

ESTUDOS
EM HOMENAGEM
AO PROF. DOUTOR
SÉRVULO CORREIA

VOLUME II



EDIÇÃO
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA

Coimbra Editora

2010

IV

Direito Administrativo

	Págs.
<i>Alexandra Leitão</i> , Da admissibilidade de pessoas colectivas de iniciativa pública beneficiarem do estatuto de utilidade pública	11
<i>Ana Fernanda Neves</i> , Os princípios da contratação pública	29
<i>Ana Gouveia Martins</i> , A modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas	59
<i>André Salgado de Matos</i> , A natureza jurídica da delegação de poderes: uma reapreciação	119
<i>António Cadilha</i> , Os poderes de pronúncia jurisdicionais na acção de condenação à prática de acto devido e os limites funcionais da justiça administrativa	161
<i>António Cândido de Oliveira</i> , A mais recente evolução da justiça administrativa na Inglaterra: os tribunals	225
<i>Bernardo Diniz de Ayala</i> , Actividade contratual e negociações informais da Administração; dois modos comuns de actuação administrativa com oscilações na tutela jurisdiccional do particular	239
<i>Cláudia Viana</i> , Contrato de trabalho em funções públicas: privatização ou publicização da relação jurídica de emprego público?	277
<i>David Duarte</i> , A revogação de actos administrativos ilegais por incompetência relativa vista das normas de competência	305
<i>Francisco Paes Marques</i> , O conceito de Direito Administrativo: barroquismo conceptual inútil ou tábuas de salvação no tsunami?	325
<i>Gonçalo Coelho</i> , O licenciamento da televisão digital terrestre à luz do artigo 38.º, n.º 7, da Constituição da República Portuguesa	347
<i>João Amaral e Almeida/Pedro Fernández Sánchez</i> , A contratação pública de serviços de assessoria jurídica	373
<i>João Caupers</i> , O contrato administrativo no pensamento de José Manuel Sérvulo Correia	415
<i>João Miranda</i> , O acesso à informação administrativa não procedimental das entidades privadas	433
<i>José de Melo Alexandrino</i> , A determinação das atribuições das autarquias locais	459
<i>José Luís Bonifácio Ramos</i> , Domínio público e domínio privado: mitos e sombras	487
<i>Lino Torgal/Marisa Martins Fonseca</i> , Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (<i>Unsolicited Proposals</i>)	523
<i>Luís Cabral de Moncada</i> , Boa fé e tutela da confiança no direito administrativo	573
<i>Luís Filipe Colaço Antunes</i> , O dogma da anulação administrativa	613

	Págs.
<i>Luís Sousa da Fábrica</i> , A contraposição entre acção comum e acção especial no Código de Processo nos Tribunais Administrativos	631
<i>Luísa Neto</i> , A infecção por VIH resultante de transfusão de sangue contaminado no contexto da responsabilidade civil extracontratual do Estado	657
<i>Mafalda Carmona</i> , Relações jurídicas poligonais, participação de terceiros e caso julgado na anulação de actos administrativos	695
<i>Mark Bobela-Mota Kirkby</i> , Conceito e critérios de qualificação do contrato administrativo: um debate académico com e em homenagem ao Senhor Professor Sérvulo Correia — Do artigo 178.º do CPA ao artigo 1.º, n.º 6, do CCP — uma alteração do paradigma de qualificação?	759
<i>Mário Aroso de Almeida</i> , Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos	811
<i>Miguel Ângelo Crespo</i> , O regime de gestão limitada nas autarquias locais	847
<i>Miguel Assis Raimundo</i> , Escolha das entidades a convidar para o procedimento de ajuste directo à luz do Código dos Contratos Públicos	881
<i>Miguel Prata Roque</i> , O Direito Administrativo Europeu — Um motor da convergência dinâmica dos direitos administrativos nacionais	903
<i>Paulo Otero</i> , Causas de exclusão da responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública por facto ilícito	965
<i>Pedro Gonçalves</i> , Regulação administrativa e contrato	987
<i>Ricardo Branco</i> , As sentenças substitutivas de actos administrativos no contencioso administrativo português	1025
<i>Rui Chancerelle de Machete</i> , Sobre a legitimidade dos particulares nas acções administrativas especiais	1117
<i>Rui Guerra da Fonseca</i> , Identificações metodológicas da doutrina jusadministrativa portuguesa na parte central do século XX: Marcello Caetano, José Carlos Moreira, Armando Marques Guedes e Afonso Queiró	1127
<i>Rui Tavares Lanceiro</i> , A condenação à abstenção de comportamentos no Código de Processo nos Tribunais Administrativos	1147
<i>Vasco Pereira da Silva</i> , “É sempre a mesma cantiga” — O Contencioso da Responsabilidade Civil Pública	1205
<i>Vera Eiró/Esperança Mealha</i> , Damages under Public Procurement: the Portuguese case	1231
<i>Vitalino Canas</i> , A actividade de polícia e a actividade policial como actividades limitadoras de comportamentos e de posições jurídicas subjectivas	1253

**CONCEITO E CRITÉRIOS DE QUALIFICAÇÃO
DO CONTRATO ADMINISTRATIVO:
UM DEBATE ACADÉMICO COM E EM HOMENAGEM
AO SENHOR PROFESSOR SÉRVULO CORREIA**

**DO ARTIGO 178.º DO CPA AO ARTIGO 1.º, N.º 6, DO CCP
— UMA ALTERAÇÃO DO PARADIGMA DE QUALIFICAÇÃO?**

MARK BOBELA-MOTA KIRKBY (*)

I. ENQUADRAMENTO

1. O debate jurídico em torno do conceito de *contrato administrativo* e da autonomia dogmática desta *factispecies* tem acompanhado o processo de construção do direito administrativo desde a sua génese — a figura do *contrat administratif* constitui mesmo um dos primeiros institutos específicos de direito administrativo fruto da jurisprudência criadora do *Conseil d'État* ⁽¹⁾ — e apaixonou várias gerações de jus-administrativistas.

(*) Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

(1) A figura dogmática a que nos referimos é efectivamente uma construção originária da jurisprudência francesa. A partir da atribuição à jurisdição administrativa, a coberto da lei 28 do «*Pluviose*» do ano VIII, da competência para apreciar as questões relativas a certos tipo de contratos, por «...razões pragmáticas, de simples utilidade, ligadas à consideração de que os tribunais administrativos, além de serem mais rápidos e expeditos, estariam mais a par do próprio funcionamento da Administração Pública...» (cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo contrato administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 33), a jurisprudência enceta um processo de substantivação dos contratos que tem a seu cargo. Tal facto conduziu à definição de um critério de repartição de competência entre jurisdições administrativa e comum que, concomitantemente, fornece um primeiro critério material de identificação do novo *contrat administratif*. Com o primeiro impulso do *Arrêt Blanco*, de 8 de Fevereiro de 1873, do Tribunal de Conflitos, o labor da jurisprudência e doutrina conduz à autonomização dogmática daqueles contratos que a Administração celebra tendo em vista a organização e funcionamento dos serviços públicos, os quais, por constituírem verdadeiras operações administrativas, devem estar sob a alçada dos tribunais administrativos. Abre-se aqui um processo construtivista da figura que culmina com a sedimentação de um regime jurídico próprio e que se caracteriza essencialmente pela atribuição à Administração de poderes

2. Em bom rigor, uma parte substancial do debate em torno da figura não teve verdadeiramente a ver com o conceito de contrato administrativo em si próprio, nem com a autonomia dogmática da figura, mas sim com os critérios de qualificação de contratos celebrados pela Administração Pública como contratos administrativos. Com efeito, desde há muito que o direito administrativo reserva um regime próprio para um certo tipo de contratos celebrados pela Administração. E mesmo quando esse regime deixou de abranger, enquanto traço distintivo da figura, as normas de índole procedimental (os procedimentos adjudicatórios alargaram-se à formação da generalidade dos contratos públicos, fossem ou não administrativos) e de delimitar, por si só, o leque de contratos públicos submetidos à jurisdição administrativa (quando o contencioso administrativo passou a abranger questões relacionadas com a validade, interpretação e cumprimento de contratos públicos que não revestem a natureza de contratos administrativos), sobrou como factor incontestável de autonomia dogmática da *factispecies* o seu regime material, que, afinal, constituiu, desde o início, a razão de ser da sua autonomização em face dos contratos de direito privado celebrados pela Administração. Hoje, como desde há mais de cem anos, o contrato administrativo caracteriza-se essencialmente a partir do regime específico que está reservado para a respectiva fase de execução, marcado pelo reconhecimento ao contraente público de um conjunto de poderes de autoridade, exercíveis por acto administrativo, destinados a assegurar a permanente adequação da relação contratual ao interesse público que justificou a sua constituição.

Portanto, a partir do momento em que a generalidade dos ordenamentos jurídico-administrativos tributários do *droit administratif* francês consagraram a figura do contrato administrativo e positivaram um regime substantivo próprio deste tipo de contratos, o debate sobre a existência, o conceito, ou a autonomia dogmática do contrato administrativo passou para segundo plano: o contrato

de autoridade na fase de execução do contrato que exorbitam aqueles que assistem às partes nos contratos regidos pelo direito privado.

Portugal cedo importou a figura do *contrat administratif* francês. Entre nós, «em contraste com o que sucedeu em França (...) a noção de contrato Administrativo foi pura obra da lei» (cfr. MARQUES GUEDES, *Os contratos administrativos*, in RFDUL, vol. XXXII, 1991, p. 16). A expressão «contrato administrativo» é acolhida pela primeira vez no Decreto com força de Lei n.º 18 017, de 28 de Fevereiro de 1930, que originalmente consagra um contencioso administrativo por natureza no que se refere a este tipo de contratos. A partir daqui, o debate doutrinal e a evolução jurisprudencial do nosso país seguem de perto aqueles que são desenvolvidos em França, centrando-se assim nas questões do critério de determinação da administratividade dos contratos (neste ponto com menos pujança, já que entre 1936 e 1984 vigorou em Portugal, no que se refere aos contratos celebrados pela Administração, um regime contencioso por *força de lei*), da delimitação e regime dos *poderes exorbitantes* da Administração na fase de execução dos contratos e, mais recentemente, da protecção de direitos e interesses de terceiros.

administrativo é o contrato que, nos termos da lei, vive o regime que cada ordenamento jurídico associa a essa figura e será sempre um contrato que cria, modifica ou extingue relações jurídicas reguladas pelo direito comum da actividade administrativa de *gestão pública*, i.e., pelo direito administrativo.

3. O debate que permanece em aberto não tem actualmente que ver (e em rigor há muito que não tem) com saber se existe e em que consiste o contrato administrativo. A resposta a esta pergunta passa pela análise dos regimes jurídicos associados a esta figura nos diversos ordenamentos jurídicos que a acolhem, entre nós consagrado hoje, em termos gerais, no Código dos Contratos Públicos (CCP), em particular na sua Parte III. O problema que se tem discutido, e que entre nós ganhou relevância renovada com a recente entrada em vigor do CCP, prende-se antes com a resposta a uma pergunta diferente: que contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos? Quais os critérios de identificação de contratos que revestem a natureza de contratos administrativos? Trata-se, assim, de uma discussão atinente aos processos e critérios de qualificação jurídica de determinados contratos como *contratos administrativos* e não uma discussão relativa à própria figura e regime do contrato administrativo ⁽²⁾.

(2) A importância do enquadramento do debate doutrinal nos moldes expostos é tanto maior quanto o debate que se trava, de há cerca de um século para cá, supostamente sobre os critérios de qualificação do contrato administrativo, foi fértil em equívocos quanto ao próprio objecto da discussão. Do leque de «critérios» que ao longo dos tempos foram apresentados como critérios de qualificação de contratos como contratos administrativos, alguns há que são, afinal, meros enunciados ou constatações do regime específico associado à categoria dos contratos administrativos, ou argumentos no sentido da sua existência ou autonomia dogmática, que não fornecem nenhum critério ou parâmetro que permita guiar o intérprete na tarefa de aferir se determinado contrato está ou não sujeito ao regime específico que o ordenamento jurídico reserva aos contratos que mereçam essa qualificação. Estão neste caso, por exemplo, o *critério da sujeição*, também designado como critério do *regime de sujeição* ou do *regime jurídico exorbitante* — segundo o qual o contrato administrativo se caracteriza a partir da sujeição do particular, na fase de execução do contrato, a normas legais e regulamentares de direito administrativo e, muito em particular, a actos administrativos emanados pelo contraente público sobre o modo de execução do contrato, o que exorbita aquilo que decorre do regime de direito comum relativo a contratos. (cfr. MARCELO CAETANO, *Subsídios para o estudo da teoria da concessão de serviços públicos*, in *Estudos de Direito Administrativo*, Lisboa, 1974, pp. 89 e ss.) —, ou o critério estatutário, segundo o qual um contrato é administrativo se lhe for aplicável o direito administrativo enquanto direito comum da actividade administrativa de gestão pública, que é como quem diz, o regime que o direito administrativo reserva para a categoria dos contratos administrativos (cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina, 1987, pp. 393 e ss.). Ambos os critérios, que de resto são muito semelhantes, limitam-se a assinalar aspectos específicos dos regime legal dispensado à figura do contrato administrativo, ou a pressupor a existência deste regime legal específico que alicerça a existência e a autonomia da figura, não fornecendo qualquer critério que permita discernir, de entre os contratos celebrados pela Administração, aqueles que devem estar sujeitos ao referido regime.

Consequentemente, neste campo dos critérios de qualificação de contratos como contratos administrativos, o debate jurídico há-de balizar-se pelo tratamento que a lei, em cada momento, empresta ao problema. Assim, num contexto em que o regime legal em vigor contenha uma lista taxativa de contratos típicos susceptíveis de serem qualificados como administrativos a discussão perde relevância. Foi o que sucedeu em Portugal, entre 1936 e 1984, em que o artigo 815.º, § 2.º do Código Administrativo consagrava um elenco taxativo dos contratos administrativos, que afastava qualquer trabalho hermenêutico de qualificação. Pelo contrário, quando a lei vigente define o contrato administrativo a partir de uma *cláusula aberta* como aquela que consta do artigo 178.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo (CPA) — *contratos que criam, modificam ou extinguem relações jurídico-administrativas* —, o problema da qualificação dos contratos celebrados pela Administração como privados ou administrativos salta para a ordem do dia ⁽³⁾. O intérprete passa a ser desafiado por uma nova pergunta: que contratos, de entre aqueles que são celebrados pela Administração, são susceptíveis de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas reguladas a título principal pelo direito administrativo?

4. Foi precisamente em torno do regime de administratividade dos contratos públicos emergente do CPA que se iniciou o nosso debate (virtual) com as teses de SÉRVULO CORREIA acerca do critério de qualificação de um contrato como administrativo. Não nos revendo na abordagem estatutária perfilhada pelo Autor, e que fez escola entre muito respeitada doutrina, ensaiámos, na nossa dissertação de mestrado, defendida publicamente em 2007, uma proposta de superação de um critério que sempre nos pareceu excessivamente formal. Revisitamos esse debate académico nos pontos seguintes, por três razões fundamentais. A primeira, pela vontade sincera de, através da entrega ao dissenso académico leal e construtivo, homenagear o Professor, o Jurista e o Amigo, cujos méritos científicos e qualidades pessoais dispensam lembrança e com quem tanto aprendemos e continuamos a aprender, permitindo-nos a nós próprios o prazer de participar na história deste debate, discutindo com quem, a par com MARCELO CAETANO, melhor tratou o tema da dogmática do contrato administrativo. Em segundo lugar, porque a esse debate virtual (um solilóquio para sermos rigorosos) seguiu-se um debate bem mais real, no contexto dos trabalhos de elaboração do anteprojecto do CCP. Aí, por vezes de forma bem viva, o debate confrontou a sua visão essencialmente estatutária dos critérios de qualificação do

⁽³⁾ O fim da taxatividade do elenco de contratos administrativos, como é sabido, precede o CPA, tendo sido determinado pelo artigo 9.º, n.º 1, do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) de 1984.

contrato administrativo, com a nossa (e de outros) abordagem mais substantivista do problema. A verdade é que o que resultou desse debate acabou por ser um compromisso que nos parece equilibrado entre as duas posições, de resto espelhado nas alíneas *a)* e *d)* do n.º 6 do artigo 1.º do CCP. Por fim, porque discutir hoje o critério de qualificação dos contratos administrativos no quadro do CPA não é um debate historicamente ultrapassado ou irrelevante em termos práticos. Assim, subsistem em execução muitos contratos públicos que continuam e continuarão por muitos e bons anos a regular-se pelo CPA, por força do disposto no artigo 16.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro (diploma que aprova o CCP), que dispõe que o CCP «só é aplicável (...) à execução dos contratos que revistam a natureza de contrato administrativo celebrados na sequência de procedimentos de formação iniciados após [a entrada em vigor do Código]...». Para todos estes contratos, muitos deles de execução duradoura, o problema da administratividade dos contratos públicos celebrados na vigência do CPA permanece inteiramente actual.

II. OS CRITÉRIOS DE QUALIFICAÇÃO DE CONTRATOS COMO CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO CPA (4)

1. O artigo 178.º, n.º 1, do CPA define o contrato administrativo como o «acordo de vontades pelo qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídico-administrativa».

O referido preceito consagra e reflecte o dualismo existente no nosso ordenamento jurídico (quer na vigência do CPA, quer na do CCP) no que concerne aos contratos da Administração Pública: tributário da construção dogmática e jurisprudencial do *contrat administratif*, que assenta na ideia de que alguns dos contratos que a Administração celebra com os particulares, nomeadamente alguns daqueles que utiliza para adquirir os bens e serviços (5) de que necessita para a realização das suas tarefas públicas, têm que estar sujeitos a um regime próprio de direito administrativo (que permita um permanente controlo público sobre a

(4) Seguindo de perto a nossa dissertação de mestrado, *O exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral (contratos celebrados entre a Administração e os particulares)*, 2005, inédito, disponível na biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pp. 203 e ss.

(5) Usamos a expressão «bens e serviços» num sentido amplo, para nos referimos a todos os contratos administrativos de colaboração em que a Administração recorre ao mercado para, como «cliente», satisfazer necessidades públicas de aprovisionamento de bens ou de aquisição de serviços, incluindo empreitadas de obras públicas e todos os contratos (como sucede na generalidade das concessões e contratos de sociedade com parceiros privados) em que a Administração associa entidades comerciais privadas, de forma duradoura, à realização de tarefas de interesse público.

adequação da prestação do particular ao interesse colectivo através da outorga de poderes de autoridade ao contraente público na fase de execução do contrato), o legislador português distingue os contratos administrativos dos contratos privados celebrados pela Administração ⁽⁶⁾.

Temos assim um dualismo, ou melhor, um regime dualista, dos contratos da Administração Pública:

- a) O dos contratos que a Administração celebra, no exercício da sua capacidade jurídica de direito privado, sob a égide do direito comum: são contratos em que a Administração aparece desprovida de poderes públicos de autoridade na fase de execução do contrato, em relativa paridade jurídica com os particulares, e que se costumam designar como *contratos privados da Administração*;
- b) O dos contratos que, pelo facto de condicionarem, de forma particularmente intensa, a realização de atribuições públicas, estão sujeitos a um regime substantivo de direito administrativo, que, nomeadamente, reserva à Administração um conjunto de prerrogativas de autoridade exercíveis por acto administrativo na fase de execução dos contratos: são os *contratos administrativos*.

2. Nos ordenamentos tributários da figura do *contrat administratif*, como o português, e na ausência de uma tipificação legal dos contratos administrativos ⁽⁷⁾, emerge como problema hermenêutico fundamental o de apurar quando é que um determinado contrato, pela sua natureza, suscita a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídico-administrativa, por forma a que tal contrato possa ser encaminhado para os regimes específicos aplicáveis à *factispecies* em causa. Trata-se, naturalmente, do problema da qualificação do contrato administrativo, ou dos critérios de determinação da administratividade dos contratos ⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ Propendendo, no que merecem a nossa concordância, para a relevância residual de que gozam actualmente os contratos privados da Administração e, bem assim, no que já não merecem a nossa concordância, sustentando que, num certo sentido, a generalidade dos contratos celebrados pela Administração no âmbito da realização de atribuições públicas, são contratos administrativos porque têm aspectos do seu regime subordinados ao direito administrativo, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos públicos, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008, pp. 33 e ss.

⁽⁷⁾ Como a que vigorou em Portugal, entre 1936 e 1984, sob a égide do § 2.º artigo 815.º do Código Administrativo, do qual decorria um regime do contencioso administrativo dos contratos que abrangia apenas os que fossem considerados administrativos *por força de lei* (i.e., que fossem abrangidos no elenco taxativo plasmado no próprio preceito citado), que veio a ser abolido pelo artigo 9.º do ETAF/84.

⁽⁸⁾ Para uma descrição exaustiva da evolução e do conjunto dos critérios que ao longo do tempo foram sendo trabalhados pela jurisprudência e pela doutrina, cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legis-*

Como referimos, há muito que a doutrina e a jurisprudência mantêm em aberto um dissenso importante quanto aos critérios determinantes de qualificação de um contrato como administrativo: numa análise condensada sobre as posições mais recentes da doutrina e jurisprudência nacionais, verifica-se uma oscilação entre a qualificação do contrato administrativo através de critérios substantivos, sejam eles os critérios das cláusulas exorbitantes, da ambiência de direito administrativo, do objecto ou do fim de imediata utilidade pública, e, numa perspectiva dissonante, a partir de um critério formal-estatutário.

3. Do ponto de vista doutrinário têm logrado acolhimento na jurisprudência⁽⁹⁾ as aproximações substantivistas de FREITAS DO AMARAL, MARCELO REBELO DE SOUSA e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM.

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA⁽¹⁰⁾/PEDRO GONÇALVES⁽¹¹⁾/J. PACHECO DE AMORIM consideram decisiva «*a simples ligação expressa do contrato à realização de um resultado ou interesse especificamente protegido no ordenamento jurídico, se e enquanto se trata de uma tarefa assumida por entes da própria colectividade...*». Todavia, sustentam igualmente que qualquer marca de administratividade que sinalize um ambiente exorbitante enquadrador do contrato, designadamente a presença de cláusulas exorbitantes (*i.e.* de cláusulas pouco admissíveis ou habituais num contrato privado celebrado entre particulares, atendendo à posição relativa das partes no contrato, pautada pela igualdade dos respectivos estatutos no quadro da autonomia privada) são relevantes para efeito da qualificação. Temos portanto uma proposta sincrética, em que se combinam critérios de fim de utilidade pública, cláusulas exorbitantes e ambiente exorbitante.

Destacando a relevância do fim de interesse público a que o contrato está funcionalizado surge MARCELO REBELO DE SOUSA⁽¹²⁾. Segundo o Autor «*o que*

lidade e autonomia contratual..., cit., pp. 353 e ss., e MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito europeu dos contratos públicos — um olhar português*, Almedina, 2006, pp. 137 e ss.

(9) Cfr., perfilhando cumulativamente critérios das cláusulas exorbitantes, da ambiência de direito público e do fim de imediata utilidade pública, Acórdãos de 10 de Março de 2005, do Tribunal de Conflitos, de 19 de Novembro de 2003, do Supremo Tribunal Administrativo (STA), de 8 de Julho de 2003, do Tribunal de Conflitos, de 14 de Janeiro de 1997, do Tribunal de Conflitos, de 25 de Janeiro de 2001, do STA, de 14 de Julho de 1994, do STA e de 31 de Março de 1997, do STA.

(10) Cfr. *Código do Procedimento Administrativo*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 811/812.

(11) PEDRO GONÇALVES divide a posição substantivista nesta obra colectiva, mas na monografia *O contrato administrativo — Uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*, Almedina, 2003, passa a perfilhar o critério estatutário proposto por SÉRVULO CORREIA.

(12) Cfr. *O concurso público na formação do contrato administrativo*, Lex, 1994, p. 12. O Autor parece, todavia, evoluir no seu pensamento em *Contratos públicos...*, cit., pp. 23 e ss., ao sustentar a relevância marginal dos critérios de qualificação num contexto de *universalização*

autonomiza os contratos administrativos é o facto de o interesse público prosseguido pela Administração Pública, não só encontrar-se presente como também prevalecer sobre os interesses privados em presença (...). A essência do conceito reside na prevalência do interesse público, o que explica que deva ser nesse plano que se situa a averiguação acerca de um determinado caso concreto».

FREITAS DO AMARAL ⁽¹³⁾ propõe uma qualificação a partir do objecto, complementada com o critério do fim de imediata utilidade pública. Assim, «*um contrato será administrativo se o respectivo objecto respeitar ao conteúdo da função administrativa e se traduzir, em regra, em prestações referentes ao funcionamento dos serviços públicos, ao exercício de actividades públicas, ao provimento de agentes públicos, ou à utilização de fundos públicos. Em alternativa, se o objecto não for nenhum destes, o contrato só será administrativo se visar um fim de utilidade pública».*

4. Do outro lado da liça, propugnando um critério formal de natureza estatutária, tem feito o seu caminho a tese de SÉRVULO CORREIA ⁽¹⁴⁾, tese suscitou a adesão de doutrina relevante ⁽¹⁵⁾ e de alguma jurisprudência ⁽¹⁶⁾.

Tendo em conta a relevância e a sólida fundamentação da tese de SÉRVULO CORREIA, a adesão que suscitou e a nossa discordância com as conclusões sustentadas, abalançamo-nos para uma análise crítica mais detalhada do pensamento do Autor.

Na linha da sua abordagem sobre a natureza do próprio direito administrativo ⁽¹⁷⁾, SÉRVULO CORREIA define o contrato administrativo como «*um con-*

tendencial da figura do contrato administrativo e o carácter marginal do contrato de direito privado da administração.

⁽¹³⁾ Cfr. *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, 2003, p. 519.

⁽¹⁴⁾ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual...*, cit., pp. 393 e ss.

⁽¹⁵⁾ São os casos, por exemplo, de PEDRO GONÇALVES, *O contrato administrativo...*, cit., p. 50, e de PAULO CASTRO RANGEL, *Concertação, programação e direito do ambiente*, Coimbra, 1994, p. 86.

⁽¹⁶⁾ Cfr., por exemplo, ainda que por vezes pareçam proclamar uma adesão ao critério estatutário e subscrever um ou mais critérios substantivos, os Acórdãos de 28 de Setembro de 2004, do STA, e de 9 de Março de 2004, do Tribunal de Conflitos.

⁽¹⁷⁾ Para SÉRVULO CORREIA (citamos doravante *Legalidade e autonomia contratual...*), o direito administrativo pode definir-se como «... o ramo do Direito Público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização [normas organizatórias] e o processo próprio de agir da Administração Pública [normas funcionais] e disciplinam em termos específicos as relações entre órgão da Administração e entre a Administração e os particulares [normas relacionais]» (p. 54). Para o Autor (p. 394), «o Direito Administrativo é um direito estatutário no sentido de direito que apenas regula, em termos específicos, a organização a actuação e as relações de certa classe de sujeitos, subtraindo-os nessa medida à incidência do direito aplicável ao comum das pessoas». Nesta linha, o direito administrativo é um direito privativo dos órgãos da Administração Pública, um

trato que constitui um processo próprio de agir da Administração pública e que cria, modifica ou extingue relações jurídicas, disciplinadas em termos específicos do direito administrativo, entre pessoas colectivas da Administração ou entre a Administração e os particulares».

O ponto de partida de SÉRVULO CORREIA para afirmar a relevância primeira do critério estatutário é perfeitamente compreensível. O Autor (pp. 353 e ss.), passando em revista a generalidade dos critérios que, ao longo dos tempos, foram avançados pela jurisprudência e pela doutrina, conclui, e bem, que todos eles são insusceptíveis de, só por si, delimitarem de forma clara e isenta de incertezas o âmbito de incidência do contrato administrativo.

No entanto, é o próprio SÉRVULO CORREIA que afirma que «... se a definição do critério de administratividade do contrato fica completa, as considerações expostas não são suficientes para guiar uma aplicação segura do critério nos casos concretos. Interessa designadamente saber como se resolve o aparente círculo vicioso entre a natureza jurídica do contrato e a natureza dos efeitos de direito produzidos pelo contrato».

Ou seja, o Autor identifica, segundo cremos, as dificuldades operativas do critério estatutário, já que, ao afirmar-se que o contrato administrativo é aquele que é regido pelo direito próprio da Administração, fica por responder a pergunta sobre qual o critério que permite concluir que determinado contrato deve ser submetido às regras específicas do direito administrativo.

SÉRVULO CORREIA (p. 397) coloca a questão de forma muito clara: «em que medida deve ser a natureza dos efeitos de direito produzidos por determi-

direito de um «club» restrito de sujeitos. O Autor, que parte da constatação de que o direito administrativo não pode ser o direito da *função administrativa*, na medida em que parte desta é desenvolvida sob a égide do direito privado (p. 51), afasta a crítica fácil de que o direito administrativo também se aplica a entidades privadas — pelo que não seria o direito privativo exclusivo de uma classe de sujeitos — defendendo que as pessoas colectivas de direito privado e regime administrativo acabam, num sentido material, por poder ser consideradas entidades administrativas num sentido amplo. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 2.^a edição, Almedina, 2003, pp. 142/143, parece perfiar uma posição radicalmente oposta, a de que o direito administrativo é o direito da função administrativa quando reportada a actividade de gestão pública. Mas, como é de ver, quando SÉRVULO CORREIA alarga o conceito de entidades públicas, por forma a abranger as entidades privadas que desempenhem tarefas que relevam no âmbito da função administrativa, e quando FREITAS DO AMARAL restringe, para este efeito, o conceito de função administrativa à actividade de gestão pública, acaba por haver uma evidente convergência no resultado prático das teses dos dois autores: ambos aceitam que o direito administrativo regula, em termos específicos, a actividade administrativa de *gestão pública*. Ainda assim, definindo-se a actividade de *gestão pública* como aquela que se desenvolve ao abrigo de normas de direito administrativo que atribuem à Administração prerrogativas de autoridade e a sujeitam a determinadas vinculações específicas, preferimos o critério estatutário, sob pena de cairmos na seguinte redundância viciosa: o direito administrativo seria o direito da actividade administrativa regida pelo direito administrativo.

nado contrato a ditar as normas que o regem e, em última análise, a sua qualificação jurídica, ou em que, pelo contrário, é da apriorística qualificação da natureza do contrato que depende a determinação das normas aplicáveis e, em última análise, o teor dos efeitos de direito produzidos em concreto?».

5. No entender de SÉRVULO CORREIA (p. 398), «a partir do momento em que os contratos administrativos deixaram de corresponder necessariamente a tipos fixos representados na lei, tornou-se indefensável a posição segundo a qual o contrato não seria administrativo por estar sujeito a normas especiais mas, ao contrário, teria certo regime jurídico próprio por causa da sua natureza».

Assim, «quando, hoje, a lei se reporta, para efeitos de qualificação, à natureza administrativa das relações jurídicas criadas, modificadas ou extintas pelo contrato, impõe a quem a aplica que principie por olhar para os efeitos jurídicos gerados pelo contrato (...). Em primeiro lugar, deve pois atender-se aos efeitos jurídicos pactuados pelas partes. É com base em tais efeitos que se pode partir para o apuramento das normas jurídicas directamente aplicáveis, isto é, das normas jurídicas que têm no seu tatbestand a estatuição pactuada de tais efeitos (...). Se as normas jurídicas que regem os efeitos de direito pactuados são normas estatutárias da Administração o contrato é administrativo».

Ainda nas palavras do Autor, «o iter descritivo não significa no entanto que a qualificação do contrato como administrativo haja perdido todas as suas virtualidades como base determinante do seu regime: desta qualificação resulta por sua vez a aplicação de mais normas estatutárias da Administração, isto é, de normas imperativas e de normas supletivas que abrangem os aspectos do regime contratual que as partes não tenham regulado expressamente. Da aplicação dessas normas resultam novos efeitos de direito não pactuados mas que integram o regime do contrato concreto».

Em suma, SÉRVULO CORREIA parece propor um exercício tópico de apuramento de eventuais cláusulas exorbitantes presentes nos contratos celebrados pela Administração, para, a partir da constatação da sua existência, concluir pela natureza administrativa do contrato e, conseqüentemente, aplicar ao mesmo as regras jurídicas específicas que o ordenamento jurídico reserva para esse tipo de contratos.

Ora, não obstante o Autor (1987:398) afirmar que «o raciocínio que assim se enuncia em traços gerais é aquele que permite qualificar o contrato e configurar o seu regime integral», vai reconhecendo que o mesmo (p. 399) «carece de alguma particularização consoante o contrato seja típico ou atípico e, no caso de ser atípico, consoante os efeitos de direito pactuados caiam ou não na previsão específica de normas de direito administrativo e, não caíndo, consoante os efeitos pactuados só possam ser próprios de uma relação jurídica em que seja parte a Administração ou, podendo em si mesmo ser próprios de uma relação

jurídica entre particulares, também sejam adequados à conjugação com aplicação supletiva do regime geral dos contratos administrativos».

E, nesta medida ⁽¹⁸⁾, identifica alguns contratos que, atentas determinadas particularidades, devem ser qualificados como administrativos:

- a) o acordo de vontade entre as partes tem por objecto imediato a produção de um conjunto de efeitos de direito que se enquadram num tipo de contrato nominado unicamente conhecido no direito administrativo, como por exemplo, o contrato de investimento estrangeiro;
- b) os contratos com objecto passível de acto administrativo, uma vez que são contratos relativamente aos quais os efeitos pactuados se encontram previstos em normas jurídicas de direito administrativo;
- c) os contratos que contenham cláusulas só concebíveis se uma das partes for a Administração, agindo nessa qualidade — cláusulas exorbitantes; o contrato seria administrativo quando fosse de direito administrativo uma norma de conteúdo correspondente ao da estipulação contratual;
- d) os contratos que as partes expressamente qualificaram como de administrativo.

Apesar de todas estas situações, haverá pelo menos uma, como lembra o Autor, em que o critério estatutário parece não resolver a questão de forma segura: quando, num contrato com objecto passível de contrato de direito privado, os efeitos de direito estipulados são neutros e as partes não emitem qualquer qualificação. Há, alerta o Autor, quem ache que nestes casos, o fim de imediata utilidade pública deva ser decisivo, para logo a seguir discordar com esta tese, sustentando, no que merece a nossa divergência, que «... as partes podem legitimamente ter querido conjugar a prossecução directa de um fim público com o recurso a meios de direito privado» (p. 404).

Coerentemente, refira-se, SÉRVULO CORREIA defende, fechando a tarefa a que se propôs, que, nestas situações «quando os deveres ou direitos pactuados pelas partes são na sua totalidade neutros ou indiferentes — no sentido que tanto se podem acomodar no âmbito de um contrato administrativo como no de um contrato privado — justifica-se a presunção de que as partes remeteram para a aplicação dos princípios gerais do contrato administrativo. Salvo pois prova de que a vontade real de ambas as partes era a oposta, partir-se-á do princípio de que celebraram um contrato administrativo» (p. 405).

(18) No mesmo sentido, cfr. HARTMUT MAURER, *Droit Administratif allemand*, L.G.D.J., Paris, 1994, pp. 365/366.

6. A sintética recensão efectuada do estudo de SÉRVULO CORREIA sobre o critério estatutário de determinação da administratividade de contratos públicos, que, como referimos, mereceu amplo acolhimento na doutrina e na jurisprudência, permite-nos melhor explicar o nosso ponto de vista sobre o problema. O critério estatutário, como veremos, não consegue dar conta de algumas das peças do *puzzle* jus-científico que a qualificação de um contrato como administrativo convoca.

O ponto de partida para uma correcta abordagem da questão passa por determinar as consequências que estão associadas à qualificação de um contrato celebrado pela Administração como um contrato administrativo.

Em primeira linha, e mantendo toda a actualidade enquanto factor justificativo da autonomia dogmática da figura, a qualificação de um contrato como de natureza administrativa implica que sobre o mesmo se projectem, *ipso iure*, as prerrogativas administrativas de autoridade, exercíveis por acto administrativo, estabelecidas no artigo 180.º do CPA, com excepção do poder sancionatório, que nos termos do mesmo preceito carece de expressa estipulação contratual⁽¹⁹⁾ ⁽²⁰⁾.

Trata-se, portanto, de um tipo de contratos cuja autonomia dogmática se funda essencialmente neste aspecto essencial do respectivo regime substantivo⁽²¹⁾, aspecto este, de resto, que esteve na base da invenção destes específicos contratos públicos já lá vai mais de um século: o contraente público, goza, na fase de execução contratual, de um conjunto de poderes de autoridade, exercíveis por acto administrativo unilateral, que não tem paralelo nos contratos de direito privado, em particular os poderes de resolução e modificação unilateral

(19) Neste sentido, cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem...*, cit., p. 138: «o único aspecto que pode ainda eventualmente ser considerado exorbitante, em relação ao Direito Privado, já não é a possibilidade de introduzir modificações às cláusulas contratuais, nem sequer a faculdade de o realizar de forma unilateral, mas apenas o facto de a Administração o poder fazer independentemente de previsão legal ou acordo das partes».

(20) Regime semelhante está hoje consagrado no Capítulo IV do Título I da Parte III do CCP. Cfr., em particular, o artigo 302.º do CCP, que segue de perto a redacção do artigo 180.º do CPA.

(21) Esta a afirmação vale, em termos gerais, para os contratos administrativos celebrados entre a Administração e particulares, em que a relação jurídica contratual investe a Administração em poderes de autoridade exercíveis por acto administrativo, mas não vale para muitos contratos administrativos celebrados entre entidades administrativas, ou seja, ou contratos administrativos normalmente designados por contratos paritários ou de colaboração entre pessoas colectivas públicas. Estes contratos de cooperação entre sujeitos de direito público sobre a forma de realização das respectivas atribuições e competências, não obstante serem inegavelmente administrativos à luz da generalidade dos critérios de administratividade identificados, correspondem na sua génese, nos seus fundamentos e nos seus objectivos a uma figura dogmática diferente da figura do *contrat administratif* que estamos tratar. Por ser assim, e porque têm particularidades de regime muito próprias, não trataremos deles no presente estudo.

do contrato por motivos de interesse público, cuja titularidade tem por objectivo central assegurar a permanente adequação do contrato ao interesse público que se visou prosseguir através da sua celebração.

A figura do contrato administrativo foi e continua a ir buscar a sua principal razão de ser à necessidade de flexibilizar a rigidez típica do vínculo contratual quando estão em causa contratos cujo conteúdo pode condicionar de forma relevante o modo como em cada momento a Administração pretende (ou entende mais adequado) realizar as suas atribuições. O reconhecimento destes poderes administrativos permite, assim, não apenas assegurar a permanente disponibilidade da Administração sobre as suas atribuições e competências, como também afastar a relevância de debates que pusessem em causa o alcance da autonomia contratual da Administração, questionando a sua capacidade para celebrar contratos válidos ali onde o vínculo contratual pudesse implicar um bloqueio à possibilidade de a Administração acomodar novas leituras sobre a melhor forma de realizar o interesse público sempre que tal envolvesse a adopção de medidas que contendessem com o conteúdo dos contratos por si celebrados ⁽²²⁾.

7. Face ao exposto, continuamos a sustentar que o contrato administrativo é um instituto de direito substantivo (e há-de ser substantivo o critério dessa qualificação), com isto querendo pôr em evidência que é ao regime reservado por lei à sua fase de execução, na parte em que lhe reconhece poderes de conformação autoritária da relação contratual, que a figura encontra a justificação principal da sua existência e o seu reduto central de autonomia dogmática ⁽²³⁾.

Não se olvida que a qualificação de um contrato como administrativo tem muitas outras consequências que não apenas a do reconhecimento à Administração de poderes de conformação autoritária da relação contratual. A qualificação de

⁽²²⁾ Já nem nos referimos aos preconceitos de OTTO MAYER contra a figura do «contrato de direito público», que dominou o debate sobre a admissibilidade de contratos com um objecto público na Alemanha do século XIX, bem sabendo que o que aqui se discutia era a possibilidade do exercício de poderes públicos através de contratos. Mas basta consultar a doutrina Inglesa do século XX para percebermos que o tema da validade de *commercial contracts* que possam condicionar a forma como em cada momento a Administração entende realizar as suas atribuições esteve e continua a estar na ordem do dia. A este propósito, na esteira de MITCHELL, *The contracts of public authorities — a comparative study*, London School of Economics and Political Science, 1954, p. 28), cfr. mais recentemente PETER CANE, *Administrative Law*, 4.^a edição, Oxford University Press (Clarendon Law Series), 2004, p. 305. Para uma análise da questão no direito inglês, cfr. KIRKBY, *O exercício contratualizado...*, cit., pp. 46 e ss.

⁽²³⁾ Neste sentido, entre outros, Cfr. PEDRO GONÇALVES, *O contrato administrativo...*, cit., pp. 33/34, bem como MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos públicos...*, cit., pp. 35/36.

um contrato como administrativo implica que os litígios relativos, designadamente, ao cumprimento, incumprimento, interpretação e validade ou invalidade dos mesmos sejam encaminhados para a jurisdição administrativa; que estejam sujeitos a um procedimento administrativo de formação do contrato ⁽²⁴⁾; que o regime do respectivo procedimento pré-contratual influencia o seu regime material, em particular o regime de validade ⁽²⁵⁾; que os contratos ficam em parte sujeitos a um regime de validade diferente; que, a partir da entrada em vigor do CCP, ficam sujeitos a um regime material próprio que contempla diversas matérias que vão muito para além do reconhecimento de poderes de autoridade na fase de execução do contrato [v. g., eficácia do contrato (artigo 287.º), modificações objectivas (artigos 311.º e segs.), modificações subjectivas (artigos 316.º e segs.), incumprimento (artigos 325.º e segs.), extinção do contrato (artigos 330.º e segs.)]. No entanto, muitos destes aspectos ou não são exclusivos dos contratos administrativos (os casos do regime procedimental, do regime processual e, mesmo, de muitas das regras que constam do Título I da Parte III do CCP, que têm de se considerar aplicáveis a todos os contratos celebrados pela Administração, pelo menos àqueles a que se aplica a Parte II do CCP — v. g., os regimes de adiantamentos e revisões de preços e os regimes de constituição e liberação das cauções), ou, mesmo que se apliquem apenas a contratos administrativos, referem-se a aspectos que não têm uma importância fundamental para a caracterização dogmática da figura, a qual subsistiria como figura autónoma de direito administrativo ainda que tais aspectos de regime viessem a ser alterados ou eliminados do regime do contrato administrativo. Posto de outra forma, continuaria a haver «contrato administrativo» se, por exemplo, aspectos como o regime das modificações subjectivas do contrato ou o regime do incumprimento do contrato que actualmente está consagrado no CCP fossem eliminados. Já não

⁽²⁴⁾ Como é sabido, a legislação sobre o contencioso administrativo passou a submeter à jurisdição administrativa alguns contratos privados celebrados pela Administração, o que levou alguns autores a agitarem a suposta boa nova do fim da autonomia dogmática da figura do contrato administrativo. Com efeito, o artigo 4.º, n.º 1, alínea e), do ETAF sujeita à jurisdição administrativa os litígios relativos a contratos a respeito dos quais haja lei específica que os submeta, ou que admita que sejam submetidos, a um procedimento pré-contratual regulado por normas de direito público, o que tendo em conta o âmbito material de aplicação do Decreto-Lei n.º 197/99, de 30 de Junho, só para referir o diploma mais relevante para o caso anterior ao início de vigência do CCP, implicou a submissão aos tribunais administrativos de inúmeros contratos de direito privado.

⁽²⁵⁾ Como, aliás, lembram MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos públicos...*, cit., pp. 34/35), pondo em causa a afirmação de alguns Autores de que, a partir da procedimentalização jus-administrativa dos contratos privados da administração, a regulação da fase pré-contratual de um determinado contrato é irrelevante para a sua qualificação como contrato administrativo.

se poderia continuar a falar da figura do «contrato administrativo» como a conhecemos há mais de um século (mas tão somente de uma *factispecies* contratual comum, com alguns traços do seu regime sujeitos a regras especiais de direito administrativo), no caso de ser eliminado o regime atinente aos poderes de conformação autoritária do contrato ⁽²⁶⁾.

8. Tendo isto em conta, revisitemos a proposta estatutária de SÉRVULO CORREIA.

Para SÉRVULO CORREIA, na determinação da administratividade do contrato haverá que começar por analisar os efeitos jurídicos pactuados, por forma a descortinar se os mesmos, pela sua natureza, devem ser regulados pelo direito administrativo. No entanto, afirma concomitantemente que, «... *quando os deveres ou direitos pactuados pelas partes são na sua totalidade neutros ou indiferentes — no sentido que tanto se podem acomodar no âmbito de um contrato administrativo como no de um contrato privado — justifica-se a presunção de que as partes remeteram para a aplicação dos princípios gerais do contrato administrativo. Salvo pois prova de que a vontade real de ambas as partes era a oposta, partir-se-á do princípio de que celebraram um contrato administrativo*» (p. 405).

Ora, a tese apresentada parece-nos conduzir ao seguinte resultado cuja utilidade nos suscita reservas: o intérprete deve esforçar-se por descortinar marcas de administratividade do contrato concreto para poder concluir que o mesmo é

⁽²⁶⁾ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS (cfr. *Contratos públicos...*, cit., pp. 35/36) insistem neste aspecto, indo mais longe do que nós próprios fomos em *O exercício contratualizado do poder administrativo...*, cit., pp. 203 e ss. Para os Autores, o reconhecimento de poderes administrativos de autoridade na execução do contrato abrange todos os contratos celebrados pela administração, incluindo os normalmente considerados como contratos privados, pela simples circunstância de que todos eles envolvem o exercício da função administrativa. «A posição contrária levaria à admissão de que, perante mutações supervenientes do interesse público, em virtude da natureza de direito privado de um dado contrato e da consequente impossibilidade de utilização dos instrumentos jurídicos em causa pela administração, esta ficaria na prática impedida de prosseguir adequadamente aquele interesse, o que seria inconstitucional por violação do princípio da prossecução do interesse público». Entendemos a preocupação dos Autores, mas a ideia parece-nos mal colocada. É que é precisamente o facto de determinados contratos terem o potencial de impedir supervenientemente a Administração de prosseguir adequadamente o interesse público que obriga a qualificá-los como administrativos mesmo quando essa natureza não resulte expressamente da lei ou da vontade das partes. De resto, a preocupação dos Autores casa mal com a crítica que dirigem à alínea d) do n.º 6 do artigo 1.º do CCP e com a afirmação de que este preceito envolve uma «... *vocação de expansão quase ilimitada do contrato administrativo...*» (*idem*, p. 31), quando são os próprios Autores a preconizar a aplicação do núcleo essencial do seu regime a todos os contratos celebrados pela Administração, mesmo àqueles que sejam qualificáveis como contratos de direito privado...

administrativo, sendo que se não as encontrar, deve presumir que o contrato é, efectivamente, administrativo. Parece claro que a tese exposta pode ser resumida na seguinte ideia: nos contratos em que a Administração é parte, excepto nos casos em que for expressamente estipulado que os mesmos são contratos de direito privado, os mesmos devem ser considerados de direito administrativo. Contudo, neste caso torna-se marginal a utilidade do esforço hermenêutico que o Autor nos convida a fazer em busca de marcas concretas de administratividade de determinado contrato, na medida em que, existam ou não marcas de administratividade, a conclusão, à luz do exposto, deverá ser sempre a mesma, ou seja, a de que o contrato deve ter-se por administrativo (27).

9. Por outro lado, afigura-se-nos de realçar que o «*exemplo final*» a que, de acordo com SÉRVULO CORREIA, o critério estatutário não dá uma resposta satisfatória — que é a situação em que o clausulado acordado pelas partes é neutro, porque acomodável num contrato administrativo ou num contrato privado — reporta-se precisamente às situações em que a questão da administratividade do contrato constitui um verdadeiro problema. Com efeito, é exactamente quanto a elas que se exige um esforço de qualificação e um critério que permita guiar o intérprete na determinação da natureza do contrato.

Este último aspecto torna-se patente quando olhamos para os factores que historicamente determinaram a construção da figura do contrato administrativo (28) e, por outro lado, quando nos concentramos na teleologia das normas específicas que constituem o reduto central da autonomia deste tipo de contratos, ou seja, os poderes de conformação autoritária da relação contratual estabelecidos no artigo 180.º do CPA e, actualmente, enunciados no artigo 302.º do CCP.

Assim, os *poderes exorbitantes* foram criados exactamente para responder à necessidade sentida pela Administração de modificar ou rescindir uni-

(27) Repare-se que PEDRO GONÇALVES, que subscreve a tese de SÉRVULO CORREIA e o critério estatutário, é de opinião de que os contratos que não apresentam factores de administratividade e que as partes não submetem a um regime substantivo de direito público terão que ser encaminhados para a categoria de contratos privados (cfr. *O contrato administrativo...*, cit., pp. 59/61).

(28) Com efeito, a construção jurídica, por exemplo, dos institutos dos poderes de modificação e rescisão unilateral por motivos de interesse público, e do respeito, nestas situações, pelo equilíbrio financeiro do contrato, desenvolvida, originalmente, nas célebres decisões do Conselho de Estado francês — *Conseil d'État, Gaz de Déville-lés-Rouen*, 10 de Janeiro de 1902; *Conseil d'État, Cie Générale Française de Tramways*, 21 de Março de 1910 e *Conseil d'État, Cie. du Gaz de Bordeaux*, 24 de Março de 1917, resultou exactamente da constatação de que em determinados contratos o interesse público exigia o reconhecimento de tais poderes à Administração ainda que os mesmos não tivessem sido expressamente convencionados pelas partes.

lateralmente um contrato em situações em que o interesse público a isso impunha e em que tais faculdades não estavam expressamente clausuladas nos contratos.

Neste sentido, parece-nos que afirmar que os contratos administrativos têm essa natureza porque contêm cláusulas que consagram poderes que exorbitam aquilo que é habitual nos contratos entre particulares é colocar a questão ao contrário. Os contratos são administrativos, e foi isso que historicamente determinou o seu aparecimento, porque, por razões que se prendem com a particular ligação que têm com o sucesso das tarefas de interesse público a cargo da Administração, tornou-se essencial reconhecer que essas prerrogativas de autoridade existem quando essa ligação que as justifica está efectivamente presente e, sendo o caso, independentemente de qualquer estipulação expressa no próprio contrato.

Neste quadro, há que não olvidar a lógica da própria construção da figura: historicamente, em França, os contratos eram submetidos à jurisdição administrativa exclusivamente por força de lei. De facto, a «... dicotomia, contratos administrativos/contratos privados da Administração, começou por ser uma distinção apenas no plano processual, destituída de qualquer relevância ao nível material e substantivo» (29). Só mais tarde, com a criação pelo Conselho de Estado francês de prerrogativas de autoridade associadas a alguns contratos que estavam funcionalizados a um *serviço público* e em que, portanto, passaram a ser considerados como administrativos todos os contratos da Administração relativamente aos quais, à luz desse critério, essas prerrogativas se justificassem, é que o problema dos critérios de qualificação dos contratos como administrativos se começou a colocar. Tratou-se do período da substantivização do contrato administrativo. Assim, correspondendo o contrato administrativo a uma realidade jurídico-substantiva, é precisamente neste quadro que é defensável que os mesmos são administrativos porque devem ter um regime próprio consentâneo com a sua natureza. Pelo contrário, quando correspondem a «tipos fixos representados na lei» é que fará sentido sustentar que os mesmos são administrativos somente porque, por força de lei, estão submetidos a um conjunto de normas específicas, independentemente da sua natureza material.

Ademais, o pendor formal do critério estatutário parece estar implícito na própria abordagem que SÉRVULO CORREIA e PEDRO GONÇALVES fazem dos problemas que a qualificação dos contratos da Administração levanta e na identificação que fazem das hipóteses tipo em que o problema é, segundo os próprios, mais fácil de resolver. É que, se bem percebemos, nas hipóteses avançadas

(29) Cfr. ESTORNINHO, *Requiem...*, cit. p. 34, e SÉRVULO CORREIA, *Contrato Administrativo*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. III, Lisboa, 1990, p. 58.

a solução é mais fácil exactamente porque permitem a aplicação de outros critérios que não o estatutário ⁽³⁰⁾.

(30) Os Autores sustentam que são administrativos os seguintes contratos:

- a) o acordo de vontade entre as partes tem por objecto imediato a produção de um conjunto de efeitos de direito que se enquadram num tipo de contrato nominado unicamente conhecido no direito administrativo, como por exemplo, o contrato de investimento estrangeiro (SÉRVULO, *Legalidade e autonomia contratual...*, cit. p. 399);
- b) os contratos com objecto passível de acto administrativo, uma vez que são contratos relativamente aos quais os efeitos pactuados se encontrem previstos em normas jurídicas de direito administrativo (SÉRVULO CORREIA, *idem*, p. 401; PEDRO GONÇALVES, *O contrato administrativo...*, cit., p. 58);
- c) os contratos que contenham cláusulas só concebíveis se uma das partes for a Administração, agindo nessa qualidade — cláusulas exorbitantes; o contrato é administrativo quando fosse de direito administrativo uma norma de conteúdo correspondente ao da estipulação contratual (SÉRVULO CORREIA, *idem*, p. 402; PEDRO GONÇALVES, *idem*, p. 56);
- d) os contratos que as partes expressamente qualificaram como de administrativo (SÉRVULO CORREIA, *idem*, p. 404); PEDRO GONÇALVES, *idem*, p. 56).

Quanto à hipótese referida na alínea a), que nos parece um critério puramente institucional, a mesma nada resolve em termos de definição de um critério sólido justificativo do dualismo dos contratos da Administração, e muito menos cauciona o critério estatutário. E isto porque de duas uma: ou o contrato só existe em situações em que a Administração é parte por razões meramente acidentais, e então o facto de o contrato só ser conhecido no âmbito da actividade administrativa não é em si incompatível com a aplicação ao mesmo do direito privado, ou o contrato só é conhecido no direito administrativo porque através do mesmo se estão a exercer poderes administrativos. Neste caso, que é o que conseguimos descortinar como o mais verosímil e a que corresponde o exemplo avançado por SÉRVULO CORREIA, a sua recondução à figura do contrato administrativo é facilitada exactamente porque é possível utilizar o critério do objecto: estando em causa o exercício de poderes administrativos — de fomento —, necessariamente a relação jurídico-contratual é de natureza administrativa.

O mesmo se passa com a hipótese da alínea b). A integração dos contratos com objecto passível de acto administrativo na figura do contrato administrativo não pode sofrer qualquer contestação à luz de um critério de objecto — acolhido no artigo 54.º da Lei de Procedimento alemã exactamente para estas situações — e não tanto porque «o contrato produz efeitos de direito que são regulados pelo direito administrativo». São regulados pelo direito administrativo porquanto, em virtude do seu objecto, o contrato é necessariamente administrativo. De resto, PEDRO GONÇALVES, não obstante afirmar que o artigo 178.º, n.º 1, do CPA acolhe o critério estatutário, vai encaminhando estes contratos para a figura do contrato administrativo porque os considera «contratos administrativos por natureza», o que sem dúvida apela a um critério substantivo de qualificação e não formal-estatutário.

A hipótese referida na alínea c) também não nos parece que proceda enquanto sustentadora de um critério formal. É o próprio SÉRVULO CORREIA (*idem*, p. 737) que, a determinado passo, reconhece que «... quanto ao conteúdo, as situações definíveis mediante tal poder de autoridade [dos poderes exorbitantes] não repugnam ao âmbito da autonomia privada». Ou seja, pondo de parte as situações em que o contrato tem um objecto passível de acto administrativo, as tais cláusulas que só são concebíveis se uma das partes for a Administração, agindo nessa qualidade, só podem ser aquelas que consagrem poderes pouco habituais nos contratos de direito

10. De entre as situações avançadas, o facto de um contrato dever ser qualificado como administrativo no caso de as partes o qualificarem expressamente ou implicitamente como tal, parece, efectivamente, beliscar a possível fundamentação de um critério de qualificação substantivo. De facto, se está na disponibilidade das partes, independentemente do conteúdo ou natureza específica do contrato, submetê-lo ao regime especial do direito administrativo, ou seja, se as partes podem, à sua vontade, qualificar um contrato como administrativo, isto pode fragilizar a ideia de que as prerrogativas de autoridade/poderes exorbitantes que a lei prevê como aplicáveis a qualquer contrato administrativo têm ligação directa ao objecto do contrato, ou, porventura, ao tipo de actividade ou serviço que a Administração tem de desenvolver ⁽³¹⁾.

No entanto, em nosso entender, aquilo que parece ser um elemento de fragilização de uma abordagem substantiva, acaba, como passamos a explicar, por

privado entre particulares. Mas o próprio Autor não nega que a única coisa que é típica do regime administrativo destes contratos é o facto de essas prerrogativas serem, aqui, verdadeiros poderes a exercer mediante a prática de actos administrativos e não meros direitos contratuais, ainda que aceite, é certo, que quanto ao conteúdo as prerrogativas de autoridade poderiam constar de um contrato privado.

⁽³¹⁾ Não obstante historicamente sempre ter sido admitida a qualificação implícita pelas partes de um contrato como administrativo, através da estipulação de *cláusulas exorbitantes*, e de ser pacífico entre a doutrina que as partes podem, por expressa qualificação, submeter um contrato ao regime legal dos contratos administrativos — solução expressamente acolhida na alínea *f*) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF e na alínea *a*) do n.º 6 do artigo 1.º do CCP — temos algumas reservas à bondade da solução. Para quem, como nós, veja no contrato administrativo um instituto de natureza substantiva, funcionalizado à salvaguarda do interesse público em situações em que a rigidez do vínculo contratual de direito comum o poderia fazer perigar, então este regime específico de direito administrativo só deveria poder ser aplicado quando o contrato tem o potencial de condicionar, de forma particularmente intensa, a forma como, em cada momento, a Administração pretende realizar as suas atribuições, não se justificando que possa ser aplicado ou desaplicado por vontade das partes, que é como quem diz, por pura vontade da Administração.

Vemos com reservas a possibilidade de a Administração, que na prática tem, frequentemente, o monopólio da liberdade de estipulação (através da elaboração de cadernos de encargos inmutáveis no âmbito de procedimentos concursais), ou pelo menos um ascendente negocial sobre a parte privada, empurrar a seu bel-prazer — e de forma porventura pouco compatível com o princípio da proporcionalidade — o particular para um regime jurídico que é mais favorável àquela ao atribuir-lhe *ex lege* prerrogativas de autoridade na fase de execução do contrato que não têm paralelo no direito privado. Para além do mais, a possibilidade de convencionar a natureza administrativa dos contratos pode permitir, ainda que em casos marginais (em que a celebração do contrato não seja precedida de um procedimento pré-contratual regulado pelo direito administrativo) que a Administração possa, sem sequer ser obrigada a fundamentar, *escolher* a jurisdição a que ficam submetidos os litígios emergentes dos contratos que celebra com os particulares. No entanto, se antes da entrada em vigor do novo ETAF a questão ainda se poderia colocar, hoje, em face do artigo 4.º, n.º 1, alínea *f*), do referido diploma e, bem assim, da alínea *a*) do n.º 6 do artigo 1.º do CCP, a discussão deixou de ter razão de ser. No entanto, fica o registo de que a solução legislativa consagrada nos suscita algumas reservas.

demonstrar em moldes seguros a necessidade de não desprezar os critérios substantivos de determinação da administratividade dos contratos.

Porque se é verdade que é possível fazer verter sobre um normal contrato privado o regime específico do direito estatutário da Administração, o contrário já não é: não pode a Administração convencionar num contrato que seja materialmente administrativo que o mesmo ficará sujeito ao regime comum dos contratos do direito civil, isto é, não pode transformar um contrato administrativo num contrato de direito privado através da estipulação de que ao mesmo não se aplicam, por exemplo, os poderes administrativos consagrados no artigo 180.º do CPA ⁽³²⁾.

Esta conclusão não pode deixar de ser pacífica entre a doutrina, já que decorre necessariamente da qualificação dos designados «poderes exorbitantes» como verdadeiros poderes administrativos e não como meros direitos contratuais. Se assim é — como defendem SÉRVULO CORREIA, MARIA JOÃO ESTORNINHO e PEDRO GONÇALVES —, então é incontornável a conclusão de que, mercê do princípio da inalienabilidade de competências administrativas, afluído nos artigo 111.º da Constituição e expresso no artigo 29.º, n.º 2, do CPA, a Administração não pode, sob pena de nulidade, prescindir de tais poderes por via contratual.

A partir daqui somos conduzidos à conclusão de que o contrato administrativo deve poder ser identificado a partir de um critério substantivo. Na verdade, ainda que por vezes seja possível prescindir de um critério deste tipo, designadamente quando a lei ou as partes qualificam expressamente o contrato como administrativo, a sua indispensabilidade torna-se evidente enquanto instrumento de identificação dos contratos da Administração que, não tendo marcas de administratividade, não podem todavia ser submetidos ao regime contratual do direito comum por força da particular ligação que têm à prossecução de atribuições públicas, dando por conseguinte origem a relações jurídicas necessariamente administrativas. Nestes contratos, em virtude da proibição de renúncia de competências administrativas, a Administração não pode prescindir dos poderes de autoridade que lhe são atribuídos (e impostos!) pelo artigo 180.º do CPA e, actualmente, pelos artigos 3.º, n.º 2, e 302.º do CCP.

11. Dito de outro modo, se abandonarmos todo e qualquer critério substantivo de qualificação em detrimento de um critério formal-estatutário, estaremos a abrir a porta a que a Administração se sinta livre para transformar contratos que tenham evidentes, intensas e directas ligações à realização de interesses

⁽³²⁾ Por exemplo, na vigência do CPA, seria inaceitável que as partes qualificassem como privado um contrato de prestação de serviços que substantivamente fosse administrativo por força da sua aptidão para condicionar a forma como a Administração pretende, em cada momento, exercer as suas atribuições. E isso resulta claríssimo no CCP, quando atendemos ao disposto no n.º 2 do seu artigo 3.º

públicos essenciais em contratos de direito privado, prescindindo das prerrogativas fundamentais de modificação ou rescisão dos mesmos por motivos de interesse público, já para não referir os importantes poderes de direcção e fiscalização do modo de execução das prestações pelo particular e o poder sancionatório.

Em face de todo o exposto, mesmo que possamos aceitar que nenhum dos critérios substantivos até agora avançados dá resposta cabal a todos os casos concretos que se podem colocar, julgamos que a resposta deve ir no sentido de os melhorar, mas não de os abandonar, sob pena de a própria autonomia dogmática do contrato administrativo ser posta em causa. E não deve sê-lo, porquanto hoje, como antes, a indispensável possibilidade de a Administração lançar mão de contratos no exercício das suas atribuições depende de, em determinadas situações, tais contratos se revestirem de um regime específico que acautele o interesse público sobre o qual a execução do contrato se projecta. Foi por isso que nasceu a figura, é por isso que, mesmo nos ordenamentos, como o inglês, em que durante décadas a mesma foi posta em causa, existe hoje um consenso crescendo relativamente à necessidade da sua consolidação ⁽³³⁾.

12. Por outro lado, não colhe a tese avançada por MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS de que «... o regime material de direito administrativo da generalidade dos contratos de colaboração da administração, incluindo aqueles habitualmente considerados como de direito privado, abrange também os poderes de autoridade na execução do contrato (...)». Segundo os Autores, «a posição contrária levaria à admissão de que, perante mutações supervenientes do interesse público, em virtude da natureza de direito privado de um dado contrato e da conseqüente impossibilidade de utilização dos instrumentos jurídicos em causa pela administração, esta ficaria na prática impedida de prosseguir adequadamente aquele interesse, o que seria inconstitucional por violação do princípio da prossecução do interesse público. A necessidade de universalização dos poderes de autoridade da administração em sede de execução contratual é particularmente sensível quanto aos poderes de modificação e rescisão unilateral» ⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ Cfr., por todos, J.D.B. MITCHELL, *The contracts of public authorities...*, cit., pp. 23 e 242/245) SUE ARROWSMITH, *Civil liability and public authorities*, Earlsgate Press, 1992, p. 76, e *Government contracts and Public Law, in Legal Studies — the Journal of the Society of Public Teachers of Law*, vol. 10 — n.º 3, Dezembro 1990, pp. 243/244; A.C.L. DAVIES, *Accountability, a public law analysis of government by contract*, Oxford Socio-Legal Studies, p. 16; WADE/FORSYTH, *Administrative Law*, 8.ª edição, Oxford University Press, 2000, p. 336, CRAIG, *Administrative Law*, 5.ª edição, Thomson Sweet & Maxwell, 2003, pp. 546/547; CANE, *Administrative Law*, cit., pp. 304/306.

⁽³⁴⁾ Cfr. *Contratos Públicos...*, cit., pp. 35/36.

Se bem entendemos, os referidos Autores pretendem estender o regime de execução contratual que a lei reserva para os contratos administrativos a todos os contratos celebrados pela Administração, mesmo que contratos que, nos termos da lei, devam ser qualificados como contratos de direito privado. E fazem-no sustentando que a Constituição há-de impor que se um contrato se revelar contrário ao interesse público o mesmo tem de poder ser rescindido ou modificado unilateralmente pela Administração.

A primeira objecção que a tese nos suscita prende-se com o facto de a mesma se afigurar *contra legem*. Por um lado, porque o regime que confere à Administração poderes de autoridade na fase de execução do contrato encontra-se legalmente circunscrito aos contratos que tenham a natureza de contratos administrativos (cfr. artigos 180.º do CPA e 302.º do CCP). Por conseguinte, de duas uma: ou os Autores sustentam que todos os contratos de colaboração celebrados pela Administração são contratos administrativos porque em tese encerram sempre o potencial de se tornarem supervenientemente incompatíveis com o interesse público, encerrando definitivamente o debate sobre os critérios de administratividade dos contratos públicos já que todos passariam a ser administrativos (o que não parece corresponder ao pensamento dos referidos Autores, nem tem qualquer base legal que o sustente); ou os Autores confundem os planos do direito posto e do direito a constituir, já que, no regime vigente, insista-se, os poderes de autoridade, exercíveis por acto administrativo, na fase de execução do contrato, estão reservados aos contratos administrativos, pelo que a tese em apreço, ao identificar poderes de autoridade onde a lei não os consagra, não se afigura compatível com o princípio da reserva de lei⁽³⁵⁾. E, note-se, não nos impressionamos com o argumento de que a leitura dos artigos 180.º do CPA e 302.º do CCP que restringe os poderes de conformação autoritária da relação contratual aos contratos administrativos seria inconstitucional. Como é de ver, os preceitos em causa limitam-se a prever um conjunto de competências administrativas a exercer na fase de execução de um certo tipo de contratos da Administração, o que, por si só, não tem nada de inconstitucional. O facto de os preceitos não contemplarem um regime idêntico para outro tipo de contratos públicos não os fere de inconstitucionalidade, quando muito forneceria argumentos para que se pudesse sustentar uma virtual inconstitucionalidade por omissão (não imputável aos preceitos, mas ao ordenamento legislativo no seu todo), que, como veremos a seguir, não nos parece existir.

(35) No mesmo sentido, trazendo à colação jurisprudência administrativa uniforme, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *A necessidade de distinção entre contratos administrativos e privados da Administração pública, no projecto do CCP*, in CJA n.º 64, Julho/Agosto 2007, p. 32. O Autor lembra, nomeadamente, que «... o exercício de poderes de autoridade, a prática de actos administrativos, no seio de contratos de direito privado envolve o vício de usurpação de poderes (judiciais)...».

Em segundo lugar, a tese olvida valores constitucionais importantes que desaconselham a que o juízo sobre a existência de poderes de autoridade não possa ser aprioristicamente alicerçado na natureza do contrato em causa, mas que nasça da verificação factual da ocorrência de determinadas vicissitudes no momento em que o contrato já está em plena execução. Dito de outro modo, as competências em causa não decorreriam de um regime fixado para um certo tipo de contratos, mas de um regime fixado para eventos endocontratuais de verificação hipotética e incerta.

Todavia, a tese sufragada atinge de forma insuportável o princípio da segurança jurídica, na vertente da tutela da confiança dos particulares (os particulares não podem fazer aprioristicamente um análise do risco do contrato e, logo, formar conscientemente os contornos da sua vontade de contratar), bem como outros princípios jurídicos basilares como o *pacta sunt servanda* e o da proporcionalidade⁽³⁶⁾. Assim, muitos contratos haverá em que a potencialidade de o teor do contrato poder contender com o interesse público, ao ponto de se justificar a respectiva modificação ou resolução, não se coloca com um mínimo de probabilidade ou razoabilidade (por exemplo, o fornecimento de material de escritório). Nestes casos, o contrato não pode ser administrativo nem antes nem depois da sua celebração (a menos que expressamente qualificados como tal pela lei ou pelas partes) nem será possível, independentemente das vicissitudes que venham a ocorrer em sede de execução, considerar que eventos supervenientes possam constituir poderes de autoridade na esfera jurídica do contraente público. Em conclusão, no que concerne a contratos que não sejam qualificáveis como contratos administrativos entendemos que o risco, seguramente marginal, de o vínculo contratual poder constranger a Administração sobre a forma como em cada momento pretende realizar o interesse público corre por conta da Administração, naquilo que nos parece uma articulação equilibrada entre o princípio da prossecução do interesse público e os demais princípios jurídicos acima referidos, mormente o princípio *pacta sunt servanda* e o princípio da segurança jurídica na vertente da tutela da confiança dos particulares.

13. O problema está, pois, posto ao contrário: o contrato deve poder ser identificável *ex ante*, à luz de algum critério jurídico válido, como contrato

(36) Parece ir neste sentido Mário Aroso de Almeida, *Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos*, in CJA, n.º 66, Novembro/Dezembro 2007, pp. 12/13, sustentando, na linha de outras posições de pendor liberal do Autor quanto a esta matéria, que «... o moderno entendimento da Administração Pública e do seu posicionamento perante os particulares num Estado de Direito democrático aconselha a que não se sobrevalorize e, pelo contrário, se atribua o devido peso ao exercício de poderes de autoridade da Administração, circumscrevendo-o aos domínios em que ele se revele verdadeiramente indispensável».

administrativo, convocando os poderes de autoridade próprios do regime destes contratos. A natureza administrativa do contrato não decorre de vicissitudes que se verifiquem na fase de execução, nem as normas de competência que os prevêm podem ser aplicáveis à margem do regime do contrato administrativo, como se fossem normas relativas ao estatuto de eventos que contendam com o interesse público e não, como é o caso, como normas relativas ao estatuto de uma determinada categoria de contratos que são em si mesmos e necessariamente *actos de gestão pública*.

Nesta perspectiva, a circunstância de na fase de execução de um contrato ocorrer um evento que coloca em crise a estabilidade do contrato à luz da necessidade de realização do interesse público, no sentido de se justificar a sua resolução ou modificação unilateral por *motivos de interesse público*, pode fornecer argumentos determinantes no sentido de que o contrato é, afinal, administrativo. Não obstante, uma tal constatação não significa que um contrato que nasceu privado se tornou entretanto administrativo, nem pode levar à conclusão de que a um contrato privado se passa a poder aplicar o regime reservado por lei aos contratos administrativos.

Por outro lado, importa não olvidar que a qualificação de um contrato como administrativo não comporta apenas o reconhecimento dos poderes de rescisão ou modificação unilateral dos contratos por motivos de interesse público, mas, sim, não apenas o reconhecimento de outros poderes de autoridade em que a Administração fica investida desde o momento da celebração do contrato (nomeadamente os poderes de fiscalização e direcção), como também a sua sujeição a um regime jurídico específico que vai muito para além da titularidade dos poderes em causa⁽³⁷⁾. Ora, esta panóplia de consequências associadas à qualificação de um contrato como de natureza administrativa obriga à identificação de um critério que permita às partes saber, mesmo antes da celebração do contrato, se o contrato que pretendem celebrar é ou não administrativo. Assim, a titularidade pela Administração dos poderes de fiscalização ou direcção do modo de execução das prestações pelo particular, ou o regime aplicável a aspectos como a invalidade contratual, a natureza dos actos endocontratuais praticados pelo contraente público, ou os regimes das modificações objectivas, subjectivas ou do incumprimento do contrato (para dar alguns exemplos de aspectos específicos do regime dos contratos administrativos plasmados no CPA e, de forma mais alargada, actualmente no CCP), são aspectos que devem ser conhecidos *ab initio* pelas

(37) No CPA os regimes de invalidade do contrato e da natureza e eventual executoriedade dos actos endocontratuais praticados pelo contraente público (artigos 185.º a 187.º), no CCP, v. g., os regimes de invalidade do contrato (artigos 283.º a 285.º), da eficácia do contrato (artigo 287.º), das modificações objectivas (artigos 311.º e segs.), das modificações subjectivas (artigos 316.º e segs.), do incumprimento (artigos 325.º e segs.) e extinção do contrato (artigos 330.º e segs.).

partes, porque condicionam a formação da sua vontade de contratar e o conteúdo do próprio contrato. Consequentemente, são de afastar as teses que façam depender de eventos supervenientes à celebração do contrato a sua qualificação como contrato administrativo. Como adiante veremos, o contrato, no limite, será administrativo porque determinados particularismos do respectivo objecto implicam que o mesmo tenha de ser considerado à partida como um acto de *gestão pública* e que a relação jurídica a que dá origem seja necessariamente regulada pelo direito comum da actividade administrativa de *gestão pública*.

14. Tudo visto, em nosso entender, e ainda que reconheçamos as deficiências que em geral, têm sido apontadas aos critérios substantivos ao longo dos tempos, é desta natureza que é (e tem de ser) o critério de qualificação dos contratos como administrativos, ou melhor, de entre os critérios admissíveis, tem de se aceitar como válido e aplicável à luz do artigo 178.º, n.º 1, do CPA um critério de natureza substantiva.

Como referimos, o problema põe-se quase exclusivamente nas situações em que o clausulado do contrato é neutro relativamente a marcas de administratividade, mas em que, por força da especial ligação que tem com a realização de atribuições a cargo da Administração, é fundamental dotar o contraente público dos poderes necessários para acudir a qualquer alteração superveniente das exigências impostas pelo interesse público, que tornem necessária a possibilidade de contornar a rigidez do princípio *pacta sunt servanda*, ainda que no respeito pelo princípio do equilíbrio financeiro do contrato e da indemnização por resolução lícita.

E isto não apenas à luz do princípio da prevalência do interesse geral sobre os interesses particulares conflituantes, como, inclusivamente, para protecção do próprio particular. Pois que, como tem sido assinalado, designadamente pela doutrina inglesa, a recusa em incorporar no regime de alguns contratos públicos mecanismos de flexibilidade que permitam à Administração assegurar uma permanente adequação entre o interesse público e o contrato que o visa realizar, pode descambar na conclusão de que os contratos são inválidos em prejuízo do próprio particular⁽³⁸⁾, ou a que a doutrina ou a jurisprudência caiam na tentação de perfilharem teses pan-administrativistas dos contratos celebrados por entidades administrativas, como parece suceder com MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS com a tese que acima criticámos.

Nesta medida, entendemos que, primeiro, se deve olhar para a ligação que existe entre a execução do contrato e o interesse público específico a realizar,

(38) Cfr., por todos, CRAIG, *Administrative Law...*, cit., p. 547, e ARROWSMITH, *Government contracts and Public Law...*, cit., pp. 238/240.

fazendo a partir daí uma qualificação do contrato, de base substantiva, para, depois, uma vez qualificado o mesmo como administrativo, sobre ele se fazer verter o regime específico deste tipo de contratos, designadamente as prerrogativas de autoridade previstas no artigo 180.º, do CPA (actualmente enunciadas e reguladas nos artigos 302.º e segs. do CCP), independentemente da sua consagração expressa no clausulado contratual.

15. Nos contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, o critério de qualificação é, naturalmente, um critério de objecto. Tratando-se de contratos que são utilizados para o exercício de poderes administrativos de autoridade, que visam produzir efeitos jurídicos susceptíveis de, em alternativa, serem criados por acto administrativo unilateral, não sobram dúvidas que darão sempre lugar à criação, modificação ou extinção de relações jurídicas reguladas pelo direito administrativo. Estamos, aqui, perante contratos administrativos *por natureza*, como assinala PEDRO GONÇALVES (39).

O problema mais delicado prende-se, como referimos, relativamente a contratos atípicos com objecto passível de contrato de direito privado. Na nossa dissertação de mestrado (40) sustentámos que o critério que primordialmente deve relevar, ainda que por vezes possa suscitar acrescidas dificuldades hermenêuticas, é o critério do *fim de imediata utilidade pública*, no caso de as partes não remeterem expressamente o contrato para o regime do contrato administrativo, ou de, a partir do seu clausulado, não resultar claro, pelo inclusão de cláusulas pouco habituais em contratos celebrados entre privados, que as partes implicitamente consideraram o contrato como administrativo, ou que, pelo menos, consideraram que o objecto ou o fim do contrato justificava a sua submissão a normas estatutárias do direito público (41).

Posteriormente, no âmbito da colaboração que tivemos oportunidade de prestar na elaboração do anteprojecto do CCP, sentimos a necessidade de revistar o problema e de evoluir nesta posição. No momento em que prestámos provas públicas de defesa da tese de dissertação, no âmbito da arguição levada a cabo por PEDRO GONÇALVES, tivemos já aí oportunidade de dar conta do resultado das reflexões entretanto efectuadas sobre o assunto e que estiveram na base da ulterior consagração da actual alínea *d*) do n.º 6 do artigo 1.º do CCP.

Assim, ao momento em que fomos compelidos a repensar o problema em apreço, o estado da arte da elaboração do n.º 6 do artigo 1.º do CCP, que delimita objectivamente os contratos que se reconduzem à categoria de contratos administrativos, nomeadamente, para efeitos de aplicação da Parte III do Código,

(39) Cfr. *O contrato administrativo...*, cit., p. 49.

(40) *O exercício contratualizado do poder administrativo...*, cit.

(41) Cfr. KIRKBY. *O exercício contratualizado do poder administrativo*, cit., p. 207.

aproximava-se perigosamente da consagração de uma noção de contrato administrativo *por força de lei* ou *da vontade das partes*, apresentando um elenco fechado de factores de administratividade dos contratos celebrados por contraentes públicos, que eliminava qualquer possibilidade de qualificação como administrativo de contratos que a lei ou as partes não qualificassem como tal ou não submetessem a um regime substantivo de direito público, ou que não fossem contratos administrativos *por natureza*. À data, o n.º 6 do artigo 1.º apenas elencava como administrativas as categorias de contratos actualmente referidas nas alíneas *a)* e *b)* do preceito que efectivamente entrou em vigor.

16. Percebia-se a intenção subjacente à rigidez como que o problema da qualificação dos contratos administrativos estava a ser abordada. Consagrando um elenco de categorias de contratos administrativos coincidente com o elenco de contratos submetidos à jurisdição administrativa pelo artigo 4.º do ETAF/2004, visava-se evitar que o problema da qualificação do contrato administrativo lançasse dúvidas quanto à sujeição de determinados contratos ao foro administrativo ou ao foro comum. Com efeito, na medida em que o ETAF, visando precisamente o mesmo objectivo, prescindiu do conceito de contrato administrativo para recortar o leque de contratos sujeitos à sua jurisdição, optando antes por submeter à jurisdição administrativa o contencioso relativo a contratos precedidos por procedimentos pré-contratuais de direito público, ou relativos a contratos que lei ou as partes submetessem a um regime substantivo de direito público, daí resultava que no caso de o elenco de contratos administrativos consagrado no CCP coincidir com o elenco de contratos sujeitos à jurisdição administrativa plasmado no artigo 4.º do ETAF e, bem assim, no caso de se eliminar a possibilidade de recorrer a critérios substantivos para qualificar como administrativos contratos atípicos relativamente aos quais nem a lei nem as partes tivessem emprestado essa qualificação, eliminar-se-ia um factor de insegurança jurídica que muito tem angustiado a doutrina.

Neste cenário, não mais se colocaria a questão de um tribunal comum poder ser chamado a apreciar litígios relativos a contratos administrativos e, mais importante, não mais se colocaria a dúvida, legítima sob a égide do artigo 178.º, n.º 1, do CPA, sobre se determinado contrato, porque potencialmente qualificável como administrativo a partir da cláusula aberta plasmada neste último preceito (*contratos que criam, modificam ou extinguem relações jurídico-administrativas*) e, consequentemente, submetidos por lei (pelo próprio artigo 178.º, n.º 1) a um regime substantivo de direito público, estaria ou não sujeito à jurisdição administrativa: passariam a ser administrativos apenas e só os contratos que nos termos expressos do ETAF estão sujeitos à jurisdição administrativa, eliminando-se o desafio da qualificação como administrativos de contratos não expressamente qualificados como tal pela lei ou pelas partes.

Pese embora compreendêssemos os objectivos visados com o fechamento do elenco das categorias de contratos qualificáveis como administrativos, vimos no anteprojecto em causa um perigoso recuo ao passado de pendor excessivamente liberal, ou seja, a uma situação semelhante àquela que vigorou em Portugal, entre 1936 e 1984, sob a égide do § 2.º do artigo 815.º do Código Administrativo, do qual decorria um regime de taxatividade do elenco dos contratos administrativos *por força de lei*, que veio a ser abolido, e bem, pelo artigo 9.º, n.º 1, do ETAF de 1984, com todas as insuficiências que foram apontadas ao referido modelo e que justamente determinaram o seu abandono.

E estas insuficiências entroncam directamente no âmbito das críticas que dirigimos aos critérios formais de qualificação de contratos administrativos. Assim, quanto mais formal e fechado for o elenco de contratos qualificáveis como administrativos, aumenta exponencialmente o risco de surgirem contratos que, em função do respectivo objecto e da finalidade que prosseguem, devam poder ser submetidos ao regime legal que a lei prescreve para os contratos administrativos, mas que, mercê da taxatividade do elenco legal de contratos administrativos, ficam à margem dessa qualificação e, conseqüentemente do respectivo regime material. Em suma, contratos que, por serem um instrumento de realização de tarefas públicas e pelo facto de o seu objecto ter uma intensa e directa ligação ao grau de realização dessas tarefas, têm forçosamente de dar origem a relações contratuais regidas pelo direito administrativo (são actos de *gestão pública*) em particular pelas normas de direito administrativo que outorgam ao contraente público poderes de flexibilização da rigidez do vínculo contratual como meio de assegurar a permanente adequação do contrato aos objectivos de interesse público que ditaram a respectiva celebração e, no limite, o permanente domínio da Administração sobre a forma como entende, em cada momento, realizar o interesse público.

O risco, como não nos cansamos de assinalar, emerge sobretudo relativamente àqueles contratos em que nem a lei, nem as partes qualificaram como administrativos, expressa ou implicitamente, que não submeteram a um regime substantivo de direito público, mas em que a natureza das prestações contratadas ao particular é de modo a subtrair à Administração margem de manobra relevante sobre a forma como entende realizar as suas atribuições.

Pense-se, por exemplo, num contrato de aquisição de material militar de importância estratégica para a defesa nacional, como submarinos, veículos blindados, ou aeronaves, no contexto em que a lei administrativa não qualifica expressamente estes contratos de fornecimento como administrativos ⁽⁴²⁾, como sucede com o CPA.

(42) Trata-se de contratos que no âmbito do direito administrativo sempre foram considerados como contratos de fornecimento, *i.e.*, de compra e venda, e que no direito privado são tratados como empreitadas de bens móveis. Sob a égide do CPA não integravam o elenco exem-

Não podem sobrar dúvidas que a natureza do objecto imediato e mediato do contrato, que tem ligação directa ao modo como a Administração concretiza as suas atribuições em matéria de defesa nacional, convoca sobre o mesmo a aplicação do regime que a lei reserva para os contratos administrativos, atribuindo à Administração os poderes de direcção e fiscalização do modo de execução das prestações pelo particular e, bem assim, de modificação e rescisão unilateral do contrato por motivos de interesse público. Consequentemente, caso, a meio do fabrico de um submarino ou de uma aeronave de guerra adquirida pela Administração, uma alteração das obrigações internacionais do Estado português determinasse que os bens em causa devessem ser integrados com determinadas funcionalidades ou tecnologias não previstas originalmente do contrato, seria impensável que a alteração do contrato não pudesse ser imposta unilateralmente. São por isso exemplos de contratos administrativos, como tal qualificáveis à luz de critérios substantivos, independentemente de a lei ou as partes assumirem essa qualificação. E, se é certo que nos termos do CCP os exemplos dados perderam relevância, já que a aquisição de bens móveis é expressamente qualificada como contrato administrativo, outros exemplos do género podem surgir.

É este o problema de fundo que o fechamento do elenco de contratos administrativos que estava preconizado na versão original do artigo 1.º, n.º 6, do CCP colocava: num cenário em que o legislador não é capaz de antecipar todas as situações em que um contrato pode vir a condicionar o modo como a Administração pretende, em cada momento, realizar as suas atribuições e conformar o interesse público que lhe cabe realizar, a taxatividade do elenco dos contratos administrativos e a eliminação de uma salvaguarda de qualificação casuística, comporta um risco enorme de consequências imprevisíveis. Risco esse que se pretendeu afastar com o abandono, em 1984, do modelo do elenco taxativo dos contratos administrativos e que, a existir, não apenas convoca o perigo de que determinados contratos possam vir a ser considerados nulos se se vier a verificar que comprimem inaceitavelmente a liberdade de a Administração conformar o interesse público como entender mais adequado em

plificativo de contratos administrativos consagrado no n.º 2 do respectivo artigo 178.º, mas passaram a ser contratos administrativos por força de lei no CCP, em virtude da inclusão dos contratos de aquisição de bens móveis na Parte III do Código, sendo objecto de regulação específica no Título II da Parte III («*Contratos administrativos em especial*», capítulo IV, artigos 437.º e segs.). Nos termos do CCP são assim contratos administrativos de aquisição de bens móveis, mais especificamente «*contratos de fabrico*» (cfr. artigos 438.º e 442.º do CCP). Em síntese, todos os contratos de aquisição de bens móveis celebrados por contraentes públicos passam, no CCP, a ser contratos administrativos ao abrigo da alínea *a*) do n.º 6 do artigo 1.º, numa opção legislativa que se nos afigura excessiva e por isso criticável.

cada momento, como, aí sim, se suscitariam sérias dúvidas quanto à conformidade constitucional do artigo que estabelecesse um elenco taxativo dos contratos administrativos ⁽⁴³⁾.

17. Face ao exposto, colocava-se o desafio de estabelecer o enunciado de uma nova alínea ao n.º 1 do artigo 6.º do CCP que consagrasse um critério material de qualificação dos contratos como administrativos e que superasse as insuficiências normalmente apontadas ao critério do *fim de imediata utilidade pública*, tido por excessivamente indedeterminado, pouco operativo e gerador de insegurança jurídica na qualificação. Nessa reflexão, chegámos a uma fórmula aproximada da que consta actualmente na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 6.º do CCP.

O critério do fim de imediata utilidade pública padece, a nosso ver, de dois problemas fundamentais. Em primeiro lugar, ao fazer depender a qualificação do contrato administrativo de um juízo sobre a sua funcionalização à realização do interesse público, o critério diz de mais, porque, como é de ver, todos os contratos celebrados pela Administração estão necessariamente funcionalizados à realização do interesse público, mesmo que tenham natureza privada, já que todos são instrumentos de realização da função administrativa e que a Administração tem sempre de prosseguir o interesse público definido por lei (princípios da legalidade e da prossecução do interesse público). Depois, porque a tentativa de operacionalizar o critério através da sua limitação a fins de *imediata* utilidade pública introduz um elemento normativo de difícil aplicabilidade, porque obriga a uma complexa tarefa de avaliação hermenêutica sobre o grau de intensidade do interesse público prosseguido através do contrato ⁽⁴⁴⁾. Note-se que a inoperância do critério, em particular em situações de fronteira, não resulta de o mesmo assentar num conceito indeterminado. Como é pacífico, ao direito, e em particular ao direito administrativo, não repugna que os enunciados normativos ou que os critérios aplicativos se baseiem em conceitos indeterminados (nomeadamente, como é o caso, de natureza classificatória), cujo preenchimento obriga a juízos de verificação hermenêutica face ao caso concreto, amparados nos elementos interpretativos ao dispor do intérprete (literal, teleológico, sistemático e histórico — artigo 9.º do Código Civil), e que não comportam aplicação subsuntiva. A inoperância do

⁽⁴³⁾ Na linha do que sustentam MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, ainda que de forma que julgamos desenquadrada, como acima tivemos oportunidade de referir (cfr. *Contratos públicos...*, cit., pp. 35/36).

⁽⁴⁴⁾ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos públicos...*, cit., pp. 27/28.

critério resulta no facto de assentar numa formulação que se presta a equívocos e excessivamente indeterminada.

Não obstante, tomando como ponto de partida o critério do fim de imediata utilidade pública, e procurando decantar do conceito em que o mesmo se estrutura o sentido operativo que possivelmente terá sido intuído pelos seus autores (que não lograram, no entanto, depurar dogmaticamente o critério), foi possível chegar a um outro critério que nos pareceu e parece susceptível de resolver o problema com que nos defrontamos.

18. Assim, em determinados contratos celebrados pela Administração, a circunstância de o respectivo objecto ter uma ligação muito intensa, directa e imediata à realização de fins de utilidade pública, implica que as prestações que são contratadas ao particular tenham o potencial de condicionar de forma relevante o modo como o contraente público realiza as suas atribuições.

Tal não sucede normalmente, por exemplo, quando o objecto do contrato de aquisição de bens é o fornecimento de material de escritório ou de computadores para equipar um serviço público. Mas já sucederá num contrato de fabrico e fornecimento de submarinos ou aeronaves de combate ao Estado no âmbito da execução da Lei de Programação Militar; ou no fornecimento de computadores destinados a equipar todas as escolas do país no âmbito da execução do Plano Tecnológico da Educação; ou de prestação de serviços de dinamização cultural de determinado equipamento público. Pode, inclusivamente, a prestação do particular implicar que este se substitua à realização de atribuições do contraente público, caso em que a natureza administrativa do contrato resulta ainda mais evidente. Há assim contratos em que as prestações contratadas ao particular não condicionam por si próprias a realização das atribuições do contraente público, porque não são em si um instrumento directo de realização dessas atribuições. No entanto, outros haverá em que as prestações do particular estão afectas e são um instrumento de concretização de uma medida ou de uma «política» de intervenção administrativa no âmbito da realização das suas atribuições, caso em que aquelas prestações, se fixadas em determinado momento de forma totalmente cristalizada, têm o potencial de condicionar a margem de manobra da Administração na execução dessas políticas públicas.

19. Nesta perspectiva, chegámos um critério que entendemos como o correcto e operativo para a qualificação de um contrato como administrativo, ali onde a administratividade não resulte da sua natureza intrínseca (contratos sobre o exercício de poderes públicos ou sobre coisas públicas), nem de qualificação legal ou por vontade das partes: *será administrativo, dando origem a relações jurídico-administrativas, o contrato em que a prestação do particular condi-*

cione ou possa condicionar, de forma relevante, a realização de atribuições do contraente público (45).

O critério acima exposto, não obstante ter sido construído sobre os escombros do critério do *fim de imediata utilidade pública*, implica, a nosso ver, uma ruptura com o mesmo. Com efeito, trata-se de um critério que atende ao objecto imediato (e por vezes ao objecto mediato, v. g., aquisição de submarinos ou aeronaves de combate) do contrato e procura medir o seu impacto, isto é, o impacto das prestações contratadas em função da natureza destas, na liberdade de realização das atribuições por parte do contraente público.

O critério assenta, assim, numa avaliação sobre o potencial de que se revestem as prestações contratadas ao particular de condicionamento do domínio positivo do contraente público sobre a forma de realização das suas atribuições. Reconduz-se, em suma, de um critério misto, que arranca do objecto do contrato e atende ao nexo relacional entre este e a autonomia pública remanescente do contraente público (46).

20. Como é de ver, nos casos em que, não obstante a sua atipicidade ou a ausência de qualificação legal ou contratual como administrativo, o contrato interfira na autonomia pública da Administração, comprimindo ou condicionando a sua margem de manobra na realização das respectivas atribuições, o contrato assume-se necessariamente como um instrumento de actividade administrativa de *gestão pública*, dando origem, também necessariamente, a relações jurídico-administrativas (47). Dirão alguns que o aco-

(45) Esta formulação obteve acolhimento na alínea *d*) do n.º 6 do artigo 1.º do CCP, tendo-lhe sido acrescentada um contributo precioso de terceiro (a expressão «ou substituir») e um pressuposto aplicativo cuja pertinência discordamos (a de que a celebração do um contrato seja precedida de um procedimento de formação regulado pelo direito público). A esta matéria voltaremos no ponto seguinte, quando analisarmos o regime do CCP.

(46) E não uma mera (re)formulação do critério do fim de imediata utilidade pública, como sugerem MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS em *Contratos públicos...*, cit., p. 30.

(47) Reconhecendo a complexidade do problema, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2007, p. 31, sintetizam a noção de *gestão pública* a propósito da classificação de actos administrativos à luz de um critério de intensidade do interesse público prosseguido, numa formulação material que nos parece muito feliz. Assim «...*todos os actos da administração devem visar a prossecução do interesse público definido por lei, mas o grau de intensidade deste interesse público, em particular no confronto com interesses privados com ele colidentes não é sempre o mesmo. Os actos de gestão pública estão legalmente vinculados a prosseguir um interesse público cuja maior intensidade justifica a sua supremacia sobre os interesse privados com ele eventualmente conflitantes; os actos de gestão privada estão legalmente vinculados a prosseguir um interesse público cuja menor intensidade implica a sua paridade com os interesse priva-*

lhimento de um critério que, em última análise, tem em vista precisamente identificar a natureza da actividade que é realizada através do contrato em causa, se de *gestão pública*, se de *gestão privada*, implica importar para a temática da qualificação dos contratos administrativos as dificuldades inerentes à distinção entre *gestão pública* e *gestão privada*. Respondemos nós que, não obstante a complexidade do problema, tal corresponde a uma tarefa a que nenhum administrativista se pode furtar, pois que a *gestão pública* é a verdade primeira do direito administrativo, o seu *cogito ergo sunt*, a sua razão de ser, o elemento delimitador do seu âmbito material e da sua necessidade. Sendo incontornável que em cenários de atipicidade contratual a questão da natureza da actividade prosseguida através do contrato é determinante para aferir a natureza administrativa (ou não) daquele, o critério que acima propusemos visa, precisamente, parametrizar e, conseqüentemente, densificar o conceito de *gestão pública* (fechando-o na medida do possível), com intuitos operacionalizadores, quando reportado a actividade contratual da Administração.

21. Em síntese, independentemente do papel que este novo critério assume no âmbito do CCP, que tem merecido de alguma doutrina as críticas que analisaremos no ponto seguinte, consideramos que o mesmo é inteiramente válido para a aferição da administratividade de contratos com objecto passível de contrato de direito privado no âmbito do CPA, no âmbito da aplicação da cláusula geral definitiva contida no n.º 1 do respectivo artigo 178.º

dos com ele eventualmente conflitantes. Em conformidade, os actos de gestão pública são fundamentalmente regulados pelo direito administrativo (que assegura a primazia do interesse público sobre os interesses privados e a posição de autoridade da administração perante os particulares) [sublinhados nossos] e os actos de gestão privada são fundamentalmente regulados pelo direito privado (que trata de forma tendencialmente igualitária todos os sujeitos intervenientes, independentemente da sua natureza pública ou privada, nas situações por si reguladas». Naturalmente, cabe ao legislador definir o âmbito da actividade de gestão pública, submetendo expressamente a regulação de determinadas relações jurídicas ao direito administrativo, recortando assim o âmbito formal da actividade administrativa de gestão pública. Não obstante, por vezes o legislador mostra-se incapaz de delimitar com clareza o âmbito formal da actividade da Administração submetida imperativamente ao direito administrativo, procedendo a essa delimitação através de *cláusulas gerais* ou conceitos indeterminados (classificatórios), cujo preenchimento exige um tratamento hermenêutico ancorado na ponderação do grau de intensidade do interesse público prosseguido e em que medida essa intensidade justifica o investimento da Administração em poderes de conformação autoritária da relação jurídica em causa. É esse o caso da *cláusula geral* enunciada no artigo 178.º, n.º 1, do CPA, quando considera administrativos os contratos que constituam, modifiquem ou extingam relações jurídico-administrativas.

III. OS CRITÉRIOS DE QUALIFICAÇÃO DE CONTRATOS COMO CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO CCP

1. Como é sabido, o CCP utiliza uma técnica legislativa diferente da usada no CPA para enunciar os critérios ou factores de qualificação dos contratos administrativos. Em jeito de sinopse, onde antes a administratividade dos contratos era enunciada a partir da *cláusula geral* contida no artigo 178.º, n.º 1, do CPA, vem agora o CCP apresentar um elenco que se pretende taxativo de categorias de contratos susceptíveis de serem administrativos (ou de critérios de qualificação) na medida em que sejam celebrados por «*contraentes públicos*» (artigo 1.º, n.º 6). Todavia, onde uns vêem um avanço na densificação do conceito de contrato administrativo propiciador de maior segurança jurídica na respectiva qualificação⁽⁴⁸⁾, outros sustentam que o artigo 1.º, n.º 6, do CCP não inovou quanto à definição e à identificação dos contratos administrativos e que a noção de contrato administrativo continua a ser a mesma do artigo 178.º do CPA⁽⁴⁹⁾. Vejamos.

A) Elementos objectivos de qualificação

2. O CCP «*estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo*» (artigo 1.º, n.º 1).

Do enunciado do preceito citado, conjugado com o disposto nos n.ºs 2 e 5 do mesmo artigo, fica claro que o CCP utiliza dois conceitos operativos para efeitos diferentes: o conceito de «*contrato público*» e o conceito de «*contrato administrativo*».

A noção de *contrato público* é essencialmente relevante para determinar a aplicação da Parte II do CCP à sua formação (artigo 1.º, n.º 2, do CCP), podendo abranger tanto a formação de *contratos privados* como de *contratos administrativos*, desde que celebrados por uma «*entidade adjudicante*» (artigo 1.º, n.ºs 2 e 3). Fundamental é que se trate de um *contrato oneroso* (elemento objectivo), *i.e.*, de contratos cujo objecto abranja prestações susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado⁽⁵⁰⁾ (artigo 5.º,

⁽⁴⁸⁾ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos administrativos...*, cit., pp. 6/7.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos públicos...*, cit., p. 31.

⁽⁵⁰⁾ É também assim, naturalmente, que a Directiva 2004/18/CE, relativa à formação de «*contratos públicos*» delimita o respectivo âmbito objectivo de aplicação: os «*contratos públicos são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores*

n.º 1, *a contrario*), celebrado por uma entidade adjudicante (elemento subjectivo). Consiste, portanto, num conceito animado pelo princípio da concorrência, que tem por função delimitar os contratos cuja formação está sujeita às regras do Código relativas a procedimentos pré-contratuais, nada dizendo relativamente à natureza material desses contratos, se *privados*, se *administrativos* ⁽⁵¹⁾ ⁽⁵²⁾.

Já a figura do *contrato administrativo*, que é aquela que nos interessa abordar no presente trabalho, é sobretudo relevante, na economia do Código, para determinar a aplicação da Parte III do Código à sua execução (artigo 1.º, n.º 5), isto é, a Parte do Código que contém o regime material geral (e, nalguns casos, também o regime especial) dos contratos administrativos.

3. O n.º 6 do artigo 1.º do Código apresenta um elenco fechado das categorias de contratos que são susceptíveis de ser qualificados como contratos administrativos (desde que celebrados por «*contraentes públicos*» e, nalguns casos, se estes assim os qualificarem), que é como quem diz, um elenco dos critérios de qualificação objectiva de um contrato como administrativo, afastando-se,

económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objecto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços... [cfr. alínea a) do n.º 2 do artigo 1.º da Directiva]. Neste sentido, cfr. PETER TREPTE, *Public Procurement in the EU*, 2.ª edição, Oxford, 2007, p. 185) que esclarece que a directiva apenas «... se aplica a contratos com interesse pecuniário [*pecuniary interest*], i.e., contratos com preço ou valor económico [*for money or money's worth*]...», que são os que correspondem à noção de «*contrato público*» acolhida na própria Directiva e consequentemente no CCP. Sobre o *conceito de contrato público* nas directivas da contratação pública e no CCP, cfr. KIRKBY, *Aspectos relativos à aplicabilidade objectiva e subjectiva das novas regras da contratação pública*, in RFDUL, vol. XLIX — n.ºs 1 e 2, 2008, pp. 151 e ss.

⁽⁵¹⁾ Neste sentido, cfr. PEDRO GONÇALVES, *O contrato administrativo...*, cit. pp. 53/55. Contra parece ir MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito europeu...*, cit., pp. 303 e ss.

⁽⁵²⁾ Basta ver que podemos confrontar-nos com um *contrato público* que não seja simultaneamente administrativo e com um *contrato administrativo* que não seja simultaneamente um *contrato público*. Exemplo da primeira situação é o de um contrato de empreitada celebrado por uma entidade adjudicante que o seja por força do artigo 2.º, n.º 2, do Código (v. g., um «*organismo de direito público*») que esta entidade decida não qualificar como contrato administrativo e desde que não esteja no exercício de «*funções materialmente administrativas*» (cfr. alínea b) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 3.º). Exemplo da segunda situação é o de um contrato celebrado por uma entidade adjudicante que o seja simultaneamente por força dos artigos 2.º, n.º 2, e 7.º, n.º 1, do Código (artigo 12.º), actuando nos «*sectores especiais*» (artigo 9.º), que celebre um contrato de empreitada não sujeito à Parte II do Código em função do respectivo valor [subalíneas i) da alínea b) do n.º 1 do artigo 7.º], e que decida qualificar o contrato como administrativo [artigo 3.º, n.º 1, alínea b)]. Ou, igualmente para esta situação, um contrato atípico celebrado por uma entidade adjudicante por força do artigo 2.º, n.º 2 (artigo 6.º), que esta decida qualificar como administrativo [artigo 3.º, n.º 1, alínea b)].

assim, da solução *aberta* que nesta matéria era seguida pelo artigo 178.º, n.º 1, do CPA. Temos assim:

a) Contratos administrativos por determinação legal ou por vontade das parte, *i.e.*, que assim sejam expressamente qualificados por lei ou pelas partes, ou que a lei ou as partes submetam a um regime substantivo (material) de direito público

4. Esta alínea *a*) do n.º 6 do artigo 1.º não inova relativamente ao regime que pacificamente já era aceite na vigência do CPA (que ganhou força com o artigo 4.º do ETAF/2004) e radica-se numa abordagem estatutária do conceito de contrato administrativo.

A única *nuance* a referir prende-se com o facto de, ao contrário do que parece querer sugerir alguma doutrina⁽⁵³⁾, a partir do momento em que o Código dedica capítulos específicos à regulação, em especial, dos contratos de locação e aquisição de bens móveis e, sobretudo, à aquisição de serviços, no âmbito do Título II da Parte III do Código, Título esse que dá pela epígrafe de «*contratos administrativos em especial*», todo um novo manancial de contratos que antes eram, regra geral, considerados como contratos submetidos a um regime substantivo de direito privado, passam agora a ser considerados como contratos administrativos (por força de lei), relativamente aos quais o contraente público goza dos poderes de conformação autoritária da relação contratual que lhe são indistintamente conferidos pelos artigos 302.º e segs. do Código, independentemente de expressa previsão no clausulado do contrato⁽⁵⁴⁾.

5. Parece-nos uma solução que peca por desproporcionada. Com efeito, entendemos que a qualificação legal de um contrato como administrativo, implicando *ex lege* o investimento do contraente público em poderes de conformação autoritária da relação contratual (através da possibilidade de fiscalizar e dirigir o modo de cumprimento das prestações do co-contratante, de modificar ou rescindir o contrato por motivos de interesse público e até, nalguns, casos de aplicar sanções contratuais, através de actos administrativos dotados de executividade)

⁽⁵³⁾ Cfr. PEDRO GONÇALVES, *A relação jurídica fundada em contrato administrativo*, in CJA n.º 64, Julho/Agosto 2007, p. 39.

⁽⁵⁴⁾ De resto, o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprova o CCP, é definitivo ao afirmar no seu ponto 6 que «*no campo da aquisição e locação de bens e aquisição de serviços, o primeiro tópico a destacar prende-se com a inclusão destes contratos no rol dos contratos administrativos por determinação legal. Todos os contratos desse tipo celebrados por um contraente público passam a ser considerados contratos administrativos e a seguir o regime especial estabelecido neste capítulo e no título I da parte III*».

deve, em homenagem a uma correcta articulação entre o princípio da prossecução do interesse público e, entre outros, os princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica na vertente da tutela da confiança (objectiva) dos particulares, servir de instrumento legal de identificação de contratos que, necessariamente, ou pelo menos com mais probabilidade, conformam relações jurídicas necessariamente administrativas, isto é, que realizam actividade administrativa de *gestão pública*.

Posto de outra forma, a qualificação legal ou contratual de um contrato como administrativo deve tendencialmente limitar-se a situações em que o contrato fosse administrativo à luz de um critério substantivo, nomeadamente em função do seu objecto [em particular, por força da alínea *d*) do n.º 6 do artigo 1.º], já que aí a natureza administrativa impõe-se por si própria, visando a qualificação legal tão somente clarificar a natureza materialmente administrativa do contrato e da relação jurídica que dele emerge, dissipando quaisquer dúvidas hermenêuticas que pudessem vir associadas à qualificação do contrato como administrativo com base em num critério estruturado sobre o conceito indeterminado ⁽⁵⁵⁾.

Contudo, a solução acolhida no Código leva a que sejam legalmente qualificados como administrativos um *batalhão* de contratos materialmente privados, que correspondem a actos de *gestão privada* da Administração, e que agora passam, sem que tal se justifique à luz dos princípios referidos, a estar na generalidade dos casos submetidos ao regime dos contratos administrativos, ou, pelo menos, a poderem ser submetidos a tal regime [cfr. artigo 3.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*)].

Esta realidade é particularmente preocupante no que concerne aos contratos de locação de bens móveis e de aquisição de serviços tratando-se de contratos de execução duradoura. Melhor seria que o Código tivesse estabelecido que os poderes de conformação contratual apenas seriam atribuídos *ex lege* aos contratos administrativos em razão do seu objecto [alíneas *b*) a *d*) do n.º 6 do artigo 1.º] e, eventualmente, ao contratos que historicamente são administrativos por força de lei (v. g. empreitadas de obras públicas), sem prejuízo de prever a aplicação da generalidade do restante regime material dos contratos administrativos estabelecido no Título I da Parte III e dos regimes especiais previstos no Título II da mesma Parte aos demais contratos especialmente regulados no Código (aquisição e locação de bens móveis e aquisição de serviços) quando estes não fossem qualificáveis como administrativos por força da alínea *d*) do n.º 6 do artigo 1.º

⁽⁵⁵⁾ Neste aspecto seremos, ao que cremos, acompanhados por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos administrativos...*, cit., p. 12, quando sustenta a limitação do reconhecimento de poderes de autoridade em sede de execução contratual ao «... verdadeiramente indispensável». Quando é que tal se afigura «verdadeiramente indispensável» é matéria em que divergimos, como adiante ficará claro.

b) Contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos

6. Trata-se de contratos que são administrativos *por natureza* em virtude de terem por objecto o exercício contratualizado de poderes administrativos de autoridade, consensualizando-se com o particular a produção de efeitos jurídicos que a Administração poderia, em alternativa, configurar por via unilateral, através da prática de um acto administrativo. Sobre este tipo de contratos já tivemos oportunidade de elaborar estudos aprofundados ⁽⁵⁶⁾.

Naturalmente, consistindo em contratos que envolvem o exercício de poderes administrativos de autoridade, em que a Administração surge no contrato como autoridade pública e o co-contratante particular no papel de *administrado* (e não de fornecedor de bens ou serviços à Administração), os efeitos jurídicos pactuados são insusceptíveis de integrar o objecto de um contrato privado, nomeadamente de um contrato que fosse celebrado entre particulares agindo no quadro da respectiva autonomia privada, e as relações jurídicas que emergem do contrato não podem deixar de ter natureza administrativa. Por isso sempre lhes emprestámos a designação de «*contratos administrativos de subordinação*», precisamente para pôr em evidência que nestes contratos o particular-administrado está colocado numa situação de sujeição a um poder de conformação unilateral da sua situação jurídica de base que pode, em alternativa, ser conformada por via unilateral ⁽⁵⁷⁾.

O CCP não acolheu a denominação por nós proposta nos trabalhos citados — *contratos administrativos de subordinação* —, optando antes por recuperar a designação plasmada no artigo 185.º, n.º 3, alínea a), do CPA — «*contratos com objecto passível de acto administrativo*» — para acrescentar a expressão «*e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos*». O objectivo desta opção parece ter sido o de utilizar um conceito já conhecido pela comunidade jurídica (o de *contrato com objecto passível de acto administrativo*), deixando claro, no entanto, que a *factispecies* em causa vai muito além dos *contratos substitutivos de actos administrativos*. Enquanto verdadeiros instrumentos da tarefa de administrar, estes contratos de objecto público ora são utilizados em alternativa à actuação unilateral através de actos administrativos, ora se dirigem à modelação ou integração do conteúdo de actos administrativos unilaterais ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. KIRKBY, *Contratos administrativos de subordinação, natureza funções e limites*, AAFFDL, 2002, e *O exercício contratualizado do poder de decisão unilateral...*, cit.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. *O exercício contratualizado do poder de decisão unilateral...*, cit., p. 216.

⁽⁵⁸⁾ Por exemplo, à luz de um critério de identificação das categorias dos contratos de subordinação que atende à sua ligação funcional com procedimento de emanção de actos administrativos e ao seu impacto sobre o acto administrativo que pudesse pôr ou venha a pôr termo ao

c) Contratos que confirmam ao co-contratante direitos especiais sobre coisas públicas ou o exercício de funções dos órgãos do contraente público

7. Consiste em mais uma categoria de contratos administrativos *por natureza* em função de o respectivo objecto ter natureza pública, produzindo efeitos insusceptíveis de resultarem de um contrato celebrado no quadro da autonomia privada das partes, sejam elas públicas ou privadas.

A presente alínea acrescenta pouco relativamente aos factores de administratividade que resultam das outras alíneas do n.º 6 do artigo 1.º, já que a generalidade dos contratos susceptíveis de aqui recaírem ou são apanhadas pela alínea *a)* em virtude de se reconduzirem a contratos administrativos por *força de lei* — caso das concessões de obras públicas e de serviços públicos e de exploração de bens de domínio público e da generalidade dos contratos que envolvam a delegação de atribuições e competências do contraente público ou respectivos órgãos em entidades privadas, estes invariavelmente submetidos a um regime substantivo de direito público⁽⁵⁹⁾ —, ou são apanhados pela alínea *b)*, na medida em que envolvam o exercício de poderes públicos, em particular quando a atribuição de direitos especiais sobre coisas públicas ou do exercício de funções públicas seja, em alternativa, concretizável através da prática de um acto administrativo — caso, por exemplo, dos contratos de concessão *proprio sensu* e os contratos de concessão de uso privativo do domínio público⁽⁶⁰⁾ —, ou, por fim, são

procedimento, identificámos *i)* acordos prévios ao procedimento, *ii)* acordos endoprocedimentais, *iii)* acordos de terminação do procedimento ou substitutivos de acto administrativo e *iv)* acordos integrativos do acto de terminação do procedimento. Sobre estes e outros critérios classificativos de contratos sobre o exercício de poderes públicos cfr. KIRKBY, *O exercício contratualizado...*, cit., pp. 221 e ss.

(59) V. g. os contratos não concessórios de parcerias público-privadas enunciados nas alíneas *c)* a *f)* do n.º 4 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de Julho, ou os contratos de «delegação de serviços públicos» previstos no artigo 54.º da Lei quadro dos Institutos Públicos.

(60) No sentido de que os contratos de concessão do uso privativo de bens de domínio público não são verdadeiras «concessões» e de que são contratos administrativos de subordinação e não de colaboração cfr., quando ao primeiro aspecto, MARCELO REBELO DE SOUSA E ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos...*, cit., p. 62, e, quanto ao segundo aspecto, cfr. KIRKBY, *Os contratos administrativos de subordinação...*, cit., p. 86, nota 72, em que sustentámos na esteira de PEDRO GONÇALVES que «... ao contrário do que se verifica com a generalidade das outras modalidades de concessão administrativa, estas caracterizam-se mais pela função de atribuição do que pela função de colaboração, que pode mesmo não existir. Na verdade, as concessões de uso privativo podem não estar ao serviço de quaisquer interesses públicos, satisfazendo interesses de natureza prevalentemente privada...», ou mesmo exclusivamente privada (cfr. PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 88).

necessariamente apanhados pela alínea *d*), na medida em que *condicionam ou substituem de forma relevante a realização das atribuições do contraente público*. Terá porventura a utilidade, assinalada por MÁRIO AROSO DE ALMEIDA ⁽⁶¹⁾, de «... dar expressão a uma categoria de contratos administrativos por natureza, em razão da natureza pública do seu objecto...», acautelando o risco diminuto de poder surgir um contrato deste tipo, legalmente atípico, que as partes não qualifiquem como administrativo e cuja administratividade resultaria mais imediata do que por aplicação da alínea *d*) do n.º 1 do artigo 6.º (o que não nos parece ser o caso).

- d) Contratos que a lei submeta, ou que admita que sejam submetidos, a um procedimento de formação regulado por normas de direito público e em que a prestação do co-contratante particular possa condicionar ou substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público**

8. Sobre este critério já nos pronunciámos com detalhe no capítulo anterior do presente estudo. O critério responde a uma necessidade de afastar os riscos de o CCP acolher um regime de qualificação dos contratos administrativos de pendor taxativo, que, reduzindo o elenco dos contratos administrativos aos contratos administrativos *por força de lei*, da vontade das partes, ou *por natureza* (recuando ao regime anterior ao ETAF/84), eliminasse toda e qualquer margem para a qualificação jurídico-administrativa de contratos que, em função do respectivo objecto, são instrumentos de realização de actividade administrativa de *gestão pública*, dando origem, também necessariamente, a relações jurídico-administrativas. E tal sucederá sempre que as prestações contratadas ao co-contratante privado tenham o potencial objectivo de condicionar de forma relevante ou de substituir a realização das atribuições do contraente público. Se assim for, não podem sobrar dúvidas de que a Administração tem de surgir no contrato investida dos poderes de conformação autoritária da relação contratual próprios do regime do contrato administrativo, na medida tal é imposto pela intensidade do nexos relacional entre o vínculo contratual e a autonomia pública (remanescente) do contraente público na realização das respectivas atribuições.

Como referimos *supra*, trata-se de um critério misto, que arranca do objecto do contrato e atende ao nexos relacional entre este e a autonomia pública remanescente do contraente público, e que tem por objectivo primeiro salvaguardar um reduto indispensável de possibilidade de qualificação hermenêutica de contratos materialmente administrativos.

⁽⁶¹⁾ Cfr. *Contratos administrativos...*, cit., pp. 9/10.

Com efeito, mesmo com o alargamento dos contratos administrativos *por força de lei* resultante do CCP (com a inclusão na *factispecies* de todos os contratos de locação e aquisição de bens móveis e de aquisição de serviços), a história está recheada de exemplos em que a realidade desafia a capacidade de previsão do legislador e da Administração contraente. Assim, o presente critério é, em nossa opinião, um importante instrumento de salvaguarda da validade de contratos atípicos que conformem relações materialmente administrativas, já que, ali onde o contrato for um instrumento de realização de actividade administrativa de *gestão pública*, a sua sujeição a um regime material de direito privado, que despoje a Administração de prerrogativas de conformação autoritária da relação contratual, gerará inevitavelmente a respectiva nulidade (cfr. artigo 111.º da Constituição e artigo 29.º, n.º 2, do CPA).

9. O enunciado legal acolhido na alínea *d*) do n.º 6 do artigo 1.º do CCP tem sido alvo de algumas críticas por parte da doutrina, que não merecem o nosso acolhimento.

MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS ⁽⁶²⁾ entendem que o alcance da formulação *«prestação que possa condicionar ou substituir de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público»* *«... é impossível de fixar com clareza, pelo que a disposição, com o seu carácter fluído e essencialmente ambíguo, comporta em si a mesma vocação de expansão quase ilimitada do contrato administrativo, com o conseqüente esbatimento das suas fronteiras conceptuais que o critério do fim de imediata utilidade pública já encerrava»*.

Sem prejuízo de outras considerações, temos dificuldade em entender as reservas dos referidos Autores quando consideramos o quadro geral do seu pensamento sobre a matéria. Onde na passagem referida parece estar implícita uma crítica à *vocação de expansão* do contrato administrativo à luz deste critério, tal vocação de expansão parece ser reclamada pelos Autores quando sustentam, sem que se consiga discernir base legal que o permita, que os poderes de conformação autoritária da relação contratual — que integram o núcleo mínimo essencial do regime do contrato administrativo — devem ser estendidos a todos os contratos da Administração, mesmo aqueles normalmente considerados como contratos de direito privado ⁽⁶³⁾.

Por outro lado, os Autores criticam globalmente a solução do CCP, por ter renunciado *«... a um critério unitário de identificação dos contratos administrativos»*, ao mesmo tempo que parecem sustentar que, afinal, ele está presente

⁽⁶²⁾ Cfr. *Contratos Públicos...*, cit., pp. 35/36.

⁽⁶³⁾ Cfr. *Contratos públicos...*, cit., p. 31.

no artigo 288.º, n.º 1, do CCP (reconduzindo-se à cláusula geral anteriormente plasmada no n.º 1 do artigo 178.º do CPA), num quadro em que, reconhecendo a relevância primordial da figura, preconizam a sua identificação a partir de um critério muitíssimo mais aberto do que o constante na alínea *d*) do n.º 6 do artigo 1.º, que é, ao fim e ao cabo, o critério da fim público do contrato: para os Autores ⁽⁶⁴⁾ «... *impõe-se concluir que, na sua generalidade, os contratos da Administração tradicionalmente entendidos como de direito privado devem hoje ser considerados como contratos administrativos, na medida em que correspondem à prossecução de atribuições administrativas através de meios de direito público*». Vinda de quem critica a excessiva fluidez do critério enunciado na alínea *d*) do n.º 6 do artigo 1.º do CCP e, bem assim, do tradicional critério do *fim de imediata utilidade pública* (que os Autores parecem acabar por perfilhar), esta linha de argumentação não é fácil de apreender.

10. Também MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e PEDRO GONÇALVES criticam o critério pela natureza indeterminada do respectivo enunciado, gerador de «*ambiguidades*» e de «*fatores de incerteza na delimitação do âmbito das espécies contratuais submetidas ao regime comum dos contratos administrativos*» ⁽⁶⁵⁾. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA afirma não compreender a necessidade de ampliar as espécies de contratos administrativos atípicos por força de lei, quando o CCP permite que as partes, em particular o contraente público, qualifiquem os contratos como administrativos se assim o entenderem relevante.

O que nos separa de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA é algo que, em parte, entronca, ao que cremos, em diferentes visões ontológicas do próprio direito administrativo. O Autor parece perfilhar uma visão liberal da figura do contrato administrativo, consentânea com um conceito de contrato administrativo por força de lei ou da vontade das partes, eivada, em nossa opinião, por uma sobrevalorização do valor da segurança jurídica na qualificação dos contratos em que a Administração aparece munida de poderes de autoridade, reclamando a sua circunscrição ao mínimo indispensável e confiando (e responsabilizando exclusivamente) o contraente público pela qualificação *jus-administrativa* dos contratos em que se justifique o reconhecimento de poderes de conformação contratual.

Ora, pelas razões já anteriormente expostas, não concordamos com esta abordagem. O contrato há-de ser materialmente administrativo sempre que o mesmo se revele substantivamente como um instrumento realização de actividade administrativa de *gestão pública*, o que sucede sempre que o seu objecto

⁽⁶⁴⁾ Cfr. *Contratos públicos...*, cit., p. 40.

⁽⁶⁵⁾ Cfr., respectivamente, *Contratos Administrativos...*, cit., pp. 7 a 9, e *A relação jurídica...*, cit., p. 39.

ponha em crise a possibilidade de a Administração deter o domínio positivo sobre a autonomia pública que lhe foi conferida por lei, isto é, sempre que o contrato condicione de forma relevante a realização das suas atribuições públicas. E a necessidade de preservar, em qualquer circunstância, que a Administração detenha instrumentos que permitam assegurar a permanente adequação do contrato à realização das atribuições a que o mesmo está afecto não se satisfaz com a mera possibilidade de o contraente público ter o poder de qualificar o contrato como administrativo. Pelo contrário, impõe mesmo, não apenas que a lei qualifique como administrativos todos os contratos que sejam instrumentos de realização de actividade administrativa de *gestão pública* (contratos materialmente administrativos), como que subtraia à margem de livre decisão do contraente público o poder de qualificar como privados contratos que sejam necessariamente administrativos em função do respectivo objecto [o que é acautelado no Código com a consagração do artigo 1.º, n.º 6, alíneas b) a d), e com o artigo 3.º, n.º 2].

Ao que cremos, o que marca a diferença entre as teses em confronto é uma visão sobre a correcta articulação dos princípios da prossecução do interesse público e do próprio âmbito do direito administrativo enquanto direito comum da actividade administrativa de *gestão pública* (que impedem tendencialmente que os órgãos administrativos possam recorrer e submeter-se a instrumentos e regimes de gestão privada para a realização de funções materialmente administrativas) e o princípio da segurança jurídica, sobretudo na dimensão da tutela da confiança dos particulares, que alguns autores parecem sobrepesar. A alínea d) do n.º 6 do artigo 1.º do CCP orienta-se teleologicamente (e propositadamente) para fazer prevalecer o primeiro sobre o segundo, pesando devidamente, sem as ignorar, as vantagens e desvantagens da opção seguida.

11. Noutro plano, parecem-nos excessivas as preocupações com a natureza indeterminada do enunciado legal do critério, como se dessa indeterminação resultasse uma lesão insuportável do valor da segurança jurídica, sobretudo no contexto em que convivemos muitos anos com um regime bem mais *fluido* ou *ambíguo* na vigência do artigo 178.º, n.º 1, do CPA. A verdade é que o direito em geral, e o direito administrativo em particular, maturaram há muito os parâmetros e limites da abordagem hermenêutica no preenchimento de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais de *natureza classificatória* (trata-se de actividade interpretativa controlável pelos tribunais em toda a extensão do preenchimento dos conceitos em causa), o que permite enfrentar o normal trabalho jurídico de aplicação dos referidos conceitos indeterminados aos casos concretos que suscitem a sua aplicação sem dramas ou angústias excessivos. Note-se, ademais, que os conceitos indeterminados acolhidos na alínea d) do n.º 6 do artigo 1.º do CCP nem sequer padecem de excesso de indefinição: a expressão «*substituir*» é

quase imediatamente apreensível (é quase um conceito determinado) e a expressão «condicionar de forma relevante», apelando a uma avaliação do impacto da prestação contratada ao particular sobre o domínio positivo remanescente do contraente público relativamente à forma de realizar as suas atribuições, também oferece parâmetros normativos seguros para o respectivo preenchimento.

12. Uma segunda crítica dirigida ao preceito em apreço prende-se com a previsão de que o contrato a celebrar e cujas prestações contratadas ao particular possam condicionar ou substituir de forma relevante as atribuições do contraente público, *seja ou possa ser precedido* ⁽⁶⁶⁾ *de um procedimento de formação regulado por normas de direito público.*

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA ⁽⁶⁷⁾ sustenta que «*não se vê motivo para atribuir relevância à natureza do regime aplicável ao procedimento pré-contratual, que não é, em si mesmo, um critério atinente à substância do contrato, mas apenas respeitante a aspectos extrínsecos ao mesmo, justificando-se por isso perguntar por que razão devem os contratos “em que a prestação do co-contratante possa condicionar ou substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público” ser qualificados como administrativos quando a lei os submeta ou admita que sejam submetidos a um procedimento de formação regulado por normas de direito público e já não o devem ser quando tal circunstância não se verifique*».

Compreendemos a crítica, e muito teríamos descansado se esta parte do preceito não tivesse sido contemplada. Com efeito, caso o objecto do contrato envolva a contratação de prestações ao particular que condicionem ou substituam de forma relevante a realização das atribuições do contraente público, o contrato deve (deveria) ter-se por necessariamente administrativo, já que a Administração deveria estar munida dos poderes de conformação autoritária da relação contratual previstos no artigo 302.º do CCP, independentemente de o contrato ter sido ou pudesse ter sido precedido de um procedimento pré-contratual de direito público.

No entanto, a opção do legislador (que apesar de tudo compreendemos) visa precisamente acautelar as preocupações de segurança jurídica tão presentes no pensamento, nomeadamente, de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, no sentido de

⁽⁶⁶⁾ A expressão condicional «*possa ser precedido*» refere-se, por exemplo, àqueles contratos típicos que o CCP sujeita, regra geral, à aplicação da respectiva Parte II, mas que podem ficar isentos da sua aplicação se o respectivo valor não atingir determinados limiares. *V. g.*, contratos de aquisição de serviços celebrados por entidades adjudicantes que actuem nos *sectores especiais*, e que sejam investidas nesse estatuto simultaneamente por força do artigo 2.º, n.º 2, e do artigo 7.º, n.º 1, do CCP.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. *Contratos administrativos...*, cit., p. 8. No mesmo sentido, cfr. PEDRO GONÇALVES, *A relação jurídica...*, cit., p. 38, nota 13.

impedir que eventuais dúvidas quanto à natureza jurídica do contrato pudessem contaminar a segurança jurídica na determinação do foro competente para apreciar o contencioso relativo a esses contratos. Com efeito, a resposta à perplexidade evidenciada pelo Autor é fornecida pelo próprio no texto que vimos citando ⁽⁶⁸⁾: «... são desta natureza e, portanto, situam-se no plano do direito substantivo e não do direito processual, as preocupações que, neste domínio, nos movem. Tanto mais, quanto a este ponto, na medida em que não nos parece que da previsão da alínea d) do n.º 6 do artigo 1.º do Código dos Contratos Públicos decorra qualquer consequência no plano do direito processual. Com efeito, de acordo com o artigo 4.º, n.º 1, alínea e), do ETAF, os tribunais administrativos são competentes para dirimir os litígios emergentes dos “contratos a respeito dos quais haja lei específica que os submeta, ou que admita que sejam submetidos, a um procedimento de formação regulado por normas de direito público” — e isto independentemente do objecto de tais contratos e, portanto, da questão de saber se a prestação a que neles, o co-contratante se obriga pode ou não “condicionar ou substituir de forma relevante a realização das atribuições do contraente público”».

Assim, ao antepor na alínea d) do n.º 6 do artigo 1.º um pressuposto que, por si só, submete o contrato à jurisdição administrativa, e ao não considerar como administrativos, e conseqüentemente submetidos ao regime substantivo de direito público plasmado na Parte III do Código, os contratos que impliquem a aquisição de prestações ao particular que possam condicionar ou substituir a realização das atribuições do contraente público, mas que não sejam ou possam ser precedidos de procedimentos pré-contratuais de natureza administrativa, o que o legislador pretendeu foi precisamente eliminar este alegado factor de insegurança jurídica na determinação do foro competente para a apreciação dos litígios relativos a estes contratos. Caso o contrato seja ou possa ser precedido por procedimento de contratação pública estará sujeito à jurisdição administrativa independentemente do seu objecto; mesmo que o objecto tenha o teor descrito na segunda parte do preceito citado, nem por isso o contrato fica sujeito à jurisdição administrativa, por não ser por essa via *administrativo*, não se colocando a dúvida sobre se o mesmo, atendendo ao respectivo objecto, preencheria a previsão da alínea f) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF.

B) Elementos subjectivos de qualificação

13. Como referimos, não basta para um contrato ser administrativo que se integre numa das categorias objectivas enunciadas no n.º 6 do artigo 1.º do CCP.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. *Contratos administrativos...*, cit., pp. 8/9, nota 15.

É também preciso que os mesmos sejam celebrados por um «*contraente público*» (cfr. n.º 6 do artigo 1.º).

Como é evidente, só podem decidir celebrar contratos administrativos as entidades que tenham capacidade jurídica de direito público, isto é, para produzir efeitos jurídicos regulados pelo direito administrativo contratual. Nada justificaria que entidades privadas, agindo enquanto tal, pudessem submeter contratos celebrados entre si a um regime substantivo de direito público, que, nomeadamente, conferisse a uma delas poderes de conformação autoritária da relação contratual exercíveis através de actos administrativos dotados de força executiva própria, nem que estivesse na sua disponibilidade submeter a apreciação dos litígios relativos a esses contratos à jurisdição administrativa.

A noção de «*contraente público*» tem assim, desde logo, um duplo alcance: a de identificar as entidades dotadas de *autonomia pública contratual* ⁽⁶⁹⁾ e a de estabelecer o âmbito subjectivo de aplicação do regime material do contrato administrativo consagrado na Parte III do CCP, indicando as entidades cujos contratos, desde que incluídos nas categorias definidas nas diversas alíneas do n.º 6 do artigo 1.º, estão obrigatoriamente submetidos à Parte III do CCP, bem como aquelas que podem submeter, se assim o entenderem, os contratos que celebrem ao regime material do contrato administrativo.

14. É o artigo 3.º que nos indica as entidades que, em primeira linha, são ou podem ser contraentes públicos.

Em primeiro lugar, estão injuntivamente investidos no estatuto de contraentes públicos as *entidades adjudicantes* referidas no artigo 2.º, n.º 1, do Código [alínea *a*] do n.º 1 do artigo 3.º] que celebrem contratos que se integrem nas categorias elencadas nas alíneas do n.º 1 do artigo 6.º, o que é relevante sobretudo quando consideramos a parte da alínea *a*) que se refere aos contratos administrativos *por força de lei*, já que quanto às alíneas *b*) a *d*), tratando-se de contratos cuja celebração traduz o exercício de funções materialmente administrativas, estão sempre submetidos à Parte III do Código por serem necessariamente administrativos (cfr. artigo 3.º, n.º 2, do CCP).

⁽⁶⁹⁾ Seguindo o ensinamento de SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual...*, cit., p. 778, a autonomia pública contratual é vista como «*a permissão da criação, no âmbito (...) dos contratos administrativos, de efeitos de direito não predeterminados por normas jurídicas e a titularidade e exercício do correspondente poder ou, por outras palavras, a margem de livre decisão na criação de efeitos de direito nas situações concretas regidas pelo direito administrativo*». No mesmo sentido, PEDRO GONÇALVES (O contrato administrativo, cit., pp. 36/37), refere que a autonomia pública contratual «*... é a possibilidade genérica de qualquer entidade pública recorrer aos contratos administrativos para realizar as atribuições que estiverem a seu cargo, ainda que o efeito jurídico pretendido não esteja especificamente previsto na lei como podendo ter por fonte um contrato desta natureza...*».

O preceito em análise faz apelo à lista das entidades que, para outro efeito (da respectiva sujeição às regras da formação de contratos públicos em homenagem, *maxime*, ao princípio da concorrência) integram a lista de entidades adjudicantes constante do artigo 2.º, n.º 1. E esta lista corresponde às entidades administrativas do sector público tradicional ou *burocrático*, compreendendo Estado, Regiões Autónomas, autarquias locais, institutos públicos, fundações públicas ⁽⁷⁰⁾ e associações públicas, nela se incluindo, no entanto, sem que se vislumbre coerência na opção legislativa, «*as associações de que façam parte uma ou várias pessoas colectivas referidas nas alíneas anteriores, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas.*» Podendo estas associações consistir em entidades privadas que contem entre os respectivos associados com entidade *realmente* privadas, faria sentido que, quando desenvolvessem actividade de *gestão privada*, pudessem, à semelhança do que sucede com as entidades referidas no artigo 2.º, n.º 2 [cfr. artigo 3.º, n.º 2, alínea *b*)], não submeter os contratos que celebressem à parte III do Código.

Certo é que na economia do Código, os contraentes públicos que correspondam às entidades adjudicantes enunciadas no artigo 2.º, n.º 1, vêem os contratos que celebram submetidos imperativamente ao regime material que o direito administrativo reserve para o tipo de contratos em causa, ainda que os mesmos se dirijam ao exercício de actividade administrativa de *gestão* (materialmente) *privada*. Isto é, estão os referidos contratos imperativamente submetidos ao regime do contrato administrativo ainda que em face da intensidade do interesse público prosseguido através dos mesmos, ou melhor, em face da relativa neutralidade do vínculo contratual no condicionamento da realização das atribuições do contraente público, não se justificasse que tais contratos fossem obrigatoriamente subtraídos ao direito contratual privado assente na paridade da posição jurídica das partes (*v. g.*, um manancial de contratos de aquisição de serviços).

Contudo, é isto que resulta de forma clara da contraposição entre a alínea *a*) do n.º 1 do artigo 3.º e o respectivo n.º 2: o contrato será administrativo ainda que celebrados à margem do exercício de *funções materialmente administrativas*. Consequentemente, estas entidades apenas podem celebrar contratos de direito privado ali onde o direito administrativo não reserve ao tipo de contrato em causa um regime específico (contratos que não sejam administrativos *por força de lei*), e, naturalmente, desde que os mesmos não caiam nas alíneas *b*) a *d*) do n.º 6 do artigo 1.º Só aí estes contraentes públicos terão a

(70) Com excepção das previstas na Lei n.º 62/2007, de 10 de Setembro.

opção de qualificar ou não o contrato como administrativo ao abrigo da 2.^a parte da alínea a) do n.º 6 do artigo 1.º

A *ratio* do preceito é a de aplicar injuntivamente aos contratos celebrados pelas pessoas colectivas públicas de perfil *burocrático* ou institucional o direito comum da função administrativa e das entidades públicas, comprimindo a sua esfera de autonomia privada e permissão de recurso a formas privadas de actuação.

15. Em segundo lugar, são contraentes públicos, ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º, as entidades adjudicantes enunciadas no artigo 2.º, n.º 2, do Código, mormente os designados *organismos de direito público* e entidades equiparadas ⁽⁷¹⁾, «*sempre que os contratos por si celebrados sejam, por vontade das partes, qualificados como contratos administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público*».

Resulta daqui que estas entidades, desde que no âmbito da realização de actividade administrativa de *gestão* (materialmente) *privada*, podem optar por submeter os contratos que celebrem, mesmo que contratos cujo objecto corresponda a um contrato típico no quadro do direito administrativo (v. g., empreitadas, aquisição de serviços), isto é, a um contrato administrativo por *força de lei*, quer ao regime do contrato administrativo, quer ao regime contratual privado. Nestes casos, esta categoria de contraentes públicos pode optar entre a *gestão* (formalmente) *pública* e a *gestão privada*. Já assim não será quando no exercício de funções materialmente administrativas, como decorre claro do n.º 2 do artigo 3.º. Aqui, pelo contrário, a subtracção do contrato ao regime material do contrato administrativo está vedada, porque «*as partes só dispõem de opção entre a gestão pública e a gestão privada quando o contrato não é necessariamente administrativo pela natureza da relação jurídica que configura ou pela relevância que a lei confere à prossecução de fins de imediata utilidade pública*» ⁽⁷²⁾.

16. A permissão de escolha entre a natureza pública ou privada do contrato outorgada ao contraentes públicos referidos na alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º é fortemente comprimida pelo disposto no n.º 2 do mesmo artigo, que qualifica como contraentes públicos (e, conseqüentemente, como necessariamente administrativos, os contratos que celebrem) «*quaisquer entidades que, independen-*

⁽⁷¹⁾ Sobre o conceito de «*organismo de direito público*» cfr. JOÃO AMARAL E ALMEIDA, *Os «organismos de direito público» e o respectivo regime de contratação: um caso de levantamento do véu*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra, 2006.

⁽⁷²⁾ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual...*, cit., p. 404, nota.

temente da sua natureza pública ou privada, celebrem contratos no exercício de funções materialmente administrativas».

Este preceito tem desde logo o alcance de reconhecer (e de impor) capacidade jurídico-contratual de direito público a qualquer entidade privada, mesmo àquelas que sejam formal e materialmente privadas (v. g., a generalidade dos concessionários de serviços públicos de capitais exclusivamente privados). Isto é, desde que no exercício de funções materialmente administrativas, as entidades privadas *podem* celebrar contratos administrativos, sendo que a natureza administrativa do contrato impõe-se a partir da lei atendendo à natureza da actividade prosseguida. Era algo que há muito já era aceite na doutrina, mas que agora fica claro.

17. Todavia, o alcance maior do preceito é o de ancorar insofismavelmente o conceito de contrato administrativo e o paradigma da sua qualificação em factores substantivos de administratividade, como de resto sempre sustentámos. O contrato será administrativo sempre que o seu objecto envolva o exercício de funções materialmente administrativas, que é como quem diz, o exercício de actividade administrativa de *gestão pública*.

Nestes casos, não há opção por instrumentos de *gestão privada*, tornando claro, aliás, por um lado, que a relevância exclusiva da alínea *b)* do n.º 1 do artigo 3.º só tem em vista contratos celebrados pelos contraentes públicos aí referidos ao abrigo da alínea *a)* do n.º 6 do artigo 1.º [as alíneas *b)* a *d)* configuram todas situações de funções materialmente administrativas], e, por outro lado, que a economia do CCP acolhe a dicotomia entre actividade de *gestão materialmente pública* e de *gestão apenas formalmente pública*, ao impor aos contraentes públicos referidos na alínea *a)* do n.º 1 do artigo 3.º um regime de actuação ao abrigo do direito administrativo (um regime de *gestão pública*) à margem do exercício de funções materialmente administrativas.

Em coerência com toda a linha de raciocínio que vimos desenvolvendo ao longo do presente texto, não se torna difícil avançar com um critério que permita discernir quando é que os contratos são celebrados no exercício de *funções materialmente administrativas*, isto é, quando é que envolvem o exercício de actividade administrativa de *gestão pública*, e por isso necessariamente regulados pelo direito administrativo: sempre que se integrem nas categorias de contratos administrativos identificadas nas alíneas *b)* a *d)* do n.º 6 do artigo 1.º, ou seja, *i)* sempre que tenham por objecto o exercício de poderes de autoridade, *ii)* sempre que tenham por objecto a outorga de direitos especiais sobre coisas públicas ou do exercício de funções públicas a entidades privadas e *iii)* sempre que as prestações adquiridas ao particular condicionem ou substituam a realização de atribuições do contraente público, ao ponto de se ter de reconhecer que este tem de estar investido em poderes administrativos de conformação da relação contratual

e que, conseqüentemente, o contrato é necessariamente administrativo em função do seu objecto e, mesmo, *por natureza*.

O artigo 3.º, n.º 2, do CCP, em suma, fecha o círculo de um paradigma substantivista de qualificação do contrato administrativo, e desta perspectiva é muito mais claro e revolucionário do que propriamente a alínea *d*) do n.º 6 do artigo 1.º com a qual é inteiramente coerente, não se percebendo, de resto, a razão de aquele preceito merecer menos reservas do que este por parte de quem, em homenagem a uma equivocada e imediatista pretensão de segurança jurídica, perfilha uma abordagem taxativista do problema.

20. Uma última palavra para nos referimos ao artigo 8.º do CCP que dispõe que «*são ainda contraentes públicos as entidades adjudicantes referidas no artigo anterior [entidades adjudicantes nos designados «sectores especiais] sempre que os contratos por si celebrados, a cuja formação seja aplicável a parte II do Código, sejam, por vontade das partes, qualificados como contratos administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público*».

O presente preceito vem alargar a capacidade jurídica para celebrar contratos administrativos a entidades que actuam em sectores económicos que se presumem não inteiramente liberalizados e que ou são controladas pelos contraentes públicos referidos no artigo 3.º, n.º 1 [cfr. artigo 7.º, n.º 1, alínea *a*)], ou são titulares de direitos especiais ou exclusivos sobre determinadas actividades no âmbito dos sectores em causa atribuídos à margem de procedimentos concorrenciais [cfr. alínea *b*) do n.º 1 do artigo 7.º], ou que sejam controladas por quaisquer das entidades referidas [cfr. alínea *c*) do n.º 1 do artigo 7.º].

Não se entende bem a teleologia do preceito em causa, que parece misturar os planos em que se projectam os princípios ligados às regras da contratação pública, mormente o princípio da concorrência, com os planos em que se projectam os princípios que justificam o reconhecimento de autonomia pública contratual, ao fazer depender a capacidade de celebrar contratos administrativos de a formação do contrato estar sujeita às regras da contratação pública, ou seja, de ser simultaneamente um *contrato público*.

Desde logo, não podem sobrar dúvidas de que o artigo tem um escopo exclusivamente ampliativo da capacidade jurídica destas entidades, e não impositivo da actuação no âmbito de formas jurídico-públicas quando no exercício de determinadas actividades materialmente administrativas, já que este último desígnio é assegurado pelo n.º 2 do artigo 3.º

Por outro lado, é um artigo cuja relevância se cinge a entidades que não são contraentes públicos em virtude de serem *organismos de direito público* no termos dos artigos 2.º, n.º 2, e 3.º, n.º 1, alínea *b*), ou seja, tem em vista entidades que desenvolvem actividades de natureza efectivamente comercial ou industrial, mas que ou são controladas por entes públicos ou são detentoras de direitos

exclusivos sobre essas actividades atribuídos à margem de procedimentos concorrenciais, pelo que são submetidas, a partir de determinados limiares de valor, a regras (ainda que mais flexíveis) de contratação pública.

Ora, parece ter sido esta circunstância que justificou a atribuição a entidades que até podem ser totalmente privadas e não formalmente controladas por entes públicos [v. g., as entidades referidas na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 7.º e algumas das referidas na alínea *c*)] de capacidade para celebrar contratos administrativos: sendo como que «penalizadas» em face da concorrência por terem de contratar ao abrigo de normas pré-contratuais de direito público, e na medida em que o sejam, ficam *como que* compensadas com a capacidade para celebrarem contratos administrativos. Não obstante, tratando-se de actividade de gestão privada, que pode nem sequer ser actividade administrativa (na medida em que seja desenvolvida por entidades formal e materialmente privadas à margem do exercício de funções materialmente administrativas), não parece fazer sentido a mistura de planos e não se descortinam razões atendíveis para a referida moeda de troca.