



Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito

Mestrado em Direito Administrativo

Vertente Contratação Pública

**O PODER SANCIONATÓRIO CONTRATUAL COMO
INSTRUMENTO DE GESTÃO DE CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS**

Mestrando: SUHEIL SALÉM

Orientador: PROFESSOR DOUTOR LUÍS FÁBRICA

Lisboa,

24 de Março de 2017

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a meus Pais por me terem dado a oportunidade de obter uma educação de excelência e, desse modo, de me concederem a possibilidade de refletir sobre o mundo que me rodeia e de poder contribuir ativamente nele. O presente trabalho é um ensaio nesse sentido.

Agradeço ao Professor Doutor Luís Fábria, pelo seu brilhantismo na orientação, disponibilidade, e principalmente por nos ter ajudado a refletir com profundidade e sentido os temas do presente trabalho. Várias das suas ideias e sugestões estão vertidas, como se confirmará adiante, no presente trabalho. Devo dizer, a título pessoal, que ganhei o *gosto* pelo Direito Público aquando da licenciatura, na cadeira de Contencioso Administrativo, lecionada pelo ilustre Professor.

Agradeço também ao Professor Pedro Matias Pereiras – ilustre jurista do Direito Público –, pela sua amabilidade em nos ter recebido em Coimbra e ter partilhado conosco os seus conhecimentos sobre várias questões tratadas no presente trabalho.

Por último, mas não menos importante, agradeço à Nobre Guedes, Mota Soares & Associados, principalmente na pessoa do meu patrono, o Dr. Gonçalo Mota Nogueira, por nos ter disponibilizado a sua extensíssima biblioteca e pelo seu apoio neste nosso projeto académico.

“Que a importância de uma coisa não se mede com fita métrica nem com balanças nem barómetros...Que a importância de uma coisa há que ser medida pelo encantamento que a coisa produza em nós”

MANOEL DE BARROS

ABREVIATURAS

CCP – Código dos Contratos Públicos

cf. – confrontar

CJA – Cadernos de Justiça Administrativa

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPTA – Código de Processo dos Tribunais Administrativos

e.g. – Exempli gratia

i.e. – isto é

PME'S – pequenas e médias empresas

RCP – Revista de Contratos Públicos

STA – Supremo Tribunal Administrativo

TCAN – Tribunal Central Administrativo Norte

TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul

TdC – Tribunal de Contas

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

v. – ver/ veja-se

ÍNDICE

Introdução	6
1. Delimitação do tema e respetiva contextualização	6
2. Plano de Exposição.....	7
Capítulo I – O Poder Sancionatório no Código dos Contratos Públicos	9
1. O poder sancionatório contratual: breves considerações.....	9
2. As sanções contratuais previstas no CCP	9
3. Resolução sancionatória: verdadeira sanção?.....	11
4. Outras medidas administrativas reativas	12
5. A função das sanções contratuais	14
6. Expressa previsão contratual para aplicação de sanções?	15
7. Aplicação de sanções contratuais: vinculação ou discricionariedade?.....	17
a) Ponto de partida: a controvérsia	17
b) Vinculação e discricionariedade: a perspetiva do poder e a perspetiva do ato....	18
c) Do fundamento da discricionariedade no poder sancionatório contratual.....	20
d) Análise normativa da discricionariedade do poder sancionatório contratual	21
e) A posição da jurisprudência quanto ao tema	23
f) O controlo judicial do ato que aplica a sanção contratual.....	25
Capítulo II – As Sanções contratuais como instrumento de Gestão de Contratos Administrativos	30
1. A gestão de contratos administrativos como tarefa administrativa	30
a) Gestão de contratos administrativos – Delimitação e Contextualização.....	30
b) O princípio da boa administração como fundamento do dever de gestão de contratos administrativos.....	31

c) Da importância do dever de boa gestão nos contratos administrativos complexos.....	34
2. A crise no contrato administrativo e os seus efeitos nos poderes de conformação contratual, em especial o poder sancionatório contratual.....	35
a) O impacto da crise na dinâmica contratual e a sua influência nos poderes de conformação contratual	35
b) Do fundamento normativo do dever de colaboração com o contraente privado em situações de crise económico-financeira.....	36
3. Incumprimento contratual e realização do interesse público mediante não aplicação ou redução da sanção contratual.....	39
a) Pressupostos a considerar para a não aplicação ou redução de sanções contratuais.....	39
b) Do princípio da proporcionalidade no exercício do poder sancionatório contratual.....	41
4. O princípio da concorrência como limite à não aplicação ou redução de sanções contratuais	43
Síntese Conclusiva	46
Referências Bibliográficas	49

Introdução

1. Delimitação do tema e respetiva contextualização

O presente trabalho tem como objeto de estudo o poder sancionatório do contraente público, e a sua instrumentalização na tarefa de *gestão* de contratos administrativos. Por razões que se prendem com a própria economia do trabalho, iremos focar-nos apenas nos contratos administrativos de colaboração subordinada (contratos de tradição francesa), porquanto é efetivamente nestes contratos que o poder sancionatório se assume mais presente.

Num contexto de Estado Regulador, que é o nosso, a Administração deixou de ser a prestadora direta dos bens e serviços, passando a recorrer com progressiva frequência ao “*contracting out*”. Porém, isso não significa que tenha deixado de prosseguir o interesse público, a que, aliás, está constitucionalmente vinculada (cf. artigo 266.º/2 da CRP)¹. Nesta medida, urge a necessidade de garantir que, por um lado, os contratos administrativos que a Administração celebra são pontualmente cumpridos², de forma a garantir a realização do interesse público prosseguido por *aqueles* contratos e, por outro lado, que esses contratos são geridos de forma eficiente (cf. artigo 5.º do CPA), isto é, perante as vicissitudes que ocorram em sede de execução de contrato, a Administração dê a melhor resposta perante esses eventos.

O problema ganha relevância prática, sobretudo, pelo facto de na atual conjuntura económico-financeira se observar um considerável número de casos de empresas – especialmente as que têm uma menor capacidade financeira (as denominadas PME’s) – com dificuldades em cumprir as suas obrigações contratuais, acrescendo ao facto de o financiamento ao setor bancário se mostrar cada vez mais restrito para os privados³.

Assim, parece-nos que, no quadro dos poderes públicos atribuídos ao contraente público no contexto de um contrato administrativo (cf. artigo 302.º do CCP), o poder sancionatório pode servir de *instrumento eficaz* na gestão de contratos administrativos, pois a aplicação ou não aplicação de uma sanção contratual tem, obviamente,

¹ Neste sentido, PEDRO GONÇALVES, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 330.

² Decorrente, aliás, do princípio basilar em matéria de contratos, o princípio *Pacta Sunt Servanda*.

³ Referindo precisamente este ponto, DAVID HALL demonstra que, em momentos de crise económica, quem sofre mais com a falta de financiamento são os privados e não o Estado, cf. DAVID HALL, «A crisis for public- private partnerships (PPPs)», 2009, pp. 2 ss, (disponível em www.ppsu.org).

implicações de variada índole na dinâmica contratual e, principalmente, na saúde financeira do cocontratante.

Contudo, levanta-se a questão de saber se, na decisão de aplicar uma sanção contratual, o contraente público pode ou não atender a fatores *extracontratuais*, como por exemplo, as consequências que a aplicação da sanção possa ter na capacidade financeira do cocontratante e, em consequência disso, no cumprimento pontual do contrato por este. Delimitando juridicamente a questão, é necessário saber, se o ato administrativo que aplica a sanção contratual é praticado no âmbito de um poder *discricionário*, ou se, por outro lado, é praticado no âmbito de um poder *vinculado*.

Por outro lado, parece-nos também que, em sede de execução do contrato administrativo, existe mais *terra a desbravar* – para além dos poderes de conformação contratual vertidos no artigo 302.º do CCP. É que a dinâmica contratual é bem mais rica do que a previsão das normas sobre o direito dos contratos públicos e, nesse sentido, é nosso entendimento que “apenas” uma relação contratual baseada no espírito de parceria e colaboração – fortemente presente na cultura norte-americana dos “*government contracts*” – permite fazer face a esses *desafios* contratuais.

2. Plano de Exposição

Tendo em conta o limite de páginas a que estamos adstritos e a extensão do tema que nos propomos abordar, decidimos estruturar o trabalho em dois capítulos: no primeiro capítulo, tentaremos descortinar a natureza do poder sancionatório e a função primacial das sanções contratuais no âmbito da execução dos contratos administrativos, de modo a qualificarmos com rigor as diversas manifestações sancionatórias previstas no Código dos Contratos Públicos, assim como distinguir as figuras afins que se assemelhem às sanções contratuais; procuraremos, igualmente, saber em que moldes o Juiz administrativo pode apreciar o ato administrativo que aplica a sanção contratual.

No segundo capítulo, e depois de assente a função das sanções contratuais e a natureza do poder sancionatório, estudaremos a visão do contrato administrativo como uma relação de *colaboração* e o conceito de *gestão* ativa de contratos como tarefa administrativa, bem como as suas implicações no quadro do exercício dos poderes públicos, em especial do poder sancionatório. Procuraremos demonstrar neste capítulo que, mediante a adoção da visão do contrato administrativo como uma relação de parceria, aliada aos valores propugnados pela *ética administrativa*, e tendo em conta as

funções da sanção contratual aventadas no capítulo I, é possível que a melhor solução para o interesse público passe pela não aplicação / redução de uma sanção contratual, em face de um incumprimento imputável ao co-contratante, desde que respeitados determinados limites, limites esses que também serão alvo de estudo, com especial enfoque para o princípio da concorrência.

CAPÍTULO I – O PODER SANCIONATÓRIO NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

1. O poder sancionatório contratual: breves considerações

O poder de aplicar sanções por parte do contraente público, no âmbito do contrato administrativo, não é entendido unanimemente como um poder *inerente* à Administração, no sentido de fazer parte do seu estatuto jurídico-institucional. De facto, se há autores⁴ que encaram o poder numa perspetiva *estática*, isto é, que o poder é um atributo da Administração, fazendo parte da sua capacidade jurídica de direito público (conceção objetivista do poder), já para outros autores o poder deve ser visto como imanente ao fim de interesse público para cuja prossecução o poder foi concedido⁵. Dito por outras palavras, e aproveitando o enunciado do artigo 3.º do CPA, “*os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao Direito, dentro dos limites dos poderes que lhes sejam conferidos e em conformidade com os fins que os mesmos poderes lhes foram conferidos*”. Assim, concordamos com a posição do poder visto de uma perspetiva *funcional*, pois entendemos o poder da Administração como meio para atingir um determinado objetivo, a realização do interesse público. Nessa medida, a decisão de não aplicar uma sanção contratual poderá significar uma melhor realização do interesse público no caso concreto. Este pressuposto vai ser importante quando estudarmos a natureza do poder sancionatório contratual, ou seja, saber o poder sancionatório contratual se apresenta como um poder vinculado ou discricionário, na medida em que se o poder sancionatório for efetivamente um poder discricionário, existe uma margem de liberdade sobre a aplicação ou não aplicação da sanção por parte da Administração, desde que a realização do interesse público seja realizado através da decisão da Administração no caso concreto (que nunca pode ser uma decisão arbitrária).

Contudo, isso não significa que o contraente público possa renunciar *a priori* a este poder, na medida em que, tratando-se de *poderes funcionais*, estão abrangidos pela regra da irrenunciabilidade das competências, nos termos do artigo 36.º do CPA.

2. As sanções contratuais previstas no CCP

⁴ Cf. GARCIA DE ENTERRIA / T. RAMÓN FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 15ª edição, 2011, p. 426.

⁵ Cf. CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milão, 1950.

I. O capítulo IV da Parte III do CCP dedica-se aos poderes de conformação da relação contratual, dispondo a alínea *d*) do artigo 302.º do CCP que o contraente público pode “*aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato*”. Esta prerrogativa do contraente público explica-se pela “lógica da função administrativa”⁶ a ser prosseguida pelo contrato. Na verdade, o interesse público é realizado através do cumprimento pontual do contrato e, nessa medida, a lei pretende que o contraente público se veja munido de poderes que lhe permitam, por um lado, atualizar a *dinâmica* contratual às exigências de interesse público que vão surgindo e, por outro, em face de um eventual incumprimento do cocontratante, que o contraente público não se veja *amarrado* aos inadimplementos do co-contratante, já que a realização do interesse público através do contrato administrativo não paralisa nem suspende a realização do interesse público.

Em sede de aplicação de sanções contratuais, entende-se por incumprimento o incumprimento quer parcial quer total, o atraso no cumprimento e o cumprimento defeituoso. Assim, o CCP não impõe que se transforme a mora em incumprimento definitivo para se aplicar sanções contratuais, ou seja, no seguimento de um incumprimento imputável ao cocontratante, a entidade adjudicante não precisa de conceder um prazo razoável ao inadimplente (interpelação admonitória – artigo 808.º do Código Civil) para este cumprir com a obrigação a que se vinculou, podendo aplicar, de imediato, a sanção contratual.

II. No âmbito das sanções contratuais previstas no CCP, estas podem revestir natureza pecuniária e não pecuniária. No quadro das sanções pecuniárias, atente-se no artigo 329.º do CCP, no qual o legislador impõe limites no valor da sanção a ser aplicada ao cocontratante em caso de inadimplemento⁷ imputável a este. É igualmente pertinente notar que o legislador contemplou uma garantia bastante *generosa* relativamente à satisfação do pagamento das sanções pecuniárias, já que o contraente público pode executar a caução, sem necessidade de intervenção judicial ou arbitral,

⁶ Cf. PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo – Uma instituição do nosso tempo*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 101 e ss.

⁷ O n.º 2 do artigo 329.º do CCP prevê que quando as sanções revistam natureza pecuniária, “[...]o respetivo valor acumulado não pode exceder 20% do preço contratual, sem prejuízo do poder de resolução do contrato[...]”. Acrescenta o n.º 3 do preceito referido que “nos casos em que seja atingido o limite previsto no número anterior [20%] e o contraente público decida não proceder à resolução do contrato, por dela resultar grave dano para o interesse público, aquele limite é elevado para 30%”

para satisfação das importâncias respeitantes às sanções pecuniárias aplicadas, vendo-se, aqui, um traço visível de *autotutela executiva* por parte da Administração⁸.

III. Para além das sanções pecuniárias, o CCP admite igualmente que possa haver lugar à aplicação de sanções não pecuniárias, em face de um incumprimento imputável ao cocontratante. Relativamente a esta espécie de sanções, o CCP não previu quaisquer limites, tal como fez para as sanções pecuniárias, pelo que também se admite que seria tarefa hercúlea impor limites a uma realidade que se mostra, à partida, *abstracta e imprevisível*, pois a sanção não pecuniária pode corresponder a uma gama de comportamentos de variadíssima índole a definir pelo contraente público, tendo em conta a natureza do contrato e a forma mais eficaz de garantir o cumprimento do mesmo por parte do inadimplente, ao invés da sanção pecuniária que se mostra previsível no seu objeto – e por isso, é fácil de limitá-lo –, correspondendo sempre ao pagamento de uma quantia monetária.

Contudo, cremos que a previsão de sanções não pecuniárias no contrato não poderá reger-se pela arbitrariedade por parte do contraente público, pelo que vislumbramos alguns limites que se devam ter em conta na previsão de sanções não pecuniárias, quais sejam: (i) em primeiro lugar, a sanção não pecuniária não se deve revelar *desproporcionada* e tem de ter uma conexão material direta com o fim do contrato⁹; (ii) em segundo lugar, a sanção não pecuniária não poderá ter repercussões *extracontratuais*, por exemplo, estipular que em caso de incumprimento do cocontratante, este fica impedido de participar em futuros concursos públicos com o mesmo objeto contratual, criando um *impedimento* fora do quadro legal do CCP de “*bad past contractual performance*” - o que se mostraria totalmente desrazoável e lesivo dos princípios da concorrência pós-contratual e proporcionalidade.

3. Resolução Sancionatória: verdadeira sanção?

⁸ Uma questão que se suscita em sede de execução da caução, nos termos do artigo 296.º do CCP, e com grande relevo prático, diz respeito à determinação da jurisdição competente para discutir questões de legalidade relativamente à própria decisão de execução da caução, principalmente quando a caução se corporiza numa garantia bancária. Sobre o tema, cf. MARCO CALDEIRA, «Contratos Públicos, Caução e Tribunais Administrativos – Breve apontamento sobre a jurisdição competente» in *Revista Eletrónica de Direito Público*, n.º1, 2014, pp. 2 e ss, (disponível em www.e-publica.pt).

⁹ Será o caso, por exemplo, da advertência. V. PEDRO GONÇALVES, «Cumprimento e Incumprimento do Contrato Administrativo», in *Estudos da Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 604.

A resolução sancionatória tem sido qualificada como *verdadeira* sanção contratual, todavia somos reticentes em assentir a tal qualificação¹⁰. Na verdade, e como veremos adiante, o *instituto* da sanção contratual foi desenhado para compelir o inadimplente ao cumprimento pontual do contrato, de forma a não lesar o interesse público a ser prosseguido pelo mesmo, ou seja, pressupõe sempre a manutenção do vínculo contratual. Ora, no caso da resolução sancionatória, o vínculo contratual é extinto por vontade do contraente público, pelo que a *função identitária* que caracteriza o instituto da sanção contratual não é prosseguido pelo ato de resolução sancionatória, *i.e* o ato de resolução sancionatória deve ser emitido apenas como *última ratio*, “*tendo presente as circunstâncias relevantes, designadamente a gravidade concreta da infração, o carácter essencial da obrigação não cumprida e, claro, o interesse público*”¹¹

Ora, entre nós, parece-nos que a resolução sancionatória e a resolução por razões de interesse público enquadram-se ambas na prerrogativa exorbitante atribuída ao contraente público em resolver *unilateralmente* o contrato (cf. artigo 302.º, alínea e) do CCP), embora com fundamentos diversos. Entendemos, por isso, que a denominação “sancionatória” da resolução *sancionatória* apenas tem que ver com a circunstância de, neste caso, o cocontratante não ter direito a uma “*justa indemnização*”, tal como sucede no caso da resolução por razões de interesse público e, nessa medida, consubstanciar um efeito negativo que advem do inadimplemento do cocontratante.

Repare-se que, em tese, poderia arguir-se que a resolução por razões de interesse público também consubstancia uma sanção, na medida em que também existe um rompimento da relação contratual, embora neste caso não por contribuição do cocontratante, mas sim por razões de interesse público. O que nos parece relevante de reter é que nem todos os efeitos negativos que advenham para o cocontratante no decurso da execução do contrato se podem qualificar de sanções contratuais.

4. Outras medidas administrativas reativas

É interessante notar que o CCP, para além do poder sancionatório atribuído ao contraente público, permite que este, em face de um incumprimento imputável ao cocontratante, e tratando-se de prestações fungíveis, possa efetivar, por si ou por intermédio de terceiro, as prestações em falta. Na verdade, trata-se de um poder

¹⁰ Em sentido diverso, v., entre outros, ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos*, AAFDL, 2014, p. 234; PEDRO MATIAS PEREIRA, «Gestão ...», cit., p. 87; PEDRO GONÇALVES, «Cumprimento ...», cit., 2008, pp. 611 e 612.

¹¹ Cf. PEDRO GONÇALVES, «Cumprimento ...», cit., 2008, p. 616.

inovador, que pode, eventualmente, ser explicado pela exigência do princípio da continuidade de prossecução do interesse público a ser prosseguido pelo contrato. Como já tivemos oportunidade de referir, o contrato administrativo celebrado visa realizar, na sua plenitude, o interesse público, pelo que, sempre que exista uma *patologia* na execução do contrato, a lei deve conferir os *remédios* eficazes para que o contraente público possa reagir de forma a continuar a assegurar essa mesma realização. Com isto, queremos dizer que com a celebração do contrato, o contraente público não se demite da sua função de garante na realização do interesse público, um “*throw-it-over-the-fence handoff*”¹².

Assim, constatamos que o CCP confere ao contraente público, um poder de efetivar as prestações em falta, tratando-se de prestações fungíveis (cf. artigo 325.º do CCP). Este preceito reflete, assim, a ideia de que o contrato serve de título executivo, consagrando um poder de execução forçada das prestações incumpridas pelo cocontratante¹³. É interessante notar que, a solução legal rompe com o preceituado no anterior artigo 187.º do CPA, onde vigorava a regra de que a execução forçada das prestações contratuais em falta só pode ser obtida através de tribunais administrativos. Esperemos é que, como bem alerta MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, o legislador não tenha querido submeter os contratos de tradição francesa (contratos de colaboração subordinada) e de tradição alemã (contratos sobre exercício de poderes públicos e contratos substitutivos) a um regime unitário substantivo, visto que a execução coativa prevista no artigo 325.º do CCP assemelha-se, por demais, ao regime da execução forçada pela própria Administração das obrigações impostas por atos administrativos impositivos, típica dos contratos administrativos de tradição germânica.

Um outro poder conferido ao contraente público destinado a ser potencialmente exercido em face de um incumprimento contratual imputável ao co-contratante é o poder de *sequestro*. Esta figura está regulada no artigo 421.º do CCP, e está associada primacialmente aos contratos de concessão de serviço público. Nesses casos, o contraente público (concedente) substitui-se ao concessionário (cocontratante) sempre que se verifique ou esteja iminente uma interrupção total ou parcial da gestão do serviço público ou existam graves deficiências na sua organização. Com efeito, apresenta-se como uma medida *temporária*, na qual o contraente público pelas suas *próprias mãos*

¹² SHELLEY ROBERTS, 2006 *apud* PEDRO MATIAS PEREIRA, «Gestão ...» cit., p. 75.

¹³ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 2ªed., Lisboa, Almedina, 2015, p. 445.

realiza coativamente as prestações em falta, em nome do interesse público que é prosseguido pelo contrato em causa. De facto, e atendendo às funções que consideramos ser das sanções contratuais, o sequestro é uma sanção contratual¹⁴. Porém, podemos descortinar na figura do sequestro uma visão construtiva e pedagógica¹⁵, típica de uma relação de *parceria*: o contraente público, em cumprimento do seu dever de proteção do co-contratante (artigo 291.º do CCP), e do princípio da boa-fé administrativa, assume a posição do cocontratante faltoso – sempre por *conta* do segundo –, concedendo-lhe deste modo uma segunda oportunidade de cumprir o contrato, não rompendo, desse modo, o vínculo contratual. Aliás, o contraente público ao substituir-se ao cocontratante informará o segundo, através do cumprimento do contrato por substituição, da melhor forma de prosseguir o interesse público, através do cumprimento do contrato *daquela forma*, e não de outra, que eventualmente tenha levado ao inadimplemento do co-contratante – uma demonstração de como se deve cumprir *aquela* contrato para realizar, na sua plenitude, o interesse público.

5. A função das sanções contratuais

Como já se teve oportunidade de adiantar, o poder sancionatório apresenta-se como um poder de conformação contratual. Nesta medida, e tendo em conta que o contrato administrativo celebrado serve como meio para a realização de interesse público, o legislador entendeu conceder um poder *musculado* ao contraente público para que, em face de um incumprimento imputável à contraparte, aquele tivesse um poder eficaz para compelir o inadimplente ao cumprimento pontual das obrigações. Assim, identificamos, pois, duas funções principais desempenhadas pela *figura* da sanção contratual¹⁶: (i) por um lado, uma função *punitiva*, na qual o contraente público emite um juízo de censura relativamente ao incumprimento imputável ao cocontratante, de forma a *castigá-lo* pelo seu incumprimento¹⁷; (ii) por outro lado, uma função *coercitiva*.

¹⁴ Em França, a doutrina tem apelidado o sequestro como uma sanção coercitiva. Neste sentido, v. CHRISTOPHE GUETTIER, *Droit des contrats Administratifs*, 3ª Ed., Themis, 2004, p. 445; na doutrina pátria, cf., por todos, PEDRO GONÇALVES, «Cumprimento ...», cit., pp. 606 e 606

¹⁵ Em diálogo com o nosso orientador, o Professor Doutor LUÍS FÁBRICA, o ilustre Professor referiu que, o mais das vezes, a figura do sequestro figurava-se como antecâmara de uma posterior resolução, pelo que a função pedagógica embora idealmente fosse boa, não tem efeitos na prática corrente.

¹⁶ V., neste sentido, por todos, PEDRO MATIAS PEREIRA, «Gestão ...», cit., pp. 88 e 89; PEDRO GONÇALVES, «Cumprimento ...», cit., p. 600.

¹⁷ Repare-se que – e consideramos pertinente repetir esta ideia –, o contrato visa tão-só a realização do interesse público, pelo que a Administração espera dos particulares não menos do que seriedade e responsabilidade no cumprimento das suas obrigações, estando cientes da sua posição de colaboradores da Administração na prossecução do interesse público.

Algumas notas sobre esta função: sempre que exista um incumprimento imputável ao cocontratante, quer seja parcial ou total, há uma disfunção do próprio contrato e, por conseguinte, uma disrupção na satisfação do interesse público a ser prosseguido por aquele contrato. Assim, é imperioso que o contraente público, como garante da realização do interesse público e gestor ativo do contrato, tome as medidas necessárias para que a situação *anormal* provocada pelo incumprimento cesse, de imediato. Nestes termos, diríamos que, efetivamente, a sanção contratual transmite consigo esta *mensagem*.

Todavia, a mensagem só é transmitida de forma eficaz se a sanção contratual aplicada no caso concreto tomar em consideração os circunstancialismos próprios em que se verificou o incumprimento e se se demonstrar proporcional aos fins a que se destina, a saber, o restabelecimento da situação contratual *normal* e o cumprimento pontual das obrigações. Aliás, não é por acaso que o CCP exige a realização da audiência prévia do cocontratante¹⁸, caso lhe seja aplicada uma sanção contratual. Na verdade, através desta *formalidade procedimental*, permite-se que o co-contratante fundamente a escusa do seu incumprimento e as causas que lhe deram origem, no intuito de elucidar o contraente público das circunstâncias concretas que levaram ao incumprimento, para que este, dessa forma, tome as medidas adequadas perante a situação patológica, sem sacrificar o interesse público.

6. Expressa previsão contratual para aplicação de sanções contratuais?

A maior parte da Autores¹⁹ tende a defender da necessidade de expressa previsão contratual para a aplicação de sanções por parte do contraente público. Em suma, alegam os autores, que para além do elemento *literal* que aponta nesse sentido – “*aplicação das sanções previstas para a inexecução do contrato*” –, em matéria sancionatória, urge respeitar e dar cumprimento a dois princípios-chave, quais sejam, a tipicidade e a boa-fé, na dimensão da tutela da confiança. Dito por outras palavras, aquando da celebração do contrato, o cocontratante deve estar minimamente ciente das pedras que possa encontrar no caminho que vai *trilhar*, *i.e.*, se ocorrer um inadimplemento que lhe seja imputável, quais serão as consequências em termos

¹⁸ Cf. n.º 2 do artigo 308.º do CCP. Repare-se, porém, que o n.º 3 do referido preceito permite que o contraente público possa dispensar a audiência prévia se a sanção a aplicar

¹⁹ Cf. p.ex., MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria ...*, cit., p. 440; MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, D.Quixote, 2009, pp. 157 ss; PEDRO GONÇALVES, «Cumprimento ...», cit., p. 602.

sancionatórios que poderão vir a ter lugar. Cumpre, no entanto, salientar que as medidas administrativas reativas previstas no Código (sequestro e efetivação das prestações fungíveis por parte do contraente público) e a resolução sancionatória (cf. artigo 333.º) não necessitam de estar previstas no contrato, pelo que as normas do CCP que as prevêm constituem habilitação normativa direta e imediata para a sua aplicação.

Apesar de compreendermos o ponto de vista dos Autores que defendem da necessidade de previsão contratual para aplicação de sanções, somos de entendimento diferente. Na verdade, e iniciando com uma conclusão *brusca*, parece-nos que quem pode *o mais* – sequestrar a concessão, realizar coativamente as prestações fungíveis por si, ou até resolver definitivamente o contrato sem que haja a estipulação contratual – pode *o menos*, *i.e.*, aplicar sanções pecuniárias, em face de um incumprimento contratual. Nem se diga que, pelo facto de inexistir previsão contratual para aplicação de sanções por parte do contraente público, isso significa que aquele possa aplicá-las de modo arbitrário. Não é isso que acontece, pois o legislador teve a diligência de estipular duas ordens de limites: primeiro, a *espécie* de sanção que poderá ser aplicada em face de um incumprimento e, segundo, o *quantum* máximo que pode ser aplicado, *i.e.*, para as sanções que revistam a natureza pecuniária, esse valor acumulado não poderá exceder 20% do preço contratual, ou no limite dos limites, para os casos referidos no n.º 3 do preceito mencionado, 30%.

Para além disso, demonstra-se igualmente *desrazoável* o argumento de que não tendo sido estipulado no contrato a previsão de aplicação de sanções pecuniárias, o contraente público vê-se inibido parcialmente do seu poder sancionatório, pois caso fizesse uso de tal poder, estaria a *surpreender* negativamente o cocontratante, violando em certa medida a *relativa certeza* da relação contratual. Não nos revemos neste argumento, posto que: (i) em primeiro lugar, vimos que o poder sancionatório está funcionalizado para a prossecução do interesse público e, nessa medida, ao “*vincular-se contratualmente, a administração como campeã do interesse público, não se coloca numa posição jurídica perfeitamente idêntica à do particular e que na dúvida sobre a exata interpretação do preceito ou correta integração da lacuna, se devem elas fazer por modo favorável ao interesse público*”²⁰, ou seja, o valor do interesse público exige que a administração se veja sempre preparada para dar a *melhor* resposta perante os eventos que ocorram na dinâmica contratual e, por isso, se ocorre um incumprimento

²⁰ Cf. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Vol. I, Lisboa, Almedina, 1980, p. 663.

por parte do co-contratante, a *melhor* resposta poderá passar por aplicar-lhe uma sanção pecuniária; (ii) em segundo lugar, o facto de não ter sido prevista a possibilidade de sancionar não significa que o exercício do poder sancionatório por parte do contraente público seja arbitrário, pelo que este deverá sempre respeitar os limites impostos no artigo 329.º do Código e, também, os princípios que regem a atividade administrativa; (iii) em terceiro lugar, a aplicação de uma sanção pecuniária não prevista no contrato não consubstancia nenhuma *surpresa*, já que o próprio legislador densificou no ato normativo habilitador a *espécie* de sanções a aplicar e os seus *limites* máximos, pelo que o co-contratante sabe (ou deveria saber), à partida, que essa sanção poderia eventualmente ser-lhe aplicada, caso se verifique um incumprimento.

Contudo, parece-nos que já no caso das sanções que não revistam carácter pecuniário, *e.g.*, advertência, entrega de documentos contabilísticos, ou outra gama de comportamento a adotar, a previsão contratual é condição necessária para a sua aplicação. Isto por dois motivos: o primeiro tem que ver com a falta de densificação normativa sobre a matéria, o que alarga exponencialmente o âmbito discricionário do contraente público, e segundo, porque tais comportamentos a adotar pelo co-contratante poderão contender com a sua autonomia *técnica e empresarial*, *e.g.*, o co-contratante poderá ter uma fábrica de pastéis de nata, cujo creme provém de uma receita milenar e, em face de um incumprimento (conexo com a qualidade do creme dos referidos pastéis), o contraente público sanciona o co-contratante através da entrega obrigatória da receita do creme por parte do segundo, no sentido de aferir dos seus ingredientes e combinações. O co-contratante poderá não querer entregar a receita por diversos motivos, mas ocorre-nos um primeiro evidente: pelo facto de a receita ser um segredo milenar e contender com a política da fábrica em termos comerciais.

Assim, somos de entendimento que para a aplicação de sanções que não revistam natureza pecuniária deverão estas ser alvo de estipulação contratual, sob pena de violação de princípios gerais de direito, designadamente o princípio *pacta sunt servanda*, por não se conferir estabilidade contratual à relação, e também o princípio da boa-fé, na dimensão da tutela da confiança por se estar a surpreender negativa e abusivamente o cocontratante com uma sanção *anormal* e fora dos padrões comuns.

7. Aplicação de sanções contratuais: vinculação ou discricionariedade?

a) Ponto de partida – a controvérsia

Relativamente ao problema de saber se o poder sancionatório é discricionário ou vinculado, há quem entenda que, uma vez verificado o incumprimento por parte do cocontratante, o contraente público tem o *dever* de aplicar a sanção contratual, pois o poder que a lei confere ao contraente público é um *poder vinculado*, ou seja, só existe uma solução legalmente possível para o caso concreto, desde que preenchidos os pressupostos legais. Vemos, pois, que esta corrente faz uma associação direta e imediata entre a aplicação da sanção contratual e a prossecução do interesse público.

Por outra banda, há quem não se reveja no entendimento *supra* referido, preconizando que o poder de aplicar sanções corresponde a uma margem de livre decisão reservada ao contraente público que, atendendo aos *interesses em jogo* no caso concreto, se decidirá pela solução mais adequada para a realização do interesse público. Assim, é visível que para esta corrente doutrinária, a aplicação da sanção contratual não é *garantia* de uma melhor realização do interesse público, podendo inclusive ter o efeito inverso. Repare-se que, na temática contratual, o interesse público é realizado mediante o cumprimento do contrato celebrado, pelo que, efetivamente existe um *interesse público no cumprimento do contrato celebrado*²¹ e, nessa medida, os poderes de conformação contratual servem precisamente esse interesse, pois permitem ao contraente público, enquanto *gestor ativo* do contrato, adotar as medidas administrativas que se mostrem pertinentes, aquando das *mutações* que ocorram na dinâmica contratual, *e.g.*, um incumprimento por parte do cocontratante.

Adiantamos, desde já, que nos revemos na segunda posição, *i.e.*, parece-nos que o poder de aplicar sanções efetivamente deriva de um poder discricionário, como se confirmará de seguida.

b) Vinculação e discricionariedade: a perspetiva do poder e a perspetiva do ato

Antes de avançarmos para o estudo da natureza jurídica do poder sancionatório, entendemos ser importante clarificar alguns conceitos.

Em primeiro lugar, é importante distinguirmos a perspetiva dos poderes da Administração da perspetiva dos atos da Administração²². De acordo com a primeira perspetiva, o poder é vinculado quando a lei regula a atividade da Administração de

²¹ Cf. PEDRO GONÇALVES, «Gestão de contratos públicos em tempos de crise», in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 17.

²² Cf. FREITAS DO AMARAL (colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal), *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2ªed., Almedina, 2011, p. 86.

forma *exhaustiva*, definindo ela própria o critério a adotar no caso concreto. De outra banda, o poder diz-se discricionário quando a lei confere à Administração uma *autonomia decisória*, podendo esta escolher de entre várias alternativas legalmente possíveis, a medida mais ajustada à realização do interesse público.

Porém, se olharmos para o ato administrativo em si, este tem aspetos vinculados e aspetos discricionários²³ na sua génese, pelo que é importante, desde já, asseverarmos que não existem atos totalmente vinculados ou totalmente discricionários²⁴. Tome-se o exemplo dado por FREITAS DO AMARAL: no caso típico do ato tributário (liquidação de um imposto) a lei regula a conduta administrativa na sua quase *plenitude*, prevendo a incidência, matéria coletável, taxa devida, etc. No entanto, ainda existe uma discricionariedade – ainda que ínfima – conferida ao agente administrativo, a saber, o momento para a prática do ato de liquidação.²⁵

Por outro lado, mesmo quando a Administração atua no âmbito de poderes discricionários, a sua escolha deve enquadrar-se sempre no campo da juridicidade - e não da arbitrariedade -, pelo que é uma escolha orientada, e também, em certa medida, vinculada em vários aspetos, a saber: pelo fim da norma, pela competência, e principalmente, pelos princípios gerais da atividade administrativa legal e constitucionalmente consagrados (cf. artigo 266.º da CRP). E isto compreende-se: num Estado de Direito, o conceito de *legalidade* tal como entendido na sua fórmula tradicional / formalista, mostrou-se insatisfatório para cobrir os inúmeros espaços de atuação da *nova* Administração Pública, que se vê confrontada com um cenário marcado pela mutação, diversidade, renovação das suas missões, e ainda mais com a alteração da definição do conceito de interesse público. É interessante notar que o fenómeno da globalização e do pluralismo trouxe consigo uma nova reconfiguração do interesse público. Veja-se *e.g.*, as crises mundiais económico-financeiras, a “questão” do *Brexit*, a crise dos refugiados, todos estes fenómenos acabam por influenciar o entendimento de interesse público e as (novas) missões desempenhadas pelas Administrações nacionais.

²³ Tome-se o exemplo dado por FREITAS DO AMARAL: O ato tributário (liquidação do imposto) é exercido no âmbito de um poder vinculado, já que lei prevê a incidência, matéria coletável, taxa devida, etc.). No entanto, ainda existe uma discricionariedade conferida ao agente, a saber, p.ex., o momento para a prática do ato (cf. *ibidem*, 2011, p. 87).

²⁴ Neste sentido, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, p. 484.

²⁵ Cf. FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, cit., p. 87.

Com efeito, foi “criado” o conceito de juridicidade, mais abrangente do que a *legalidade*, e que se mostra mais adequado a parametrizar a conduta administrativa no quadro atual. Neste sentido, no campo da discricionariedade, a lei não atribui ao órgão administrativo competente liberdade para escolher *qualquer* solução legal, antes o obriga a procurar uma solução *razoável* que satisfaça da melhor forma o interesse público, de acordo com os princípios jurídicos que condicionam ou orientam a sua atuação. Por conseguinte, trata-se de um poder-dever.

Numa síntese parcial, vimos que só tem efetivamente sentido indagar da vinculação e discricionariedade na perspetiva do poder e não do ato administrativo, pelo que, de seguida, iremos averiguar da existência e conteúdo do fundamento, da discricionariedade do poder sancionatório contratual.

c) Do fundamento da discricionariedade no poder sancionatório contratual

Convém, antes de mais, atentar que a discricionariedade administrativa do ponto de vista constitucional (cf. artigo 111.º da CRP) é uma exigência normativa, na medida em que o *“princípio da separação de poderes impede que todas as ações administrativas sejam integralmente pré-definidas ao nível legislativo. A autonomia da função administrativa pressupõe que aos órgãos da Administração se viabilize a possibilidade de realização de juízos que, desenvolvidos embora no quadro do direito, permitam a consideração do mérito das medidas, sob a ótica da prossecução do interesse público”*²⁶. É igualmente importante ter presente que a discricionariedade não é uma zona de *indiferença* jurídica onde o legislador remete para o critério arbitrário do agente administrativo, antes o agente terá de fazer as suas escolhas no quadro do Direito (e não apenas da legalidade estrita), impendendo sobre ele um dever de fundamentação expressa dos atos que pratica ao abrigo de poderes discricionários, explicitando os fundamentos e os interesses que ponderaram na tomada de certa decisão.²⁷

Mas não é apenas do ponto de vista da separação de poderes que a discricionariedade administrativa constitui uma exigência. É que, do ponto de vista prático, é impensável e até mesmo inconveniente que o legislador regule todos os

²⁶ Cf. ANA RAQUEL MONIZ, «A discricionariedade administrativa: reflexões a partir da pluridimensionalidade da função administrativa», in *O Direito*, III, Ano 144.º, Almedina, 2012, p. 608.

²⁷ Sobre a importância do dever de fundamentação nos atos praticados ao abrigo de poderes discricionários, v. VIEIRA DE ANDRADE, *Dever de fundamentação expressa dos atos administrativo*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 391.

aspectos da conduta da Administração, pois as circunstâncias do mundo real, em contraposição ao mundo jurídico, são bem mais ricas e imprevisíveis do que este, pelo que sendo a função administrativa um meio de realização do direito material, é desejável que a própria Administração faça as suas próprias valorações, na ótica de encontrar as soluções ótimas para prosseguir o interesse público e também para defesa adequada dos interesses dos particulares²⁸.

Transplantando esta lógica para a temática contratual, vemos que a execução do contrato administrativo é *vitaminada* com eventos e circunstâncias que são difíceis de prever pelas partes e, nesta medida, sabendo nós que o contrato administrativo é utilizado para prosseguir um determinado interesse público, existe, de facto, a necessidade de o contraente público se encontrar munido de poderes que lhe permitam *conformar* a relação contratual e, atendendo às circunstâncias do caso concreto, formular as suas próprias valorações, tomando as decisões que considere por convenientes. Note-se que, seria inviável e inconveniente que legislador definisse prévia e exaustivamente o conteúdo do exercício do poder sancionatório por ato legislativo –, pois que, o *DNA* deste poder está funcionalizado à realização do interesse público, ou seja, é um *meio* de resposta perante eventos que ocorram na dinâmica contratual, desconhecidos à partida pelo legislador. Cumpre-nos, porém, aferir qual a norma que atribui discricionariedade ao contraente público e quais os aspetos discricionários que são conferidos, isto é, se se confere discricionariedade apenas na *medida* da sanção (*o quantum* da sanção), ou se efetivamente se confere uma «discricionariedade de decisão²⁹», *i.e.*, a possibilidade praticar ou não o ato administrativo sancionatório.

d) Análise normativa da discricionariedade do poder sancionatório contratual

Para além da compreensão dos fundamentos de ordem prática (*supra* referidos) que possam fundamentar a aplicação de sanções contratuais ao abrigo de poderes discricionários, é crucial entender que para efetivamente haver discricionariedade do

²⁸ Cf. KARL ENGLISH refere mesmo que a «autenticidade» do poder discricionário afere-se quando a lei atribui à Administração a última decisão sobre o justo (correto, conveniente, apropriado) no caso concreto. V. KARL ENGLISH, *Introdução ao pensamento jurídico* (tradução de J. Baptista Machado), 11^a ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 222.

²⁹ Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, (reimp. da edição de 1987), Almedina, 2013, p. 479.

contraente público, nos seus vários aspetos, é necessário que haja uma norma de competência³⁰ que atribua essa autonomia decisória.

Neste sentido, vemos que o artigo 302.º do CCP, com a epígrafe “poderes do contraente público”, estabelece na alínea d) que “*Salvo [...] o contraente público [...] pode, nos termos do disposto no contrato e no presente código aplicar as sanções previstas para a inexecução do contrato*”. Assim, é esta a norma de competência que atribui autonomia decisória ao contraente público em matéria sancionatória contratual. Contudo, a disposição sobre esta matéria é recortada no seu âmbito material, sendo que o legislador vem no artigo 329.º do CCP «*fechar a malha*³¹» da norma de competência, impondo limites máximos percentuais à aplicação de sanções contratuais.

Impõe-se, contudo, reiterar a distinção que nos parece relevante: convém perceber se a norma de competência atribui uma discricionariedade apenas na *medida* da sanção a aplicar (discricionariedade quanto à moldura da sanção), ou se, por outro lado, o contraente público tem igualmente o poder de não aplicar a sanção contratual, caso assim o entenda (discricionariedade quanto à decisão de aplicar ou não praticar o ato).

Em nosso entender, parece-nos que efetivamente a Administração tem uma «discricionariedade de decisão» em matéria sancionatória contratual, *i.e.* tem o poder de aplicar ou não aplicar uma sanção contratual, mas também, se decidir aplicá-la, em modular a *medida* da sanção (desde que, obviamente, os aspetos vinculados do ato sejam respeitados, principalmente os princípios gerais da atividade administrativa).

Em defesa da nossa posição, repare-se que nos vários preceitos do CCP que se referem à aplicação de sanções – 302.º, 329.º/1, 403.º/1, 372.º/4/a) – existe a utilização do operador deôntico permissivo “pode” como elemento de ligação entre a previsão e a estatuição.³² Sem prejuízo, é pertinente notar que “*mesmo nos preceitos de pode*³³” o contraente público está especialmente escrutinado pelos princípios da igualdade e da legalidade, p.ex., se o contraente público para aquele tipo de incumprimento tem sempre aplicado uma sanção contratual com uma determinada medida, e se decide em momento

³⁰ Para uma análise estritamente normativa da discricionariedade administrativa, cf. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Almedina, 2006, pp. 460 ss.

³¹ A expressão é de DAVID DUARTE, v. *Ibidem*, p. 470.

³² Neste sentido, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO / JOÃO MARTINS CLARO, «A aplicação e redução de multas contratuais no contrato de empreitada de obras públicas», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 112, Julho/Agosto, 2015, p. 18.

³³ Cf. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, Lições proferidas ao Curso de Direito da Universidade Católica do Porto, policopiado, Porto, 1992.

posterior com outro cocontratante nem sequer aplicar uma sanção contratual, terá certamente um dever *acrescido* de fundamentação.

Em segundo lugar, se considerássemos que a Administração, sempre que se preenchessem os pressupostos da previsão legal (um incumprimento imputável ao cocontratante, quer este seja parcial ou total, temporário ou permanente) tinha o dever (poder vinculado) de aplicar sanções de forma *matemática e fria*, os princípios gerais da atividade administrativa, em especial, os princípios da proporcionalidade e da boa-fé, sairiam seriamente lesados.

Note-se que, nem sempre a aplicação de uma sanção contratual corresponde ao melhor *remédio* perante um incumprimento contratual. Na verdade, devem ser ponderados vários interesses que orbitam em torno do contrato administrativo, *e.g.*, o dever de proteção do contrato e do cocontratante; a medição das consequências que a aplicação da sanção contratual possa ter na capacidade financeira do co-contratante e, em consequência disso, no cumprimento pontual do contrato por este; a eventual insolvência do co-contratante se lhe for aplicada uma sanção contratual com todas as consequências que isso acarreta (p.ex., desemprego dos trabalhadores dessa empresa). Todas estas circunstâncias descritas podem efetivamente acompanhar o incumprimento do co-contratante e, nessa medida, são suscetíveis de constituir *pressupostos* a aditar na previsão da norma que confere discricionariedade na aplicação de sanções contratuais («complemento da previsão da norma mediante aditamento de novos pressupostos àqueles que integram o *Tatbestand*»), e que justificam objetivamente uma decisão. Esta tarefa de completar a hipótese normativa é permitida e reclamada pela abertura da norma, tendo obviamente, de ser desenvolvida à luz do fim em atenção ao qual o legislador concede o poder³⁴.

Vemos, pois, que são vários os interesses em conflito que precisam de ser valorados pelo contraente público no âmbito de um poder discricionário, de forma a realizar o direito e satisfazer o interesse público no caso concreto. Assim, é deixado ao contraente público o poder de comparar e valorar todos os interesses públicos e privados que possam ser satisfeitos pela decisão (aplicação ou não de uma sanção contratual) e hierarquizá-los à luz do interesse público específico (interesse público de proteção do contrato administrativo) em termos de escolher um ou alguns em detrimento dos restantes. Como bem ensina ROGÉRIO SOARES, a atividade administrativa é, em face

³⁴ Cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade ...*, cit., p. 485.

da lei, uma atividade de criação, não no sentido de que a lei predetermine inteiramente a conduta ou o conteúdo do ato, mas naquele de que esta há-de ser sempre uma atualização e atuação da vontade da lei³⁵.

e) A posição da jurisprudência quanto ao tema

Sobre a temática das sanções contratuais, a jurisprudência avulta-se mais nas questões das multas contratuais aplicadas no âmbito do contrato de empreitada³⁶, não chegando ao âmago da questão, *i.e.* da discussão sobre a natureza do poder sancionatório contratual.

Contudo, encontrámos um Acórdão recente do TCAS³⁷ onde a questão surgiu com maior acuidade, tendo sido tratada em nosso entender, porém, de forma deficiente. De facto, o Tribunal refere aí que *“o “pode” do artigo 329.º do Código dos Contratos Públicos tem um sentido autorizativo e criador de um dever legal: e não o sentido de estabelecer uma faculdade, um poder discricionário. Confirma-o ainda o artigo 65.º/1/m) da Lei n.º 98/97 [Lei da Organização e Processo do Tribunal de Contas], segundo o qual o Tribunal de Contas pode aplicar multas às entidades públicas no caso de não acionamento dos mecanismos legais relativos ao exercício do direito de regresso, à efetivação de penalizações ou a restituições devidas ao erário público”*.

Em nosso entender – e tal como já tivemos oportunidade de exprimir –, a interpretação que o TCAS faz da norma de competência que atribui o poder sancionatório ao contraente público é incorreta, em toda a sua extensão. Em primeiro lugar, o Tribunal refere que o “pode” remete para um dever legal, depreendendo-se que o Tribunal entende o poder sancionatório como um poder vinculado. Mas ao mesmo tempo o TCAS refere que o “pode” tem um sentido autorizativo, o que nos parece incongruente. Estamos perante uma contradição insanável, pois nas matérias em que se atribui um sentido autorizativo à Administração (*e.g.*, poder ou não de praticar certo ato) remete-se para um poder discricionário, e não vinculado. Em segundo lugar, o TCAS defende a vinculação do poder sancionatório mediante o recurso à alínea m) do n.º1 do artigo 65.º da LOPTC. Ora, quanto a este preceito, cabe-nos referir que a aplicação de multas por parte do Tribunal de Contas pela não efetivação de penalizações ou a

³⁵ Cf. ROGÉRIO SOARES, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955, p. 120.

³⁶ Cf. por exemplo, Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo: processo 084/15, de 12.05.2016; processo 01195/15, de 12.05.2016; processo 01309/13, de 25.11.2015; processo 0320/13, de 05.03.2015; processo 0230/09, de 17.06.2009.

³⁷ Cf. Acórdão Tribunal Central Administrativo Sul, processo 13057/16, de 06-10-2016.

restituições devidas ao erário público só poderá dar-se, a final, ou seja, até haver efetivamente um ato administrativo que aplica uma sanção contratual. Até lá, a decisão de aplicar ou não a sanção contratual está na reserva de decisão autónoma conferida ao contraente público, não havendo motivo para aplicar multas financeiras.

Em diálogo com JOSÉ F.F. TAVARES, o mesmo transmitiu-nos que o recurso a esta alínea para justificar o poder sancionatório como poder vinculado seria mesmo uma interpretação *anti jurídica*, e destituída de fundamento razoável. Acrescentou o Juiz Conselheiro que a alínea faz parte do bloco normativo que almeja combater o fenómeno da corrupção. Assim, a aplicação de multas financeiras só tem lugar quando depois do prazo voluntário fixado para pagamento, não o tendo sido efetuado pelo inadimplente, o contraente público não tenha seguido com o processo de execução de obrigações pecuniárias (cf. Artigo 179.º do CPA).

Porém, repita-se: a decisão de aplicar ou não aplicar a sanção contratual é da competência exclusiva do contraente público, não podendo o TdC, ao abrigo de uma *presumível competência* em defender o erário público (em qualquer circunstância), substituir-se ao contraente público nessa tarefa. O seu controlo é a jusante, sendo indispensável haver, a montante, um ato administrativo que aplique a sanção contratual.

f) O controlo judicial do ato que aplica a sanção contratual

Assentando no pressuposto que o poder sancionatório contratual é efetivamente exercido no âmbito de poderes discricionários – como tentámos demonstrar nos pontos *supra* –, debruçar-nos-emos agora no estudo do controlo judicial dos aspetos vinculados desse poder por parte do Juiz Administrativo. Repare-se que, apesar de o legislador ter efetivamente concedido um poder discricionário à Administração para poder aplicar sanções contratuais, “*não pode pretender-se que, à sombra desta faculdade, os agentes públicos consciente e caprichosamente sacrifiquem a conveniência e a oportunidade, satisfazendo, ou procurando satisfazer necessidades para cuja satisfação os poderes usados não foram concedidos*”³⁸. Adverte-se o leitor, porém, que nos iremos focar somente no ato administrativo que aplica sanções que revistam natureza pecuniária, deixando de lado as sanções não-pecuniárias e outras medidas administrativas reativas em face de um incumprimento. Neste sentido, parece-nos que devemos ter presente as seguintes coordenadas:

³⁸ Cf. AFONSO QUEIRÓ, *O poder discricionário da Administração*, Coimbra, Coimbra Editora, 1944, p. 304.

- i. Em primeiro lugar, é interessante notar que as declarações do contraente público sobre a execução do contrato revestem a natureza de ato administrativo; este comando legal é relevante, pois convoca todo o regime legal aplicável ao ato administrativo – normas referentes ao procedimento e processo administrativo, CPA e CPTA, respetivamente –, mas também porque mune o particular de um arsenal de direitos que lhe permitem *atacar* os atos administrativos que atinjam a sua esfera jurídica. Cumpre referir que pertence ao âmbito da jurisdição administrativa “*a validade de atos pré-contratuais, e interpretação, validade e execução de contratos administrativos ...*”³⁹, cabendo, por isso, ao Juiz administrativo aferir da legalidade do ato que aplica a sanção pecuniária, caso este venha a ser impugnado⁴⁰;
- ii. Neste sentido, o co-contratante, ao confrontar-se com a aplicação de uma sanção pecuniária a si aplicada, poderá impugná-la nos termos das normas do processo administrativo. Contudo, a ação de impugnação não é o único meio processual que o co-contratante poderá lançar mão. De facto, casos há em que, eventualmente, o co-contratante pode recorrer à ação de condenação à prática de ato legalmente devido. Pense-se, por exemplo, numa hipótese em que o contraente público aplica uma sanção pecuniária no valor de EUR 100,00, mas o cocontratante alega que, para aquela *espécie* de incumprimento, o contraente público tem sempre aplicado o valor de EUR 50,00, pelo que exige o reembolso dos restantes EUR 50,00; nesse caso, é a ação de condenação o meio processual mais adequado à satisfação da pretensão do cocontratante.

Para além disso, e sabendo nós que o contencioso administrativo assenta no paradigma de tutelar jurisdicional efetiva, nas suas três dimensões – declarativa, cautelar e executiva –, o cocontratante poderá ainda requerer a suspensão da eficácia do ato administrativo que aplica a sanção pecuniária. Contudo, alertamos para o facto de que este instrumento jurídico é facilmente superável pela faculdade que o contraente público

³⁹ Cf. alínea e) do artigo 4.º do ETAF.

⁴⁰ Cf. CARLA AMADO GOMES, «A conformação da relação contratual no código dos Contratos públicos», in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra, 2008, p. 551.

tem de satisfazer o valor pecuniário da sanção pecuniária através da execução da caução, gozando de uma *auto-tutela executiva*;

- iii. Por outro lado, convém não esquecer o que vem a ser dito quanto à natureza do poder sancionatório: o poder sancionatório traduz o exercício de poderes discricionários conferidos pelo legislador ao contraente público e, nesse sentido, o Juiz administrativo vê-se limitado em face da margem de discricionariedade conferida à Administração. Veja-se, aliás, o que refere o artigo 3.º do CPTA, prevendo que: “*No respeito pelo princípio da separação dos poderes, os tribunais administrativos julgado do cumprimento pela Administração das normas e princípios jurídicos que a vinculam e não da conveniência ou oportunidade da atuação*” (sublinhado nosso);
- iv. Para além disso, como bem nota SÉRVULO CORREIA, a administração pública não está apenas sujeita à lei parlamentar mas também ao Direito, permitindo ultrapassar a visão clássica da legalidade tão só assente na obediência à lei parlamentar, e passar a um conceito mais abrangente, o de “juridicidade”, que passa a abarcar os princípios constitucionais da atividade administrativa e não só, e também os direitos fundamentais⁴¹. Nesta medida, o Juiz administrativo, no controlo de legalidade que efetua, irá aferir se a Administração, no âmbito dos poderes discricionários que a lei lhe atribui, cumpriu as exigências decorrentes dos princípios gerais da atividade administrativa, *e.g.*, no âmbito do exercício do poder de aplicar sanções pecuniárias ao cocontratante, são vários os princípios convocados – os quais iremos abordar em adiante –, pois que, a sanção apesar de ter cumprido as formalidades previstas na lei (realização da audiência prévia, instrução do procedimento sancionatório), o *quantum* que corporiza a sanção é manifestamente excessivo, violando, *p.ex.*, o princípio da proporcionalidade. Todavia, assumimos que esta tarefa não se revela simples. Na verdade, é legítimo questionarmos até que ponto o Juiz administrativo, ao aferir do respeito pelos princípios jurídicos, não está a imiscuir-se na margem de discricionariedade da Administração, reduto inviolável e escudado pelo

⁴¹ Cf. SÉRVULO CORREIA, «O Direito Administrativo ao longo das últimas décadas», in *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Almedina, 2015, p. 488.

princípio da separação de poderes. A linha é assaz ténue, exigindo um esforço de quem avalia saber do conteúdo das suas *reais* competências. Nesta matéria, é relevante ter presente o quadro exemplificativo de casos que ANA RAQUEL MONIZ⁴² elabora em sede de controlo judicial de atos administrativos. Em suma, a Autora refere que o ato administrativo emitido ao abrigo de poderes discricionários pode padecer dos seguintes vícios materiais, aferíveis por parte do Juiz administrativo:

- a. O ato administrativo traduz uma ultrapassagem dos poderes da Administração: nestes casos, a decisão não se contém dentro dos limites previstos na lei para o exercício de poderes discricionários, ou hipóteses em que a base invocada para o exercício dos poderes administrativos não existe ou não é aplicável (erro de direito), ou ainda uma classificação errónea dos fatos ao Direito;
 - b. O ato administrativo não se destina a satisfazer o interesse público previsto pelo legislador, interesse público abstrato⁴³, correspondendo a hipóteses, *e.g.*, de desvio de poder.
 - c. O ato administrativo não efetua uma ponderação de todos os interesses públicos presentes no caso, ou seja, a Administração deverá utilizar os seus poderes instrutórios para averiguar de todos os interesses e valores em tensão, de modo a optar pela *melhor* solução para o interesse público. Quando esta ponderação não é realizada, são violados inúmeros princípios, a saber, o princípio da imparcialidade, boa administração, racionalidade;
 - d. O ato administrativo diverge de outras decisões adotadas em casos análogos (violando, desse modo, o princípio da igualdade); a decisão não se revela adequada, necessária ou proporcional ao fim previsto pelo legislador; ou ainda, se a decisão contender contra direitos fundamentais.
- v. Entre nós, parece-nos que o processo judicial de *deteção* dos vícios *supra* mencionados deve ser realizado *cum grano salis*. Primeiro, porque a Administração é a entidade que efetivamente está no *terreno*, sendo mais

⁴² Cf. ANA RAQUEL MONIZ, «A discricionariedade ...», cit., pp. 619 – 626

⁴³ Cf. ROGÉRIO SOARES, *Interesse...*, cit., p. 218.

sensível em descortinar quais os interesses e valores em jogo que precisam de ser valorados; segundo, porque o Juiz administrativo deve partir, em primeira linha, da própria *fundamentação*⁴⁴ da decisão administrativa, e não do mesmo ponto de partida do qual seguiu a Administração – sob pena de a reconstrução histórica do caso concreto se traduzir num exercício discricionário realizado pelo Juiz administrativo. Numa palavra, “*a função de controlar compete comparar a decisão tomada com o paradigma normativa abstrato, até onde este seja determinável, e elaborar testes de juridicidade para detetar o eventual não cumprimento dos princípios que regulam a atividade decisória*»”(cit.)⁴⁵.

Transplantando esta lógica para o nosso estudo, vemos que são várias as implicações. Desde logo, a sanção corresponde a um ato administrativo que é emitido no âmbito de poderes discricionários (conforme entendemos), e por outro lado, são vários os princípios jurídicos convocados que parametrizam a conduta administrativa sancionatória, e que serão alvo de estudo mais aprofundado no próximo capítulo.

⁴⁴ Cf. VIEIRA DE ANDRADE, *Dever ...*, cit., p. 391.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 394.

CAPÍTULO II – AS SANÇÕES CONTRATUAIS COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. A gestão de contratos administrativos como *tarefa administrativa*

a) Gestão de contratos administrativos – delimitação e contextualização

Num contexto em que a Administração prossegue, o mais das vezes, as suas atribuições e realiza o interesse público através da celebração de contratos administrativos⁴⁶ com atores privados, as suas funções, nesta sede, transfiguraram-se. Contudo, esta transfiguração não significa que a Administração tenha *substabelecido sem reservas* a realização do interesse público para os cocontratantes⁴⁷, antes significa que a Administração tem agora o dever de garantir e assegurar que o cocontratante cumpre pontualmente o contrato administrativo, de modo a realizar plenamente o interesse público prosseguido pelo mesmo.

Assim, surge por esta via, a tarefa de *gestão* de contratos administrativos, que mais não é do que a função de administrar o contrato por parte do contraente público. Esta função assenta no pressuposto de que o contrato administrativo é um bem em si mesmo que deve ser protegido e, nessa medida, o contraente público durante a execução do contrato surge como gestor ativo, tomando as medidas necessárias à boa execução do contrato. Mais: a atuação do contraente público não deverá ser apenas reativa, mas também profilática, devendo portanto antecipar circunstâncias que poderão influenciar a execução do contrato administrativo. Repare-se, aliás, que esse foi o objetivo do legislador quando atribui ao contraente público o poder de dirigir o modo de execução das prestações, bem como fiscalizar o modo de execução do contrato (cf. artigos 303.º e 304.º do CCP), esperando uma atitude proactiva por parte do contraente público e um comprometimento efetivo na execução das prestações objeto do contrato.

Cumpre-nos, porém, alertar que a função de *gestão* do contrato administrativo não se confunde nem se esgota com o exercício dos poderes de conformação contratual atribuídos ao contraente público em sede de execução do contrato (cf. artigo 302.º do CCP), apesar de ter influência no modo de exercício daqueles poderes. Nesta medida, a gestão de contratos administrativo “*não deve limitar-se a referenciar a dimensão de*

⁴⁶ Para mais desenvolvimentos sobre o fenómeno da Administração por contrato, por todos, v. M. FREEDLAND, *Government by contract and public law*, Public law, 1994, pp. 84 ss.

⁴⁷ Neste sentido, PEDRO MATIAS PEREIRA, «Gestão ...», cit., p. 35.

autoridade e de desigualdade presentes no regime de certos contratos público”⁴⁸, porquanto existem outras medidas que poderão ser tomadas e que não são reconduzíveis ao exercício daqueles poderes: p.ex, em situações de crise, o contraente público poderá adiantar o pagamento de preços não contratualmente previstos, conceder prémios por cumprimento antecipado, alargar os prazos de cumprimento das prestações, etc.

Para além destas medidas administrativas de incentivo, é interessante notar que existem hoje métodos de avaliação do desempenho do co-contratante – principalmente no setor privado – que poderão auxiliar o contraente público no desempenho de uma gestão mais eficaz, p.ex. por meio de processos como os de fixação de índices de desempenho, de metas a cumprir, de *standards* de resultados, de *benchmarks*, etc.

Em adição, para que efetivamente a *gestão* do contrato seja entendida como verdadeira *missão* administrativa e prosseguida de forma eficiente, é desejável que, de *iure condendo*, se preveja a criação legal de um órgão – singular ou colegial – cuja função seja precisamente a gestão do(s) contrato(s) administrativo(s) que o contraente público haja celebrado. No Brasil, por exemplo, a criação da figura do gestor⁴⁹ já foi contemplada na Lei das Licitações e Contratos (Lei n.º 8.666/93)⁵⁰. Entre nós, previu-se no anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos, no artigo 290.º-A a criação da figura do gestor do contrato⁵¹, cuja função será precisamente a de acompanhar a execução do contrato, e sempre que necessário, elaborar indicadores de execução que permitam aferir da *performance* do cocontratante.

b) O princípio da boa administração como fundamento do dever de (boa) gestão dos contratos administrativos

Não sofre contestação séria, o facto de a revisão do CPA operada em 2015, ter “*robustecido os valores fundamentais que devem reger toda a atividade administrativa*

⁴⁸ Cf. PEDRO GONÇALVES, «Gestão ...», cit., p. 19

⁴⁹ ANDRÉ LUÍS VIEIRA elenca algumas características que o gestor do contrato deve possuir, de forma a prosseguir a sua missão da melhor forma possível, a saber: (i) gozar de uma boa reputação ético-profissional; (ii) possuir conhecimentos específicos do objeto do contrato a ser gerido; (iii) não estar envolvido em nenhum processo disciplinar ou não ter sido condenado em processo criminal por crimes contra a administração pública, etc. Neste sentido, ANDRÉ LUÍS VIEIRA, «Gestão de contratos administrativos», in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 9, CEDIPRE, 2013, p. 155.

⁵⁰ Os artigos 58.º, inciso III e 67.º, ambos da Lei.º estabelecem 8.666/93 a obrigatoriedade de os contratos administrativos serem fiscalizados e geridos. Sublinhando a importância de cada contrato administrativo contar com a supervisão do gestor do contrato v. ANDRÉ LUÍS VIEIRA, «Gestão de contratos administrativos», in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 9, CEDIPRE, 2013, p. 152.

⁵¹ O artigo 290.º-A do anteprojeto do Código dos Contratos Públicos estabelece no seu n.º 1 que “*O contraente público deve designar um gestor do contrato, com a função de acompanhar a execução deste*”

num Estado de Direito Democrático⁵²”, designadamente através da inclusão de novos princípios e a reformulação de outros. Como bem se sabe, os princípios jurídicos têm verdadeira força normativa informando materialmente os atos dos poderes públicos⁵³, pelo que se torna necessário determinar o seu âmbito de aplicação, mesmo apesar da sua evidente indeterminabilidade na previsão. É que, em bom rigor, se as normas de princípio têm a mesma dignidade normativa que todas as outras (as normas regra), naturalmente terão de ter uma estrutura normativa que compreende uma previsão, um operador deôntico e uma estatuição, pese embora as normas princípio projetarem-se no ordenamento jurídico de forma diferente atendendo á sua *morfologia*⁵⁴. Repare-se, aliás, que os princípios jurídicos servem de importante parâmetro de controlo de toda a ação administrativa, pelo que se torna necessário recortar o seu âmbito de aplicação material, de forma a assegurar que o Juiz administrativo possa saber, com o mínimo de segurança, que espaço normativo se lhe reserva, pois estes representam um aspeto vinculado do ato administrativo, sujeito a controlo.

Ora, um dos princípios que sofreu uma reformulação e que nos importa para a temática em apreço, é o princípio da boa administração previsto no artigo 5.º do CPA. Analiticamente, podemos extrair do *novo* enunciado normativo o seguinte: (i) previsão: p1: em todas as situações de qualquer género (pressuposto implícito do princípio), p2: A Administração pública na prossecução da função administrativa; (ii) estatuto deôntico (dever ser): imposição; estatuição (iv) deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade⁵⁵. De facto, o princípio da boa administração surge com um

⁵² Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular» in *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, 2ªed., AAFDL, 2015, p. 169.

⁵³ Defendendo a função positiva dos princípios jurídicos, v. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7ªed., Lisboa, Almedina, 2003, p. 1165

⁵⁴ DAVID DUARTE defende precisamente que a distinção das normas princípio das normas regra é a sua previsão, de onde se segue que, os princípios remetem para um catálogo de situações de qualquer género (pressuposto implícito), pois existe indeterminabilidade nas condutas humanas que poderiam desencadear a mecânica normativa. É deste pressuposto implícito que deriva a capacidade de otimização e expansibilidade. O Autor dá o exemplo do enunciado que refere “todos têm liberdade de expressão” como sendo um princípio, já que não há qualquer determinabilidade da ação humana que pode acionar a norma, pois expressar-se pode tomar variadas formas, isto é, há mais do que um género de situação que pode acionar a norma. v. do Autor, *A norma ...*, cit., p. 142.

⁵⁵ Repare-se que o *novo* enunciado normativo do princípio da boa administração desdobra-se agora em dois números, ao contrário do acontecia no diploma do CPA 91, o qual dispunha que no artigo 10.º que a «Administração Pública deve ser estruturada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência». Entendemos que o legislador com a nova redação vem um enfoque ao modo como é prosseguido a função administrativa pela administração, sendo que os critérios da eficiência, economia e celeridade informam toda a ação administrativa.

contorno nitidamente substantivo⁵⁶, isto é, ele pretende conformar o conteúdo das atuações administrativas, qualquer que seja a natureza dessas atuações.

O princípio da boa administração com esta configuração substantiva pretende, pois, parametrizar toda a conduta administrativa que tiver impacto nos recursos públicos. Dito por outras palavras, para se dar como cumprido o mandamento da eficiência da ação administrativa (e o princípio da boa administração assim entendido), é necessário haver uma justificação razoável de afetação de fundos públicos a um certo bem. Em certo sentido, existe uma sobreposição do princípio da proporcionalidade, na dimensão de adequação, com o da eficiência. Na verdade, o que a eficiência pretende saber é se as medidas adotadas pela Administração são adequadas à prossecução de determinado fim, atendendo aos recursos públicos disponíveis, desta forma medindo e limitando o sacrifício que se pode exigir aos recursos públicos⁵⁷.

Transplantando a operatividade do princípio da boa administração (entendido como eficiência) para a dinâmica contratual, vemos que sobre o contraente público recai verdadeiramente um dever de (boa) gestão do contrato administrativo. Apesar de o contrato administrativo estar, à partida, balizado pelo *preço base*, entendido este como o preço máximo e a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o seu objeto (cf. 47.º do CCP), em sede de execução do contrato administrativo, outros custos poderão surgir, os quais poderão ter impacto sobre os fundos públicos, se não for realizada uma gestão diligente. Imagine-se, por exemplo, que o cocontratante incumpra com uma prestação objeto do contrato. O contraente público, em face desse incumprimento, poderá optar por resolver o contrato, com fundamento no artigo 333.º do CCP (resolução sancionatória). A extinção do vínculo contratual, porém, irá desencadear o lançamento por parte do contraente público de um novo procedimento concursal, o que acarretará custos para o erário público. Tome-se também como exemplo o caso dos contratos de empreitada de obras públicas: ora, quando da elaboração do caderno de encargos, este dever ser delimitado com rigor e precisão, de forma a evitar a realização de trabalhos a mais ou supressões de trabalhos já realizadas pelo empreiteiro. Dito por outras palavras, o que se exige do contraente

⁵⁶ Ao contrário do que parece decorrer do artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia em que o princípio da boa administração é configurado com uma feição procedimental e formal, não fazendo qualquer menção a critérios de eficiência, economia e eficácia. Sobre esta temática, com maior profundidade, v. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios ...», cit., p. 186.

⁵⁷ Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, «Os princípios ...», cit., p. 194.

público é que proteja o contrato, gerindo-o de forma eficiente, de modo a que o interesse público seja realizado a menor custo possível.

c) Da importância do dever de boa gestão nos contratos administrativos complexos

A temática da gestão de contratos administrativos ganha ainda mais relevância quando nos referimos aos contratos administrativos complexos e de longo-prazo (*e.g.*, construções de obras públicas, estradas, pontes, contratos objeto de natureza eminentemente técnica ou científica). Este modelo de contrato tem uma estrutura incompleta, pois são contratos de longo-prazo e cujas vicissitudes contratuais são impossíveis de serem todas previstas no contrato. Por mais que haja o desejo das partes em prevê-las, o certo é que existem várias condicionantes que não estão na disposição das partes (p.ex., a ocorrência de uma crise financeira⁵⁸). É igualmente pertinente notar que a “*segurança contratual advém da certeza da mudança*”⁵⁹, pelo que se reclama das partes uma colaboração recíproca (cf. artigo 289.º do CCP) e uma gestão eficaz por parte do contraente público.

Contra a nossa posição, poderá ser dito que o legislador previu todos os institutos normativos aptos a enfrentar as vicissitudes contratuais em sede de execução do contrato administrativo. Por exemplo, se ocorrer uma circunstância anormal e imprevisível, poderá haver fundamento para uma modificação objetiva do contrato (cf. artigos 311.º e ss. do CCP), ou por outra banda, se ocorrer um incumprimento definitivo, o contraente público pode resolver o contrato (cf. artigo 333.º do CCP). Porém, não raras as vezes, ocorrem alterações que apesar de não figurarem como pressupostos para a aplicação do instituto da modificação objetiva, reclamam uma resposta de adaptação do contrato a essas circunstâncias. Essa adaptação poderá consubstanciar-se num *naipe* de medidas variado, cujo propósito será sempre proteger o contrato, e por via disso, realizar o interesse público ínsito e que o fundamenta.

⁵⁸ Como bem refere EGON BOCKMANN MOREIRA, o direito dos contratos públicos necessita de se compatibilizar com os diversos tempos – financeiro, económico e político –, pois a realidade é sempre mais forte do que a imaginação humana e, sentido, os contratos administrativos devem estar prontos a enfrentar os desafios da força do mundo dos fatos e da pujança dos seus múltiplos tempos. Cf. do Autor, «O contrato administrativo como instrumento de governo», in *Estudos de Contratos Públicos*, Coimbra Editora, *passim*.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 17.

No âmbito deste modelo de contratos – principalmente os de longo-prazo –, ANNE DAVIES⁶⁰ refere três fatores que poderão servir de *antídoto* às alterações que ocorram em sede de execução do contrato administrativo, a saber: (i) as partes devem celebrar um acordo *extra-contratual*, correspondendo a um código de conduta, à parte do contrato, que contenha algumas diretrizes de atuação, caso venham a verificar-se alterações ao contrato; (ii) as partes devem manter um contato próximo, e prestarem as informações, de forma transparente e precisa⁶¹, e (iii) evitar um clima de responsabilização - isto é, se estivermos perante um incumprimento por parte do cocontratante, é desejável que o contraente público adote uma atitude de colaboração com a parte faltosa em detrimento de uma posição hostil, de autoridade, tentando, de todas as formas, responsabilizar o inadimplente.

2. A crise no contrato administrativo e os seus efeitos nos poderes de conformação contratual, em especial o poder sancionatório

a) O impacto da crise na dinâmica contratual e a sua influência sobre os poderes de conformação contratual

Embora já não estejamos no auge da crise económico-financeira, sentida com maior intensidade no triénio 2008-2010, mas com *réplicas* nos anos seguintes (até hoje), ainda assim tecido o empresarial português – em especial as pequenas e médias empresas – resente-se ainda bastante.

Como não podia deixar de ser, também a contratação pública foi afetada pela crise⁶², a vários níveis. Relativamente aos contratos administrativos celebrados antes da crise, e cuja execução se manteve nos anos em que aquela se fez sentir, aqueles experimentaram mudanças drásticas, designadamente: a contração geral do mercado e da procura, dificuldades de obtenção de crédito, flutuações das taxas de juro dos empréstimos bancários, revisão ou supressão de linhas de financiamento, eliminação de programas públicos e de linhas de apoio, aumento da carga fiscal, aumentos dos custos

⁶⁰ Cf. ANNE DAVIES, *The Public Law of Government Contracts*, Oxford University Press, 2008, p. 220.

⁶¹ Quanto ao dever do cocontratante em prestar todas as informações que o contraente público lhe solicitar, v. artigo 290.º do CCP.

⁶² EGON BOCKMANN MOREIRA refere precisamente que o direito dos contratos pretendeu ser imune aos efeitos do tempo, tentando normativizá-lo. Contudo, no contexto atual, a estabilidade contratual pressupõe a mudança, e disso deve o direito dos contratos públicos estar preparado. v. do Autor, «O contrato administrativo ...», cit., *passim*.

de produção⁶³. Naturalmente, todas estas circunstâncias afetam a *saúde* financeira do cocontratante, tendo implicações diretas na sua *performance* contratual. A problemática reside, sobretudo, em sede de execução contratual, especialmente no que toca aos contratos administrativos complexos que reclamam uma colaboração ativa e séria entre as partes, sob pena de o interesse público prosseguido pelo contrato sair gravemente ferido.

Nesta linha, é evidente que a debilidade financeira do cocontratante poderá ser manifestada, por exemplo, através de um incumprimento contratual. Porém, com vista a evitar o extremo, isto é, a extinção do vínculo contratual, é necessário pensar em medidas de colaboração ou assistência ao cocontratante, para que este continue – se possível e respeitando certos parâmetros –, a execução dos objetivos contratuais a que se propôs de início, medidas essas que devem sempre ser tomadas dentro do *quadro normativo* em vigor, naturalmente. Assim, neste quadro de *aperto* financeiro, os poderes de conformação contratual atribuídos ao contraente público deverão ser exercidos atendendo a estas circunstâncias. De facto, a atribuição destes poderes de conformação contratual ao contraente público (cf. artigo 302.º do CCP) constitui uma *marca distintiva* do regime substantivo dos contratos administrativos, que tutelam especialmente dois interesses: por um lado, o interesse de atualização do contrato às exigências de cada momento e, por outro lado, o interesse em assegurar o cumprimento do contrato⁶⁴.

Em especial no que respeita ao poder sancionatório (cf. alínea *d*) do artigo 302.º do CCP), exige-se alguma contenção e prudência no seu exercício. Como atrás já foi dito, o objetivo da aplicação de uma sanção contratual é compelir o cocontratante ao cumprimento do contrato, e não acelerar o seu processo de degradação económica⁶⁵, pelo que se impõe ao contraente público um dever de ponderação, na tomada de decisões atinentes à gestão do contrato, atenta a situação específica do contraente privado e de como esta poderá evoluir com a efetiva tomada dessa decisão de gestão.

b) Do fundamento normativo do dever de colaboração com o contraente privado em situações de crise

⁶³ Exemplos retirados de PEDRO GONÇALVES, «Gestão ...», cit., p. 13.

⁶⁴ Cf. PEDRO GONÇALVES, «Gestão...», cit., p. 23.

⁶⁵ Neste sentido, PEDRO MATIAS PEREIRA, «Gestão ...», cit., p. 83.

Antes de avançarmos, temos primeiro de descortinar no quadro normativo em vigor o fundamento desta prudência no exercício do poder sancionatório e da colaboração com o contraente privado em situações de crise. Convém ter presente que o contraente público não tem propriamente um *dever de solidariedade* para com o cocontratante em tempos de *aperto* financeiro. O objetivo do contraente público – gestor ativo e comprometido com a realização do interesse público prosseguido pelo contrato – é sempre proteger o contrato, e só nessa medida a contenção no exercício do poder sancionatório auxiliará contraente privado, de forma a evitar a sua degradação económica e a extinção do vínculo contratual.

Vejamos, então, qual o fundamento normativo do dever de colaboração com o contraente privado em situações de crise. Em primeiro lugar, repare-se que o legislador logo no capítulo III da Parte III do CCP, estabeleceu que “*o contrato constitui, para o contraente público e para o cocontratante, situações subjetivas ativas e passivas que devem ser exercidas e cumpridas de boa-fé e em conformidade com os ditamos do interesse público, nos termos da lei*” (cf. artigo 296.º do CCP, itálicos nossos). Neste sentido, e pensando em concreto nos poderes atribuídos ao contraente público, estes devem ser exercidos, primeiro que tudo, com respeito pelo *princípio da boa-fé*. Apesar de a norma da boa-fé configurar um princípio explícito na nossa ordem jurídica (cf. artigo 266.º/2 da CRP e artigo 10.º do CPA), a sua previsão é, como em todos os princípios, bastante vaga. Porém, o legislador previu normas de boa-fé especiais, de previsão mais reduzida, relativas a determinadas matérias⁶⁶, inclusive em sede de execução do contrato administrativo, como referimos *supra*. Entre nós - e não querendo esgotar o âmbito de aplicação deste princípio na dinâmica contratual, mas por outro lado com vontade de ir ao concreto da questão - parece-nos que o contraente público, no exercício do poder sancionatório em concreto, *age de boa-fé quando utiliza esse poder como instrumento de gestão do contrato*, e não numa lógica de supremacia autoritária em relação ao contraente privado⁶⁷.

Por outro lado, e atentos ao enunciado normativo da boa-fé administrativa (cf. artigo 10.º CPA), o contraente público deve igualmente considerar a *materialidade subjacente* ao caso, em contraposição com a obediência a um *formalismo legalmente*

⁶⁶ Sobre o princípio a boa-fé no exercício da função administrativa, v. PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da boa-fé e Decisão Administrativa*, Lisboa, Almedina, 2011, p. 211.

⁶⁷ Como crítica ao exercício abusivo dos poderes atribuídos ao contraente público, v. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, «Contratos Administrativos e poderes do contraente público no novo CCP», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 66, Nov/Dez, 2007, *passim*.

*imposto*⁶⁸, donde se segue que, p.ex. em face de um incumprimento imputável ao cocontratante, a materialidade do caso pode reclamar uma resposta diferente da aplicação de uma sanção contratual.

Em segundo lugar, existe um dever de colaboração entre as partes, designadamente no tocante à prestação recíproca de informações necessárias à boa execução do contrato (cf. artigo 289.º do CCP). Neste sentido, a colaboração na dinâmica contratual apresenta-se com carácter biunívoco⁶⁹, fazendo nascer verdadeiros deveres de cooperação, pois que, apesar de os interesses das partes serem divergentes, existe um *interesse* que transcende e fundamenta o contrato administrativo celebrado: o interesse público. De facto, e em termos práticos, existem dois modelos de perspetivar a relação contratual entre as partes (*working relationship*)⁷⁰: o modelo de parceria (*partnership*) em que as partes desenvolvem uma relação contratual baseada na confiança e transparência, e em que apesar de prosseguirem interesses divergentes, existe um esforço de cooperação de ambas as partes; e o modelo braço-de-ferro (*arm's length*) onde preside uma lógica autoritária por parte do contraente público, *envaidecido* pelos seus poderes musculados. Este último modelo apresenta várias falhas, umas das quais se mostra evidente: em face de uma alteração das circunstâncias (no sentido comum do termo) ou de um contexto de crise, é difícil obter-se o consenso e a negociação das partes, sendo que a extinção do vínculo contratual se mostra, as mais das vezes, como o cenário mais provável nesse modelo de relação contratual. Porém, com o que vem ser dito, ficou claro que o legislador nacional optou pelo primeiro modelo, primando pela colaboração recíproca entre as partes.

Para além do dever de cooperação recíproca que impende sobre as partes, existe ainda um dever acrescido imposto ao contraente público em sede de execução do contato administrativo: o dever de proteção do cocontratante.

Contudo, adiantamos, desde já, que este dever de proteção não significa *ipsis verbis* que o contraente público tenha o dever de prestar auxílio, sem mais, ao

⁶⁸ Note-se que, quando nos referimos ao conceito de *forma*, não estamos a pensar apenas nas formalidades procedimentais impostas por lei, mas sim ao *formalismo aplicativo das regras*, in casu o poder sancionatório contratual. Como ensina PEDRO MONIZ LOPES, a norma da materialidade adjacente implica a admissibilidade normativa de o decisor administrativo realizar, ou não, a conduta prescrita na regra, o que se manifesta através de uma permissão normativa da consideração do fim da atuação em causa e respetiva contraposição ao facto de o mesmo não se justificar no caso concreto. Assim, v. PEDRO MONIZ LOPES, *O Princípio ...*, cit., pp. 290 ss.

⁶⁹ Cf. PEDRO GONÇALVES, «A Gestão ...», cit., p. 25.

⁷⁰ Neste sentido, JOHN CIBINIC / RALPH C. NASH / JAMES F. NAGLE, *Administration of Government Contracts*, 4th Edition, The George Washington University, 1981, p. 3.

cocontratante se este estiver em situações de debilidade económico-financeira que o impeçam de cumprir com as suas obrigações contratuais. Por outro lado, também não nos parece que o enunciado normativo espelhado no artigo 291.º do CCP⁷¹, sob a epígrafe “proteção do cocontratante pelo contraente público” se refira a toda a extensão da norma, isto é, entendemos que o dever de proteção do cocontratante pelo contraente público não se delimita apenas pela literalidade utilizada pelo legislador no mencionado artigo 291.º do CCP, sendo necessário, fazer uma *interpretação extensiva*⁷² do preceito, por forma a cobrir situações que justificadamente reclamem a proteção do cocontratante pelo contraente público (e.g., numa situação de grave crise económico-financeira que deixe o cocontratante em iminente insolvência, mas que ainda lhe seja possível cumprir com as suas obrigações contratuais, mediante a adoção de medidas de assistência e flexibilidade contratual por parte do contraente público, parece-nos ser de enquadrar a situação no mencionado preceito do artigo 291.º do CCP).

Cumpramos, porém, dar mais uma nota relativamente ao artigo 291.º do CCP. É que, em bom rigor, a proteção do cocontratante por parte do contraente público não é um fim em si mesmo: o que deve realmente estar em *foco* é o interesse público prosseguido pelo contrato celebrado e, nessa medida, a proteção do cocontratante surge como meio instrumental à finalidade principal, a proteção do contrato.

De seguida, iremos ver em que moldes é que essa proteção do cocontratante poderá ganhar forma, assim como os limites dessa mesma proteção.

3. Incumprimento contratual e a realização do interesse público mediante a não aplicação ou redução de uma sanção pecuniária

a) Pressupostos a considerar para a não aplicação ou redução de sanções contratuais

Vimos *supra* que o contrato administrativo é utilizado pelo contraente público em ordem a prosseguir um específico interesse público e, nessa medida, existe efetivamente um interesse público no cumprimento pontual do contrato. Ora, em face de

⁷¹ O artigo 291.º do CCP estabelece que: “O contraente público deve exercer as respetivas competências de autoridade a fim de reprimir ou prevenir a violação por terceiros de vínculos jurídico-administrativos de que resulte a impossibilidade ou grave dificuldade da boa execução do contrato pelo cocontratante e da obtenção por este das receitas a que tenha direito”.

⁷² Na interpretação extensiva, o intérprete tem razões para concluir que uma hipótese mais vasta não pode deixar de ter sido ponderado pelo legislador, mas este preferiu consagrar uma solução mais restrita. Neste sentido, v. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed., Lisboa, Almedina, 2005, pp. 423 e ss.

um incumprimento imputável ao cocontratante, a aplicação de uma sanção contratual pode não ser uma *medida administrativamente interessada*, na medida em que poderá colocar em causa a degradação económico-financeira do cocontratante e, por via disso, o contrato administrativo, lesando o interesse público prosseguido pelo mesmo.

Assim, em certos casos, e verificados determinados pressupostos, é possível que a não aplicação ou redução de uma sanção contratual seja a melhor solução para o interesse público⁷³, uma vez pesados e ponderados todos os interesses relevantes para o caso. Se é verdade que a matéria aqui em discussão reclama uma análise casuística da factualidade e *morfologia* de cada contrato em concreto, entendemos pela importância da questão tentar enunciar, pelo menos, alguns pressupostos que consideramos essenciais aquando do exercício do poder sancionatório contratual por parte do contraente público:

- i. Em face de um incumprimento imputável ao cocontratante, entendemos fulcral a abertura de um procedimento de *inquérito* a ser levado a cabo pelo contraente público, no sentido de aferir da causa do incumprimento verificado, tomando as diligências necessárias para o efeito. Na verdade, entendemos que um incumprimento contratual imputável ao cocontratante desencadeia automaticamente um dever do contraente público de ponderar o exercício do seu poder sancionatório (o que é diferente de, a final, aplicar efetivamente uma sanção contratual);
- ii. Nesta fase, é essencial que o contraente público se aperceba se, pese embora o incumprimento verificado, ainda existe a possibilidade de manutenção do vínculo contratual com o inadimplente, porquanto a não aplicação ou redução de uma sanção contratual só se torna numa decisão administrativamente interessada se o cocontratante puder efetivamente continuar a prosseguir com o cumprimento do contrato. O contraente privado deve igualmente conseguir preservar a sua capacidade técnica, em especial os seus recursos humanos⁷⁴;

⁷³ Note-se que o interesse público é sempre um fator jurídico, e não meramente um conceito inserido exclusivamente no plano do senso comum (ou como alguns lhe chamam - um *mito do direito*) Apesar de ser difícil defini-lo, o órgão administrativo não se pode demitir de o prosseguir (é uma exigência constitucional – v. artigo 266.º, n.º 2 da CRP). Em nossa opinião, o interesse público é *formado* no próprio procedimento administrativo, resultante da ponderação de todos os interesses públicos e privados em presença, e reduzindo-se num elemento objetivamente definido. Sobre o interesse público no exercício da função administrativa, v. ALESSANDRO CIOFFI, «L' interesse pubblico nell' azione amministrativa», in *Diritto Amministrativo – Rivista trimestrale*, Anno XXIII, Fascicolo 4, 2015, p. 838.

⁷⁴ Neste sentido, PEDRO GONÇALVES, «Gestão...», cit., p. 39.

- iii. Por outro lado, se efetivamente existe um interesse público na manutenção do vínculo contratual e no cumprimento pontual do contrato, então, o contraente público deve medir as consequências que a aplicação de uma sanção contratual possa ter na *saúde* económico-financeira do cocontratante, e consequentemente, na sua performance contratual. Como bem refere PEDRO MATIAS PEREIRAS “*a aplicação de uma sanção contratual que, abstractamente, serve o interesse público no cumprimento do contrato pode, mercê de circunstâncias supervenientes à celebração do contrato (...) tornar-se contraproducente à obtenção desse cumprimento*”⁷⁵. É que, bem vistas as coisas, a aplicação de uma sanção contratual poderá acelerar a degradação económica do cocontratante e, por via disso, extinguir o contrato, com todos os custos que isso acarreta (*e.g.* o custo da reprocura, com o lançamento de novo procedimento concursal);
- iv. Esta ponderação só é possível, porquanto, como vimos, o poder sancionatório contratual é um poder discricionário e, nessa medida, na função de gestão do contrato administrativo, o contraente público pode valorar todos os interesses em jogo, de modo a assegurar que o interesse público prosseguido pelo contrato é realizado.
- v. Convém, igualmente, frisar a ideia de que o exercício do poder sancionatório, latamente entendido, não significa que o contraente público tenha o dever de o exercer a final através da aplicação de uma sanção contratual. Isto porque, o interesse público que subjaz à angariação de receita para o erário público, através da aplicação de uma sanção contratual, poderá ceder, em face da realização do interesse público na manutenção do vínculo contratual, por exemplo, mediante a não aplicação ou redução de uma sanção contratual.

b) Do princípio da proporcionalidade no exercício do poder sancionatório contratual

O princípio da proporcionalidade permite ao contraente público testar a *benignidade* das medidas de salvação do contrato. É que, como temos vindo a referir, o

⁷⁵ Cf. PEDRO MATIAS PEREIRA, «Gestão...», cit., p. 91.

que importa em primeira e última instância é a proteção do contrato administrativo e o interesse público que lhe subjaz, e por isso, se aventa como possível solução a não aplicação ou redução de uma sanção contratual. Mas esta proteção do contrato mediante a colaboração com o cocontratante não pode ser feita a todo o custo, tendo que respeitar certos limites. Ora, o princípio da proporcionalidade, na sua tríplice estrutura – necessidade, adequação e razoabilidade –, representa um desses limites (ao lado do princípio da concorrência, que será abordado no número seguinte).

A própria lei acolheu já diretrizes orientadoras decorrentes do princípio da proporcionalidade, estabelecendo, pois, limites na aplicação de sanções contratuais pecuniárias (cf. artigo 329.º do CCP). Veja-se, igualmente, na regulamentação respeitante ao contrato de empreitada de obra pública (cf. artigo 403.º do CCP) que se o empreiteiro recuperar o atraso na execução dos trabalhos e concluir a obra dentro do prazo previsto, são-lhe reembolsadas as quantias pagas a título de sanção contratual.

Porém, é importante entendermos que mesmo que respeitados os limites máximos previstos no artigo 329.º do CCP (20 % do preço contratual, ou 30 % em certos casos), isso não significa que se esteja a respeitar o princípio da proporcionalidade no caso concreto. Razão pela qual o legislador entendeu conceder uma autonomia decisória ao contraente público no ato de aplicação da sanção contratual, para que este adote uma medida que seja razoável e proporcional no caso concreto, e que seja sensível aos vários interesses em conflito.

Tendo em conta a função coercitiva que caracteriza a figura da sanção contratual, o contraente público deve indagar se efetivamente, à luz das circunstâncias que determinaram o incumprimento contratual imputável ao cocontratante, a aplicação da sanção contratual é uma medida *adequada* (idónea a prosseguir o fim que subjaz à aplicação da sanção contratual); se é uma medida *necessária*, ou seja, a menos lesiva para o interesse público; se é uma medida *não excessiva* (proporcionalidade em sentido estrito), de onde se segue que a gravidade do sacrifício imposto não deve ser superior à premência de realização dos fins prosseguidos. O que estará sempre em causa, entendemos nós, é a proteção do contrato e o seu pontual cumprimento, pelo que a sanção contratual, a existir, deverá ser graduada à luz de um critério de proporcionalidade⁷⁶.

⁷⁶ Sobre o princípio da proporcionalidade, v. por exemplo, JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturante da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 178 e ss; MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO MATOS, *Direito Administrativo Geral* –

Parece-nos, no entanto, pertinente salientar que, apesar de o ato de aplicação da sanção contratual ser praticado ao abrigo de poderes discricionários, o ato pode ser sempre reivindicado juntos dos tribunais administrativos, por violação do princípio da proporcionalidade, por exemplo.

4. O princípio da concorrência como limite à não aplicação ou redução de sanções contratuais

I. Com as novas Diretivas de contratação pública aprovadas em fevereiro de 2014⁷⁷, verifica-se que o legislador europeu não se bastou apenas em regular normativamente o procedimento pré-contratual à luz do princípio da concorrência, indo mais longe. Isto significa que, também em fase de *execução contratual*, o legislador entendeu regular alguns aspetos à luz daquele princípio (*e.g.* a modificação de contratos durante o seu período de vigência – cf. artigo 72.º da Diretiva 2014/24/EU). Neste sentido, pode dizer-se que as novas diretivas vão mais longe do que as anteriores, no que se refere à concretização e densificação do princípio da concorrência⁷⁸.

Numa primeira linha, diríamos que a proteção e tutela da concorrência⁷⁹ na fase pré-contratual permite tutelar duas ordens de interesse: (i) em primeiro lugar, garantir uma *igualdade concorrencial* aos operadores económicos que pretendam alcançar um benefício económico que o Estado decidiu alocar. O chamamento público, em respeito pelo princípio de igualdade, impõe às entidades adjudicantes usar procedimentos de adjudicação que confirmam a todos os operadores económicos iguais condições de acesso e, enquanto participantes, iguais condições de tratamento⁸⁰; (ii) em segundo lugar, e como *intencionalidade primária* do direito da contratação pública, a concorrência serve também como instrumento à realização do interesse público financeiro, ou seja, a

Introdução e princípios fundamentais, Tomo I, 3ªed., Dom Quixote, pp. 214 – 215. A propósito da proporcionalidade em matéria sancionatória contratual, v. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO / JOÃO MARTINS CLARO, «A aplicação...», cit., p. 24; PEDRO GONÇALVES, «Gestão...», cit., p. 40.

⁷⁷ Referimo-nos às seguintes Diretivas: Diretiva n.º 2014/23/UE (concessões); 2014/24/UE (designada por diretiva-clássica) e 2014/25/UE (setores especiais).

⁷⁸ Cf. NUNO CUNHA RODRIGUES, «O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública», in *Revista de Concorrência e Regulação*, Coimbra, n.º19, 2014, p. 216.

⁷⁹ Pedro Gonçalves refere precisamente que “o direito da concorrência e o direito da contratação pública constituem dois universos ou sistemas de normas marcados em geral por uma mesma intencionalidade, que consiste precisamente na proteção e promoção da concorrência”. Neste sentido, v. PEDRO GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra, 2013, p. 372.

⁸⁰ Cf. PEDRO GONÇALVES, *Reflexões ...*, cit., p. 389.

entidade adjudicante ao lançar um procedimento concursal, permite que os operadores económicos compitam entre si, e otimizem as suas propostas⁸¹.

II. Por outro lado, o legislador europeu – como já tivemos oportunidade de referir *supra* – optou por fazer a “interconexão” entre a fase pré-contratual e a fase de *execução*⁸², porquanto considerou que a concorrência deveria ser preservada nesta segunda fase. A tarefa não é fácil, principalmente no que respeita aos contratos complexos e de longa duração, onde existe a necessidade de atualizar o interesse público à luz das circunstâncias que se verifiquem no momento, podendo bulir, por isso, com o princípio da concorrência – cuja eficácia depende, em larga medida, da permanência do contrato tal como foi adjudicado. A questão tem sido colocada, sobretudo, a propósito da modificação contratual e das suas potenciais implicações para o princípio da concorrência⁸³. Em suma – e podendo entrar no tema com profundidade – a questão que se coloca é de saber se a preservação da concorrência é fundamento bastante para restringir, em absoluto, a possibilidade de modificar o contrato, realizando o interesse público subjacente a essa modificação.

III. Ora, transplantando a *lógica da concorrência* para a nossa temática, coloca-se o problema de saber se a não aplicação ou redução de uma sanção contratual ao cocontratante afeta o princípio da concorrência e, se sim, em que medida.

Parece-nos, em primeiro lugar, pertinente referir que a não aplicação de uma sanção contratual não consubstancia, em si, uma modificação contratual, na medida em o poder sancionatório contratual decorre diretamente da lei, e não do contrato. Em adição, vimos já que o poder sancionatório é exercido ao abrigo de um poder discricionário, pelo que o contraente público pode efetivamente - desde que fundamente com suficiência-, decidir-se pela não aplicação ou redução da sanção.

Por outro lado, a não aplicação ou redução de uma sanção contratual não é idónea a alterar a ordenação das propostas no momento pré-contratual, porquanto através desta medida, o cocontratante não fica autorizado a realizar menos prestações,

⁸¹ Neste sentido, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, «Os princípios gerais da contratação pública» *in Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, CEDIPRE, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 67.

⁸² Cf. RAQUEL CARVALHO, “As novas diretivas da contratação pública e a tutelada concorrência na execução dos contratos públicos” *in Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 19, Julho/ Set 2014, p. 229.

⁸³ Sobre tema, v. PEDRO MATIAS PEREIRA, «Concorrência e modificação de contratos públicos» *in Estudos em Homenagem ao Professor Costa Andrade* (no prelo)

nem altera as características da obra executada, do bem fornecido ou do serviço prestado⁸⁴. Por outras palavras, os parâmetros e elementos que serviram de base à construção da proposta de cada concorrente e à sua escolha como adjudicatário são diferentes da decisão que presidiu à não aplicação ou atenuação da sanção contratual, não contendendo, por isso, com esses elementos ou parâmetros.

Nem se alegue, contra a nossa posição, que a não aplicação ou redução da sanção contratual favorece injustificadamente o cocontratante, violando, nessa medida, o princípio da concorrência que impõe uma igualdade de tratamento relativamente aos operadores económicos. É que, em bom rigor, a decisão de não aplicar uma sanção ou de atenuá-la tem em vista, primacialmente, a proteção do contrato e o interesse público subjacente ao mesmo, pelo que a mesma decisão aplicar-se-ia qualquer que fosse o cocontratante.

⁸⁴ Cf. PEDRO MATIAS PEREIRA, «*Gestão ...*», cit., p. 97.

Síntese Conclusiva

Chegados aqui, cumpre-nos referir as conclusões a que chegámos com a feitura do presente trabalho, e enunciar as ideias que nos parecem mais relevantes na temática aqui tratada:

A. No primeiro capítulo, vimos que o poder sancionatório contratual é um poder de conformação contratual atribuído pelo legislador ao contraente público, que está votado à realização do interesse público, *maxime* ao interesse público no cumprimento do contrato.

B. Referimos, outrossim, que a sanção contratual tem duas principais funções – uma função punitiva, que visa *castigar* o faltoso, e uma função coercitiva, que pretende compelir o inadimplente ao cumprimento pontual das suas obrigações contratuais, sob pena de o interesse público prosseguido pelo contrato sair gravemente lesado.

C. Estudámos a natureza jurídica do poder sancionatório, no sentido de aferir se e em que medida o mesmo é um poder discricionário, conferindo, uma margem de autonomia decisória ao contraente público, ou se, uma vez verificado o incumprimento imputável ao cocontratante, existe um *dever jurídico vinculado* em aplicar a sanção contratual.

D. Respondemos à questão anterior, defendendo que o poder sancionatório contratual é efetivamente um poder *discricionário* e que, por isso, o contraente público, no exercício do referido poder, pode e deve atender à *morfologia* do caso concreto e às circunstâncias que determinaram o incumprimento, por forma a tomar a melhor decisão que realize o interesse público e proteja o contrato.

E. Sendo o ato administrativo que determina a sanção contratual praticado ao abrigo de poderes discricionários, pode este ato ser sindicado junto dos Tribunais Administrativos nos termos gerais aplicáveis aos atos de exercício de tais poderes. De facto, o ato discricionário está sujeito a controle jurisdicional nos seus aspetos vinculados (e.g. princípios jurídicos).

F. No segundo capítulo, foi nosso ensejo relacionar o poder sancionatório contratual com a missão administrativa de *gestão* dos contratos públicos. Vimos que a gestão dos contratos públicos é efetivamente uma tarefa

administrativa, cujo fundamento reside no princípio da boa administração (previsto no artigo 5.º do CPA).

G. De facto, o poder sancionatório contratual – como procurámos demonstrar *supra* – é um instrumento eficaz no exercício da função de gestão de contratos administrativos, principalmente num cenário de crise económico-financeira, onde os contraentes privados sentem dificuldades em honrar com as suas obrigações contratuais.

H. Neste quadro de *aperto* financeiro, e perante um incumprimento imputável ao cocontratante, o que se pretende é efetivamente proteger o contrato e manter o vínculo contratual, pois o contrário poderia significar uma lesão para o *interesse público financeiro*, já que se teria de suportar os custos da *reprocura pública* (novo procedimento concursal) e também um sacrifício potencialmente desproporcionado para outros interesses envolvidos.

I. Nesta medida, e defendendo nós um modelo contratual baseado no espírito de *parceria e colaboração mútua* – modelo este também desenhado pelo legislador como se pode ver pelos princípios fundamentais que devem nortear a execução do contrato (cf. artigos 286.º e ss) -, é possível, desde que verificados certos pressupostos e respeitados certos limites, que a realização do interesse público seja efetivada mediante a não aplicação ou atenuação de uma sanção.

J. Numa fase final, estudámos com mais afinco o princípio da concorrência como limite à aplicação ou atenuação de sanções contratuais. Vimos essencialmente que o legislador europeu, com as novas diretivas de 2014, foi mais longe no sentido de regular alguns aspetos da execução do contrato que pudessem contender com o princípio da concorrência (p.ex., a propósito do regime de modificação dos contratos).

K. No entanto, vimos que a não aplicação ou atenuação de sanções contratuais não consubstancia uma modificação contratual, nem é a uma medida apta a determinar que a ordenação das propostas na fase pré-contratual seja alterada.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 2ªed., Lisboa, Almedina, 2015.

AMARAL, Freitas do (colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal), *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2ªed., Almedina, 2011.

ANDRADE, Vieira de, *Dever de fundamentação expressa dos atos administrativos*, Coimbra, Almedina, 2007.

ASCENSÃO, Oliveira, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed., Lisboa, Almedina, 2005.

AYALA, Bernardo, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*, Lisboa, Lex, 1995.

CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2001.

CALDEIRA, Marco, «Contratos Públicos, Caução e Tribunais Administrativos – Breve apontamento sobre a jurisdição competente», in *Revista Eletrónica de Direito Público*, n.º1, 2014, pp. 2 e ss, (disponível em www.e-publica.pt).

CANOTILHO, José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ªed., Lisboa, Almedina, 2003.

CARVALHO, Raquel, «As novas diretivas da contratação pública e a tutelada concorrência na execução dos contratos públicos» in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V., n.º 19, Julho/Set 2014.

CIBINIC, John / NASH, Ralph C. / NAGLE, James F., *Administration of Government Contracts*, 4.ª ed., The George Washington University, 1981.

CIOFFI, Alessandro, "L' interesse pubblico nell'azione amministrativa", in *Diritto Amministrativo – Rivista trimestrale*, Anno XXIII, Fascicolo 4, 2015.

CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, (reimp. da edição de 1987), Lisboa, Almedina, 2013.

— «O Direito Administrativo ao longo das últimas décadas», in *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Almedina, 2015.

DAVIES, Anne, *The Public Law of Government Contracts*, Oxford University Press, 2008.

DUARTE, David, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*, Lisboa Almedina, 2006.

ENGLISH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico* (tradução de J. Baptista Machado), 11ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

EUGENIO, Cannada-Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milão, 1950.

FREEDLAND, Mark, *Government by contract and public law*, Public law, 1994.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo /**RAMÓN FERNANDEZ**, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 15ª ed., 2011

GOMES, Carla Amado, «A conformação da relação contratual no código dos Contratos públicos», in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra, 2008.

GONÇALVES, Pedro, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2005.

— *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

— *O Contrato Administrativo – Uma instituição do nosso tempo*, Coimbra, Almedina, 2003.

- «Cumprimento e Incumprimento do Contrato Administrativo», in *Estudos da Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- «Gestão de contratos públicos em tempos de crise», in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

GUETTIER, Christophe, *Droit des Contracts Administratifs*, 3^a ed., Themis, 2004.

HALL, David, «A crisis for public- private partnerships (PPPs)», 2009, pp. 2 ss, (disponível em [<https://www.psiru.org>]).

LEITÃO, Alexandra, *Lições de Direito dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2014.

LOPES, Pedro Moniz, *Princípio da boa-fé e Decisão Administrativa*, Almedina, 2011.

MONIZ, Ana Raquel, «A discricionariedade administrativa: reflexões a partir da pluridimensionalidade da função administrativa» in *O Direito*, III, Ano 144.º, Almedina, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

OLIVEIRA, Mário Esteves de, *Direito Administrativo*, Vol. I, Lisboa, Almedina, Almedina, 1980.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, «Os princípios gerais da contratação pública» in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, CEDIPRE, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

PEREIRA, Pedro Matias, «Concorrência e modificação de contratos públicos» in *Estudos em Homenagem ao Professor Costa Andrade* (no prelo).

- «Gestão do contrato administrativo: a aplicação de sanções», in *Revista de Contratos Públicos*, n.º10, CEDIPRE, 2014.

QUEIRÓ, Afonso, *O poder discricionário da Administração*, Coimbra, Coimbra Editora, 1944.

RAIMUNDO, Miguel Assis / **CLARO**, João Martins, «A aplicação e redução de multas contratuais no contrato de empreitada de obras públicas», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 112, Julho/Agosto, 2015.

RAIMUNDO, Miguel Assis, «Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular» in *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, 2ªed., AAFDL, 2015.

RODRIGUES, Nuno Cunha, «O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública», in *Revista de Concorrência e Regulação*, Coimbra, n.º19, 2014.

SOARES, Rogério, *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, Coimbra Editora, 1955.

— *Direito Administrativo*, Lições proferidas ao Curso de Direito da Universidade Católica, do Porto policopiado, Porto, 1992.

SOUSA, Marcelo Rebelo de / **MATOS**, André Salgado, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2009.

— *Direito Administrativo Geral – Introdução e princípios fundamentais*, Tomo I, 3ªed., Dom Quixote.

VIEIRA, André Luís, «Gestão de contratos administrativos», in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 9, CEDIPRE, 2013.