

REVISTA DA FACUL-
DADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



VOL. XXXII

1991

COMISSÃO DE REDACÇÃO

PRESIDENTE

Prof. DOUTOR PAULO DE PITTA E CUNHA

VOGAIS

Prof. DOUTOR CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL
MESTRE JOSÉ LUIS SALDANHA SANCHES



I. Doutrina

Armando M. Marques Guedes — <i>Os contratos administrativos</i>	9
José de Oliveira Ascensão — <i>Integração empresarial e centros comerciais</i> .	29
Friedrich-Karl Beier — <i>The principle of «exhaustion» in national patent and copyright law of some european countries</i>	71
Diogo Freitas do Amaral — <i>Apreciação da dissertação de Doutoramento do licenciado Fernando Alves Correia: «O plano urbanístico e o princípio da igualdade»</i>	91
Arruda Alvim — <i>O antigo recurso extraordinário e o recurso especial (na Constituição Federal de 1988)</i>	107
Pedro Soares Matínez — <i>Dispersos Económicos (cont.): Evolução da estrutura agrária portuguesa; Planeamento Económico e Saúde Pública; A lavoura alentejana, a Política Agrária e as técnicas de planeamento; O pensamento islâmico e a expansão socialista; O lucro e a responsabilidade empresarial; Sobre a inflação monetária e as suas causas; Economia Keynesiana e planeamento; Estado de Direito e estruturas económicas; A crise de 1929 — perspectiva de meio século; Pressupostos político-económicos de uma Reforma Fiscal; A situação financeira e os impostos</i>	129
Fausto de Quadros — <i>Direito Internacional Público I — Programa, conteúdos e métodos do ensino</i>	351

II. Textos e Documentos

José de Oliveira Ascensão — <i>O anteprojecto de lei da nacionalidade de Cabo Verde</i>	465
Jorge Miranda — <i>Um anteprojecto de proposta de lei do regime do referendo</i>	515

III. *Vida da Faculdade*

— Equivalência de doutoramentos	635
— 7.º Centenário da Universidade Portuguesa	637
— Posição do Conselho Científico face à chamada «Escola Superior de Advocacia»	638
— Representação ao Governo no sentido da reintegração a título póstumo do Professor Doutor José Maria Vilhena Barbosa de Magalhães	639
— Mestrado em Ciências Jurídico-Internacionais	641
— Estatutos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	643

OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (*)

Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes

1. A vinculação contratual, como meio de obter a cooperação dos particulares no desempenho de tarefas da Administração pública, constituía recurso já largamente utilizado na República e no Império romanos. Designadamente com o fito de criar receitas e de assegurar o exercício de actividades de interesse geral.

Esta última utilização apresentava, além de outras, a dupla vantagem de poupar à Administração, por um lado, o encargo de instituir e manter em operação organizações dispendiosas; e de consentir, por outro, a antecipada fixação e arrecadação de réditos. Parece terem sido tais motivos aqueles que decisivamente pesaram na multiplicação das *societates publicanorum*, poderosas e florescentes empresas concessionárias da lavra de minas, da cobrança de impostos, da exploração de alfândegas, de portos, de salinas, de estradas, de pontes, de aquedutos e de outras obras públicas.

O sistema manteve-se durante a Idade Média e a Idade Moderna, nos países que provieram do desmantelamento do Império e formaram a *respublica Christiana*.

(*) Conferência proferida nas Jornadas de Direito Administrativo em Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano, a 19 de Março de 1987.

2. A partir do início do segundo quartel do séc. XIX principiou a ganhar corpo a convicção de que nem todos os contratos firmados pela Administração eram de igual natureza.

É a época dos «melhoramentos materiais», como então se repetia. No entusiasmo de que acabara por se deixar apossar perante as possibilidades que a recém inventada máquina a vapor permitia descortinar, a opinião pública por todo o lado insistentemente os reclamava; e os parlamentos e executivos empenhavam-se em satisfazê-la. Entre nós, logo a seguir à vitória liberal, a Lei de 19 de Dezembro de 1834 tinha vindo autorizar o Governo a promover quaisquer empresas de interesse público e a interessar-se até 10% nas que julgasse mais convenientes. O Decreto de 12 de Março de 1835, que a executou, criaria a Comissão Consultiva dos Melhoramentos de Comunicações interiores, com larga competência para elaborar um plano geral de obras públicas e receber e examinar as propostas e oferecimentos de quaisquer «companhias» nacionais ou estrangeiras. Na modernidade das soluções de economia mista que admitia, o caminho escolhido representava um compromisso perante as exigências da ortodoxia da política económica postulada pelo credo liberal. Como poucos anos antes havia pontificado Silvestre Pinheiro Ferreira, «o governo não deve nunca visar ser fabricante nem empresário [...] Em todas estas empresas (grandes estradas, canais, minas, serviços de correio e mala-posta, etc.), bem como em quaisquer outras da mesma natureza, [...] não deve nunca perder de vista que é à indústria privada que a sua execução deve ser confiada» ⁽¹⁾. «Sente-se facilmente», explicava poucos anos depois um especialista francês de renome, «que o governo não [pode] assumir o papel de empresário de transportes públicos», até porque isso o envolveria eventualmente em especulações a que lhe não deve ser dado entregar-se ⁽²⁾.

A dificuldade de obter dos parlamentos a votação das verbas necessárias e a má recordação de algumas experiências de gestão

⁽¹⁾ — *Cours de Droit Public interne e externe* — Paris (1830) t. I, § 53.

⁽²⁾ — Delalleau, *Des droits et des obligations des concessionnaires de travaux publics* — em *Rev. de Leg. et de Jurisprudence*, t. I (1834-35) pp. 128-sgs.

directa, não deixavam além disso aberto outro caminho senão o de cometer a empresas, singulares ou colectivas, tal encargo. Os contratos de concessão floresceram de novo, e cresceram em número. Foi a propósito deles (embora timidamente, e sem por isso os desintegrar do quadro geral delineado pelo Direito comum), que a doutrina francesa principiou a sustentar tratar-se de contratos de feição especial — «todos administrativos», como os qualificaria por essa altura um especialista de nomeada ⁽³⁾.

3. Como vão a partir daqui as ideias evoluir, no domínio do Direito privado e no do Direito público (e, neste, em particular no do Direito Administrativo), entre as mãos da jurisprudência e da doutrina nacionais e entre as das jurisprudências e doutrinas estrangeiras que mais as influenciaram — eis o que, a seguir, me proponho de modo breve fazer.

Principiarei pelo período de formação da noção de contrato administrativo.

Terminarei por uma alusão à situação actual e a algumas das incertezas, de maior e mais radical importância, que me parece encerrar.

I

4. Entre nós, o Governo apresentou no início de 1840 às Cortes uma proposta de reforma administrativa ⁽⁴⁾.

Sobre essa proposta recai parecer da Comissão de Administração pública da Câmara dos Deputados ⁽⁵⁾, a que figurava apenso um projecto de lei no qual, além de se instituir um Tribunal Superior Administrativo, se estabeleciam «as regras fundamentais, e impreteríveis que devem observar-se no Processo

⁽³⁾ — Cotelle, *Cours de Droit Administratif appliqué aux Travaux Publics* — Paris (1835).

⁽⁴⁾ Ses. de 17 de Jan. (*Diário da Cam. dos Deps.* (1840) v. I, pp. 61-sgs.).

⁽⁵⁾ Ses. de 24 Ago. (*id.*, v. V, pp. 385- sgs.).

relativo ao contencioso d'administração» (6). Entre elas avultava a seguinte:

«E em geral pertence ao Contencioso Administrativo todo o acto que tiver criado direitos e obrigações recíprocos entre o Estado e uma corporação ou um particular, quando no exercício desses direitos, e no cumprimento dessas obrigações, se originarem contestações que não possam ser resolvidas senão pela aplicação e interpretação das cláusulas do dito acto» (7).

A Câmara dos Deputados aprovou este texto, acrescentando-lhe no final, para melhor esclarecimento,

«...dentro dos limites do direito administrativo».

Mas a Câmara dos Senadores (estava então em vigor a Constituição de 1838) rejeitaria uma e outra coisa, entre várias alterações que introduziu no projecto. A câmara baixa acabou por se conformar, apesar de a Comissão de Administração pública haver declarado «não desistir de suas ideias e convicções, sobre outros objectos secundários» (8).

Pena foi que assim tivesse acontecido, pois de outro modo, muito antes do Conselho de Estado francês e de forma bem mais precisa, a legislação portugueza teria contado com uma definição de contrato administrativo.

5. Com notável atraso cá e lá fora, a doutrina só muito mais tarde viria a admitir contratos qualificados como espécie sem equivalência nem analogia no mundo do Direito Civil (9).

(6) Id. (id., p. 338). O autor tanto do parecer, como do projecto, foi o Dep. José Inácio Pereira Derramado (id., v. VI, p. 201).

(7) Id., p. 390.

(8) Id., v. VII, pp. 547-49.

(9) Assim, e quanto à França: Dufor, *Traité...* — Paris (3.ª ed.-1901) v. III, p. 147, e v. IV, p. 1134; Aucoc, *Conférences...* — Paris (3.ª ed.-1885-86) t. II, p. 426; Ducrocq, *Cours...* — Paris (7.ª ed.-1897) t. IV, p. 551.

Repugnava-lhe no entanto aceitar, claramente, a ideia de contratos regidos pelo Direito público. O contrato era a seus olhos, por excelência, figura de Direito privado. Não parecia possível transplantá-la, pura e simplesmente, para o campo do Direito público — todo ele impregnado por uma ideia de supremacia de uma das partes que não quadrava à igualdade de posições pressuposta pelo vínculo contratual, própria do domínio do Direito privado.

Durante largo tempo a concepção dominante seria, por isso, a de que «os contratos celebrados pelos corpos administrativos estão na mesma plana dos que se efectuam entre particulares, salvas as condições e garantias especiais que os devem acompanhar», já que «os corpos administrativos assim como o Estado [Código Civil, artigo 3.º], quando contratam, não figuram como autoridade pública», proclamaria em resposta a uma consulta a Revista de Legislação e Jurisprudência. O contrato é acto de gestão, não de autoridade. Dependente, como tal, do Direito privado e por ele regulado ⁽¹⁰⁾.

O reconhecimento de que a vinculação contratual deve todavia ser encarada com figura da teoria geral, comum ao Direito privado e ao Direito público como Savigny se havia esforçado por demonstrar, acabou, sem embargo, por levar de vencida todas as hesitações e resistências. Concorreu para essa viragem a impossibilidade, verificada ao cabo dos anos, de integrar em qualquer das categorias recebidas pelo Direito comum alguns dos contratos celebrados pela Administração.

A aceitação foi, no entanto, lenta.

À doutrina alemã preocupava-a, de modo particular, a demonstração da admissibilidade em tese geral daquilo que parecia implicar uma contradição nos próprios termos: um *contrato de Direito público*.

Parte dela, com larga audiência na doutrina estrangeira, contestava decididamente tal viabilidade, com o principal argumento de que o poder de império, reflectido pelo Direito público, não

(10) Ano 16 (1883-84) pp. 83-4.

é susceptível de se sujeitar a vinculações ou compromissos ⁽¹¹⁾; ou então introduzindo restrições tais que, na prática, redundavam a bem dizer no mesmo ⁽¹²⁾. Outra parte acabaria por admiti-lo, mas unicamente como fonte de atribuição da nacionalidade por naturalização, como processo de investidura de agentes e funcionários, e pouco mais ⁽¹³⁾.

Seria por obra da jurisprudência e da doutrina francesas que os contratos de Direito público, *sub specie* dos contratos administrativos, ganhariam de maneira definitiva foros de cidade ⁽¹⁴⁾. A contar da decisão célebre do Tribunal de Conflitos no caso Blanco ⁽¹⁵⁾, o Conselho de Estado defini-los-ia como os que, celebrados pela Administração com vista a assegurar o funcionamento de um serviço público, contivessem uma ou mais cláusulas exorbitantes do Direito comum. Em si mesmos, tratava-se de contratos como quaisquer outros; daí que o Conselho de Estado não hesitasse em aplicar-lhes directamente, mesmo contra o parecer da doutrina mais autorizada ⁽¹⁶⁾, as disposições do Código Civil ⁽¹⁷⁾.

O defeito da solução, a breve trecho revelado, residia na estrita noção civilista de *contrato* de que arrancava. Era isso que levava os seus defensores a enredar-se na ideia infecunda de «cláusulas

⁽¹¹⁾ Por todos: O. Mayer, *Théorie des Französischen...* — pp. 291-3, e *Le Droit Administratif Allemand* — Paris (trad. - 1903-6) t. I, nota (3) a p. 176.

⁽¹²⁾ Cfr. F. Fleiner, *Les principes généraux du Droit Administratif Allemand* — Paris (trad. da 8.^a ed.-1931) pp. 132-sgs.

⁽¹³⁾ P. Laband, *Le Droit Public de l'Empire Allemand* — Paris (trad.-1901) t. II, 107-sgs, e 530-sgs; G. Jellinek, *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi* — Milão (trad.-1912) pp. 224-sgs.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Rouvière, *Les contracts administratifs — Leurs caractères distinctifs d'après la jurisprudence* — Paris (1930).

⁽¹⁵⁾ *Arrêt Blanco*, de 8 de Fev. 1873 — em *Sirey* (1873) III, p. 153.

⁽¹⁶⁾ Segundo esta, somente as «regras de fundo» ou os princípios gerais de Direito contidos nas leis civis seriam aplicáveis (M. Hauriou, *Précis de Droit Administratif* — Paris (11.^a ed.-1927) p. 27; G. Jèze, *Les principes généraux du Droit Administratif* — Paris (3.^a ed.-1925-36) t. III, pp. 191 e 297.

⁽¹⁷⁾ Cfr. Blondeau, *La concession de service public — Étude d'Histoire du Droit Administratif* — Grenoble (1929) pp. 211-sgs.; Blaevoet, *Influence relative de la notion de service public* — em *Rec. Dalloz* (1957) p. 42.

exorbitantes» e ia arrastar Duguit, Jèze e os seus seguidores a construções que mercê das flutuações inerentes a um sentido hipertrofiado de *serviço público*, e do formalismo da classificação das situações e actos jurídicos em que assentava, se mostrariam tanto mais inadequadas quanto mais subtis e distanciadas da realidade ⁽¹⁸⁾.

Com razão se pôde afirmar que os efeitos «exorbitantes» decorriam imediatamente não da noção de serviço público (como a jurisprudência e a doutrina francesas pretendiam) mas do próprio instrumento em que a Administração e a outra parte concordavam em os aceitar. Ou seja: do próprio contrato ⁽¹⁹⁾.

6. De seu lado, abandonada a posição ainda nas primeiras décadas deste século mantida de absorver nos quadros do Direito privado ou geral os contratos celebrados pela Administração, incluindo os denominados «administrativos», a doutrina civilista defenderia a necessidade de alargar o conceito de *contrato* e de, a par dos contratos regidos pelo Direito privado, acolher os submetidos a um regime de Direito público ⁽²⁰⁾.

Valiosos são os resultados das investigações nesse sentido, principalmente pelo enriquecimento que à teoria geral vieram proporcionar. A noção de contrato ganhou em extensão e em profundidade, alargando-se a domínios que lhe pareciam estar vedados e aumentando em poder obrigatório e em maleabilidade. Com o apoio da lei, o contrato passou a poder ter por objecto a celebração, e também a disciplina, de outros contratos: assim, para além do contrato promessa, os contratos de regulamentação ou normativos. Os contratos a seguir a estes concluídos seriam necessários, ou obrigatórios. Mas esta necessidade ou obrigatoriedade não lhes retiraria carácter contratual. Todo o vínculo livremente estabelecido por

⁽¹⁸⁾ A. Laubadère, *Traité théorique et pratique du contrat administratif* — Paris (1.^a ed.-1956) 2 vv. — em especial v. I, pp. 35-sgs.

⁽¹⁹⁾ F. Campos, *Direito Administrativo* — Rio de Janeiro (1943) p. 182.

⁽²⁰⁾ V. bibliogr. em as notas (1) e (2) a p. 115 do meu estudo *A Concessão...* — s.l. (1954). Cfr. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo* — s.l. (3.^a ed.-1951) pp. 261-sgs.

acordo de vontades independentes é um contrato — ainda quando a autoria do seu conteúdo pertença no essencial à lei ou (como nos contratos ditos de adesão) a uma das partes somente.

Nesta concepção ampla, que de parte a parte apenas exigia a liberdade de entrar em relação e o carácter constitutivo do assentimento reciprocamente prestado, cabia sem esforço o contrato de Direito público; e, em particular, o contrato administrativo.

7. Em contraste com o que sucedeu na França, em Portugal a noção de contrato administrativo foi pura obra da lei. A própria expressão «contrato administrativo» teve essa origem, e é de uso relativamente recente na linguagem legislativa nacional. Empregou-a pela primeira vez o Decr. c.f. de lei n.º 18 017, de 27 de Fevereiro de 1930.

O legislador, entretanto, desde cedo tomara o partido de chamar a si a delimitação da competência contenciosa, pouca ou nenhuma liberdade neste particular deixando aos tribunais. Na sequência da posição adoptada pelo Decreto n.º 23, de 16 de Maio de 1832, a orientação invariavelmente seguida seria a de restringir a certas categorias de contratos a competência do foro administrativo⁽²¹⁾. O propósito evidente era o de afastar dúvidas, permitindo a demarcação objectiva das áreas próprias dos tribunais comuns e da jurisdição administrativa. Mas em 1931 a doutrina registaria a súbita alteração de rumo, «com largos horizontes, e fartas promessas para a doutrina do direito administrativo» como jubilosamente escrevia Marcello Caetano em *O Direito*⁽²²⁾, que o Decr. c.f. de lei n.º 18 017 tinha adoptado e que acabava de dar os primeiros frutos na jurisprudência. Nesse Decreto o legislador havia abandonado a tradicional enumeração dos contratos admitidos como

(21) Os contratos de empreitada e de arrematação de rendas, obras e fornecimentos públicos (art. 85.º — n.º 2 Cod. Adm. 1836; art. 17.º — §§ 5.º e 7.º). A partir do Cód. Adm. de 1842, só os celebrados pelos corpos administrativos (art. 280.º — n.º 7); Cód. Adm. 1878, art. 243.º — n.º 5; Cód. Adm. 1886, art. 288.º — n.º 10; Cód. Adm. 1896, art. 325.º — n.º 9.

(22) *Competência contenciosa em matéria de contratos administrativos* — ano 63 (1931) pp. 194-sgs.

administrativos e passara a referir-se, genericamente, a *contratos administrativos* ⁽²³⁾; de modo mais claro ainda, no Decr. c.f. de lei n.º 19 243, de 16 de Janeiro de 1931, que tinha aprovado os regulamentos do Supremo Conselho de Administração Pública e das Auditorias Administrativas, denominavam-se tais contratos como *contratos de natureza administrativa* ⁽²⁴⁾. Nessa base haviam os tribunais procurado firmar uma noção de contrato administrativo ⁽²⁵⁾.

Mas as esperanças dissiparam-se; e o legislador regressaria cinco anos decorridos, pela mão de Marcello Caetano autor do projecto de Código Administrativo entrado em vigor no final de 1936, ao regime anterior. O Código voltou, na verdade, à enumeração das espécies de contratos que para «efeitos contenciosos» deviam ser reputados administrativos ⁽²⁶⁾. A redacção do preceito foi no pormenor alterada pela revisão que em 1940 o Código sofreu ⁽²⁷⁾, de forma a vincar em termos que não deixassem lugar a dúvidas o carácter taxativo da lista e a obstar à tendência para desconhecer ou iludir esse carácter que na doutrina ⁽²⁸⁾ e na jurisprudência

⁽²³⁾ N.º 2 do § 1.º do art. 1.º.

⁽²⁴⁾ Regul. do S.C. de Adm. P., n.º 3 do art. 1.º; Regul. das Audits. Adms., n.º 2 do art. 1.º.

⁽²⁵⁾ Cfr. Ac. da Rel. do Porto de 20 de Outubro de 1928 — em *O Direito*, ano 61 (1929) p. 74.

⁽²⁶⁾ § único do art. 695.º — «Para efeitos contenciosos, consideram-se contratos administrativos os contratos de empreitada ou concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de fornecimento contínuo e de prestação de serviços celebrados entre a Administração e particulares, para fins de serviço público».

⁽²⁷⁾ § 2.º do art. 815.º — «Consideram-se contratos administrativos *unicamente* os contratos de empreitada e de concessão de obras públicas, os de concessão de serviços públicos e os de fornecimento contínuo e de prestação de serviços celebrado entre a Administração e os particulares para fins de *imediata utilidade pública*» (sublinhados meus).

⁽²⁸⁾ Como complemento dos pontos de vista expressos na 1.ª ed. do seu *Manual de Direito Administrativo* (Lisboa — 1937, pp. 530-sgs.), Marcello Caetano publicou em *O Direito* um artigo esclarecendo-os e sustentando-os (*Conceito de contrato administrativo* — ano 70 (1938) pp. 3-sgs.) ante as opiniões diversas de J. Melo Machado (*Teoria jurídica do contrato administrativo* — Coimbra (s.d.)). Estes pontos de vista mantê-los-á Marcello Caetano nas eds. posteriores do *Manual*, bem como no *Tratado* (Coimbra 1943) v. I, pp. 304-sgs.).

dência ⁽²⁹⁾ principiara a despontar; e também de modo a afastar a ambiguidade, senão a impropriedade, que aqui como em França a alusão ao «serviço público», enquanto critério caracterizador da finalidade comum a todas as espécies enunciadas, envolvia.

Que os resultados podem na prática exceder as intenções prová-lo-ia, mais uma vez, decisão posterior do Tribunal dos Conflitos perfilhando concepção ainda mais restritiva do que a que parecia corresponder ao espírito da lei. Segundo essa decisão, o fim de utilidade pública deveria encontrar-se compreendido no objecto do contrato e fazer parte integrante dele, sem o que o vínculo estabelecido não seria administrativo ⁽³⁰⁾.

Prová-lo-ia de forma ainda mais evidente o facto de algumas das espécies de contratos taxativamente mencionadas poderem entre si combinar-se, desdobrar-se, e até agregar a si espécies não referidas. Assim, e em rigor, as concessões denominadas de obras públicas não se mostravam senão como formas particulares de concessões de domínio público (as quais o Código não admitia como objecto possível de contrato independente), ou como simples acessório de outras espécies de concessão.

A concessão de serviço público, por exemplo, compreendia uma concessão de obras públicas sempre que para a entidade concessionária importasse a criação das infra-estruturas dominiais, ou patrimoniais, do serviço concedido; e também, porventura, uma concessão de domínio público, implicando a utilização deste por terceiros e o exercício de poderes de polícia, relativamente às dependências dominiais criadas ou utilizadas ⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ Acs. STA de 26 de Nov. 1937 — anot. crítica de Marcello Caetano em *O Direito*, ano 70 (1938) pp. 18-sgs.; de 15 de Jul. 1938 — id., ano 71 (1939) pp. 115-sgs.; e de 28 de Mar. 1939 — *Col. Of.*, ano 38 (1939) pp. 362-3.

⁽³⁰⁾ Ac. de 27 de Jul. 1953 — com anot. crítica de Marcello Caetano em *O Direito*, ano 86 (1954) pp. 126-sgs.

⁽³¹⁾ Cfr. as lições de *Direito Administrativo*, policops., que escrevi para os anos lectivos de 1955-6 (ed. da Assoc. Acad. da Fac. de Direito de Lisboa — 1955, p. 351) e de 1956-7 (id. 1956, p. 376); e *O contrato administrativo* — em *Estudos de Direito Administrativo*, public. no *Bol. da D.-G. das Contribs. e Impostos*, n.ºs 11 a 15 (1959 e 1960) de que há separata. Nesta última, v. p. 79.

O contrato de prestação de serviços, de seu lado, desdobrava-se em três sub-espécies pelo menos: a dos contratos de prestação simples, ou avulsa; a dos contratos de provimento; e a dos contratos de transporte. Em todos estes casos, era o *nomen iuris* da espécie dominante ou da espécie englobante que servia para designar o complexo contratual constituído, e cada uma das sub-espécies em que se fraccionava. O uso terminológico, nestes termos consagrado, permitia a recondução às espécies taxativamente enumeradas pelo Código.

Além disto, nem todas as espécies incluídas na tabela correspondiam a tipos contratuais autónomos. Assim era que as concessões caracterizadas como de obras públicas ou se revelavam mero acessório de outras espécies (como no caso, citado, de se integram em concessão de serviço público) ou tão somente representavam versão particularizada das concessões de domínio público (como acontecia sempre que valiam como simples processo de assegurar a remuneração do concessionário pelas coisas públicas artificiais através delas produzidas, alteradas, adaptadas ou reconstruídas).

Por outro lado, duas das conotações apontadas por Marcello Caetano como comuns a todas as espécies constantes da lista estavam longe de corresponder à realidade; e, por consequência, de poderem ser apresentadas como traços definidores essenciais.

A primeira era a de que a outra parte, no contrato administrativo, tinha de ser uma *pessoa privada*. No Código ficara na verdade expressamente escrito que contratos administrativos eram os celebrados entre a Administração «e os particulares». Todavia, já ao tempo eram frequentes os contratos administrativos entre pessoas de Direito público — nomeadamente entre pessoas administrativas. Assim os de fornecimento de energia eléctrica em alta tensão, concluídos pelas empresas concessionárias produtoras e os municípios.

A segunda conotação era a do carácter *duradouro* da associação entre a entidade particular contraente e a Administração. Sem que o § 2.º do art. 815.º do Código de maneira expressa o declarasse, isso, sem dúvida, resultava da análise das três primeiras categorias de contratos administrativos aí consignadas. A empreitada e a concessão de obras públicas, bem como a concessão de serviços públicos, são por natureza contratos de trato sucessivo e execução con-

tinuada. Não podem conceber-se senão assim, nem de maneira diferente poderiam desempenhar as funções cujo exercício se destinam a assegurar. Pelo que respeita à quarta categoria incluída no § 2.º, o carácter durável da cooperação era até objecto de referência explícita: o fornecimento haveria de ser «contínuo» para que o contrato que sobre ele versasse pudesse ser considerado como administrativo. Mas já eram legítimas dúvidas relativamente à quinta categoria, que de maneira genérica abrangia a prestação de serviços. Muito embora a história do preceito e a interpretação que a bem dizer sem discrepância lhe fora dada inclinassem a pensar que se não tratava de excepção e que eram as prestações de serviços a efectuar com continuidade que estavam na mente do legislador e constituíam o espírito da disposição, o certo é que o fim de imediata utilidade pública podia em muitos casos ser alcançado através de uma prestação única e, mesmo assim, justificar a sujeição a regime diverso do sancionado pelo Direito comum. Pense-se, por exemplo, na elaboração de um plano de urbanização cometida a especialista de nomeada. Haveria, em tal caso, uma única prestação a realizar por uma só vez: a entrega do plano. Essa prestação tinha carácter consumptivo. E nenhuma razão oculta na lei forçaria a Administração a contratar segundo as regras do Direito civil, já que a utilidade do plano encomendado era justamente evidente e se destinava à consecução de fins «de imediata utilidade pública» — como rezava o § 2.º do art. 815.º do Código.

8. Não admira, por tudo isto, que a doutrina subsequente ampliasse a pesquisa a todo o horizonte da legislação sobre matéria administrativa e identificasse, para além do círculo estreito do Código Administrativo, outras espécies de contratos da mesma natureza ⁽³²⁾.

Por si, o legislador alimentaria a partir de certa altura activamente este movimento, alargando a novos campos o recurso à figura. Esse recurso significava a preferência por uma economia concer-

⁽³²⁾ Assim: Diogo Freitas do Amaral, *A utilização do Domínio público por Particulares* — Lisboa (1965).

tada, baseada na cooperação e no livre acordo em vez de num dirigismo unilateral de imposição autoritária. Assim foram surgindo, já com Marcello Caetano como Presidente do Conselho, os contratos de desenvolvimento para a exportação, os contratos de estabilidade de preços, e os contratos destinados a assegurar a concretização de programas sectoriais incluídos no IV Plano de Fomento⁽³³⁾, a par de outros mais próximos dos cânones tradicionais como os contratos de concessão do uso privativo de bens do domínio público hídrico⁽³⁴⁾

Mais do que isso: a possibilidade, ligada ao carácter duradouro do contrato, de em caso de acrescida dificuldade de cumprimento a outra parte poder reclamar a revisão do clausulado, uma indemnização compensadora, ou a rescisão do contrato, que até final Marcello Caetano sustentaria constituir feição individualizadora característica do contrato administrativo e ser expressão de princípio geral de Direito público, fornecendo o fundamento da denominada teoria da imprevisão, acabou por ser acolhida pelo Código Civil de 1967 quer como princípio comum a todos os contratos civis⁽³⁵⁾, quer como causa legítima de anulação de qualquer negócio jurídico por erro (genericamente enquadrada como erro sobre os motivos) que recaia sobre as circunstâncias que tiverem constituído a base do negócio⁽³⁶⁾. Deixava assim de se tratar de especificidade própria dos contratos administrativos. Embora registasse o novo rumo acolhido pelo Código Civil⁽³⁷⁾, Marcello Caetano não extraía as ilações que comportava quanto à caracterização do contrato administrativo perante o Direito português.

⁽³³⁾ Decr.-Lei n.º 718/74, de 17 de Dez.; Lei n.º 549/73, de 25 de Out.; Decr.-Lei n.º 8/73, de 26 de Dez.

⁽³⁴⁾ Decr.-Lei n.º 468/71, de 5 de Nov.. Sobre este Decreto-Lei publicaram um extenso *Comentário* Diogo Freitas do Amaral e José Pedro Fernandes (s.l.-1978).

⁽³⁵⁾ Art. 437.º.

⁽³⁶⁾ Art. 252.º — n.º 2.

⁽³⁷⁾ *Manual...* (8.ª ed.-1968) t. I, p. 566; (9.ª ed.-1970) t. I, p. 502; (10.ª ed.-1973) t. I (único public.), p. 627. Cfr. tb. no mesmo sentido os seus *Princípios fundamentais de Direito Administrativo* — Rio de Janeiro (1977) p. 249.

9. Após o 25 de Abril, o alargamento do campo de aplicação da figura adquiriu um mais acentuado cunho social. Ao lado dos contratos de desenvolvimento para a exportação⁽³⁸⁾ e dos contratos-programa⁽³⁹⁾, citem-se entre outros os contratos de desenvolvimento para a habitação⁽⁴⁰⁾ ou os contratos de associação entre o Estado e escolas particulares e cooperativas⁽⁴¹⁾. A variedade da amostragem pode ser ampliada pela menção, além destas, de formas de vinculação contratual tão diferentes como as de arrendamento de imóveis para a instalação de serviços públicos, objecto de posteriores reajustamentos⁽⁴²⁾, ou as de investimento estrangeiro⁽⁴³⁾ e os acordos de gestão⁽⁴⁴⁾.

10. A evolução foi coroada pela definição de *contrato administrativo*, contida no Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais⁽⁴⁵⁾. Segundo ela, deve para efeitos de competência contenciosa ser como tal considerado todo o acordo de vontades que constitua, modifique ou extinga uma relação jurídica de Direito Administrativo⁽⁴⁶⁾.

(38) Decrs.-leis 718/74, de 17 de Dez.; 288/76, de 22 de Abr.; e 207/81, de 11 de Jul.

(39) Decr.-lei 260/76, de 8 de Abr.

(40) Decr.-lei 236/85, de 5 de Jul.; e Decr. Reg. 79/85, de 2 de Dez.

(41) Decr.-lei 553/80, de 21 de Nov.; e Port. 613/85, de 19 de Ago.

(42) Decr. 38 202, de 13 de Mar. 1951; e Decr.-Lei 200-F/80, de 24 de Jun.

(43) Decr.-lei 197-D/86, de 18 de Jul.; Decr. Reg. 24/86, de 18 de Jun.

(44) Decr.-lei 464/82, de 9 de Dez.

(45) Decr.-Lei 129/84, de 27 de Abr.

(46) Art. 9.º — «1 — Para efeitos de competência contenciosa, considera-se como contrato administrativo o acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica de direito administrativo.

2 — São designadamente contratos administrativos os contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de concessão de uso privativo do domínio público e de exploração de jogos de fortuna ou de azar e os de fornecimento contínuo e de prestação de serviços celebrados pela Administração para fins de imediata utilidade pública.

3 — O disposto na alínea g) do n.º 1 do art. 51.º não exclui o recurso contencioso de actos administrativos destacáveis respeitantes à formação e à execução dos contratos administrativos».

A definição continua pois, como as suas imediatas antecessoras sancionadas pelo Código Administrativo de 1936-40, a ser enunciada com finalidade estritamente adjectiva. De acordo com a vontade literal do legislador, destina-se em termos expressos a valer tão só para assegurar a delimitação da área da competência própria dos juízos administrativos.

Mas para lá desta prudente atitude, que sabiamente deixa à jurisprudência e à doutrina a liberdade (e também o encargo) de delinear os contornos da acepção substantiva em que a figura deverá ser tomada, o que há a assinalar e festejar é o retorno à caracterização em função da sua natureza própria e o abandono do rígido método de determinação por imposição legal, materializada através de enumeração taxativa. A listagem de contratos a que a seguir se procede no n.º 2 do artigo é, com efeito, apenas exemplificativa: o advérbio de modo «designadamente» lá está, insofismável, a afirmá-lo.

Tal como Marcello Caetano em 1931, o meu imediato impulso é o de saudar este regresso, que se apresenta, como ele então escreveu, com largos horizontes e fartas promessas para a doutrina do Direito Administrativo.

Mas terá esse regresso sido logrado, garantindo os benefícios que dele se esperam?

A resposta à pergunta reservo-a para as palavras de apreciação crítica que vão seguir-se, e com as quais terminarei.

Creio estar na realidade aí a questão crucial que, ante a radical mutação operada pelo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, importa fundamentalmente abordar.

II

11. Num primeiro relance, afigura-se perfeitamente adequada a definição de contrato administrativo como o acordo de vontades por cuja mercê se cria, modifica ou extingue uma relação administrativa. Descontada a impropriedade que consiste na caracterização desta última como «uma relação jurídica de direito administrativo» (existirão, acaso, relações não-jurídicas de Direito Administrativo?),

que já se podia ler no Projecto de Código de Processo Administrativo Gracioso ⁽⁴⁷⁾, cabem no vasto campo do genérico objecto assim descrito todos os objectos particulares das diferentes espécies em que a figura se desdobra ou possa vir a desdobrar-se. É o denominador comum a todas elas.

Simplemente, pôr a questão neste pé equivale a colocá-la num beco sem saída, homólogo daquele em que a lançou a teoria francesa das «cláusulas exorbitantes». Afirmar que o que caracteriza os contratos administrativos é a produção de resultados previstos e regulados pelo Direito Administrativo traduz-se na inversão da ordem de raciocínio que deveria ser seguida, por isso que a sujeição a certo regime — quando se trata de definir o contrato em função da natureza que é a sua — constitui a consequência e não a causa. Um contrato não é civil por lhe serem aplicáveis as regras de Direito Civil: as regras de Direito Civil é que lhe são aplicáveis por ele ser de natureza civil. A situação seria a contrária, e a ordem de raciocínio a oposta, se a identificação devesse decorrer de imposição da lei: a coincidência com o tipo (ou um dos tipos) pela lei descritos determinaria, de per si, a qualificação do contrato como administrativo; e automaticamente, por via dessa qualificação, a sujeição dele ao regime administrativo.

A definição do n.º 1 do art. 9.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, ao escusar-se a caracterizar o essencial de que participa a natureza própria do contrato (e que consiste na função administrativa que, enquanto meio ou instrumento, é chamado a prosseguir), acaba por deixar o caminho livre à doutrina e à jurisprudência.

De novo como em França, onde desde 1956 o regresso ao critério do «serviço público» (entendido num sentido amplo que abarca o exercício da função administrativa em todos os domínios por ela cobertos, ou que venha a recobrir) tem merecido a preferência da doutrina e da jurisprudência.

⁽⁴⁷⁾ Pres. do Cons. — Secret. de Est. da Ref. Adm. — Lisboa (1980) art. 241.º — n.º 1.

12. Uma derradeira nota: no mesmo n.º 1 do art. 9.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais o contrato administrativo é mencionado — algum tanto tantologicamente — como «acordo de vontades».

Mas acordo de vontades entre quem?

O propósito da omissão, que não ocorria no Código Administrativo e respeita o aspecto que por Marcello Caetano era apontado como um dos traços individualizadores a ter em conta na caracterização deste género de contratos, terá porventura sido (ia escrever: terá decerto sido) permitir o alargamento do espaço de utilização da figura. Nela caberiam, além dos convénios entre a Administração e particulares, também aqueles em que ambas as partes sejam entidades administrativas; em que, por determinação da lei ou por acto ou contrato administrativo, uma ou ambas as partes se encontrem investidas nessa qualidade; ou, até, em que nem uma nem outra a possuam e figurem apenas como simples entidades particulares.

Ao aludir singelamente a que se trata de «acordo de vontades», sem precisar nem exigir entre quem, a definição do n.º 1 do art. 9.º não exclui nenhuma destas quatro hipóteses.

As dificuldades não surgem quanto às duas primeiras. É quanto às duas últimas, e sobretudo quanto à última, que poderão ter lugar.

Comecemos pela terceira: a hipótese de uma ou ambas as partes serem entidades privadas investidas na qualidade de entidades administrativas. Relativamente a ela, as dúvidas não têm hoje senão uma aparente consistência. No limitado campo da demarcação da competência contenciosa dos tribunais do foro administrativo em que o n.º 1 do art. 9.º se move, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais preceitua de modo expresso, quanto às pessoas colectivas de utilidade pública administrativa ⁽⁴⁸⁾ e aos concessionários em geral ⁽⁴⁹⁾, que a actividade desenvolvida no desempenho da parcela de função administrativa que lhes estiver confiada ficará sujeita à justiça administrativa. Desta sujeição não há que

⁽⁴⁸⁾ Art. 51.º — n.º 1, al. c).

⁽⁴⁹⁾ Id — id., al. d).

excluir, sem mais, as actividades que se concretizem através de cooperação contratual com outras entidades e se destinem, também elas, a assegurar a prossecução da função administrativa. Não tenho qualquer dificuldade em admiti-lo, pois sempre sustentei que mesmo pessoas colectivas de origem e estrutura privada podem, mediante determinação da lei ou por efeito de acto ou contrato administrativo, dispor de capacidade pública de exercício e, em razão disso, ingressar como pessoas colectivas de Direito público na estrutura orgânica da Administração pública, de que passarão (ainda que só temporariamente) a fazer parte⁽⁵⁰⁾. O essencial desta forma de ver, embora em termos mais limitados, viria a encontrar acolhimento no *Manual de Direito Administrativo*, a partir da sua oitava edição⁽⁵¹⁾ ⁽⁵²⁾. A vinculação contratual entre entidades privadas, uma das quais ou ambas investidas na qualidade de entidades públicas, é por conseguinte administrativamente possível e cabe no âmbito do n.º 1 do art. 9.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

Não assim quanto à quarta e última hipótese. Ou seja: a de uma e outra partes serem (e se manterem como) entidades particulares. Falta, então, a integração no aparelho constituído pela Administração pública e a consequente capacidade pública de exercício que lhes permitiria criar, modificar ou extinguir relações de Direito Administrativo. Conservando-se como simples pessoas de Direito privado, nessa qualidade e enquanto tais as entidades particulares intervenientes não podem entre si conjugar direitos, nem assumir deveres, cuja titularidade não possuem. A celebração de um contrato administrativo não é, em semelhante caso, possível. A hipó-

⁽⁵⁰⁾ *A Concessão...* — cit., pp. 137-sgs.; *D. Administrativo* — Lisboa (Lições policops., ed. da AAFDL — 1955-56) pp. 207-sgs., (id. — 1956-57) pp. 211-sgs., e (id. — 1957-58) pp. 232-sgs.). Cfr. tb. *Estudos de D. Administrativo* — cit., pp. 24-5.

⁽⁵¹⁾ *Manual...* — (8.ª ed. — 1968) pp. 362-segs., (9.ª ed. — 1970) t. I, pp. 328-segs.

⁽⁵²⁾ Cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de D. Administrativo* — Coimbra (1986) v. I, pp. 549-segs.

tese extravasa claramente do domínio próprio do n.º 1 do art. 9.º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais. Em sentido coincidente, aliás, se orientam (entre outras) parte substancial das doutrinas alemã e francesa actuais.

Armando M. Marques Guedes