



UNIVERSIDADE
CATÓLICA PORTUGUESA | FACULDADE
DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

—

Escola de Lisboa

Mestrado em Direito Administrativo – Vertente de Contratação Pública
e Direito Público Empresarial

**O EXERCÍCIO DE PODERES DE AUTORIDADE POR PARTE DO CONTRAENTE
PÚBLICO NO CONTEXTO DO SUBCONTRATO**

—

Luís Carlos Alves Dias

(Aluno n.º 142711011)

Sob a orientação do Professor Doutor Rui Medeiros

Agosto de 2013



UNIVERSIDADE
CATÓLICA PORTUGUESA | FACULDADE
DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

—

Escola de Lisboa

Mestrado em Direito Administrativo – Vertente de Contratação Pública
e Direito Público Empresarial

**O EXERCÍCIO DE PODERES DE AUTORIDADE POR PARTE DO CONTRAENTE
PÚBLICO NO CONTEXTO DO SUBCONTRATO**

—

Luís Carlos Alves Dias

(Aluno n.º 142711011)

Sob a orientação do Professor Doutor Rui Medeiros

Agosto de 2013

“It always seems impossible until it’s done”

Nelson Mandela

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação beneficiou bastante do contributo de muitas pessoas. Não fosse ter-me cruzado ao longo da minha vida com cada uma delas e esta tese não teria os contornos que lhe dei. Cada um, à sua maneira, contribuiu para o que sou e para o que penso sobre o Direito, mas também sobre a vida e o papel do Homem e do Estado. Por assim ser, permito-me beneficiar da oportunidade para reconhecer o contributo indelével de algumas pessoas no meu percurso enquanto pessoa e jurista (o que teve obviamente reflexo, mesmo que indirecto, nesta dissertação) e agradecer-lhes, modestamente, por ele.

As primeiras pessoas que sinto dever referir são os meus pais. O apoio incondicional, a compreensão e o incentivo foram uma constante ao longo de toda a minha vida e, em especial, durante o meu percurso académico. Bem sei que são uns pais orgulhosos, quero que saibam que também o vosso filho o é pelos pais que tem.

À Carolina, meu suporte há um bonito tempo, devo uma felicidade abundante e uma inspiração constante. O seu carinho e espírito de sacrifício foram cruciais para a conclusão desta dissertação. O seu amor e personalidade, que tanto admiro, são esperança de que cada dia seja um dia melhor.

À minha irmã devo o amor fraterno inesgotável e incondicional. Sempre me incentivou e respeitou a expressão da minha individualidade, mesmo quando não concordava comigo. Pela compreensão da distância devo-lhe muito. Uma palavra de agradecimento também para o Zé, pelo respeito e amizade que cultivamos.

À minha avó Alice quero agradecer todo o amor e acompanhamento. A forma como lutou, amou e viveu no seu tempo são para mim muito inspiradores. Ao meu avô António e à minha avó Tomásia quero agradecer a dedicação e carinho ao longo de muitos anos. À Sra. Joaquina gostaria de agradecer a omnipresença da sua amizade, bondade e conselhos. Tem-me acompanhado como se de uma avó se tratasse.

Ao André Campos, ao Diogo Pereira, à Marta Carmo e ao Hugo Rosário gostaria de agradecer a cumplicidade verdadeiramente fraterna que sempre demonstraram para comigo, as nossas conversas e debates farão sempre parte da minha memória. Agradeço-vos pelos conselhos preciosos, pela compreensão e pela lealdade, que apenas os amigos verdadeiros e incondicionais podem dedicar.

Ao Silva dos Santos gostaria de agradecer a enorme camaradagem, as palavras constantes de incentivo e a partilha constante de ideias sobre as teses e a vida. Ao Nuno Pereira quero agradecer pela generosidade e companheirismo e pelo papel fundamental que desempenhou durante a parte curricular do meu mestrado.

Ao Iuri Santos, ao Leandro Nunes e ao Thomas Matafome quero agradecer pela amizade de longa data (e “à prova de quilómetros”), pela “palavra certa no momento certo”, pela partilha demorada e genuína de visões sobre o mundo, que tantas vezes me dá esperança no amanhã.

Ao meu orientador, o Senhor Professor Doutor Rui Medeiros, pessoa por quem tenho uma enorme admiração, gostaria de agradecer pela grande compreensão e pela inextinguível disponibilidade. Foi uma grande honra para mim o Senhor Professor ter aceitado orientar-me ao longo da feitura desta dissertação. A sua forma de ensinar e de lidar com os alunos, que tanto recebem da sua brilhante vocação pedagógica, foi bastante instigadora, em mim, da ideia de “mais e melhor”.

À Senhora Professora Ana Prata, mentora e amiga, gostaria de agradecer pelo papel absolutamente fundamental que teve na minha formação enquanto jurista e pessoa. A confiança e quadros mentais que me transmitiu muito cedo tiveram uma influência inextinguível no meu percurso. Se algum sucesso alcancei nele, muito lhe devo.

Às Senhoras Professoras Helena Pereira de Melo e Carla Amado Gomes, pessoas que muito admiro pelas suas qualidades humanas, quero agradecer o apoio e palavras amigas que sempre guardaram para mim durante todo o meu percurso académico e associativo. Ao Senhor Professor António Manuel Hespanha quero agradecer a constante “agitação” intelectual, as palavras de incentivo, a enorme disponibilidade para ouvir as minhas ideias (por vezes, através de longos emails) e a generosidade que sempre teve para comigo. O contributo dos Senhores Professores para o meu percurso foi também muito relevante.

Ao Dr. João Amaral e Almeida quero agradecer a grande disponibilidade que demonstrou quando precisei. Muito obrigado por toda a bibliografia estrangeira que me disponibilizou.

Por fim, quero agradecer à Linklaters LLP, sociedade de advogados onde trabalho, pela compreensão sempre demonstrada durante as ausências e pelo incentivo que me foram transmitindo. Não tivesse sido dessa forma e esta dissertação não teria sido concluída. Gostaria de deixar uma palavra especial de agradecimento aos Drs. Pedro Siza Vieira, Isabel Carvalho, Gonçalo Veiga de Macedo, Jacinta Vieira Amorim, Joana Costa, Edgar Monteiro, Joana Vilhena, Rui Camacho Palma e Francisco Ferraz de Carvalho, pelos conselhos, interesse e disponibilidade.

ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CCP – Código dos Contratos Públicos

CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação

CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos do Minho

CPA – Código de Procedimento Administrativo

CRP – Constituição da República Portuguesa

INTRODUÇÃO

1. Razão de ordem e delimitação do tema

O CCP, no seu artigo 316.º, prevê, em termos bastante latos, a possibilidade de o co-contratante recorrer à subcontratação como forma de executar o contrato administrativo que celebrou com o contraente público. O CCP regulamenta alguns aspectos do regime do subcontrato, nomeadamente os limites à subcontratação. No entanto, há muitos aspectos em que o legislador poderia ter ido mais longe e que ficaram, na verdade, por regulamentar, povoando, como consequência, de dúvidas o intérprete e aplicador do Direito. Uma das questões que nos parece dever ser esclarecida é a de saber em que medida o contraente público se relaciona com o subcontratado e quais os termos dessa relação.

Assim sendo, tomámos esse como o tema a abordar na nossa dissertação de mestrado. Podemos, então, resumir o tema da nossa dissertação em duas perguntas – a que corresponde um igual número de capítulos: (i) pode o contraente público exercer os seus poderes de autoridade relativamente ao subcontratado? (ii) Se sim, em que termos?

Esta pode parecer uma escolha particular atendendo ao facto da doutrina portuguesa não se ter dedicado à análise do tema. Dir-se-ia, atendendo a esse facto, que o tema poderia revestir-se de menor interesse ou com pouca relevância prática. No entanto, não nos parece que assim seja, sendo sim de estranhar o silêncio da doutrina acerca desta temática. Com efeito, não só este tema convoca questões fundamentais de teoria geral do Direito Administrativo e, em especial, relacionadas com o instituto do contrato administrativo, como também assume uma grande relevância prática, uma vez que o fenómeno da subcontratação é pedra assente no nosso ordenamento, sendo inclusive um instrumento de dinamização económica muito interessante¹.

¹ Para mais detalhes acerca das virtualidades da subcontratação, cfr. MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, «A subcontratação na Comunidade Económica Europeia», *Oficina do CES*, n.º 18, Abril, Coimbra, 1990; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, reimpressão da edição de 1989, Almedina, Coimbra, 2006; JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *O Contrato de Subempreitada de Obras Públicas*, Almedina, Coimbra, 2002; JOSÉ MANUEL DE OLIVEIRA ANTUNES e ANABELA COSTA POUSEIRO, *Subempreitadas de Obras Públicas e*

Dito isto, cabe, então, referir que, nesta dissertação, não entraremos na discussão de saber quais os contratos em que devem ou não devem existir poderes de autoridade. A nossa análise pressuporá, em todo o caso, que a resposta a essa pergunta já foi dada, ou seja, desenvolveremos a nossa tese tendo como pressuposto a aplicabilidade desses poderes no caso concreto (qualquer que seja ele). Nem se olvidará que o peso juspublicista do regime do contrato administrativo, nomeadamente no que diz respeito aos poderes do contraente público, se fará sentir mais ou menos consoante o tipo de contrato em causa. A nossa abordagem do tema será, portanto, genérica, não tendo em conta as especificidades de cada tipo contratual, nomeadamente os previstos no CCP. No entanto, convém não perder de vista que o instituto da subcontratação só será passível de utilização quando o contrato principal reúna duas características relevantes: (i) seja um “contrato com prestações duradouras” e (ii) seja um contrato cujas prestações “possam ser executadas por terceiro” (não seja, portanto, um contrato *intuitu personae*)².

Uma última nota para esclarecer que abordaremos os contornos da subcontratação administrativa e seu regime apenas na medida do necessário para explicitar a nossa tese, não cabendo, pois, no âmbito desta dissertação tratar da admissibilidade da subcontratação administrativa, dos seus limites naturais e legais, dos tipos de subcontrato, entre outras questões genéricas relacionadas com este instituto.

2. *Seqüência da exposição*

A presente dissertação está organizada em quatro partes. Na primeira parte, em que se insere este ponto, enquadrámos muito brevemente a questão que nos propomos tratar nesta dissertação de mestrado e justificar brevemente a sua relevância.

Na segunda parte, que corresponde ao primeiro capítulo, apresentamos os nossos argumentos no sentido de defender a admissibilidade da existência de relações directas entre contraente público e subcontratado e, em especial, na possibilidade dessas relações

Subcontratação, Quid Iuris, Lisboa, 2001; ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Editorial Civitas, 1997; FRANCISCO BLANCO LÓPEZ, “La Subcontratación Administrativa. Ejercicio de la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 38, 2011, pp. 221-258; SARA YOUNIS AUGUSTO DE MATOS, *Da Admissibilidade da Cessão da Posição Contratual e da Subcontratação e sua Autorização pelo Contraente Público no Contexto das Relações Jurídico-Contratuais Administrativas*, dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2012.

² V. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, pp. 95 e 96.

se consubstanciarem no exercício de poderes de autoridade por parte do contraente público sobre o subcontratado.

Na terceira parte, que corresponde ao segundo capítulo, procuramos, então, esclarecer em que moldes essas relações directas, mais concretamente, os poderes de autoridade do contraente público se efectivam em relação ao subcontratado.

Por fim, na quarta parte, procuraremos resumir os pontos essenciais que resultam da nossa dissertação de mestrado.

O método de exposição é bastante focado no tema e naquilo que pretendemos em concreto demonstrar. Nem outra coisa nos parece possível, ainda que fosse bastante interessante, dadas os limites formais a que estamos sujeitos.

CAPÍTULO I – ADMISSIBILIDADE

Com a celebração do subcontrato passam a coexistir duas relações jurídico-contratuais. Com efeito, por um lado temos o contrato administrativo celebrado entre o contraente público e o co-contratante (a que também chamaremos “contrato principal”) e, por outro lado, temos o subcontrato celebrado entre o co-contratante e o subcontratado. O contraente público não é parte no subcontrato nem o subcontratado é parte no contrato administrativo, apenas o co-contratante é parte em ambos. São, pois, dois negócios jurídicos autónomos, o que não é o mesmo que independentes. Aliás, estes dois contratos têm, na verdade, uma relação bastante estreita, como veremos.

Não obstante essa relação estreita entre os dois contratos, será que se pode afirmar existirem relações directas entre os extremos da cadeia negocial? Por outras palavras, o contraente público terá algum tipo de relação directa com o subcontratado? Poderá, mais concretamente, o contraente público exercer algum poder de autoridade em relação ao subcontratado?

3. As relações entre o contraente público e o subcontratado: eficácia externa do contrato?

Tendo em conta as perguntas que enunciámos *supra*, não será o princípio da relatividade dos contratos, desde logo, um obstáculo a que tais relações directas se estabeleçam?

Parece-nos que assim não será. No entanto, antes de buscar as premissas da nossa conclusão, parece-nos pertinente fazer uma precisão quanto ao nosso entendimento do princípio da relatividade dos contratos. Com efeito, como assinalado por alguma doutrina, nem sempre se afigura fácil distinguir oponibilidade de relatividade. Ainda assim, tal distinção deve, em nosso entender, ser feita e tida em conta. Assim, na esteira de NUNO PINTO DE OLIVEIRA, “o termo «relatividade» designa a projecção do contrato no círculo directo ou interno das relações entre as partes; o termo «oponibilidade» designa a projecção do contrato fora do círculo directo ou interno das

relações entre as partes. [Por exemplo,] o artigo 406.º n.º 2, pronuncia-se sobre o princípio da relatividade sem se pronunciar – nem favorável, nem desfavoravelmente – sobre a oponibilidade do contrato”³. É, portanto, esta potencialidade de criação ou conformação da esfera jurídica de um terceiro por projecção de um contrato que esbarra com o princípio da relatividade dos contratos. Passemos, então, à nossa análise.

a. O contexto contratual específico que resulta da subcontratação: a “cumplicidade funcional”

O subcontrato deriva do contrato principal, ele nasce de um conjunto de posições activas e passivas que o co-contratante detém no âmbito do contrato principal. Através do subcontrato, o co-contratante procura substituir-se (i) na execução de determinadas prestações a que se tinha vinculado (como acontece, por exemplo, numa subempreitada) ou (ii) no gozo de determinada vantagem (como acontece, por exemplo, numa sublocação) que tinha obtido por virtude (em ambos os casos e sempre) do contrato principal⁴. No entanto, a substituição que se opera é meramente material ou factual e não jurídica⁵, ou seja, o contrato principal mantém-se imaculado, as partes são exactamente as mesmas – o contraente público e o co-contratante –, bem como o seu conteúdo⁶. Nasce é agora um novo contrato que deriva do contrato principal e através do qual o co-contratante confia a um terceiro – o subcontratado – a execução material do contrato a que estava vinculado. Esta ideia da derivação é bastante relevante na caracterização do subcontrato, pelo que é preciso definir o seu significado. Assim, só existirá derivação, ou melhor, só se poderá falar de subcontrato em sentido próprio

³ V. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 980. No mesmo sentido, v. MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de Seguro e Terceiros*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 484; e E. SANTOS JÚNIOR, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 177 (“Princípio da relatividade do contrato e oponibilidade deste e dos direitos dele resultantes, nenhuma confusão deve estabelecer-se”).

⁴ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 188.

⁵ Ao contrário do que se verifica no caso da cessão da posição contratual, em que há uma modificação subjectiva do ponto de vista jurídico. Isto é, o cessionário passa a ser parte no contrato administrativo, passa, pois, a ser o responsável e titular de todas as posições activas e passivas que resultam do contrato administrativo em causa e que o co-contratante originário detinha, portanto, em relação ao contraente público.

⁶ V. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, pp. 119 e ss.; FRANCESCO MESSINEO, “Contratto derivato – Subcontratto”, *Enciclopedia del Diritto, X, Contratto-Cor*, Giuffrè Editore, 1962, p. 81; JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *O Contrato de Subempreitada...*, p. 26; e ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *ob. cit.*, pp. 15 e ss..

quando exista uma sobreposição entre o subcontrato e o contrato principal⁷. Dito de outro modo, só estaremos perante um subcontrato se as prestações a executar no âmbito deste forem as mesmas (no todo ou em parte) que existiam no contrato principal⁸. O subcontrato surge, pois, como uma forma de executar o contrato principal, sendo indubitavelmente unos do ponto de vista funcional. É destas ideias, portanto, que se retira a existência de uma relevante “cumplicidade funcional”.

Como realça PEDRO ROMANO MARTINEZ, é “deste carácter derivado [que] advêm as várias características do subcontrato em relação ao contrato base”⁹, entre as quais a subordinação. O subcontrato é, enquanto contrato subordinado, influenciado por muitas das vicissitudes que sofre o contrato principal. Pense-se, aliás, que o subcontratado não tem integral controlo sobre o destino do subcontrato, pois este está intrinsecamente dependente ou condicionado pela existência do contrato principal, podendo acontecer até que este deixe de vigorar (por exemplo, por resolução do contrato principal) e, em consequência, o subcontrato perca a sua base de derivação e, logo, o *quid* que justificava a sua existência, extinguindo-se também¹⁰.

Parece-nos, pois, poder afirmar-se que o contexto contratual que resulta da existência de um subcontrato é bastante específico, o que tem, necessariamente, influência no seu regime e no relacionamento entre os sujeitos que são partes no contrato principal e no subcontrato. Na verdade, “como o subcontraente usufrui de uma situação jurídica que lhe advêm de um anterior contrato base, ele entra, assim, na esfera de influência do contrato base. Nesta interligação entre os dois contratos dá-se como que uma expansão dos direitos e deveres do primeiro contraente e dos correspondentes direitos e deveres do subcontraente. Esta expansão leva ao estabelecimento de certas relações entre os contraentes mediatos. A admissibilidade de tais relações contraria a tradicional doutrina da relatividade dos contratos”¹¹. Assim, entre as três partes que

⁷ Não serão, portanto, subcontratos os contratos celebrados entre o co-contratante e um terceiro com vista a transmitir para este encargos acessórios relacionados com o contrato principal.

⁸ V. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, pp. 100 e 101. Tal como o Autor assinala nessas páginas, o subcontrato em sentido próprio pode conter outras posições activas e passivas que não sejam as do contrato principal apenas. Ainda assim, para que seja um subcontrato em sentido próprio terá de existir uma identidade ou sobreposição entre o objecto do contrato principal e o do subcontrato.

⁹ V. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 187.

¹⁰ Cfr. ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *ob. cit.*, pp. 93 e 94; MARIA ALESSANDRA SANDULLI, ROSANNA DE NICTOLIS e ROBERTO GAROFOLI, *Trattato sui Contratti Pubblici: I Settori Speciali L'Esecuzione*, volume V, Giuffrè, 2008, pp. 3403 e 3404; e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 121.

¹¹ V. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 157. Notamos que o Autor utiliza a expressão “subcontraente” para se referir àquilo a que nos referimos como “subcontratado” (para o Autor o “intermediário” seria o equivalente ao “co-contratante” ou, na nossa terminologia, ao “subcontraente”).

celebram os dois contratos – contrato principal e subcontrato – existem relações que não se resumem às imediatamente decorrentes do contrato em que são partes. Existem, pois, relações entre os extremos da cadeia de contratos, isto é, entre o contraente público e o subcontratado¹².

Os próprios civilistas consideram que numa relação como a que se estabelece entre o contrato principal e o subcontrato, no âmbito de uma relação estritamente jurídico-privada (onde vigora, portanto, o princípio da autonomia privada), há motivos suficientemente ponderosos, que decorrem da especificidade do contexto contratual, para justificar a existência de relações entre os extremos da cadeia negocial¹³. Então, o que dizer quando um dos interesses presentes e enformador de toda a cadeia de contratos é o interesse público? Além disso, o que parece resultar do entendimento privatístico do instituto da subcontratação é que se justifica em alguns casos, dados os elementos caracterizadores e absolutamente “individualizadores” deste contexto contratual, o estabelecimento de relações directas entre os sujeitos que ocupam o extremo da cadeia negocial em causa e que, entre eles, não têm nenhuma relação jurídico-contratual directa, são terceiros relativamente a cada um dos negócios jurídicos em que são parte e que compõem a cadeia negocial que lhes é comum por virtude dessa relação que têm com uma parte comum (o co-contratante) e pela unidade funcional que o seu objecto conhece¹⁴.

Acresce que o princípio da relatividade dos contratos vem sendo criticado por inúmera doutrina¹⁵, que tem defendido que o referido princípio tal como é hoje

¹² De forma bastante ilustrativa, PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 278, nota de rodapé número 363, diz que: “também é irrealista a afirmação de que a Administração concedente conserva, depois da subconcessão, os mesmos direitos perante o concessionário – essa asserção estriba-se em grande medida numa ideia falsa, a de que a subconcessão é um negócio estranho à Administração; ora, uma vez que tem de o autorizar ela fica de certo modo comprometida com os efeitos que dele decorrem” (sublinhado nosso).

¹³ Com efeito, os civilistas vêm admitindo a existência de relações entre os extremos da cadeia negocial, nomeadamente, através do instituto da acção directa ou dos pagamentos directos, cfr., entre outros, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*; MARGARIDA LIMA REGO, *ob. cit.*; FRANCESCO MESSINEO, *ob. cit.*; PEDRO DE ALBUQUERQUE e MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito das Obrigações: Contratos em Especial*, volume II – Contrato de Empreitada, Almedina, Coimbra, 2012. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 167, diz mesmo, numa alusão à “estreita dependência entre os dois negócios jurídicos”, que “as situações subcontratuais talvez sejam o ponto de partida duma construção futura da acção directa”.

¹⁴ “De facto, a interligação entre o contrato base e o subcontrato fundamenta a existência de relações directas entre os extremos da cadeia negocial; há uma conexão estreita entre o primeiro contraente e o subcontraente”, cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 171.

¹⁵ Para informações detalhadas acerca das várias posições acerca desta questão, v. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*; DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Contrato a Favor de Terceiro*, Almedina, Coimbra, 2009; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.^a edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1997; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, refundido e atualizado, 4.^a

entendido tem a sua génese numa concepção fortemente individualista de sociedade e de Direito, que se demonstra hoje anacrónica¹⁶. Como nos diz RITA AMARAL CABRAL, “os nossos dias caracterizam[-se] como de concepção social do direito, que é, nestes termos, necessariamente anti-individualista. Partindo da premissa da intervenção do homem num todo social onde se esforça para a realização de tarefas comuns, esta nova visão almeja obter o mais alto grau de coesão conducente a um regime de integração e de comunhão, fazendo «aparecer por detrás de uma abstracção do conceito de pessoa (*himo juridicus*) uma individualidade concreta»¹⁷. Assim, num contexto jurídico, político e económico marcado pela ideia de Estado Social de Direito, parece fazer mais sentido a concepção do princípio da relatividade dos contratos em moldes mais consentâneos com na ideia de integração, cooperação e coesão social e de Homem enquanto ser que se relaciona com uma comunidade alargada de outros seres humanos, estabelecendo com eles relações com muitas formas e complexidade. Dito de outro modo, parece forçoso admitir que, pelo menos, em situações contratuais com características muito específicas, como seja uma directa e intrínseca potencialidade de concretização da cooperação (com um mesmo fim) entre seres humanos (as partes no contrato com terceiros) ou de

edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, volume I, 10.^a edição, Almedina, Coimbra, 2003; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 10.^a edição reelaborada, Almedina, Coimbra, 2006; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, “A eficácia externa das obrigações. Entendimento da doutrina clássica”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 521 a 530; PEDRO MÚRIAS, *Eficácia Externa das Obrigações*, disponível em: <http://muriasjuridico.no.sapo.pt/eEficaciaExterna.htm>; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *ob. cit.*; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português II, Direito das Obrigações*, tomo I, Almedina, Coimbra, 2009; RITA AMARAL CABRAL, *A Eficácia Externa da Obrigação e o n.º 2 do artigo 406.º do Código Civil*, Livraria Cruz, Braga, 1985; MARGARIDA LIMA REGO, *ob. cit.*; E. SANTOS JÚNIOR, *ob. cit.*; LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, volume I, Almedina, Coimbra, 2008; JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, volume I, Almedina, Coimbra, 1987; MARIA DE FÁTIMA DUARTE, *O Pacto de Preferência e a Problemática da Eficácia Externa das Obrigações*, AAFDL, Lisboa, 1989; RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, “Acidentes em auto-estradas: natureza e regime jurídico da responsabilidade dos concessionários”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, volume II, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 157 a 199.

¹⁶ V. RITA AMARAL CABRAL, *ob. cit.*, pp. 16 a 18. E. SANTOS JÚNIOR, *ob. cit.*, p. 166, diz que “a evolução económica e social encarregou-se de criar novas situações [para além da do contrato a favor de terceiro] de alargamento da eficácia do contrato para além do círculo interno das partes”. Mais à frente, o mesmo Autor refere de forma bastante elucidativa que “a cada vez maior complexidade social da vida nos tempos modernos, sob o plano económico e financeiro e sob o plano tecnológico, implicando uma teia cada vez mais apertada de situações interpessoais, apertou também a malha das relações contratuais (...), que, muitas vezes, surgem ora encadeadas entre si ora cada vez mais próximas umas das outras ou, mesmo, imbricadas umas nas outras, unidas por um fim comum, pela destinação na ou para a realização de uma mesma operação económica. Neste contexto, compreende-se que o princípio da relatividade sofresse novos «assaltos» ou tentativas de novas injunções, já para lhe descortinar novas excepções, já para concebê-lo numa perspectiva mais ampla, que, pretensamente salvaguardando-o – mas seguramente, afrouxando-o –, permitisse resposta a certas situações carecidas de solução jurídica”.

¹⁷ V. RITA AMARAL CABRAL, *ob. cit.*, pp. 19 e 20.

realização do bem comum, se justifica reconhecer o alargamento do alcance da eficácia dos contratos, admitindo-se a existência de relações entre os contraentes mediatos e não apenas imediatos. Somos da opinião que um exemplo paradigmático duma dessas situações será a que resulta do contexto de grande “cumplicidade funcional” existente entre o contrato principal e o subcontrato¹⁸, ainda para mais se o contrato principal for um contrato administrativo (através do qual se visa a realização de determinado interesse público).

Além disso, cremos que o princípio da relatividade dos contratos foi estabelecido no nosso ordenamento, nomeadamente, no artigo 406.º n.º 2 do CC¹⁹, tendo em vista as situações estatística e economicamente mais relevantes, ou seja, para as situações em que é celebrado um contrato entre dois sujeitos pura e simplesmente. Para situações a que podemos chamar normais, isto é, o A e o B celebram um contrato entre si, sem que estejam a esse contrato associadas directamente ou dele dependentes directamente outras relações jurídicas contratuais distintas, por exemplo. Não teve, como aliás não poderia ter, em conta a especificidade de todas as relações que se podem criar entre sujeitos, que, naturalmente, poderão ir muito para além da simples relação entre dois sujeitos, derivando, associando-se ou conectando-se directamente a essa relação entre dois sujeitos outras relações jurídicas funcionalmente indissociáveis. Na consagração do princípio da relatividade dos contratos não se pensou na unicidade funcional existente, por vezes, entre mais do que um contrato e, logo, entre mais do que uma relação jurídica entre diversos sujeitos (por vezes, sendo um deles parte em mais do que um contrato com outras entidades). De facto, “não se atendeu especificamente à união de contratos”, diz FERNANDO DE GRAVATO MORAIS²⁰, nem, dizemos nós, à realidade específica que resulta da estreita relação existente entre contrato principal e subcontrato.

Poderia até defender-se que, nestes casos, se deveria adoptar uma interpretação mais restritiva do conceito de terceiro, pois, na verdade, haverá terceiros, no sentido amplo do artigo 406.º n.º 2 do CC, que não poderão ser assim considerados, sob pena de

¹⁸ “A verdadeira especificidade do subcontrato encontra-se na possibilidade de cooperação, similar à que existe no seio de cada contrato, mas agora entre sujeitos que não estão directamente relacionados, entre si, pela via negocial. (...) O subcontrato permite, assim, que sujeitos parte em relações jurídicas diferentes, cooperem e retirem mútuas vantagens”, cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, pp. 21 e 22.

¹⁹ Como muito bem diz PEDRO MÚRIAS, *ob. cit.*, pp. 16 e 17, “o artigo 406.º n.º 2 consagra a regra da relatividade dos contratos, e não uma regra de relatividade das obrigações”.

²⁰ V. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *União de Contratos de Crédito e de Venda para Consumo*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 407.

formalidade desproporcionada, dadas as características muito específicas de determinadas relações contratuais ou a unicidade funcional existente entre vários contratos. Seriam, pois, nesses casos, os intervenientes na cadeia de contratos *partes* na unicidade, ainda que não o sejam em todos os contratos que a formam²¹. Ainda assim, ficamo-nos pela asserção de que também por aqui nos parece sair reforçada a ideia de que, no caso da relação trilateral que nasce com a celebração do subcontrato (por virtude deste, sendo um verdadeiro subcontrato, derivar do contrato principal), se justifica falar de uma excepção ao princípio da relatividade dos contratos, produzindo-se efeitos para além das partes, no âmbito da unidade funcional que significa a cadeia negocial, existindo, portanto, necessariamente, relações directas entre o subcontratado e o contraente público.

b. Ainda o contexto contratual específico e suas implicações: união de contratos com dependência

A reforçar esta ideia pode ainda avançar-se uma outra. Como já explicitámos antes, é inegável que a relação existente entre o contrato principal e o subcontrato é bastante estreita, revestindo-se de características muito específicas. Na verdade, encontramos-nos perante uma verdadeira situação de união de contratos com dependência²², isto é, estamos perante dois contratos “que se encontram ligados por [um] vínculo de carácter funcional”, o que, desde logo, “tem algumas implicações no seu regime”²³²⁴.

Ora, entre o subcontrato e o contrato principal existe uma relação de unicidade funcional²⁵. Ambos têm uma “finalidade económica comum”²⁶, têm como pano de

²¹ Diz FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *ob. cit.*, p. 405, que “a evolução económica e social impõe uma extensão da noção de parte e a correlativa restrição da noção de terceiro”, criando-se duas categorias de partes contratantes: “a relativa às «partes contratantes» no mesmo contrato ou em contratos distintos coligados”.

²² V. FRANCESCO MESSINEO, *ob. cit.*, pp. 81 e 87; e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, pp. 193 e ss.. A propósito da figura da união de contratos com dependência, v. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos...*, pp. 475 e ss..

²³ V. ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, volume I, 5.ª edição actualizada e aumentada, reimpressão da edição de Janeiro de 2008, Almedina, Coimbra, 2008, p. 1498.

²⁴ Um exemplo legislativo muito interessante relativo a esta ideia é o dos contratos de crédito ao consumo, conforme assinala E. SANTOS JÚNIOR, *ob. cit.*, pp. 170 e ss. e FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *ob. cit.*

²⁵ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 197, que nos diz elucidativamente que “o subcontrato e o contrato base formam uma coligação unilateral, funcional e necessária”.

fundo, para a realidade que nos interessa, um determinado interesse público a realizar. A efectivação das prestações que visam a satisfação do interesse público é, portanto, a substância que dá unicidade funcional aos dois contratos, dando-lhes um significado uno, tanto que as vicissitudes do contrato principal se fazem sentir no subcontrato. E esta unicidade funcional “não resulta directamente da vontade das partes, pois esta união acha-se ínsita na própria natureza dos negócios em causa, desde que os dois negócios estejam funcionalizados na prossecução do mesmo fim”²⁷. O subcontrato existe porque existe o contrato principal. Posto isto, devemos considerar o contraente público não como “um terceiro estranho, mas um terceiro interessado”²⁸, assumindo mesmo um papel fundamental na realização do interesse público que serviu de base ao contrato principal (e, em certa medida, ao subcontrato), de que é, convém relembrar, o originário “guardião” nos termos da lei. Desta feita, “é esta coligação negocial que justifica a existência de relações entre [os] sujeitos que não são parte no mesmo contrato”²⁹.

Assim, esta ideia de terceiro interessado que não se pode considerar estranho à unidade funcional que resulta dos vários contratos celebrados (contrato principal e subcontrato, por exemplo) – ainda que não seja parte nos dois contratos –, justifica admitir-se a existência de relações directas entre o contraente público e o subcontratado, dado o contexto contratual muito específico que está em causa, sob pena de se adoptar uma visão desmesuradamente formalista da realidade, inimiga dos fins que subjazem ao Direito.

c. O “reforço” administrativo

Se dúvidas existissem, o artigo 280.º do CCP tornou claro que “o regime jurídico do contrato administrativo é (...) próprio e claramente distinto do regime comum”³⁰. De tal forma assim é que, em sede de regime substantivo do contrato administrativo, o

²⁶ V. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 194.

²⁷ V. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 197. O mesmo Autor diz ainda que “há uma dependência natural do subcontrato em relação ao contrato principal que justifica uma coligação de negócios, independentemente de expressa vontade das partes nesse sentido”.

²⁸ V. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *ob. cit.*, p. 407.

²⁹ V. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 197.

³⁰ V. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Consenso e Autoridade na Teoria do Contrato Administrativo*, Quid Iuris Sociedade Editora, Lisboa, 2012, p. 19.

direito civil só se aplicará caso os princípios gerais de Direito Administrativo e as restantes normas de Direito Administrativo se mostrem insuficientes para a regulação de determinado aspecto³¹. O que ocorrerá em poucas ocasiões. Esta é, de facto, uma consequência da funcionalização da figura do contrato ao interesse público, é a “lógica da função” a sobressair em detrimento da “lógica do pacto”³².

O CCP estabelece, pois, um amplo regime específico que disciplina a relação jurídico-contratual nascida do contrato administrativo em termos claramente autónomos do regime dos contratos de direito privado, sem nunca perder de vista o interesse público, com o que se mitiga, obviamente, a “lógica do pacto” e os princípios que lhe estão subjacentes – o princípio *pacta sunt servanda*, o princípio da relatividade dos contratos, entre outros. Não significa isto que o contrato administrativo deixe de ser um contrato, continuando a ser, portanto, um instrumento em que a vontade das partes e os princípios referidos têm um papel importante, o que fica, desde logo, claro, por exemplo, na definição das “contrapartidas” do exercício dos poderes de autoridade do contraente público, como sejam a reposição do equilíbrio financeiro contratual ou o pagamento de compensação financeira³³.

Ora, com isto pretendemos significar que o contrato administrativo é um contrato com características específicas e com um regime jurídico específico, diferente da figura de direito privado que é o contrato. Esta foi a opção do legislador nacional. É que o contrato administrativo é ainda uma forma de a Administração prosseguir o interesse público. Não nos esqueçamos de que se deve manter presente a ideia de consensualidade, a ideia de “lógica do pacto”. No entanto, é a “lógica da função” a ideia que singulariza o contrato administrativo. Por assim ser, tratando-se o interesse público do fundamento, fronteira e fim da actuação da Administração, é que se compreende que o modo como a Administração se comporta no âmbito da relação contratual existente com o co-contratante seja diferente.

Assim, parece-nos dever-se afirmar que princípios como o da relatividade do contrato têm, no âmbito do contrato administrativo, uma aplicação mitigada por virtude de princípios próprios do Direito Administrativo como sejam o da prossecução do

³¹ “Significa isto que o regime do contrato administrativo é de direito público, só se aplicando o regime de direito civil se de todo o *corpus* do direito administrativo nada for possível reter para o caso”, cfr. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Consenso e Autoridade...*, p. 18.

³² Cfr. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “O acto administrativo contratual”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 63, CEJUR, Braga, Maio – Junho, 2007, p. 5.

³³ V. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 102.

interesse público³⁴ ou o da boa administração. A semelhante conclusão chega também ALEXANDRA LEITÃO, que afirma que “a relatividade do contrato é um princípio menos absoluto em Direito Público do que em Direito Privado, até porque a celebração de contratos por parte da Administração Pública visa sempre a prossecução do interesse público”³⁵.

Esta ideia parece-nos, aliás, estar espelhada ao longo de todo o CCP, dando mesmo unidade às opções tomadas na sua parte III, relativa ao regime de execução do contrato administrativo. Se o exemplo dos poderes de autoridade é antonomástico, também não se pode descurar, precisamente, o regime do artigo 287.º do CCP. De facto, através desse regime “o CCP mostra (...) que está aberto à consideração dos efeitos materiais da relação contratual numa perspectiva alargada e virada para terceiros”³⁶, o que nos parece ser consequência indelével daquilo que singulariza a figura do contrato administrativo, ou seja, as exigências que resultam da prossecução do interesse público.

Entendemos inclusive poder retirar-se dos n.ºs 3 e 4 do referido artigo 287.º do CCP a seguinte regra: *os contratos administrativos têm efeitos em relação a terceiros, excepto nos casos em que o contrato “constitui situações subjectivas passivas para terceiros ou do qual resultem efeitos modificativos, impeditivos ou extintivos de direitos de terceiros”*- letra do artigo 287.º n.º 3 do CCP –, *caso em que será necessário o consentimento destes, a não ser que estejamos perante cláusulas contratuais de efeito normativo que, mesmo em situações como as descritas, produzem também efeitos relativamente a terceiros*³⁷. Ou seja, a regra é a de que o contrato administrativo produz efeitos quanto a terceiros e isso explica-se pelo compromisso irrenunciável da Administração para com a prossecução do bem da comunidade, mesmo quando contrata.

³⁴ V. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 386; e ALEXANDRA LEITÃO, *A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 16 e 46.

³⁵ V. ALEXANDRA LEITÃO, *A Protecção Judicial...*, p. 46. A Autora vai mais longe e afirma que “a eficácia relativa dos contratos é, actualmente, um mero dogma, que está em crise quer nos contratos entre privados, quer nos contratos celebrados pela Administração Pública” (ALEXANDRA LEITÃO, *A Protecção Judicial...*, p. 238).

³⁶ V. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Consenso e Autoridade...*, p. 136.

³⁷ Simplificando: 1) os contratos administrativos produzem efeitos em relação a terceiros; 2) a excepção é quanto à constituição de situações passivas ou à influência desfavorável da esfera jurídica de um terceiro; 3) mas, mesmo nestes casos, eles produzem esses efeitos em relação a terceiros se estivermos perante um contrato com cláusulas de efeito normativo.

Ainda assim, cremos que também o artigo 287.º do CCP foi pensado para as situações menos sofisticadas, mais comuns e mais fáceis de enquadrar logicamente, isto é, para relações jurídico-contratuais estabelecidas meramente entre dois sujeitos e sem qualquer dependência funcional ou relação directa com outros sujeitos e negócios jurídicos. Em todo o caso, entendemos que do artigo 287.º se retira um elemento legislativo muito interessante e que reforça a nossa tese: o de que o contrato administrativo produz, em regra, efeitos em relação a terceiros. Algo que nos parece ser aprofundado com o regime previsto no artigo 291.º do CCP.

Em suma, de tudo quanto se vem afirmando deve retirar-se a conclusão de que entre o contraente público e o subcontratado existem efectivamente relações directas, muito embora não sejam partes no mesmo contrato.

Ainda assim, em nosso entender, como explicitaremos no próximo ponto, o problema que se nos coloca – o de saber se o contraente público pode exercer, e em que moldes, poderes de autoridade sobre o subcontratado – não diz, em rigor, respeito à questão da eficácia externa dos contratos, não se afigurando, portanto, como uma excepção ao princípio da relatividade. Ainda assim, pareceu-nos útil deixar claro que, mesmo se fosse esse o caso, parecer-nos-ia perfeitamente defensável a nossa tese. O nosso intuito foi o de alertar para a relação muito especial existente entre o contrato administrativo e o subcontrato, o que levanta certamente outras questões para além da que nos propusemos tratar nesta dissertação e que devem, em nosso entender, merecer a atenção da doutrina.

4. O alcance do interesse público: os poderes de autoridade do contraente público

Os poderes de autoridade do contraente público, que brotam do interesse público, resultam do direito objectivo, isto é, da lei, sendo imunes à vontade das partes. Com efeito, “(...) a prossecução do interesse público é o fim último de qualquer acto da Administração; mais, é o fim último da própria função administrativa e, mesmo, dos outros poderes do Estado”³⁸. Por assim ser, o interesse público justifica que a

³⁸ V. BERNARDO DINIZ DE AYALA, *O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 194. V. ainda JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e*

Administração tenha determinadas prerrogativas no desenvolvimento da sua actividade, incluindo quando ela segue a forma consensual (do contrato)³⁹. Tais prerrogativas estão previstas expressamente na lei, conforme o artigo 302.º do CCP. E, estando, necessariamente, submetidos ao Direito, aqueles que colaboram na efectivação de prestações necessárias à realização do interesse público devem considerar-se potenciais destinatários dos poderes que a lei previu para a salvaguarda do referido interesse público, desde logo, os previstos naquele artigo. Desta feita, a possibilidade de o contraente público conformar a relação jurídico-contratual de que lançou mão para concretizar o interesse público que lhe competia existe apesar do contrato e estende-se aonde quer que estejam as prestações efectivadoras desse interesse público, substância legitimadora da existência de tais poderes. Assim, fica claro, como já antes enunciámos, que não se coloca, em rigor, um problema de relatividade do contrato, pois aqueles poderes resultam da lei⁴⁰⁴¹, têm natureza extracontratual⁴².

Dito isto, a referência feita ao contrato no artigo 302.º do CCP “não pode interpretar-se (...) como uma deslegalização da determinação desses poderes, mas antes como uma autorização para as partes desenvolverem, densificando, o respectivo conteúdo, ajustando-o, no respeito pelo estabelecido no CCP, ao objecto e aos contornos concretos de cada contrato”⁴³. Desta feita, “o regime do contrato administrativo é assim

Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos, reimpressão da edição de 1987, Almedina, Coimbra, 2013, p. 591, que afirma que “a prossecução do interesse público é o objectivo constante da actividade administrativa, seja qual for o perfil que esta assuma: trata-se de um imperativo indissociavelmente ligado à lógica do fenómeno estadual e expressamente reconhecido no artigo 266.º, n.º 1, da Constituição”.

³⁹ “O regime garantístico da posição do contraente público é o único que permite contratualizar um conjunto de prestações que podem condicionar ou substituir a realização das atribuições do contraente público porque é o único que reserva poderes extravagantes ao contraente público para preservação das suas atribuições que serão, em última análise, marcadas pelo signo do interesse público”, cfr. PEDRO MIGUEL MATIAS PEREIRA, *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 50. V. ainda MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10.ª edição, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1980, pp. 616 e ss.; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, reimpressão da 2.ª edição de 2011, Almedina, Coimbra, 2013, p. 622 e ss.; e PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo...*, p. 34.

⁴⁰ V., enunciando brevemente esta questão, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 11.ª edição, Civitas Ediciones, Madrid, 2002, p. 693.

⁴¹ PEDRO MÚRIAS, *ob. cit.*, p. 18, avança uma ideia, a propósito do princípio da relatividade dos contratos no Direito Privado, bastante interessante: “Só os efeitos estipulados assentam na autonomia privada; só eles correspondem a um exercício da liberdade jurígena. Pelo contrário, os efeitos indirectos resultam de outros princípios ou regras. O artigo 406.º n.º 2, como vimos, é uma decorrência da autonomia privada. Logo, só abrange os efeitos que digam respeito à própria autonomia privada”.

⁴² V. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo...*, p. 105 e 119; RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 13; LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Consenso e Autoridade...*, pp. 20 e 38; e PEDRO MIGUEL MATIAS PEREIRA, *ob. cit.*, p. 109.

⁴³ V. ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 52. No mesmo sentido, v. CARLA AMADO GOMES, “A conformação da relação

misto, legal e consensual. Esta dupla origem do contrato coloca um difícil problema de equilíbrio entre as exigências do interesse público corporizadas pela lei e a autonomia da vontade das partes”⁴⁴.

Assim, uma vez que os poderes de autoridade do contraente público resultam da lei como forma de adequar “a execução do contrato às necessidades públicas em constante e rápida evolução”⁴⁵ não se pode afirmar que se verifica uma conexão directa com a existência de uma relação contratual com um co-contratante. Isto é, os poderes de autoridade não estão dependentes do conteúdo que as partes possam dar ao contrato (não são de sede consensual) nem se limitam a ele, existem independentemente dele e a todo o momento. Eles não estão, portanto, dependentes nem resultam da forte posição negocial do contraente público, nem, em rigor, existem por este ser uma entidade pública. Não, eles são concedidos pela Constituição e pela lei ao contraente público por virtude do interesse público que, essas mesmas fontes, lhe consignam. É àquela entidade, que num determinado contrato administrativo surge como contraente público, que compete proteger e prosseguir determinado interesse público – o que pode fazer através da figura do contrato administrativo⁴⁶ – e é este *quid* que justifica aqueles poderes. São verdadeiros poderes-deveres com vista à prossecução do interesse público, ainda que tenham o seu âmbito “reduzido” às relações consensuais (ou seja, ainda que só quando exista contrato eles se tornem “visíveis” ou operantes) que são estabelecidas relativamente ao interesse público que se visa prosseguir. Aliás, o contraente público não pode renunciar aos poderes de autoridade, sob pena de nulidade da cláusula através da qual o faça⁴⁷. Dito de outra forma, não está na disposição do contraente público

contratual no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública*, Volume I, CEDIPRE, Coimbra, 2008, pp. 526 e 527.

⁴⁴ V. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Consenso e Autoridade...*, p. 10.

⁴⁵ V. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Consenso e Autoridade...*, p. 51.

⁴⁶ Vigora, entre nós, o princípio da livre utilização do contrato administrativo por parte da Administração, conforme resulta do artigo 278.º do CCP. V., a propósito desta questão, entre outros, JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *ob. cit.*; PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo...*; LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Consenso e Autoridade...*; e GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos Comentado*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2011 (anotação ao artigo 278.º do CCP).

⁴⁷ “Se a lógica de contrato parece permitir esta disponibilidade, alargando, desse modo, o espaço de consenso no contrato administrativo, a verdade é que a lógica da função é aqui determinante para que se conclua pela impossibilidade de renúncia a estes verdadeiros poderes de autoridade. Efectivamente, a lógica da função, animada pelo princípio da prossecução do interesse público, exige que aqueles poderes se mantenham durante a execução do contrato, de modo a assegurar o interesse público, não podendo os mesmos, assim, ser alvo de renúncia através de estipulação contratual. A preponderância da lógica da função é determinada por aquele princípio com dignidade constitucional que exige que o contraente público fiscalize, dirija a execução, modifique ou mesmo resolva o contrato administrativo se o interesse público assim o determinar”, cfr. PEDRO MIGUEL MATIAS PEREIRA, *ob. cit.*, p. 60. V. JOSÉ MANUEL

prosseguir e proteger ou não o interesse público que a lei lhe consignou. Ele terá de o fazer quer queira quer não, sendo esse um factor determinante (e limitador) nas suas decisões⁴⁸. Mas assim é não por ser uma determinada entidade pública, mas sim por ser a entidade à guarda da qual foi entregue determinado interesse público pela lei e/ou pela Constituição.

Dito isto, somos forçados a entender que os poderes de autoridade acompanham o interesse público onde quer que ele esteja, estando o contraente público a quem foi confiada a prossecução de determinado interesse público obrigado a protegê-lo sempre e quando necessário. Por outras palavras, a partir do momento em que o contraente público decide prosseguir o interesse público a que está vinculado através de um contrato, uma vez este celebrado o contraente público fica investido nos poderes de autoridade no âmbito das prestações que contratualizou, pois da sua execução depende a realização do interesse público, e terá de exercê-los para que se efectivem essas prestações (e consequentemente sejam satisfeitas as necessidades da comunidade).

O que acabamos de dizer não pode ficar prejudicado pela existência, por exemplo, de um subcontrato. Desde logo, porque este deriva daquelas prestações cuja execução é importante para e visa apenas a realização do interesse público. Mas mais, atendendo ao conteúdo e características do subcontrato, já antes abordadas, admitir que o contraente público veria os seus poderes de autoridade prejudicados equivaleria a dizer que ele poderia a eles renunciar⁴⁹. Dir-se-á que não é assim, pois o contraente

SÉRVULO CORREIA, *ob. cit.*, p. 714, quando diz que “(...) o princípio da indisponibilidade de competências é uma função da lógica que preside em geral à reserva de norma jurídica: a de que as competências são ditadas heteronomamente aos seus titulares, que por isso não podem dispor delas”; PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, 2.^a reimpressão da edição de Maio/2003, Almedina, Coimbra, 2011, p. 283, que afirma que “num Estado de Direito democrático, nem a Administração pode ter o poder discricionário de renunciar às prerrogativas que lhe foram confiadas para prosseguir o interesse público, nem a «dispensa» de sujeição às vinculações se pode traduzir no exercício de um poder administrativo autónomo”; e ainda LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Consenso e Autoridade...*, p. 23, que diz que “o contrato não pode ser o pretexto para a Administração se demitir do exercício daqueles poderes legais. Existem mesmo que o contrato administrativo os não preveja e continuam até se expressamente os excluiu. O contrário seria permitir que a Administração, para honrar a vontade de um co-contratante, ignorasse os interesses dos demais cidadãos, o que não colhe”.

⁴⁸ “(...) verificadas as circunstâncias legais que os justificam, são de exercício obrigatório em nome do interesse público. São, portanto, de exercício vinculado, verificadas tais circunstâncias”, cfr. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Consenso e Autoridade...*, p. 36.

⁴⁹ Não nos parece que através do subcontrato que o co-contratante decide celebrar se possa dispensar o contraente público de “vigiar” de perto e directamente a execução das prestações que dizem respeito ao interesse público que lhe cabe proteger nos termos da lei. Uma tal ideia parece-nos fazer ainda menos sentido se pensarmos que, na maior parte dos casos, a decisão quanto a celebrar ou não um subcontrato se encontra na margem de liberdade do co-contratante (sem prejuízo, obviamente, da necessária autorização do contraente público). Ou seja, estaria nas mãos do co-contratante decidir se o contraente público

público manteria a possibilidade de os exercer relativamente ao co-contratante e este, por sua vez, sendo hoje pacífico que as entidades privadas podem, no exercício de funções materialmente administrativas, exercer poderes tipicamente pertencentes à Administração⁵⁰, exerceria os correspondentes poderes de autoridade sobre o subcontratado. Ora, se um tal argumento não pode ser aceite, desde logo, pelas tais características muito específicas que se verificam no contexto contratual em causa, há ainda outros motivos que nos levam a não concordar com tal argumento.

Em primeiro lugar, com o subcontrato há, consoante o caso, uma substituição do co-contratante no aproveitamento ou na execução das prestações que foram contratadas inicialmente com o co-contratante. Ora, uma solução em que o contraente público exerceria os poderes de autoridade sobre o co-contratante e este (desejavelmente) os reflectiria no subcontrato parece-nos não fazer sentido pela ineficiência na gestão da coisa pública que gera (incompatível com o princípio da boa administração) e pelo risco para o interesse público que resulta de uma solução em que o contraente público e a sua capacidade de protecção desse interesse estão dependentes (reféns mesmo) da vontade de colaborar do co-contratante. Situação que se agrava se tivermos em conta a enorme relevância prática da subcontratação⁵¹. Concordamos, pois, com ANA LUÍSA GUIMARÃES quando diz que “o interesse público e a satisfação do bem comum não se compadecem com um sistema de meios e instrumentos dirigido a actuar as decisões tomadas que não lhes garantam a necessária efectividade e eficácia e que as não efectivem em tempo útil”⁵²⁵³.

poderia ou não acompanhar directamente e de perto a execução das prestações que contratou com vista à realização do interesse público. No fundo, estaria nas mãos do co-contratante tornar mais ou menos operantes os poderes de autoridade que a lei concede à Administração contratante como forma de assegurar a prossecução do interesse público a todo o tempo. Ora, uma tal ideia parece-nos inaceitável. Até porque, como resulta do que já antes dissemos, “o particular não pode dispensar a Administração da observância do princípio da legalidade administrativa” (cfr. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *ob. cit.*, p. 791).

⁵⁰ V., por todos, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, reimpressão da edição de Outubro de 2005, Almedina, Coimbra, 2008.

⁵¹ “(...) la realidad práctica demuestra la imposibilidad de prescindir de esta figura”, cfr. ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *ob. cit.*, p. 90. Aliás, sendo a subcontratação um instrumento privilegiado de dinamização da economia, fomentando, por exemplo, a actividade económica das pequenas e médias empresas e o recurso à especialização técnica na realização das prestações, e, portanto, estatisticamente relevante na prática, é atemorizador (e sem sentido) pensar que a Administração contratante não poderia lançar mão de nenhum dos seus poderes de autoridade quanto ao subcontratado em todas essas situações.

⁵² V. ANA LUÍSA GUIMARÃES, *ob. cit.*, p. 66.

⁵³ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 68, diz que: “a boa administração, enquanto elemento da boa governação, exige, portanto, uma Administração que, ao mesmo tempo que respeita os direitos dos particulares, providencie serviços públicos eficientes, através da utilização de adequados métodos de gestão” (sublinhado nosso).

Além disso, como os poderes de autoridade visam a protecção e prossecução do interesse público a todo o tempo – uma realidade substancial, portanto – não nos podemos ficar pela formalidade de que o co-contratante mantém a sua posição contratual intacta. Com efeito, o contrato administrativo é um instrumento da Administração para a prossecução do interesse público, não podendo ser outro o fim por ela prosseguido. É que “a acção administrativa recebe sempre da lei uma conformação teleológica. Mas não se trata aí de um simples dever genérico de prosseguir o bem comum, isto é, de que o órgão ao agir opte pela conduta que repute mais útil ao bem da colectividade. No exercício da discricionariedade como na aplicação de um conceito indeterminado, o órgão deve agir para a prossecução de um determinado interesse público, isto é, daquele interesse público específico que o legislador pretenda ver realizado com tais actividades”⁵⁴. Assim, não tem o contraente público outra hipótese que não seja a de actuar, exercendo os seus poderes de autoridade, caso o interesse público que lhe foi cometido esteja em perigo. Assim, mesmo que o co-contratante tenha determinados poderes de autoridade isso não pode significar uma restrição dos poderes do contraente público, nomeadamente, do seu âmbito de aplicação, até porque o interesse público a prosseguir com o contrato está cometido por lei ao contraente público.

Assim sendo, a Administração não poderá ficar refém de uma barreira meramente formalista criada pelo facto de existir um subcontrato. Dito de outro modo, quem executa as prestações que visam a satisfação do interesse público é um terceiro – o subcontratado –, mas por virtude de um contrato que deriva de um contrato administrativo, com as prestações que tem de executar a “pertencerem” ao contrato de que deriva, que por sua vez correspondem a prestações que cabiam à Administração, que contratualizou, providenciar. Em virtude disso, a Administração contratante podia exercer sobre o co-contratante os seus poderes de autoridade no âmbito da execução das prestações tendentes à satisfação do interesse público. Ora, aparecendo um terceiro que substitui materialmente o co-contratante, a Administração continua a ter um interesse público a defender e prosseguir da melhor forma, pelo que não pode ser a mera virtude de se transferir apenas e só a execução das prestações que pode ser factor suficiente para impedir o contraente público de “controlar” a execução das prestações que visam concretizar o interesse público. Assim, apesar de o co-contratante manter face ao

⁵⁴ V. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *ob. cit.*, p. 490.

contraente público o conjunto de obrigações e de direitos previsto no contrato, a verdade é que ele foi substituído na execução das prestações que enformavam esse contrato celebrado com o contraente público, residindo aí a preocupação deste (pois é da execução do contrato que depende a prossecução do interesse público, é nessa fase que, factualmente, se vai “sentir” o impacto do contrato no interesse público), pelo que será também aí que, em nosso entender, os poderes de autoridade que o contraente público tem ao seu dispor se poderão fazer sentir caso assim seja necessário para a realização do interesse público em causa⁵⁵. O que não significa que ele os perca em relação ao co-contratante. Há é uma extensão desses poderes aonde quer que as prestações que realizam o interesse público estejam.

Em segundo lugar, o facto de o co-contratante manter a sua posição contratual face ao contraente público só pode servir como uma maior garantia do interesse público, nunca podendo ser visto como um limite à sua protecção e melhor prossecução. Com efeito, “o cumprimento do contrato por um agente que colabora com o contraente público na realização dos fins públicos é um fenómeno que extravasa a pura dimensão contratual, comportando uma directa relevância para o interesse público”, sendo, aliás, como já dissemos, “esta dimensão extra-contratual (...) dos interesses em jogo no contrato administrativo [que] justifica o desenho de um especial regime substantivo aplicável”⁵⁶ ao contrato administrativo. Além disso, o artigo 321.º do CCP limita-se a estabelecer um regime de responsabilidade civil, como veremos mais à frente, o que não protege convenientemente o interesse público nem se coaduna com as exigências inerentes à urgência da satisfação das necessidades da comunidade. Até porque o ressarcimento dos danos é um mero sucedâneo daquilo que verdadeiramente interessa, a satisfação material das necessidades.

Por fim, caso se entendesse que ao subcontratar a execução de prestações necessárias à realização do interesse público se estaria também a transferir para o co-contratante os correspondentes poderes de autoridade necessários à salvaguarda do interesse público, então, estaríamos a aceitar que ele poderia dispor desses poderes

⁵⁵ Parece-nos interessante referir, a este propósito, uma ideia veiculada por JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *As Formas Principais da Actividade Administrativa: Regulamento, Acto e Contrato Administrativo*, lições policopiadas, Coimbra, ano lectivo 2009/2010, p. 98: “As características da relação contratual administrativa implicam um regime substantivo de execução dos contratos, em que se procure assegurar, em termos adequados, o cumprimento da imposição constitucional da prossecução do interesse público” (sublinhado nosso).

⁵⁶ V. PEDRO GONÇALVES, “Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo”, *Estudos de Contratação Pública*, Volume I, CEDIPRE, Coimbra, 2008, p. 583.

consoante a sua vontade. Por outras palavras, caso optasse por subcontratar chamava a si esses poderes, caso não o fizesse então não chamava a si esses poderes. Ora, a concessão de poderes de autoridade, para além de depender da iniciativa da entidade a quem foram cometidos nos termos da lei (o contraente público em causa), tem de ser feita de forma expressa e deve apenas operar na medida do necessário para o exercício de atribuições públicas que tenham sido atribuídas ao particular e apenas durante o período de tempo convencionado⁵⁷. Destarte, uma tal ideia não nos parece ser de aceitar.

Não obstante o que vimos dizendo, ainda se poderia argumentar no sentido de que o facto de a subcontratação estar submetida a autorização do contraente público é precisamente um momento de controlo que visa garantir que o interesse público é prosseguido tal como contratado, pelo que o exercício de poderes de autoridade não seria necessário.

Concordamos que a autorização por parte do contraente público se pode traduzir num momento de controlo que beneficia indubitavelmente a melhor prossecução do interesse público. No entanto, é uma garantia da prossecução do interesse público claramente insuficiente. Com efeito, a autorização apenas permite ao contraente público garantir a idoneidade do subcontratado para a execução das prestações que derivam do contrato principal e que dizem directamente respeito à satisfação de necessidades colectivas. É, pois, uma forma de garantir que passando uma entidade terceira a executar materialmente o contrato principal, ela tem o que é preciso para manter a qualidade da execução a que se vinculou o co-contratante na sua proposta e, posteriormente, no contrato celebrado. Ainda assim, através da autorização o contraente público consegue assegurar a idoneidade de quem vai executar as prestações, mas jamais conseguirá assegurar a adequação da efectiva execução das mesmas à prossecução do interesse público. Até porque o momento da autorização precede qualquer execução por parte do subcontratado, ou melhor, precede mesmo a celebração do subcontrato. Destarte, o contraente público não consegue através deste instituto, previsto nos artigos 318.º e 319.º do CCP, um acompanhamento da execução das prestações ao longo da substituição material na execução das prestações objecto do contrato principal, isto é, durante toda a vigência do subcontrato. Dito isto, apesar de entendermos que a necessidade de autorização do contraente público para que haja

⁵⁷ Sobre este tema, v., por todos, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas...*

subcontratação é uma garantia do interesse público, jamais podemos aceitar que ela seja o único mecanismo ao dispor da Administração contratante num contexto como o da subcontratação, uma vez que se enquadra num momento em que ainda nem há subcontrato, estando vocacionada para a avaliação da capacidade do subcontratado e porque não possibilita de forma alguma à Administração contratante o acompanhamento da execução das prestações que satisfazem o interesse público e que ela decidiu contratar.

Assim, independentemente das entidades (públicas ou privadas, contraente público, co-contratante ou subcontratado) que estejam em causa na prossecução do específico interesse público em causa, os poderes de autoridade existem para o proteger e garantir a sua prossecução onde quer que e com quem quer que esse interesse público esteja. Assim o determina a Constituição e a lei (e não o contrato). O que interessa no caso concreto é, pois, o interesse público em presença, ou seja, a substância que subjaz à relação e não o número de entidades em causa ou a desmultiplicação (ou desmultiplicações) da relação originária, ou seja a “forma” da relação que existe entre as várias entidades.

Em suma, não podemos, pois, perder de vista que o que está em causa é que se optou por prosseguir o interesse público contratualizando, mas (i) continua a ser a satisfação material das necessidades da comunidade que está em jogo e (ii) o responsável último pela prossecução e protecção do interesse público em causa continua a ser, nos termos da lei, a entidade pública que optou por contratar. Destarte, continua também ela a poder, mais do que isso, a dever (quando necessário) exercer os poderes de autoridade relativamente ao subcontratado, pois a sua “esfera” de protecção acompanha o interesse público que justificou que ela tivesse aqueles poderes no âmbito das relações consensuais. No fundo, onde esteja a ser “executado” o interesse público que a ela lhe pertence prosseguir originariamente, aí estarão os poderes de autoridade que à entidade pública cabem enquanto originária e última guardiã do interesse público que lhe foi cometido⁵⁸. Nem de outra forma poderia ser, já que (i) “a Administração não

⁵⁸ PAULO OTERO, *ob. cit.*, pp. 308 e 309, diz, de forma bastante interessante, que “há na privatização da gestão ou exploração de tarefas administrativas, no entanto, um elevado grau de precaridade decorrente de existir sempre uma pessoa coletiva pública que mantém a responsabilidade última pelo efetivo e eficiente funcionamento das mesmas nas mãos das entidades privadas a quem foram confiadas: alicerçando-se em atos administrativos ou em contratos administrativos, a pessoa coletiva pública por tais tarefas dotada de uma responsabilidade última de garantia goza de amplos poderes de conformação, fiscalização e sancionamento sobre o modo como a gestão ou a exploração dessas mesmas tarefas”

age espontaneamente: desempenha uma função. A função significa que a conduta é guiada por objectivos; que ela se insere numa estrutura de causa e efeito de uma hipotética evolução causal. Ao empregar meios, a Administração tem de pretender alcançar certos efeitos. Nem de outra forma seria a sua conduta mensurável quanto ao cumprimento do dever de prossecução do interesse público imposto pelo artigo 266.º, n.º 1, da Constituição”⁵⁹; e que (ii) os poderes de autoridade têm apenas conteúdo e razão de ser se o “escudo protector” do interesse público em que se consubstanciam acompanhar o “corpo” que lhes deu existência para onde quer que esse “corpo” vá. Assim, não só entendemos que entre o contraente público e o subcontratado existem relações directas, como consideramos que essas relações podem consistir no exercício de poderes de autoridade, com os limites que veremos mais à frente, por parte do contraente público sobre o subcontratado.

5. O regime de responsabilidade do co-contratante

O artigo 321.º do CCP estabelece que o co-contratante se mantém responsável pelo cumprimento do contrato administrativo, mesmo existindo um subcontrato.

À primeira vista, dir-se-ia que o artigo 321.º do CCP resolvia as questões que levantamos nesta dissertação. Com efeito, mantendo-se o co-contratante como responsável perante o contraente público pela execução do contrato nos termos acordados, não só se estabelecia a não existência de relações entre o contraente público e o subcontratado como também se demonstrava a desnecessidade da existência dessas relações, pois o interesse público estaria garantido por este regime de responsabilidade do co-contratante⁶⁰.

No entanto, como já assinalámos *supra*, o regime do artigo 321.º do CCP é um mero regime de responsabilidade civil. Isto é, em caso de incumprimento das prestações a que o co-contratante se vinculou, é este, mesmo que exista um subcontratado a (não) executá-las “no terreno”, que responderá perante o contraente público pelos danos

públicas se encontra a ser desempenhada pela entidade privada a quem foram confiadas, incluindo a faculdade de colocar termo ao respetivo ato ou contrato administrativo” (sublinhado nosso).

⁵⁹ V. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *ob. cit.*, p. 623. BERNARDO DINIZ DE AYALA, *ob. cit.*, p. 26, diz também, de forma sugestiva, que “a autonomia pública, assumindo-se como o resultado de uma permissão legal integrante da competência do respectivo órgão, deve ser configurada em termos menos permissivos [que a autonomia privada] – ocorrendo uma situação subsumível no âmbito da norma, e descontadas as hipóteses de discricionariedade de acção, o órgão, em princípio, está vinculado a examinar, a ponderar, a decidir”.

⁶⁰ V., neste sentido, LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Consenso e Autoridade...*, p. 121.

causados ao bem comum, ao interesse público, ou que terá de ressarcir a Administração contratante pelas despesas que incorrer ao contratar um terceiro para efectivar as prestações (cfr. artigo 325.º do CCP). Jamais nos podemos esquecer, no entanto, que a indemnização é apenas um sucedâneo da realização da prestação, esta sim o que verdadeiramente interessa a quem contrata, pelo que a indemnização deverá sempre ser, ainda para mais quando falamos da satisfação de necessidades da comunidade, uma última *ratio*. Tratando-se de uma situação em que é o bem comum que está em causa, parece-nos, então, que essa norma deverá ser interpretada com muita parcimónia, pois o interesse na efectivação das prestações é ainda mais profundo. Para nós, esta norma estabelece uma outra garantia do interesse público. Dizemos outra porque aquela que mais se coaduna com a ideia de efectivação adequada e atempada do interesse público são os poderes de autoridade previstos na lei⁶¹. Assim, ela deverá ser interpretada no sentido de que não obsta de forma alguma ao exercício dos poderes de autoridade pelo contraente público relativamente ao subcontratado, pois não é garantia adequada para a protecção do interesse público.

Com uma tal norma o que se pretende é precisamente facilitar o ressarcimento dos danos causados à comunidade. Com efeito, a norma determina claramente quem responde perante o contraente público, não existindo margem para a discussão, necessariamente demorada e, logo, pouco consentânea com os *timings* exigentes inerentes à satisfação de necessidades colectivas, de quem deve responder e em que medida. Assim, quem responde directamente é o co-contratante, sem prejuízo do direito de regresso a que este possa ter direito em relação ao subcontratado⁶². Acresce que, atendendo a que a subcontratação é muitas vezes utilizada como mecanismo de acesso de pequenas e médias empresas a transacções de maior volume e sendo isso um facto notório que o legislador certamente não ignorou, faz sentido a opção tomada no artigo 321.º do CCP, uma vez que, tipicamente, a maior robustez financeira do co-contratante (por comparação à do subcontratado) é uma melhor garantia do ressarcimento da Administração contratante (guardiã do interesse público).

Dito isto, não há nenhuma contradição entre o facto de o contraente público pode exercer poderes de autoridade sobre o subcontratado e o facto de quem responder

⁶¹ Com efeito, eles visam garantir a execução das prestações que satisfazem o interesse público e não compensar a sua não execução, ou melhor, a não satisfação do interesse público.

⁶² No mesmo sentido, v. JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos – Anotado e Comentado*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 779.

pelo incumprimento ser o co-contratante. Com efeito, a ligação que se estabelece com o subcontratado deriva da especificidade do contexto contratual e da lei (do alcance do interesse público), não existe, pois, qualquer contrato entre o subcontratado e o contraente público, existe sim uma ligação que resulta daquelas fontes e que se reduz a questões relacionadas com a execução das prestações que foram contratadas com o co-contratante e em que este se fez substituir materialmente pelo subcontratado e que dizem respeito ao interesse público. Assim, só o co-contratante poderia estar submetido ao regime jurídico previsto para o incumprimento do contrato administrativo, pois só ele celebrou um contrato com o contraente público e é no âmbito desse contrato que o incumprimento se verifica.

Em suma, esta norma é mais um mecanismo de protecção do interesse público que a lei prevê. Mas se a autorização era insuficiente, entre outras razões que apontámos, por intervir numa fase embrionária (em que nem existe ainda subcontrato), permitindo apenas o controlo da idoneidade da entidade com quem se celebrará o subcontrato; o mecanismo previsto no artigo 321.º do CCP peca pelo momento tardio em que se revela operante, quando já existe incumprimento na execução das prestações que, nunca é demais lembrar, visam a realização do interesse público (em que o melhor que se pode fazer é *compensar*). Em qualquer dos casos, o problema é o mesmo, não permitem à Administração contratante o acompanhamento da execução das prestações que traduzem o interesse público que a lei lhe cometeu. E isso é insuficiente para garantir que a satisfação das necessidades da comunidade se efectiva.

Somos, pois, forçados a concluir que do artigo 321.º do CCP também não se retira a existência de algum entrave à nossa tese de que o contraente público pode exercer poderes de autoridade sobre o subcontratado. Aliás, entendemos até poder retirar-se deste artigo um elemento interpretativo muito interessante para a resposta às questões que nos propusemos tratar nesta dissertação. Na verdade, somos da opinião de que o legislador sentiu a necessidade de prever o disposto no artigo 321.º do CCP precisamente para deixar claro que, não obstante a execução das obrigações do contrato que vincula o co-contratante ao contraente público ter sido “transferida” para o subcontratado e, conseqüentemente, os correspondentes poderes do contraente público serem exercidos sobre a execução feita pelo subcontratado, o co-contratante continua a estar vinculado por um contrato que o liga ao contraente público, do qual emergem, portanto, “norma[s] jurídica[s], que se impõe às partes como se importaria uma norma de

fonte legal”⁶³. Caso assim não se entenda, ter-se-á forçosamente de concluir que o artigo 321.º do CCP não tem conteúdo útil. Com efeito, se se entender simplesmente que não existe qualquer relação como a que descrevemos entre o subcontratado e o contraente público, então, não seria necessário o artigo 321.º do CCP, pois que, uma vez celebrado um contrato entre o co-contratante e o contraente público, vigora entre eles um vínculo que tornaria sempre o co-contratante responsável perante o contraente público em caso de incumprimento das obrigações que lhe incumbem. É a ideia mais elementar que se retira do princípio *pacta sunt servanda* que, não obstante o cariz administrativo (e, logo, a funcionalização), também habita nos contratos administrativos. Posto isto, é forçoso reconhecer que, ao prever o artigo 321.º do CCP, o legislador pretendeu precisamente assinalar a especialidade das relações em causa. Relações que se estabelecem entre três entidades com base em apenas dois contratos. Temos, portanto, também base legal para afirmar que as relações que se estabelecem entre contraente público, co-contratante e subcontratado têm especificidades que merecem um tratamento diferenciado da habitual relação jurídico-contratual. Foram elas que fizeram com o que o legislador sentisse necessidade de prever um regime como o do artigo 321.º do CCP.

Concretizando, obviamente que o co-contratante permanecerá “integralmente responsável perante o contraente público pelo exacto e pontual cumprimento de todas as obrigações contratuais” (letra do artigo 321.º do CCP), visto que celebrou com ele um contrato que o vincula tal como uma norma jurídica, devendo indemnizar o contraente público pelos danos que lhe provoque caso haja violação de uma obrigação emergente do contrato com ele celebrado. No fundo, o que o legislador pretendeu dizer foi: apesar de os poderes de autoridade do contraente público, dada a sua especificidade, natureza, fundamento, fim e fronteiras, se terem “transferido” para “perto” da execução do contrato (como explicámos já e sem prejuízo do que diremos mais à frente), acompanhando-a (agora junto do subcontratado), as obrigações que o co-contratante assumiu no contrato com o contraente público continuam válidas e eficazes, vinculando o co-contratante no seu cumprimento, sob pena de recair sobre ele (e não sobre o subcontratado – que não é parte em nenhum contrato com o contraente público) a obrigação de indemnizar o contraente público pelo seu incumprimento.

⁶³ V. MARGARIDA LIMA REGO, *ob. cit.*, p. 486.

6. *A natureza jurídica do subcontrato*

A questão de saber quando se deve qualificar um contrato como administrativo é uma das que mais têm sido discutidas no Direito Administrativo nas últimas décadas. Ao longo de, pelo menos, um século vários têm sido os critérios avançados para “singularizar” o contrato administrativo⁶⁴. Seria muito interessante explicitar cada um desses critérios e deter-nos um pouco sobre eles, todavia as limitações formais a que estamos sujeitos assim não o permitem. Desta forma, focar-nos-emos em determinar, nos termos da lei vigente, quais os critérios adoptados pelo legislador que relevam no contexto concreto que estamos a analisar, procurando, pois, esclarecer se o subcontrato deve ser considerado um contrato administrativo ou um contrato de direito privado. Alerta-se, no entanto, que a grande maioria da doutrina⁶⁵ e a jurisprudência⁶⁶ têm apontado no sentido de qualificar o subcontrato neste último sentido. Atentemos, então, no artigo 1.º n.º 6 do CCP.

⁶⁴ Para uma sùmula de todos esses critérios, v., por todos, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003.

⁶⁵ V. LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Consenso e Autoridade...*, p. 121; JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *O Contrato de Subempreitada...*, p. 86; JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos...*, pp. 779 e 780; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *ob. cit.*, p. 414, nota de rodapé número 139; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ob. cit.*, p. 99; GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES, “Régimen jurídico de la subcontratación en la nueva Ley de contratos del sector público”, *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, p. 249; JUAN LUIS DE LA VALLINA VELARDE, “La subcontratación administrativa”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 12, Janeiro – Abril, 2001, p. 252; FRANCISCO BLANCO LÓPEZ, *ob. cit.*, p. 244; ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *ob. cit.*, pp. 93 e 94; e LAURENT RICHER, *Droit des Contrats Administratifs*, 7.ª edição, LGDJ, Paris, 2010, p. 488. Há, no entanto, quatro autores que se pronunciaram, ainda que em contextos mais específicos, a favor do carácter administrativo do subcontrato, v. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.*, p. 483; PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, pp. 278 e ss. (embora tenha alterado a sua posição em *Entidades Privadas...*, pp. 1067 e 1068, nota de rodapé número 407); MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, volume I, Almedina, Coimbra, 1980, p. 658; e PEDRO MELO, “O Direito das Obras Públicas”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, volume VI, Almedina, Coimbra, 2012, p. 483, nota de rodapé número 118.

⁶⁶ V., entre outros, o acórdão do Tribunal de Conflitos, de 17 de Junho de 2010, processo n.º 029/09; o acórdão do Tribunal de Conflitos, de 18 de Setembro de 2007, processo n.º 04/07; e o acórdão do Tribunal de Conflitos, de 9 de Dezembro de 2010, processo n.º 020/10. Confrontámo-nos com um acórdão interessante do Tribunal Central Administrativo Sul, 2.º Juízo, de 29 de Abril de 2004, processo n.º 00099/04, em que o Tribunal afirma que “nesta intervenção da Administração dona da obra na esfera jurídica quer do empreiteiro adjudicatário quer dos sub-empreiteiros, através da sequência de actos procedimentais essenciais e necessários à validade e conseqüente eficácia dos contratos e da, não menos importante, constituição de vinculações para os particulares outorgantes do sub-contrato, expressamente previstos nos art.ºs. 265º a 271º, do DL 59/99, surpreende-se o exercício de poderes na veste de autoridade pública na medida em que, nos termos de tais normativos, a vontade da Administração é dotada de eficácia externa apta, por isso, a conformar a relação jurídica de sub-empreitada de um modo que, a nosso ver, extravasa claramente os limites gerais da autonomia privada (ordem pública, boa fé e bons costumes), derogando e restringindo a liberdade de contratar nas duas vertentes da liberdade de celebração e de estipulação do conteúdo do sub-contrato”; o Tribunal acaba por concluir que “a jurisdição administrativa é competente para conhecer dos litígios em sede de sub-empreitadas de obras públicas”.

Ora, nos termos do artigo 1.º n.º 6 do CCP, o legislador optou por combinar um conjunto de critérios indiciadores da administratividade necessária para qualificar um contrato como administrativo. Assim, em vez de optar por uma definição genérica de contrato administrativo, como tinha feito no CPA (artigo 178.º n.º 1), estabeleceu alguns critérios⁶⁷: o dos sujeitos, o da qualificação⁶⁸, o do regime substantivo⁶⁹, o do objecto de direito público e o do nexó relacional⁷⁰. Quanto a eles, cabe dizer que o critério dos sujeitos tem sempre de se verificar, embora não baste *per si* para qualificar um contrato como administrativo. Ele tem sempre de ser complementado pela verificação de um dos outros critérios que elencámos. Dito isto, analisaremos de seguida apenas os critérios que relevam para o que pretendemos demonstrar.

Antes de passarmos à nossa análise, cumpre ainda dizer que embora nesta dissertação tenhamos optado por abordar o subcontrato em termos gerais, entendemos que, no que diz respeito à questão da natureza do subcontrato, teremos de ser um pouco mais precisos. Assim sendo, optámos por analisar a questão tendo em conta duas

⁶⁷ Na sistematização dos critérios, seguimos, quase integralmente, a classificação proposta por MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.ª edição, Dom Quixote, 2009, pp. 29 e ss..

⁶⁸ Este critério retira-se da alínea a) do n.º 6 do artigo 1.º do CCP. De acordo com ele, são administrativos os contratos que a lei ou a vontade das partes assim qualifiquem. Quanto a este aspecto, cabe chamar a atenção para que “só a qualificação como administrativos de contratos com objecto passível de contrato de direito privado pode estar na disponibilidade das partes” (v. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral...*, p. 278). Acresce que, na esteira do mesmo Autor, o CCP apenas confere “a entidades privadas o poder de qualificarem como administrativos os contratos que celebrem na medida em que as entidades em causa estejam incumbidas de funções públicas e a celebração do contrato tenha sido direccionada à prossecução dessas funções” (v. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral...*, p. 283).

⁶⁹ Este critério, que se pode apelidar de estatutário, encontra-se previsto também na alínea a) do n.º 6 do artigo 1.º do CCP. Nos termos dele, são administrativos os contratos que a lei ou a vontade das partes submetam a um regime substantivo de direito público. Os aspectos brevemente referidos a propósito da qualificação de um contrato como administrativo por vontade das partes tem plena aplicação também no caso em que as partes decidem submeter o contrato a um regime substantivo de direito público – acabando, dessa forma, por o qualificar como administrativo.

⁷⁰ Este critério, previsto no artigo 1.º n.º 6 alínea d) do CCP, é de difícil interpretação, aglutinando aquele que parece ser um critério substantivo – que qualificaria contratos como administrativos dada a natureza do seu objecto – com um critério formal ou procedimental. Quanto à parte substantiva, diz um dos participantes na feitura do CCP que “o critério assenta (...) numa avaliação sobre o potencial de que se revestem as prestações contratadas ao particular de condicionamento do domínio positivo do contraente público sobre a forma de realização das suas atribuições. Reconduz-se, em suma, de um critério misto, que arranca do objecto do contrato e atende ao nexó relacional entre este e a autonomia pública remanescente do contraente público” (v. MARK BOBELA-MOTA KIRKBY, “Conceito e Critério de Qualificação do Contrato Administrativo: um Debate Académico com e em Homenagem ao Senhor Professor Sérvulo Correia”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 790). Quanto à parte formal deste critério, ela terá sido vertida no CCP por forma a apaziguar preocupações relacionadas com a eventual “abertura” da parte substantiva, isto é, relacionadas com a segurança jurídica. Não deixa, ainda assim, de ser criticável a previsão desta parte formal ou procedimental num critério como este, não só pelas dificuldades interpretativas que levanta numa matéria que deve ser clara – é determinado contrato um contrato administrativo? –, mas também pelo efeito “dessubstancializador” do critério.

categorias fundamentais de contratos administrativos⁷¹⁷²: “contratos de solicitação de produtos e de serviços ao mercado”⁷³ e “contratos de delegação de funções ou serviços públicos”⁷⁴. São Contratos de Solicitação, entre outros, o contrato de empreitada de obras públicas, o contrato de aquisição de serviços, o contrato de locação de bens móveis. São Contratos de Delegação, entre outros, o contrato de concessão de serviços públicos e o contrato de concessão de obras públicas. Passemos, então, à nossa análise.

Nos termos do critério dos sujeitos, um contrato para ser administrativo tem de ter sido celebrado por, pelo menos, um contraente público (cfr. artigo 1.º n.º 6 do CCP). Este é, nos termos da lei, um elemento impreterível. A definição de contraente público aparece-nos no artigo 3.º do CCP, qualificando como tal as entidades que compõem o sector público em sentido tradicional, os organismos de direito público (caso os contratos que celebrem sejam, por vontade das partes, qualificados como administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público) e quaisquer outras entidades, de natureza pública ou privada, sempre que celebrem contratos no exercício de funções materialmente administrativas. Não se trata, portanto, de saber se o contrato tem como uma das partes uma entidade pública, mas sim de saber se uma das partes pode ser enquadrada no conjunto de entidades que, no momento em que contrata⁷⁵, exerce funções públicas. Assim sendo, cremos que o co-contratante quando celebra um subcontrato deverá ser considerado como um contraente público no caso dos Contratos de Delegação, mas já não o deverá ser no caso dos Contratos de Solicitação.

Com efeito, não obstante ser pacífica a possibilidade de entidades privadas celebrarem contratos administrativos entre si⁷⁶, tal só poderá acontecer “quando uma delas se apresentar como elemento ou membro da Administração Pública, portanto, investida de funções públicas, e *desde que*, se verifique *uma* das condições seguintes: i) atribuição legal a essa entidade de capacidade para celebrar contratos administrativos;

⁷¹ Criticável, naturalmente, desde logo, por não esgotar o universo de contratos administrativos eventualmente existentes, mas pareceu-nos a melhor forma de colocar a questão.

⁷² Tivemos por base, em parte, a classificação adoptada por PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo...*, pp. 71 e ss.. Dizemos “em parte”, uma vez que não faremos referência aos contratos sobre o exercício de poderes públicos, categoria também utilizada pelo Autor, pois que nesses contratos o que está em causa não é tanto um fenómeno de privatização de responsabilidades públicas (sobre este conceito, v. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas...*, pp. 151 e ss.).

⁷³ Doravante Contratos de Solicitação.

⁷⁴ Doravante Contratos de Delegação.

⁷⁵ Não se confunda esta precisão com o intuito que o sujeito em causa tem no momento em que contrata. Não é pelo facto de, por exemplo, um particular pretender prosseguir o interesse público com as suas acções que isso lhe permite celebrar contratos administrativos.

⁷⁶ V., entre outros, JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *ob. cit.*, pp. 411 e ss.; PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo...*, pp. 82 e ss.; e PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas...*, pp. 1063 e ss..

ii) utilização do contrato no exercício de competências de autoridade (em alternativa à prática de acto administrativo); iii) contratos celebrados ao abrigo de uma norma de *autorização expressa* que se dirige à entidade privada *enquanto titular de funções públicas*⁷⁷. Na nossa opinião, o artigo 3.º n.º 1 alínea b) e n.º 2 do CCP enquadram-se perfeitamente num caso de “atribuição legal a essa entidade de capacidade para celebrar contratos administrativos”. Não é aí, contudo, que o problema se coloca. O problema coloca-se quanto a saber se o co-contratante exerce funções materialmente administrativas que nos permitam, no fundo, dizer que ele se enquadra na Administração Pública.

Se no caso dos Contratos de Delegação não temos dúvidas em afirmar que o co-contratante exerce funções materialmente administrativas, pois é investido de uma função pública. O co-contratante, nos Contratos de Delegação, “constitui-se (...) como [o] depositári[o] da responsabilidade da execução de uma tarefa que a lei confiou à Administração: assume a gestão ou a direcção global da tarefa, actuando na *posição de Administração* nas relações externas que estabelece no cumprimento da missão que lhe foi confiada”⁷⁸. Estamos, nestes casos, perante uma “privatização orgânica”⁷⁹, no sentido em que o co-contratante assume-se como parte da Administração (entendida em sentido funcional).

Já no caso dos Contratos de Solicitação, as dúvidas adensam-se e entendemos mesmo que o co-contratante não poderá, nesses casos, ser qualificado como contraente público. Na verdade, “ele limita-se a contribuir com as suas capacidades e competências próprias (privadas) para a execução de uma função pública pela própria Administração, quer seja no âmbito da *responsabilidade de preparação*, que seja no da *responsabilidade de implementação* da tarefa”. Ele “não assume a responsabilidade de executar uma tarefa administrativa, comprometendo-se a exercer uma actividade no domínio das suas competências próprias e do seu *know-how* e, nesse contexto, a produzir um resultado que interessa *directamente* à Administração enquanto responsável por uma certa tarefa” e que esta “assume como seu”⁸⁰ e não o co-contratante. Estamos, pois, perante uma mera “privatização funcional”⁸¹, o que significa

⁷⁷ V. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas...*, p. 1068.

⁷⁸ V. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas...*, p. 349, cfr. ainda com as pp. 352 e ss. da mesma obra.

⁷⁹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas...*, pp. 348 e ss..

⁸⁰ V. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas...*, p. 348.

⁸¹ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas...*, p. 348 e ss..

que o co-contratante aparece como um mero coadjuvante da Administração (mesmo entendida em sentido funcional).

Posto isto, quanto aos Contratos de Solicitação não há mais nada a acrescentar. Os subcontratos celebrados no âmbito de tais contratos são, portanto, contratos de direito privado e jamais contratos administrativos, uma vez que o co-contratante não veste aí as roupas de contraente público, pelo que não se verifica um dos elementos essenciais para qualificar nos termos da lei o contrato como administrativo.

Já no que diz respeito aos subcontratos nascidos no âmbito de Contratos de Delegação, entendemos que, sem dúvidas, esta categoria de contratos se enquadra no critério do objecto de direito público. Nos termos deste critério, vertido nas alíneas b) e c) do n.º 6 do artigo 1.º do CCP, os contratos com objecto passível de acto administrativo, contratos sobre o exercício de poderes públicos, contratos que conferem direitos sobre coisas públicas e contratos sobre o exercício de funções públicas devem considerar-se contratos administrativos. Com efeito, eles são, como nos diz MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “*contratos administrativos por natureza*, que não se pode deixar de entender que estão submetidos a um regime de Direito Administrativo em razão da natureza pública do seu objecto”⁸².

Com efeito, no âmbito de um subcontrato que surja no contexto de um Contrato de Delegação, por virtude da sua natureza derivada, somos da opinião de que o subcontratado fica incumbido de actuar com vista a realizar os fins de interesse público que cabiam originariamente à Administração e que esta decidiu “transferir” para o co-contratante, que, por sua vez, “delegou” no subcontratado. Estamos, portanto, perante um caso em que o subcontratado tem a seu cargo o exercício de funções públicas. O objecto do subcontrato assume, assim, nestes casos, natureza pública, não sendo passível de contrato de direito privado⁸³. Assim, os subcontratos nascidos no contexto de Contratos de Delegação são contratos administrativos.

Tendo em conta a conclusão a que chegámos neste ponto, perguntar-se-á, porventura, o leitor como é possível defendermos que o subcontrato pode ser, em alguns

⁸² V. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral...*, p. 270.

⁸³ No mesmo sentido, ainda que quanto à subconcessão, PEDRO GONÇALVES, *A Concessão de Serviços Públicos...*, p. 279.

casos, um contrato de direito privado e, simultaneamente, entendermos que o contraente público pode exercer poderes de autoridade sobre o subcontratado?

Compreendemos que tal tese possa ser impressiva, mas apenas se partirmos de uma contextualização da realidade em causa que não tenha em conta as suas especificidades. Dito de outra forma, só se considerarmos que estamos perante dois contratos numa relação independente, como geralmente acontece, e que um deles é de natureza privada, pelo que não pode aí o contraente público exercer poderes de autoridade. Ainda para mais porque, como a grande maioria da doutrina defende⁸⁴, a Administração contratante não pode exercer poderes de autoridade no âmbito dos contratos em que ela é parte e que sejam de direito privado (logo, relativos a actos de gestão privada). Se assim é, como pode fazer sentido defender que ela pode exercer os seus poderes de autoridade relativamente ao subcontratado?

Uma vez mais, cremos que só observando o contexto contratual em causa de forma estática poder-se-á compreender tais argumentos. Acontece que a realidade contratual em causa é dinâmica e complexa. Estamos perante dois contratos que estabelecem uma relação trilateral de grande cumplicidade, não fosse o facto de o subcontrato ser um mero derivado do contrato principal. Estamos perante uma mera desmultiplicação material do contrato principal, isto é, uma expansão de uma parte do contrato principal, perante uma substituição do co-contratante na execução de prestações desse contrato principal. E é, quanto a essa parte, que o contraente público vê também expandirem-se, proporcionalmente, os seus poderes de autoridade porque directa e irrenunciavelmente conexionsados às prestações contratadas com vista a satisfazer o interesse público. Não estamos, pois, perante um contrato de direito privado celebrado pela Administração em que esta aceita um papel paritário em relação ao particular. Estamos sim perante um contrato administrativo que é “prolongado” através de um subcontrato no que diz respeito à sua execução e que, por estarem em causa prestações de um tal contrato, justifica-se, observando a realidade contratual de um ponto de vista substantivo, o acompanhamento da Administração contratante. Procurando simplificar a nossa ideia, a questão é que estamos perante um contrato que deriva de um outro em que a Administração, ao contrário do que acontece nos contratos de direito privado que celebra, estava legitimada a utilizar os seus poderes de

⁸⁴ A única excepção que conhecemos é MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *ob. cit.*, pp. 35 e 36.

autoridade. Trata-se, pois, de uma derivação de um contrato administrativo, logo, de um contrato que diz respeito a actos de gestão pública.

Além disso, não nos podemos esquecer de que estamos num contexto contratual que justifica uma excepção ao princípio da relatividade, nos termos em que abordámos antes, o que faz com que a existência de relações entre o contraente público e o subcontratado funcionalize até certo ponto toda a relação trilateral que nasce dos dois contratos atendendo aos interesses de um e de outro no contexto da união de contratos. Acresce que, como diz alguma doutrina, “en la medida que el subcontrato sirve también a la realización de un contrato administrativo y, por tanto, a la realización directa o indirecta de una actividad o finalidad de interés general, también está condicionada con estipulaciones y requisitos que provienen del derecho público de los contratos. La subcontratación en el seno del contrato administrativo es un negocio jurídico privado con regulación, en determinadas cuestiones, provenientes del derecho público”⁸⁵. Há, desde logo, um conjunto de limites à autonomia privada e que resultam do contexto contratual específico e do regime de subcontratação previsto no CCP. Com efeito, o co-contratante só poderá celebrar um subcontrato se para tal for autorizado pelo contraente público, pelo que se encontra aí uma grande limitação a uma das dimensões principais da autonomia privada, a liberdade de contratar (veja-se, aliás, que a celebração do subcontrato sem que a mesma tenha sido autorizada legitima o contraente público a resolver o contrato principal – artigo 333.º n.º 1 d)). Além disso, sendo o subcontrato em sentido próprio um contrato derivado do principal, surge aí outra limitação à autonomia privada. É que o objecto do contrato principal foi já definido pelo contraente público e pelo co-contratante e o subcontrato não pode agora diferir ou contrariar o objecto que foi acordado no contrato principal. Não se nega que o subcontrato pode prever outras posições passivas e activas que não estejam presentes no contrato principal, não se nega também que o subcontrato pode apenas dizer respeito a uma parte pequena do objecto do contrato principal. Ainda assim, há uma verdadeira limitação à liberdade de estipulação no contexto do subcontrato. Além disso, encontra-se também uma limitação no facto de a subsistência do subcontrato não depender da vontade das suas partes, mas sim da existência do contrato principal do qual deriva.

De onde se conclui que, ainda que o subcontrato seja um contrato de direito privado, ele concretiza o contrato administrativo do qual deriva e é-lhe subordinado,

⁸⁵ V. FRANCISCO BLANCO LÓPEZ, *ob. cit.*, p. 225.

com as várias limitações que isso implica para a autonomia privada, pelo que consideramos que não é a natureza privada do subcontrato que impedirá o contraente público de exercer poderes de autoridade sobre o subcontratado⁸⁶. Ainda assim, reconhecemos que esta intervenção administrativa no âmbito de um contrato de direito privado conhece limites, que abordaremos no segundo capítulo desta dissertação.

7. *A natureza jurídica das relações entre o contraente público e o subcontratado*

Tendo nós concluído que deve aceitar-se a existência de relações directas entre o contraente público e o subcontratado, cabe esclarecer, de forma breve, devido às limitações formais que nos são impostas, qual a natureza jurídica dessas relações. Será que podemos dizer que têm na sua base um contrato? Serão de natureza extracontratual?

Como já antes dissemos, o contexto contratual que se cria com a subcontratação reveste-se de características muito específicas que nos levaram a concluir existir motivos suficientes que justificassem aceitar a existência de relações directas entre os extremos da cadeia contratual – contraente público e subcontratado –, isto é, a aceitar que estamos perante uma verdadeira excepção ao princípio da relatividade dos contratos.

Partindo desta ideia, julgamos que as relações que se estabelecem entre o contraente público e o subcontratado serão, em princípio, relações contratuais que têm como sua base o contrato principal⁸⁷ e que se justificam, enquanto excepção ao princípio da relatividade dos contratos⁸⁸, pela “cumplicidade funcional” de que vimos falando e pelo interesse público meramente desmultiplicado, no caso concreto, com o subcontrato. Afirmamos “em princípio” pois quanto aos poderes de autoridade, em especial, tal como no contrato principal, o seu exercício é feito no âmbito de uma

⁸⁶ No mesmo sentido, v. LAURENT RICHER, *ob. cit.*, p. 488; JUAN LUIS DE LA VALLINA VELARDE, *ob. cit.*, p. 253; J. M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SÁNCHEZ, “Aspectos jurídico-públicos de la subcontratación administrativa”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 143, Junho, 2000, p. 4, conforme citado por JUAN LUIS DE LA VALLINA VELARDE, *ob. cit.*, p. 258; L. PAREJO ALFONSO, A. PALOMAR OLMEDA e J. VÁZQUEZ GARRANZO, *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, volume 3, Editorial Bosch, 2009, p. 1985; JOSÉ ANTÓNIO MORENO MOLINA, *Nuevo Regimen de Contratación Administrativa, La Ley*, Madrid, 2000, p. 426, conforme citado por JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *O Contrato de Subempreitada...*, p. 75. Numa decisão da Audiencia Provincial de Baleares, Sección 4ª, de 17 de Maio de 2009, foi dito algo bastante interessante: “si bien es cierto, (...) que el contrato que le ligó a la empresa subcontratante era un contrato claramente privado, no es menos cierto que el que vinculaba a la subcontratante con la Administración tenía naturaleza evidentemente pública”.

⁸⁷ Embora tenham a sua fonte no contrato principal, o facto que os justifica é a celebração do subcontrato. As duas realidades não devem, pois, ser confundidas, tendo cada uma o seu papel (diferente).

⁸⁸ Quanto a esta questão v. *supra* ponto 3.

relação extracontratual que se estabelece entre o contraente público e o subcontratado. Com efeito, são poderes que resultam da lei e que não dependem da vontade de quem contrata, não tendo a sua fonte no nem estando dependentes de qualquer contrato⁸⁹.

Ainda assim, temos conhecimento de que a pouca doutrina administrativista que abordou esta questão concluiu que as relações em causa teriam natureza extracontratual⁹⁰. Para defender tal posição avançam, ainda que a propósito do contrato de subempreitada – mas de forma plenamente aplicável aos subcontratos em geral –, os seguintes argumentos:

- i. “o contrato de subempreitada não faz desaparecer o contrato de empreitada, ele não cria qualquer relação contratual entre o dono da obra e o subempreiteiro”;
- ii. “a admitir-se a existência de relações contratuais entre o dono da obra e o subempreiteiro, desapareceriam os problemas relativos à subempreitada, uma vez que esta deixaria de existir para dar lugar a uma situação de co-empreitada”;
- iii. “a introdução da ideia de um contrato entre o dono da obra e o subempreiteiro, através do mecanismo da subempreitada cuja iniciativa está nas mãos do empreiteiro, permitiria contornar definitivamente as regras procedimentais minuciosamente previstas no regime de contratação pública”⁹¹.

Ora, salvo o devido respeito, todos estes argumentos partem de uma ideia que nos parece errada. É que o facto de se defender a existência de relações entre o contraente público e o subcontratado e, mais, que essas relações têm, em princípio, natureza contratual, não significa que o contraente público seja parte num qualquer contrato com o subcontratado. Na verdade, o efeito de afirmarmos que estamos perante uma situação excepcional relativamente ao princípio da relatividade dos contratos é o de precisamente reconhecer que deve existir uma extensão de alguns efeitos dos contratos que constituem a relação de subcontratação relativamente àqueles que, não sendo contrapartes, mas tendo entre eles uma conexão funcional, ocupam os extremos da cadeia contratual e que são, isso mesmo, terceiros. Dito de forma mais simples, o

⁸⁹ Quanto a esta questão v. *supra* ponto 4.

⁹⁰ V. JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *O Contrato de Subempreitada...*, pp. 62 e ss. e Autores referidos nessas páginas.

⁹¹ Cfr. JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *O Contrato de Subempreitada...*, pp. 62 e 63.

princípio da relatividade dos contratos determina que os contratos apenas tenham efeitos conformativos em relação às partes que os celebram. Estando nós perante uma exceção a esse princípio, o que queremos significar é que o contrato tem efeitos conformativos em relação a algum sujeito que não é parte no contrato – o subcontratado. Assim, as relações são contratuais porque derivam dos efeitos de um contrato (o contrato principal), ainda que relativamente a alguém que não é parte nele. Mas não será isso que, necessariamente, se tem de retirar do significado de uma exceção ao princípio da relatividade?

Assim sendo, parecem-nos pouco rigorosos os argumentos antes apresentados e que justificariam que a natureza das relações fosse, ao contrário do que defendemos, extracontratual. Em primeiro lugar – (i) –, porque só entendendo a questão da subcontratação sem antes perceber as suas implicações ao nível do princípio da relatividade é que se poderia concluir que uma relação de natureza contratual entre o contraente público e o subcontratado só poderia existir se entre eles existisse um contrato. E como o subcontrato não vem substituir o contrato principal tal relação não seria possível. Como vimos, no entanto, essa ideia não é, com o merecido respeito, rigorosa, pois verificando-se a extensão dos efeitos dos contratos que criam a relação trilateral que caracteriza o contexto da subcontratação, então, estamos perante uma relação de natureza contratual entre sujeitos que, curiosamente, não são partes num contrato.

O mesmo se diga quanto ao segundo argumento – (ii). Com efeito, somente olhando para os dois contratos de forma absolutamente independente sem reconhecer que entre eles existe uma determinada cumplicidade, se pode chegar a semelhante conclusão. O facto de existir uma relação de natureza contratual nos termos em que a defendemos não põe em causa a relação de subcontratação tal como antes caracterizada por nós, isto é, um contrato principal e um contrato dele derivado e a ele subordinado. São, aliás, estas especificidades de relacionamento que justificam o nosso entendimento (e não o contrário). Uma vez mais, convém não esquecer que estamos perante uma exceção ao princípio da relatividade nos termos em que abordámos antes.

Da mesma forma, os contra-argumentos antes apresentados são absolutamente válidos para a terceira ideia – (iii). Na verdade, ela parte, mais uma vez, da pré-concepção de que não podem existir relações de natureza contratual se não existir um contrato entre dois sujeitos e de que, portanto, ou teremos um contrato ou teremos outro,

pois o contraente público não é parte nos dois. Ora, não é isso que significa uma exceção ao princípio da relatividade. Assim, partindo desta ideia, não se coloca qualquer problema para as regras da contratação pública, pois o subcontrato continua a ser somente uma forma de substituição material (no gozo de vantagens ou na execução de prestações) do co-contratante, um mero contrato derivado e não, portanto, uma espécie de co-contrato principal (com o qual se ludibriaria a regulamentação apertada da contratação pública).

Em suma, as relações que se estabelecem entre o contraente público e o subcontratado são, em princípio, de natureza contratual, embora no que diz respeito aos poderes de autoridade estejamos perante relações extracontratuais. No entanto, devemos deixar claro que contraente público e subcontratado não são contrapartes num contrato. Há é sim uma relação contratual que emana efeitos para um terceiro – o subcontratado. E esta precisão tem relevância prática, desde logo ao nível da responsabilidade do subcontratado, como vimos a propósito do regime previsto no artigo 321.º do CCP, e, como veremos, da delimitação dos poderes de autoridade de que o contraente público pode lançar mão no âmbito desta relação.

CAPÍTULO II – CONTORNOS

Tendo em conta tudo o que antes dissemos, entendemos que é admissível a existência de relações directas entre o contraente público e o subcontratado. Mais especificamente, somos da opinião de que o contraente público pode exercer poderes de autoridade sobre o subcontratado, porquanto “aunque la responsabilidad jurídico-contractual se desenvuelve estrictamente entre la Administración y el contratista, la ejecución del subcontrato incide en la realización del propio contrato administrativo, razón por la cual es lógico que el legislador imponga determinadas condiciones y requisitos a la subcontratación y que la propia Administración contratante no quede totalmente al margen de la misma. En suma, la subcontratación, (...), se instrumentaliza como uno de los medios de ejecución del contrato administrativo, lo que justifica la modulación de su régimen jurídico y con ello la propia expresión de «subcontratación administrativa»”⁹².

Aqui chegados, resta-nos perguntar: será que o contraente público pode exercer sobre o subcontratado todos os poderes previstos no artigo 302.º do CCP? No fundo, em que moldes se efectiva o exercício de poderes de autoridade sobre o subcontratado? É isso que procuraremos esclarecer de seguida. No entanto, antes de passarmos à nossa análise, cumpre dizer que reduziremos o seu âmbito aos subcontratos que concluímos serem de direito privado⁹³, pois é quanto a eles que se levantam questões mais complexas, pelo que é aí que a ajuda ao intérprete e aplicador do Direito se revela mais necessária. Não nos deteremos, portanto, nos subcontratos de natureza administrativa.

8. *O princípio da proporcionalidade*

Se o nível a que se verifica a relação estreita entre contraente público e subcontratado subjacente à subcontratação (o nível da *execução*) nos parece indiciar a existência de uma limitação do número de poderes de que o contraente público pode

⁹² V. GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES, *ob. cit.*, p. 248.

⁹³ Quanto a esta questão v. *supra* ponto 6.

dispor em relação ao subcontratado (no âmbito de um subcontrato que tem a natureza de contrato de direito privado), consideramos que o princípio da proporcionalidade, directiva fundamental na actuação administrativa seja qual a forma que ela adopte, esclarece e determina definitivamente que seja essa a solução correcta.

Como nos diz DIOGO FREITAS DO AMARAL, “num Estado de Direito democrático, as medidas dos poderes públicos não devem exceder o estritamente necessário para a realização do interesse público”⁹⁴. O princípio da proporcionalidade assume, por isso, um papel fundamental na aferição da seguinte ideia: pode o contraente público exercer poderes de autoridade em relação ao subcontratado?

Como é sabido, o princípio da proporcionalidade comporta um conjunto de dimensões, a saber⁹⁵:

i. Adequação

Segundo esta dimensão, o contraente público apenas poderá exercer poderes de autoridade em relação ao subcontratado se tal se mostrar idóneo, se tiver o potencial para que se atinja o fim determinado pela lei – satisfação do interesse público.

ii. Necessidade

Nos termos desta dimensão, o contraente público apenas poderá exercer poderes de autoridade em relação ao subcontratado na medida em que não exista outro meio, igualmente idóneo, menos restritivo para atingir o fim determinado pela lei – satisfação do interesse público.

iii. Proporcionalidade em sentido estrito

Por fim, de acordo com esta dimensão, o contraente público apenas poderá exercer poderes de autoridade em relação ao subcontratado se o benefício que se alcança com tal possibilidade for superior aos custos que a mesma acarreta, nomeadamente, “na liberdade dos cidadãos”⁹⁶.

Analisemos, então, se todos os poderes de autoridade passam os três “testes” que o princípio da proporcionalidade coloca.

⁹⁴ V. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.*, p. 127.

⁹⁵ V., entre outros, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.*, pp. 127 e ss.; e, ainda que num plano diferente, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p., pp. 373 e ss..

⁹⁶ Cfr. ANA LUÍSA GUIMARÃES, *ob. cit.*, p. 74.

Quanto à primeira dimensão – (i) –, parece-nos inegável que o exercício do poder de direcção, do poder de fiscalização, do poder de modificação unilateral das cláusulas relativas ao conteúdo e modo de execução do contrato e do poder de resolução unilateral⁹⁷ são um meio idóneo para que se alcance a satisfação do interesse público. O exercício desses poderes tem a potencialidade de influenciar a “realidade jurídica e material no sentido de alcançar o fim proposto”⁹⁸, isto é, a satisfação do interesse público.

Quanto à segunda dimensão – (ii) –, cremos que o poder de modificação unilateral não passa este teste, pois o contraente público ao alterar o contrato principal vê, automaticamente, o subcontrato moldar-se a este, algo que resulta do facto de este ser um contrato derivado daquele e, portanto, do facto da autonomia privada estar aqui limitada no sentido de que o subcontrato não pode prever situações passivas ou activas que sejam desconformes ou apontem em sentido diverso das do contrato principal de que derivam – caso em que perdem a sua justificação existencial. Há, portanto, no caso desse poder um meio igualmente idóneo⁹⁹ que é menos restritivo da autonomia privada no caso concreto. Já quanto aos outros poderes, não existe um meio igualmente idóneo que seja menos restritivo¹⁰⁰.

Quanto à terceira dimensão – (iii) –, somos da opinião que o poder de resolução unilateral não passa este teste. Com efeito, não nos podemos esquecer que estamos perante os casos em que o subcontrato é de direito privado e em que, portanto, a autonomia privada, “um dos pilares do sistema económico e social vigente”¹⁰¹, desempenha um papel fundamental, o que não acontece no caso dos subcontratos que qualificámos como administrativos. Assim sendo, entendendo-se a autonomia privada como “a permissão da criação pessoal de efeitos jurídicos não predeterminados por outras regras e a titularidade e exercício do correspondente poder”¹⁰², a pergunta que se

⁹⁷ Quanto ao poder sancionatório, reforçamos a ideia de que, devido às suas especificidades, não o abordaremos. Com efeito, nuns casos estaremos perante sanções que podem ser exercidas em relação ao subcontratado e noutros casos assim não será. Tudo dependerá, portanto, da sanção em causa.

⁹⁸ Cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 373.

⁹⁹ Ou, pelo menos, “cujo grau de idoneidade não [é] muito dissemelhante”, cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, p. 376.

¹⁰⁰ V. *supra* o que dissemos quanto à necessidade de autorização do contraente público, quanto ao artigo 321.º do CCP e quanto ao exercício dos poderes de autoridade por intermédio do co-contratante, nos pontos 3 e 4.

¹⁰¹ V. JORGE MORAIS CARVALHO, *Os Contratos de Consumo. Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 600.

¹⁰² Cfr. JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *ob. cit.*, p. 432.

coloca é a de saber até onde é que pode o contraente público (C), que não é parte no subcontrato que A celebra com B, imiscuir-se no mesmo?

Retomemos a ideia de que falávamos. O poder de resolução unilateral não passa neste teste uma vez que esse é um poder que tem a potencialidade de reduzir a nada o exercício da autonomia privada. Na verdade, caso se aceitasse que o contraente público, não sendo parte no subcontrato, o poderia resolver directamente, estaríamos a permitir-lhe apagar qualquer resquício do exercício da liberdade conformadora pelas partes no subcontrato. Não se deve, pois, permitir que um terceiro, ainda que seja a Administração e ainda que estejamos perante um excepção ao princípio da relatividade e perante um contexto contratual muito especial, tenha a capacidade de limitar, no âmbito de uma relação jurídico-contratual de direito privado, de tal forma a autonomia privada que a reduza a coisa nenhuma, que a transforme, potencialmente, em heteronomia.

Dir-se-á que o contraente público conseguirá resolver o subcontrato caso resolva o contrato principal, pelo que estaríamos perante a mesma situação. No entanto, tal ideia não é rigorosa. O contraente público ao resolver o contrato principal, resolve um contrato em que é parte. Além disso, o contrato principal é um contrato administrativo e não um contrato de direito privado, sendo reconhecido um conjunto de prerrogativas ao contraente público, entre as quais, a de resolver o contrato unilateralmente. Ora, estando nós perante um contrato de direito privado, ainda que seja admissível a existência de prerrogativas do contraente público que este pode exercer em relação ao subcontratado, pelas razões que enunciámos no primeiro capítulo, temos de reconhecer que há limites com os quais nos confrontamos no seio de um contrato de direito privado que não temos no caso de um contrato administrativo. O mais importante é, precisamente, o que decorre da ideia de autonomia privada, princípio fundamental que não pode ser completamente desconsiderado. Deve, pois, ser feita uma “concordância prática” dos interesses, permitindo-se que o contraente público tenha meios para acompanhar e zelar pela execução das prestações que derivam do contrato principal de que é parte e que visam a satisfação de necessidades colectivas – tem-se, pois, em conta o interesse público –, mas não se permitindo que tal “intromissão” no subcontrato (privado) esmague completamente a liberdade das partes para conformar e estabelecer (uma vez autorizadas a fazê-lo) a sua relação – tem-se em conta, portanto, a autonomia privada. Acresce que a limitação decorrente dos poderes de direcção e fiscalização do modo de

execução do contrato, por estes estarem bastante relacionados com actos materiais dos quais muitas vezes não se retiram, portanto, efeitos jurídicos, não se apresenta como desrazoável do ponto de vista da autonomia privada se a considerarmos nos termos em que nós o fazemos¹⁰³.

Ou seja, deve permitir-se que o contraente público tenha poderes de autoridade em relação ao subcontratado, não se pode é concordar que, entre esses poderes, estejam poderes que lhe permitam unilateralmente “extinguir” o exercício da autonomia de que dispunham as partes no contrato ou fazer tábua rasa da mesma. Num Estado de Direito democrático, em que é reconhecida aos indivíduos autonomia na configuração das suas relações e modos de vida, julgamos que não poderia ser outra a solução, sob pena de, a bem de todos, se desvalorizar irremediavelmente a capacidade de todos (cada um) para conformar as suas relações (a sua vida). Aquela autonomia de configuração das relações e modos de vida só pode, pois, ser mitigada em situações muito específicas, como sejam as de desigualdade material¹⁰⁴ ou de prossecução do bem comum. Mas nem num caso nem noutro ela pode ser reduzida a zero, eliminada. Fosse esse o caso e para o bem de todos prejudicar-se-iam todos¹⁰⁵.

Assim sendo, só uma solução que restrinja a possibilidade de exercício de poderes de autoridade em relação ao subcontratado aos poderes de direcção e de fiscalização e apenas na medida das prestações subcontratadas (que dizem, portanto, respeito à satisfação de necessidades colectivas) é que se pode considerar conforme com o princípio da proporcionalidade e, mais profundamente, com a ideia de Estado de Direito democrático, no sentido de Estado vinculado ao respeito, protecção e promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Não há, portanto, nenhuma intervenção no subcontrato. Há sim na execução das prestações que dele fazem parte, mas que o fazem enquanto derivação do contrato administrativo ou principal. Em harmonia, portanto, com o instituto da subcontratação, em que o contrato principal não sofre nenhuma “intervenção” (o conteúdo e as partes mantêm-se tal como antes), mas em que a execução das prestações do contrato principal

¹⁰³ Isto é, tendo em conta a definição de autonomia privada avançada por JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *ob. cit.*, p. 432: “permissão da criação pessoal de efeitos jurídicos não predeterminados por outras regras e a titularidade e exercício do correspondente poder” (sublinhado nosso).

¹⁰⁴ V., no Direito do Consumo, JORGE MORAIS CARVALHO, *ob. cit.*.

¹⁰⁵ Mesmo que, a propósito da segunda dimensão do princípio da proporcionalidade, tivéssemos considerado que o poder de modificação unilateral passava o teste da necessidade, esse poder cairia também aqui, como o de resolução unilateral, pelos motivos que aqui expusemos.

(no todo ou em parte) passam a estar nas mãos do subcontratado, por virtude do subcontrato ser uma derivação do contrato principal.

No fundo, que a Administração é responsável e deve assegurar a melhor *execução* das prestações que realizam o interesse público não há dúvida possível – está aqui em causa o “interesse público no cumprimento”¹⁰⁶. Que a Administração deve provocar efeitos modificativos ou extintivos em *contratos de direito privado* em que não é parte por virtude do interesse público, disso temos as maiores dúvidas – está aqui em causa o “interesse público da modificação do contrato”¹⁰⁷.

O que significa que, nos termos em que o concluímos, o contraente público apenas pode exercer poderes de autoridade que se dirijam directa e estritamente à execução das prestações que contratou com o co-contratante e que visam a realização do interesse público. E com isto não se pode dizer que a posição da Administração contratante fica enfraquecida, pois que o exercício daqueles poderes é feito nos termos da parte III do CCP, pelo que o regime a que estão submetidos tem um conjunto de características próprias dos poderes de autoridade que, só por si, fortalecem muito a posição da Administração (desde logo, a natureza administrativa dos actos praticados¹⁰⁸).

Em suma, do que dissemos neste ponto resultam duas ideias fundamentais: (i) o contraente público pode lançar mão em relação ao subcontratado dos poderes de autoridade que digam somente respeito ao modo de execução do contrato (como sejam o poder de direcção e o poder de fiscalização do modo de execução do contrato); e (ii) o contraente público apenas o pode fazer na medida em que esteja em causa a execução de prestações que derivem do contrato principal, em que se verifica, portanto, a tal substituição material e de onde nasce a tal “cumplicidade funcional”.

¹⁰⁶ Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo”..., pp. 583 e 584.

¹⁰⁷ Cfr. PEDRO GONÇALVES, “Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo”..., pp. 583 e 584.

¹⁰⁸ Cfr. artigo 307.º n.º 2 do CCP.

CONCLUSÕES

O contexto contratual específico que nasce com a subcontratação justifica, em nosso entender, que se admita a existência de relações directas entre o contraente público e o subcontratado. Essas relações directas podem, na verdade, consubstanciar-se no exercício de poderes de autoridade por parte do contraente público em relação ao subcontratado.

Em geral, cremos que as relações directas que se estabelecem entre o contraente público e o subcontratado têm natureza contratual, pois têm a sua fonte no contrato principal, ainda que o facto justificador das mesmas seja a celebração de um subcontrato. É isto que resulta do facto de estarmos perante um contexto contratual que determina uma excepção ao princípio da relatividade dos contratos. Não estamos, pois, perante um contrato entre contraente público e subcontratado, mas, ainda assim, por virtude desta ideia, estamos perante relações contratuais. No entanto, no caso específico dos poderes de autoridade, a relação que se estabelece é de natureza extracontratual.

Ainda que assim seja, o exercício dos poderes de autoridade em relação ao subcontratado não se expressa sempre da mesma forma, existindo aspectos diferentes consoante o subcontrato tenha ou não natureza administrativa. Na verdade, quando o subcontrato é um contrato de direito privado, situações que analisámos, colocam-se nos limites que não conhecemos no âmbito de um subcontrato administrativo. Desde logo, o princípio da autonomia privada assume-se como um elemento mitigador do alcance dos poderes de autoridade muito relevante no seio dos subcontratos de direito privado.

Posto isto, no contexto dos subcontratos de direito privado, acabámos por concluir que (i) o contraente público pode lançar mão em relação ao subcontratado dos poderes de autoridade que digam somente respeito ao modo de execução do contrato (como sejam o poder de direcção e o poder de fiscalização do modo de execução do contrato); e que (ii) o contraente público apenas o pode fazer na medida em que esteja em causa a execução de prestações que derivem do contrato principal, em que se

verifica, portanto, a tal substituição material e de onde nasce a tal “cumplicidade funcional”.

No que diz respeito aos subcontratos que revestem a natureza de contrato administrativo, cremos que também há muito a dizer. No entanto, esse era um caminho que se nos afigurava menos problemático, pelo que preferimos analisar apenas, atendendo às limitações formais que temos, as questões que se colocavam quanto à efectivação dos poderes de autoridade em relação ao subcontratado na perspectiva dos subcontratos de direito privado.

Aqui chegados cumpre ainda referir que não concordamos com a ideia de que a nossa solução vem complexificar as relações da Administração, que se pretendem simples. Com efeito, a Administração passaria a estar em contacto directo com um maior número de agentes (todos os subcontratados e co-contratantes). No entanto, a opção por simplificar as suas relações mantém-se. É que a Administração pode “terceirizar” o exercício das funções que lhe cabem. Assim, a Administração contratante poderia conceder poderes de autoridade ao co-contratante para que este pudesse reflectir as necessidades do interesse público conforme indicadas pela Administração. Dessa forma, a Administração lidaria apenas e só com co-contratante. Contudo, para além do argumento da simplicidade das relações não ser suficiente para se deixar o interesse público rodeado de uma protecção insuficiente, o que se pretende com esta dissertação é determinar o alcance das vinculações da Administração. Até onde lhe compete prosseguir e proteger, por si, o interesse público é uma coisa; se ela, a bem de um modelo de gestão, pretende solicitar a colaboração de particulares no exercício das suas competências é outra. Não fica, pois, prejudicada a possibilidade da Administração simplificar as suas relações, ela não pode é, conforme demonstrámos na nossa dissertação, ignorar as suas vinculações, tendo de actuar (por si ou através de outros sujeitos que colaborem na execução das suas tarefas públicas).

Por fim, cremos que também através do tema que analisámos na nossa dissertação se percebe a singularidade das formas administrativas. O nosso tema deixa isso bem claro, reforçando a autonomia do contrato administrativo, pois que, de facto, este está rodeado de um regime de execução bastante diferente do regime de execução dos contratos de direito privado, consequência do fundamento, fronteira e fim de toda a actividade administrativa, a prossecução do interesse público.

BIBLIOGRAFIA

Monografias:

- i. ALBUQUERQUE, Pedro de e RAIMUNDO, Miguel Assis, *Direito das Obrigações: Contratos em Especial*, Volume II – Contrato de Empreitada, Almedina, Coimbra, 2012;
- ii. ALFONSO, L. Parejo, Olmeda, A. Palomar e Garranzo, J. Vázquez, *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, volume 3, Editorial Bosch, 2009;
- iii. ALMEIDA, Mário Aroso de e CADILHA, Carlos Alberto Fernandes, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010;
- iv. ALMEIDA, Mário Aroso de, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2010;
- v. ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, Almedina, Coimbra, 2012;
- vi. AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, reimpressão da 2.^a edição de 2011, Almedina, Coimbra, 2013;
- vii. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *A Administração e o Direito*, Parte I, lições policopiadas, Coimbra;
- viii. ANDRADE, José Carlos Vieira de, *As Formas Principais da Actividade Administrativa: Regulamento, Acto e Contrato Administrativo*, lições policopiadas, Coimbra, ano lectivo 2009/2010;
- ix. ANTUNES, José Manuel de Oliveira e POUSEIRO, Anabela Costa, *Subempreitadas de Obras Públicas e Subcontratação*, Quid Iuris, Lisboa, 2001;
- x. ANTUNES, Luís Filipe Colaço, *A Ciência Jurídica Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2012;
- xi. AYALA, Bernardo Diniz de, *O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa*, Lex, Lisboa, 1995;

- xii. CABRAL, Rita Amaral, *A Eficácia Externa da Obrigação e o n.º 2 do artigo 406.º do Código Civil*, Livraria Cruz, Braga, 1985;
- xiii. CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10.ª edição, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1980;
- xiv. CAMPOS, Diogo Leite de, *Contrato a Favor de Terceiro*, Almedina, Coimbra, 2009;
- xv. CARINGELLA, Francesco, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2.ª edição, Giuffrè Editore, Milão, 2007;
- xvi. CARVALHO, Pedro Nunes de, *A Responsabilidade do Comitente*, AAFDL, Lisboa, 1990;
- xvii. CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo. Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2012;
- xviii. CAUPERS, João, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10.ª edição, Âncora Editora, Lisboa, 2009;
- xix. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, Tomo I, 4.ª edição reformulada e actualizada, Almedina, Coimbra, 2012;
- xx. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português II, Direito das Obrigações*, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2009;
- xxi. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil, Direito das Obrigações*, Tomo VI, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012;
- xxii. CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, reimpressão da edição de 1987, Almedina, Coimbra, 2013;
- xxiii. COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 10.ª edição reelaborada, Almedina, Coimbra, 2006;
- xxiv. DUARTE, Maria de Fátima, *O Pacto de Preferência e a Problemática da Eficácia Externa das Obrigações*, AAFDL, Lisboa, 1989;
- xxv. ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 11.ª edição, Civitas Ediciones, Madrid, 2002;
- xxvi. ESQUÍVEL, José Luís, *O Contrato de Subempitada de Obras Públicas*, Almedina, Coimbra, 2002;
- xxvii. ESTORNINHO, Maria João, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003;

- xxviii. FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, *Direito das Obrigações*, volume I, Almedina, Coimbra, 1987;
- xxix. FREITAS, Lourenço Manoel de Vilhena de, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração*, AAFDL, Lisboa, 2007;
- xxx. GAROFOLI, Roberto e FERRARI, Giulia, *Codice degli Appalti Pubblici e Nuova Direttiva Ricorsi: Annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, tomo I, 3.^a edição, Nel Diritto Editore, 2009;
- xxxi. GARNICA, Ernesto García-Trevijano, *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Editorial Civitas, 1997;
- xxxii. GONÇALVES, Pedro, *A Concessão de Serviços Públicos*, Almedina, Coimbra, 1999;
- xxxiii. GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2003;
- xxxiv. GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos: o Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas*, reimpressão da edição de Outubro de 2005, Almedina, Coimbra, 2008;
- xxxv. GUIMARÃES, Ana Luísa, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual*, Almedina, Coimbra, 2012;
- xxxvi. JÚNIOR, Eduardo dos Santos, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, Almedina, Coimbra, 2003;
- xxxvii. JÚNIOR, Eduardo dos Santos, *Direito das Obrigações: Sinopse Explicativa e Ilustrativa*, I, 2.^a edição revista e actualizada, AAFDL, Lisboa, 2012;
- xxxviii. LAUBADÈRE, André de, VENEZIA, Jean-Claude e GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, tomo I, 14.^a edição, L.G.D.J., Paris, 1996;
- xxxix. LEITÃO, Alexandra, *A Protecção Judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2002;
- xl. LEITÃO, Alexandra, *Contratos Interadministrativos*, Almedina, Coimbra, 2011;
- xli. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações. Introdução. Da Constituição das Obrigações*, volume I, 9.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010;
- xlii. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações. Contratos em Especial*, volume III, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010;
- xliii. LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, volumes I e II, 4.^a edição revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1997;

- xliv. MACHETE, Pedro, *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, Almedina, Coimbra, 2007;
- xlv. MARTINEZ, Pedro Romano, *O Subcontrato*, reimpressão da edição de 1989, Almedina, Coimbra, 2006;
- xlvi. MATOS, Sara Younis Augusto de, *Da Admissibilidade da Cessão da Posição Contratual e da Subcontratação e sua Autorização pelo Contraente Público no Contexto das Relações Jurídico-Contratuais Administrativas*, trabalho de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2012;
- xlvii. MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010;
- xlviii. MOLINA, José Antonio Moreno, *Nuevo Regimen de Contratacion Administrativa: Comentarios a la Ley de Contratos de las Admnistraciones Públicas tras la Ley 53/1999*, La Ley, 2000;
- xlix. MONCADA, Luís Cabral de, *Consenso e Autoridade na Teoria do Contrato Administrativo*, Quid Iuris Sociedade Editora, Lisboa, 2012;
 - 1. MORAIS, Fernando de Gravato, *União de Contratos de Crédito e de Venda para Consumo*, Almedina, Coimbra, 2004;
 - li. NICTOLIS, Rosanna De, *Manuale degli appalti pubblici*, EPC Libri, 2008;
 - lii. OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, volume I, Almedina, Coimbra, 1980;
 - liii. OLIVEIRA, Mário Esteves de, GONÇALVES, Pedro Costa e AMORIM, João Pacheco, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 1997;
 - liv. OLIVEIRA, Mário Esteves de e OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, volume I, reimpressão da edição de 2004, Almedina, Coimbra, 2006;
 - lv. OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011;
 - lvi. OTERO, Paulo, *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, 2.^a reimpressão da edição de Maio/2003, Almedina, Coimbra, 2011;
 - lvii. PEREIRA, Pedro Miguel Matias, *Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011;

- lviii. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da Posição Contratual*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003;
- lix. PITÃO, José França, *Contrato de Empreitada*, Almedina, Coimbra, 2011;
- lx. PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, volume I, 5.^a edição actualizada e aumentada, reimpressão da edição de Janeiro de 2008, Almedina, Coimbra, 2008;
- lxi. REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010;
- lxii. RICHER, Laurent, *Droit des Contrats Administratifs*, 7.^a edição, LGDJ, Paris, 2010;
- lxiii. SANDULLI, Maria Alessandra, NICTOLIS, Rosanna De e GAROFOLI, Roberto, *Trattato sui Contratti Pubblici: I Settori Speciali L'Esecuzione*, volume V, Giuffrè, 2008;
- lxiv. SILVA, Jorge Andrade da, *Dicionário dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2010;
- lxv. SILVA, Jorge Andrade da, *Código dos Contratos Públicos – Anotado e Comentado*, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010;
- lxvi. SOUSA, Marcelo Rebelo de e MATOS, André Salgado de, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2.^a edição, Dom Quixote, 2009;
- lxvii. TAVARES, Gonçalo Guerra e DENTE, Nuno Monteiro, *O Código dos Contratos Públicos: Âmbito da sua Aplicação*, Almedina, Coimbra, 2008;
- lxviii. TAVARES, Gonçalo Guerra e DENTE, Nuno Monteiro, *Código dos Contratos Públicos Comentado*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2011;
- lxix. TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7.^a edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1997;
- lxx. TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, refundido e atualizado, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002;
- lxxi. VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, volume I, 10.^a edição, Almedina, Coimbra, 2000.

Artigos:

- i. ANDRADE, José Carlos Vieira de, “A propósito do regime do contrato administrativo no «Código dos Contratos Públicos»”, *Estudos de Contratação Pública*, volume II, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 7 a 39;

- ii. ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, “Acidentes em auto-estradas: natureza e regime jurídico da responsabilidade dos concessionários”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, volume II, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 157 a 199;
- iii. COSTA, Mário Júlio de Almeida, “A eficácia externa das obrigações. Entendimento da doutrina clássica”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 521 a 530;
- iv. FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de, “Contratos Mistos (União de Contratos). Os Centros Comerciais (*Shopping Centers*). Problemática e Soluções”, *In Memoriam de Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria: Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos* (coordenação de Maria Paula Ribeiro de Faria e Luís Miguel Pestana de Vasconcelos), U. Porto editorial, Porto, 2009;
- v. FARRERES, Germán Fernández, “Régimen jurídico de la subcontratación en la nueva Ley de contratos del sector público”, *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009;
- vi. GOMES, Carla Amado, “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, *Estudos de Contratação Pública*, Volume I, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 519 a 567;
- vii. GONÇALVES, Pedro, “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, CEJUR, Braga, Julho – Agosto, 2007, pp. 36 a 46;
- viii. GONÇALVES, Pedro, “Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo”, *Estudos de Contratação Pública*, Volume I, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 569 a 626;
- ix. KIRKBY, Mark Bobela-Mota, “Conceito e Critério de Qualificação do Contrato Administrativo: um Debate Académico com e em Homenagem ao Senhor Professor Sérvulo Correia”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 759 a 809;
- x. LÓPEZ, Francisco Blanco, “La Subcontratación Administrativa. Ejercicio de la acción directa del artículo 1.597 del Código Civil”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 38, 2011, pp. 221-258;
- xi. MARQUES, Maria Manuel Leitão, «A subcontratação na Comunidade Económica Europeia», *Oficina do CES*, n.º 18, Abril, Coimbra, 1990;

- xii. MASSERA, Alberto, “I Contratti”, *Trattato di Diritto Amministrativo* (coord.: SABINO CASSESE), tomo 2, Giuffrè Editore, Milão, 2000;
- xiii. MELO, Pedro, “ O Direito das Obras Públicas”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, volume VI, Almedina, Coimbra, 2012;
- xiv. MESSINEO, Francesco, “Contratto derivato – Sub-contratto”, *Enciclopedia del Diritto*, X, Contratto-Cor, Giuffrè Editore, 1962, pp. 80 a 87;
- xv. MONCADA, Luís Cabral de, “Introdução. Os princípios gerais de direito administrativo. Seu conteúdo, tipologia e alcance”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 661 a 717;
- xvi. MÚRIAS, Pedro, *Eficácia Externa das Obrigações*, disponível em: <http://muriasjuridico.no.sapo.pt/eEficaciaExterna.htm>;
- xvii. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, “O acto administrativo contratual”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 63, CEJUR, Braga, Maio – Junho, 2007, pp. 3 a 17;
- xviii. POPP, Carlyle, “A eficácia externa dos negócios jurídicos”, *Teoria Geral dos Contratos*, Editora Atlas S.A., São Paulo, 2011, pp. 144 a 182;
- xix. SERRA, Adriano Vaz, “União de contratos. Contratos mistos”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 91, Dezembro, Lisboa, 1959, pp. 11 a 145;
- xx. URBINA, Juan Carlos Morón, “La Subcontratación de Contratos Administrativos”, *Derecho & Sociedad*, n.º 26, Lima, Agosto, 2006;
- xxi. VELARDE, Juan Luis de la Vallina, “La subcontratación administrativa”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 12, Janeiro – Abril, 2001, pp. 231 a 260.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS.....	4
ABREVIATURAS	7
INTRODUÇÃO.....	8
1. Razão de ordem e delimitação do tema.....	8
2. Sequência da exposição.....	9
CAPÍTULO I – ADMISSIBILIDADE	11
3. As relações entre o contraente público e o subcontratado: eficácia externa do contrato?	11
4. O alcance do interesse público: os poderes de autoridade do contraente público... 21	
5. O regime de responsabilidade do co-contratante	30
6. A natureza jurídica do subcontrato.....	34
7. A natureza jurídica das relações entre o contraente público e o subcontratado.....	41
CAPÍTULO II – CONTORNOS	45
8. O princípio da proporcionalidade.....	45
CONCLUSÕES.....	51
BIBLIOGRAFIA.....	53
ÍNDICE	60