanto, num primeiro momento, é peremptório na negação da existência de um poder jurídico de vantagem para alcançar os efeitos jurídicos da invalidação contratual, o que é confirmado pela segunda parte da norma. Ou seja, prevê-se, ainda, a possibilidade se recorrer ao poder judicial para se obter os efeitos jurídicos dessa invalidação. Assim, o contraente público conserva, como qualquer contraente e à semelhança do Direito privado, o direito potestativo, de exercício judicial, de invalidação do contrato administrativo. Esta referência à invalidação judicial do contrato não tem aqui um significado de somenos: o de confirmar a inexistência de qualquer posição de supremacia de

exercício unilateral, seja essa a do poder de autoridade, seja a de um direito potestativo de exercício extrajudicial.

A significância da falta de previsão de um poder de supremacia é, aqui, decisiva. Como bem refere RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “(...) *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 capacidade de direito privado da Administração. Por isso que, quando o legislador (despecial) 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 autoridade: 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*”²⁷².

A intenção do legislador foi, portanto, a de retirar qualquer potestade pública à Administração a respeito da invalidade do contrato administrativo, pelo os efeitos jurídicos da invalidação do contrato administrativo só poderão ser obtidos por via de duas formas: através de um contrato entre a Administração e o co-contratante ou através de uma acção judicial.

Assim, a declaração administrativa sobre a invalidade do contrato revestirá a natureza de uma mera declaração negocial com vista à eventual celebração de um contrato com o co-contratante para invalidar o negócio, se revestir as características para se afirmar como uma verdadeira proposta negocial. Pelo que, a pronúncia do co-contratante não assumirá, nesta sede, uma natureza de mera aceitação de um acto administrativo sujeito a uma condição suspensiva mas terá de ser qualificada como uma declaração de aceitação de uma proposta negocial, caso este seja emitida.

²⁷² Cfr. *O Acto Administrativo Contratual*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 63, Maio/Junho, 2007, pp. 11 e 12.

Caso o particular não concorde com a declaração emitida pela Administração, o ónus de reagir contra essa discordância estará do lado do contraente público. Com efeito, não aceitando a proposta negocial de invalidação do contrato, a Administração não conseguirá, por si, produzir os respectivos efeitos jurídicos dessa invalidação, pelo que terá, aí sim, de recorrer à via judicial, utilizando a acção administrativa contemplada na alínea l) do número 1 do artigo 37.º do CPTA.

3. O acordo sobre a invalidação contratual

A possibilidade de a Administração invalidar contratualmente o contrato administrativo terá, pois, de ser justificada à luz do conteúdo normativo e teleológico do número 1 do artigo 307.º do CCP. A referida norma confere, assim, **o fundamento jurídico para que se celebre um contrato relativo à invalidação de um contrato administrativo.**

Este contrato, que, ainda que tenha fundamento legal, é inominado e atípico. Dessa vaguidade de regime resulta, igualmente, uma ausência de qualificação legal expressa por parte do legislador, na medida em que o respectivo texto se limita a exigir o consentimento do co-contratante em contraposição à declaração negocial administrativa a respeito da invalidade do contrato administrativo. No entanto, a intenção legislativa foi a de consagrar a possibilidade de as partes poderes contratualizar a invalidade deste contrato. O sentido útil e operativo a atribuir à referida norma deverá ser esse, na medida em que a utilidade da “degradação” da pronúncia administrativa em declaração negocial é a de possibilitar esse acordo de vontades. Caso contrário, essa pronúncia deveria ser sempre qualificada como um “acto opinativo”, desprovido de qualquer tipo de eficácia.

Surge, portanto, a necessidade de proceder à qualificação jurídica do presente contrato.

A invalidação de um contrato equivale à destruição dos seus efeitos, com fundamento na sua invalidade. Essa destruição de efeitos encontra-se, portanto, ligada à

invalidade do contrato. Assim, o alcance da invalidade ditará o grau de destruição de efeitos do contrato, o que significará, por exemplo, que se, em favor do aproveitamento jurídico do negócio, apenas uma cláusula desse contrato seja considerada inválida, apenas existirá fundamento para, com base em invalidade, invalidar o contrato.

Por outro lado, importa também referir que este contrato não se poderá qualificar como um contrato sobre o exercício de poderes públicos, uma vez que, e como se afirmou *supra*, não existe sequer um poder de supremacia a favor da Administração em sede de invalidade do contrato, pelo que a existência de um poder público de autoridade se encontra fora de questão.

De acordo com o artigo 330.º do CCP, são causas de extinção do contrato administrativo as seguintes:

- i) O cumprimento, a impossibilidade definitiva e todas as restantes causas de extinção das obrigações reconhecidas pelo direito civil;
- ii) A revogação;
- iii) A resolução, por via de decisão judicial ou arbitral ou por decisão do contraente público, nos casos previstos nos artigos 333.º a 335.º

O referido acordo sobre a invalidação contratual deverá, pois, qualificar-se como uma revogação contratual. Esta revogação corresponde, juridicamente, a um negócio de *distrato*, onde, por via de um acordo, as partes extinguem a relação jurídica contratual.

Importa, ainda, dar resposta a uma interrogação: será possível a hipótese de esta aceitação ou concordância do co-contratante ser dada em momento anterior à invalidação? Nesta hipótese, estaríamos perante um outro contrato que poderá ter um objecto semelhante: o contrato regulador do poder de invalidação contratual.

Este contrato – que, em termos práticos, se consubstanciaria numa cláusula inserta num contrato administrativo – “*permitira*” que as partes pudessem, unilateralmente, invalidar o contrato caso entendessem que existiria uma causa de invalidade

do mesmo. Consagrar-se-ia, no clausulado de um contrato administrativo, um poder de supremacia em relação à invalidade do contrato, que permitiria prescindir-se da necessidade de se contratualizar os efeitos da invalidação do contrato. Ou seja, nesta hipótese contratual, a aceitação do co-contratante dar-se-ia num momento anterior, cristalizada na possibilidade conferida ao contraente público, de invalidar o contrato unilateralmente.

Nesta hipótese contratual, e ao contrário do que se encontra hoje positivado no número 1 do artigo 307.º do CCP, existiria já um poder jurídico de vantagem a ser utilizado pelo contraente público. A qualificação desse poder de vantagem teria, no entanto, de ser qualificada como um poder potestativo, uma vez que a sua qualificação como poder público de autoridade implicava a contratualização de uma cláusula exorbitante.

No entanto, e de acordo com o disposto no mesmo número 1 do artigo 307.º do CCP, esta hipótese contratual não parece ser admissível. Com efeito, e uma vez que, como se defendeu, se deverá fazer uma leitura restrita da expressão declaração negocial, esta apenas deverá contemplar as hipóteses relativas à formação de um negócio jurídico, pelo que não deverá abranger as hipóteses relativas a declarações de vontade por exercício de um direito potestativo.

Por último, importa também referir que a iniciativa da celebração deste contrato poderá partir do co-contratante. Com efeito, nada parece impedir que seja o co-contratante o primeiro a despoletar o procedimento de formação de um futuro contrato de invalidação contratual. Em termos práticos, no entanto, a norma terá sempre aplicação directa, sem necessidade de aplicação analógica, uma vez que existirá sempre uma declaração negocial por parte do contraente público.

PARTE IV

—

A DECLARAÇÃO ADMINISTRATIVA

SEM A CONCORDÂNCIA DO PARTICULAR

Capítulo I – A natureza jurídica do poder subjacente à declaração administrativa de invalidade contratual

Após o estudo do exercício consensual da invalidação contratual, importa atentar para a hipótese da invalidação unilateral do contrato administrativo. Em primeiro lugar, importa averiguar da natureza jurídica do exercício dos poderes de conformação da relação contratual, que a Doutrina Portuguesa tem abordado de um ponto de vista dual, separando a forma jurídica desses poderes entre a figura do acto administrativo e do direito potestativo.

1. O acto administrativo contratual

O CCP veio impor uma regulação global a praticamente toda a actividade contratual pública. Os poderes de conformação da relação contratual e as várias problemáticas a estes alocados não foram excepção, com o legislador a aproveitar parte substancial do que se encontrava positivado na parte final do velho CPA, não se coibindo de impor regulação no que resultava omitido no anterior Código, demonstrando temeridade e um almejo de definitividade na resolução de algumas questões, fruto das várias discussões que vinham sendo travadas.

No entanto, e como bem refere PEDRO GONÇALVES²⁷³, “(...) 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”. Com efeito, a previsão de certos poderes apenas tem como referência o conteúdo do poder e não também, necessariamente, a forma pela qual se irá exercitar esse poder. Ou seja, a mera indicação dos poderes de actuação do contraente público no contrato administrativo não resolve, por si, a questão de saber se estes serão exercidos por via de um acto administrativo contratual ou por via de um direito potestativo, questão essa que, como se verá, discute no panorama doutrinário português em relação a algumas posições jurídicas contratuais.

1.1. Conceito e regime

O acto administrativo contratual é o acto administrativo praticado no âmbito da fase de execução de um contrato administrativo. Como acto unilateral de autoridade, o acto administrativo é uma figura dissonante num contexto contratual, onde ambas as partes autodisciplinam a sua relação através de um acordo de vontades cujo conteúdo não pode, à partida, ser posto em causa de forma unilateral. A evolução dos modelos de actuação administrativa veio a permitir que, com alguma naturalidade, o contraente público pudesse socorrer-se de mecanismos autoritários que, no seio de um contrato, lhe conferissem a flexibilidade necessária para que a prossecução do interesse público pudesse estar assegurada, seja pela via da modificação das prestações contratuais ou pela resolução do contrato, quando especiais razões de interesse público impunham uma alteração do paradigma negocial fixado pelas partes. A marca identitária do contrato administrativo em relação a um mero contrato de Direito Privado fez-se, em grande parte, pela dose de unilateralidade atribuída ao contraente público, contribuindo, inclusive, para a sua autonomização dogmática, por via da fixação e aceitação de um determinado regime

²⁷³ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A Relação Jurídica Fundada em Contrato Administrativo*, in *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 64, Julho-Agosto, 2007, p. 42.

substantivo de Direito Público que lhe andava associado. Aliás, a aceitação desta desigualdade genética do contrato administrativo, decorrente da atribuição de um leque de poderes exorbitantes ao contraente público, é inerente à própria definição do *contrat administratif* Francês, nos termos *supra* analisados.

Assim, a previsão, num contrato administrativo, de determinados poderes exorbitantes que poderão ser utilizados pelo contraente público é hoje uma realidade aceite e assente no panorama dogmático e legislativo nacional. Mas a exorbitância da forma jurídica do acto administrativo não se define somente pela unilateralidade do seu exercício, mas antes pelos efeitos jurídicos que lhe estão associados.

Esses poderes estão actualmente previstos legislativamente, num elenco contido no artigo 307.º do CCP. Com efeito, e como se prevê no número 2 do artigo 307.º do CCP:

“2 - Revestem a natureza de ato administrativo as declarações do contraente público sobre a execução do contrato que se traduzam em:

- a) Ordens, diretivas ou instruções no exercício dos poderes de direção e de fiscalização;*
- b) Modificação unilateral das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público;*
- c) Aplicação das sanções previstas para a inexecução do contrato;*
- d) Resolução unilateral do contrato;*
- e) Cessão da posição contratual do cocontratante para terceiro.”*

A respeito do regime legal positivo, verifica-se que o legislador dedica o Capítulo IV da Parte III²⁷⁴ do Código à conformação da relação contratual. E é dentro do

²⁷⁴ Parte III que respeita ao regime substantivo dos contratos administrativos.

referido Capítulo que encontramos o artigo que aloca, ordenadamente, os vários poderes de conformação contratual pertencentes ao contraente público: o *supra* citado artigo 302.^{o275}. Como facilmente se percebe, ocorreu uma transferência do elenco do artigo 180.^o do CPA para o novíssimo artigo 302.^o do CCP²⁷⁶. São eles o poder de direcção, de fiscalização, de sanção, de resolução unilateral e de modificação unilateral²⁷⁷. Mas o legislador não esgota, no Capítulo dedicado à conformação, a regulação desta matéria, remetendo implicitamente para áreas relacionalmente assistemáticas. É o caso, por exemplo, do poder de resolução unilateral, que é concretizado no Capítulo VIII – artigos 333.^o, 334.^o e 335.^o do CCP -, referente à extinção do contrato em geral; do poder sancionatório, densificado no artigo 329.^o do CCP, no Capítulo VII, relativo ao incumprimento contratual; e do poder de modificação unilateral, previsto no artigo 311.^o do CCP, a abrir o Capítulo V, que trata das modificações objectivas do contrato.

O sistema arvorado corresponde ao *critério de sujeição ou subordinação*, com base no qual se tem distinguido, no nosso país, os contratos administrativos dos contratos de Direito Privado²⁷⁸. A intenção legislativa foi clara: atribuir o poder ao contraente público de praticar actos administrativos – e, portanto, de beneficiar do regime jurídico do acto administrativo - em matérias fundamentais da execução contratual, excluindo apenas as matérias relativas à validade e à interpretação do clausulado, o que lhe garante um controlo apreciável sobre a execução do contrato e os meios necessários para, com grande autonomia, impor a sua concepção de interesse público e actuar sobre o contraente particular.

²⁷⁵ O elenco que hoje encontramos no artigo 302.^o do CCP corresponde àquele que constava no revogado (assim se pensa) artigo 180.^o do CPA, que também encerrava um estilo legístico enunciativo idêntico.

²⁷⁶ PEDRO GONÇALVES, *A Relação Jurídica Fundada em Contrato Administrativo*, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 64, Julho-Agosto, 2007, p. 42.

²⁷⁷ Para uma crítica, no sentido de uma hiperbolização de poderes do contraente público vide, a título de exemplo: MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos Administrativos e Regime da sua Modificação no novo Código dos Contratos Públicos*, in Estudos em Homenagem a Sérvulo Correia, Vol. II, Almedina, 2010, pp. 811 e ss. O Autor critica não apenas a extensão quantitativa desses poderes, como também o seu âmbito de aplicação, acoplado que está à figura do contrato administrativo que, no CCP, adquire uma vocação tão geral que leva a que esses poderes estejam presentes em contratos em que, à partida, não faria sentido que estivessem.

²⁷⁸ Cfr. JORGE ANDRADE SILVA, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, Almedina, 2.^a Edição, 2009, p. 693.

Estando perante a actual configuração destes poderes, só agora cumprirá analisar cada um mais demoradamente, ainda que sem grande profundidade nem auscultações sobre a sua inserção sistemática, por não ser esse o principal intuito da investigação.

O *poder de direcção*, previsto na alínea a) do artigo 302.º, no artigo 303.º e 304.º do CCP, consiste na possibilidade de “(...) *emissão de ordens, directivas ou instruções sobre o sentido das escolhas necessárias nos domínios da execução técnica, financeira ou jurídica das prestações contratuais* (...)” – número 2 do artigo 304.º do CCP. O número 1 do artigo 304.º já permite vislumbrar o seu alcance verdadeiramente integrativo: incide sobre o modo de execução das prestações, em especial quanto a matérias necessárias à execução do contrato que se encontrem carentes de regulação ou sejam insuficientemente reguladas na lei ou no contrato. Torna-se necessária uma compreensão precisa e rigorosa deste poder de integração, para que o mesmo não seja confundido com o poder de modificação unilateral. O primeiro abrange apenas a faculdade de concretização do *modus faciendi* do co-contratante, enquanto que o segundo possibilita a fixação de novas obrigações²⁷⁹. Parece-nos, então, que o poder de direcção opera preferencialmente num plano fáctico, enquanto que o de modificação unilateral o faz num plano jurídico. No entanto, esta última afirmação não significa que o poder de direcção não cria novas obrigações para o contraente particular, o que o coloca também no dito plano jurídico.

O *poder de fiscalização* constitui penhor da realização do concreto interesse público que subjaz ao contrato²⁸⁰. Vem previsto na alínea b) do artigo 302.º, 303.º e 305.º do CCP. É um poder instrumentalizado em relação aos poderes sancionatório e de resolução do contrato por incumprimento, que dependem, para o seu exercício da

²⁷⁹ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III*, Dom Quixote, 2008, p. 142.

²⁸⁰ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos*, in *Textos Dispersos de Direito Administrativo*, AAFDL, 2013, p. 189.

ocorrência de determinados factos, que poderão ser mais facilmente percebidos através da fiscalização. Do lado do sujeito passivo co-contratante, surge o típico dever de *pati*, de tolerar uma conduta alheia, assim como um dever de *facere*²⁸¹, de fornecimento de informações.

O *poder de sanção*, previsto na alínea e) do artigo 302.º, consiste na prática de actos que visam compelir o co-contratante à boa execução das obrigações contratuais ou, no limite, resolver o contrato²⁸². Em contraste com os restantes poderes que temos vindo a analisar, o poder sancionatório carece de uma habilitação específica, legal ou contratual – alínea c) do número 2 do artigo 307.º do CCP. As sanções mais frequentes são quatro²⁸³: a resolução sancionatória (número 1 do artigo 329.º e artigo 333.º do CCP), as multas contratuais (números 2 e 3 do artigo 329.º do CCP), as sanções compulsórias (alínea a) do número 4 do artigo 343.º e número 1 do artigo 403.º do CCP, relativos ao contrato de empreitada de obras públicas) e o sequestro do contrato (alínea b) do artigo 420.º do CCP).

Entrando num grau mais veemente dos poderes de conformação contratual, seguir-se-á o *poder de modificação unilateral*²⁸⁴. Vem previsto na alínea c) do artigo 302.º, no número dois do artigo 311.º e nos artigos 312.º a 315.º do CCP. Consiste, no essencial, na possibilidade, conferida à Administração de, sem necessidade de acordo com o seu co-contratante ou de intervenção judicial, modificar as cláusulas relativas ao conteúdo e ao modo de execução das prestações acordadas, por razões de interesse

²⁸¹ Sendo, em nossa opinião, discutível se a cedência de informações seja um dever de *facere* ou de *dare*.

²⁸² Cfr. CARLA AMADO GOMES, *A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos*, in *Textos Dispersos de Direito Administrativo*, AAFDL, 2013, p. 210.

²⁸³ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III*, Dom Quixote, 2008, p. 149.

²⁸⁴ Para uma reflexão profunda sobre o referido poder vide: LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração. E as Garantias Contenciosas do seu co-contratante perante este Exercício*, AAFDL, 2007 e, mais recentemente, o seu *Direito dos Contratos Públicos e Administrativos*, AAFDL, 2014, pp. 391 a 430.

público, por reponderação ou novas necessidades ou de alteração das circunstâncias²⁸⁵. Ao permitir alterar o objecto regulador firmado pelas partes, desvia-se directamente do Princípio da *pacta sunt servanda* e da ideia de que o contrato deverá ser *lex inter partes*, cujo conteúdo deveria ser inacessível às partes e fora do seu poder de disposição. O poder de prorrogação unilateral, por constituir uma mera modalidade deste poder de modificação unilateral, não vem elencado especificamente no artigo 302.º do CCP²⁸⁶.

Por último, consagra-se na referida norma o *poder de resolução unilateral*, que se encontra previsto na alínea d) do artigo 302.º e 333.º a 335.º do CCP. Também como o poder de modificação unilateral, a resolução unilateral represa várias tipologias: a sancionatória, do artigo 333.º; a resolução por razões de interesse público, do artigo 334.º e a resolução motivada por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, do artigo 335.º²⁸⁷. Consiste na faculdade, na disposição do contraente público²⁸⁸, de resolver o contrato administrativo, sem a necessidade do acordo do particular ou da anuência do Tribunal. Por se passar a entender que um determinado contrato, pelos fundamentos permitidos, deixou de ser necessário ou passou a ser pernicioso para o interesse público, e quando não seja possível optar pela sua modificação, haverá que o resolver²⁸⁹. Esta última afirmação firma uma relação de subsidiariedade entre o poder de resolução unilateral e o de modificação unilateral que, em nosso entender, se verifica, por razões naturais. Se a Administração entende que o contrato terá de ser resolvido, então é porque não poderá salvá-lo pela mera modificação unilateral e a via da resolução torna-se a única equacionável.

²⁸⁵ Criticando a não distinção taxativa entre o poder de modificação unilateral em sentido estrito e aquele motivado por alteração de circunstâncias: PEDRO GONÇALVES, *A Relação Jurídica Fundada em Contrato Administrativo*, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 64, Julho-Agosto, 2007, p. 40.

²⁸⁶ Cfr. LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *Direito dos Contratos Públicos e Administrativos*, AAFDL, 2014, p. 386. Sobre o poder de prorrogação unilateral, vide: LINO TORGAL, *Prorrogação do Prazo de Concessões de Obras e de Serviços Públicos*, in Revista dos Contratos Públicos, n.º1, p. 237 e ss.

²⁸⁷ Se formos verdadeiramente rigorosos, teremos de retirar deste elenco a resolução sancionatória que, como se viu, pertence ainda ao poder sancionatório. O que implica uma redução do âmbito deste poder de resolução unilateral apenas para razões de interesse público e de alteração das circunstâncias.

²⁸⁸ Apesar de o artigo 332.º do CCP prever uma resolução por iniciativa do co-contraente.

²⁸⁹ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III*, Dom Quixote, 2008, p. 151.

1.2. A autotutela executiva dos actos administrativos contratuais

A utilização da forma do acto administrativo para o exercício de certas pronúncias contratuais da Administração acarreta, como se disse, um determinado regime jurídico exorbitante em relação ao exercício de um poder contratual normal e típico de uma relação contratual paritária. Esse regime permite que o efeito jurídico almejado e autorizado pelo poder público de autoridade que o precede seja atingido de forma mais imediata, expressando um cunho de autoridade na actuação pública²⁹⁰.

Em suma, a actuação por acto administrativo demonstra a prerrogativa principal da actuação unilateral administrativa no ordenamento jurídicos continentais: a *autotutela*. A existência da autotutela administrativa no seio de uma relação contratual importa que uma das partes no contrato tenha o poder de declarar determinadas situações jurídicas, de forma imperativa e sem necessidade de recurso ao poder judicial e de, posteriormente, poder executá-las, também sem a necessidade de recorrer ao Tribunal.

Em confronto com o exercício de um direito potestativo de exercício extrajudicial – que manifesta o exercício de uma *autotutela privada*²⁹¹ –, a exorbitância da forma do acto administrativo não se revela na fase declarativa, isto é, na capacidade de impor unilateralmente modificações na esfera jurídica de outrem, uma vez que um direito potestativo está apto a, igualmente, impor essa modificação. O que distingue, do ponto de vista da sua eficácia jurídica²⁹², as duas formas de actuação é o momento executivo. Com efeito, e como bem refere RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, o acto administrativo contratual “vai mais longe”, porque “(...) aí a modificação é acompanhada de uma especial

²⁹⁰ A respeito do regime do acto administrativo contratual, Ana Luísa Guimarães refere que a autotutela administrativa que lhe está associada compreende quatro aspectos essenciais, que advém do normal regime previsto no CPA para o acto administrativo: são eles a i) imperatividade, a ii) a estabilidade, a iii) a executividade e a iv) executoriedade. Cfr. ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 24.

²⁹¹ A respeito dos fundamentos de distinção entre a autotutela administrativa e a autotutela privada, vide, RUI GUERRA DA FONSECA, *O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública - Contributo para a sua Compreensão como problema Jurídico-Político*, Almedina, 2012, pp. 266 e ss.

²⁹² Ao referirmo-nos apenas à eficácia jurídica das actuações não nos estamos a referir ao regime jurídico do seu procedimento, que acarreta diversas particularidades no caso de uma actuação por acto administrativo, relativas, nomeadamente, às regras que regulam a audiência dos interessados ou o dever de fundamentação, dispensáveis em caso de actuação pela via de um direito potestativo.

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”²⁹³. Um direito potestativo, mesmo que se exercício extrajudicial e, portanto, de efeitos constitutivos automáticos, não se poderá constituir como título executivo para uma futura execução, judicial ou extrajudicial, e necessita da intervenção do poder jurisdicional para que adquira a qualidade de título executivo.

Pelo que será no campo da *autotutela executiva* que a marca identitária do acto administrativo contratual - e, por decorrência, da *autotutela administrativa* - se manifesta, no que à respectiva eficácia diz respeito. A expressão concretiza a prerrogativa da Administração para o uso efectivo da força na execução das suas decisões sem recorrer aos tribunais, que se designa, originalmente, *por privilégio da execução prévia*, na expressão de MARCELLO CAETANO²⁹⁴. Como ensina RUI MACHETE²⁹⁵ este conceito de *autotutela*, que antevê uma organização unitária da Administração em relação com os Tribunais, substitui com vantagem a tradicional noção de *privilégio da execução prévia*, sendo a terminologia consensualmente usada no resto da Doutrina além-fronteiras, por ser de natureza mais neutral e puramente jurídico-dogmática e não teórico-doutrinária.

Antes da entrada em vigor do CPA, ROGÉRIO SOARES afastava a executoriedade dos actos administrativos como princípio geral, embora nela encontrasse um vasto campo de aplicação²⁹⁶. Para ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, o *privilégio de execução prévia* surgia como um pressuposto essencial dos sistemas administrativos em que a Administração

²⁹³ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Acto Administrativo Contratual*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 63, Maio/Junho 2007, p. 6.

²⁹⁴ De acordo com o Autor e a este respeito, veja-se o seguinte trecho: “A Administração é um verdadeiro poder porque define, de acordo com a lei, a sua própria conduta e dispõe dos meios necessários para impor o respeito dessa conduta e para traçar a conduta alheia naquilo que com ela tenha relação. Para isso a lei dá às suas decisões força obrigatória, que os particulares têm de acatar sob pena de, sem necessidade de sentença judicial, a administração poder impor coercivamente o que decidiu (...) a isto se chama o privilégio de execução prévia”. Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10ª edição, Lisboa, 1973, p.15 e 16.

²⁹⁵ Cfr. RUI MACHETE, *Privilégio da execução prévia*, in DJAP, VI, Lisboa, 1994, p.11.

²⁹⁶ Cfr. ROGÉRIO SOARES *Direito Administrativo*, Coimbra, 1978, pp. 210-211.

aparece como poder. Para este Autor, era a *presunção de legalidade*, estendida que estava à *executoriedade*, que se apresentava como corolário directo do poder administrativo, explicando o fundamento de tal privilégio²⁹⁷. Quanto a DIOGO FREITAS DO AMARAL²⁹⁸, o próprio *privilégio da execução prévia* é uma das manifestações do “poder” administrativo.

O conceito de autotutela executiva encerra em si dois conceitos distintos, o de *executividade* e de *executoriedade*, os quais se devem distinguir com clareza para boa interpretação do regime legal do CCP quanto à execução de actos administrativos.

A *executividade* pode ser definida como a qualidade de um determinado acto se erigir em título executivo, por si só e sem necessidade de uma declaração judicial para tanto.

A *executoriedade* revela-se em momento posterior, respeitante à fase executiva, na medida em que se define como a susceptibilidade de um determinado acto poder se executado unilateralmente pelo seu autor, sem recurso ao poder judicial e, portanto, sem recurso a uma acção executiva que tramite a referida execução.

O regime do acto administrativo contratual segue, em quase tudo, o normal regime do acto administrativo previsto no CPA, mas sofre, no âmbito da regulação imposta pelo CCP, um importante desvio em matéria de autotutela executiva. A respeito do especial regime associado à autotutela executiva do acto administrativo contratual, importa analisar o **artigo 309.º do CCP**, relativo à executividade dos actos administrativos do contraente público²⁹⁹.

O seu primeiro número dispõe que os actos administrativos em matéria contratual gozam de *executividade*, ou seja, constituem título executivo por si só e não necessitam

²⁹⁷ Cfr. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *Erro e ilegalidade no Acto Administrativo*, pp. 66 e 354.

²⁹⁸ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo, Vol. II*, Almedina, 2ª edição, 2011, p.148.

²⁹⁹ O preceito vem a jeito de actualizar o antigo artigo 187.º do CPA, que previa a necessidade de um processo judicial executivo para forçar o cumprimento das prestações contratuais em falta.

de sentença de tribunal, em processo declarativo, para que se possa, posteriormente, proceder ao processo judicial executivo³⁰⁰.

O que não quer dizer, aliás pelo contrário, que sejam dotados de *executoriedade*, ou seja, que possam ser coercivamente executados pelo contraente público. Existe, com propriedade, uma compressão da autotutela administrativa, neste caso em relação à autotutela executiva, que aqui se exclui. No entanto, e apesar de não ser permitido ao contraente público executar, coercivamente, as determinações que emana por via de um acto administrativo contratual, a mera executividade destas pronúncias é suficiente para as diferenciar da actuação por via de um direito potestativo, uma vez que este não se converte em título executivo para posterior execução judicial.

Assim, não se concorda com a ideia, por vezes veiculada, de que não existia autotutela executiva na fase de execução dos contratos administrativos³⁰¹. Com efeito, a executividade associada a um acto administrativa continua, ainda assim, a ser um fenómeno compreendido na autotutela executiva, na medida em que é ainda a Administração a, unilateralmente, participar autonomamente da fase executiva da imposição de uma determinada obrigação, que teria de ser, num modelo privado, uma actividade jurisdicional.

Existe, neste momento, com a entrada em vigor do novo CPA, um esbater desta diferença entre o acto administrativo ordinário e o acto administrativo contratual nesta matéria, com o número um do artigo 176.º do novo CPA a consagrar um sistema de *executoriedade* típica, afastando a técnica da cláusula geral que vigorava no Código anterior.

Há, no entanto, excepções a esta regra do acto administrativo contratual, no que diz respeito a actos que determinem a resolução do contrato, em geral ou o sequestro e o

³⁰⁰ Com este entendimento, e para uma discussão do problema relativo às diferentes interpretações a extrair do artigo 309.º do CCP, vide JORGE ANDRADE SILVA, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, 2.ª Edição, Almedina, 2009, p. 706 e 707.

³⁰¹ Neste sentido, referindo, expressamente, e a propósito do artigo 309.º do CCP, que “(...) *não existe autotutela administrativa executiva nos contratos administrativos*”, vide MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III, Dom Quixote*, 2008, p. 139.

resgate de concessões, em particular, tal como consta da parte final do número 2 do artigo 309.º do CCP.

1.3. Cláusulas exorbitantes

A noção de *cláusulas exorbitantes* não tem sido unívoca na Doutrina. Com efeito, esta tem sido utilizada para definir duas realidades distintas. Tradicionalmente, a expressão surge a propósito do problema da autonomização do contrato administrativo face ao contrato de Direito Privado, referindo-se ao tipo de cláusulas que, pela desigualdade que imprimem na relação contratual, não poderiam figurar num contrato que não seja administrativo ou, pelo menos, não seriam comuns fora destes contratos³⁰².

Mas pretendemos, nesta sede, explanar com referente a um outro sentido ao qual se atribui à expressão *cláusulas exorbitantes*. A propósito da temática dos poderes de conformação da relação contratual, tem alguma Doutrina enfrentado a questão de saber da possibilidade de se convencionarem cláusulas que consagrem poderes de autoridade não previstos legalmente, e que surgiriam assim por efeito do contrato.

Em Portugal, a questão foi já objecto de discussão, tendo mesmo, numa fase inicial, SÉRVULO CORREIA e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA advogado a sua possibilidade, nos limites dos princípios gerais dos contratos administrativos³⁰³. Mas após a entrada em vigor do CPA e da cristalização desses poderes operada pelo artigo 180.º, deixou, em princípio, de existir espaço para a negociação de *cláusulas exorbitantes* autónomas³⁰⁴.

³⁰² Relembre-se, a este respeito, que a jurisprudência Francesa laborou neste conceito para operar a distinção e conseqüente autonomização do *contrat administratif*.

³⁰³ Cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, 1980, pp. 663 e 695 e ss.; SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1987, pp. 729 e ss

³⁰⁴ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Acto Administrativo Contratual*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 63, Maio/Junho, 2007, p.11 (a expressão “*em princípio*” é nossa, na medida em que o Autor é assertivo na ideia da proibição).

No entanto, poderia ter-se dado um volte-face a respeito desta matéria, uma vez que o anteprojecto do CCP continha uma norma – cujo conteúdo não passou a versão final – que aparentava conferir o poder às partes de determinarem a qualificação de certos poderes como poderes de autoridade, atribuindo-lhes, expressamente, um poder de disposição do conteúdo imperativo e executivo da actuação pública no contrato. Com efeito, dispunha a referida norma que:

“As decisões proferidas no exercício dos poderes do contraente público tipificados no presente capítulo e que não estejam abrangidas pelo número dois do artigo anterior [o actual artigo 307º] só revestem a natureza de acto administrativo quando tal estiver estipulado no contrato, e desde de que outra coisa não resulte da respectiva natureza ou da lei”³⁰⁵.

Este trecho consagrava a possibilidade de as partes acordarem o futuro exercício de poderes de autoridade, numa modalidade moderada. Moderada por duas razões. Em primeiro lugar porque era a própria lei que permitia essa criação consensual, o que tornava duvidosa a questão de saber qual a fonte dos referidos poderes de autoridade, se a lei ou se o próprio contrato. Em segundo lugar, porque era a própria lei que, ao tipificar *a priori* os poderes contratuais das partes, apresentava previamente o elenco de poderes sobre os quais as partes poderiam pretender negociar a sua qualificação, o que significaria que o poder de disposição das partes seria diminuído.

Esta solução não veio a ser acolhida pela versão publicada do CCP, que não consagra qualquer norma legal sobre a questão da disponibilidade dos poderes de autoridade no contrato administrativo. A possibilidade da contratualização de poderes

³⁰⁵ Considerando que o comando continua a valer o seu sentido normativo, apesar de não ter passado a lei, JORGE ANDRADE SILVA, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, Almedina, 2.^a Edição, 2009, p. 697. Não podemos concordar com o Autor. Terão de ser emitidas consequências da não inclusão deste preceito no Código e nada existe, com o texto actual regulador da matéria, qualquer indício da possibilidade de as partes poderem contratualizar esses poderes de autoridade.

de autoridade encontraria sempre, é certo, dificuldades em razão do Princípio da legalidade, uma vez que a actuação por acto administrativo obriga à precedência de lei e, como tal, à existência de uma norma legal habilitante que legitime uma actuação ablativa.

Ora, se essa natureza jurídico-pública e, portanto, de acto administrativo, não é passível de ser contratualizada sem que exista uma base normativa expressa que habilite, as cláusulas que, ainda assim, consagrem semelhantes poderes de supremacia terão de se considerar cláusulas atributivas de poderes de índole Civil, nomeadamente, como direitos potestativos, em princípio de exercício extrajudicial³⁰⁶.

Questão que se poderá colocar é a da possibilidade de se contratualizar este tipo de poderes no seio de um contrato normativo substitutivo de regulamento administrativo, uma vez que os respectivos efeitos normativos poderão corresponder às exigências de uma base normativa prévia e habilitante a este tipo de exercício. Neste caso, a cláusula, ao possuir eficácia normativa, faria com que a actuação administrativa se baseasse já em norma geral e abstracta.

Não obstante a proibição geral da admissibilidade deste tipo de cláusulas, não pode deixar de existir espaço para a chamada faculdade de densificação contratual desses poderes de autoridade, que cria uma zona cinzenta e de fronteira entre densificação e criatividade, de inegável interesse de estudo.

Os poderes de conformação da relação contratual apelam para o lado do binómio relativo á *função* do contrato, independentemente da determinada qualificação jurídica que lhes queiramos atribuir. Este vínculo ao polo da *função* origina uma outra interessante questão: a de saber se se trata de um elenco disponível. Ou seja, saber se a Administração pode abrir mão da titularidade desses poderes, celebrando um contrato em que falem, voluntariamente, todos ou apenas um elemento do espectro de poderes de conformação

³⁰⁶ Neste sentido, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Acto Administrativo Contratual*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 63, Maio/Junho, 2007, p. 11.

da relação contratual previstos legalmente. A Doutrina, aparentemente maioritária, inclina-se para a negação dessa disponibilidade³⁰⁷. Naturalmente, essa indisponibilidade não abrange o poder sancionatório, cuja alínea d) do artigo 302.º é clara no sentido da eventualidade da sua previsão contratual, quando se estipula a possibilidade de: “[a]plicar as sanções previstas para a inexecução do contrato (...)”. Esta constatação pode, inclusive, funcionar como argumento a favor da tese da irrenunciabilidade, por ser a exceção, expressamente evidenciada pelo legislador, à regra geral da irrenunciabilidade. Defendemos, também, a ideia da irrenunciabilidade contratual dos poderes do elenco do artigo 302.º do CCP. Quando o legislador utiliza a expressão “(...) nos termos do disposto no contrato e no presente Código”, está a referir-se ao poder integrativo que assiste às partes, dirigido à definição concreta e pormenorizada do modo de exercício dos vários poderes. Está a referir-se, portanto, à chamada faculdade de densificação dos poderes de conformação da relação contratual³⁰⁸. Este trecho terá, então, de ser interpretado como uma autorização às partes para desenvolverem tais poderes. Mas uma interpretação sistemática e global da regulação positiva da matéria leva-nos a restringir esta faculdade apenas aos poderes de direcção, fiscalização e sanção, pelo facto de os restantes se encontrarem fixados, de modo fechado, definitivo, no Código³⁰⁹, sem que pareça ser legítimo às partes

³⁰⁷ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III*, Dom Quixote, 2008, p. 357, defendendo a inconstitucionalidade de qualquer norma que admita a renunciabilidade desses poderes; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, João, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Almedina, 2ª Edição, 1997, p. 823, que consideram que qualquer previsão contratual no sentido da exclusão de tais poderes se deve considerar nula e não escrita. Uma nota para um detalhe relativo à posição destes Autores. Dissemos *supra* que a sua posição ia no sentido de não reputar como essencial a consagração de todos estes poderes para a existência de um contrato administrativo, não os tornando como seu elemento essencial. O mesmo não vai gorado com esta nova afirmação. De facto, aqui, estão os Autores a referir-se a uma estipulação contratual, que seria nula, enquanto que acima se referiam, naturalmente, a uma norma legal, esta sim com a capacidade para afastar a sua existência num contrato, sem prejuízo da manutenção do seu *nomens* como administrativo. É precisamente isto que os distancia da posição de REBELO DE SOUSA e SALGADO DE MATOS, que perante uma norma legal que os afaste, a reputam inconstitucional. PEDRO GONÇALVES, *A Relação Jurídica Fundada em Contrato Administrativo*, in *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 64, Julho-Agosto, 2007, p. 40; citados por CARLA AMADO GOMES, *A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos*, in *Textos Dispersos de Direito Administrativo*, AAFDL, 2013, p. 186, que também partilha da mesma tese da indisponibilidade destes poderes.

³⁰⁸ Cfr. ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 52 e 53.

³⁰⁹ Cfr. ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 52.

acordarem qual o interesse público que poderia motivar o seu exercício e, muito menos, que situações seriam anormais e imprevisíveis.

2. O Direito Potestativo

A problemática subjacente ao tema sobre o qual se investiga conduz-nos ao estudo dos caracteres jurídicos do direito potestativo, enquanto poder de actuação que não um poder público de autoridade, mas ainda enquanto manifestação de autotutela jurídica. O direito potestativo surge assim como uma das alternativas à actuação administrativa no seio do contrato administrativo.

2.1. Conceito, estrutura e tipologias

O ramo do Direito que, tradicionalmente, se ocupa do estudo desta figura é a Teoria Geral do Direito Civil. Especificamente, esta é abordada, na literatura jurídica da especialidade, em capítulos dedicados ao estudo das situações jurídicas activas, onde surgem os diferentes tipos de direitos e poderes.

Tal configuração sistemática é explicada pela qualificação jurídica do direito potestativo como uma qualidade de direito subjectivo³¹⁰ em sentido amplo³¹¹. A definição, ampla, deste último, pode desenhar-se tal como o traça MOTA PINTO, como

³¹⁰ Assim, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4.ª Edição, 2012, pp. 178 e ss.; JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Civil. Teoria Geral, Vol. II*, Policopiado, 1972, pp. 84 e ss.; LUÍS ALBERTO CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II*, Universidade Católica Editora, 3.ª Edição, 2001, pp. 552 e ss.; ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 135 e ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I. Parte Geral, Tomo I*, Almedina, 1999, pp. 127 e ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral, Vol. III*, Coimbra Editora, 2002, pp. 97 e ss.

³¹¹ A inserção não é isenta de discussão. Podemos dissecar, quanto a esse ponto, três grupos de posições. Aqueles que propugnam que os direitos potestativos são sempre direitos subjectivos; aqueles que rejeita a categoria dos poderes potestativos, ou que, admitindo-a, negam que sejam verdadeiros direitos subjectivos,

“(…) o poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (acção) ou negativo (omissão) ou de por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por um acto de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário)”³¹². O que faz integrar o direito potestativo dentro da figura, mais ampla, do direito subjectivo é a comunhão de uma característica essencial: a liberdade de o seu titular o exercer, enquanto premissa geral de actuação. Não obstante, a Doutrina distingue as duas categorias, optando por uma noção distinta para direito subjectivo em sentido estrito e para o direito potestativo. Assim, o direito subjectivo em sentido estrito será, então, uma “*permissão específica de aproveitamento de um bem*”³¹³.

Muitas são as definições fornecidas pela Doutrina para a figura do direito potestativo³¹⁴. Elegemos como base aquela construída por MENEZES CORDEIRO, que diz ser direito potestativo “(…) o poder de alterar, unilateralmente, através de uma manifestação de vontade, a ordem jurídica”³¹⁵. É, sem sombra de dúvidas, uma situação

ou que nem sequer se referem aos poderes potestativos como direitos; e, por último, podemos encontrar o grupo de autores que defende que, em alguns casos, os poderes potestativos são direitos subjectivos e noutros casos são meros poderes. Para um vislumbre e correspondência autoral da discussão, vide: DAVID FERNANDES FESTAS, *Em Tema de Poderes Potestativos. Algumas Considerações sobre a sua Estrutura, Conceito e Natureza Jurídica*, Relatório de Mestrado, Policopiado, 2003, p. 59 e ss.

³¹² Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4.ª Edição, 2012, p. 178 e 179.

³¹³ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I. Parte Geral, Tomo I*, Almedina, 1999, p. 127.

³¹⁴ Vejam-se, por exemplo, as seguintes: “(…) são poderes jurídicos de, por um acto de livre vontade, só de per si ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõe à contraparte”, em CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4.ª Edição, 2012, p. 183; “(…) poder de produzir efeitos na esfera jurídica de outrem, sem que este o possa impedir”, em LUÍS ALBERTO CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II*, Universidade Católica Editora, 3.ª Edição, 2001, p. 552; “(…) o mecanismo de regulamentação, adoptado pelo Direito, que consiste na concreta situação de poder que faculta a uma pessoa em sentido jurídico, por um acto de vontade seu – com ou sem formalidades –, só de per si ou integrado depois por um acto de autoridade pública (quase sempre por uma decisão judicial), produzir determinados efeitos jurídicos que se impõe inelutavelmente a outra pessoa”, em ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2012, p. 136; “(…) traduzem-se na possibilidade de unilateralmente produzir um efeito jurídico, de provocar uma modificação na esfera jurídica de outra pessoa, sem a sua cooperação, sem o seu consentimento e até contra a sua vontade”, em PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 5.ª Edição, 2008, p. 248.

³¹⁵ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I. Parte Geral, Tomo I*, Almedina, 1999, p. 127.

jurídica activa, de vantagem, que permite alavancar um benefício para o seu titular. Especificamente, e sem penetrar na discussão da sua natureza de direito ou simples poder, trata-se também de um poder, ou seja, da disponibilidade de um meio para atingir determinado fim.

Um dos elementos chave para a compreensão da figura é aquele que se refere à actuação *unilateral*. Actuar *unilateralmente* significa, aqui, actuar sozinho, sem necessidade do consentimento ou da anuência voluntarista de outrem? Não necessariamente. Não será o exercício individual o que distingue o direito potestativo de, por exemplo, o direito subjectivo em sentido estrito. Este último também poderá, e será assim em regra, ser exercido apenas por um titular sem necessidade de qualquer outra manifestação de vontade.

Uma outra razão pela qual a *unilateralidade* não se identifica com a actuação isolada é o facto de certos direitos potestativos estarem dependentes do exercício de competências de certos órgãos, *máxime*: autoridades públicas. Com efeito, e por vezes, a alteração da ordem jurídica apenas se consuma depois da verificação dos pressupostos do direito potestativo por um Tribunal ou pela Administração³¹⁶. Não obstante, esta intervenção pública, presente porque também presentes certos interesses que justificam o seu papel, não prejudica o decisivo papel da vontade do titular do direito potestativo³¹⁷, pelo menos quando o seu titular for um sujeito privado, particular, despojado da funcionalização ao interesse público. Na verdade, o que significa, de forma decisiva, actuar *unilateralmente*, não se relaciona com o modo de exercício, mas sim com a própria alteração da esfera jurídica. Essa sim é feita *unilateralmente* para efeitos da concreta significância da palavra. Significa, portanto, que o titular do direito potestativo conforma a esfera jurídica de outrem³¹⁸ sem a sua cooperação, sem

³¹⁶ Cfr. LUÍS ALBERTO CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II*, Universidade Católica Editora, 3.ª Edição, 2001, p. 552.

³¹⁷ Cfr. LUÍS ALBERTO CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II*, Universidade Católica Editora, 3.ª Edição, 2001, pp. 552 e 553.

³¹⁸ Ou, simplesmente, a esfera jurídica, no que se pode arvorar a distinção entre direitos potestativos hétéro-conformadores e auto-conformadores consoante possuam, ou não, destinatário., DAVID FERNANDES FESTAS, *Em Tema de Poderes Potestativos. Algumas Considerações sobre a sua Estrutura, Conceito e Natureza Jurídica*, Relatório de Mestrado, Policopiado, 2003, p. 66.

o seu consentimento e, até, contra a sua vontade³¹⁹. Precisamente aquilo que os distingue dos poderes creditícios é o facto de no direito potestativo o titular não precisar da cooperação das pessoas em cuja esfera jurídica vão produzir a sua eficácia³²⁰. Isto porque o direito de crédito, ao ser exercido, não produz alterações na ordem jurídica. Esta é alterada no momento da contratualização desse direito, pois aí nasce a obrigação do devedor e o direito do credor. Ao contrário, o direito potestativo, no seu exercício, modifica a ordem jurídica.

O exemplo paradigmático para o distinguir do direito de crédito manifesta-se na situação em que o credor exerce o seu direito de crédito, ao exigir do devedor o pagamento. Neste exemplo, não existe uma alteração da ordem jurídica. Mas se o credor interpelar o devedor, este passa a estar em mora, com as consequentes implicações jurídicas associadas, numa clara modificação da ordem jurídica. Pelo que este último é, naturalmente, um direito potestativo.

Retornando à estrutura jurídica do direito potestativo e após estabelecermos os contornos jurídicos da parte activa desta situação jurídica, há que atentar para o lado passivo e para a posição jurídica do destinatário da declaração de vontade que o exercício do direito potestativo encerra. Da perspectiva do destinatário da actuação por via de direito potestativo surge a situação jurídica passiva da *sujeição*. Esta situação de sujeição consiste num estado de necessidade inelutável de suportar, na sua esfera jurídica, consequências constitutivas, modificativas e extintivas decorrentes do exercício do direito potestativo que pertence e é exercido pelo sujeito activo da relação jurídica³²¹. Diversamente do dever jurídico, o estado de sujeição torna-se, assim, impossível de violar porque não depende em nada da actuação do seu titular.

³¹⁹ Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 5.^a Edição, 2008, p. 248.

³²⁰ Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 5.^a Edição, 2008, p. 248.

³²¹ Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4.^a Edição, 2012, p. 185.

Mas o mais singular na figura em questão é o conteúdo da mesma: *a alteração da ordem jurídica*. Antes do seu exercício existe uma determinada configuração jurídica daquelas que são as situações jurídicas potencialmente envolvidas e, depois do seu exercício, depois da manifestação de vontade que vai ínsita na declaração que formaliza a actuação jurídica, existe, em sentido amplo, uma modificação, jurídica, desse estado de coisas. Uma modificação do ponto de vista jurídico, objectivo, devido à eficácia que o poder potestativo tem sobre a esfera jurídica de outrem ou sobre a ordem jurídica em geral. Alguns Autores, numa formulação curiosíssima tendo em conta o que aqui se vem investigando, apelidam-nos de *poderes de conformação jurídica*, numa transposição do termo alemão *Gestaltungsrechte*³²². Dentro de uma relação contratual, o seu enquadramento natural dentro dos poderes de conformação contratual surge como uma interessante premissa adiante explorada.

A Doutrina tem laborado em diversas categorias de direitos potestativos. O direito potestativo tem, assim, sido dividido, tradicionalmente, em três grandes grupos: direitos potestativos *constitutivos*, *modificativos* e *extintivos*. Aqui se logra prevenir o leitor de que a utilização do termo “*alteração da ordem jurídica*” e respectivos sinónimos, é feita num sentido amplo, que não se refere apenas ao segundo dos três tipos aqui referidos.

Os direitos potestativos constitutivos produzem a constituição de uma situação jurídica por acto unilateral do seu titular³²³. Por exemplo, a constituição de servidão de passagem em benefício de prédio encravado (artigo 1550.º do CC) e o direito de preferência (artigo 1409.º do CC).

Os direitos potestativos modificativos tendem a produzir uma simples modificação numa relação jurídica existente e que continuará a existir, embora modificada³²⁴. Por exemplo, a mudança de servidão para outro lugar (artigo 1568.º do CC); a separação judicial de pessoas e bens (artigo 1794.º do CC); o direito à modificação do

³²² Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 5.ª Edição, 2008, p. 248.

³²³Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4.ª Edição, 2012, p. 184.

³²⁴Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4.ª Edição, 2012, p. 184.

contrato por alteração das circunstâncias (artigo 437.º do CC) e o direito à modificação do contrato usurário (artigo 283.º do CC);

Os direitos potestativos extintivos tendem a produzir a extinção de uma relação jurídica existente³²⁵. Por exemplo, a resolução do arrendamento pelo senhorio (artigo 1047.º do CC); a denúncia do arrendamento (artigo 1055.º do CC); a revogação da procuração e do mandato (número dois do artigo 265.º e artigo 1170.º do CC); o direito de resolução com justa causa do contrato de trabalho (artigo 351.º do CT).

Há que apresentar à discussão uma outra divisão que tem sido utilizada pela Doutrina para dividir os direitos potestativos em dois grandes grupos e que se revela de importância capital para a presente investigação: aquela que contrapõe *direitos potestativos de exercício judicial e de exercício extrajudicial*³²⁶.

O primeiro tipo de direitos potestativos apenas poderá ser exercido através de acção judicial³²⁷. É o caso, por exemplo, do direito de divórcio litigioso; o direito à pensão de alimentos; o direito à anulação de deliberação social porque contrária à lei ou aos estatutos de uma sociedade; o direito à execução específica do contrato promessa. A sentença que der razão ao titular do direito será constitutiva³²⁸, pois apenas ela, ou seja, apenas o plano judicial, operou a modificação da ordem jurídica.

O segundo tipo de direitos não necessita (em certos casos não pode) de ser exercido pela via judicial, operando com toda a plenitude com a mera declaração de vontade emitida pelo seu titular no momento do seu exercício. A alteração da ordem jurídica, reunidos os pressupostos do direito e as condições do seu exercício, far-se-á nesse momento. Um eventual litígio judicial apenas redundará na verificação judicial

³²⁵ Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4.ª Edição, 2012, p. 184.

³²⁶ Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, Coimbra Editora, 3.ª Edição, 2013, p. 32. e JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Civil. Teoria Geral, Vol. II*, Policopiado, 1972, p. 124 e ss.

³²⁷ Discordamos, neste ponto, de Paulo Otero, que entende que se “(...) o direito é de exercício judicial não é potestativo, no sentido de conferir ao seu titular o poder de, unilateralmente, exclusivamente por um ato de vontade, conformar uma situação jurídica”. Cfr. PAULO OTERO, *Direito do Procedimento Administrativo*, Volume I, Almedina, 2016, p. 328.

³²⁸ O que não implica, necessariamente, que o direito potestativo em causa seja constitutivo nos termos da tripartição estudada.

desses mesmos pressupostos e a sentença adveniente será de mera apreciação e já não constitutiva.³²⁹

Uma reflexão mais atenta levar-nos-á a um outro ponto de grande interesse: a asserção de que se trata de uma manifestação de autotutela, muito semelhante àquela que encontramos no âmbito do acto administrativo, cujos efeitos se produzem por mero efeito do seu exercício, conformando igualmente a ordem jurídica, como se viu no âmbito especial dos poderes de conformação contratual encabeçados por actos administrativos. O aprofundamento desta discussão, que ocupa parte importante do nosso percurso argumentativo teórico, será continuado *infra*.

2.2. Os direitos potestativos no contrato administrativo

2.2.1. O elenco do artigo 302.º do CCP

Apurados os pressupostos teóricos da figura jurídica do direito potestativo, é mister trazê-los para a problemática dos poderes de conformação da relação contratual do contrato administrativo e, assim, analisar as posições de vantagem que, nessa figura contratual, possam ser qualificadas, hipoteticamente, como direitos potestativos. Hipoteticamente porque não se pretende, aqui, tomar posição definitiva sobre a natureza jurídica de cada concreta posição contratual, por não ser esse o objectivo da presente investigação. Pretende-se saber se, analisando o conteúdo de cada posição, esta poderia ser enquadrável na figura do direito potestativo. O que explica a opção por se abordar, igualmente, os poderes previstos no artigo 302.º do CCP, qualificados expressamente pelo número 2 do artigo 307.º do CCP como poderes de autoridade cujo exercício se consubstancia na prática de actos administrativos. No entanto, a relevância deste levantamento é demonstrada pela análise dos poderes em relação aos quais o nosso legislador é omissivo, problema perante o qual o presente trabalho ganha pertinência. Mas não se poderá fugir à questão da natureza jurídica dos poderes abrangidos

³²⁹ Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil*, Coimbra Editora, 3.ª Edição, 2013, p. 32.

pela lacuna legislativa, porque o trabalho que se escreve visa fornecer pistas para uma resolução dessa mesma questão superior.

Começamos pelas posições jurídicas elencadas no artigo 302.º do CCP e vemos quais aquelas em que o ente público, no seu exercício, altera unilateralmente e por manifestação de vontade, a ordem jurídica.

O *poder de direcção*, como se viu, opera no plano da integração do contrato, actuando em espaços não previstos pelo mesmo. A faculdade de emissão de ordens, directivas ou instruções reconduz-se, juridicamente, a comandos unilaterais que fazem criar obrigações não previstas especificamente no contrato, ou, pelo menos, criam “*matéria jurídica vinculativa*” que antes não existia e não se encontrava definida. Questão interessante é saber se essa faculdade de densificação de uma prestação contratual pode consubstanciar numa alteração da ordem jurídica para efeitos da sua qualificação como direito potestativo (apenas no plano estrutural, visto estar o poder qualificado como de autoridade pelo legislador), já que não existem dúvidas que se trata de um exercício unilateral. Imagine-se a seguinte prestação, que no contrato se verbalizou nos seguintes termos: “*O contraente A obriga-se a entregar ao contraente B 5 toneladas de aço*”. Ora, o contraente B, ente público, poderá, ao abrigo do seu poder de direcção, integrar o espaço lacunar desta prestação, notificando o contraente A que o aço terá de ser da categoria X, em barras, e terá de ser de cor preta. O contraente A já estava obrigado a entregar 5 toneladas de aço, mas não estava vinculado a fazê-lo do modo que após o exercício daquele poder, passou a ter de o fazer. Existiu, portanto, uma alteração da ordem jurídica, neste caso, da esfera jurídica do contraente A, com o surgimento de três obrigações “*complementares*”. Este fica, assim, num estado de sujeição. Logo, este poder de direcção poderá ser enquadrado, do ponto de vista da sua estrutura jurídica, como um poder potestativo.

Este entendimento é partilhado, em relação ao poder de direcção no Direito Laboral, por alguma Doutrina³³⁰. Apesar de fazer nascer um direito subjectivo de crédito

³³⁰ Cfr. FERNANDO RIBEIRO LOPES, *Direito do Trabalho*, Policopiado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1977/78, p. 22 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, 1991, p. 127, 535 e 662. Não deixa de ser interessante a intersecção entre estes dois ramos de Direito, nas

e o correspondente dever jurídico na esfera do destinatário, o direito potestativo é anterior e constitui o poder de fazer nascer esse direito. Esse é o bem que o poder de direcção oferece³³¹.

O *poder de fiscalização* é, sem grande discussão, um direito subjectivo em sentido estrito. Trata-se do direito a ter os meios para percepção determinados factos e não a alterar o que seja no plano jurídico.

O *poder de sanção* constitui o seu titular numa posição de, unilateralmente, impor sanções ao contraente particular o que, sem margem para dúvidas, constitui situação modificadora da esfera jurídica do sancionado. O problema prende-se com a natureza jurídica das sanções, ou seja, com o problema de saber se se tratam de sanções de índole civil, apoiadas na ideia de responsabilidade civil comutativa ou se já serão sanções de tipo punitivo, o que poderá alterar o quadro de pensamento. Não obstante, pensamos que a resolução sancionatória terá de poder enquadrar-se, repita-se, hipoteticamente, na estrutura de um direito potestativo. Os restantes tipos, esquecendo a discussão relativa à sua natureza jurídica³³², podem, igualmente, configurar um direito potestativo.

E o mesmo se poderá dizer em relação ao *poder de modificação unilateral* e ao *poder de resolução unilateral*. Como nos indica o próprio *nomens*, a característica da unilateralidade está preenchida. O contraente público não necessita da cooperação do co-contratante para a alteração do *status quo* jurídico. A modificação ou extinção do vínculo contratual opera por mero efeito da vontade do titular do direito, encontrando-se, no lado passivo, um próprio estado de sujeição jurídica. Tratar-se-á, também, na hipótese de não ter sido qualificado como acto administrativo, de um direito potestativo de exercício extrajudicial, tal qual seriam aqueles que temos aqui vindo a dissecar. Os efeitos produzem-se automaticamente, no plano relacional, por mero efeito da vontade.

matérias dos poderes de conformação contratual. Nomeadamente se pensarmos nas semelhanças entre a relação laboral, de supremacia do empregador, com os moldes relacionais em Direito Administrativo.

³³¹ Discordamos, assim de PALMA RAMALHO, no seu MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2006, p. 601.

³³² Sobre o problema em sede de Direito do Trabalho, vide: MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2006, p. 639 e 640.

2.2.2. Os restantes poderes contratuais

Mais problemático é o exame às **restantes posições contratuais** que não se encontram elencadas expressamente no artigo 307.º do CCP mas que se encontram previstas a respeito da execução do contrato administrativo. A respeito das referidas posições, tem a Doutrina debatido a sua qualificação, ora como poderes de autoridade ora como direitos potestativos.

Previamente à discussão a respeito da qualificação dos vários poderes presentes no CCP, importa saber se o artigo 307.º do CCP consagra um **elenco taxativo**, o que corresponde a saber se apenas o exercício dos poderes elencados no número 2 do artigo 307.º pode ser qualificado como acto administrativo. Questão essa que se relaciona com a função a atribuir ao artigo 307.º no seio de toda a presente problemática, começando por saber se se trata, ou não, de uma norma excepcional no sistema, valioso dado para abrir a porta a futuros raciocínios de analogia.

Ora, a letra do artigo 307.º não parece deixar grandes dúvidas de que o mesmo se constrói a partir de uma sequência regra-excepção. O número 1 é a regra, ou seja, a declaração negocial, e o número 2 é a excepção: o acto administrativo contratual. Tal asserção é patente na expressão verbal “[c]om excepção dos casos previstos no número seguinte (...)”, fundadora do número 1 do artigo 307.³³³. Mas não nos bastemos apenas com esta expressão para asseverarmos a natureza excepcional deste número 2, uma vez que existe uma outra razão, relacionada com a técnica legislativa adoptada. Com efeito, preferiu-se por um critério tipológico³³⁴, de elenco, e não por uma cláusula geral que poderia, no limite, acabar por inviabilizar a intenção de excepcionalidade iniciada no texto do preceito.

Apurado o carácter excepcional formal do número 2 do artigo 307.º e, por consequência, do acto administrativo contratual, o problema fica ainda longe de uma resolução

³³³ Com o mesmo entendimento, ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 49.

³³⁴ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos*, in *Textos Dispersos de Direito Administrativo*, AAFDL, 2013, p. 218.

definitiva. O problema, dizemos, respeitante a saber o exacto alcance material desta excepcionalidade. Como bem diz VIEIRA DE ANDRADE, desta afirmação formal de princípio, “(...) não fica a certeza de que o resultado normativo seja uma definição clara dos espaços de autoridade, nem que daí decorra um alargamento dos espaços de consenso em detrimento da intervenção unilateral da Administração”³³⁵. O que se quer dizer é muito simplesmente que o elenco do artigo 302.º do CCP, quase integralmente replicado no número 2 do artigo 307.º, não esgota os potenciais poderes do contraente público no contrato administrativo. Várias outras situações jurídicas activas, de vantagem, vêm previstas no regime geral ou específico de cada tipologia contratual, o que cria a dúvida de saber como poderão ser enquadrados em termos de natureza jurídica.

E esse problema existe porque, e apesar da excepcionalidade formal da norma, a mesma não comporta um elenco taxativo, admitindo uma aplicação analógica a todas as actuações do contraente público que assumam características e objectivos similares àquelas subjazidos aos poderes de conformação contratual³³⁶. Como bem diz ANA LUÍSA GUIMARÃES, “(...) uma coisa é a configuração legislativa da natureza das pronúncias da Administração na fase de execução contratual a partir do binómio regra-excepção, que traduz uma técnica legislativa; coisa diferente é a consideração da norma como norma excepcional na sua substantividade, em que se apela já à sua significação material e ao respectivo posicionamento no sistema jurídico”. Acresce que as concepções que absolutizam a proibição da analogia em normas excepcionais encontram-se ultrapassadas³³⁷.

Assim, dever-se-á atribuir como preponderante o facto de a lei ter utilizado uma tipologia³³⁸, bem como o facto de não existir nenhum elemento decisivo que nos oriente

³³⁵ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Propósito do Regime do Contrato Administrativo*, in Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova, Vol. I, Almedina, 2008, p. 347. Citado por ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 51.

³³⁶ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos. Parte Geral*, AAFDL, 2014, p. 236; ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 51.

³³⁷ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 13.ª Reimpressão, 2002, p. 327.

³³⁸ Cfr. ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 62.

pela taxatividade dessa mesma tipologia, como por exemplo seria a utilização da conjuntiva “e”, na transição da alínea c) para a alínea d), ou o vocábulo “*apenas*” no início do proémio do número 2 do artigo 307.º do CCP. Para além de tudo o que se diz, sempre se dirá que o objecto a integrar por analogia se reconduzirá, perante normas excepcionais, a situações igualmente excepcionais.

Assim, cumpre proceder à análise e integração qualificativa das restantes posições jurídicas legalmente previstas.

A primeira posição de vantagem digna de análise diz respeito à ***notificação para cumprir e à respectiva realização coactiva da prestação de natureza fungível***, prevista no número 2 do artigo 325.º do CCP. Na verdade, são duas as situações jurídicas. Uma relativa à notificação e outra à realização coactiva da prestação que, em termos rigorosos, se reconduz à decisão de execução coactiva da mesma.

A notificação para o cumprimento de uma prestação contratual é em tudo idêntica à interpelação admonitória civil prevista no artigo 808.º do Código Civil, cujo efeito é, no imediato, colocar o devedor em mora e, caso este não cumpra no “*prazo razoável*”, colocá-lo numa posição de incumprimento definitivo. Esta é, portanto, a alteração da esfera jurídica do contraente privado. Assim, não podem restar grandes dúvidas sobre a natureza de direito potestativo desta posição que assiste ao ente público, tal qual afirmámos quando escolhemos o exemplo, atrás, da interpelação admonitória. A Doutrina classifica este poder, nos termos da discussão sobre a natureza jurídica dos poderes de conformação da relação contratual, também como um direito potestativo³³⁹.

Já a decisão de realização coactiva da prestação se revela mais complexa, particularmente quanto à sua aptidão para a modificação da ordem jurídica. A realização fáctica da prestação não pode considerar-se um acto jurídico, devendo antes qualificar-se como uma operação material. O que a afasta da qualificação de uma declaração

³³⁹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Cumprimento e Incumprimento do Contrato Administrativo*, in Estudos de Contratação Pública I, Cedipre, Coimbra Editora, 2008, p. 617.

de vontade que comporte o exercício de um direito potestativo, não obstante produzir efeitos jurídicos, tais como o cumprimento da prestação. E a decisão? Esta é, sem dúvida, um acto jurídico, unilateral. O contraente público poderá optar entre efectivar as prestações em falta, por ele ou terceiro, ou resolver o contrato, o que a coloca muito perto da obrigação com faculdade alternativa e o direito potestativo que assiste ao credor. Mas nesta hipótese, o credor vai modelar, ao efectuar a sua escolha, a concreta prestação a que fica o devedor obrigado. Aqui, perante um caso de incumprimento definitivo, o credor escolhe uma opção para, ele próprio, actuar. Para além do facto de neste caso estarmos num momento cronológico e lógico posterior, porque se reporta a uma situação já escolhida, a decisão de executar coactivamente, e não a carecer de escolha. A dúvida subsiste, sim, sobre a alternativa entre executar a prestação pelo próprio ente público ou por um terceiro. Mas a produção de efeitos jurídicos “*constitutivos*” dar-se-á, no caso de um terceiro, apenas após a celebração do respectivo contrato, pelo que não terá, em si, potencialidades potestativas. A decisão de ser a Administração a realizar a prestação também não parece reunir essas potencialidades, não podendo o poder que fundamenta tal decisão ser considerado um poder potestativo. A possibilidade de colocar um terceiro a realizar a prestação enquadrar-se-á, assim, como um direito subjectivo em sentido estrito, ou seja, como uma permissão normativa de aproveitamento de um bem, sendo esse bem a possibilidade, perante o incumprimento do co-contratante, de ver a prestação realizada de uma outra forma.

Uma outra situação jurídica digna de destaque é a ***execução da caução***. Caução é entendida aqui, no Direito Contratual Administrativo, à semelhança do Direito das Obrigações, num sentido amplo, genérico, de garantia, que pode ter como objecto qualquer uma das três garantias do artigo 90.º do CCP³⁴⁰. Esta garantia tem, no contrato administrativo, duas funções essenciais, alocadas ao cumprimento de duas obrigações essenciais: a primeira a de garantir o cumprimento, pelo adjudicatário, da

³⁴⁰ Cfr. ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 125.

obrigação de celebrar o contrato; e a segunda respeitante ao pontual cumprimento do contrato, portanto, reportando-se à fase de execução contratual.

Aquela em que nos iremos focar nesta sede, e para o que nos atinge, é a relativa ao segundo tipo de caução, respeitante à execução do contrato e que vem prevista no artigo 296.º do CCP, norma que regula a sua efectivação. Como dispõe o preceito, pode o contraente público accionar a caução para a satisfação de quaisquer importâncias que se mostrem devidas por força do não cumprimento, por parte do co-contratante, de obrigações legais ou contratuais, designadamente, e como sugere o elenco do seu número primeiro: sanções pecuniárias contratuais, prejuízos do contraente público por força do incumprimento do contrato e importâncias fixadas no contrato a título de cláusulas penais. Se juntarmos o que se acaba de expor com a possibilidade, prevista no número dois, de execução parcial da caução, constatamos que a medida da execução, na fase de execução do contrato, varia na proporção directa do crédito do contraente público, não tendo a normal função de antecipação da satisfação desse crédito³⁴¹. O que parece existir é um poder de definir unilateralmente e com grande precisão, a medida do incumprimento do co-contratante³⁴². A caução funcionará como uma reserva a utilizar pelo contraente público quando e na medida em que este se sentir lesado. Como pináculo deste preceito, temos a disposição, no seu primeiro número, que indica a desnecessidade de prévia decisão judicial ou arbitral para a respectiva satisfação destas importâncias. Ou seja, os efeitos operam unilateralmente e extrajudicialmente.

O que parece existir é, portanto, uma singularidade de grande monta, em matéria de responsabilidade civil contratual. Esta é, a possibilidade de a Administração, por ela própria, sem intervenção judicial e de plenos efeitos, declarar o incumprimento

³⁴¹ Cfr. JORGE ANDRADE SILVA, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, 2.ª Edição, Almedina, 2009, p. 660.

³⁴² Cfr. ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 125.

contratual do seu co-contratante e fixar o *quantum* indemnizatório devido³⁴³. Seria esta, portanto, a alteração da ordem jurídica.

Questão interessante é conhecer o alcance de tal desnecessidade de recorrer a tribunal. ANA LUÍSA GUIMARÃES entende que o que está em causa é uma dispensa generalizada do recurso aos tribunais em matéria de acção executiva, uma vez que, através da possibilidade de execução da caução se confere ao contraente público *autotutela executiva*³⁴⁴. Entende a Autora, em consequência, que essa dispensa não se refere à obtenção de um *título executivo*, pois esse terá que ser obtido pela via judicial. Em relação à componente relativa à *autotutela declarativa*, haverá dispensa de intervenção judicial, para o momento declarativo, se e quando seja essa a solução oferecida pelas normas legais competentes. Ou seja, segundo a Autora existira *autotutela declarativa* nos casos em que a lei permita ao contraente público emitir um título executivo, o que sucede perante as quantias devidas a título de sanções pecuniárias, aplicadas através de acto administrativo³⁴⁵ (artigos 302.º e 307.º do CCP). Como não se trataria aqui de caso semelhante, reinaria a *heterotutela declarativa*.

Resumindo a sua posição, é propugnado nesta tese que, para a Administração executar a caução, ou seja, mantê-la numa determinada proporção, não terá que recorrer a um processo judicial executivo. No entanto, terá que obter um título executivo, seja através de sentença judicial, seja através de acto administrativo (em que o título é o próprio acto), quando tal é permitido pelo legislador, o que leva à conclusão de que não existe, aqui, *autotutela declarativa*.

Não podemos aderir, na totalidade, a esta tese. Em primeiro lugar, não entendemos que não existe uma manifestação de *autotutela declarativa* no caso da execução

³⁴³ Cfr. ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 126 e PEDRO GONÇALVES, *Cumprimento e Incumprimento do Contrato Administrativo*, in Estudos de Contratação Pública I, Cedipre, Coimbra Editora, 2008, p. 587 e 588.

³⁴⁴ Cfr. ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 129.

³⁴⁵ Cfr. ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 130.

da caução e, portanto, no seio dos direitos potestativos. O direito potestativo da Administração, em moldes que iremos explorar melhor adiante, tal como o acto administrativo, configura um poder de *autotutela declarativa*, funcionalizado teleologicamente a um certo fim³⁴⁶. A serem correctos os pressupostos de actuação em que agiu a Administração para executar a caução, estará definida a medida do incumprimento do co-contratante e produzida, unilateralmente, a alteração ao *status quo* jurídico. Mas a existência de *autotutela declarativa* não significa, necessariamente, que o poder potestativo crie um título executivo, a ser usado para se conseguir prosseguir, posteriormente, com a referida *autotutela executiva*. Significa que se produz, unilateralmente (conceito chave a este respeito), o efeito jurídico pretendido, ou seja, a alteração da ordem jurídica.

E tal leva-nos à segunda ordem de discordâncias. A retenção da caução contém dois componentes essenciais. Parametriza a medida do incumprimento do co-contratante e retém, “*fisicamente*” a quantia executada. Estes dois elementos são contemporâneos, acontecendo em simultâneo. Logo, e se assim sucede, não parece fazer sentido a separação entre um momento declarativo, em que se exigiria um título executivo judicial, e um momento executivo, não judicial, a ser exercido após essa obtenção oficial de um prévio título executivo judicial em processo declarativo: a sentença judicial. Pelo que se consagra, em relação à retenção da caução um regime diferenciado em relação ao típico acto administrativo contratual, na medida em que, e excepcionalmente, se permite que o contraente público, em relação à caução, possa actuar com plena utilização de uma *autotutela executiva*. Assim, e por decorrência deste regime excepcional, terá de qualificar-se este poder contratual como um verdadeiro acto administrativo, dada a insuficiência da figura do direito potestativo em relação à *autotutela executiva*, nos termos já *supra* descritos.

³⁴⁶ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Autoridade e Consenso no Contrato Administrativo*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001, pp. 124 e 125.

Outra situação digna de destaque é aquela respeitante à *oposição à exceção de não-cumprimento*³⁴⁷ invocada pelo contraente particular.

O artigo 327.º do CCP consagra a possibilidade de o co-contratante invocar a exceção de não-cumprimento do contrato, em contratos bilaterais, para fazer face a um incumprimento por parte do contraente público. Mas essa possibilidade é filtrada por um critério que apela para que essa invocação (leia-se: o não cumprimento da prestação do contraente particular) não implique *um grave prejuízo para a realização do interesse público* subjacente à relação jurídica contratual. Em termos procedimentais, vem o número 3 do referido artigo estatuir que o exercício de tal direito pelo co-contratante depende de prévia notificação ao contraente público³⁴⁸. Ora, e chamando à colação o agora mencionado critério, refere o número 4 do preceito que tal invocação não implica grave prejuízo para o interesse público realizado com o cumprimento da prestação cujo não cumprimento se excepciona, quando o contraente público, no prazo de 15 dias, contado da referida notificação, não reconhecer, mediante *resolução fundamentada*, que a recusa em cumprir seria gravemente prejudicial para o interesse público.

Ou seja, e o que se diz é de especial relevância neste contexto, a posição jurídica que aqui estamos a analisar não é aquela que permite a invocação da exceção de não-cumprimento pelo contraente particular, mas sim aquela que, mediante resolução fundamentada (que configura a respectiva forma de exercício) permite ao contraente público opor-se a essa invocação, caso considere que a mesma (ou seja, a sua consequência: o não cumprimento da prestação do contraente particular) seja gravemente prejudicial para o interesse público.

Logo, é esta resolução fundamentada que cabe dissecar, para traçar as conclusões sobre se, pela respectiva estrutura jurídica, o poder que a subjaz pode, ou não, configurar um direito potestativo (independentemente da discussão, acessória, a traçar em torno da sua verdadeira natureza jurídica).

³⁴⁷ Sobre o tema, vide: PEDRO VAZ MENDES, *A Exceção de Não Cumprimento nos Contratos Públicos*, in *O Direito*, 140º, I, 2008, p. 119-207.

³⁴⁸ Com a antecedência mínima de 15 dias, se outra não for estipulada no contrato.

Em primeiro plano, o elemento da unilateralidade está preenchido. Existe uma oposição realizada por um contraente em relação ao outro, sem que em nenhum momento concorra a vontade do oponente. Em segundo lugar, verifica-se, no plano jurídico, uma modificação na esfera jurídica do titular do direito da exceção de não-cumprimento. Tal direito existe na sua esfera por força do artigo 327.º e o seu pressuposto é a existência de um incumprimento imputável ao contraente público. Quando tal ocorra, surge o referido direito a invocar a exceção de não-cumprimento de modo a que o contraente particular possa, legitimamente, opor-se ao cumprimento da sua prestação. Esse não cumprimento legítimo é o direito, a posição jurídica, que lhe assiste. Ao exercê-la, o titular desta outra posição jurídica (encabeçada formalmente pela resolução), o contraente público, com a tal resolução fundamentada, faz extinguir o direito que assiste ao contraente particular. Deixa de ser legítimo a esse contraente particular não cumprir a prestação a que está obrigado. E deixa de o poder fazer pelo simples efeito da resolução fundamentada emanada pelo contraente público, que decorre de uma declaração de vontade, sem qualquer necessidade de intervenção judicial. E se essa legitimidade de não cumprimento deixa de existir, ocorre uma modificação – extintiva, por sinal – na ordem jurídica, especificamente, na esfera jurídica do titular do direito à exceção de não cumprimento³⁴⁹.

Assim, estamos perante um direito potestativo (para efeitos de estrutura jurídica), de exercício extrajudicial, que assiste ao contraente público na execução do contrato. Tudo o que se disse a respeito da exceção de não-cumprimento é extensível ao ***direito de retenção*** que assiste ao co-contratante, por força do artigo 328.º do CCP, que manda aplicar ao direito de retenção o disposto no artigo 327.º do CCP. Também aqui a posição a ter em conta é a referida resolução fundamentada que assiste ao contraente público e que obsta ao dito direito de retenção, posição jurídica a ser exercida pelo contraente particular.

³⁴⁹ Com conclusão semelhante, vide ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 143 e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos Administrativos e Poderes de Conformaçãõ do Contraente Público no Novo Código dos Contratos Públicos*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 66, p. 16.

A próxima situação jurídica carecida de qualificação diz respeito à decisão do contraente público de *prorrogar a vigência do contrato*³⁵⁰.

Trata-se do poder, que assiste ao contraente público, de modificar o contrato para que o mesmo veja estendido o seu período de vigência³⁵¹. Facilmente se constata que, a este respeito, se está estruturalmente perante um direito potestativo. A modificação na esfera jurídica é operada unilateralmente e consiste na própria modificação do contrato que vê, desta forma, o seu tempo de vigência ser prorrogado. Coisa diferente é saber se tal poder deve estar integrado, analogicamente ou não, no elenco do artigo 302.º do CCP e, por decorrência, no número dois do artigo 307.º do CCP, configurando-se como um acto administrativo. Atrás dissemos que este poder de prorrogação da vigência do contrato se poderia integrar, naturalmente, no poder de modificação unilateral, visto que este último o consumia em termos de conteúdo. Não vemos razões para afastar o referido entendimento nesta sede.

Por último, temos a *recusa de autorização à subcontratação* e à *cessão de posição contratual*. A realização desses actos pelo contraente particular depende, de acordo com o número 1 do artigo 319.º do CCP, da autorização do contraente público. As considerações tecidas para o caso da excepção de não cumprimento valem, aqui, com a devida propriedade. Em ambos os casos temos um direito do co-contratante, que aqui se consubstancia no de celebrar um contrato com um terceiro, que pode vir a ser negado ou coarctado por um acto do contraente público. Ao efectuar, unilateralmente, a recusa, o contraente público torna a posterior celebração desses contratos inválida, o que consubstancia uma evidente alteração na esfera jurídica do contraente particular. Deste modo, não existe grande dificuldade em assumirmos que, estruturalmente, se trata de um direito potestativo.

³⁵⁰ Sobre o tema, vide: LINO TORRAL, *Prorrogação do Prazo de Concessões de Obras e Serviços Públicos*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, Cedipre, 2011.

3. Os critérios de distinção

Fica, assim, por resolver, o problema da integração jurídica dos vários poderes administrativos do contrato administrativo. O mesmo é dizer que surge a necessidade da construção de um **critério que permita averiguar a existência de um poder habilitante da prática de um acto administrativo**³⁵². Passar-se-á à sua análise abreviada.

3.1. A tese unitária

O primeiro critério que se expõe é aquele que propugna a ausência de qualquer critério. Falamos da tese de GUIDO GRECO³⁵³, que qualificava unitariamente as declarações contratuais da Administração, retirando a necessidade de se arvorar um critério de distinção entre duas realidades.

³⁵² Constatando a falta de labor dogmático da matéria, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Autoridade e Consenso no Contrato Administrativo*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001, p. 141.

³⁵³ No seu GUIDO GRECO, *I Contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milão, 1986.

3.2. O critério do conteúdo do poder

O segundo critério respeita ao *conteúdo do poder*. Nos seus termos, seriam direitos potestativos os poderes que encontrassem (ou pudessem encontrar) correspondente ou semelhante no domínio dos contratos privados, e seriam poderes de autoridade para a prática de actos administrativos aqueles que nesse domínio jusprivado não encontrassem similar³⁵⁴. O presente critério sofre, no entanto, da dificuldade de a previsão dos poderes habilitantes dos actos administrativos contratuais serem perfeitamente enquadráveis numa relação jurídica contratual de Direito Privado. Com efeito, também neste tipo de contratos se afigura possível e comum rescindir, sancionar, modificar, dirigir e fiscalizar, o que faz esbater a “*exorbitância*” dos mesmos.

3.3. O critério da fonte de direito violada

Um outro critério possível é o da *fonte de Direito violada*, que apela para a natureza do dever violado pelo contraente privado. Se a fonte desse dever revestisse natureza legal ou regulamentar, haveria um acto administrativo. Se, pelo contrário, revestissem natureza contratual, teríamos, regra geral, um acto negocial *lato sensu*, e não um acto administrativo³⁵⁵. Este terceiro critério comporta, genericamente, uma virtude e duas falhas. A virtude diz respeito à distinção entre disciplina legal e contratual. Entre aquilo que pode e não pode ser conformado pela vontade das partes. Mas tem um alcance restrito e insuficiente, porquanto não é apto a resolver as situações em que não existe violação das obrigações do contratante, como sejam o poder de fiscalização ou a resolução e modificação por interesse público. Por outro lado, comporta uma inversão metodológica, partindo da natureza da obrigação violada para daí retirar a natureza do preceito atributivo do poder e respectivo regime. Isto porque, e como

³⁵⁴ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Acto Administrativo Contratual*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 63, Maio/Junho 2007, p. 8.

³⁵⁵ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Acto Administrativo Contratual*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 63, Maio/Junho 2007, p. 9.

bem nota RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, podem ocorrer situações, *máxime*: no poder sancionatório, em que o regime de determinada obrigação varie entre uma natureza legal e outra contratual, integradora³⁵⁶. Nestes casos, o critério não dá resposta sobre que qualificação se lhe deve corresponder.

3.4. O critério da fonte dos poderes

No encaço deste último critério surge aquele concernente à *fonte dos poderes*. Resguardando o flanco a uma crítica apontada ao critério anterior, diz o presente que teremos um poder de autoridade, habilitante de acto administrativo, quando ocorra uma atribuição legal de um poder de supremacia jurídica à Administração, o que equivale a afirmar a natureza de direito potestativo ao poder que resulte da estipulação contratual. A simplicidade desta construção pode, contudo, revelar-se pernicioso, ao equivaler qualquer consagração legal de um poder de supremacia como um acto administrativo. Ao fazê-lo, incorre em premissa errada, que só colhe extracontratualmente, esta sendo a de que os direitos privados resultam da mera atribuição de capacidade civil à Administração, não sendo necessária a sua enumeração legal. Ora, tal não é verdade, porquanto no domínio contratual, a generalidade dos poderes de supremacia jurídica carecerá, sempre, de uma previsão específica³⁵⁷. Logo, devemos interpretar a consagração legal de poderes contratuais não imediatamente como a atribuição de normas habilitantes para a prática de actos administrativos, mas apenas como a consagração de um poder de supremacia que, sem qualificação expressa, terá de ser integrado na categoria jurídica mais apropriada.

³⁵⁶ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Acto Administrativo Contratual*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 63, Maio/Junho 2007, p. 9.

³⁵⁷ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Acto Administrativo Contratual*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 63, Maio/Junho 2007, p. 11.

3.5. A tese mista

Por último, temos um critério que apelidámos de *tese mista*, laborado por RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA. O Autor parte da tese da *fonte dos poderes* e da magna divisão operada, entre atribuição legal e contratual. Aceita como boa parte dessa tese, a saber, aquela que nega a atribuição contratual de poderes de autoridade para a prática de actos administrativos, ou seja, a existência de cláusulas exorbitantes³⁵⁸. Mas discorda da restante premissa, aquela que reconduz todas as posições de favor da Administração de fonte legal ao conceito de poder público, ou seja, a uma norma de competência para a prática de um acto administrativo³⁵⁹. Ao afastar a simplicidade emprestada por esse critério, fica o Autor com um problema para resolver: qual será o critério para, em cada previsão legal de um poder, saber se o mesmo se trata de uma norma habilitante para a prática de um acto administrativo ou de um acto negocial, *máxime*: de um direito potestativo. Como solução, é proposto não um, mas quatro subcritérios ou situações dentro das quais estaríamos na presença da primeira alternativa, ou seja, da norma de competência da prática de um acto administrativo.

Em primeiro lugar, e não seguindo, propositadamente a ordenação original, estar-se-ia perante um poder de autoridade quando se trate da *produção de efeitos de Direito apenas passíveis de título público*. Ou seja, perante situações apenas constitutíveis, modificáveis ou extinguíveis por acto administrativo, o que sucede, por exemplo, com a autorização dada pelo concedente para a ocupação ou utilização do domínio público não integrada no contrato ou com as servidões constituídas pelo concessionário, que apenas se tornam efectivas após a aprovação, pelo concedente, dos projectos de infra-estruturas ou de outras obras de concessão³⁶⁰. Pensamos estarem também contidas por este subcritério as situações de licenças urbanísticas. Em suma,

³⁵⁸ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Acto Administrativo Contratual*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 63, Maio/Junho 2007, p. 12; e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Autoridade e Consenso no Contrato Administrativo*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001, p. 152.

³⁵⁹ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Autoridade e Consenso no Contrato Administrativo*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001, p. 152.

³⁶⁰ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Autoridade e Consenso no Contrato Administrativo*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001, p. 153.

refere-se este critério a situações extracontratuais que, colocadas no seio de uma relação contratual, se deverão manter como tal.

Em segundo lugar, quando se está perante o *exercício de poderes normativos*. Neste tipo de casos, o contraente público actua ao abrigo de habilitações legais que o autorizam a emitir um determinado regulamento, como sucederá, por exemplo, no contrato de concessão e dos regulamentos emitidos pelo concedente³⁶¹. Pensamos, também, que se poderão integrar aqui os casos de contratos sobre regulamentos³⁶²..

O terceiro critério respeita ao *exercício de poderes inscritos no elenco legal de poderes de conformação contratual*³⁶³. Referimo-nos, actualmente, ao artigo 302.º do CCP, qualificado pelo artigo 307.º como contendo os poderes de autoridade para a prática de actos administrativos. Ao tempo da construção da sua tese, discutia-se se o elenco do artigo 180.º do CPA contemplava tais poderes³⁶⁴. Hoje, as dúvidas dissiparam-se com a opção legislativa patente no artigo 307.º do CCP, pelo que se trata de um critério consideravelmente líquido em toda a discussão.

Mas é no último critério que o problema de agudiza. Reportamo-nos àquele que vê poderes públicos de autoridade quando *tal resulte objectivamente do teor da regulação normativa em causa*. Diz o autor que tal acontece quando “(...) *pelo teor do enunciado ou pelas proposições secundárias a ele apostas (...)*”, a disciplina legal ou regulamentar tal enuncie³⁶⁵. É o caso de a lei atribuir a esse acto a força de título

³⁶¹ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Acto Administrativo Contratual*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 63, Maio/Junho 2007, p. 13.

³⁶² Muitas vezes denominados como contratos sobre o exercício do poder regulamentar. A expressão que utilizamos, “contratos sobre regulamentos” é própria e alcança os contratos obrigacionais e decisórios, enquanto que aquela primeira apenas se reportará, em termos rigorosos, aos contratos obrigacionais. Sobre o tema, vide: ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, Coimbra, 2011, p. 247; ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez*, Coimbra, 2012 p.516.

³⁶³ O Autor referia-se expressamente ao elenco do artigo 180.º do CPA, correspondente ao actual artigo 302.º do CCP.

³⁶⁴ Para um relance sobre a discussão, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Acto Administrativo Contratual*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 63, Maio/Junho 2007, p. 14.

³⁶⁵ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Acto Administrativo Contratual*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 63, Maio/Junho 2007, p. 13.

executivo, de prever a posse administrativa de um bem na sequência da medida adoptada, de remeter a reacção contenciosa para a acção respeitante aos actos administrativos³⁶⁶.

É esta, em suma, a tese de RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA. É a construção que se debruçou mais seriamente sobre o problema e, portanto, aquela que mais longe chegou na busca de uma solução consistente e global para o problema³⁶⁷. Mas poderá revelar-se, com a maior vénia, insuficiente para a total resolução desta questão. A tese coloca-nos uma questão final. Existirá, para além daqueles quatro subcritérios, espaço para a qualificação como poderes públicos de autoridade em relação a qualquer outro poder de supremacia? A resposta prende-se com a interpretação a fazer do último subcritério por nós apresentado. Com efeito, os três primeiros critérios são líquidos e têm como objecto casos cuja resolução não se afiguraria, à partida, difícil. O mesmo já não sucede em relação o último dos subcritérios, que tem como objecto as restantes situações de fronteira, amiúde apelidados de *casos nebulosos*³⁶⁸, a que a Doutrina tem procurado dar solução e enquadramento.

3.6. Posição adoptada

A posição a tomar em relação a esta matéria deverá, pois, de acordo com o que se expôs, referir-se apenas ao último dos subcritérios. Este, apesar de obter abertura suficiente para alcançar os casos de dúvida, não disfruta de textura suficiente para almejar uma separação clara entre acto administrativo e direito potestativo.

A este respeito, existirão duas vias possíveis. Poderá entender-se que os casos de teor de regulação expresso – nomeadamente com referência ao modo de reacção contenciosa - serão os únicos que, perante este critério, se podem integrar na categoria

³⁶⁶ Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O Acto Administrativo Contratual*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 63, Maio/Junho 2007, p. 13.

³⁶⁷ É, também, dotada de importantes virtualidades e revela proposições e asserções muito sólidas, próprias de um texto que contribui, cientificamente, para o avanço do âmbito de certezas da discussão.

³⁶⁸ Como lhes chama ANA LUÍSA GUIMARÃES, em ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 119 e ss.

dos poderes de autoridade. Ou, em alternativa, poderá entender-se que não, na medida em que existem outros poderes sobre os quais não se alocam semelhantes pistas e que, ainda assim, se poderá entender que darão origem a actos administrativos.

Entendemos que o referido critério não se deverá limitar ao primeiro grupo de casos. Com efeito, a distinção deverá operar também através dos aspectos de regime que impliquem a qualificação como acto administrativo, como sejam a existência de um qualquer tipo de autotutela executiva que, como se viu, não é possível existir num mero direito potestativo³⁶⁹.

³⁶⁹ Desta forma, admitindo esta abertura de regime permitir-se-á, por exemplo, qualificar a retenção da caução como um acto administrativo, dada a existência, inerente, de autotutela executiva, admitida, excepcionalmente, pelo legislador.

Capítulo II – A solução do legislador

1. A solução do Código dos Contratos Públicos e do Código do Procedimento Administrativo

Importa analisar o regime legal consagrado no CCP a respeito da qualificação jurídica da declaração administrativa relativa à invalidade do contrato administrativo.

O legislador nacional dedica ao tema uma norma específica: o número 1 do artigo 307.º do CCP, onde cristalizou a intenção de proceder a uma estabilização legal do problema. Poder-se-á mesmo afirmar, com ANA LUÍSA GUIMARÃES, que o legislador do CCP inverteu a tradição ao ditar agora uma solução pela via legal³⁷⁰. A Autora refere até que apenas existiram dois períodos na história nacional, a respeito do acto administrativo contratual: um primeiro, marcado pela luz da Doutrina e da Jurisprudência, que terminou em 2008, com a entrada em vigor do Código; e um segundo, que vivemos actualmente, marcado por uma solução frontal ditada pelo legislador³⁷¹. Discordamos desta divisão, uma vez que atribuímos um peso importante à regulação que o CPA impôs na matéria. Lembremo-nos que foi com o Código do Procedimento Administrativo que surgiu o primeiro elenco organizado de poderes, no artigo 180.º do antigo CPA. Foi, também, nesse período que surgiu a primeira norma sobre a natureza jurídica das pronúncias contratuais – o artigo 186.º. E, mais importante, o CPA revelou-se o documento normativo responsável pela compressão da executividade em relação aos actos administrativos contratuais. Acresce que, foi durante esse período intermédio que passou a negar-se a possibilidade de a Administração poder invalidar unilateralmente o contrato administrativo, uma vez que tal era admitido por uma leitura *a contrati* do artigo 851.º do Código Administrativo.

³⁷⁰ Cfr. ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 34.

³⁷¹ Cfr. ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012, p. 34.

No encaço do anterior artigo 186.º do CPA³⁷², vem o número 1 do artigo 307.º estipular que **as declarações do contraente público, sobre validade e interpretação não revestem a natureza de actos administrativos**. Com efeito, dispõe-se, na referida norma que:

*“(...) as declarações do contraente público sobre interpretação e **validade do contrato** ou sobre a sua execução são **meras declarações negociais**, pelo que, na falta de acordo do cocontratante, o contraente público apenas pode obter os efeitos pretendidos através do recurso à acção administrativa”*.

Em relação ao que se dispunha anteriormente no artigo 186.º do CPA, o número 1 do artigo 307.º aditou uma referência às pronúncias relativas à execução contratual. Este aditamento é, a nosso ver, explicado em razão de se ter, pela primeira vez, optado por construir um elenco de poderes a qualificar como poderes de autoridade. Se esse elenco existe, então terá que se excluir tudo o que não lhe pertença, o que obrigou a que todas as três áreas fossem regidas pelo mesmo princípio geral, o de que, sem prejuízo de inserção em contrário, uma declaração não constitui um acto administrativo³⁷³.

O segundo elemento acrescentado em relação ao anterior artigo 186.º do CPA reporta-se à qualificação legal das declarações que não se inserem no número 2 do artigo 307.º, estabelecendo-se que estas *“(...) são meras declarações negociais”*. Aqui manifesta-se uma das maiores inovações da nova regulação legislativa. Pela primeira vez, o legislador aventura-se no esforço de qualificação das pronúncias contratuais que não sejam expressamente qualificadas como actos administrativos, rompendo-se com a

³⁷² A referida norma, que constata da versão do CPA anterior à entrada em vigor do CCP estabelecia que “[o]s actos administrativos que interpretem cláusulas contratuais ou que se pronunciem sobre a respectiva validade não são definitivos e executórios, pelo que na falta de acordo do co-contratante a Administração só pode obter os efeitos pretendidos através de acção a propor no tribunal competente”.

³⁷³ É propositado o evitar da expressão “declarações negociais”, por razões melhor aduzidas *infra*.

qualificação anterior, providenciada pelo artigo 186.º do CPA, onde estes eram apelidados de actos opinativos, o que se explicava (apesar da nossa discordância terminológica³⁷⁴) pela relação umbilical com a interpretação e a validade do contrato.

Há, ainda, um último ponto a esclarecer acerca o sentido juridicamente relevante do texto do artigo 307.º do CCP, que diz respeito ao alcance do seguinte excerto:

“(...) 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”.

A expressão “*efeitos pretendidos*” deve entender-se de forma restrita. No limite, a expressão teria o alcance de, perante a discordância do particular em relação a um qualquer acto administrativo, ditar que os efeitos deste ficariam obnubilados até pronúncia judicial. Não é o que sucede nem o que deve retirar-se do excerto citado. Como semelhante situação seria inaceitável, há que procurar a tessitura exacta a que se reportam estes “*efeitos pretendidos*”.

Não cremos que estes efeitos digam respeito à possibilidade de a Administração executar coercivamente o acto administrativo, sob pena de redundância, pois essa questão vem especificamente regulada no artigo 309.º do CCP. Em relação às matérias de validade e interpretação, a intenção é clara e cifra-se na proibição de aí praticar actos administrativos, ou de aí não se conseguir quaisquer efeitos constitutivos unilaterais. Ou seja, não poderão ser praticados actos administrativos. Mas não só. A norma tem a virtualidade de também não permitir que, em relação a matéria de validade e interpretação contratual, proibir que sejam exercidos direitos potestativos de exercício extrajudicial que pudessem configurar uma específica interpretação ou invalidar o contrato.

³⁷⁴ Com efeito, poderá entender-se e aceitar-se o qualificativo de “*actos opinativos*” em matéria de interpretação e validade contratual, mas já não em matéria de execução de contrato, uma vez que as actuações administrativas nesse campo se cifram em verdadeiros direitos potestativos.

Como se referiu anteriormente, discorda-se igualmente da utilização da expressão *declarações negociais* para designar as pronúncias contratuais relativas à execução contratual, uma vez que a forma do exercício de um direito potestativo não é a da declaração negocial mas a da declaração de vontade. Por outro lado, em matéria de execução contratual, em que se multiplicam os vários poderes ao serviço do contraente público, a expressão não é a mais feliz. O seu alvo são todas as posições de vantagem que não as elencadas no número 2 do artigo 307.º do CCP. Se só através de sentença judicial a Administração pudesse obter os efeitos desses poderes estaríamos diante de um profundo desequilíbrio contratual, certamente não querido pelo Código. Levada à letra, a expressão obstaculizaria o exercício de quaisquer direitos potestativos extrajudiciais, pois os seus efeitos constitutivos automáticos apenas poderiam obter-se por sentença judicial, o que os equiparava a qualquer direito potestativo de exercício meramente judicial.

Pelo que, e para concluir, a expressão visa regular as matérias de validade e interpretação, mas é de afastar em relação aos poderes de execução contratual, particularmente em relação aos direitos potestativos de exercício extrajudicial, sob pena de os tornar inoperantes no seio da relação jurídica contratual. Defendemos, assim, uma interpretação restritiva do preceito nos termos explanados.

2. Os fundamentos que subjazem à certeza verificada

2.1. Fundamento histórico

Não se esconde a estranheza que pode surgir ao conceber a ideia de que uma reflexão histórica, *per si*, poder ser fundamento de alguma coisa. A história é uma realidade que o Homem deve revisitar para se contextualizar, mas dificilmente será fundante daquilo para o qual se procura contexto. Ora, julgar as coisas assim é ignorar a capacidade desse mesmo Homem para se acomodar à estabilidade do que sempre lhe foi apresentado e julgado incontestável. Portanto, revise-se a história e teste-se o primeiro fundamento.

O primeiro fundamento que poderá justificar a solução que actualmente se encontra no CCP é de índole histórica. A justificação para a actual configuração dos poderes de conformação da relação contratual do contrato administrativo poderá explicar-se com referência a uma eventual tradição do sistema Português, que sempre teria negado esta possibilidade ao contraente público, tendo-se estabilizado neste sentido.

No entanto, essa tradição não existe, por duas razões: (i) primeiro, porque o regime do contrato administrativo Português já admitiu a possibilidade de a Administração invalidar unilateralmente o contrato e (ii) segundo, porque esse regime esteve em vigor durante mais tempo do que o actual regime negativista.

Tal como *supra* verificado, no período que decorreu entre a entrada em vigor do Código Administrativo³⁷⁵ e a entrada em vigor do ETAF, era legalmente admitida a prática de actos administrativos a respeito da validade do contrato administrativo. Com efeito, regia a norma contida no artigo 851.º do Código Administrativo, que dispunha que as impugnações de deliberações relativas à validade e execução do contrato tomarão a forma de recurso contencioso, o que significava que se tratariam de verdadeiros actos administrativos e não de meras declarações de vontade ou de actos opinativos, dado que estes eram impugnados através da forma processual da “acção”. Esta solução legislativa era também, aparentemente, acolhida de forma pacífica pela Jurisprudência nacional, existindo arestos que retiravam, sem reservas, essa mesma conclusão do artigo 851.º do Código Administrativo³⁷⁶.

Só em 1984, com a entrada em vigor do ETAF e com a revogação do artigo 851.º do Código Administrativo, é que os termos legais da questão são alterados. No entanto, o legislador do ETAF não optou por definir, expressamente, a natureza jurídica das pronúncias contratuais. Com efeito, limitou-se a referir, ainda a propósito do regime processual a aplicar-se no âmbito da relação contratual administrativa, que o regime aplicável aos actos destacáveis a respeito da formação e execução dos contratos administrativos era o

³⁷⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 31095, de 31 de Dezembro de 1940.

³⁷⁶ Cfr. Acórdão do STA, de 04-04-1974, MANSO PRETO, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

do recurso contencioso de actos administrativos. Apesar de se admitir que, pela omissão da referência às pronúncias sobre validade contratual, deixou de ser admitida a prática de actos administrativos sobre essa matéria, não deverá reputar-se como indefensável a posição inversa, uma vez que tal não é expressamente afastado pelo legislador e tinha vindo a ser admitido há já mais de 40 anos, por força do disposto no artigo 851.º do Código Administrativo.

Só com a entrada em vigor do CPA se procedeu a uma clarificação da questão, no sentido da impossibilidade expressa da prática de actos administrativos a respeito da validade do contrato. Com efeito, e como também referido *supra* na presente investigação, o artigo 186.º do CPA tomou posição directa sobre o tema, qualificando os actos que interpretem cláusulas contratuais ou que se pronunciem sobre a respectiva validade como não sendo definitivos e executórios. Esta solução veio a ser mantida, no essencial, pelo artigo 307.º do CCP, nos termos já *supra* explanados.

Há, então, que traçar **conclusões** sobre este roteiro histórico.

Em primeiro, lugar, constata-se que o móbil do legislador, na regulação dos poderes de conformação contratual em geral e na invalidação administrativa em especial, se prendia mais com razões processuais do que com razões substantivas ou materiais. Eram motivos de ordem prática adjectiva que norteavam as opções legislativas, que depois se reflectiam, invariavelmente, na qualificação jurídica dos actos sobre os quais se definia o tipo de reacção contenciosa.

Em segundo lugar, verifica-se uma situação muitíssimo interessante e ao mesmo tempo desconcertante: de facto, **vigou durante mais tempo – 44 anos – uma solução legislativa que permitia à Administração invalidar unilateralmente os contratos que celebra, do que uma outra – 34 anos -, vigorando hoje pacificamente, que não o permite.**

Por último, e como conclusão fundamental, percebe-se que este fundamento histórico não explica muito nem pode servir a função de suportar a actual solução legislativa, jurisprudencial e doutrinária. Como tal, outros fundamentos terão que se descortinar para que possamos encontrar amparo.

2.2. Bilateralidade

2.2.1. O contrato

A presente investigação orbita em torno de um problema que surge no seio de um contrato. E até que ponto não será esse mesmo contrato, enquanto instrumento de vinculação recíproca, que obstará à possibilidade da Administração o invalidar, é o que se curará neste ponto.

Poder-se-á definir contrato, aproveitando a lição de MANUEL DE ANDRADE, como “o acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses”³⁷⁷. O elemento fundamental desta definição é o *mútuo consenso*³⁷⁸. É esta a fonte última do carácter vinculativo das estipulações do negócio. Se os contraentes se vinculam por sua vontade, devem ficar adstritos às estipulações firmadas³⁷⁹. Logo, o princípio geral é o de que o contrato que nasce do livre consenso das partes, somente por acordo das mesmas em sentido contrário deve ser alterado³⁸⁰. Assim, como a Administração não contratou sozinha, não dispõe do contrato, não poderia também, sozinha, anulá-lo ou declará-lo nulo. A presente ideia de que o mútuo consenso impedirá uma modificação dos termos acordados pelas partes está também intimamente relacionada com a qualidade do contrato como *lex inter partes*, que se viu ser a principal razão para, no Direito Comparado, se negar a possibilidade a Administração escusar o cumprimento do contrato com base na invalidade do seu clausulado.

A bilateralidade seria, então, a razão para que não se possibilite essa invalidação. Mas a escolha deste fundamento pressupõe, ela mesma, uma intenção anterior: a de perceber como é que esta questão é configurada no campo da unilateralidade. Só depois deste

³⁷⁷ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, Almedina, 2003.

³⁷⁸ Cfr. JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, Almedina, 7.^a Edição, 1991, p. 225.

³⁷⁹ Cfr. MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, 5.^a Edição, 1991, p. 247.

³⁸⁰ Cfr. MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, 5.^a Edição, 1991, p. 248.

passo prévio é que estaremos em condições de nos inteirarmos daquilo que a bilateralidade impossibilita e porquê.

2.2.2. O *ground zero*: a unilateralidade

Trataremos, neste ponto, da anulação administrativa – prevista, hoje, no artigo 168.º do CPA³⁸¹ - de actos administrativos, enquanto condutas individuais e concretas, libertas dos grilhões da unilateralidade. O que importa aqui, especificamente, analisar, é o fundamento desta anulação, se tentar perceber se este sobrevive em “temperaturas” contratuais, asseverando a pertinência da bilateralidade enquanto fundamento³⁸².

Têm sido apontados pela Doutrina **dois fundamentos** distintos para tentar sustentar o poder administrativo invalidar actos administrativos, a que se junta um terceiro, da autoria de COLLAÇO ANTUNES.

O primeiro, reconduz-se a uma ideia de reposição da *legalidade objectiva*³⁸³ e o segundo tem como referente um *interesse público actual e concreto*³⁸⁴. Não se procurará aflorar a argumentação de cada um dos contendores para justificar a sua

³⁸¹ Anteriormente, o artigo era o 141.º. Para uma resenha do novo regime da anulação administrativa, vide: MARCO CALDEIRA, *A figura da “Anulação Administrativa” no novo Código do Procedimento Administrativo de 2015*, in Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo, AAFDL, 2015, pp. 641-678.

³⁸² Uma precisão para referir que a figura da anulação administrativa é utilizada, somente, para os casos de anulabilidade, os únicos, rigorosamente, que podem ser “anulados”.

³⁸³ Defendendo este entendimento, vide: PAULO OTERO, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, Lex, 2009, p. 580-583; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, João, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Almedina, 2ª Edição, 1997, p. 681; MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo III, Dom Quixote*, 2008, p. 198; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo, Vol. II*, Almedina, 2ª edição, 2011, p. 504; JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *A Revogação dos Actos Administrativos*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 1985, p. 212 e ss.

³⁸⁴ Propugnando por este segundo fundamento, vide: JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A “Revisão” dos Actos Administrativos no Direito Português*, in Cadernos de Ciência e Legislação, n.º 9/10, INA, Janeiro/Junho 1994, p. 193; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo, Vol. I*, 10.ª Edição, Almedina, p. 544 e 545; ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Atlantida, 1955, p. 456; PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa*, Almedina, p. 402 e ss.

posição, mas somente atentar no resultado final de cada uma delas, que é o que de relevante podemos assacar para a investigação.

i) Legalidade Objectiva:

Quem defende que o que move a Administração na anulação administrativa é o puro interesse de reposição da legalidade, opera uma autonomização em relação ao fundamento da revogação administrativa – que, actualmente, se circunscreve à “(...) *cessação dos efeitos de outro acto por razões de mérito, conveniência e oportunidade*”³⁸⁵. O que também equivale a dizer – no que constitui a outra face da mesma moeda desta discussão – que se trata, nesta posição, de um exercício de um poder vinculado, por oposição à discricionariedade gozada pela Administração na prossecução de um interesse público actual e concreto³⁸⁶. Distanciando-se dessa discricionariedade, deve, ao invés, ser aproximado da anulação contenciosa de actos administrativos³⁸⁷.

O fundamento transmutar-se-á da necessidade de constante ajustamento da actividade administrativa e dos seus meios para o campo do Princípio da legalidade administrativa e a respectiva posição, ocupada pela Administração, em relação à tutela do mesmo princípio³⁸⁸. Visto estarmos em campos vinculados, essa vinculatividade, enquanto falta de opção, serve não apenas para impor condutas como também para repor a legalidade das mesmas³⁸⁹. Pode, inclusive, ser vista como uma “*sanção*” contra a ilegalidade do acto.

³⁸⁵ Número um do artigo 165.º do novo CPA.

³⁸⁶ Cfr. LUÍS FILIPE COLLAÇO ANTUNES, *Anulação Administrativa ou Nulla Annulatio Sine Judio?*, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 79, Janeiro/Fevereiro 2010, p. 9.

³⁸⁷ Cfr. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *A Revogação dos Actos Administrativos*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 1985, p. 214.

³⁸⁸ Cfr. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *A Revogação dos Actos Administrativos*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 1985, p. 214.

³⁸⁹ Cfr. JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *A Revogação dos Actos Administrativos*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 1985, p. 215. Também no sentido de que a solução legal nestes casos é a única admissível MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇALVES e JOÃO PACHECO DE AMORIM, João, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Almedina, 2ª Edição, 1997, p. 681.

ii) Interesse Público actual e concreto:

Quem, por outra via, prefere ver no fundamento da anulação administrativa, um interesse público diferente do interesse abstracto da legalidade, vê, também e necessariamente, um poder discricionário da Administração quando confrontada perante um acto administrativo inválido³⁹⁰.

A ideia fundamental desta tese é a de que, ao prosseguir os seus interesses, a Administração deve ter a possibilidade de maleabilizar a sua actuação, precisamente devido à instabilidade daqueles, sendo-lhe legítimo corrigir os seus erros³⁹¹. Ao sustentar a ideia de um interesse público actual e concreto³⁹², tende a matizar os efeitos da legalidade, o que é consentâneo com a sua estrutura de princípio³⁹³. Assim, a fundamentação deste acto invalidante terá que trazer consigo a demonstração do *iter* lógico da valoração desse específico interesse público³⁹⁴. Esta posição permite que se tome em ponderação os interesses dos particulares, nomeadamente a tutela da confiança, possibilitando que este princípio entre na equação instrutória da Administração.

iii) Interesse Público que ditou a prática do acto administrativo:

A defender este *tertium genus* temos COLLAÇO ANTUNES, que constrói a sua posição a partir das críticas formuladas às restantes, situando-se a meio caminho. Por um lado, rejeita a tese do poder discricionário, dizendo que pode comportar confusão entre legalidade e oportunidade, condicionando a primeira à segunda, acrescentando que a Administração não goza de discricionariedade na eleição do interesse público

³⁹⁰ Esta tem sido a posição estável da nossa jurisprudência: Acórdão do STA de 09-10-2008 (EDMUNDO MOSCOSO); Acórdão do STA de 01-10-2008 (SÃO PEDRO); Acórdão do STA de 03-03-2011 (COSTA REIS). Disponíveis em www.dgsi.pt.

³⁹¹ JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, *A Revogação dos Actos Administrativos*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, 1985, p. 213.

³⁹² Aqui, este interesse público é actual e concreto precisamente para não se confundir com o interesse pública da legalidade ou da sua reintegração. Não somos da opinião de que a legalidade se pode consumir num interesse público de igual monta com qualquer outro.

³⁹³ Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa*, Almedina, p. 400 e 401.

³⁹⁴ Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa*, Almedina, p. 401.

primário a prosseguir³⁹⁵. De outra banda, entende que não deve ser somente o genérico interesse público da reposição da legalidade, que não se distinguirá disso mesmo, da juridicidade³⁹⁶.

O poder de anulação está, assim, condicionado à lesão efectiva de uma posição jurídica sustentada pela Administração, tal qual, para se impugnar um acto judicialmente, terá de existir essa lesão nos quadros da legitimidade processual³⁹⁷. Não basta o acto ser ilegal, terá de existir uma outra razão, mais imediata, para que exista fundamento para cessar os efeitos de um acto. Essa razão é o interesse que preside à prática do acto³⁹⁸.

Mas como realidade anterior, está a *autotutela* administrativa³⁹⁹. É o seu princípio que justifica que a Administração possa dispor desta forma dos actos que pratica. A ideia de que poderá “*fazer justiça pelas próprias mãos*”, sem recorrer ao poder judicial⁴⁰⁰.

Não sendo este o tema da presente investigação, toma-se posição no sentido de que o fundamento da anulação administrativa se refere a um interesse público actual e concreto. Entendemos que esta tese é a que melhor se adequa a uma actividade administrativa mais conciliadora e flexível, a uma Administração de ponderação e de balanceamento, que possui os melhores instrumentos para a prossecução do interesse público. Acresce que esta posição adequar-se-á melhor à globalidade do tratamento

³⁹⁵ Cfr. LUÍS FILIPE COLLAÇO ANTUNES, *Anulação Administrativa ou Nulla Annulatio Sine Judio?*, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 79, Janeiro/Fevereiro 2010, p. 9.

³⁹⁶ Cfr. LUÍS FILIPE COLLAÇO ANTUNES, *Anulação Administrativa ou Nulla Annulatio Sine Judio?*, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 79, Janeiro/Fevereiro 2010, p. 10.

³⁹⁷ Cfr. LUÍS FILIPE COLLAÇO ANTUNES, *Anulação Administrativa ou Nulla Annulatio Sine Judio?*, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 79, Janeiro/Fevereiro 2010, p. 10.

³⁹⁸ Em relação a esta posição, há que dizer que não vemos como se poderá distanciar suficientemente da teoria da faculdade de anulação, para que não se lhe possa assacar os mesmos defeitos, quanto à confusão com a oportunidade, que lhe apontou o Autor. Além de que o próprio critério não é suficientemente densificado para que dele possamos retirar cabal compreensão.

³⁹⁹ Cfr. LUÍS FILIPE COLLAÇO ANTUNES, *Anulação Administrativa ou Nulla Annulatio Sine Judio?*, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 79, Janeiro/Fevereiro 2010, p. 5.

⁴⁰⁰ A referência à autotutela, pensamos nós, estará também presente no pensamento dos restantes Autores, pelo que se torna em base comum de todas as teses em presença, não obstante surgirem divergências em momentos posteriores.

das invalidades, nomeadamente a propósito da certificação de efeitos putativos a actos administrativos nulos.

2.2.3. O contributo do Direito Civil

No Direito Privado, o fenómeno da invalidade contratual é também objecto de estudo. Neste âmbito, surge no contexto da arguição das invalidades do contrato, mais especificamente, sob a temática da “arguição das invalidades”.

O poder de arguição de invalidades pode ser visto de duas formas, consoante opere por *ope legis* ou careça de invocação. Quando o desvalor subjacente à invalidade for a anulabilidade, este poder carece de invocação, sendo, portanto, visto como um poder potestativo⁴⁰¹, ou seja, um “*poder de, unilateralmente e através de uma manifestação de vontade, alterar a esfera jurídica de outrem*”⁴⁰². Se se estiver diante de uma nulidade, este opera *ipso iure*, valendo por si, independentemente de qualquer declaração, não produzindo efeitos *ab initio*⁴⁰³, tal qual se passam as coisas em Direito Administrativo. Apesar disso, a Doutrina não exclui que mesmo o direito de invalidação do contrato nulo seja um direito potestativo, não obstante admitir também ser no campo da anulabilidade que a questão se manifesta com especial relevo.

A grande questão diz respeito ao modo de arguição do direito potestativo de invalidação do contrato de Direito Privado, nomeadamente, quanto à questão de saber se este é de *exercício judicial* ou *extrajudicial*, ou seja, se a produção de efeitos poderá

⁴⁰¹ Cfr. LUÍS ALBERTO CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II*, 2.^a Edição, Lex, 1996, p. 392; RUI DE ALARCÃO, *A Confirmação dos Negócios Anuláveis, Vol. I*, Atlântida Editora, 1971, p. 58.

⁴⁰² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Tomo I*, 4.^a Edição, Almedina, 2012, p. 895.

⁴⁰³ Cfr. LUÍS ALBERTO CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II*, 2.^a Edição, Lex, 1996, p. 392.

ocorrer autonomamente, pelo mero exercício, ou se, para tal, será necessário recorrer a Tribunal.

Existem, em relação a esta matéria, dois sistemas distintos⁴⁰⁴. O sistema de invocação judicial, dos Direitos Latinos e o sistema de invocação extra judicial, vigente no Direito Alemão, em que a parte invalidante exerce o direito por declaração à contraparte, tendo a mesma efeitos constitutivos⁴⁰⁵.

O problema, no Direito Português, estava em aberto durante o período de vigência do Código de Seabra, de 1867⁴⁰⁶. No que toca ao actual Código Civil, de 1966, importa atentar para os respectivos trabalhos preparatórios e, com mais propriedade, para o Anteprojecto que, nesta matéria, RUI DE ALARCÃO tratou de redigir e propor à comissão redactora do Código. Nesse Anteprojecto, que curava das invalidades dos negócios jurídicos⁴⁰⁷, especificamente no número 1 do seu artigo 4.º, propunha-se o sistema de invocação extrajudicial das invalidades do contrato, através da lapidar proposição: “[a] *anulabilidade faz-se valer mediante declaração à outra parte*”. O Professor de Coimbra propunha esta solução, advogando a sua maior proximidade à ideia que vê na anulabilidade como a invalidade que tem o seu efeito dependente da vontade dos interessados⁴⁰⁸.

No entanto, esta proposta não vingou na versão final do Código Civil, como podemos observar pelo texto do artigo 291.º, o que não equivale, necessariamente, a afirmar que o legislador repudiou totalmente a solução de RUI DE ALARCÃO. Pelo

⁴⁰⁴ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I*, Almedina, 1999, p. 571.

⁴⁰⁵ O que em sede processual tem consequências relevantes: se o destinatário discordar, a sentença que der razão ao invalidante é meramente declarativa, desprovida que está de efeitos constitutivos. Efeitos constitutivos esses que pertencem ao mundo extrajudicial e se cumprem com a declaração à contraparte. Estamos a circunscrever os efeitos constitutivos à invalidação que opera tendo como objecto uma anulabilidade do contrato.

⁴⁰⁶ Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra Editora, 4.ª Edição, 2010, p. 333.

⁴⁰⁷ O Anteprojecto e respectivas anotações do Autor estão publicados em RUI DE ALARCÃO, *Invalidades dos Negócios Jurídicos*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 89, Outubro, Lisboa 1954.

⁴⁰⁸ Cfr. RUI DE ALARCÃO, *Invalidades dos Negócios Jurídicos*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 89, Outubro, Lisboa 1954, p. 21. Interessante será saber se também é assim no Direito Administrativo.

contrário, visto que o preceito aborda uma questão especial de registo e não toma posição definida por nenhum dos sistemas.

A Doutrina também não estabilizou posição em relação ao sentido deste artigo 291.º, ou seja, em relação a saber se o sistema português é de invocação judicial ou extrajudicial.

Por um lado, CARVALHO FERNANDES⁴⁰⁹ e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS⁴¹⁰ defendem o sistema de exercício extrajudicial do poder de invalidação. Mas ninguém contesta que o nosso ordenamento não consagra uma absolutização do judicial, visto que possibilita que as partes acordem sobre a validade do contrato, conforme se pode ler na parte final do número um do artigo 291.º do Código Civil.

Por outro lado, CASTRO MENDES⁴¹¹ e MENEZES CORDEIRO⁴¹² defendem uma leitura do artigo 291.º no sentido de que este veio acolher o sistema germânico. Refere este último Autor, para fundamentar a sua posição, que exercer um direito por via judicial é uma formalidade pesadíssima, só possível por lei excepcional e clara. E como o artigo 291.º não o impõe directamente, não há nenhuma razão para que não esteja consagrado o sistema de invocação extra judicial⁴¹³.

2.2.4. A bilateralidade enquanto (pseudo) obstáculo

Façamos o ponto da situação e tentemos asseverar da bondade deste fundamento que se tem estado a analisar.

No que toca aos **fundamentos da anulação administrativa**, em primeiro lugar, há que firmar a seguinte conclusão preliminar: (i) a Administração pode anular os seus

⁴⁰⁹ Cfr. LUÍS ALBERTO CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II, Lex*, 2.ª Edição, 1996, p. 391.

⁴¹⁰ Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil, Almedina*, 2.ª Edição, 2003, p. 586.

⁴¹¹ Cfr. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II, AAFDL*, 1999.

⁴¹² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I, Almedina*, 1999, p. 572.

⁴¹³ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I, Almedina*, 1999, p. 572.

actos administrativos e declará-los nulos; (ii) sobre esta possibilidade, não existe, na Doutrina ou na Jurisprudência, qualquer obstáculo. É certo que existem divergências quanto ao concreto fundamento desse poder, mas o certo é que, independentemente do fundamento, o poder de invalidação unilateral de actos administrativos é consensualmente admitido.

Em segundo lugar, os fundamentos invocados, tanto o Princípio da legalidade, como o interesse público actual e concreto (englobando, também aqui, a posição de COLLAÇO ANTUNES), não são realidades estranhas à figura do contrato administrativo. A legalidade, nos quadros actuais, não se cinge à lei positiva e engloba, também, parâmetros de validade contratuais como parte do seu bloco. Logo, repor a validade do contrato, será também repor a “*legalidade*”, visto que estão aí inseridas condutas *infra* ordenadas que se terão que se conformar com os seus ditames. O contrato administrativo não deixa de ser um “*acto*” da Administração, que terá de ser convalidado da mesma forma que um verdadeiro acto administrativo. O interesse público também é prosseguido pela via consensual do contrato administrativo, como fundamento da existência de certos poderes, de que são exemplos a resolução e modificação unilateral por motivos de interesse público.

Em terceiro lugar, nenhum dos fundamentos adiantados para justificar a invalidação de actos administrativos se relaciona com preocupações concernentes à contraparte na relação jurídica. Ou seja, nem a reposição da legalidade nem o interesse público actual e concreto envolvem preocupações directas com o destinatário do acto. Apenas o segundo poderá envolver a tutela da confiança na ponderação prévia à anulação, mas estaremos sempre a falar de uma mera derrotabilidade e nunca de uma proibição absoluta. E mais se diga em relação a este último ponto, no sentido de que, testados dentro de um contrato administrativo, não deixariam de operar do mesmo modo nem de assumir o mesmo sentido.

No que diz respeito à lição do Direito Privado, a questão não é, de todo, tão linear como à partida se adivinhava. Com efeito, ainda subsistem divergências quanto ao sistema de invocação das invalidades contratuais hoje vigente em Portugal e, no ordenamento alemão⁴¹⁴, aceita-se pacificamente a declaração unilateral constitutiva.

De facto, não é sem perplexidade que, no universo da disponibilidade e da liberdade, da ode à voluntariedade e ao equilíbrio de poderes, esta questão não seja líquida e não se repudie veemente a possibilidade de invalidação unilateral do contrato, tal qual se faz no campo da autoridade e da vinculação, que é o Direito Administrativo. Enquanto este vê o problema como uma prerrogativa intolerável da Administração, o Direito Privado aceita-o com naturalidade.

Esta declaração, a ser permitida, não deixa de ser uma manifestação da autotutela dos particulares, porquanto suficiente sem a intervenção do poder judicial. No entanto, e ao contrário do que se passa com a Administração, não existem deveres de repor a legalidade ou de ponderar quaisquer outros interesses que não sejam os surjam no campo da vontade individual do sujeito declarante.

Em suma, será por existirem duas partes, ligadas por um vínculo contratual, que os fundamentos para operar a anulação administrativa sofrem uma derrotabilidade? Não cremos. Em nossa opinião, **a bilateralidade também não se apresenta como um fundamento capaz de sustentar a tese da não invalidação unilateral pela Administração dos seus contratos administrativos.**

2.3. Abuso de Direito

Uma hipótese digna de reflexão é admitir que terá sido o Princípio da boa fé a imbuir o legislador no pensamento que deu origem ao regime actual da proibição da invalidação administrativa unilateral de contratos administrativos. A Administração

⁴¹⁴ Que desde GUILHERME MOREIRA, tem sido o paradigma jurídico do Direito Privado nacional.

agiria em abuso de direito, nomeadamente em *tu quoque* ou *venire contra factum proprium*, e como tal não poderia invalidar, unilateralmente, os contratos por si celebrados. Com efeito, poder-se-á admitir que a solução actual resultou de uma ponderação prévia do legislador a respeito dos vectores legalidade, interesse público e boa fé.

2.3.1. A Boa-Fé em Direito Administrativo

A norma da boa fé é entendida, pacificamente, como uma norma geral do ordenamento, aplicável directamente em todos os ramos de Direito⁴¹⁵. Mas o passo que medeia a afirmação da sua validade e vigência e a compreensão do respectivo significado não se faz sem dificuldades, devido à enorme vaguidade do próprio conceito chave: a *boa fé*⁴¹⁶. Pelo que se torna imperativo atermo-nos às positivações normativas da norma⁴¹⁷. É de referenciar, ainda assim, a divisão fundamental nos dois subprincípios que compõe a boa fé⁴¹⁸: o Princípio da primazia da materialidade subjacente e o Princípio da tutela da confiança⁴¹⁹.

No Direito Administrativo, a primeira referência normativa deste princípio ocorreu com a revisão do CPA, em 1996, com a criação do artigo 6.º-A⁴²⁰, a que se seguiu, na revisão constitucional de 1997, a inclusão do mesmo no número dois do artigo 266.º da

⁴¹⁵ Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa*, Almedina, p. 207.

⁴¹⁶ Cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa*, Almedina, p. 210.

⁴¹⁷ O que apenas faremos no que ao Direito Administrativo diz respeito.

⁴¹⁸ Cujo labor pertence a MENEZES CORDEIRO, na sua tese ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, 1984.

⁴¹⁹ O primeiro exprime a ideia da supremacia da substância sobre a forma, no sentido de que o Direito procura a obtenção de resultados efectivos, não se compadecendo com resultados que, embora formalmente correspondam a tais objectivos, substancialmente falhem em alcança-los. O segundo visa salvaguardar os sujeitos jurídicos contra actuações injustificadamente imprevisíveis por parte daqueles com quem se relacionem. Uma nota importante vai para o facto de este último subprincípio ter uma relevância muito maior que o primeiro em Direito Administrativo. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral, Tomo I, Dom Quixote*, 2.ª Edição, 2004, p. 218 e 220. Em nossa opinião, essa preponderância da tutela da confiança é facilmente explicável pela natureza autoritária do Direito Administrativo, que coloca o particular em posições de alguma dependência face à Administração, tornando-o especialmente susceptível a qualquer variação inexplicável da sua actuação.

⁴²⁰ No novo CPA, a norma base passou a ser o artigo 10.º, que transcreveu integralmente o revogado artigo 6.º-A.

Lei Fundamental, enquanto princípio fundamental de actuação administrativa. Mas já antes o nosso Supremo Tribunal o aplicava, ou através da sua dedução do Princípio da Justiça, ou considerando a boa fé como norma geral do ordenamento ou, por último, através da generalização de consagrações pontuais do princípio, como sejam a sanação dos vícios do acto administrativo, a revogação ou as repercussões temporais nas relações jurídico-administrativas⁴²¹.

As duas normas apresentadas apresentam um importante ponto comum: ambas têm como destinatário directo a Administração⁴²². Mesmo o enunciado constitucional não visa o legislador, mas toda a estrutura administrativa actuante. Logo, poderíamos ser levados a crer que a sua operatividade no momento legiferante seja insignificante, o que retiraria relevância para o problema que nos vem ocupando na investigação. Mas semelhante asserção resultaria de uma compreensão incompleta do teor da norma da boa fé, nomeadamente daquela que consta no texto constitucional. Os princípios consignados no artigo 266.º da CRP são princípios fundamentais do Direito, projectando-se numa eficácia normativa máxima, que pode influir em qualquer juízo de interpretação, integração ou validade de quaisquer normas, actos ou contratos administrativos⁴²³. Este princípio permite, até, afastar soluções legais expressas⁴²⁴, se for entendido que uma formulação assente na boa fé merece prevalência. Ora, todos estes indicadores são ilustrativos do papel que o legislador tem de assumir na conformação das concretizações deste princípio no ordenamento. Logo, revela-se pertinente equacionar a questão no momento da ponderação abstracta do poder legislativo aquando da consagração de uma solução que, em obediência ao Princípio da boa fé, impossibilite à Administração a invalidação dos contratos que celebre.

⁴²¹ Para uma resenha jurisprudencial que não importa aqui desenvolver, vide: PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa*, Almedina, p. 213.

⁴²² No enunciado constitucional: “*Os órgãos e agentes administrativos (...) devem actuar (...)*”; e na formulação do antigo CPA: “*(...) a Administração e os particulares devem agir (...)*”. Outro ponto comum, extensível à entrada da boa fé em solo administrativo.

⁴²³ Cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III*, Coimbra Editora, 2007, p. 558.

⁴²⁴ Como aconteceu no caso da Obra Hidráulica Beliche-Eta de Tavira, decidido por um tribunal arbitral. O tribunal afastou a solução legal expressa constante do número um do artigo 129.º do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas de 1986, de acordo com o qual “*(...) o prazo fixado no contrato para a execução da obra começa a contar-se a partir da consignação da obra*”. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III*, Coimbra Editora, 2007, p. 575.

Em Direito Administrativo, o abuso de direito não se encontra positivado em termos semelhantes àqueles que se encontram estabelecidos no artigo 334.º do Código Civil⁴²⁵. Tal não significa, necessariamente, que a referida norma não possa, em tese, ser aplicada no âmbito de relações jurídicas administrativas. Inclusivamente, o artigo 334.º do Código Civil pode revelar-se a consagração positiva base do instituto do abuso de direito, enquanto afloramento do próprio princípio mais geral da boa fé. Da leitura do artigo retira-se, no essencial, que a boa fé⁴²⁶ (em sentido objectivo, neste caso⁴²⁷) impõe limites ao exercício de direitos, para que este exercício não se torne, assim, inadmissível. Para isso, têm a Doutrina e a Jurisprudência elaborado um conjunto de hipóteses típicas, concretizadoras da cláusula geral da boa fé prevista nesta norma de abuso de direito⁴²⁸. Dentro dessas hipóteses, destacam-se, pela sua proximidade ao nosso problema, o *tu quoque* e o *venire contra factum proprium* a que se prestarão os seguintes pontos.

2.3.2. *Tu Quoque*

A regra jurídica que o *tu quoque* postula pode ser resumida numa formulação textual na qual se diz que quem viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído⁴²⁹. Encontram-se várias consagrações dispersas, no nosso Código Civil, a respeito desta regra⁴³⁰. Tomemos como exemplo a regra prevista no artigo 892.º do Código Civil (“*Nulidade da venda*”), que estabelece que “[é] *nula a venda de bens alheios sempre que o vendedor careça de legitimidade para a realizar; mas o vendedor não pode opor a nulidade ao comprador de boa fé, como não pode opô-la ao vendedor de boa fé o comprador doloso*”. E atente-se,

⁴²⁵ Como refere a dita norma: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

⁴²⁶ A par dos bons costumes e do fim social ou económico do direito que se exerce.

⁴²⁷ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil, Vol. II*, Almedina, 1984, p. 662.

⁴²⁸ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Do Abuso de Direito*, Almedina, 1983, p. 59.

⁴²⁹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil, Vol. II*, Almedina, 1984, p. 837.

⁴³⁰ Para uma completíssima resenha, vide: ⁴³⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil, Vol. II*, Almedina, 1984, pp. 837 e 838.

igualmente, para a regra prevista no número 2 do artigo 275.º do Código Civil (“*Verificação e não verificação da condição*”), que estabelece que “[s]e a verificação da condição for impedida, contra as regras da boa fé, por aquele a quem prejudica, tem-se por verificada; se for provocada, nos mesmos termos, por aquele a quem aproveita, considera-se como não verificada”. Neste último caso, aquele que pretende exercer um direito (o direito que a verificação da condição lhe proporciona), vê-se impossibilitado de o fazer porque, em má fé, fez para que a mesma se verificasse, violando assim a norma de boa fé. A actuação ilícita, aqui, não será a verificação da condição em si, mesmo que com a concorrência da actuação do beneficiário, mas sim o comportamento que, contra a boa fé, a faz verificar. Eis a ilicitude que, conjugada com um posterior exercício desse direito, constitui um aproveitamento indevido.

Retomemos, agora, o caso que nos vem ocupando: a Administração celebra um contrato inválido e, posteriormente, deseja invalidá-lo sem recurso a um Tribunal. Será pertinente incluir esta situação no âmbito de situações reguladas pela regra de *tu quoque*?

Existe, de facto, a violação de uma norma jurídica. Com efeito, para o contrato ser inválido, terá que ter violado um qualquer parâmetro de conformidade. A grande dificuldade está na segunda parte, no segundo pressuposto para se operar o abuso, que estabelece que será necessário “*exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído*”. Em abono do rigor, ter-se-á que questionar se o direito de invalidação – situação jurídica que se quer exercer – resulta da norma que foi violada. Retomando o exemplo da condição, verifica-se que o direito que se exerce, resultou da condição, que só se verificou porque se incumpriu a norma que proíbe comportamentos de má fé que a façam verificar. Há uma relação de causa efeito entre a condição ilicitamente verificada e o direito que esta oferece. O que já de si revela uma certa flexibilidade da proposição textual inicial do *tu quoque*. Importa referir que não é a norma violada que lhe atribui a situação jurídica, mas sim a norma que diz que, verificando-se a condição, surge na esfera do seu beneficiário determinada posição jurídica. No caso de um contrato violado, também não será a norma violada, por exemplo, aquela que impõe um tecto máximo de despesa ou aquela

que exige o preenchimento de determinados requisitos que cabem ao adjudicatário cumprir, que atribui o direito de invalidar o contrato.

Esta conclusão manter-se-á mesmo que se trate de um direito potestativo de invalidação de exercício judicial. Neste último caso, a norma que cria o direito potestativo de exercício judicial é aquela que estabelece que, no caso de invalidade, o seu titular tem legitimidade para fazer esse pedido ao tribunal. Essa norma não é aquela que serve de padrão de conformidade ao contrato e que, sendo violada, produz a invalidade do contrato, ainda que a sua violação seja condição necessária para que surja esse direito.

Veja-se, a propósito, o caso do artigo 892.º do Código Civil, e do comprador ou vendedor dolosos na venda de bens alheios. Na referida norma regula-se a situação em que alguém, em má fé, celebrou um contrato inválido, com outra pessoa de boa fé, o que aqui significa a ignorância de que a coisa vendida não pertencia ao vendedor⁴³¹. Este será o exemplo, dentro do Código Civil, mais semelhante em relação ao problema tratado na presente investigação. O contrato é inválido, é nulo até, porque viola a norma que proíbe a venda de bens alheios: “[é] nula a venda de bens alheios sempre que o vendedor careça de legitimidade para o fazer (...)”⁴³². Mas a norma que confere o direito de declarar a nulidade não é esta, que, inclusivamente, limita esse direito, mas uma outra, a do artigo 286.º do Código Civil, que estabelece que “[a] nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal”. No entanto, não se poderá deixar de referir que se integra numa situação de *tu quoque*, na medida em que, através de uma ilicitude, o prevaricador vai invocar um direito que não existiria se esta, a ilicitude, não tivesse existido. Tal qual acontece no caso da condição e tal qual acontece na invalidade do contrato administrativo, à qual, aliás, se poderão estender as reflexões feitas a respeito do artigo 892.º do Código Civil.

⁴³¹ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado, Vol. II*, Coimbra Editora, 4.ª Edição, 1997, p. 185.

⁴³² Dizemos viola, porque apesar de apenas postular a consequência, a norma também impõe a conduta contrária, ainda que implicitamente.

Tal bastará para que se esteja, no caso de Direito Administrativo, perante um comportamento abusivo? Respondemos em sentido negativo, sob pena de se restringir inoportavelmente um direito sem razão aparente. Essa razão aparente, legitimadora dessa limitação derivada da boa fé, surge quando a Administração tiver, dolosamente, provocado a invalidade do contrato, no caso de o contraente privado estar de boa fé. Só aí se poderá falar em *tu quoque*. Mas como o mero desconhecimento da lei não aproveita a ninguém – artigo 6.º do Código Civil -, terá que se exigir um comportamento semelhante ao que se exige para o caso da venda de bens alheios. Ou seja, é necessário que tenha induzido o contraente em erro ou que, apercebendo-se do erro deste, o tenha dissimulado, para o manter nessa falsa convicção⁴³³. Tal terá de suceder em situações que não importem a simples interpretação de preceitos legais, mas em situações que a outra parte não tenha condições de saber ou que não saiba sem culpa. Portanto, apenas perante situações residuais, que não aquela, típica, em que a Administração tenha celebrado um contrato inválido e depois venha a manifestar a intenção de o anular, sem que para isso tenha contribuído dolosamente.

Portanto, e concluindo, não cremos que tenha sido por força da aplicação de uma ponderação de *tu quoque* que o legislador tenha suprimido este exercício do direito de invalidação extrajudicial. Não apenas por este ter uma força marginal, mas por um exercício de comparação. É que o homónimo direito de exercício judicial existe e até está previsto expressamente no número um do artigo 307.º, pelo que não faria sentido, por motivos de abuso de direito, suprimir o primeiro e admitir o segundo. Para além do facto de, a ser assim, muito mais facilmente cairia em abuso de direito a anulação administrativa de actos administrativos, esta com a agravante de não ter tido nenhuma declaração de vontade constitutiva de qualquer acto jurídico bilateral.

2.3.3. Venire Contra Factum Proprium

⁴³³ Cfr. ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado, Vol. II*, Coimbra Editora, 4.ª Edição, 1997, p. 185.

Esta modalidade de abuso de direito traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente⁴³⁴. Comporta dois momentos, correspondentes a dois comportamentos de um determinado sujeito, lícitos e separados no tempo, onde o primeiro – o *factum proprium* – é contrariado pelo segundo⁴³⁵. Citando um virtuoso jurista: “(...) *há-de tratar-se de uma «conduta responsável», no sentido de que o seu autor «responde» pela pretensão de autenticidade, de veracidade e de validade que lhe vai ligada nas relações comunicativas interpessoais*”⁴³⁶. E pode desdobrar-se nas duas seguintes modalidades: (i) quando alguém manifeste a intenção de praticar qualquer acto e depois não o pratique e (ii) quando alguém tenha manifestado a intenção de não o praticar e depois o venha a fazer⁴³⁷.

Ora, a construção do *venire contra factum proprium* não poderá ter servido de motivação legislativa nem poderá justificar a actual solução legal de proibição da invalidação unilateral do contrato administrativo.

A celebração do contrato, o *factum proprium*, não é um acto suficiente para que possa fundar uma expectativa na outra parte de que não se irá invalidá-lo. Caso assim se entendesse, qualquer conduta que implicasse bulir com a estabilidade contratual estaria ferida de abuso de direito, como seriam a resolução ou a denúncia. Apesar, nestas duas situações, também concorrerem outros motivos, como sejam um incumprimento grave ou a quebra da relação de confiança, a verdade é que a invalidade também poderá ser superveniente, o que a colocará no mesmo plano em relação à resolução e à denúncia.

Acresce que a juridicidade dos actos da Administração sempre se sobreporia, em tese e em moldes gerais, à eventual incoerência comportamental que padeça uma

⁴³⁴ Cfr. WILHELM WEBER, *Treu und Glauben*, II, Berlin, 1961, p. 821. Citado por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil, Vol. II*, Almedina, 1984, p. 742.

⁴³⁵ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil, Vol. II*, Almedina, 1984, p. 745.

⁴³⁶ Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Tutela da Confiança e “Venire Contra Factum Proprium”*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3726, Coimbra Editora, 1985, p. 265.

⁴³⁷ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil, Vol. II*, Almedina, 1984, p. 747.

invalidação por vontade administrativa. Este resultado ponderativo é o mesmo que vingou, por exemplo, na anulação administrativa de actos administrativos⁴³⁸.

Por fim, importa referir que o *venire contra factum proprium* sofre ainda do mesmo contra-argumento já elencado em relação à figura do *tu quoque*: o facto de o legislador ter permitido uma invalidação judicial do contrato a suscitar por uma das partes sem o consentimento da outra. Com efeito, o número 1 do artigo 307.º consagrou um verdadeiro direito potestativo de exercício judicial sobre a invalidade contratual. Ora, todas as considerações tecidas a respeito da eventual contrariedade ao Princípio da boa-fé que se poderão levantar a respeito da declaração administrativa de invalidade contratual teriam, nos mesmos termos, de ser igualmente dirigidas contra a previsão deste direito potestativo.

Em suma, também esta situação padece das fragilidades elencadas no ponto anterior, quando comparada a invalidação unilateral extrajudicial com aquela feita judicialmente ou até com o caso da anulação administrativa de actos administrativos.

2.4. Separação de Poderes

Um dos argumentos que, mais recorrentemente, a Doutrina utiliza para que não se possa invalidar administrativamente contratos administrativos é o da separação de poderes. Com efeito, a linha argumentativa é a seguinte: se tal fosse admissível, a Administração estaria a violar a reserva jurisdicional e incorreria em usurpação de poderes⁴³⁹. Este é, talvez, o mais ponderoso dos argumentos invocados para fundamentar a presente solução legal, e sobre o qual nos vamos deter mais longamente.

⁴³⁸ Ainda que com as atenuantes resultantes da tutela da confiança dos particulares, para quem veja nessa anulação uma faculdade e não um poder vinculado, desprovido de discricionariedade.

⁴³⁹ Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1987, p. 730; ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Contratos Públicos. Parte Geral*, AAFDL, 2014, p. 266.

Este é, igualmente, um problema que coloca em confronto directo as funções administrativa e jurisdicional, pelo que se começará por distinguir e delimitar rigorosamente o espaço regulativo de cada uma delas.

2.4.1. Função Jurisdicional e Função Administrativa

Têm sido avançados pela Doutrina, ao longo das décadas, vários critérios para definir e delimitar a função administrativa da função jurisdicional⁴⁴⁰, de entre os quais é mister destacar um que, pela sua completude e aderência, nos servirá de paradigma na matéria⁴⁴¹. Falamos, naturalmente, no critério do Professor AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ. É a sua posição aquela que é adoptada firmemente pelo nosso Tribunal Constitucional⁴⁴² e por grande parte da Doutrina, sem desvio significativo, pelo que, e para o que nos compete na presente investigação, será o paradigma da definição de função jurisdicional.

Segundo a sua tese, existem quatro funções do Estado: a jurisdicional, a administrativa, a legislativa e a política ou “*governamental*”⁴⁴³.

Mas o seu grande mérito reside na conceptualização da função jurisdicional e do “*acto materialmente jurisdicional*”, laborando com recurso a uma argumentação que vai filtrando e sedimentando, gradualmente, o seu raio de acção.

Começa por nos fornecer um critério – uma pista mais propriamente - relativo aos autores dos actos: em geral, os actos jurisdicionais são praticados por agentes

⁴⁴⁰ Para uma resenha sobre esta matéria, fazendo o panorama de Direito Comparado e nacional, vide: JOÃO MIRANDA, *Contributo para o estudo das Fronteiras Constitucionais da Função Administrativa e da Função Jurisdicional*, Relatório de Mestrado, Policopiado, 1997. Especialmente relevante é a construção de MARCELLO CAETANO e da sua teoria integral das funções do Estado, na qual o Professor inclui a totalidade da actividade desenvolvida pelo Estado, dividindo-as em funções jurídicas e não jurídicas. Dentro destas, estavam incluídas as funções legislativa e executiva e só dentro desta última se encontravam as funções jurisdicional e administrativa. MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, Tomo I*, 6.ª Edição, Almedina, 2006, p. 157 e ss. Não nos cabe desenvolver este debate nesta sede, por se tornar acessório ao que nos propomos investigar.

⁴⁴¹ Sobre o consenso na doutrina e na jurisprudência em torno do critério de AFONSO QUEIRÓ, vide JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Reserva do Juiz e a Intervenção Ministerial em Matéria de Fixação das Indemnizações por Nacionalizações*, in *Scientia Iuridica*, n.º 274/276, Tomo XLVII, Janeiro-Junho, 1998, p. 219.

⁴⁴² Veja-se, por exemplo, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 104/85, de 26 de Junho (RAÚL MATEUS); Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 182/90, de 6 de Junho (ALVES CORREIA); Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 443/91, de 20 de Novembro (BRAVO SERRA). Disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt

⁴⁴³ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *A Função Administrativa*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXIV, Janeiro-Setembro, Atlântida Editora, 1977, p. 2.

estaduais⁴⁴⁴. Mas este subcritério não é conclusivo. À partida, excluiria praticamente todas as actuações privadas da qualificação jurisdicional, mas tal não se verifica, como aponta o Autor, que admite terem a referida qualificação as decisões dos árbitros e os actos dos sujeitos privados na relação processual⁴⁴⁵. Também não servirá, à partida, para excluir os casos de exercício privado da função administrativa, quando houvesse dúvidas sobre o carácter jurisdicional da sua actuação.

Em segundo lugar, a função jurisdicional caracteriza-se por se encontrar “*subordinada ao Direito*”⁴⁴⁶. Segundo este subcritério, não seriam jurisdicionais os actos “*cujo conteúdo seja fixado segundo a pessoal e subjectiva visão dos titulares desses órgãos acerca do valor ou desvalor relativo de duas ou mais decisões susceptíveis de serem tomadas segundo a lei*”⁴⁴⁷. Ora, perante uma opção concedida pela lei, o acto já não seria jurisdicional. Esta visão, no entanto, ignora a existência de um verdadeiro e próprio poder discricionário judicial, através do qual pode o juiz conformar o processo. Parece assentar no pressuposto de que, se há vinculação (ausência de duas ou mais opções permitidas pelo legislador), poderá o acto ser jurisdicional, mas se tal não existir, então estaremos perante um acto de outra função estadual. No entanto, esta posição é “*moderada*”, no final do trecho, com o apelo feito à “*ideia de Direito*”, que seria o limite da actuação dos árbitros, quando actuem *ex aequo et bono*. Esta constatação expressa bem que não se poderá absolutizar esta subordinação ao Direito, na medida em que concede que um acto jurisdicional possa comportar várias opções possíveis. O mesmo se diga do momento em que o Professor retira o carácter decisivo ao elemento cognoscitivo, lógico ou intelectual da função jurisdicional, precisamente devido à criatividade na aplicação de conceitos normativos de textura aberta⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *A Função Administrativa*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXIV, Janeiro-Setembro, Atlântida Editora, 1977, p. 24.

⁴⁴⁵ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *A Função Administrativa*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXIV, Janeiro-Setembro, Atlântida Editora, 1977, p. 24.

⁴⁴⁶ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *A Função Administrativa*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXIV, Janeiro-Setembro, Atlântida Editora, 1977, p. 24. Que o Professor não limita ao Direito escrito mas também alarga ao inorganizado ou não escrito.

⁴⁴⁷ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *A Função Administrativa*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXIV, Janeiro-Setembro, Atlântida Editora, 1977, p. 25.

⁴⁴⁸ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *A Função Administrativa*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXIV, Janeiro-Setembro, Atlântida Editora, 1977, p. 27 e 28.

A estes dois primeiros filtros, soma-se um terceiro, bem mais decisivo: a resolução de uma “*questão jurídica*”⁴⁴⁹, entendendo-se como tal os “*conflitos de pretensões entre duas ou mais pessoas, ou controvérsias sobre a verificação ou não verificação em concreto de uma ofensa ou violação da ordem jurídica*”⁴⁵⁰. Definindo a extensão do conceito, AFONSO QUEIRÓ acolhe dentro da “*questão jurídica*” os actos preparatórios dessa resolução, funcionalizados que estão à mesma, assim como a maioria dos processos executivos que se seguem, ou não, à sentença declarativa. O conceito de “*questão jurídica*” não é isento de críticas pela Doutrina, destacando-se CASTANHEIRA NEVES, que rejeita a ideia de aplicação de um direito pressuposto, tipicamente positivista, que aquela definição encerra⁴⁵¹.

No entanto, entende QUEIRÓ que o processo de execução das sentenças do contencioso administrativo deve ser considerado uma actividade administrativa. Porquê? Pelo facto de o nosso sistema admitir causas de inexecução de sentenças, em que se troca a execução específica por um sucedâneo indemnizatório. Nesta situação, a decisão final sobre a legitimidade da causa de inexecução invocada e sobre o montante da indemnização não cabe à Administração, mas aos tribunais, o que detêm, segundo o Autor, uma competência de mérito, realizando mesmo *dupla administração* na concretização dos conceitos de “*impossibilidade*” ou de “*grave prejuízo para o interesse público*”⁴⁵².

Mas o critério ainda não se encontra completo. Falta-lhe um elemento essencial e decisivo: o elemento teleológico-objectivo. Isto porque também os actos administrativos pressupõem “*questões de Direito*” tal qual equacionadas pelo Autor, de que

⁴⁴⁹ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *A Função Administrativa*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXIV, Janeiro-Setembro, Atlântida Editora, 1977, p. 26.

⁴⁵⁰ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *A Função Administrativa*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXIV, Janeiro-Setembro, Atlântida Editora, 1977, p. 27. Com esta afirmação ficam afastados, assim, as resoluções tomadas pelo juiz nos processos de jurisdição voluntária.

⁴⁵¹ Cfr. ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra Editora, 1983, pp. 435 e ss.

⁴⁵² Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *A Função Administrativa*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXIV, Janeiro-Setembro, Atlântida Editora, 1977, pp. 28 e 29.

são exemplos as decisões disciplinares, as decisões de contra-ordenação ou até as sanções contratuais que a Administração impõe ao co-contratante.

Mas existe, segundo o Professor de Coimbra, uma diferença determinante: *é que o acto jurisdicional é praticado com o único e exclusivo objectivo de resolver uma “questão jurídica”, enquanto que o acto da função administrativa não se basta com essa resolução e pressupõe algo mais*. Por exemplo, em relação às decisões disciplinares, o que se visa não é apenas resolver uma “questão jurídica”, mas também assegurar a disciplina de um serviço público ou o seu prestígio⁴⁵³. Portanto, e citando a sua tese numa das passagens mais glosadas: “(...) o quid specificum do acto jurisdicional reside em que ele não apenas pressupõe mas é necessariamente praticado para resolver uma «questão de direito». Se, ao tomar-se uma decisão, (...) se actua, por força da lei, para se conseguir a produção de um resultado prático diferente da paz jurídica decorrente da resolução dessa «questão de direito», então não estaremos perante um acto jurisdicional; estaremos, sim, perante um acto administrativo”⁴⁵⁴. É claramente visível que se trata de um critério teleológico, que apela ao fim do acto que se pratica. Se esse acto visar algo mais que não a paz jurídica, será administrativo e não jurisdicional⁴⁵⁵.

Para finalizarmos a apresentação desta tese, teremos de fazer referência à questão relativa ao tipo de efeitos. O subcritério dos efeitos – declarativos, condenatórios, constitutivos ou executivos – é, no entanto, rejeitado como hipótese de distinção entre os dois tipos de actos, porque, seguindo esta via, não existiriam quaisquer diferenças⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *A Função Administrativa*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXIV, Janeiro-Setembro, Atlântida Editora, 1977, p. 30.

⁴⁵⁴ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *A Função Administrativa*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXIV, Janeiro-Setembro, Atlântida Editora, 1977, p. 31. O negrito é nosso.

⁴⁵⁵ Ou, pelo menos, não será jurisdicional. Isto porque o acto administrativo, para o ser e para gozar do regime que advém da sua qualificação, terá que provir de norma habilitante que cria o poder de autoridade no qual esse acto tomará forma. Poderá suceder que, não sendo um acto jurisdicional, seja uma mera operação material ou um simples acto jurídico.

⁴⁵⁶ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *A Função Administrativa*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXIV, Janeiro-Setembro, Atlântida Editora, 1977, p. 31.

Não obstante o brilhantismo desta construção, a mesma não se apresenta, neste estágio, isenta de críticas, pelo que exporemos três dúvidas que este nos suscita.

Em primeiro lugar, um dos aparentes problemas desta tese é o de saber em que momento se poderá estar perante uma finalidade adicional à da simples paz jurídica, que não se limite à resolução da denominada “*questão jurídica*”. E no encaixe desta primeira dúvida surgem, invariavelmente, outras tantas. Como se vai avaliar esse fim? Segundo um padrão objectivo, de mediana razoabilidade, ou de forma subjectiva, a partir de um elemento psicológico, com as dificuldades probatórias que tal acarreta? Ainda num momento anterior, esta intencionalidade avaliar-se-á em relação ao sujeito ou em relação ao objecto que esse sujeito aplica, o mesmo é dizer, em relação às normas jurídicas aplicadas para a resolução da “*questão jurídica*”⁴⁵⁷? Se referirmos esta intenção ao sujeito que pratica o acto, num sentido em que bastará alegar-se um interesse adicional à sua prática, por mais insignificante que seja, não se cairá numa certa improficiência?

Em segundo lugar, impõe-se saber a quem competirá o ónus de provar essa intencionalidade e a quem competirá o ónus dessa alegação. Caberá esse ónus de alegação ou prova a quem quiser impugnar o acto, demonstrando que o mesmo está dentro da função jurisdicional? Será assim se aplicarmos o regime geral do ónus da prova. Mas, a ser assim, teremos um ónus de prova de um facto negativo, porque o impugnante terá que provar que o acto não tinha outra motivação que não a promoção da paz jurídica⁴⁵⁸.

Como última dúvida, na sequência da anterior, falta saber se operará alguma presunção e, em caso afirmativo, que parte deverá favorecer? Em princípio, a existir uma presunção, esta teria de ser em benefício do impugnante que teria de provar que não existiria nenhum outro fim que não a resolução da “*questão de Direito*”. Ou seja,

⁴⁵⁷ O que queremos dizer é se a intenção é criada pelo agente que pratica o acto, como móbil mental próprio e subjectivo; ou se se trata de uma finalidade ínsita objectivamente da lei, extraível por meio de interpretação legal, mas colocada lá pelo legislador e, portanto, e de certo modo, imodificável, malgrado as potencialidades criativas (logo, subjectivas) que o processo interpretativo comporta.

⁴⁵⁸ Aplicando aqui as regras gerais sobre ónus da prova presentes no artigo 342.º do Código Civil, aplicável ao Contencioso Administrativo por via do artigo 1.º do CPTA. Consideramos, portanto, o artigo 342.º do Código Civil como “*lei de processo civil*” para este efeito, apesar da sua inserção sistemática.

uma inversão do ónus da prova. Mas, a ser assim, como sustentaríamos esta mesma presunção? Poderá sustentar-se a existência de uma lacuna oculta?

Sobre este grupo de dúvidas, AFONSO QUEIRÓ esclarece uma, a mais primordial. Tem que ver com o carácter objectivo ou subjectivo dessa intencionalidade. Aqui, o Autor é claro ao preferir pelo carácter objectivo, quando refere que “[e]m cada caso, há que proceder à interpretação da lei, para se concluir qual é a finalidade objectiva que, com o exercício de determinada competência legal, necessariamente se realiza”⁴⁵⁹. É através da teleologia legal, objectivada nos critérios jurídicos fornecidos pelo legislador ou pelo Direito em geral, que alcançamos a tal intencionalidade, que assim ganha uma operatividade segura. Ao referir-se à “*competência legal*”, o Autor parece indicar que se não quer atender às normas substantivas que resolvem a “*questão jurídica*”, mas sim à norma de actuação que permite a prática do acto em concreto, seja ele jurisdicional ou administrativo. Por exemplo, as decisões tomadas em processo destinado a obter que sejam decretadas providências cautelares e as decisões para suspender a executoriedade de um acto administrativo⁴⁶⁰ serão actos jurisdicionais. Mas serão administrativos, por exemplo, os actos de licença urbanística praticados ao abrigo de uma norma de competência do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação⁴⁶¹. Se estivéssemos a referir-nos às normas substantivas extra competenciais, o critério esfumava-se numa fungibilidade entre funções, porquanto cada uma delas, entenda-se, os seus agentes, eram legítimos aplicadores dessas mesmas normas. O Direito objectivo é um conjunto de normas que impõe determinadas condutas, de forma geral e abstracta, de modo que os seus destinatários não aparecem, em regra, individualizados⁴⁶².

⁴⁵⁹ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *A Função Administrativa*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXIV, Janeiro-Setembro, Atlântida Editora, 1977, p. 31.

⁴⁶⁰ Cfr. AFONSO QUEIRÓ, *A Função Administrativa*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXIV, Janeiro-Setembro, Atlântida Editora, 1977, p. 31.

⁴⁶¹ Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de Dezembro.

⁴⁶² Cfr. JOÃO AVEIRO PEREIRA, *A Função Jurisdicional*, in O Direito, Ano 133, I, Janeiro-Março, Editora Internacional, 2001, p. 119.

Mas nem depois desta precisão as dúvidas se dissipam totalmente. Tomemos como exemplo as normas que habilitam ao juiz administrativo conceder uma providência cautelar, especificamente, a norma contida no número 2 do artigo 120.º do CPTA. Quando o preceito prevê que a providência a conceder será recusada quando “*devidamente ponderados os interesses públicos e privados, em presença, os danos que resultariam da sua concessão se mostrem superiores àqueles que podem resultar da sua recusa (...)*”, concede um poder ao juiz administrativo que o permite ir além da resolução jurídica do problema objecto da providência ou mesmo ir além da concessão da própria providência. Segundo este critério, seríamos forçados a negar a natureza jurisdicional deste acto. Ora, apesar de ser claro que se almeja algo mais que a paz jurídica e que, portanto, não é, em rigor e por aplicação deste critério, um acto jurisdicional, não parece ser um acto administrativo, por também não visar a título exclusivo ou principal um qualquer outro interesse público. Simplesmente não o faz a título principal, mas acessório. Logo, e salvo o devido respeito, parece-nos de abandonar a exigência do carácter “*único e exclusivo*” proposto por AFONSO QUEIRÓ, e de adoptar um critério que faça referência ao carácter principal ou preponderante do almejo da paz jurídica.

Como súmula final, poder-se-á afirmar que o que caracteriza, na essencialidade, um acto da função jurisdicional, são três realidades: (i) o facto de se dirigir à resolução de uma questão jurídica pela via da extrinsecação e da declaração do Direito; (ii) ser praticado de acordo com uma perspectiva exclusivamente jurídica e (iii) prosseguir, **a título principal**, o interesse público da realização da justiça⁴⁶³.

⁴⁶³ Cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III*, Coimbra Editora, 2007, p. 24. A referência, no ponto iii), ao “*título principal*” é nossa.

2.4.2. Reserva Jurisdicional

É imprestável abordar os problemas da delimitação da função jurisdicional sem analisar detalhadamente a questão relativa à reserva jurisdicional.

O termo “*reserva*” não é estranho do vocabulário juspublicista⁴⁶⁴. Merece, inclusivamente, acolhimento constitucional positivo no nosso sistema, a propósito da reserva de lei parlamentar absoluta e relativa –artigos 164.º e 165.º da CRP, respectivamente. E é, precisamente, ancorada na reserva de lei, que o termo assume a sua tradição, protegendo o legislativo no seu confronto com o executivo⁴⁶⁵, traçando uma fronteira, positiva, de matérias abrangidas por uma esfera de competência que proibia, ao mesmo tempo, ingerências ilícitas.

Trata-se, então, de uma técnica normativa para cumprir a separação de poderes⁴⁶⁶. Pretende-se assegurar que determinado tipo de actos sejam necessariamente praticados por um certo órgão, que deterá as características que o tornam no mais adequado à prática dos mesmos⁴⁶⁷. Face a um quadro constitucional com determinado conjunto de órgãos e determinado conjunto de poderes, reservam-se certos poderes a certos órgãos, garantindo-se um certo espaço próprio a cada um deles para que possa desenvolver ou conformar o seu papel sem o atrito de uma competência plural. Pode falar-se, aqui, com propriedade, de “*dividir para reinar*”.

O problema que nos vem ocupando diz respeito aos actos materialmente jurisdicionais, que se traduzem naquelas que são próprios da função jurisdicional. Portanto, importa averiguar da configuração constitucional desse espaço, reservado a à função estadual. Apurado que está o seu objecto, há que registar a longitude em que se moverá.

⁴⁶⁴ Cfr. PAULO RANGEL, *Repensar o Poder Judicial. Fundamentos e Fragmentos*, Publicações Universidade Católica – Porto, 2001, p. 231.

⁴⁶⁵ Para um trilha histórico do conceito de reserva, vide: PAULO RANGEL, *Repensar o Poder Judicial. Fundamentos e Fragmentos*, Publicações Universidade Católica – Porto, 2001, pp. 232 e ss.

⁴⁶⁶ Ligando-se a dimensão organizatória com a dimensão material dos poderes ou funções estaduais. PAULO RANGEL, *Repensar o Poder Judicial. Fundamentos e Fragmentos*, Publicações Universidade Católica – Porto, 2001, p. 254.

⁴⁶⁷ Cfr. PAULO RANGEL, *Repensar o Poder Judicial. Fundamentos e Fragmentos*, Publicações Universidade Católica – Porto, 2001, p. 254.

A norma fundamental quanto a esta matéria é a do **artigo 202.º da CRP**. Ao afirmar-se que “[o]s tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”, deve retirar-se que a Constituição consagra uma reserva de função jurisdicional aos Tribunais⁴⁶⁸. Esta conclusão pressupõe, naturalmente, saber o que se entende por Tribunal, problema debatido pela Doutrina, que se agudiza pela ausência de um conceito constitucional⁴⁶⁹. No entanto, o problema central da presente investigação dispensa esta problemática porque se estará perante um órgão administrativo e nunca perante um suposto tribunal. Não se pretende, de forma alguma, resolver a questão pela qualificação do agente, mas sim pela via da perscrutação da sua actuação.

O número 2 do artigo 202.º tenta a definição de função jurisdicional, com recurso a três áreas textualmente mencionadas: i) “a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”; ii) “a repressão das infracções da legalidade democrática” e iii) “a resolução dos conflitos de interesses públicos e privados”⁴⁷⁰. É notória a debilidade potencial destas expressões, uma vez que, do ponto de vista técnico-jurídico, apresentam uma espessura reduzida⁴⁷¹. Pode até discutir-se se a última das três não envolverá, ela própria, as restantes⁴⁷².

Importa, a este respeito, atentar para o binómio, construído pela Doutrina, entre **reserva relativa e reserva absoluta de jurisdição**.

⁴⁶⁸ Cfr. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Almedina, 2004, p. 293. Vide a nota de pé de página n.º 1084, na mesma página, para um elenco exaustivo de quem também retira esta conclusão do artigo 202.º da CRP.

⁴⁶⁹ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2010, p. 506.

⁴⁷⁰ O primeiro ponto a dirigir-se para a justiça administrativa, o segundo para a justiça criminal e o terceiro para a justiça cível.

⁴⁷¹ Cfr. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Artigo 206.º (Função Jurisdicional)*, in *Estudos sobre a Constituição*, obra colectiva, I, 1977, p. 395.

⁴⁷² Cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III*, Coimbra Editora, 2007, p. 18.

Em termos simples, atribuir ao Tribunal uma reserva absoluta significa que este órgão detém uma competência exclusiva para praticar aos actos da função jurisdicional. Significa que, e usando a lapidar expressão de OLIVEIRA ASCENSÃO, “[n]ão é só a última palavra: no âmbito jurisdicional, todas as palavras estão reservadas para os tribunais”⁴⁷³. Há, portanto, um monopólio do juiz, e a mais nenhum órgão é permitido a prática de determinados actos jurisdicionais.

Falar de reserva relativa, é dizer que, antes do Tribunal decidir e ter a última palavra – que a terá sempre -, pode outro órgão – por exemplo a Administração -, decidir e praticar o acto que é objecto da reserva. O tribunal deixa, portanto, de ter a primeira palavra.

Como bem refere VIEIRA DE ANDRADE, este problema é autónomo daquele que nos ocupou no ponto anterior e que tem que ver com a qualificação de um determinado acto como materialmente jurisdicional. Isto porque essa mesma qualificação não tem de implicar necessariamente uma proibição absoluta de intervenção administrativa, estando tudo dependente do tipo de reserva de que tal acto seja objecto⁴⁷⁴.

A grande dificuldade reside em saber, em primeiro lugar, se a Constituição admite a existência de uma reserva relativa e, em segundo lugar, quando se poderá falar de uma e de outra.

Em relação ao primeiro problema, a Doutrina não se encontra unânime⁴⁷⁵ quanto à admissibilidade da prática de actos jurisdicionais por outros órgãos que não tribunais.

⁴⁷³ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Reserva Constitucional da Jurisdição*, in *O Direito*, Ano 123, II-III, Abril-Setembro, 1991, p. 474.

⁴⁷⁴ Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Reserva do Juiz e a Intervenção Ministerial em Matéria de Fixação das Indemnizações por Nacionalizações*, in *Scientia Iuridica*, n.º 274/276, Tomo XLVII, Janeiro-Junho, 1998, p. 221 e 222.

⁴⁷⁵ Pronunciando-se a favor da reserva absoluta: JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Reserva do Juiz e a Intervenção Ministerial em Matéria de Fixação das Indemnizações por Nacionalizações*, in *Scientia Iuridica*, n.º 274/276, Tomo XLVII, Janeiro-Junho, 1998, p. 221 e 222; PAULO RANGEL, *Repensar o Poder Judicial. Fundamentos e Fragmentos*, Publicações Universidade Católica – Porto, 2001, pp. 302 e ss; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III*, Coimbra Editora, 2007, pp. 28 e ss, apesar da cautela ao não elevar a reserva relativa a princípio geral; ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez*, Almedina, 2012, p. 775; ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Almedina, 2004, p. 295. Pronunciando-se contra: JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Reserva Constitucional da*

Quem nega essa possibilidade, fá-lo com base numa interpretação restrita do artigo 202.º da CRP. Interpretação que prescindir da possibilidade de recurso para um órgão jurisdicional, uma vez que é a própria função que se encontra reservada e não a decisão com força de caso julgado⁴⁷⁶. Para isso também concorre uma determinada leitura acerca do sentido da consagração especial de casos de reserva jurisdicional, de que são exemplos o número 2 do artigo 27.º, o número 1 do artigo 28.º, os números 2 e 6 do artigo 33.º etc. Leitura essa que, perante estas concretas reservas de jurisdição, nega a sua interpretação *a contrario*, como se excluíssem a afirmação de uma reserva de jurisdição global. Devem, antes, ser entendidas como um afloramento do princípio, guiadas que estão pelos caracteres particulares de cada caso⁴⁷⁷. Quem adopte esta posição consegue ultrapassar com menos dificuldade alguns dos obstáculos que se erguem aquando do tratamento do tema. Com efeito, e através do critério que utilizam para definir o que são actos materialmente jurisdicionais, os defensores desta tese operam a respectiva qualificação e apenas necessitarão de apurar o conceito de Tribunal para averiguarem se existe, ou não, ingerência, sempre ilícita, na reserva jurisdicional. Se se tratar de um acto jurisdicional, só poderá ser praticado por um Tribunal, o que significará, automaticamente que, se o órgão que o praticou não o for, haverá usurpação de funções.

Bem mais espinhoso é o caminho para quem admite gradações no âmbito da reserva jurisdicional. Isto porque, apesar da facilidade da determinação do regime de ambas as reservas, definir o seu âmbito de aplicação torna-se o próximo grande obstáculo metodológico. Não haverá grandes dúvidas de que, nos casos especialmente

Jurisdição, in O Direito, Ano 123, II-III, Abril-Setembro, 1991, p. 484; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2010, p. 508; AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, Universidade de Coimbra, 1976, p. 180; NUNO PIÇARRA, *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, Coimbra Editora, 1989, p. 158.

⁴⁷⁶ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Reserva Constitucional da Jurisdição*, in O Direito, Ano 123, II-III, Abril-Setembro, 1991, p. 474.

⁴⁷⁷ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Reserva Constitucional da Jurisdição*, in O Direito, Ano 123, II-III, Abril-Setembro, 1991, p. 473.

previstos na Constituição de reserva jurisdicional, estaremos em presença de uma reserva absoluta⁴⁷⁸. Mas fora destas áreas, e como bem atenta PAULO RANGEL, entramos em terreno pouco firme⁴⁷⁹.

Temos, perante nós, várias hipóteses possíveis de articularmos as possibilidades que se nos deparam.

Poder-se-á equacionar uma posição mais ampla, que permita a órgãos administrativos a prática de actos próprios da função jurisdicional, sempre que se esteja numa situação de fronteira com outras actividades, designadamente, a administrativa. Ou seja, a reserva absoluta impor-se-ia nos casos especialmente previstos na Constituição ou na lei ordinária⁴⁸⁰, e aí haveria monopólio judicial, de primeira e de última palavra. Mas sempre que existam confluências com outras actividades, o mesmo é dizer, com outros interesses públicos diferentes da paz jurídica, estaríamos diante de uma reserva relativa, em que se permitia a prática desses actos. Mas com uma condição, que terá que estar sempre assegurada sempre que falamos da modificação subjectiva da prática de actos materialmente jurisdicionais: terá sempre de existir um reexame judicial. Só assim se garante a última palavra⁴⁸¹. Esta tese labora sobre o pressuposto da segurança do tráfego, porque contorna grande parte das discussões travadas a este respeito e das dúvidas acumuladas em consequência. É esta a posição de VIEIRA DE ANDRADE⁴⁸².

Uma outra hipótese será a de levarmos um pouco mais adiante a tese atrás apresentada. Mantendo a possibilidade da prática de actos materialmente jurisdicionais por órgãos administrativos sempre que estejamos numa zona de contacto entre as

⁴⁷⁸ Assim PAULO RANGEL, *Repensar o Poder Judicial. Fundamentos e Fragmentos*, Publicações Universidade Católica – Porto, 2001, p. 306. Aquilo a que o Autor apelida de “*reserva absoluta especial de jurisdição*”.

⁴⁷⁹ PAULO RANGEL, *Repensar o Poder Judicial. Fundamentos e Fragmentos*, Publicações Universidade Católica – Porto, 2001, p. 306.

⁴⁸⁰ Por exemplo, os artigos 268.º e 269.º do CPP, ao estabelecerem competências exclusivas do juiz de instrução.

⁴⁸¹ Até poderíamos, a título individual, adiantar que esta última palavra jurisdicional constituiria, quanto aos actos materialmente jurisdicionais, uma reserva absoluta, pela sua indispensabilidade. O tribunal terá sempre a última palavra sempre que de um acto jurisdicional se trate. Esta afirmação também comporta conclusões acessórias que exploraremos um pouco mais adiante.

⁴⁸² No seu JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Reserva do Juiz e a Intervenção Ministerial em Matéria de Fixação das Indemnizações por Nacionalizações*, in *Scientia Iuridica*, n.º 274/276, Tomo XLVII, Janeiro-Junho, 1998, pp. 221 e 222.

duas funções⁴⁸³, acrescentar-se-ia que tal apenas poderia acontecer quando concorram, a favor dessa atribuição, valores constitucionais relevantes e pertinentes, como a economia processual ou a eficiência administrativa que, de certa forma, justifiquem essa primeira palavra pelo órgão administrativo⁴⁸⁴. Esta posição organiza o seu esquema discursivo de forma mais flexível e móvel, perspectivando se, na globalidade do regime associado em torno da prática de determinado acto da função jurisdicional, se respeitam as múltiplas exigências constitucionais que importa assegurar. Não só a tutela dos direitos e interesses do particular como também a melhor prossecução das finalidades a cargo da Administração. Pertence esta segunda posição a CARDOSO DA COSTA⁴⁸⁵.

Poder-se-á equacionar, também, uma diferente construção. Uma que se louve no critério material utilizado para definir o acto materialmente jurisdicional. Para além dos casos, já resolvidos *supra*, de reservas especiais de jurisdição, em que vingará sempre uma reserva absoluta, estaremos na presença de uma reserva relativa quando estejamos no âmbito de uma “*questão jurídica*”, mas em que concorra um outro interesse público. Ou seja, se estivermos perante uma “*questão de Direito*” em que a norma de competência apenas vise a resolução, *per si*, dessa questão, atingindo a pacificação advinda dessa resolução, então haverá uma reserva absoluta e apenas um órgão jurisdicional poderá praticar o acto. Mas, ainda que diante de uma mesma “*questão jurídica*”, concorram outros interesses públicos, nomeadamente administrativos, então já estaremos no campo de actuação de uma reserva relativa, não se podendo

⁴⁸³ Essa zona de contacto existe quando concorram interesses adicionais à simples resolução da “questão jurídica”.

⁴⁸⁴ Uma breve nota para fazermos vincar que, ao aludirmos a “*primeira palavra*” não o fazemos querendo referir-nos a qualquer tipo de primeira instância. O acto poderá ser materialmente jurisdicional, mas terá sempre a forma de um acto administrativo com o respectivo regime. Nunca se tratará de uma verdadeira e própria sentença.

⁴⁸⁵ Nos seus J. P. CARDOSO DA COSTA, *O Princípio da Reserva do Juiz face à Administração Pública na Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, policopiado, 1994, pp. 35 e 36 e J. P. CARDOSO DA COSTA, *A Fixação das Indemnizações por Nacionalização e o Princípio da Reserva do Juiz*, in Estudos em Homenagem à Dr^a Maria de Lourdes Órfão de Matos Correia e Vale, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 1995, pp. 165 e 166.

excluir a legitimidade constitucional da intervenção decisória do agente não jurisdicional. Esta construção pertence a PAULO RANGEL⁴⁸⁶ e a JORGE MIRANDA⁴⁸⁷. A tese em presença parece distanciar-se, quanto a um pequeno ponto, do critério proposto por AFONSO QUEIRÓ. Ao afirmar que ainda estaremos na reserva relativa de jurisdição quando estamos numa “*questão jurídica*” em que também se façam pertinentes outros interesses públicos, estar-se-á a restringir o conceito de acto materialmente jurisdicional para a mera exigência da presença de uma “*questão de Direito*”, desnecessitando da exclusividade do interesse concernente à paz jurídica. Assim se poderá admitir que, mesmo que concorram outros interesses, ainda estaremos diante de um acto materialmente jurisdicional, porquanto perante uma “*questão jurídica*”. Caso contrário, perante o critério de QUEIRÓ, estaríamos fora da função jurisdicional e dentro da administrativa, pelo que a operatividade da reserva jurisdicional sairia gorada. O nosso Tribunal Constitucional adopta esta mesma posição, especialmente patente na Jurisprudência dos *júris avindores* e do *despejo administrativo*⁴⁸⁸.

Importa fazer o devido ponto da situação.

Perante uma determinada situação, *maxime*, um poder administrativo, colocar-se-á a dúvida de saber se o seu exercício invade ilicitamente a função judicial. Teremos de começar por averiguar se essa mesma situação, melhor dizendo, se o exercício desse poder administrativo redundava, ou não, numa “*questão de Direito*”. Se assim não for, o exercício desse poder estará salvaguardado, no que à usurpação de funções diz respeito. Se se tratar de uma “*questão jurídica*”, dependerá da existência, no caso concreto – leia-se, na norma que confere a possibilidade administrativa de actuação –, de um outro interesse público que concorra com o simples interesse concernente à pacificação jurídica proporcionada por essa resolução. Se esse interesse público não existir, então teremos, segundo o critério do Professor AFONSO QUEIRÓ, um acto

⁴⁸⁶ No seu PAULO RANGEL, *Repensar o Poder Judicial. Fundamentos e Fragmentos*, Publicações Universidade Católica – Porto, 2001, p. 306 e 307.

⁴⁸⁷ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, Coimbra Editora, 2008, pp. 263 e 264.

⁴⁸⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 630/95, de 8 de Novembro (SOUSA BRITO) e Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 374/02, de 26 de Setembro (TAVARES DA COSTA).

materialmente jurisdicional. Mas o problema não termina aqui. A conclusão dependerá da concreta configuração a atribuir à reserva jurisdicional. Se entendermos que apenas existirá uma reserva absoluta e que só os tribunais podem praticar actos próprios da função jurisdicional, impossibilitaremos a Administração de actuar. Se admitirmos a existência de uma reserva relativa, podemos conceder a respectiva prática à Administração, ficando tudo dependente do âmbito que atribuamos a essa reserva.

2.4.3. A anulação administrativa do contrato administrativo

Chega-se, por fim, à parte decisiva do presente capítulo, onde se confrontará o investigado a respeito da reserva jurisdicional com o caso concreto que nos vem guiando no presente escrito. A questão prende-se com saber se, na eventualidade de existir uma norma no nosso ordenamento que permitisse à Administração, unilateralmente, anular ou declarar nulos os contratos administrativos por si celebrados, se essa norma seria, ou não, inconstitucional por invadir ilegitimamente a reserva jurisdicional.

Seguindo o método delineado no ponto anterior, há que iniciar a resposta a esta questão por saber se se está perante uma “*questão de Direito*”. Importa recordar que estas se tratam de “*conflitos de pretensões entre duas ou mais pessoas, ou controvérsias sobre a verificação ou não verificação em concreto de uma ofensa ou violação da ordem jurídica*”.

A Administração, ao invalidar o contrato, irá elaborar um juízo, individual, sobre a conformidade desse contrato com a ordem jurídica. Debruçar-se-á, através de uma operação intelectual metodológica, sobre o conteúdo das cláusulas e irá confrontá-las com os comandos jurídicos advenientes das normas jurídicas tal qual interpretadas por ela. Como produto deste exercício, resultará um juízo ou de validade ou de invalidade, que poderá afectar o contrato na sua totalidade ou parcialmente.

Ora, semelhante actividade redundará invariavelmente, numa “*questão de Direito*”, porquanto se tratará sempre de uma “*verificação ou não verificação em concreto de uma ofensa ou violação da ordem jurídica*”. Nem se poderá objectar que poderá não existir controvérsia se o particular tiver a mesma opinião, o que obstará à referida qualificação. Mas contra tal sempre se argumentará que, se assim for e imperar o consenso, então não haverá razão alguma para que a Administração o faça unilateralmente, tendo sempre o acordo, aliás previsto actualmente no regime legal, para compor a situação.

O passo mais complexo é o seguinte: determinar a existência, ou não, de um outro interesse público para além daquele concernente à resolução da referida “*questão jurídica*”. Se esse interesse não existir, podemos concluir, tendo em conta aquilo que apurámos *supra*, que se tratará de um acto ferido de usurpação de poderes, nulo pela alínea a) do número dois do artigo 161.º do CPA, por ingerência inadmissível na função jurisdicional. Se seguirmos uma posição mais indulgente, como a de VIEIRA DE ANDRADE, temos de assegurar que não se trata de um caso de fronteira com outros interesses para que possamos qualificar semelhante acto como jurisdicional.

Portanto, cumpre reflectir sobre a substância teleológica do acto que invalida um contrato administrativo, para que possamos firmar as nossas conclusões sobre que qualificação se haverá que coroar tal actuação. Trata-se de um tema – o de saber se existe um interesse público administrativo numa situação de fronteira com a função jurisdicional – com alguma complexidade, que tem vindo a ser abordado casuisticamente pela nossa Jurisprudência constitucional e não tanto, directamente pela Doutrina. Assim, há que atentar para aquilo que tem sido decidido pela nossa corte constitucional, para que possamos reunir um espólio argumentativo bastante para traçarmos as nossas conclusões próprias⁴⁸⁹.

⁴⁸⁹ Vamos preferir uma análise cirúrgica de arrestos que se revelem relevantes, ao invés de uma resenha geral e totalizante.

De especial importância, pela grande proximidade com o caso de que aqui tratamos, revelou-se o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 98/88, de 28 de Abril⁴⁹⁰, que opôs a Nacional Rádio, S.A.R.L. ao Ministro do Trabalho.

Estava em causa a conformidade constitucional do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 471/76, de 14 de Junho com o então artigo 205.º da CRP, actual artigo 202.º. A norma previa a possibilidade de o Ministro do Trabalho operar declarações de inexistência jurídica ou de confirmação da validade de despedimentos de trabalhadores, ocorridos entre 25 de Abril de 1974 e 25 de Abril de 1976. Digamos, desde já, que Tribunal Constitucional julgou inconstitucional a referida norma, com fundamento na sua violação face à reserva jurisdicional.

O Tribunal começa por integrar essa competência numa actividade destinada a dirimir um conflito de interesses privados, que no caso eram as relações de emprego estabelecidas entre os trabalhadores da referida empresa e a própria empresa. Estes eram, portanto, os sujeitos do problema jurídico que cumpria resolver ou confirmar. Portanto, o Estado não intervinha, como parte, nessa relação de emprego, designadamente como empregador, apenas se debruçando sobre o a relação jurídica num momento posterior, para exercer a tal competência de revisão que o mencionado Decreto-Lei lhe conferia e para dirimir esse mesmo conflito. Depois, faz uma interessante referência à questão dos efeitos do acto, que qualifica como meramente declarativo, certificativo. Acto contínuo, qualifica-a como “*questão de Direito*”, o que nos coloca já num patamar metodológico subsequente.

Logo, e abraçando o critério de AFONSO QUEIRÓ, o acórdão entende que o “*quid specificum*” do acto em causa «*estará na circunstância de que ele “não apenas pressupõe mas é necessariamente praticado para resolver uma questão de direito”*»⁴⁹¹. E fá-lo com referência, precisamente, ao que acabou de ser dito: ao facto de haver um conflito de interesses privados em que a actuação administrativa reveste efeitos meramente declarativos⁴⁹².

⁴⁹⁰ O juiz Conselheiro relator foi CARDOSO DA COSTA.

⁴⁹¹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 98/88, de 28 de Abril (CARDOSO DA COSTA).

⁴⁹² Não deixa de ser curiosa esta reflexão em torno dos efeitos do acto. Apesar de se ter adoptado o critério Queirosiano, que rejeita claramente qualquer referência aos efeitos do acto para se operar a distinção, o Tribunal Constitucional autonomiza-se quanto a este ponto. No entanto, não entendemos como é que, para

Ora, aparte da referência, neste caso, ao critério dos efeitos, concordamos com a argumentação expendida e com a conclusão resultante. De facto, a Administração actuará a um nível e com uma posição exterior e até desinteressada em relação ao conflito a que lhe cumpre dar resposta. Não terá um interesse individual na contenda que lhe cumpra assegurar ou sequer ponderar, para além de “*ver a questão resolvida*”. Trata-se, é certo, de uma “*questão jurídica*”, mas que não integra uma situação de fronteira com outros interesses, pelo que a sua prática não seria, consensualmente, admissível.

Aliás, o grande argumento para que assim se entenda, ou seja, para que se negue a existência de um outro interesse concorrente é o próprio conteúdo do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 471/76. O seguinte trecho é lapidar disso mesmo, estabelecendo que “[a] *via administrativa que no presente diploma se estabelece para essa revisão impôs-se pela necessidade de celeridade dos processos, difícil de obter pela via judicial nesta fase de reestruturação orgânica dos tribunais de trabalho*”. Nem se poderia alegar o argumento de que a celeridade seria um interesse público diverso do da própria resolução do litígio⁴⁹³. A celeridade processual é acessória da própria pacificação jurídica, porquanto constitui uma condição material, instrumental, que visa garantir essa mesma paz jurídica que advém da resolução de “*questões jurídicas*”. Podemos mesmo ir mais além e dizer que os interesses que estejam intimamente conexos com a paz jurídica não poderão ser considerados outros interesses públicos para efeitos da sua qualificação como actos não jurisdicionais.

Mas o que acaba de ser dito valerá para o caso da invalidação administrativa do contrato? Entendemos que não, que não se poderá estender ou aproveitar a argumentação do presente arresto para o nosso problema.

Tratam-se de duas situações com elementos substancialmente divergentes. No caso do contrato administrativo, a Administração invalidante é parte no contrato, o que, de todo, não sucede quanto ao Ministro do Trabalho. Este não é parte no contrato, nem participa dele de qualquer forma. É um terceiro colocado pelo legislador nessa posição

este caso, o facto de apenas existirem efeitos declarativos pode ser um indicador do carácter jurisdicional do acto, como parece entender o Tribunal.

⁴⁹³ De que o Tribunal se escusou de se defender, não apresentando os contra-argumentos.

de revisor não do contrato, não da relação laboral como um todo (como acontece no caso do contrato administrativo), mas apenas e só do despedimento. Portanto, o próprio objecto da “*questão de Direito*”, é diverso. O elemento da proximidade reveste aqui uma importância decisiva.

Por outro lado, verifica-se que o objectivo subjacente à elaboração da norma do Decreto-Lei n.º 471/76 é o da celeridade processual, no contexto específico da reestruturação dos Tribunais de Trabalho. Ora, nunca será este o caso da norma que permita à Administração invalidar o contrato administrativo. Esta norma não poderá ter o objectivo de colocar o ente público como substituto inicial dos tribunais, devido à inexistência de qualquer contexto em que urja semelhante substituição.

Um outro arresto que se revela digno de ser analisado é o Acórdão n.º 452/95, de 21 de Novembro⁴⁹⁴, relativo aos famosos casos das *Indemnizações por Nacionalização*. Após a Revolução de Abril, várias empresas foram nacionalizadas. Neste quadro, é criada a Lei n.º 80/77⁴⁹⁵, de 26 de Outubro, a qual veio consagrar direitos de indemnização a atribuir aos ex-accionistas, ex-sócios ou ex-proprietários dos bens nacionalizados. Os artigos 14.º, 15.º e 16.º do diploma previam a possibilidade de os litígios relativos à titularidade do direito à indemnização, à sua fixação, liquidação e efectivação serem resolvidos por comissões arbitrais⁴⁹⁶, cujas decisões careciam de homologação do Ministro das Finanças, com recurso para o Supremo Tribunal Administrativo⁴⁹⁷. Foi este o regime

⁴⁹⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 452/95, de 21 de Novembro (ALVES CORREIA). Trata-se do último acórdão do Tribunal Constitucional sobre o assunto, visto já se ter pronunciado antes, nos Acórdãos n.º 39/88, 280/89 e 317/89. A escolha do Acórdão n.º 452/95 deve-se à circunstância de ter sido laborado posteriormente ao intenso debate doutrinário sobre a matéria, suscitado pelos primeiros arrestos, o que o leva a deter uma maturidade dogmática distinta. Assim, PAULO RANGEL, *Repensar o Poder Judicial. Fundamentos e Fragmentos*, Publicações Universidade Católica – Porto, 2001, p. 316. Para um enquadramento exaustivo do tratamento jurisprudencial desta questão, vide o próprio Acórdão n.º 452/95.

⁴⁹⁵ Alterada pelo Decreto-Lei n.º 343/80, de 2 de Setembro, por sua vez ratificado, com alterações, pela Lei n.º 36/81, de 31 de Agosto.

⁴⁹⁶ Uma por cada bem ou empresa nacionalizada.

⁴⁹⁷ Este Tribunal firmou uma jurisprudência constante pela inconstitucionalidade das referidas normas, no sentido de que as mesmas enfermavam os actos delas resultantes com o vício de usurpação de poder, por ingerência ilegítima na função jurisdicional. Para uma síntese sobre a actividade do nosso Supremo Tribunal nesta matéria, vide o próprio Acórdão n.º 452/95. O argumento do Supremo Tribunal era o da necessidade de um órgão imparcial para dirimir o conflito resultante das indemnizações, algo que não assistia à Administração, parte naturalmente interessada no conflito. Visto que já se tinham consumado as indemnizações, estavam ambos, Administração devedora e ex-titulares credores, na mesma posição, logo,

que os arrestos anteriores se debruçaram, julgando-o conforme com a Lei Fundamental, por se ter entendido, como aconteceu no Acórdão n.º 280/89, que os actos do Ministro das Finanças ainda se situavam no processo de nacionalização, em que se realizava o interesse público subjacente ao mesmo, não se configurando, no momento, nenhum verdadeiro conflito de interesses indemnizatório. Já do Acórdão n.º 317/89, se diz mesmo que, ao fixar-se aqueles valores, *“ainda se está a prosseguir o interesse público subjacente ao acto de nacionalização ou expropriação ou, por outras palavras, ainda se está no domínio da função administrativa. Ponto é que a lei não exclua o recurso aos tribunais”*.

Só após este circunstancialismo surgiu o diploma sobre o qual versou o Acórdão n.º 452/95: o Decreto-Lei n.º 332/91, de 6 de Setembro⁴⁹⁸. Apesar de o objectivo primordial do decreto ser o de colmatar as dúvidas constitucionais suscitadas pelo anterior, acaba por persistir num dos nós górdios do anterior diploma, regulando, no número 2 do artigo 8.º a tal competência do Ministro das Finanças para fixar o valor da indemnização, desta feita revendo os valores de indemnização atribuídos segundo o anterior regime.

O Tribunal começa por descrever o critério do Professor AFONSO QUEIRÓ, citando passagens jurisprudenciais ilustrativas da uniformidade do seu acolhimento, para logo depois conceder que a actividade de determinação do montante das indemnizações por nacionalização não constitui uma matéria reservada constitucionalmente, aos tribunais. E fá-lo de uma forma que se autonomiza ligeiramente daquilo que foi expandido nos Acórdãos n.º 317/89 e 226/95⁴⁹⁹ e por alguma Doutrina, mas que, ao mesmo tempo, os junta, aproveitando ambos os contributos no seu discurso. Nestes, foi entendido que o acto em crise não integrava a função jurisdicional, integrando, antes, a função administrativa, porque ainda se estava, na determinação do montante indemnizatório, a prosseguir o interesse

a necessitar de um terceiro elemento para compor o conflito. Não deixa de ser curioso a utilização, novamente mas desta vez pelo STA, do critério da proximidade ao conflito. No acórdão do despedimento dos trabalhadores, esse critério é utilizado, também, para firmar a qualidade de acto jurisdicional do acto da Administração, mas não por esta ser parte interessada mas precisamente por nada ter que ver com o conflito e comportar-se tal qual um tribunal, um terceiro acima das partes. Já aqui, o que se passa é que, por ser parte interessada no conflito em disputa, não poderá a Administração praticar actos definitivos sob pena de se estar, sem cobertura constitucional (esquecendo aqui a questão, sempre posterior, das reservas), a praticar actos materialmente constitucionais. Existe, aqui, de certa forma, um paradoxo.

⁴⁹⁸ Aprovado ao abrigo da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 40/91, de 27 de Julho.

⁴⁹⁹ Este último inédito.

público expropriativo. A isto foram ainda acrescentadas razões pragmáticas relacionadas com a complexidade do cálculo do quantum indemnizatório⁵⁰⁰. Naquela (a Doutrina propugnante pela constitucionalidade), é dito que a matéria se situa numa zona de fronteira entre as duas funções, pelo que não estaremos no núcleo duro da função jurisdicional, o que permitia a prática dos referidos actos⁵⁰¹.

Este acórdão, apesar de se sustentar, a final, no critério da zona de fronteira (e de excluir, portanto, a hipótese de um acto do núcleo duro da função jurisdicional) de VIEIRA DE ANDRADE, entende que o acto de determinação da indemnização, conquanto jurisdicional, se situa ainda no complexo processo expropriativo, processo esse guiado pelo interesse público administrativo subjacente à expropriação. Ou bem que será um acto incluído na função administrativa por prevalecer, claramente, um outro interesse público – Jurisprudência dos arrestos anteriores -, ou bem que se adopte o critério da zona de fronteira que, em nossa opinião, prescinde dessa qualificação – precisamente pelo reconhecimento da dificuldade em si inerente -, para, ao nível da reserva jurisdicional, permitir esse acto à Administração. Não espantará, é certo, que na conclusão do ponto relativo a esta problemática, o tribunal equacione as duas hipóteses, asseverando que nenhuma delas pode conduzir a uma reserva absoluta da função jurisdicional e, portanto, nenhuma é apta a indiciar a inconstitucionalidade da competência ministerial em análise.

Esta argumentação, apesar de ter o cuidado de reunir de forma correcta as diferentes perspectivas sobre o problema, falha por se revelar superficial no momento decisivo: o de saber porque se situa numa zona de fronteira ou, até, porque se situa, ainda, no processo expropriativo e, portanto, ainda expressa um interesse público administrativo. Nada é aqui mais decisivo do que a resposta a dar a estas duas interrogações. Acrescentando a isto, também não se reconhece a importância que o Tribunal parece conferir ao facto de existir recurso jurisdicional da decisão administrativa, servindo até de fundamento para que se esteja ainda a prosseguir um interesse administrativo⁵⁰². Não é,

⁵⁰⁰ Decisivo seria sempre a existência de recurso para um órgão jurisdicional.

⁵⁰¹ Falamos, naturalmente, de Vieira De Andrade e Cardoso Da Costa, cujo pensamento descrevemos *supra*.

⁵⁰² Neste sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Reserva Constitucional da Jurisdição*, in *O Direito*, Ano 123, II-III, Abril-Setembro, 1991, p. 478.

certamente, por estar previsto um recurso que o acto ministerial não produz efeitos jurídicos imediatos e, até, definitivos em casos de inércia do particular.

Em nossa opinião, este caso é paradigmático para a afirmação do critério da zona de fronteira. Trata-se de uma questão controversa, discutível, na base de saber se ainda se estará numa fase pré-conflitual, metade jurisdicional, metade administrativa, ou se se estará fora do processo expropriativo e, portanto, sem interesse público administrativo que seja prosseguível. Assim, pelo critério do Professor VIEIRA DE ANDRADE, não poderemos furtar a prática de tais actos à Administração. Mas, em bom rigor, não se vislumbra como poderá sobressair um interesse adicional e exterior à resolução da “*questão jurídica*” que é a determinação do montante da indemnização. Recorde-se que não são alegáveis considerações relativas à celeridade processual, adjacentes que estão a esse mesmo interesse jurisdicional de pacificação jurídica. Nem também, como fez o Tribunal Constitucional, serão alegáveis, com o fito de fazer ver um interesse administrativo, razões atinentes à complexidade do processo de cálculo. Se é complexo, é moroso, logo, retorna-se à questão da celeridade.

Saliente-se que, no presente caso, a Administração é já parte no processo, o que a faz, automaticamente, parte interessada. No entanto, como pudémos verificar, esta circunstância não impossibilitou o Tribunal Constitucional de entender que o acto se situava fora da reserva jurisdicional, pelo menos na sua vertente absoluta. Este critério “*posicional*” poderá ser algo equívoco, ao ter a ambição de, se parte interessada, sustentar a inadmissibilidade de tal posição, por manifesto conflito de interesses; e, se “*parte*” terceira, sustentar que estar-se-á a comportar como um verdadeiro tribunal, arbitrando um conflito que não é o seu e, portanto, indicando a natureza materialmente jurisdicional da actuação assim processada.

Resta, por fim, e para concluir o presente capítulo, abordar diretamente a questão relativa invalidação administrativa do contrato administrativo, determinando se poderá existir um interesse administrativo, extra jurisdicional, na norma hipotética que permitiria à Administração o exercício dessa competência.

Começamos por onde terminámos a reflexão anterior. Neste caso, a Administração visa conformar, invalidando, um contrato em que figura como parte. O ente público celebrou o contrato e, agora, pretende colocar-lhe termo, ou a alguma das suas cláusulas, através de uma actuação unilateral. Portanto, não está colocada na situação de ser um terceiro à relação contratual, e terá, inevitavelmente, os seus interesses próprios nessa relação ou na sua manutenção. Entendemos, apesar do fraco alcance deste subcritério, que se estará mais próximo de um acto administrativo do que de um acto jurisdicional, pelo facto de a Administração ser parte e parte interessada no conflito que ela própria resolve. A sua condição de interessada retira grande parte do cunho institucional daquilo que sempre se entendeu como constituindo um Tribunal, uma entidade terceira e acima das partes. O argumento, por vezes alegado, de que seria inadmissível a prática de certos actos por um ente público interessado e participante no conflito, é, por si, inócuo, porque carecerá, sempre, de uma premissa anterior: a de qualificar o acto como jurisdicional. Porque se trata de um argumento que tem como alvo o elemento subjectivo, o autor do acto e a questão de saber se esse autor terá o que é necessário, em termos de condições de decisão – *maxime*: imparcialidade -, para a prática desse mesmo acto, que terá de ser jurisdicional, ou não surgiria, sequer, o problema. Porque para actos que são administrativos, essas condições de decisão, simplesmente, não são necessárias.

Depois, há que qualificar do ponto de vista formal o acto que servirá de suporte a essa actuação. Tratar-se-ia de um acto administrativo, que produzirá efeitos imediatos e vinculativos, enquanto expressão de uma autotutela declarativa e executiva pertencente à Administração. O acto que invalide um contrato será eficaz perante o particular, que terá de o impugnar se discordar com o seu conteúdo. Não se está, assim, perante nenhum acto opinativo ou confirmativo, mas sim diante de mecanismo conformador do contrato.

Mas o decisivo estará em saber qual a posição que a Administração ocupa em relação à validade no contrato administrativo. Só assim poder-se-á apurar se o que a guia nessa invalidação é a mera pacificação jurídica ou um outro interesse público.

Podemos dividir o problema, tal qual acontece com o acto administrativo. Poder-se-á dizer que o que move a Administração na invalidação do contrato é o interesse público na legalidade objectiva, ou poder-se-á entender que será um interesse público actual e concreto e, portanto, um poder discricionário.

Se entendermos que se trata de um interesse público actual e concreto, a resposta não carece de grandes interrogações. Estamos perante um claríssimo acto da função administrativa. Ao actuar, aquilo que guiará a Administração terá que ser, como condição da sua própria actuação, um interesse público que, no caso, se manifeste e careça de prosseguimento. Se esse interesse público não se manifestar, não haverá, para os defensores desta tese, legitimidade para se invalidar a actuação anterior. E este interesse público sempre se distanciará daquele concernente à mera resolução de uma “*questão jurídica*”. A Administração não deteria esse poder para se substituir aos tribunais e se constituir como primeira instância, promovendo a celeridade processual ou correspondendo a uma necessidade circunstancial, como se provou suceder nos casos anteriores. É a obrigatoriedade de ponderação e de existência de interesses públicos que, através de raciocínios de proporcionalidade, sobrelevem face a interesses privados (como a tutela da confiança) o que torna a invalidação que parte desta construção imune a considerações concernentes à violação da reserva jurisdicional. No limite, teremos sempre a guarida do critério da zona de fronteira, porque nunca se tratará de um caso em que não existam dúvidas sobre a natureza jurisdicional do acto.

A dificuldade surge se adoptarmos a tese que vê na invalidação do contrato administrativo, importando o problema tal qual é equacionado para o acto administrativo, uma reposição vinculada da legalidade objectiva. A Administração, enquanto executante da legalidade e da juridicidade, teria que prover, obrigatoriamente, pela validade dos seus parâmetros e fundamentos de actuação, o que espelha uma relação de curadoria do Direito, muito semelhante, à primeira vista, daquela que assumem os tribunais.

O problema terá de ser equacionado, para as duas concepções, através do *princípio da autotutela administrativa*. É a autotutela que subjaz ao poder administrativo de definir

o Direito ao caso concreto, em termos definitivos. Etimologicamente, significa fazer justiça pelas próprias mãos, sem ter de recorrer aos meios institucionais ordinários, como são os tribunais, a hetero-tutela. E definir o Direito implica, naturalmente, que estejamos a falar de uma “*questão jurídica*”, tal qual definida por AFONSO QUEIRÓ. Assim o diz GUERRA DA FONSECA, quando fala, a respeito da autotutela, na natureza do juízo, que define como “*a apreciação de uma situação de facto, à luz do Direito, com vista à conformação de uma conduta juridicamente válida*”⁵⁰³. No seguimento, sendo o juízo uma necessidade prática existente em todo o momento de concretização do Direito, aquilo que é próprio e singular da autotutela é o objecto do juízo ser constituído pela situação fáctica do próprio sujeito do juízo. BENVENUTI afirma, até, que se trata de uma autotutela materialmente jurisdicional, mas formal e substancialmente administrativa⁵⁰⁴, cujo limite é a própria tutela jurisdicional, ou seja, os actos praticados no âmbito desse poder não poderão deixar de ser uma manifestação genuína do Direito.

Mas há uma particularidade essencial subjacente a este princípio e ao seu exercício. Este é sempre operado em benefício do sujeito que actua⁵⁰⁵. Esta característica revela uma conexão interessante com o subcritério da posição da Administração no conflito, com a sua condição, ou não, de parte ou de entidade terceira. No caso da relação laboral, estaremos fora de um espaço de autotutela, visto não existirem interesses próprios em contenda. Mas nesta situação como naquela relativa às indemnizações, esses interesses já existem, o que resulta na operatividade deste princípio e dos postulados que o acompanham. É nesta constatação, a de que a autotutela só se manifesta nos casos de tutela de um interesse próprio, que nos louvamos para sustentar a que a terceiridade da Administração inclina o peso da balança para o reduto da jurisdicionalidade e vice-versa.

⁵⁰³ Cfr. RUI GUERRA DA FONSECA, *O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública - Contributo para a sua Compreensão como problema Jurídico-Político*, Almedina, 2012, p. 272.

⁵⁰⁴ F. BENVENUTI, *Autotutela*, in Enc. Dir., Vol. IV, 1959, pp. 537 e ss. Nota para o facto de o autor equacionar este fundamento para as situações de anulação administrativa e de recurso hierárquico necessário. Louvando-se neste mesmo autor e partilhando desta visão, vide ⁵⁰⁴ LUÍS FILIPE COLLAÇO ANTUNES, *Anulação Administrativa ou Nulla Annulatio Sine Judio?*, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 79, Janeiro/Fevereiro 2010, pp. 7 e ss.

⁵⁰⁵ ⁵⁰⁵ LUÍS FILIPE COLLAÇO ANTUNES, *Anulação Administrativa ou Nulla Annulatio Sine Judio?*, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 79, Janeiro/Fevereiro 2010, p. 8.

E aquilo que subjaz a esta possibilidade de excluir a interferência do poder judicial e de dotar a actuação administrativa de imperatividade são razões de celeridade e de eficácia na sua actuação⁵⁰⁶. Perguntará o leitor, com inteira legitimidade, se tal não fará redundar esta actuação num acto jurisdicional, nos mesmos moldes com que concluímos os casos anteriores, ao asseverarmos que a celeridade não se autonomizaria do fito da pacificação sócio jurídica. Mas trata-se, aqui, de uma celeridade diversa quanto ao objecto. Esta celeridade é em relação à actuação administrativa, e aloca-se na melhor prossecução dos seus fins, tal qual se alocava à melhor resolução de “*questões jurídicas*” nos casos analisados quando respeitante à função jurisdicional. É, portanto, uma celeridade administrativa e não jurisdicional.

São estas as razões que fazem com que a invalidação de actos administrativos não seja encarada como uma eventual violação da reserva jurisdicional. E o mesmo deve suceder para o caso da invalidação contratual, em moldes que serão melhor desenvolvidos *infra*. Assim, propugnamos que, mesmo para quem sustenta que a invalidação assenta no princípio da legalidade, na reposição da legalidade objectiva, não deixaremos de estar na presença de um acto administrativo e não jurisdicional. Ainda que assim não se entendesse, sempre se poderia aplicar o critério da zona de fronteira para, já ao nível dos mecanismos das reservas, se concluir pela admissibilidade da prática deste tipo de actuações.

Pelo que se tentou demonstrar o fundamento de que a invalidação contratual seria inadmissível por penetrar, ilegitimamente, na reserva jurisdicional, não poderá colher como razão atendível para a actual opção jurídico positiva. Após a análise dos vários ângulos da Doutrina que traça o âmbito dessa reserva, apenas se terá a concluir que, tal como sucede com o acto administrativo, também uma norma que conceda o poder de invalidar contratos administrativos ao ente público não será ferida de inconstitucionalidade nem o acto dela resultante será viciado de usurpação de poderes.

⁵⁰⁶ Cfr. RUI GUERRA DA FONSECA, *O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública - Contributo para a sua Compreensão como problema Jurídico-Político*, Almedina, 2012, p. 267.

Explorados os pressupostos negativos da presente investigação, cumpre iniciar o novo passo metodológico, que procurará, de *iure condendo*, firmar as bases teóricas de uma solução a verificar, que consagre o referido poder de invalidação, permitindo à Administração anular e declarar nulos os seus contratos.

Capítulo III – A solução alternativa. Fundamentos que subjazem à solução a verificar

Procurar-se-á, nesta sede, fundar a base teórica capaz de sustentar a existência de um poder administrativo de invalidação administrativa. Ao invés da técnica utilizada no capítulo anterior, de índole negativa e de desconstrução, irá adoptar-se um percurso positivo, desenvolvendo os fundamentos passíveis de prover a uma solução diversa da que se encontra actualmente no CCP.

1. Paralelismo com o acto administrativo e a vinculação ao Princípio da legalidade

Pretende-se, a respeito deste fundamento, demonstrar que não existe uma diferença substancial entre acto administrativo e contrato administrativo que justifique uma diferença de tratamento a respeito do regime da invalidação administrativa unilateral, no sentido de a admitir em relação ao primeiro e não em relação ao segundo.

Como se discutiu a propósito da invalidação administrativa de actos administrativos, o fundamento do poder de invalidação unilateral reside na autotutela administrativa. Não obstante as discussões em torno de um fundamento mais imediato para justificar o poder de invalidação unilateral, é a autotutela administrativa que confere substrato teórico à definição do Direito em termos unilaterais e definitivos, ou seja, à imperatividade. Esta circunstância esteve sempre ligada à actuação unilateral, através da forma do acto administrativo, e aí foi sendo tradicionalmente estudada. Naturalmente, não pretendemos afirmar que a contratualização da actividade administrativa constitui, por si, uma manifestação de autotutela administrativa. Mas sim demonstrar que o espaço contratual, em si, não é fechado a formas unilaterais de actuação, como sejam o acto administrativo ou direito potestativo. O próprio elenco do artigo 302.º do CCP é disso mesmo um exemplo paradigmático, bem assim como as

previsões legais que consagram poderes potestativos ou poderes de autoridade ao longo da Parte III do CCP.

Retornando à discussão sobre o fundamento da anulação administrativa, também não se vislumbram razões para que, dentro de um contrato administrativo, não se possam cumprir ambos os fundamentos apresentados pela Doutrina do acto administrativo. Afinal de contas, o contrato administrativo, ainda que se traduza numa manifestação de auto-vinculação administrativa, é ainda parâmetro de validade da actuação jurídico-pública. Representa um processo revelador de uma legalidade complementar ou derogatória das normas dispositivas que integram o ordenamento vinculativo da Administração⁵⁰⁷. Logo, as razões de legalidade objectiva colocar-se-ão com igual acuidade, fazendo o contrato parte do bloco de legalidade⁵⁰⁸ a que cumprirá à Administração, por dever ou faculdade, sanar. Corroborando esta ideia estão os chamados contratos normativos, emanando efeitos gerais e abstractos, vinculativos para as partes e para terceiros.

Para além de tudo isto, a forma por que se exerce o poder é idêntica: o acto administrativo. Também na invalidação contratual se utilizará a forma unilateral para destruir os efeitos do contrato, o que constitui um forte indício de que a autotutela se manifesta de uma forma em tudo idêntica neste segundo caso.

Rejeitámos, *supra*, o argumento de que, ao invalidar o contrato, a Administração estaria a actuar em abuso de Direito. Nesta sede, juntamos uma outra razão: **a de que, se assim fosse, também o seria quando invalidasse actos administrativos.** Com efeito, não existe nenhuma particularidade contratual que indicie uma maior susceptibilidade no plano da boa fé, como também se tentou demonstrar no ponto dedicado à bilateralidade. O comportamento é idêntico, sendo que o que se altera é apenas a forma de actuação. Ora, a boa fé, como se viu *supra*, cristaliza uma premissa

⁵⁰⁷ Cfr. PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, 2003, p. 522.

⁵⁰⁸ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo, Vol. II*, Almedina, 2ª edição, 2011, p. 50; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Lições de Direito Administrativo, Vol. I*, Pedro Ferreira Editor, 1999, p. 86 e 87.

de que a substância deverá prevalecer sobre a forma, pelo que a concreta manifestação exterior da actuação não poderá nunca assumir um especial relevo nesta sede.

O presente fundamento da equiparação ao acto administrativo encarna, também, um forte contra-argumento para quem entende que invalidar um contrato administrativo violaria a reserva de jurisdição. Ora, se assim fosse, o problema também existiria na anulação ou declaração de nulidade de actos administrativos, uma vez que não existe uma razão de fundo, no plano da reserva de jurisdição, entre as duas situações. Todavia, a questão nem é sequer equacionada na literatura da anulação administrativa. Invalidar os actos praticados pela Administração Pública é um poder ínsito na função administrativa. Uma consequência do Estado de Direito, ou de um Estado de Juridicidade como o apelida PAULO OTERO, em que os entes públicos são protagonistas na obrigatoriedade de uma actuação conforme ao Direito.

2. O regime da invalidade derivada do contrato administrativo

A invalidade derivada é a invalidade do contrato administrativo que tem como causa um vício no procedimento de formação do contrato que, por reunir determinadas características, se irá comunicar àquele. Trata-se, como já referida *supra* na investigação, de um vício de que padece um acto administrativo, no sentido de que apenas o acto procedimental anterior, e não o contrato administrativo, terá incumprido um determinado padrão de conformidade. No entanto, no caso de esse acto anterior se revelar especialmente significativo para o conteúdo do contrato celebrado na sua sequência, entende-se que este último poderá, igualmente, sofrer a mesma cominação.

Como se apurou *supra*, a Doutrina nacional tem discutido a questão de saber de que forma e em que termos se consuma a comunicação entre a invalidade do acto pré-contratual e a invalidade do contrato administrativo. Como já referido, defendemos, a este

respeito, que a invalidade do acto procedimental, quando hábil a fundar também a invalidade do próprio contrato, se comunica, automaticamente, ao contrato, sem necessidade de uma prévia declaração, administrativa ou judicial, que decida pela invalidade desse acto pré-contratual.

Discute-se, igualmente, e no seguimento da questão anterior, se a declaração de invalidade do acto administrativo pré-contratual poderá ser administrativa, ou se terá de ser obrigatoriamente uma declaração judicial. Defendemos *supra* que essa invalidação poderá ser feita unilateralmente pela Administração. Assim, e a partir destas asserções iniciais, entendemos que nada impede que a Administração possa anular ou declarar nulo o acto de que depende a celebração do contrato, sendo que a consequência que daí advém não é conflitual com o princípio da separação de poderes.

Ora, se assim é, é também permitido, pelo menos para quem defenda a possibilidade da invalidação administrativa do acto antecedente, que a Administração exerça um poder de invalidação cujos efeitos poderão não se limitar a esse acto. Com efeito, mesmo que se entenda existir uma comunicação automática da invalidade do acto antecedente face ao contrato, a pronúncia administrativa terá a virtualidade de firmar um caso julgado administrativo, também, e ainda que indirectamente, sobre a invalidade o próprio contrato.

Contra esta afirmação alegar-se-á que a invalidação administrativa do acto antecedente não terá como objecto todos os requisitos necessários para que exista uma comunicação dessa invalidade ao contrato, nomeadamente, por não se pronunciar acerca da qualidade do vício como “(...) *causa adequada e suficiente da invalidade do contrato, designadamente por implicar uma modificação subjetiva do contrato celebrado ou uma alteração do seu conteúdo essencial*”. No entanto, tal não será assim em relação a todo o tipo de actos e de vícios, uma vez que não existe contestação que a invalidade total de um acto de adjudicação cumprirá os referidos pressupostos.

Ora, admitindo que a Administração poderá actuar no sentido de invalidar um acto antecedente, cuja invalidade se comunica ao contrato administrativo, não parece existir

fundamento para que se negue a possibilidade de esta sua declaração não poder abranger, igualmente, ainda que indirectamente, o contrato administrativo. Relembre-se, a este respeito, o sistema Espanhol, onde é consensualmente aceite a invalidação administrativa do contrato administrativo por força de um vício procedimental.

Acresce que esta conclusão é ainda mais reforçada perante o caso de ter existido uma invalidação judicial do acto precedente. Neste caso, firma-se caso julgado jurisdicional sobre essa invalidade e, portanto, pelo menos nos casos que não comportam dúvidas, uma invalidade derivada do próprio contrato, ainda que a mesma possa não estar directamente abrangida pela declaração judicial. Torna-se, assim, pouco compreensível não admitir que a Administração não possa actuar sobre o contrato, declarando administrativamente a sua invalidade, quando é patente que a mesma se verifica.

3. Paralelismo com os poderes de conformação da relação contratual

Voltemos ao Capítulo IV da Parte III do CCP, para chamarmos, de novo, à colação, os poderes de conformação contratual do contrato administrativo. O artigo 302.º do CCP prevê os já mencionados poderes de direcção, fiscalização, sanção, modificação unilateral e resolução unilateral. O artigo 307.º atribui ao exercício dos poderes deste elenco a natureza de actos administrativos.

A principal característica deste tipo de poderes é o facto de traçarem um reduto de supremacia jurídica do seu titular, a Administração, em relação ao contraente privado. A expressão “*supremacia*” é de uma índole relacional, não possuindo valor objectivo individual. Só poderá existir supremacia em relação a algo ou alguém. Neste caso, supremacia em relação ao particular ou co-contratante. E, existindo supremacia, ou seja, uma posição de vantagem, de poder, em relação a alguém, existe, imediatamente, desigualdade. O titular do poder de supremacia não está no mesmo plano circunstancial daquele que se encontra no lado passivo da equação jurídica relacional.

Ora, surge, de imediato, uma perplexidade digna de reflexão. Se existe desigualdade em matéria de execução contratual, onde deverá prevalecer o melhor

cumprimento do contrato e dos seus benefícios económicos e de interesse público, por que razão, em matéria de legalidade ou de juridicidade, vigora um sistema de plena e harmoniosa igualdade? Em nossa opinião, essa disparidade não se justifica. Com efeito, não se compreende por que circunstâncias não previstas ou uma nova ponderação de interesse público⁵⁰⁹ podem fundamentar uma modificação unilateral do contrato ou até resolvê-lo⁵¹⁰, ao mesmo tempo que é negada a reposição da legalidade contratual.

Não existe, salvo melhor opinião, um tratamento coerente desta matéria por parte do legislador do nosso código. Onde talvez fosse justificado um maior desequilíbrio— em questões de validade — é onde se verifica um maior cuidado com o equilíbrio e a igualdade de armas. E onde se deveria limitar, assaz, a discricionariedade administrativa que advém das reponderações com consequências para a conformação do contrato, encontramos um sistema bastante concedente para a Administração.

Por este exercício de confrontação do poder de invalidação unilateral do contrato com os actuais poderes de conformação contratual se deslinda um novo fundamento capaz de sustentar uma solução diversa da que o Código oferece. Esta via argumentativa é especialmente eficaz para dar resposta aos argumentos que perfilham que um sistema de poderes que conferisse o tal poder de invalidação administrativa seria demasiado desequilibrado e concedente para o lado do ente público, desfigurando o contrato num instrumento em nada diferente da via autoritária unilateral. Ora, se assim é, então terá que se repensar todo o actual sistema, pois esse desequilíbrio já se manifesta tal qual encontramos o artigo 302.º do CCP.

⁵⁰⁹ Como prevê o artigo 312.º do CCP e as suas alíneas a) e b).

⁵¹⁰ Como dispõe o artigo 334.º do CCP.

4. As recomendações do Tribunal de Contas

A contratação pública assume, actualmente, uma relevância financeira significativa na estrutura de actividade do Estado⁵¹¹. E, se é assim, esta torna-se, também, num importante objecto da jurisdição do Tribunal de Contas, órgão de soberania ao qual a Constituição confiou a tarefa de controlar a utilização dos dinheiros públicos⁵¹². Em matéria contratual pública, o Tribunal de Contas está contemplado com três ordens de poderes: (i) *fiscalização prévia*; (ii) *controlo financeiro e auditoria* e (iii) *poderes de efectivação de responsabilidades*.

Dos três tipos de poderes, importa reflectir acerca do segundo, relativo ao controlo financeiro e à auditoria. Este grupo de competências pode, também, como sempre acontece, ser enquadrado de um ângulo diferente, de ordem cronológica, que dá pelo nome de *fiscalização concomitante*⁵¹³ do Tribunal de Contas, contrastando directamente com a chamada *fiscalização prévia*. Neste poder de fiscalização concomitante, e no que à contratação pública concerne, o Tribunal acompanha a execução de todos os actos e contratos, concretizando-se a mesma na realização de auditorias cujo objecto não respeita a aspectos formais relacionados com a formação do contrato, mas antes com questões substanciais de utilização do erário público⁵¹⁴, tal como vem estabelecido no número 1 do artigo 49.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto.

No âmbito desta fiscalização, o Tribunal socorre-se de um instrumento jurídico de especial importância e que, para a presente problemática, se revela essencial compreender: as *recomendações*. Tanto na fiscalização prévia como na sucessiva e concomitante, estas assumem uma importância decisiva como instrumentos de incentivo pedagógico de

⁵¹¹ Cfr. JOSÉ F. F. TAVARES, *Os Contratos Públicos e a sua Fiscalização pelo Tribunal de Contas*, in Estudos de Contratação Pública, Vol. I, Organização: Pedro Gonçalves, Coimbra Editora, 2008, p. 971.

⁵¹² Para uma resenha histórica do tratamento legislativo e constituinte deste órgão jurisdicional, vide: GUILHERME OLIVEIRA MARTINS, *O Tribunal de Contas e a Actividade Contratual Pública*, in Revista de Contratos Públicos, n.º 1, Cedipre, Janeiro-Abril 2011.

⁵¹³ Amiúdes vezes, a expressão “concomitante” surge ligada à expressão “sucessiva”. No entanto, apenas será o exercício desta última quanto aos actos e contratos que já tenham sido executados.

⁵¹⁴ Cfr. GUILHERME OLIVEIRA MARTINS, *O Tribunal de Contas e a Actividade Contratual Pública*, in Revista de Contratos Públicos, n.º 1, Cedipre, Janeiro-Abril 2011, p. 15.

boas práticas da Administração⁵¹⁵. No âmbito da fiscalização concomitante e das respectivas auditorias, as recomendações surgem como importantes instrumentos de correcção de eventuais deficiências ou irregularidades identificadas⁵¹⁶, cujo destaque, em termos de efectividade, vai para as posteriores consequências ao nível da responsabilidade financeira⁵¹⁷.

Perante esta configuração de competências, em que o Tribunal de Contas também se pronuncia sobre questões de legalidade, o que equivale a dizer que pode ajuizar sobre a validade de contratos administrativos, poderão proporcionar-se situações assistemáticas. Pense-se no seguinte exemplo: o Tribunal de Contas julga, após uma auditoria, determinado contrato como inválido, porque o mesmo violava uma norma de cariz financeiro. Com isso, elabora a sua recomendação ao ente público. Nessa recomendação, vai dito e recomendado à Administração que esta anule ou declare nulo (conforme a natureza do vício) o contrato administrativo. Ora, e como se viu, a Administração não tem meios para o fazer, porque segundo o regime legal positivo, precisa do acordo do particular ou da chancela do Tribunal Administrativo. O particular passa, assim, a obstar ao cumprimento de uma recomendação do Tribunal de Contas, com as consequências que tal acarreta em termos de responsabilidade financeira.

Trata-se de uma situação bizarra, que põe a nu mais uma incoerência de um sistema que impede à Administração que coloque um fim à invalidade do contrato que executa, mas que a torna refém de uma recomendação de um órgão jurisdicional. Como se pensa ter demonstrado, a questão não foi pensada em termos universais, globalizantes, o que a torna precária perante quem defende que tal é absolutamente incontestável.

⁵¹⁵ Cfr. GUILHERME OLIVEIRA MARTINS, *O Tribunal de Contas e a Actividade Contratual Pública*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, Cedipre, Janeiro-Abril 2011, p. 15.

⁵¹⁶ Cfr. GUILHERME OLIVEIRA MARTINS, *O Tribunal de Contas e a Actividade Contratual Pública*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, Cedipre, Janeiro-Abril 2011, p. 17.

⁵¹⁷ Para uma reflexão em torno da natureza jurídica da recomendação do Tribunal de Contas, vide: JOSÉ F. F. TAVARES, *Reflexões sobre o Conceito, a Natureza e o Regime das Recomendações do Tribunal de Contas*, in *Estudos de Administração e Finanças Públicas*, Almedina, 2.ª Edição, 2014.

Capítulo IV - Operatividade da solução a verificar

O presente capítulo é dedicado a explorar duas questões que surgiriam a respeito de uma eventual norma que que previsse a possibilidade de a Administração invalidar unilateralmente contratos administrativos. O primeiro tem que ver com o tipo de invalidades de que se poderá socorrer para fundamentar a “*causa de pedir*” da sua anulação ou declaração de nulidade. O segundo, relacionado com o meio de reação contenciosa disponível à outra parte no contrato.

1. Delimitação do âmbito da validade “*disponível*”

O que, fundamentalmente, se quer apresentar para reflexão é a questão de saber se qualquer invalidade poderá ser fundamento para que a Administração possa anular ou declarar nulo o contrato, ou se existirá um limite em relação a esse poder. Concretamente, procura-se saber se essa possibilidade estará, ou não, restrita, apenas, às chamadas “*invalidades administrativas*”.

Tomemos como exemplo a seguinte situação. Durante a celebração do contrato, o contraente privado fez-se representar por determinada pessoa, que se veio a saber, posteriormente, que não possuía esses poderes de representação, o que constitui um vício que torna o contrato inválido. Terá a Administração legitimidade, sendo contraente no mesmo contrato, para poder invalidá-lo, mesmo sabendo que o vício que enferma esse mesmo contrato nada tem que ver com qualquer consideração administrativa ou sequer de Direito Público? Seria mais coerente limitar essa possibilidade à Administração e apenas possibilitá-la ao contraente privado, neste caso à parte que se viu deficientemente representada ou aos respectivos interessados, na medida em que não parece existir no presente caso, qualquer interesse público digno de relevo que possibilite ou até obrigue a Administração a invalidar contrato. Na verdade, e retornando à análise dos fundamentos da invalidação contratual unilateral, apenas para os

defensores da tese de que existe um dever de invalidação é que a questão pode apresentar obstáculos. Para quem defende que deve existir um interesse público adicional ao da reposição da legalidade violada, está claro que deve existir uma limitação para o espectro de invalidades em relação às quais a Administração poderá actuar. Mas mesmo para os apoiantes da teoria do dever, haverá que operar uma restrição do âmbito dessa obrigação, através de uma correcta interpretação teleológica do que preside à aplicação, neste caso, do Princípio da legalidade.

Atentemos, agora, num outro exemplo, que se reporta a um outro grupo de vícios em que o mesmo problema se suscita: os vícios da vontade. Imagine-se que o contrato é inválido porque o vício que o enferma se relaciona com um problema de vontade viciada do contraente particular. Neste novo problema, existem diferentes pistas de resolução, no que ao direito positivo diz respeito. O número 3 do artigo 284.º do CCP postula que, no que diz respeito à falta e vícios da vontade, são aplicadas as disposições do Código Civil⁵¹⁸. Esta norma já resultava do número 2 do artigo 185.º do CPA, actualmente revogado que também já remetia para os artigos 240.º a 257.º do Código Civil.

No entanto, da leitura dos artigos do Código Civil, não resulta a limitação de invocação da invalidade que aqui se sustenta para a Administração. Com efeito, para além de algumas excepções⁵¹⁹ circunstanciais, a regra é a da livre invocação do vício por ambas as partes. No entanto e apesar de ser assim em Direito Civil e de existir norma remissiva que aponta para a aplicação deste regime, não podemos advogar que a Administração possa, sempre, fazer uso do seu poder perante um vício da vontade do seu co-contratante. Pelo contrário, entendemos que a sua legitimidade em relação a invocação de vícios do contrato deverá sofrer limitações. De facto, e como bem refere ANDRÉ SALGADO DE MATOS, apesar de existir uma remissão para um diferente ramo do Direito, isso não significa que tenhamos que nos guiar interpretativamente

⁵¹⁸ Para uma visão do regime anterior e para um crítica bem fundamentada ao próprio preceito, vide: ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Os Vícios da Declaração nos Contratos Administrativos*, Relatório de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Policopiado, 1998, pp. 53 e ss.

⁵¹⁹ O que sucede com o artigo 243.º, em relação aos terceiros de boa fé no caso de simulação.

pelas luzes desse ramo de Direito. Pelo contrário, ao operar-se a importação, as normas passam a ser enquadradas pela axiologia própria do ramo receptor, neste caso, o Direito Administrativo⁵²⁰. Para além disso, sempre se fará uso do artigo 287.º do Código Civil, concernente ao regime civil da anulabilidade, que estipula que “[s]ó têm legitimidade para arguir a anulabilidade as pessoas em cujo interesse a lei a estabelece (...)”. Ora, eis a base normativa suficiente para que, apenas através do regime civil, se consiga extrair a conclusão que propugnamos. O mesmo já não sucede quanto à nulidade civil, invocável, regra geral, por qualquer interessado – Cfr. artigo 286.º do Código Civil. Aí poderá operar-se a restrição de legitimidade, até porque, e com recurso ao artigo 280.º do Código Civil, o negócio inválido por vício da vontade não constitui, em bom rigor, uma violação da legalidade, mas apenas uma circunstância a que o legislador atribui a relevância negativa da nulidade.

2. Meios de reacção contenciosa do co-contratante

Perante a hipotética actuação administrativa que invalide um contrato administrativo, cabe saber de que forma poderá o destinatário dessa actuação reagir perante a mesma.

A resposta a tal questão depende da resolução de um ponto prévio, que se relaciona com a natureza jurídica da pronúncia contratual relativa à intenção de invalidar o contrato administrativo. Trata-se de problemática semelhante à que tem vindo a ser discutida em sede de poderes de conformação contratual⁵²¹. Ou seja, saber se se estará perante um verdadeiro acto administrativo, manifestação palpável de um anterior poder de autoridade; ou, pelo contrário, perante uma declaração de vontade, resultante do exercício de um direito potestativo. A este respeito, e como já referido, entendemos que se tratará de um verdadeiro acto administrativo.

⁵²⁰ Cfr. ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Os Vícios da Declaração nos Contratos Administrativos*, Relatório de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Policopiado, 1998, p. 54.

⁵²¹ Sobre o problema, com uma perspectiva recente, vide, a título meramente exemplificativo: ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012.

Mas a referida qualificação não se afigura isenta de dúvidas, uma vez que a invalidação é encarada, no Direito Privado, como um direito potestativo de exercício judicial e dado que, atentando para os critérios adiantados pela Doutrina para operar a referida distinção entre poder de autoridade e poder potestativo, este poder não parece adequar-se a nenhum desses referidos critérios.

Determinada essa natureza jurídica, a determinação do modo de reacção contenciosa do contraente particular afigura-se clara. Se o ente público notificar o seu co-contratante de que pretende anular ou declarar nulo o contrato, o particular terá que fazer uso da acção administrativa de impugnação de actos administrativos prevista nos artigos 50.º e seguintes do CPTA. O acto, se apenas resultar numa errada interpretação das normas legais e tiver, erroneamente, julgado inválido o contrato, será anulável, por erro nos pressupostos, como prevê o artigo 163.º do CPA. O prazo para o fazer será, então, de três meses, de acordo com a alínea b) do número 1 do artigo 58.º do CPTA.

PARTE V

-

CONCLUSÕES

1. Cumpre traçar, em linhas gerais, as conclusões resultantes da presente investigação, cujo principal fito foi o de perscrutar os fundamentos teóricos em torno da solução legal relativa à *declaração administrativa de invalidade dos contratos administrativos*.
2. Poder-se-á definir a *declaração* como o substrato que enforma a actuação que aqui se pretende estudar. Trata-se, em suma, da palpabilidade através da qual uma determinada posição jurídica é exercida por um sujeito jurídico.
3. A figura da *declaração* será, assim, ampla o suficiente para englobar, com conforto conceptual, a figura do acto administrativo, na medida em que esta última figura é, também, uma manifestação de um determinado poder público de autoridade, constituindo o momento corpóreo do seu exercício.
4. No âmbito da relação jurídica contratual administrativa e da problemática dos poderes de conformação da relação contratual, surgem diversas possibilidades de actuação administrativa que têm vindo a ser elencadas pela Doutrina e que se traduzem em *declarações negociais*, *declarações de vontade*, *actos administrativos* e *actos opinativos*.
5. O conceito de *declaração de vontade* não se confunde com o de *declaração negocial*, podendo abranger actos jurídicos simples que não sejam destinados a uma vontade que almeje a formação de um conteúdo negocial. Assim, apenas o conceito de *declaração de vontade* se revela apto para expressar uma actuação sustentada num direito potestativo.

6. A invalidade situa-se num plano mais restrito face a outras formas de anti juridicidade, distinguindo-se, conceptualmente, da ilicitude e da ilegalidade, traduzindo-se numa desconformidade de uma determinada conduta face a um padrão de conformidade vinculativo, em termos de incumprimento dos requisitos impostos pela juridicidade que enforma esse padrão de conformidade e que vincula o decisor administrativo.
7. A respeito da invalidade do contrato administrativo, a mesma divide-se, cronologicamente, entre **invalidade derivada** e **invalidade própria**, consoante a causa invalidante provenha de um vício procedimental relativo à fase pré-contratual que tenha antecedido a sua celebração ou se situe no conteúdo do contrato.
8. O regime da **invalidade derivada** do artigo 283.º do CCP é dual, tratando, com as respectivas diferenças, a nulidade e a anulabilidade derivadas no contrato administrativo.
9. A respeito do regime da invalidade derivada, entendemos que a invalidade do acto pré-contratual se comunica automaticamente ao contrato, sem necessidade de declaração prévia de invalidade, uma vez que a declaração (judicial ou administrativa) opera num plano diferente, atinente aos efeitos da invalidade e não ao da existência da invalidade.
10. Entendemos, igualmente, que nada impede que a Administração possa anular ou declarar nulo o acto de que depende a celebração do contrato, porque a consequência que daí advém não é conflitual com o Princípio da separação de poderes, o que obnubila a necessidade de operar algum tipo de concordância prática. A Administração não estará a invalidar o contrato, mas somente a torna-lo inválido, sem que o possa invalidar. Gera-se, assim, uma caricata situação em que um órgão

administrativo tem o poder de provocar a invalidade de um acto mas não tem o poder legal de o invalidar.

- 11.** Analisando o tema da *declaração administrativa de invalidade dos contratos administrativos* de uma perspectiva histórica, conclui-se que a caminhada cronológica dos poderes de conformação contratual pode ser dividida em três momentos fundamentais: (i) um período que compreende o momento anterior à entrada em vigor do CPA; (ii) um período posterior ao da entrada em vigor do CPA, mas anterior à entrada em vigor do CCP e (iii) o actual período, que se iniciou após a entrada em vigor do CCP, que confere, por isso, uma regulação final da matéria.
- 12.** No primeiro período, a norma base reguladora dos poderes de conformação contratual era a que se encontrava presente no artigo 851.º do Código Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 31095, de 31 de Dezembro de 1940 e que, no que tocava a questões de validade, permitia à Administração anular ou declarar nulo o contrato administrativo.
- 13.** Em 1984, com a entrada em vigor do ETAF, o artigo 851.º do Código Administrativo foi revogado, e substituído pelo número 3 do artigo 9.º e pela alínea g) do número 1 do artigo 51.º, que, ao omitir a questão da validade do contrato administrativo, não admitia a invalidação unilateral do mesmo pela Administração.
- 14.** Com a entrada em vigor do (antigo) CPA, voltou-se a regulamentar a matéria. Desta feita, com um intuito mais totalizante, consagrando (i) um elenco dos poderes da Administração no contrato administrativo; (ii) uma tomada de posição quanto à sua natureza jurídica e ainda (iii) uma norma quanto à força executiva dos actos administrativos contratuais.

15. Actualmente, a norma reguladora desta questão é a do número 1 do artigo 307.º do CCP, que nega, expressamente, a invalidação administrativa do contrato administrativo, qualificando a respectiva pronúncia como uma declaração negocial.
16. O Direito Comparado revelou que não existe uma uniformização de tratamento em relação a esta questão, mesmo apesar da regulamentação Europeia a este respeito.
17. No ordenamento Espanhol, a Administração Pública **pode interpretar e invalidar contratos administrativos, com eficácia externa**, enquanto manifestação de uma prerrogativa sua.
18. Em França, a Administração não pode invalidar unilateralmente o contrato, sendo o sistema positivo Francês muito semelhante ao Português, ao consagrar os poderes de direcção e fiscalização, sanção, modificação e resolução unilateral, mas omitindo a anulação administrativa do contrato.
19. Em Itália, o contrato administrativo também só poderá ser anulado e declarado nulo pelo juiz ordinário. No entanto, existem algumas causas de resolução contratual que têm subjacente verdadeiros eventos invalidantes do contrato, obrigando o contraente público a actuar sobre essa invalidade, com efeitos extintivos sobre o contrato.
20. Na Alemanha, a regra é a do exercício por acto jurídico simples (*maxime*: direito potestativo) e não por acto administrativo, dada a aversão germânica ao desequilíbrio contratual, pelo que essa invalidação administrativa unilateral não é possível.
21. Na Parte III da investigação, propusemo-nos a debater o problema da declaração administrativa de invalidade sob uma outra perspectiva: pressupondo uma declaração sobre a invalidade do contrato administrativo e perscrutando as várias

hipóteses interpretativas e aplicativas fornecidas pela norma do número 1 do artigo 307.º do CCP.

22. Impõem-se duas soluções possíveis sobre a questão de saber como deverá ser qualificada uma pronúncia administrativa, emitida num contrato administrativo, a respeito da validade do contrato:

- (i) Deverá essa pronúncia administrativa ser qualificada como uma verdadeira *declaração negocial*, que aguarda o acordo do co-contratante para que se forme um futuro contrato?
- (i) Ou deverá antes ser entendida como um acto administrativo cujos efeitos apenas se poderão produzir com a aceitação do co-contratante face à sua emissão?

23. A qualificar-se como um acto administrativo, a aceitação seria a condição suspensiva a que estaria sujeito o acto de invalidação. Essa condição, uma vez que não se traria de uma condição arbitrária e resultaria de uma disposição legal, seria admissível.

24. No entanto, propugnamos pela **natureza co-constitutiva da aceitação do co-contratante**, com base em dois argumentos: (i) um **argumento de ordem literal** e (ii) um **argumento de ordem teleológica e sistemática**.

25. No que ao argumento literal diz respeito, impõem-se duas ordens de razões: em primeiro lugar, e como a expressão declaração negocial se refere apenas à expressão de uma vontade negocial tendente à formação de um negócio jurídico, deverá preservar-se este sentido restrito da mesma. Em segundo lugar, a expressão *acordo* indicia um intuito negocial a respeito da manifestação de vontade por parte do co-contratante, o que se torna especialmente impressivo pela própria definição de contrato como um acordo de vontades regulado pela ordem jurídica.

26. No que diz respeito ao argumento de ordem teleológica e sistemática, estes elementos interpretativos apontam, em nossa opinião, para um papel constitutivo da manifestação de vontade exercida pelo co-contratante.
27. Em primeiro lugar, devido à organização sistemática do artigo 307.º do CCP, que se encontra dividido em duas partes, estando consagrado em termos de regra-excepção, assumindo o acto administrativo contratual contornos excepcionais.
28. Em segundo lugar, porque não existe qualquer posição de vantagem a respeito das questões de invalidade, ao contrário do que sucede com alguns dos poderes vertidos na Parte III do CCP, a respeito da execução contratual, o que parece impossibilitar a identificação de um poder de autoridade apenas com recurso à norma geral do número 1 do artigo 307.º do CCP.
29. No entanto, o contraente público conserva, como qualquer contraente e à semelhança do Direito Privado, o direito potestativo, de exercício judicial, de invalidação do contrato administrativo. Esta referência à invalidação judicial do contrato não tem aqui um significado de somenos: o de confirmar a inexistência de qualquer posição de supremacia de exercício unilateral extrajudicial.
30. Não aceitando a proposta negocial de invalidação do contrato, a Administração não conseguirá, por si, produzir os respectivos efeitos jurídicos dessa invalidação, pelo que terá, aí sim, de recorrer à via judicial, utilizando a acção administrativa contemplada na alínea l) do número 1 do artigo 37.º do CPTA.
31. . A norma do número 1 do artigo 307.º do CCP confere, assim, **o fundamento jurídico para que se celebre um contrato relativo à invalidação de um contrato administrativo**. O referido acordo deverá, pois, qualificar-se como uma revogação contratual, a qual corresponde, juridicamente, a um negócio de *distrate*, onde, por via de um acordo, as partes extinguem a relação jurídica contratual.

32. Na Parte IV, propusemo-nos a averiguar o tipo de pronúncias contratuais exercidas unilateralmente no seio do contrato administrativo: acto administrativo e direito potestativo.
33. Em confronto com o exercício de um direito potestativo de exercício extrajudicial – que manifesta o exercício de uma *autotutela privada* -, a exorbitância da forma do acto administrativo não se revela na fase *declarativa*, isto é, na capacidade de impor unilateralmente modificações na esfera jurídica de outrem, uma vez que um direito potestativo está apto a, igualmente, impor essa modificação. O que distingue, do ponto de vista da sua eficácia jurídica, as duas formas de actuação, é o momento executivo.
34. O conceito de *autotutela executiva* encerra em si dois conceitos distintos: o de *executividade* e de *executoriedade*, os quais se devem distinguir com clareza para boa interpretação do regime legal do CCP quanto à execução de actos administrativos.
35. A *executividade* pode ser definida como a qualidade de um determinado acto se erigir em título executivo, por si só e sem necessidade de uma declaração judicial para tanto. A *executoriedade* revela-se em momento posterior, respeitante à fase executiva, na medida em que se define como a susceptibilidade de um determinado acto poder se executado unilateralmente pelo seu autor, sem recurso ao poder judicial e, portanto, sem recurso a uma acção executiva que tramite a referida execução.
36. A mera executividade destas pronúncias é, assim, suficiente para as diferenciar da actuação por via de um direito potestativo, uma vez que este não se converte em título executivo para posterior execução judicial.
37. O direito potestativo poderá ser dividido em dois grandes grupos, cuja distinção se revela de importância capital para a presente investigação: aquela que

contrapõe *direitos potestativos de exercício judicial e de exercício extrajudicial*.

38. O primeiro tipo de direitos potestativos apenas poderá ser exercido através de acção judicial. A sentença que der razão ao titular do direito será constitutiva, pois apenas ela, ou seja, apenas o plano judicial, operou a modificação da ordem jurídica.
39. O segundo tipo de direitos não necessita (em certos casos não pode) de ser exercido pela via judicial, operando com toda a plenitude com a mera declaração de vontade emitida pelo seu titular no momento do seu exercício. A alteração da ordem jurídica, reunidos os pressupostos do direito e as condições do seu exercício, far-se-á nesse momento. Um eventual litígio judicial apenas redundará na verificação judicial desses mesmos pressupostos e a sentença adveniente será de mera apreciação e já não constitutiva.
40. Para proceder à distinção entre direito potestativo e acto administrativo, a Doutrina e a Jurisprudência têm elencado diversos critérios. Entendemos, no seguimento, de RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, que se estará perante um poder de autoridade quando perante (i) a *produção de efeitos de Direito apenas passíveis de título público*; quando perante (ii) o *exercício de poderes normativos*; quando perante o (iii) *exercício de poderes inscritos no elenco legal de poderes de conformação contratual* e quando (iv) *tal resulte objectivamente do teor da regulação normativa em causa*.
41. Em relação a este último subcritério, entendemos, no entanto, que a distinção deverá operar também através dos aspectos de regime que impliquem a qualificação como acto administrativo, como sejam a existência de um qualquer tipo de *autotutela executiva* que, como se viu, não é possível existir num mero direito potestativo.

42. O legislador nacional dedica ao tema uma norma específica: o número 1 do artigo 307.º do CCP, onde cristalizou a intenção de proceder a uma estabilização legal do problema e estipulou que **as declarações do contraente público, sobre validade e interpretação, não revestem a natureza de actos administrativos, mas de meras declarações negociais.**
43. De seguida, propusemo-nos a adiantar quatro eventuais fundamentos teóricos que pudessem estar na base da opção legislativa que hoje encontramos.
44. O primeiro concerne a um alegado *Fundamento Histórico*. Aqui, constatámos que vigorou, durante mais tempo, uma solução contrária, ou seja, que admitia essa prerrogativa à Administração.
45. Conclui-se, assim, que a História não é capaz de explicar o actual *status quo*, sendo até geradora de uma certa perplexidade quanto às certezas verbalizadas quanto ao presente.
46. Depois, tentou-se a via da *Bilateralidade*, no sentido de que, por existir um contrato, que consagra uma manifestação de um acordo de vontades, essa solução não poderia coexistir com o referido enquadramento jurídico.
47. Aqui, começou-se por tratar do regime concernente à invalidação dos actos administrativos, de onde se concluiu que essa possibilidade não é nem nunca foi contestada.
48. Para além disso, os fundamentos elencados para fundamentar essa invalidação não são estranhos à figura do contrato administrativo mas nenhum deles tem como preocupação especial a figura do destinatário, enquanto parte.

49. Quanto à lição do Direito Privado, surgiram conclusões tão peculiares como interessantes: a questão nesse ramo não é líquida no Direito nacional e é aceite pacificamente no Direito Alemão.
50. Em relação ao fundamento relativo ao *Abuso de Direito*, conclui-se que não se poderá enquadrar a invalidação administrativa nem na figura do *tu quoque* nem no *venire contra factum proprium*, pelo que também este fundamento se revela imprestável.
51. Com efeito, não cremos que tenha sido por força da aplicação de uma ponderação de *tu quoque* que o legislador tenha suprimido este exercício do direito de invalidação extrajudicial. Não apenas por este ter uma força marginal, mas por um exercício de comparação, na medida em que o homónimo direito de exercício judicial existe e até se encontra previsto expressamente no número 1 do artigo 307.º, pelo que não faria sentido, por motivos de abuso de direito, suprimir o primeiro e admitir o segundo. Acresce que, a ser assim, muito mais facilmente cairia em abuso de direito a anulação administrativa de actos administrativos, esta com a agravante de não ter tido nenhuma declaração de vontade constitutiva de qualquer acto jurídico bilateral.
52. O *venire contra factum proprium* sofre ainda do mesmo contra-argumento já elencado em relação à figura do *tu quoque*: o facto de o legislador ter permitido uma invalidação judicial do contrato a suscitar por uma das partes sem o consentimento da outra.
53. Por fim, e como sustentáculo mais plausível, enveredámos pelas considerações relativas à *Separação de Poderes*;
54. Mas mesmo no seu reduto mais resistente, demonstrámos que não se trata de um problema de violação da reserva jurisdicional, porque, após a delimitação rigorosa

dessa mesma reserva, a mesma não é violada ao consagrar-se a invalidação unilateral do contrato administrativo.

55. O que caracteriza, na essencialidade, um acto da função jurisdicional, são três realidades: (i) o facto de se dirigir à resolução de uma questão jurídica pela via da extrinsecação e da declaração do Direito; (ii) ser praticado de acordo com uma perspectiva exclusivamente jurídica e (iii) prosseguir, **a título principal**, o interesse público da realização da justiça.
56. A Administração, ao invalidar o contrato, irá elaborar um juízo individual sobre a conformidade desse contrato com a ordem jurídica. Debruçar-se-á, através de uma operação intelectual metodológica, sobre o conteúdo das cláusulas e irá confrontá-las com os comandos jurídicos advenientes das normas jurídicas tal qual interpretadas por ela. Como produto deste exercício, resultará um juízo ou de validade ou de invalidade, que poderá afectar o contrato na sua totalidade ou parcialmente.
57. Ora, semelhante actividade redundará invariavelmente, numa “*questão de Direito*”, porquanto se tratará sempre de uma “*verificação ou não verificação em concreto de uma ofensa ou violação da ordem jurídica*”. O passo mais complexo é, no entanto, o seguinte: determinar a existência, ou não, de um outro interesse público para além daquele concernente à resolução da referida “*questão jurídica*”.
58. Entendemos que se estará mais próximo de um acto administrativo do que de um acto jurisdicional, pelo facto de a Administração ser parte e parte interessada no conflito que ela própria resolve.
59. Poder-se-á defender que o que move a Administração na invalidação do contrato é o interesse público na legalidade objectiva, ou poder-se-á entender que será um interesse público actual e concreto e, portanto, um poder discricionário.

- 60.** Se se entender que se trata de um interesse público actual e concreto, a resposta não carece de grandes interrogações, na medida em que se estará perante um claríssimo acto da função administrativa.
- 61.** Mas mesmo para quem defenda que se estará perante uma reposição vinculada da legalidade objectiva, não existirá uma violação da reserva jurisdicional a respeito do acto de invalidação de um contrato administrativo.
- 62.** O problema terá de ser equacionado, para as duas concepções, através do Princípio da *autotuela administrativa*. Ora, o que subjaz a esta possibilidade de excluir a interferência do poder judicial e de dotar a actuação administrativa de imperatividade são razões de celeridade e de eficácia na sua actuação.
- 63.** Esta celeridade reporta-se à actuação administrativa e aloca-se na melhor prossecução dos seus fins, tal qual se alocava à melhor resolução de “*questões jurídicas*” nos casos analisados quando respeitante à função jurisdicional. É, portanto, uma celeridade administrativa e não jurisdicional.
- 64.** Pelo que, por ainda existir um interesse administrativo no âmbito da actuação invalidante, deverá negar-se a existência de uma ingerência ilícita na esfera de competência jurisdicional, o que afasta também este fundamento como válido para justificar a actual solução legal positiva.
- 65.** Posteriormente, elencámos os motivos teóricos que justificam uma diferente solução por parte do nosso regime de Direito positivo.
- 66.** De facto, tornam-se especialmente relevantes nesta sede os paralelismos com o acto administrativo e com os poderes de conformação da relação contratual, propugnando-se uma articulação coerente entre estas diferentes realidades. Assim

como com o regime das recomendações do Tribunal de Contas e da invalidade derivada do contrato administrativo.

67. Por fim, e já com uma solução de *iure condendo* em vista, delimitou-se o espaço de legalidade administrativa que seria objecto de invalidação, optando-se por uma solução restritiva, sem esquecer os meios de reacção contenciosa do particular.

BIBLIOGRAFIA

ALARCÃO, Rui de, *Invalidades dos Negócios Jurídicos*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 89, Outubro, Lisboa 1954;

ALEXANDRA LEITÃO, *A eficácia dos atos administrativos no novo Código do Procedimento Administrativo. Em especial, a eficácia retroactiva*, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL Editora, 2.ª Edição, 2015;

ALEXANDRA LEITÃO, *A eficácia dos atos administrativos no novo Código do Procedimento Administrativo. Em especial, a eficácia retroactiva*, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL Editora, 2.ª Edição, 2015;

ALEXANDRA LEITÃO, *Duas questões a propósito da responsabilidade extracontratual por (f)actos ilícitos e culposos praticados no exercício da função administrativa: da responsabilidade civil à responsabilidade pública. Ilicitude e presunção de culpa*, p. 10, disponível em www.icjp.pt

ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Contratos Públicos. Parte Geral*, AAFDL, 2014;

ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, Coimbra, 2011;

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, Almedina, 5.ª Edição, 1991;

ALVES CORREIA, Jorge, *Contrato e poder público administrativo – em especial, os “novos” contratos com objecto passível de regulamento administrativo*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, IV, Coimbra Editora, 2012;

AMADO GOMES, Carla, *A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos*, in *Textos Dispersos de Direito Administrativo*, AAFDL, 2013;

ANDRADE SILVA, Jorge, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, Almedina, 2.^a Edição, 2009;

ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado, Vol. II*, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 1997;

ANTUNES VARELA, João, *Das Obrigações em Geral, Vol. I*, Almedina, 7.^a Edição, 1991;

ANTUNES, TIAGO, Anotação ao n.º 1 do artigo 9.º, in *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência*, AAFDL Editora, 2017;

ARCASENSA, Assunta, *L'esercizio del potere di autotutela dopo la stipula del contratto*, in *Italiappalti.it*, 20 de Julho de 2017. Artigo disponível em http://italiappalti.it/public/articoli_pdf/3499.pdf;

AROSO DE ALMEIDA, Mário e FERNANDES CADILHA, Carlos Alberto, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Almedina, 4.^a Edição, 2017;

AROSO DE ALMEIDA, Mário, *Contratos Administrativos e Regime da sua Modificação no novo Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos em Homenagem a Sérvulo Correia*, Vol. II, Almedina, 2010;

AROSO DE ALMEIDA, Mário, *Contratos Administrativos e Poderes de Conformação do Contraente Público no novo Código dos Contratos Públicos*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 66, Novembro/Dezembro 2007;

AVEIRO PEREIRA, João, *A Função Jurisdicional*, in *O Direito*, Ano 133, I, Janeiro-Março, Editora Internacional, 2001;

BACA ONETO, Víctor Sebastián, *La Invalidez de los Contratos Públicos*, Thomson – Civitas, 2006;

BAPTISTA MACHADO, João, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, 13.^a Reimpressão, 2002;

BAPTISTA MACHADO, João, *Tutela da Confiança e “Venire Contra Factum Proprium”*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3726, Coimbra Editora, 1985;

BARROSO, IVO MIGUEL, *Ilegalidade e Ilícitude na Responsabilidade Civil Extra-Contratual do Estado-Administração*, versão não publicada de relatório do Seminário de Contencioso Administrativo do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano lectivo 2003/2004;

BELLOMO, Francesco, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Volume 2, CEDAM, 2009;

BENVENUTI, F., *Autotutela*, in Enc. Dir., Vol. IV, 1959;

CABRAL DE MONCADA, Luís, *A invalidade do Contrato Administrativo*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume IV, Coimbra Editora, 2012;

CAETANO, Marcello, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional, Tomo I*, Almedina, 6.^a Edição, 2006;

CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo. Tomo I*, Almedina, 10.^a Edição, 1991;

CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo, Vol.II*, Almedina, 9.^a Edição, 1980;

CALDEIRA, Marco, *A figura da “Anulação Administrativa” no novo Código do Procedimento Administrativo de 2015*, in *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*, AAFDL, 2015;

CARDOSO DA COSTA, J. P., *A Fixação das Indemnizações por Nacionalização e o Princípio da Reserva do Juiz*, in *Estudos em Homenagem à Dr^a Maria de Lourdes Órfão de Matos Correia e Vale*, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, 1995;

CARDOSO DA COSTA, J. P., *O Princípio da Reserva do Juiz face à Administração Pública na Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, policopiado, 1994;

CARINGELLA, Francesco, *Corso di Diritto Amministrativo, Tomo II*, Giuffrè Editore, 2001;

CARVALHO FERNANDES, Luís Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II*, Universidade Católica Editora, 3.^a Edição, 2001;

CARVALHO FERNANDES, Luís Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II*, Lex2.^a Edição, 1996;

CARVALHO, Raquel, *O Regime da Invalidade Derivada nos Contratos Administrativos. Da Alteração Operada pela Directiva n.º 2007/66/CE*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 3, 2011;

CARVALHO, Raquel, *As invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Almedina, 2010;

CASTANHEIRA NEVES, António, *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra Editora, 1983;

CASTRO MENDES, João de, *Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II*, AAFDL, 1999;

CASTRO MENDES, João de, *Artigo 206.º (Função Jurisdicional)*, in Estudos sobre a Constituição, obra colectiva, I, 1977;

CASTRO MENDES, João de, *Direito Civil. Teoria Geral, Vol. II*, Policopiado, 1972;

CHAPUS, Rene, *Droit Administratif General, tome I*, Montschrestien, 15ª Edição, Paris, 2001;

COLLAÇO ANTUNES, Luís Filipe, *Anulação Administrativa ou Nulla Annulatio Sine Judio?*, in Cadernos de Justiça Administrativa n.º 79, Janeiro/Fevereiro 2010;

CORTEZ, MARGARIDA, Responsabilidade Civil da Administração Pública, in Seminário Permanente de Direito Constitucional e Administrativo, Volume I, Braga, 1999;

COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel, *Do Abuso de Direito*, Almedina, 1983;

DE LA MORENA, Luis, Curso de Derecho Administrativo, II, 1987;

ESQUÍVEL, José Luís, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, Almedina, 2004;

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário e ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos, Volume I*, Almedina, 2004;

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, COSTA GONÇALVES, Pedro e PACHECO DE AMORIM, João, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Almedina, 2ª Edição, 1997;

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, *Direito Administrativo*, 1980;

ESTEVEZ DE OLIVEIRA, Rodrigo, *O Acto Administrativo Contratual*, in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 63, Maio/Junho 2007;

ESTORNINHO, Maria João, *Direito Europeu dos Contratos Públicos*, Almedina, 2006;

FALLA, Fernando Garrido, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, 3.ª Edição, 1996;

FERNANDA NEVES, Ana, *Relação jurídica de emprego público*, Coimbra Editora, 1999;

FERNANDES CADILHA, Carlos Alberto, *Dicionário de Contencioso Administrativo*, Almedina, 2006;

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Contratos V, Invalidade*, Almedina, 2017;

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Invalidade, inexistência e ineficácia*, in Católica Law Review, Volume I, n.º 2, Universidade Católica Editora, Maio de 2017;

FESTAS, David Fernandes, *Em Tema de Poderes Potestativos. Algumas Considerações sobre a sua Estrutura, Conceito e Natureza Jurídica*, Relatório de Mestrado, Polycopiado, 2003;

FIGUEIREDO, Cândido de, *Grande Dicionário da Língua Portuguesa, Vol. II*, Bertrand Editora, 25.ª Edição;

FORSTHOFF, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, 1958, Traduzido da 5.ª Edição;

FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Curso de Direito Administrativo, Vol. II*, Almedina, 2ª Edição, 2011;

GALVÃO TELLES, Inocêncio, *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra Editora, 4.^a Edição, 2010;

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, I*, Civitas Ediciones, 11.^a Edição, 2002;

GARCÍA, Benigno Pendás, *Derecho de los contratos públicos. Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de los Contratos de las Administraciones Públicas*, Praxis, 1.^a Edição, 1995;

GAUDENET, Yves, *Droit Administratif, L.G.D.J.*, 19.^a Edição, 2010 ;

GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo, vol. I*, Dott. A. Giuffrè Editore, 1970;

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II*, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 2010;

GONÇALVES MONIZ, Ana Raquel, *A invalidade do Contrato no Código dos Contratos Públicos*, in *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, 2017;

GONÇALVES MONIZ, Ana Raquel, *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidade*, Almedina, 2012;

GONÇALVES, Pedro, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015;

GONÇALVES, Pedro, *Cumprimento e Incumprimento do Contrato Administrativo*, in *Estudos de Contratação Pública I*, Cedipre, Coimbra Editora, 2008;

GONÇALVES, Pedro, *A Relação Jurídica Fundada em Contrato Administrativo*, in CJA n.º 64, Julho-Agosto, 2007;

GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo, Uma Instituição do nosso Tempo*, Almedina, 2003;

GRECO, Guido, *I Contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milão, 1986;

GUERRA DA FONSECA, Rui, *O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública - Contributo para a sua Compreensão como problema Jurídico-Político*, Almedina, 2012;

GUIMARÃES, Ana Luísa, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, 2012;

HUERGO LORA, Alejandro, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Editorial Civitas, 1998;

IRELLI, Vincenzo Cerulli, *Corso di Diritto Amministrativo*, Reimpressão de edição de 31 de Dezembro de 2001, G. Giaffichelli Editore, 2002;

KIRKBY, Mark, *Contratos sobre o exercício de poderes públicos*, Coimbra, 2011;

KOPP e RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Beck, 7.ª Edição, 2000;

LAUBADERE, André de, VENEZIA, Jean-Clause e GAUDENET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, Tome I, L.G.D.J., 11.ª Edição, 1990 ;

LEBRE DE FREITAS, José, *Introdução ao Processo Civil*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2013;

MAÇÃS, Fernanda, *A relação jurídica de emprego público: Tendências actuais*, Novas perspectivas de Direito Público, IGAT, 1999;

MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica, Vol. II*, Almedina, 2003;

MATIAS PEREIRA, Pedro Miguel, *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra Editora, 2011;

MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Beck, 17.^a Edição, 2009;

MEDEIROS, Rui, *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Coimbra, 1992;

MEMMO, Daniele, *Il Diritto Privati nei contratti della Pubblica Amministrazione*, CEDAM, 1999;

MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil, Tomo I*, 4.^a Edição, Almedina, 2012;

MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português, I. Parte Geral, Tomo I*, Almedina, 1999;

MENEZES CORDEIRO, António, *Manual de Direito do Trabalho*, Almedina, 1991;

MENEZES CORDEIRO, António, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, 1984;

MIRANDA, João, *Contributo para o estudo das Fronteiras Constitucionais da Função Administrativa e da Função Jurisdicional*, Relatório de Mestrado, Policopiado, 1997;

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III*, Coimbra Editora, 2007;

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, Coimbra Editora, 2008;

MONIZ LOPES, Pedro, *Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa*, Almedina;

MORAIS CARVALHO, Jorge, *Código Civil Anotado*, Coord. ANA PRATA, Almedina, 2017 ;

MOREAU, Jacques, *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, 1989;

MOTA PINTO, Carlos Alberto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 2012;

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, *Direito Civil. Teoria Geral, Vol. III*, Coimbra Editora, 2002;

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, *A Reserva Constitucional da Jurisdição*, in *O Direito*, Ano 123, II-III, Abril-Setembro, 1991;

OLIVEIRA MARTINS, Guilherme, *O Tribunal de Contas e a Actividade Contratual Pública*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 1, Cedipre, Janeiro-Abril 2011;

ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 3.^a Edição, 2012;

ORTIZ, Gaspar Ariño, *El Enigma del Contrato Administrativo*, in *Revista de Administración Pública*, n.º 172, enero-abril, 2007;

ORTIZ, Gaspar Ariño, *La reforma de la ley de los contratos del Estado*, Unión Editorial, 1984;

OTERO, Paulo, *Direito do Procedimento Administrativo. Volume I*, Almedina, 2016;

OTERO, Paulo, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, Lex, 2009;

OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública*, Almedina, 2003;

PACHECO DE AMORIM, João, *A Invalidade e a (In)eficácia do Contrato Administrativo no Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos da Contratação Pública, Vol. I*, obra colectiva, Coimbra Editora, 2008;

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 5.^a Edição, 2008;

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2.^a Edição, 2003;

PALMA RAMALHO, Maria do Rosário, *Direito do Trabalho. Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, 2006;

PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I, Parte General*, Marcial Pons, 13.^a Edição, 2002;

PEREIRA DA SILVA, Vasco, *Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, Almedina, 2.^a ed., Coimbra, 2009;

PIÇARRA, Nuno, *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, Coimbra Editora, 1989;

QUEIRÓ, Afonso, *A Função Administrativa*, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXIV, Janeiro-Setembro, Atlântida Editora, 1977;

RANGEL, Paulo, *Repensar o Poder Judicial. Fundamentos e Fragmentos*, Publicações Universidade Católica – Porto, 2001;

REBELO DE SOUSA, Marcelo e SALGADO DE MATOS, André, *Direito Administrativo Geral, Tomo III*, Dom Quixote, 2007;

REBELO DE SOUSA, Marcelo e SALGADO DE MATOS, André, *Direito Administrativo Geral, Tomo I*, 2.^a Edição, Dom Quixote, 2004;

REBELO DE SOUSA, Marcelo, *Lições de Direito Administrativo, Vol. I*, Pedro Ferreira Editor, 1999;

RIBEIRO LOPES, Fernando, *Direito do Trabalho*, Policopiado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1977/78;

RICHER, Laurent, *Droit des Contrats Administratifs*, L.G.D-J., 5.^a Edição, 2006;

RIVERO, Jean e WALINE, Jean, *Droit Administratif*, Dalloz, 19.^a Edição, 2002;

ROBIN DE ANDRADE, José, *A Revogação dos Actos Administrativos*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 1985;

SALGADO DE MATOS, André, *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*, Almedina, 2004;

SALGADO DE MATOS, André, *Os Vícios da Declaração nos Contratos Administrativos*, Relatório de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Policopiado, 1998;

SASTRE, Silvia Díez, *Los efectos de la invalidez en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos*, in “El alcance de la invalidez de la actuación administrativa” XII Congreso de la AEPDA;

SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, 1987;

SOARES, Rogério Ehrhardt, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Atlantida, 1955;

TABORDA DA GAMA, João, *Promessas Administrativas. Da Decisão de Autovinculação ao Acto Devido*, Lisboa, 2008;

TAVARES, José F. F., *Os Contratos Públicos e a sua Fiscalização pelo Tribunal de Contas*, in Estudos de Contratação Pública, Vol. I, Organização: PEDRO GONÇALVES, Coimbra Editora, 2008;

TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, *Introdução ao Direito*, Almedina, 2012;

TORGAL, Lino, *Prorrogação do Prazo de Concessões de Obras e Serviços Públicos*, in Revista de Contratos Públicos, n.º 1, Cedipre, 2011;

URBANO CALVÃO, Filipa, *Os actos precários e os actos provisórios no Direito Administrativo*, Universidade Católica Portuguesa, 1998;

VALDELANDE, Víctor Manteca, in Actualidad Administrativa, N° 22, Sección Práctica Profesional, Tomo 2, Editorial La Ley, Quincena del 16 al 31 Dic. 2005;

VAZ MENDES, Pedro, *A Excepção de Não Cumprimento nos Contratos Públicos*, in O Direito, 140º, I, 2008;

VERA, José Bermejo, *Derecho Administrativo*, Egido Editorial, 2.ª Edição, 1998;

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos *A Justiça Administrativa. Lições*, Almedina, 14.^a Edição, 2015;

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *A Reserva do Juiz e a Intervenção Ministerial em Matéria de Fixação das Indemnizações por Nacionalizações*, in *Scientia Iuridica*, n.º 274/276, Tomo XLVII, Janeiro-Junho, 1998;

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *A “Revisão” dos Actos Administrativos no Direito Português*, in *Cadernos de Ciência e Legislação*, n.º 9/10, INA, Janeiro/Junho 1994;

VILHENA DE FREITAS, Lourenço, *Direito dos Contratos Públicos e Administrativos*, AAFDL, 2014;

VILHENA DE FREITAS, Lourenço, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração. E as Garantias Contenciosas do seu co-contratante perante este Exercício*, AAFDL, 2007;

VIRGA, Pietro, *Diritto Amministrativo*, 1, Guffrè Editore, 5.^a Edição, 1999;

WEBER, Wilhelm, *Treu und Glauben*, II, Berlin, 1961;

WEISS, Paula Macedo, *Pacta Sunt Servanda in Verwaltungsvertrag*, Peter Lang, 1999.

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Constitucional:

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 374/02

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 630/95

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 452/95

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 98/88

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 226/95

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 443/91

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 182/90

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 280/89

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 317/89

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 98/88

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 39/88

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 104/85

Supremo Tribunal Administrativo:

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 03-03-2011

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 01-10-2008

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 09-10-2008

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 14-02-2002

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 20-12-2000

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 31-05-2000

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 29-01-1998

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 04-04-1974

Tribunal Central Administrativo Sul:

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 12-08-2011

Tribunal Central Administrativo Norte:

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 15-04-2010