
A TRANSPOSIÇÃO DAS DIRETIVAS EUROPEIAS DE 2014 E O CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

MARIA JOÃO ESTORNINHO
(COORDENADORA)



A TRANSPOSIÇÃO DAS
DIRETIVAS EUROPEIAS
DE 2014 E O
**CÓDIGO DOS
CONTRATOS PÚBLICOS**

MARIA JOÃO ESTORNINHO
(COORDENADORA)

Edição:

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

www.icjp.pt | icjp@fd.ulisboa.pt

Centro de Investigação de Direito Público

www.icjp.pt/cidp | cidp-icjp@fd.ulisboa.pt

Maio de 2016

ISBN: 978-989-8722-16-4



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa

Design da capa:

Jason Simões

Produzido por:

OH! Multimédia

mail@oh-multimedia.com

Breves notas para um novo regime do CCP em matéria de contratos sobre o exercício de poderes públicos

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA¹

1. O CCP configura o contrato administrativo com um âmbito muito alargado e heterogéneo. Desde logo, porque nele faz convergir duas figuras provenientes de tradições muito distintas e que apresentam um perfil muito diferenciado: os contratos administrativos da tradição francesa e os contratos sobre o exercício de poderes públicos de construção alemã, que podem ser contratos celebrados em substituição da prática de atos administrativos ou contratos através dos quais a Administração se compromete quanto aos termos em que procederá no futuro ao exercício concreto de determinado poder, praticando ou omitindo a prática de um ato administrativo.

O CCP associa, entretanto, à qualificação de certos contratos como administrativos a produção de um efeito operativo concreto, o de submeter esses contratos a um regime (aparentemente) unitário, o regime dos "contratos administrativos em geral", que consta do Título I da Parte III do CCP. Neste sentido, estabelece, na verdade, o n.º 5 do artigo 1.º do CCP que "o regime substantivo dos contratos públicos estabelecido na Parte III do presente Código é aplicável aos que revistam a natureza de contrato administrativo"; e o n.º 1 do artigo 280.º, que integra as disposições gerais do referido Título I, especifica que "na falta de lei especial, as disposições do presente título são aplicáveis às relações contratuais jurídicas administrativas".

Que há aspetos de regime que se afigura vantajoso estabelecer para todos os contratos administrativos, senão mesmo para todos os contratos públicos, não parece haver dúvidas. Mas daí não resulta, em nossa opinião, que uma figura tão ampla e heterogénea como é, hoje, a do contrato administrativo deva ser submetida a um regime (aparentemente) unitário com o conteúdo daquele que se encontra configurado no Título I da Parte III do CCP. A opção do CCP de submeter os "contratos administrativos em geral" a um regime (aparentemente) unitário com as características daquele que se encontra configurado no Título I da Parte III do CCP afigura-se-nos, pois, problemática, pelo que, a nosso ver, carece de revisão.

Com efeito, o regime do Título I da Parte III do CCP mistura algumas disposições de carácter verdadeiramente geral com uma larga maioria de disposições, provenientes do capítulo do CPA

1 Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

de 1991 sobre os contratos administrativos, do Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas e de outros diplomas anteriores ao CCP, que, tendo nascido para conformar relações jurídicas emergentes de uma categoria específica de contratos, os contratos administrativos de colaboração subordinada dos particulares na prossecução das atribuições das entidades públicas, não faz sentido aplicar a contratos como os contratos sobre o exercício de poderes públicos.

É, desde logo, assim no que diz respeito a disposições como as dos artigos 292.º a 301.º, que ninguém no seu perfeito juízo poderá sustentar que possam ser aplicadas a outras categorias de contratos e que, por isso, não se compreende que sentido tenha a sua inclusão num regime dos "contratos administrativos em geral". Mas, a nosso ver, é, de um modo geral, assim, quanto à generalidade das disposições que dão corpo ao regime do Título I da Parte III, na medida em que consagram soluções que nada parece justificar que, por regra, se considerem aplicáveis a contratos como os contratos sobre o exercício de poderes públicos.

Mais precisamente: é só nos primeiros três capítulos do Título I, e mesmo assim só em parte, que, a nosso ver, se podem encontrar disposições de carácter verdadeiramente geral, como tal aptas a constar de um regime dos "contratos administrativos em geral". De um modo geral, todo o regime compreendido entre os artigos 288.º e 335.º deveria ser, salvo exceções pontuais, apenas qualificado como "regime geral dos contratos administrativos de colaboração subordinada" — ou, talvez melhor, como "regime geral dos contratos administrativos de colaboração", na medida em que se deve entender que, hoje, esse regime não é apenas aplicável aos contratos de empreitada de obras públicas, de concessão e de fornecimento contínuo, constitutivos de relações duradouras de subordinação do co-contratante, mas também a todos os contratos de aquisição e locação de bens móveis e de aquisição de serviços por contraentes públicos, que o CCP entendeu tipificar, em bloco, como contratos administrativos, para o efeito de os submeter à aplicação da sua Parte III, assim como aos contratos administrativos atípicos de colaboração do co-contratante na prossecução das atribuições do contraente público.

2. Do exposto resulta que, a nosso ver, o Título I da Parte III do CCP enferma do grave defeito de ter a pretensão de definir o regime dos "contratos administrativos em geral", mas adotar como modelo, na maioria das suas disposições, uma categoria específica de contratos, os contratos de colaboração subordinada, que, embora corresponda ao paradigma em torno do qual, em França, foi construída a teoria do contrato administrativo e que, em Portugal, esgotava, efetivamente, durante praticamente todo o século XX, o universo circunscrito dos contratos que eram qualificados como administrativos, a verdade é que não se adequa à nova configuração, ampla e heterogénea, que hoje apresenta a figura do contrato administrativo, que se estende à categoria dos contratos sobre o exercício de poderes públicos.

A nosso ver, pelo contrário, o Título I da Parte III do CCP deveria ser integrado por um primeiro capítulo, dirigido a consagrar o verdadeiro regime dos "contratos administrativos em geral". Atendendo à heterogeneidade que hoje caracteriza a figura do contrato administrativo, exigim-

do soluções muito diversificadas de regime, este primeiro capítulo teria, necessariamente, uma dimensão muito reduzida. Para a determinação do seu conteúdo, haveria que fazer um esforço no sentido de identificar as questões que, carecendo de regulação normativa própria no Direito Administrativo, verdadeiramente se colocam em relação a todo e qualquer contrato administrativo, em termos de deverem ser objeto de regimes de aplicabilidade transversal às diferentes categorias de contratos administrativos. A nosso ver, os primeiros três capítulos do atual Título I da Parte III do CCP integram, como já foi dito, disposições passíveis de integrar o primeiro capítulo em referência, podendo talvez dizer-se que isso sucede com o essencial do regime dos artigos 278.º a 287.º, que compreende o regime da invalidade contratual — isto, naturalmente, sem prejuízo da existência, no âmbito deste regime, de soluções diferenciadas, designadamente em matéria de invalidade consequente, para certas categorias de contratos.

Ao referido primeiro capítulo seguir-se-ia um segundo capítulo, dirigido a consagrar o "regime geral dos contratos administrativos de colaboração". Como já foi dito, grande parte do regime do Título I da Parte III do CCP tem por objeto definir esse regime, que, como já foi dito, se encontra, a nosso ver, compreendido, ainda que com exceções pontuais, entre o artigo 288.º e o artigo 335.º. Os preceitos correspondentes deveriam, pois, integrar este segundo capítulo, que, no Título I da Parte III do CCP, assumiria explicitamente o propósito de definir o "regime geral dos contratos administrativos de colaboração", entendido este último conceito, como foi dito, no sentido de abranger os contratos administrativos de empreitada, de concessão e de aquisição e locação de bens móveis e de aquisição de serviços, assim como os contratos administrativos atípicos de colaboração do co-contratante na prossecução das atribuições do contraente público.

Uma vez feito isto, caberia, então, num terceiro capítulo, definir o regime dos contratos sobre o exercício de poderes públicos.

3. Como é sabido, para além da menção pontual a estes contratos em alguns preceitos dos artigos 278.º a 335.º, o Título I da Parte III do CCP contém dois artigos especificamente dedicados aos contratos sobre o exercício de poderes públicos: os artigos 336.º e 337.º. Tanto do conteúdo destes dois artigos, como do modo como ele (não) é articulado com os artigos que no mesmo Título os precedem, resulta o carácter incipiente do regime do CCP sobre esta categoria de contratos administrativos. Incipiente pela sua manifesta incompletude. Falta, na verdade, no Título I da Parte III do CCP, um capítulo autónomo inspirado por uma pretensão de completude na definição do regime dos contratos sobre o exercício dos poderes públicos que os atuais artigos 336.º e 337.º, manifestamente, não têm: em primeiro lugar, porque parecem assentar no pressuposto da aplicabilidade a esta categoria de contratos do regime dos artigos 278.º a 335.º, que, nessa perspectiva, apenas viriam complementar; e, em segundo lugar, porque, mesmo no que diz respeito às questões que especificamente se colocam a propósito dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, apenas versam sobre três questões pontuais, sem procederem ao respetivo enquadramento.

No âmbito da estrutura que preconizamos, o terceiro capítulo do Título I da Parte III do CCP deveria ter essa pretensão, de modo a poder desempenhar, para os contratos sobre o exercício de poderes públicos, papel equivalente àquele que, na referida estrutura, seria desempenhado pelo segundo capítulo do mesmo Título, em relação aos contratos de colaboração. No confronto com o primeiro capítulo do Título I, ao qual, como foi dito, caberia definir o verdadeiro regime dos "contratos administrativos em geral", tanto ao capítulo segundo, para os contratos de colaboração, como ao capítulo terceiro, para os contratos sobre o exercício de poderes públicos, caberia, na verdade, disciplinar todos os aspetos de regime excluídos do objeto do primeiro capítulo por não serem de aplicabilidade transversal a todas as categorias de contratos administrativos.

E o primeiro dos aspetos específicos de regime que, por serem próprios aos contratos sobre o exercício de poderes públicos, deveriam, quanto a nós, ser objeto de definição no terceiro capítulo do Título I da Parte III do CCP teria por objeto clarificar o sentido da expressão, que o CCP reiteradamente utiliza, de "contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos". A nosso ver, o CCP utiliza a expressão, de modo pouco feliz, para designar, no seu conjunto, os contratos públicos de matriz alemã, que são objeto de regulação na lei alemã de procedimento administrativo, pretendendo, assim, referir-se, através da fórmula "contratos com objeto passível de ato administrativo", aos contratos atípicos celebrados em substituição de atos administrativos (contratos substitutivos de atos administrativos), e da fórmula dos "demais contratos sobre o exercício de poderes públicos", aos contratos atípicos mediante os quais a Administração se compromete quanto aos termos em que procederá no futuro ao exercício concreto dos seus poderes (contratos obrigacionais). Haveria, por isso, vantagem em que o Código assumisse isso expressamente, não só para tornar claro que a expressão em causa não compreende contratos como as concessões, que são contratos administrativos típicos de colaboração, mas sobretudo para o efeito de assumir que, no seio da categoria dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, existem duas espécies bem distintas de contratos, cada uma das quais coloca questões próprias que carecem de respostas diferenciadas de regime — matéria que seria objeto de regulação subsequente, em duas pequenas secções, uma dedicada aos contratos substitutivos de atos administrativos e a outra aos contratos obrigacionais.

4. No que diz respeito ao regime dos contratos substitutivos de atos administrativos, haveria, a nosso ver, que começar por se assumir que, embora o artigo 278.º do CCP confira à Administração a possibilidade de optar, em situações concretas, pela utilização da forma do contrato em substituição da forma do ato administrativo, essa opção não tem o alcance de subtrair a Administração ao dever de observar o princípio da legalidade, pelo qual se rege todo o exercício de poderes administrativos, de onde resulta que o contrato substitutivo de ato administrativo se encontra submetido ao mesmo regime de legalidade material aplicável ao ato administrativo com o mesmo objeto que introduza idêntica regulamentação da situação concreta. A nosso ver, é, na verdade, de lamentar que postulado tão importante como este não seja hoje expressamente assumido no artigo 336.º do CCP, cujo conteúdo, a abrir a secção dedicada aos contratos sobre

o exercício de poderes públicos, nos parece, pelo contrário, passar uma mensagem ambígua, senão mesmo errada, em matéria tão sensível.

De harmonia com este postulado, haveria, por outro lado, que assumir também que a substituição do ato por contrato não pode ser determinada pelo propósito de impor ao particular, através do contrato, obrigações, ónus ou sujeições que não lhe pudessem ser impostas através da inserção de cláusulas particulares ou acessórias no conteúdo do ato substituído, pelo que a eventual imposição acessória ao co-contratante da realização de contrapartidas para o interesse público só é admissível quando seja determinante para justificar, como mais favorável para o interesse público, o exercício do poder discricionário em sentido favorável ao interessado que é objeto principal do contrato. Daqui decorre que os contratos constitutivos de direitos para os particulares só podem ser modificados ou resolvidos por supervenientes razões de interesse público dentro dos condicionalismos que a lei estabeleça para a revogação dos atos administrativos de conteúdo correspondente, pelo que só dentro desses limites poderá ser validamente estipulada a previsão da respetiva modificação ou resolução no clausulado do contrato.

Esta solução, que naturalmente decorre da aplicação dos princípios, é, a nosso ver, aquela que, já hoje, resulta da interpretação adequada do regime do artigo 336.º do CCP, na parte que diz respeito aos contratos substitutivos de atos administrativos. Não podemos deixar, no entanto, de reconhecer que o texto do preceito é ambíguo, pelo que o sentido da sua interpretação é equívoco. Daí o interesse na clarificação deste ponto, que, naturalmente, envolve a eliminação do regime do atual artigo 336.º do CCP, pondo cobro a um perigoso experimentalismo, que, no aparente propósito de promover a todo o custo a flexibilização do conteúdo dos contratos sobre o exercício de poderes públicos, como se tal resultado fosse, por definição, um bem em si mesmo, conduziu à consagração, no referido artigo, de um regime inédito no direito comparado e que não encontra, na doutrina pátria que o precedeu, alicerces aptos a fornecer-lhe uma base sedimentada de sustentação.

5. No que, por sua vez, diz respeito ao regime dos contratos obrigacionais, mediante os quais a Administração se compromete quanto aos termos em que procederá no futuro ao exercício concreto dos seus poderes, haveria, a nosso ver, que explicitar que, para que a Administração possa vincular-se antecipadamente quanto aos termos do exercício futuro dos seus poderes, é necessário que, no momento em que se vincula, ela já esteja na posse de todos os elementos relevantes para a tomada da decisão e verifique que, não só se encontram preenchidos os pressupostos legalmente exigidos para que ela possa ou deva ser tomada nesse sentido, mas também, não estando em causa o exercício de um poder vinculado, que existem motivos que identifica como determinantes para o exercício do poder discricionário no sentido convencionado. Este é o postulado em que, a nosso ver, se funda, e à luz do qual deveria ser, por isso, interpretado, o regime do n.º 2 do artigo 337.º do CCP, na parte em que se refere aos "pressupostos que ditariam o exercício da discricionariedade administrativa no sentido convencionado", mas que, precisamente por isso, haveria, quanto a nós, toda a vantagem em assumir de forma clara.

Por outro lado, decorre do referido postulado que não é admissível a vinculação prévia da Administração quanto ao resultado de procedimentos ainda não instruídos, representando esta, a nosso ver, uma forte limitação à legitimidade dos vínculos que a Administração pode assumir quanto ao exercício futuro dos seus poderes. Por conseguinte, também seria, a nosso ver, de consagrar, neste domínio, uma disposição que submetesse expressamente à condição da compatibilidade do respetivo cumprimento com o resultado do procedimento os contratos mediante os quais a Administração se comprometa quanto aos termos do exercício futuro de um seu poder em momento anterior ao desenvolvimento do procedimento respeitante ao exercício concreto do poder em causa.

Questões de regime que também se colocam a propósito dos contratos mediante os quais a Administração se vincula à prática ou omissão futura de um ato administrativo dizem respeito às consequências da invalidade do contrato sobre o ato prometido e do eventual incumprimento do contrato sobre a validade do ato administrativo que venha a ser praticado em desconformidade com a obrigação contratualmente assumida. Também estas questões deveriam ser, por isso, objeto de regulação no capítulo do Título I da Parte III do CCP dedicado à definição do regime aplicável aos contratos sobre o exercício de poderes públicos.

A nosso ver, o aspeto em relação ao qual se afigura mais problemática a determinação do regime aplicável aos contratos administrativos obrigacionais sobre o exercício de poderes públicos é o que diz respeito ao regime da modificação e extinção destes contratos.

Sobre essa matéria, já existe o n.º 2 do artigo 337.º do CCP, que, a nosso ver, prevê a ocorrência de alterações objetivas das circunstâncias, embora optando — de modo, a nosso ver, discutível — por lhes fazer corresponder uma solução automática de caducidade do contrato. A nosso ver, seria, no entanto, de prever também a possibilidade da aplicação propriamente dita, neste domínio, do instituto da alteração objetiva de circunstâncias, designadamente para o efeito de qualquer das partes poder obter a modificação do contrato, sendo, nesse contexto, de integrar no capítulo relativo aos contratos sobre o exercício de poderes públicos previsão correspondente à da alínea a) do atual artigo 312.º e de deslocar para este capítulo a previsão do n.º 3 do atual artigo 313.º do CCP.

A nosso ver, a própria função que os contratos obrigacionais sobre o exercício de poderes públicos visam prosseguir seria, entretanto, defraudada, em prejuízo da confiança por eles gerada, se eles pudessem ser livremente modificados ou resolvidos pelo contraente público por razões de interesse público apenas decorrentes "de uma nova ponderação das circunstâncias existentes", a exemplo do que admitem os artigos 312.º e 334.º do CCP, no que diz respeito aos contratos de colaboração dos particulares na prossecução das atribuições das entidades administrativas. A nosso ver, o regime de modificação e resolução dos contratos aqui em referência não deve, por isso, estender a estes contratos a aplicabilidade de soluções que, fora dos casos de alteração objetiva das circunstâncias, admitem a imposição pelo contraente público da modificação ou da resolução do contrato por razões de interesse público.

A nosso ver, deve, na verdade, entender-se que, no momento em que, de posse de todos os elementos relevantes para a tomada da decisão, a Administração conclua, como foi dito, que existem motivos que identifica como determinantes para o exercício do poder discricionário em determinado sentido e, em função disso, ela se vincule quanto aos termos do exercício futuro do seu poder, o exercício do seu poder discricionário fica consumido pela pré-determinação dos termos do seu exercício, de modo que tudo deve passar-se como se a decisão já tivesse sido tomada e, portanto, como se já tivesse sido praticado um ato constitutivo de direitos, que só dentro de determinados pressupostos pode ser revogado. Por conseguinte, os contratos em referência só devem, quanto a nós, poder cessar ou ser modificados com fundamento em alterações objetivas das circunstâncias.