

INVALIDADES CONTRATUAIS NO CCP  
— VISITA DE ESTUDO

*Nuno Sousa e Silva / Pedro Cerqueira Gomes*

SEPARATA

*Revista de  
Ciências  
Empresariais  
e Jurídicas*

n.º 21 · 2012



FEUC  
FACULDADE DE  
CIÊNCIAS EMPRESARIAIS  
E JURÍDICAS

## INVALIDADES CONTRATUAIS NO CCP – VISITA DE ESTUDO\*

*Nuno Sousa e Silva  
Pedro Cerqueira Gomes*

1. As causas de invalidade no CCP
  - a. Noção
  - b. Invalidades derivadas – âmbito de aplicação
  - c. Invalidades originárias – âmbito de aplicação
2. Invalidades Derivadas (283.º)
  - a. Fundamento de um regime de invalidade derivada
  - b. Conceito de acto procedimental em que tenha assentado a celebração
  - c. Nulidade
  - d. Anulabilidade
    - i. consolidação, convalidação ou renovação
    - ii. decisão judicial ou arbitral;
3. Artigo 283.º-A e Directiva 66/2007
  - a. A transposição
  - b. O artigo 283.º-A – razão de ser
  - c. Âmbito de aplicação
    - i. A hipótese de extensão
  - d. Modo de operar
4. Invalidades originárias (284.º)
  - a. Anulabilidade
  - b. Nulidade
  - c. Falta e vícios de vontade
5. O regime aplicável (285.º)
  - a. Preliminares
  - b. Contratos sobre o exercício de poderes públicos
  - c. Diferenças entre regime civil e regime administrativo
    - i. Nulidade
    - ii. Anulabilidade
  - d. A hipótese de conversão e redução

\*O presente trabalho foi elaborado no âmbito da cadeira de Mestrado “Contratos Públicos” leccionada pelo Prof. Doutor Mário Aroso de Almeida, com quem muito aprendemos. Outra palavra de agradecimento é devida às Profs. Doutóras Filipa Calvão e Raquel Carvalho pelos muitos incentivos e sugestões que nos foram dando.

No entanto, quaisquer erros ou omissões (outro tema caro à matéria da contratação pública) são da exclusiva responsabilidade dos autores.

O CCP<sup>1</sup> consagra no Capítulo II do Título I, “Contratos Administrativos em Geral” da Parte III: “Regime Substantivo dos Contratos Administrativos” disposições relativas à invalidade dos contratos. O legislador procurou estabelecer uma parte geral [o Título I] para determinar um regime geral do Contrato Administrativo (à semelhança do que faz o nosso Código Civil para a figura ampla do negócio jurídico<sup>2</sup>). Neste trabalho ocupar-nos-emos da análise do regime em sentido amplo, isto é, compreendendo as causas de invalidade e os seus efeitos, delineado pelo CCP para as invalidades do Contrato. Este consta dos artigos 283.º a 285.º<sup>3</sup>.

### 1. AS CAUSAS DE INVALIDADE NO CCP

Esclareça-se desde já que, neste ponto, abordamos apenas as causas de invalidade do contrato. Trata-se de saber se o contrato é nulo ou anulável. Questão distinta e tratada posteriormente será saber se, sendo o contrato nulo ou anulável, valerá o regime civil ou administrativo da invalidade [art.285.º].

#### A. NOÇÃO

O CCP distingue entre a invalidade *consequente de actos procedimentais inválidos* [art. 283.º] e a invalidade *própria do contrato* [art. 284.º]. Perante esta distinção – referente à causa do vício contratual – poder-se-ia pensar que estaríamos a distinguir entre vícios de formação do contrato e vícios de conteúdo/objecto do mesmo. Mas acontece, desde logo, que as faltas e vícios da vontade [art. 284.º nº3] não são vícios relativos ao conteúdo do contrato, mas vícios igualmente relacionados com a sua formação e, no entanto, enquadram-se na invalidade própria do contrato.

Na verdade, para perceber esta dicotomia não nos poderemos centrar na expressão ambígua *vícios próprios do contrato*, mas antes no primeiro termo: *invalidade consequente de actos procedimentais inválidos*. Assim, serão

<sup>1</sup> Neste trabalho faremos uso das abreviaturas: APR – Acto Procedimental Relevante; CC – Código Civil; CCP – Código dos Contratos Públicos; CJA – Cadernos de Justiça Administrativa; CPA – Código do Procedimento Administrativo; CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos; CRP – Constituição da República Portuguesa; DL – Decreto-Lei; JOUE – Jornal Oficial da União Europeia; RCP – Revista dos Contratos Públicos; RCEJ – Revista de Ciência Empresarias e Jurídicas; RDJ – Revista Direito e Justiça, ROA – Revista da Ordem dos Advogados

<sup>2</sup> Sobre os méritos e dificuldades da consagração de partes gerais vide RAUL GUICHARD, *Tópicos sobre técnicas legislativas* in RCEJ nº16, p.31 e ss.

<sup>3</sup> Doravante, todas as disposições normativas citadas sem adicional referência pertencerão ao CCP.

objecto de aplicação do artigo 283.º aqueles contratos em que haja uma invalidade do *acto procedimental que levou à sua celebração*<sup>4</sup>.

#### B. INVALIDADES DERIVADAS – ÂMBITO DE APLICAÇÃO<sup>5</sup>

Poder-se-á perguntar se apenas poderão sofrer deste tipo de invalidades os contratos administrativos que também sejam contratos públicos, isto é, aqueles contratos sujeitos à parte II do Código (disciplinando a sua formação). Afirmar isso seria afirmar que as únicas regras que regulam o procedimento de formação de contratos administrativos capazes de conduzir à sua invalidade subsequente são as presentes na parte II do CCP. Não nos parece que assim seja, uma vez que se verifica a hipótese (ainda que muito residual) de existirem contratos administrativos (sujeito à parte III) que não são contratos públicos. Estes, sendo celebrados pela Administração, estarão sujeitos, na sua celebração, às regras gerais de actuação, nomeadamente as constantes do CPA e da CRP<sup>6</sup>.

Também na hipótese inversa – contratos que, não sendo administrativos (sujeitos à parte III), foram celebrados ao abrigo da parte II (logo são contratos públicos) – se deverá aplicar a regra do art. 283.º. Isto justifica-se pois as regras da contratação pública não podem ser configuradas como *leges imperfectae*, isto é, para que o seu respeito seja garantido será necessário configurar uma sanção para a sua violação<sup>7</sup>. Na verdade, este regime, apesar da sua inserção sistemática, está mais ligado à parte II<sup>8</sup> do que à parte III. A sua existência justifica-se sobretudo por imperativos comunitários de proce-

<sup>4</sup> Daí que se digam também invalidades *derivadas*. Estas invalidades do contrato não são próprias, suas, relativas apenas ao contrato, mas provêm duma *deficiência genética* de um outro acto: o acto procedimental no qual tenha assentado a sua celebração. Sobre o conceito de acto procedimental ver *infra* 2. b.

<sup>5</sup> Não tratamos já neste ponto do âmbito de aplicação do artigo 283.º-A que será abordado *infra* no ponto 3.

<sup>6</sup> Na verdade, estando a Administração vinculada ao princípio da legalidade (precedência de lei) um mínimo de normas “procedimentais” (nem que seja no processo de formação da sua vontade) terá que respeitar, assim como terá sempre que ter em conta os princípios gerais do direito administrativo relativos à actuação da Administração. Daqui se infere que, onde quer que a administração actue, actuará segundo um procedimento (mais ou menos rígido). Quando actue através da celebração de um contrato, este estará, de forma incontornável, ligado a um procedimento, existindo, por isso, actos procedimentais. Questão distinta será a de saber que actos procedimentais poderão causar uma invalidade derivada.

<sup>7</sup> BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Almedina, p.95 e 96.

<sup>8</sup> Mas, como vimos em cima, não só.

dimentalização (os mesmos que fundamentaram a criação de uma parte II). As regras do procedimento visam a obtenção de um resultado: o contrato. É de elementar lógica que a sua violação possa repercutir-se no resultado visado.

Desta forma se conclui que o actual regime das causas de invalidade conseqüente de actos procedimentais inválidos será aplicável a todos os contratos que a administração celebre<sup>9</sup>. Esta conclusão não é de estranhar tendo em conta o substancial alargamento da figura do contrato administrativo.<sup>10</sup>

### C. INVALIDADES ORIGINÁRIAS – ÂMBITO DE APLICAÇÃO

As invalidades próprias do contrato são aquelas relativas à sua substância ou forma.

VIEIRA DE ANDRADE<sup>11</sup> defende a distinção das invalidades próprias, entre aquelas que sejam exclusivas do contrato e aquelas que sejam comuns, como no caso de vícios que já constavam dos documentos pré-contratuais e que venham a ser repetidos no clausulado do contrato. Esta última categoria relevaria na hipótese de não ter ocorrido impugnação ou invalidação do acto pré-contratual. Parece-nos, no entanto, que a autonomização desta categoria não se justifica. O que distingue um vício próprio do contrato é precisamente a sua exclusividade, isto é, ser fonte autónoma e suficiente de invalidade do contrato. Pode dar-se o caso de um contrato ser inválido devido a duas causas: uma invalidade derivada (v.g. devido a vícios no acto de adjudicação) e uma invalidade originária (v.g. devida ao conteúdo do contrato). Ainda que a causa última destas duas invalidades seja comum, não deixam estas de ser distintas e autónomas. Ou seja, uma invalidade derivada eivará o contrato quer este seja originariamente válido ou inválido. Pode dar-se o caso de se contaminar o que já está infectado, mas não deixarão por isso de existir dois agentes patogénicos...

Desta forma serão invalidades próprias aquelas que resultem directamente do contrato. E, quando falamos de contrato, falamos do contrato admi-

<sup>9</sup> Quanto ao âmbito da sua aplicação, este regime parece diferir do regime constante do revogado art. 185.º do CPA que associava a invalidade do acto administrativo de que houvesse dependido a celebração do contrato à invalidade do mesmo. Questão diferente – que analisaremos a propósito do conceito de acto procedimental – será saber se ocorreu ou não uma alteração, passando a tomar-se em conta a prejudicialidade dos actos procedimentais inválidos (expressão de VIEIRA DE ANDRADE, *A propósito do regime do contrato administrativo...* in *Estudos...* cit., vol. II, Coimbra, 2010, p.25).

<sup>10</sup> Que nos poderá mesmo fazer duvidar da possibilidade da Administração celebrar algum contrato que não seja administrativo.

<sup>11</sup> *Ob. cit.*, p.28

nistrativo<sup>12</sup>, aquele que é contemplado na parte III do CCP. Logo, o artigo 284.º referir-se-á apenas a estes.

Uma vez que o artigo 283.º se refere aos vícios de acto procedimental em que tenha assentado a celebração do contrato, parece claro que os vícios que surjam como consentâneos ou posteriores à celebração do contrato serão necessariamente vícios próprios do contrato.

## 2. INVALIDADES DERIVADAS

### A. FUNDAMENTO DE UM REGIME DE INVALIDADE DERIVADA

A existência de um regime de invalidade derivada justifica-se, porque toda actividade administrativa é pautada pelo princípio da procedimentalização, que é um princípio geral de consagração constitucional (nº 4 do art. 267.º da CRP) e que tem como fins principais a objectivação da vontade da pessoa colectiva, a melhor prossecução do interesse público e a realização do princípio da imparcialidade<sup>13</sup>.

Este “imperativo de procedimentalização” assumiu, entre nós, uma dimensão ainda mais musculada por força da intervenção comunitária; a regulamentação da contratação pública tornou-se num objectivo básico da integração Europeia ao lado da prossecução do mercado único europeu<sup>14</sup>.

### B. CONCEITO DE ACTO PROCEDIMENTAL EM QUE TENHA ASSENTADO A CELEBRAÇÃO

No campo das invalidades derivadas parece-nos que a pedra de toque do regime será o conceito de “acto procedimental em que tenha assentado a sua celebração”.

O artigo 185.º do CPA (revogado pelo DL 18/2008 que aprovou o CCP) utilizava apenas o conceito de acto administrativo nulo ou anulável; ou seja, só seriam tidas em conta as decisões (destacáveis ou finais) dos procedimentos que houvessem precedido a celebração do contrato<sup>15</sup>. No rigor dos termos, e

<sup>12</sup> Sobre os contornos da figura vide, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Apontamento sobre o contrato administrativo no CCP* in RCP, 2011, nº2, p.5 e ss.

<sup>13</sup> RAQUEL CARVALHO, *As invalidades contratuais nos contratos administrativos de solicitação de bens e serviços*, tese de doutoramento policopiada, 2008, p. 249.

<sup>14</sup> Espelho dessa realidade são as ilações tiradas a propósito do Ac. *Telaustria*.C-324/98 [2000].

<sup>15</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA et al., *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª edição, Almedina, 1997, p. 845.

no dizer de JORGE PEREIRA DA SILVA<sup>16</sup>, esta invalidade decorria da “invalidade verificada no procedimento de formação do contrato”, isto é, podíamos afirmar que esta invalidade sequencial, em regra, assentava na ideia de que tais actos, sendo inválidos, afectariam, em maior ou menor grau, o contrato que a final seria outorgado. Tal entendimento leva-nos a excluir do âmbito das invalidades derivadas, assim como RAQUEL CARVALHO<sup>17</sup>, aquilo que poderá ser considerado “elemento integrante do próprio contrato”.

Actualmente o CCP no seu artigo 283.º faz apelo ao conceito de “acto procedimental em que tenha assentado a sua celebração” e não ao conceito de “acto administrativo”. A vantagem deste rigor conceptual e lexical permite-nos extrair, agora, e com maior clareza, que o acto invalidante brota do procedimento ordenado à celebração de um contrato. Não estamos aqui perante todo e qualquer vício procedimental. Aliás não são de acolher, na nossa óptica, as preocupações de PACHECO DE AMORIM<sup>18</sup>. Parece-nos aliás que o autor parte de uma premissa incompleta, pois apenas faz referência ao acto procedimental, mas, em bom rigor, este artigo é claro ao referir que “*in caso*” está o “acto procedimental em que tenha assentado a sua celebração”<sup>19,20</sup>.

Na nossa opinião o legislador, no artigo 283.º, nº 1 e 2, com esta nova expressão, tem apenas um objectivo clarificador e não de mudança de paradigma<sup>21</sup>. É certo que o princípio do paralelismo de formas de invalidade, que se assumia no CPA como base da filosofia deste regime, não foi abandonado<sup>22</sup>.

Na senda de RAQUEL CARVALHO<sup>23</sup>, é de maior importância distinguir os actos que integram o conceito legal de acto procedimental relevante (isto é, capaz de originar uma invalidade derivada) de outros actos susceptíveis de impugnação contenciosa, mas que não tenham esse efeito. No que concerne aos actos que poderão ser alvo de impugnação contenciosa, temos não só a decisão de contratar e a adjudicação, mas também o programa de concurso, o caderno de encargos ou

<sup>16</sup> *A invalidade dos Contratos Administrativos* in RDJ, vol. X, tomo 2, UCP editora, 1996, p. 134.

<sup>17</sup> *Ob. cit.*, p. 186, referindo como exemplo o cadernos de encargos.

<sup>18</sup> *A invalidade e a [in]eficácia do contrato administrativo no CCP* in Estudos..., vol I, p. 642.

<sup>19</sup> Sublinhado nosso.

<sup>20</sup> Doravante, por comodidade de exposição, referir-nos-emos ao Acto Procedimental Relevante, isto é, o acto no qual tenha assentado a celebração do contrato, fazendo uso do acrónimo “APR”.

<sup>21</sup> No qual todas as ilegalidades procedimentais seriam enquadradas neste conceito de actos procedimentais. Mais difícil se revela esta possibilidade face ao novo artigo 283-A do CCP.

<sup>22</sup> RAQUEL CARVALHO, *O regime da invalidade derivada nos contratos administrativos* in RCP nº 3, p54 e 55.

<sup>23</sup> *Idem*.

qualquer outro documento conformador<sup>24</sup>. Claro está que também os actos de exclusão dos concorrentes serão passíveis de impugnação contenciosa<sup>25</sup>.

Importa realçar que, ao contrário do que parece resultar da previsão legal do art. 100.º do CPTA, nem todos os actos de procedimento, se inválidos, causam a invalidade derivada do contrato. Por força do procedimento específico, há aspectos contratuais que temporalmente integram uma fase no procedimento, como por exemplo o caderno de encargos. Contudo, definem-se aí aspectos substantivos do contrato<sup>26</sup>. Entendemos que estes aspectos, ainda que inseridos num procedimento, devem ser dogmaticamente tratados como requisitos de validade [própria] do contrato, uma vez que o seu clausulado será parte integrante do próprio contrato. Ou seja, conforme referimos *supra*, não vemos sentido útil na autonomização da categoria das invalidades comuns. Preocupação diferente é a possibilidade de impugnar contenciosamente determinados actos, antes da celebração do contrato, para assim evitar que esta ocorra. Esta acção será independente da circunstância de o contrato, se celebrado, estar ou não ferido de uma invalidade própria e/ou derivada.<sup>27</sup>

Perante este quadro, importa encontrar um critério que assegure a devida conexão entre acto procedimental e contrato e que, por isso, permita justificar a invalidação consequente do dito contrato. No fundo, trata-se de saber como se determinarão quais os actos procedimentais conducentes a uma invalidade derivada (os APRs). Para isso, a conexão entre acto procedimental e contrato terá forçosamente que ser estrita e jurídica<sup>28</sup>. Assim, nos contratos submetidos à parte II do CCP, onde impende um forte pendó procedimental, pois as suas prestações devem estar submetidas à concorrência, parecem existir apenas dois actos que servem de “suporte” ao contrato que são a decisão de contratar e a adjudicação.

<sup>24</sup> Não cabe no escopo desta exposição indagar sobre a natureza destes concretos actos. Diremos apenas acolher um conceito intermédio de acto administrativo na esteira de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA (*Considerações em torno do conceito de acto administrativo impugnável* in *Estudos em Homenagem ao Professor Marcelo Caetano*, vol. II, Coimbra, 2006, p. 259 e ss.)

<sup>25</sup> RAQUEL CARVALHO, *O regime...* cit., p. 55.

<sup>26</sup> Do mesmo modo, na conclusão de um negócio jurídico “clássico” são as declarações dos contraentes que conformam o conteúdo do contrato. Afinal de contas é por (e para) isso que existem.

<sup>27</sup> Diremos à partida, que serão maiores as garantias de tutela de quem procure impedir a celebração do contrato do que as de quem tente a invalidade deste. Isto será assim porque, como vimos, nem todos os actos pré-contratuais susceptíveis de impugnação contenciosa serão actos procedimentais relevantes, isto é, causadores de uma invalidade derivada.

<sup>28</sup> RAQUEL CARVALHO, *O regime...* cit., p. 57 e MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*, p. 317-321.

Vejamos.

A decisão de contratar é a razão de ser do procedimento, a base para existir uma adjudicação (acto final); esta configura o acto procedimental no qual assenta todo o procedimento e, por isso, o seu fim: o contrato. É um acto *publicitado que irá permitir aos potenciais interessados na celebração do contrato tomarem conhecimento do mesmo*<sup>29</sup> e, em conformidade, decidirem tomar ou não parte deste procedimento. A decisão de contratar será, assim, o acto no qual o co-contratante assenta a sua decisão de participação no procedimento, o que implicará, naturalmente, a celebração do contrato.<sup>30</sup> Esta conexão estrita e jurídica com a participação de (potenciais) co-contratantes é bastante para que se afirme que este é um acto no qual a celebração do contrato assenta, logo um APR.

Não há dúvida que a adjudicação é a base de sustentação da celebração do contrato na medida em que este acto administrativo revela não só o parceiro contratual da administração, bem como parte do acervo do clausulado contratual. Como este acto define o acto subsequente que é um contrato, parece claro a afirmação de que a celebração assenta nele, daí dizer-se acto “suporte”<sup>31</sup>.

A sucessão que está aqui em causa não é uma sucessão entre actos administrativos, mas sim entre acto e contrato. Ou seja, os interesses públicos e privados co-envolvidos são estruturalmente distintos, logo a invalidade reflectir-se-á no contrato.

Trata-se da grande diferença regimental entre a sucessão de actos administrativos e a sucessão de actos administrativos e contratos. A invalidade derivada do contrato é aquela que se verifica por existir um procedimento obrigatório que terá sido de alguma forma violado. A invalidade derivada deve, desta forma, reservar-se para deficiências que estão directamente relacionadas com o incumprimento de regras procedimentais conducentes à celebração daquele contrato. Assim, não serão as violações, abstractamente consideradas, que implicarão uma invalidade derivada mas apenas aquelas que impliquem, no concreto contrato, uma modificação objectiva ou subjectiva<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> TIAGO DUARTE, *A decisão de contrato no CCP* in *Estudos..cit.,* vol. I, p. 178 e 179.

<sup>30</sup> Já não será uma decisão na qual assente a celebração do contrato, a decisão de escolha do procedimento, uma vez que esta apenas limita o concreto conteúdo do contrato a celebrar. Inválida será sim a adjudicação que não respeite esses limites.

<sup>31</sup> Estamos perante *actos conexos ou suporte* quando a anulação de um acto administrativo se projecte, ou possa projectar-se, no plano da validade dos actos que possam ter sido praticados em conexão juridicamente relevante com aqueles – art. 133.º, n.º 2 al. i) do CPA, Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Anulação de ... cit.,* p. 312.

<sup>32</sup> Como veremos *infra* parece-nos que na parte final do nº4 do art. 283.º está consagrada uma presunção reforçada de que todas as invalidades implicam essa alteração subjectiva ou objec-

Em suma, concordamos com RAQUEL CARVALHO ao reconduzir a noção de APR a um conceito estrito compreendendo apenas a decisão de contratar e a adjudicação.

### C. NULIDADE

Coerentemente com o regime da nulidade (seja administrativa, seja civil<sup>33</sup>), o nº1 do artigo 283.º, torna claro serem nulos todos os contratos cujo APR também o seja<sup>34</sup>. Ao contrário do que o texto poderia transparecer, não é a declaração de nulidade do APR que vai determinar a nulidade do contrato, pois este será sempre nulo, salvo se *pela força do simples decurso do tempo* sejam atribuídos ao APR certos efeitos jurídicos. Deve por isso entender-se que a expressão “possa ainda sê-lo”<sup>35</sup> constante do final do artigo 283.º se refere precisamente à hipótese de reconhecimento dos efeitos putativos<sup>36</sup> do acto nulo, prevista no nº3 do artigo 134.º do CPA e, eventualmente, à hipótese de abuso de direito na modalidade de *supressio*<sup>37</sup>.

### D. ANULABILIDADE

Já em termos de anulabilidade, a anulação do APR não implica necessariamente a anulação do contrato (e vice-versa). Ou seja, podemos, por um lado, ter um APR que haja sido anulado e um contrato administrativo anulável, produzindo os seus efeitos, ainda que precariamente, ou, por outro lado, ter um

tiva do conteúdo contratual. VIEIRA DE ANDRADE [ *Ob. cit.,* p. 24 e 25 ] fala a este propósito numa “relação de prejudicialidade” entre acto e contrato.

<sup>33</sup> Como veremos no ponto 4 [relativo à interpretação do art. 285.º do CCP], poderemos ter uma nulidade estabelecida em face do art. 133.º do CPA à qual será aplicado o regime do direito civil. O que é certamente comum é a ineficácia dos actos nulos.

<sup>34</sup> O que é diferente da produção de efeitos *ipso facto* da declaração de nulidade do APR, havendo uma necessidade de cumular pedidos. Assim PACHECO DE AMORIM, *Ob. cit.,* p. 646 e 647.

<sup>35</sup> FREITAS DO AMARAL [ *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 2ª edição, Almedina, 2011, p 611, nota 1037 ] critica a redacção deste artigo pelo seu erro gramatical e entende que esta expressão se refere à declaração judicial de nulidade [p. 612].

<sup>36</sup> O que, frisam MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA et al. [ *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª edição, Almedina, p. 654 e 655 ], *mostra quão falaciosa é, do ponto de vista jurídico-prático, a ideia de que o acto nulo não produz efeitos, independentemente da declaração da sua nulidade.*

<sup>37</sup> Usamos a expressão de MENEZES CORDEIRO [ *Tratado de Direito Civil*, vol. V, Almedina, 2005, p.312 ] que a define como *a posição de qualquer situação jurídica que, não tendo sido exercida em determinadas circunstâncias e por um certo lapso de tempo, não mais possa sê-lo por, de outro modo, se contrariar a boa fé.* Na verdade a locução completa será *supressio ex bona fide.*

contrato anulado, cujo APR ainda se mantenha eficaz<sup>38</sup>.

O artigo 283.º contempla duas hipóteses em que não se verificará o efeito anulatório do contrato: a consolidação, convalidação ou renovação sem reincidência nas causas de invalidade (nº3) e decisão judicial ou arbitral que, ponderando os interesses públicos e privado em causa, opte pelo afastamento deste efeito (nº4).

Procedamos à sua análise.

#### i. Consolidação, convalidação ou renovação

O CPA no seu artigo 136.º, relativo ao regime da anulabilidade, esclarece que os actos anuláveis poderão ser revogados nos termos do artigo 141.º do mesmo Código. Assim, parece-nos que a consolidação se referirá ao efeito da passagem do tempo que implicará a impossibilidade de ocorrer a anulação<sup>39</sup>: no caso, 6 meses (141.º nº1 do CPA e 41.º nº2 do CPTA)<sup>40</sup>. Nas palavras de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA<sup>41</sup>, este acto passará a ser visto no ordenamento jurídico como um acto tão consistente quanto um acto legal, passando a sujeitar-se ao regime da revogação de actos válidos.

A convalidação referir-se-á à ratificação – mencionada no art. 137.º do CPA<sup>42</sup> – entendida como *sanação dos vícios não atinentes ao conteúdo do acto*<sup>43</sup>.

A renovação parece referir-se à própria revogação que, quando fundamentada na invalidade do acto revogado, tem eficácia retroactiva (145.º nº2 CPA) e à hipótese de reforma do acto (art.137.º CPA)<sup>44</sup>, isto é, a *sanação da ilegalidade do seu conteúdo*.<sup>45</sup>

<sup>38</sup> Se bem que seja difícil descortinar em relação a quê é que se manterá eficaz...

<sup>39</sup> Apesar da remissão para o regime, não vale aqui ao prazo relativo à revogação (58.º do CPTA) mas antes, o prazo para a anulação (41.º do CPTA) por ser o efeito que se pretende obter, por via processual.

<sup>40</sup> Ou, no Direito Civil, à caducidade do direito de acção prevista no art. 287.º nº 1 do CC, à hipótese de inoponibilidade da nulidade ou anulação contemplado no art. 291.º do mesmo diploma e à já referida *supressio*.

<sup>41</sup> *Ob. cit.*, p. 660 e 661.

<sup>42</sup> Que configura o equivalente à confirmação, prevista no art. 288.º do Código Civil. Sobre a confirmação dos negócios anuláveis *vide*, por todos, RUI DE ALARCÃO, *A confirmação dos negócios anuláveis*, Coimbra, 1971.

<sup>43</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA et al, *Ob. cit.*, p. 664

<sup>44</sup> Como explica MOTA PINTO (*Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra, 2005, p. 621) a renovação, nos contratos nulos é um novo contrato e opera *ex nunc*. Assim parece ser também nos contratos anuláveis, pelo que, para o direito civil, será menos frequente o seu uso.

<sup>45</sup> MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA et. al, *Ob. e loc. cit.*

Refira-se ainda que o nº2 do art. 137.º do CPA manda aplicar o regime da revogabilidade de actos inválidos às figuras da ratificação, reforma e conversão.

#### ii. Decisão judicial ou arbitral

O nº4 do artigo 283.º do CCP contempla a hipótese de o julgador, fazendo uma ponderação dos interesses em causa (públicos e privados), um juízo de proporcionalidade e de conformidade com a boa-fé<sup>46</sup>, afastar o efeito anulatório<sup>47</sup> previsto, ou seja, apesar da anulação do APR, manter o contrato como eficaz e, por essa via, convalidá-lo.

Nesta ponderação dos interesses em causa deverá igualmente valer a doutrina consagrada no nº4 do artigo 283.º-A<sup>48</sup>, segundo a qual não poderão ser equacionadas as consequências normais do efeito anulatório (os custos resultantes de atraso na execução do contrato, de abertura de um novo procedimento de formação do contrato, de mudança do co-contratante ou de obrigações legais resultantes do efeito anulatório) mas apenas as situações concretas que tornem especialmente onerosa (para o interesse público ou para o interesse privado) a anulação do contrato. A avaliação da conformidade com a boa fé deverá ser igualmente feita de forma prudente, assim como a proporcionalidade deverá ser entendida com alguma lassidão<sup>49</sup>, sob pena de se transformar um regime excepcional num regime-regra.

Hipótese que nos parece algo distinta é a possibilidade de esse efeito (anulatório) ser igualmente afastado quando se demonstre inequivocamente que o vício não implicaria nem uma modificação subjectiva no contrato celebrado, nem uma alteração do seu conteúdo essencial. Aqui tratar-se-á de ex-

<sup>46</sup> Princípio que informa a conduta da Administração (6.º-A do CPA e 266.º nº2 da CRP). Poderá questionar-se se esta referência abrirá a porta para que, com as devidas adaptações, se passe a aplicar a doutrina do abuso de direito, também em contratos sujeitos, por via do art. 285.º, ao regime do direito administrativo, para: impedir o exercício de um (aparente) direito e/ou fundamentar uma pretensão indemnizatória. Sobre o tema cfr. PEDRO MONIZ LOPES, *Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa*, Almedina, 2011.

<sup>47</sup> Poderá igualmente questionar se esta possibilidade de afastamento dos efeitos anulatórios não será também extensível aos efeitos da nulidade, isto é, da aplicabilidade da solução do nº4 aos casos de nulidade. Defende-o GISELA MORGADO DE ANDRADE, *Do novo Regime da Invalidade Consequente do Contrato Administrativo – Uma Flexibilização Limitada*, Tese de Mestrado não editada, UCP Lisboa, 2009, p.25.

<sup>48</sup> Assim, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA em exposição oral.

<sup>49</sup> RUI MEDEIROS (*A decisão de inconstitucionalidade*, UCP, 1999, p. 735) fala na proporcionalidade em sentido estrito, isto é a *proibição do excesso*. Frisam também este ponto GOMES CANOTI-LHO/VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, vol. II, 4ª edição, Coimbra, 2010, p. 979 e ss.

plicitar que, em face da função da anulação [a reposição da legalidade], o seu efeito retroactivo só se justificará quando implique uma alteração do “estado das coisas”. Demonstrada *inequivocamente* – note-se a exigência reforçada de prova – a irrelevância do vício na configuração (subjectiva ou objectiva) do contrato celebrado, estará também demonstrada a desnecessidade de fazer operar as consequências desta invalidade. Na verdade, o que nos parece existir nesta hipótese da parte final do n.º 4 é apenas uma **presunção reforçada** dos efeitos nefastos do acto. Isto é, o legislador parece presumir que a invalidade do APR implicará sempre uma alteração objectiva (“do seu conteúdo essencial”) ou subjectiva do contrato, permitindo que não se faça sentir o efeito anulatório quando se demonstre o contrário.

A possibilidade conferida ao julgador de afastar o efeito anulatório, apesar de ter alguns pontos de contacto com a prevista no artigo 282.º n.º 4 da CRP, aparentemente difere desta última por, textualmente, não admitir soluções intermédias: ou o efeito anulatório se verifica totalmente ou será totalmente excluído. Mas, se este “tudo ou nada” se justifica quanto à hipótese de demonstração inequívoca da irrelevância do vício e consequentemente do efeito anulatório, assim já não sucederá quando se faça uma ponderação segundo a boa fé e/ou a proporcionalidade. Coaduna-se perfeitamente com a natureza desta última uma limitação (ao invés da exclusão) do efeito anulatório<sup>50</sup>. Aliás assim se refere no n.º 5 do art. 283.º-A a possibilidade de circunscrição dos efeitos da anulação.

Cumpra ainda fazer referência à tutela dos interesses de terceiro aquando do afastamento do efeito anulatório. JOANA SOUSA MARTINS<sup>51</sup> defende que *o facto de o legislador não ter reconhecido expressamente uma pretensão indemnizatória ao terceiro (...) não significa que seja de excluir o seu reconhecimento nestas situações* e propõe a utilização do mecanismo da convolação da instância nos termos dos arts. 102.º n.º 5 e 45.º do CPTA de forma a permitir que o terceiro se sirva da mesma acção para exercitar a sua pretensão indemnizatória. Parece-nos uma solução adequada.

<sup>50</sup> Dever-se-á aplicar um raciocínio de maioria de razão, até porque se admite a operação de uma redução nos termos do art. 292.º do CC. Sobre o problema ver *infra* 5 d. Defende esta solução GISELA MORGADO DE ANDRADE, *Ob. cit.*, p.16.

<sup>51</sup> *O afastamento do efeito anulatório dos contratos administrativos no âmbito de aplicação dos artigos 283.º n.º 4 do CCP e a desprotecção dos terceiros*, tese de mestrado não editada, UCP Lisboa, 2010, p. 46 e 47.

### 3. ARTIGO 283.º-A E DIRECTIVA 2007/66/CE

#### A. A TRANSPOSIÇÃO

O DL n.º 131/2010, de 14 de Dezembro, veio, entre outras medidas, transpor para o ordenamento jurídico português a Directiva n.º 2007/66/CE<sup>52</sup>. Esta tinha como “lema” melhorar a *eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos*.<sup>53</sup> Só assim se conseguiriam salvaguardar valores comunitários fundamentais como a transparência e a não discriminação. Desta feita, a Directiva, procurou resolver dois problemas considerados nucleares: a corrida à assinatura dos contratos; e os casos de ilegal adjudicação directa de contratos<sup>54</sup>.

O modo de resolução destes óbices à eficácia em matéria adjudicatória foi realizado através da adopção de duas medidas fundamentais. Por um lado, a previsão de um período mínimo de suspensão entre a decisão de adjudicação e a celebração do contrato (o chamado prazo *stand still*). Por outro, a previsão da privação de efeitos como sanção para a adjudicação ilegal de contratos mediante ajuste directo. Não nos podemos esquecer, como resulta do preâmbulo do DL 131/2010, que a intenção do legislador era aprovar medidas destinadas a conferir *maior simplicidade e transparência* aos procedimentos pré-contratuais regulados no CCP<sup>55</sup>. Isto posto, cabe-nos analisar as alterações efectuadas.

A Directiva introduziu um *anúncio voluntário de transparência ex ante*, a publicar segundo o modelo determinado do JOUE (art. 3.º -A da Directiva). Este anúncio dará a conhecer não apenas o objecto do contrato, mas também a identidade do adjudicatário. Ora o legislador nacional, face a esta novidade, aditou ao CCP o artigo 78.º-A, que consagra este meio de publicitação facultativo da intenção de contratar, em casos de decisão de adjudicação na *sequência de um procedimento de formação do contrato sem publicação no JOUE*<sup>56</sup>. Este anúncio voluntário não substitui os anúncios de carácter obrigatório, mas é visto como um “plus” facultativo<sup>57</sup>. Em consequência disto os valores da transparência e publicidade saem reforçados, uma vez que se permite, agora, que

<sup>52</sup> Doravante e por comodidade de exposição “Directiva”.

<sup>53</sup> Em bom rigor evitar aquelas situações de “facto consumado”.

<sup>54</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A recente transposição da Directiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Dezembro, no ordenamento jurídico português* in RCP, n.º 1, 2011, p. 24 e 25

<sup>55</sup> Outra questão será a de saber se terá logrado conseguir o seu desiderato ou se terá sido uma debalde alteração.

<sup>56</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Ob. e loc. cit.*

<sup>57</sup> *Idem.*

terceiros conheçam, atempadamente a intenção de contratar, contribuindo para evitar situações de “facto consumado” (outorga do contrato).

O fenómeno de corrida à assinatura dos contratos é considerado um dos problemas nucleares da contratação pública pois em muito obsta à existência de uma tutela jurisdicional efectiva<sup>58</sup>. Em face deste fenómeno a Directiva, no artigo 2.º-A, estatui um prazo mínimo de 10 ou 15 dias, consoante o meio de comunicação utilizado<sup>59</sup>. O prazo de *stand still* teve consagração no CCP, já desde 2008, nos arts. 95.º e 104.º, mas existiam excepções a este prazo. Excepções, estas, que foram alteradas pelo DL 131/2010 que revogou a al. b) do art. 95.º e do art. 104.º.

A transposição da Directiva obrigou igualmente à revisão do regime de invalidade contratual previsto no CCP. Consta do considerando 13 que se deve promover uma luta contra a *adjudicação ilegal dos contratos por ajuste directo* através de uma sanção efectiva, proporcionada e dissuasiva. Esta sanção deverá ser a privação de efeitos<sup>60</sup>.

O DL 131/2010 aditou ao CCP o art. 283.º-A, com a epígrafe “A anulação de contratos com fundamentos em vícios procedimentais”. É sobre este aspecto que nos vamos ocupar com maior detalhe.

Enquanto o artigo 283.º prevê as duas formas de invalidade: a nulidade e anulabilidade, o artigo 283.º-A apenas consagra a anulabilidade. Esta solução, à partida, aparentaria contender com o imperativo de ineficácia [a epígrafe do artigo 2.º-D da directiva é “privação de efeitos”]. Ela é, no entanto, consentânea com a directiva e os seus imperativos, se lidos como um todo. SUE ARROWSMITH explica que *as disposições nacionais podem consagrar um cessar retroactivo das obrigações contratuais ou limitá-lo às obrigações vindouras*<sup>61</sup>. Assim se demonstra também a possibilidade de limitação dos efeitos retroactivos, prevista no nº5. Esta autora escreve igualmente que os Estados-membros

<sup>58</sup> Considerando 4 e 6 da Directiva - defende a instituição de um prazo suspensivo mínimo, que deve proporcionar aos interessados tempo suficiente para analisarem a decisão de adjudicação e a oportunidade de interpor recurso.

<sup>59</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Ob. cit.*, p. 26. Para mais desenvolvimentos sobre o prazo de *stand still* e a Directiva vide ISABEL CELESTE FONSECA, *A Directiva [recursos] nº2007/66 CEE: O reforço da efectividade do contencioso pré-contratual – what else?* in *Revista FDUP*, vol. V, 2008, p. 49 e ss.

<sup>60</sup> MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Ob. cit.*, p. 29.

<sup>61</sup> [“...national law may provide for the retroactive cancellation of all contractual obligations or limit it to obligations which still have to be performed.”], *EU Public Procurement Law: an Introduction*, disponível em <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf>, p. 296

*podem permitir aos tribunais que afastem totalmente o efeito anulatório*<sup>62</sup>, solução prevista no nº3. O imperativo de não consideração dos custos óbvios da anulação na ponderação de interesses a fazer resulta também do art. 2º-D nº3 2º parágrafo da Directiva. A imposição de sanções, prevista no nº3 do artigo é igualmente respeitadora do imperativo do artigo 2.º-E da Directiva.

Apesar de se poderem fazer críticas em termos de legística, a transposição respeita plenamente as imposições da directiva em matéria de invalidade<sup>63</sup>.

## B. O ARTIGO 283.º-A – RAZÃO DE SER.

O panorama do regime de invalidades do CCP não é terreno pródigo em certezas. Pelo contrário muitas são as dúvidas e poucas as respostas. Perante este cenário interrogativo surge uma nova dúvida: o artigo 283º-A.

A primeira questão que se coloca é a articulação deste regime com o regime das invalidades derivadas. Parece-nos que estamos em planos distintos, pois, conforme dissemos, o regime das invalidades derivadas [art. 283.º] aplica-se aos actos com uma conexão jurídica estrita entre “acto procedimental” e “contrato”. Não nos parece, porém que o *telos* deste artigo esteja vocacionado, para estas situações, pois estaríamos a entrar em áreas de sobreposição. Isto é, os actos geradores de uma invalidade derivada tanto poderiam estar sujeitos ao regime do artigo 283.º como ao regime do art. 283.º-A, sem qualquer critério distintivo claro. O legislador não quererá repetir-se pelo que, necessariamente, este artigo visa uma tutela distinta.

A essência do art. 283.º-A prende-se, em primeiro lugar, com a relevância que no campo da contratação pública assumem os comandos comunitários. Perante isto assistimos à criação de uma categoria autónoma de invalidades (*rectius*, anulabilidades<sup>64</sup>) procedimentais<sup>65</sup>.

É certo que o regime da invalidade derivada se funda, igualmente em

<sup>62</sup> [“Member States may allow review bodies not to consider a contract ineffective where overriding reasons relating to the general interest require that the effects of the contract should be maintained.”], *Ob. e loc. Cit.*

<sup>63</sup> Frisam GUERRA TAVARES/MONTEIRO DENTE [Código dos Contratos Públicos Volume II - Comentado (Artigos 278º A 473º)], Almedina, 2011, p.34] que será necessário alterar o CPTA na transposição do art.2.º nº3 da Directiva.

<sup>64</sup> Explicam GUERRA TAVARES/MONTEIRO DENTE (*Ob. cit.*, p. 33] dever verificar-se nulidade quando haja falta de procedimento. Parece-nos que, nesses casos, não estaremos perante a aplicação deste artigo mas sim do artigo 283.º.

<sup>65</sup> Não teria que ser assim, até porque foi opção do legislador configurar a parte II uniformemente, aplicando-se o regime que resulta das directivas indiferentemente. Se aí o legislador foi mais além, aqui parece ter-se cingido aos “serviços mínimos”.

vícios procedimentais, mas vícios procedimentais materialmente distintos. Enquanto nas invalidades derivadas se fala de “acto procedimental em que tenha assentado a celebração [do contrato]” e assim se exige, como vimos, uma conexão jurídica estrita entre acto e contrato. Nestas invalidades procedimentais a anulabilidade do contrato é configurada como uma verdadeira sanção. O legislador associa o incumprimento de determinadas regras procedimentais, que visa garantir, à invalidade do contrato. A finalidade, parece-nos ser aqui mais preventiva e punitiva do que de reposição da legalidade. Espelha precisamente esta preocupação de “prevenção geral” a existência obrigatória de sanções alternativas previstas no nº3 {redução de duração do contrato ou sanção pecuniária} quando se afaste o efeito anulatório. Preocupado com o incumprimento de determinados imperativos procedimentais (comunitários), o legislador consagra uma invalidade do contrato, independentemente de esta estar associada a uma acto em que a sua celebração tenha assentado<sup>66</sup>. E, caso o efeito anulatório seja afastado, impõe na mesma um “castigo” para que quem viole determinadas regras procedimentais não saia impune e com a ideia de que “a violação compensa”.

### C. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

O legislador concretizou, no art. 283.º-A duas hipóteses de invalidade – ambas relacionadas com o procedimento pré-adjudicatório : ter havido falta de publicação de anúncio no JOUE ou ter ocorrido uma celebração do contrato sem observância do prazo de 10 dias – do art. 95.º n.º3 ou do art. 104 n.º1 al.a) – entre a decisão de adjudicação e o início da execução do contrato.

A anulação do contrato com fundamento na primeira causa – enunciada no nº1 – não é aplicável, desde que se verifiquem os três requisitos previstos no n.º 2. Tratar-se-á de uma irregularidade não invalidante<sup>67</sup>. Nessa situação ocorre ilicitude, pois existe, de facto, incumprimento de regras jurídicas. Porém, como se trata de regras formais e desde que a razão substantiva que sustenta tais regras se mostre salvaguardada, o princípio do aproveitamento da actuação impõe a não aplicação da consequência invalidante. Esta regra (obrigando à publicação no JOUE) é fundamentada por imperativos de publicidade, ou seja, é, precisa-

<sup>66</sup> Por isso parece-nos que estas invalidades se aplicam precisamente aos contratos públicos [celebrados ao abrigo da Parte II] sendo que os contratos administrativos que não estejam obrigados a estes procedimentos, não poderão ser “vítima” de uma invalidade procedimental como contemplada no art. 283.º -A. Não exactamente nestes termos vide GUERRA TAVARES/MONTEIRO DENTE, *Ob. cit.*, p.32].

<sup>67</sup> RAQUEL CARVALHO, *O regime...cit.*, p.64.

mente por ter existido ou não um anúncio que poderemos ter mais ou menos concorrentes. Contudo, se esse objectivo de obtenção do maior número de concorrentes possível, estiver assegurado apesar deste incumprimento, então não existirá razão substantiva que justifique a anulação. Esta razão é consubstanciada na verificação, cumulativa, dos requisitos do art. 283.º-A n.º2. Realce-se que um destes é ter existido um anúncio voluntário [283.º-A, n.º2 al.b)]. Apesar de este anúncio voluntário não excluir, de *per se*, o anúncio obrigatório do artigo 78.º do CCP, não podemos deixar de considerar que a junção deste critério com o facto de a escolha do procedimento de formação ter assentado num critério material previsto no capítulo III do título I da parte II do presente código [art. 23º e ss do CCP]<sup>68</sup>, bem como o respeito pelo prazo *stand still*, permitirão dar tutela às exigências de publicidade e concorrência.

Importa também responder a uma outra questão: saber se a enumeração do art. 283º-A, nº1 é meramente exemplificativa.<sup>69</sup> Atendendo apenas à letra da lei seríamos forçados a responder afirmativamente, pois lê-se: “os contratos são designadamente”<sup>70</sup> anuláveis...”. Não podemos, porém, ver neste artigo uma cláusula geral e... tão pouco podemos dizer que o elenco aqui presente é taxativo.

As razões pelas quais não nos parece ser de admitir uma cláusula aberta prendem-se com a garantia da segurança jurídica e com a necessidade de evitar um acesso indiscriminado a juízo. Uma cláusula geral sem consagração expressa nem contornos claros geraria uma incerteza que o sistema não pode tolerar. Não fechamos a porta a que outras situações caiam no escopo deste artigo, porém não nos parece possível estabelecer com certezas um critério identificador comum a estas invalidades procedimentais e, muito menos, inferir uma cláusula geral implícita capaz de gerar um mínimo de consenso.

A hipótese que nos parece mais plausível é interpretarmos a expressão “designadamente” como uma “abertura” para o Direito da União Europeia, pois podem ser necessários novos ajustamentos por forma a garantir certas inovações de fonte comunitária, sejam novas directivas ou decisões jurisprudenciais. Claro está que as directivas deverão ser transpostas para o Direito Interno dentro do prazo. É também certo que, para que exista um efeito directo este prazo terá que ter expirado.<sup>71</sup> Mesmo assim poderemos ponderar se não

<sup>68</sup> Sobre os critérios materiais de escolha do procedimento vide FRANCISCO DE OLIVEIRA FERREIRA, *Procedimentos pré-contratuais ao abrigo do CCP*, Coimbra, 2010, p. 79 e ss.

<sup>69</sup> RAQUEL CARVALHO, *Ob. cit.*, p. 63.

<sup>70</sup> Sublinhado nosso.

<sup>71</sup> O prazo de transposição vale como que uma *vacatio legis*, sendo necessário que este tenha expirado para que se possa produzir o efeito directo. Assim afirmou o TJUE no Ac. *Ratti* C-148/78

deveremos ir interpretando esta disposição sem esperar pelo “início de vigência” (isto é, a possibilidade de se começar a produzir algum efeito<sup>72</sup>) de uma directiva. Esta hipótese apresenta várias dificuldades, mormente em termos de segurança jurídica, que analisamos em seguida. Já o mesmo não se diga quanto à jurisprudência comunitária<sup>73</sup>.

#### i. Hipótese de extensão

O legislador comunitário não elaborou regras aplicáveis a todos os contratos cuja formação pudesse ser submetida à concorrência de mercado, deixando de fora do seu âmbito contratos economicamente relevantes como os contratos de concessão de serviço públicos e impondo-se apenas aos restantes contratos estabelecidos acima de certos limiares. Perante este cenário, o nosso legislador, no CCP, em vez de proceder a uma transposição acrítica da normação comunitária<sup>74</sup>, revelou-se consciente da sua incompletude estrutural<sup>75</sup>. Não esquecendo recente Jurisprudência nesta matéria<sup>76</sup>.

No Acórdão *Telaustria* [C-324/98] estava em causa um contrato excluído pelas directivas (concessão de serviço público entre uma sociedade de capitais exclusivamente públicos e uma empresa privada) mas, mesmo assim, o Tribunal de Justiça entendeu que das regras do Tratado e dos princípios da não discriminação e da igualdade resultava uma “obrigação de transparência” para as entidades adjudicantes, em termos tais que permitisse assegurar, a “favor de todos os potenciais concorrentes um grau de publicidade adequado para garantir a abertura à concorrência dos contratos de serviços, bem como o controlo da imparcialidade dos processos de adjudicação<sup>77</sup>”. Esta jurisprudência foi depois confirmada por outras decisões, como no caso *Coname* [C-231/03, novamente uma

[1979]. No entanto, desde a aprovação de uma directiva até ao fim do seu prazo de transposição, esta produz alguns efeitos, como a obrigação do Estado não adoptar legislação que comprometa os seus efeitos, a chamada *legislação retrógada* [Ac. *Wallonie* C-129/96 [1997] e Ac. *Mangold* C-144/04 [2005]. Sobre o efeito directo vide, por todos, T.C. HARTLEY, *The foundations of European Union Law*, 7<sup>th</sup> Edition, Oxford, 2010, p.209 e ss.

<sup>72</sup> No fundo tratar-se-á de equacionar com que extensão deverá valer o efeito indirecto (também chamado princípio da interpretação conforme).

<sup>73</sup> SUE ARROWSMITH, *Ob. cit.*, p. 41 e ss (explicando em pormenor o sistema de precedente).

<sup>74</sup> Particularmente as Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE.

<sup>75</sup> O nosso legislador decidiu submeter as concessões de serviços públicos, à Parte II do CCP e fixou limiares muito abaixo dos comunitários.

<sup>76</sup> RUI MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência* in CJA Nº 69, p. 5.

<sup>77</sup> Ponto 62 do Acórdão.

concessão de serviços), no qual o Tribunal de Justiça voltou a afirmar que, por força da obrigação de transparência, as entidades adjudicantes devem “permitir que uma empresa situada no território de um Estado-membro diferente tenha acesso às informações adequadas à concessão antes de esta ser adjudicada de forma a que, se essa empresa o desejar, possa manifestar o seu interesse na obtenção dessa concessão<sup>78</sup>”.

A Comissão Europeia, na sua Comunicação Interpretativa sobre o tema, de 1 de Agosto de 2006, sustentou que, se o contrato tiver relevância para o mercado interno (com interesse potencial para os agentes económicos situados noutros Estados-Membros), a inaplicabilidade das directivas sobre a contratação pública não dispensa as entidades adjudicantes de uma obrigação de transparência, devendo ser assegurada, não apenas uma publicidade da decisão de contratar adequada à garantia da abertura de formação do contrato à concorrência e a potenciais concorrentes de outros Estados-membros, mas também a imparcialidade nos procedimentos de adjudicação.

Poderemos afirmar, seguindo RUI MEDEIROS<sup>79</sup>, que o princípio subjacente ao entendimento da Comissão, segundo o qual, independentemente do alcance das directivas comunitárias relativas aos contratos públicos, os tratados da União Europeia contêm princípios estruturantes do mercado interno que valem igualmente na contratação pública, dificilmente pode ser contestado. Significa isto que o Direito da União Europeia relevante para a formação dos contratos não se esgota na normação que se extrai das directivas sobre a contratação pública<sup>80</sup>. O resultado alcançado reflecte um compromisso paradoxal. O legislador comunitário, ao aprovar as Directivas n.º 2004/17/CE e 2004/18/CE, se recusou a opção por uma regulamentação totalmente rígida, também rejeitou o paradigma principiológico, assente na normação pouco pormenorizada e mais aberta. Todavia, com o reconhecimento de que a contratação excluída das directivas pode estar submetida a princípios comunitários que regem uma economia de mercado aberta e de livre concorrência, a formação de uma parte importante dos contratos acaba por ficar submetida a um mero enqua-

<sup>78</sup> RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Os princípios gerais da Contratação Pública* in *Estudos...cit.*, vol.I, p.63.

<sup>79</sup> *Âmbito...cit.*, p. 6.

<sup>80</sup> A aplicação directa dos princípios aos contratos não abrangidos pelas directivas comunitárias depende da verificação de um pressuposto: a realização de uma actividade económica que, enquanto tal, esteja sujeita aos princípios e regras basilares que sustentam a realização de um mercado único, isto é, a igualdade e as liberdades de circulação – CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, p. 257.

dramento principiológico<sup>81</sup>.

Este foi o raciocínio que foi extraído das directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE. Isto posto, será que não podemos usar de um raciocínio principiológico também em face da Directiva 2007/66/CE? Parece-nos que sim, uma vez que podemos considerar que a melhoria da eficácia em matéria adjudicatória é uma condição essencial para existir uma transparência plena. No seguimento do que referimos *supra*, o art. 283.º - A n.º 1, ao utilizar o vocábulo, “designadamente”, abre a porta para que sejam consideradas novas invalidades procedimentais. Parece-nos que se deverá equacionar um enquadramento principiológico também nesta matéria, sobretudo para acautelar novas necessidades de uma regulamentação comunitária [que rumo a um “El dorado europeu”, onde concorrência e transparência dançam harmoniosamente no mesmo palco: o da salvaguarda do mercado interno da União em matéria de contratação pública<sup>82</sup>]. Abrimos assim a porta para novos ajustamentos comunitários nesta matéria, precisamente através do vocábulo «designadamente».

#### D. MODO DE OPERAR

Já fomos adiantando o modo de operar do artigo 283.º-A, mas cumpre fazer uma curta sistematização.

Determinada a anulabilidade e requerida a anulação esta poderá ser decretada sem mais, cumprindo apenas sujeitá-la ao regime próprio. A lei consagra também a hipótese – já abordada no ponto 2. d. ii. – de afastamento [parcial ou total] do efeito anulatório por ponderação dos interesses em causa. Essa ponderação deverá ser feita nos mesmos termos do exposto para o artigo 283.º n.º4, até porque está consagrada por remissão [art. 283.º - A n.º3 1.ª parte]. Vale aqui o imperativo, expresso e de fonte comunitária, de desconsideração dos custos inerentes ou normais de uma qualquer anulação [n.º4].

A grande diferença deste regime face ao do artigo 283.º n.º4 é a consagração de sanções a aplicar quando ocorra o afastamento [total ou parcial] do efeito anulatório [283.º-A n.º3 e n.º5 parte final]. Caso o julgador considere que o efeito anulatório deve ser afastado, fica obrigado a “substituir” a “sanção” da

<sup>81</sup> *Idem*.

<sup>82</sup> Contra esta lógica levantam-se razões ponderosas. SUE ARROWSMITH (*Ob. cit.*, p. 82 e ss.), sintentiza as críticas apontadas à decisão, a saber: que esta excede as competências de uma interpretação judicial, violando a separação dos poderes ao ocupar campos próprios da legislação; cria uma considerável incerteza e impõe constrangimentos excessivos à regulamentação que os Estados-membros queiram adoptar, nomeadamente no sentido de consagrar uma maior liberdade contratual.

anulação por uma das sanções previstas no n.º3 do art. 283.º-A: redução da duração do contrato ou sanção pecuniária [com limite máximo no preço contratual]. Esta aplicação deverá ter correspondência com o afastamento [total ou parcial] do efeito anulatório, tendo preocupações de equidade, proporcionalidade e igualdade.

A fim de permitir o controlo da implementação deste mecanismo e a forma como tem sido usado, a Directiva impunha e o DL 131/2010 consagrou no art. 472.º n.º3 do CCP, uma obrigação de comunicar [até 30 de Setembro de cada ano] à Comissão Europeia a compilação de todas as decisões transitadas em julgado no ano anterior em que tenha ocorrido este afastamento do efeito anulatório, acompanhadas da respectiva fundamentação.

## 4. INVALIDADES ORIGINÁRIAS

### A. ANULABILIDADE

Seguindo de perto a disciplina da invalidade administrativa, concretamente o art. 135.º do CPA, o n.º 1 do art. 284.º, consagra como regra geral a anulabilidade dos contratos celebrados com ofensa de princípios ou normas injuntivas. Distingue-se do art. 294.º do CC, que comina com a nulidade a mesma *facti species*. Parece deverem valer aqui as considerações feitas por MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA quanto à necessidade de interpretação restritiva da letra da lei, nomeadamente no caso das formalidades não essenciais.<sup>83</sup>

### B. NULIDADE

Mantendo-se fiel à disciplina do CPA, o n.º2 do art. 284.º determina a nulidade para as invalidades mais graves, ou seja, para as hipóteses previstas no art. 133.º do CPA e para a violação de princípios gerais de direito administrativo.

Quanto à primeira hipótese nada de específico há a acrescentar.

A segunda hipótese, cuja redacção é algo tautológica – “...são nulos (...) quando o respectivo vício determine a nulidade...” – necessita de alguma especificação. Dir-se-á, em primeiro lugar, que não serão todas as violações de princípios gerais de direito administrativo [pense-se na legalidade] que implicarão a nulidade [nem sequer a anulabilidade, como vimos *supra*] mas apenas aquelas que pela sua gravidade o justifiquem. Poder-se-á indagar se, perante a redacção do art. 133.º do CPA, restarão alguns casos em que esta hipótese venha a ser aplicada. No entanto, uma cláusula geral garante uma maior plas-

<sup>83</sup> *Ob. Cit.*, p. 657 e 658.

ticidade, pelo que se numa época se revela desnecessária, noutra poder-se-á revelar de grande importância<sup>84</sup>.

### C. FALTA E VÍCIOS DA VONTADE

Neste ponto específico o CCP, no n.º3 do art. 284.º, remete para o regime civil da falta e vícios da vontade<sup>85</sup>. Este consta dos artigos 240.º a 257.º do CC. Discute-se se esta remissão deverá abranger igualmente o respectivo regime (civil) de invalidades, situado nos artigos 285.º a 291.º<sup>86</sup>. Assim, independentemente de o artigo 285.º do CCP determinar a aplicação do regime administrativo ou civil da invalidade, valeriam as disposições mencionadas, uma vez que esta remissão transformaria o regime civil relativo à falta e vícios da vontade também em regime administrativo especial<sup>87</sup>. Esta é a posição defendida por PACHECO DE AMORIM<sup>88</sup>.

No entanto, como frisa FREITAS DO AMARAL<sup>89</sup>, o CCP contém *uma disciplina autónoma do regime jurídico «stricto sensu» da invalidade no seu artigo 285.º* pelo que esta remissão valerá apenas quanto às causas, isto é, quanto aos artigos 240.º a 257.º do Código Civil. Concordamos com este último autor por razões de coerência sistemática. Os artigos 283.º a 284.º tratam das causas de invalidade e o legislador decidiu autonomizar o tratamento do regime, no artigo 285.º. Não nos parece adequado dar um âmbito maior à remissão efectuada pelo n.º3 do artigo 283.º do que aquele que o legislador deu ao restante artigo.

<sup>84</sup> Permitindo igualmente a existência de um sistema móvel, isto é, um sistema em que a ponderação de determinados efeitos à obter (a estatuição) é feita no seu todo podendo determinados pressupostos ser “compensados” por outros [v.g. culpa grave faz presumir a ilicitude]. Nas palavras de RAUL GUICHARD (*A ideia de um sistema móvel, em especial no domínio da responsabilidade civil. Apresentação da tradução de Walter Wilburg “Desenvolvimento de um sistema móvel no Direito Civil”* in RDJ, Vol. XIV, 2000, p.3) são «domínios de predileção» do «método móvel», seja o preenchimento de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, seja, em geral, a concretização de «conceitos valorativos» e de «conceitos comparativos».

<sup>85</sup> Como fazia o revogado art. 185.º n.º2 do CPA.

<sup>86</sup> Não nos parece, ao contrário do que escreve PACHECO DE AMORIM (*Ob. cit.*, p.6 53), que esta remissão para o regime, a existir, deva ir até ao art. 294.º do CC, uma vez que a redução (art. 292.º) e a conversão (293.º) são aplicáveis por via da remissão mais ampla do artigo 285.º n.º3 do CCP [que analisaremos *infra*] e a solução do art. 294.º do CC não é, como vimos, acolhida pelo CCP.

<sup>87</sup> Assim BACA ONETO *apud* PACHECO DE AMORIM (*Ob. Cit.*, p. 659).

<sup>88</sup> *Ob. cit.*, p. 652 e ss.

<sup>89</sup> *Ob. cit.*, p.615.

## 5. O REGIME APLICÁVEL

### A. PRELIMINARES

Como já fomos adiantando, independentemente da causa da invalidade, o regime a que esta estará sujeita dependerá da aplicação dos critérios do art. 285.º: se se tratar de um contrato com objecto passível de acto administrativo [1ª hipótese] ou de um outro contrato sobre o exercício de poderes públicos [2ª hipótese], será aplicável o regime de invalidade para o acto com o mesmo objecto e idêntica regulamentação da situação concreta, isto é, o regime administrativo [especial ou o constante do CPA]. Nos demais contratos administrativos, valerá o regime da invalidade do direito civil. Assim, poderemos ter uma invalidade com “cabeça administrativa” e “cauda civil”. Ou seja, uma invalidade cuja causa e qualificação resulta da avaliação que se faça no quadro normativo administrativo, mas que é sujeita ao regime da nulidade ou anulabilidade civil. As normas da “cabeça” da invalidade precisarão se o contrato será nulo ou anulável, podendo dar-se o caso de o regime dessa nulidade ou anulabilidade ser o regime civil.<sup>90</sup>

A disposição do art. 285.º é aplicável quer às invalidades originárias quer ao regime das invalidades derivadas. Isto é frisado pela própria epígrafe “regime da invalidade”<sup>91</sup> e parece ter sido intuito do legislador distinguir o regime da invalidade dos contratos, das causas que lhe dão origem apenas com base nos dois critério anunciados<sup>92</sup>.

<sup>90</sup> O contrário já não parece ser possível visto que, como referido, o regime que determina a “cabeça” [causa e qualificação da invalidade] será sempre administrativo [ainda que remeta para a lei civil]. Assim temos dois “animais” possíveis: “cabeça” e “cauda” administrativa ou “cabeça” administrativa e “cauda” civil.

<sup>91</sup> Pese embora este capítulo não primar pela exactidão: O capítulo II refere-se à “invalidade do contrato”, os arts. 283.º e 283.º-A na sua totalidade referem-se ao “contrato” e o art.284.º nos seus n.ºs 1 e 2 fala igualmente do “contrato” mas no n.º3 do “contrato administrativo”

<sup>92</sup> Apesar de o texto parecer anunciar uma outra coisa quando o s n.ºs 2 e 3 se referem aos “contratos administrativo”. O n.º1, por seu lado, refere-se apenas a “contratos”. Como já referido na nota anterior não parece ser o elemento literal o da maior importância na interpretação destes preceitos, já que, aparentemente, o legislador não terá tido plenamente em conta o facto de o art. 283.º ser ainda, de algum modo, do âmbito do “direito europeu da contratação pública”, como já se demonstrou *supra*.

## B. CONTRATOS SOBRE O EXERCÍCIO DE PODERES PÚBLICOS<sup>93</sup>

Tratamos aqui de uma noção fundamental: a de contratos sobre o exercício de poderes públicos, na qual se incluem os contratos com objecto passível de acto administrativo. Esta é devida uma vez que a determinação do regime [a “cauda”] de invalidade administrativa do contrato se faz pela sua natureza de contrato sobre o exercício de poderes públicos.

A contratação sobre o exercício de poderes públicos abrangerá, principalmente, os: contratos substitutivos de actos administrativos – através dos quais a Administração no final do procedimento administrativo celebra um contrato com o destinatário do projectado acto administrativo em vez de tomar a decisão unilateralmente – e os contratos obrigacionais, que configuram contratos pelos quais a Administração se vincula à emissão [ou não emissão] de um acto administrativo antes ou no decurso de determinados procedimentos administrativos<sup>94</sup>.

FILIPA CALVÃO<sup>95</sup> afirma que podemos definir contratos sobre o exercício de poderes públicos como aqueles contratos onde se estipula o modo ou o sentido do exercício futuro de tais poderes; ou aqueles que determinam, eles próprios, a produção de certos efeitos jurídicos públicos.

O art. 278.º do CCP vem reconhecer aos contraentes públicos o poder de celebrar quaisquer contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer<sup>96</sup>. Igualmente o artigo 1.º, n.º 6 do CCP qualifica este tipo de contratos como administrativos.

Sublinhe-se que o facto de a lei encarar o contrato administrativo como alternativa ao acto administrativo significa apenas que o contrato é uma forma de actuação prevista e reconhecida no ordenamento jurídico português. Não implica que a Administração possa exercer pela via contratual todo o tipo de poder ou competência legalmente prevista para ser exercida por acto administrativo<sup>97</sup>.

Será necessário articular as implicações do princípio da legalidade, entendido como precedência de lei, com o art. 278.º do CCP. Cumpre perguntar: exigirá este princípio uma norma de autorização específica para o exercício

<sup>93</sup> Em profundidade vide MARK KIRKBY, *Contratos sobre o exercício de poderes Públicos – o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral*, Coimbra, 2011.

<sup>94</sup> FILIPA CALVÃO, *O contrato sobre o exercício de poderes públicos* in *Estudos...* cit., vol. I p.334

<sup>95</sup> FILIPA CALVÃO, *Ob. cit.*, p.328.

<sup>96</sup> O CCP consagra o princípio da utilização alternativa do contrato em relação ao acto administrativo, em termos similares aos que já resultavam do CPA.

<sup>97</sup> FILIPA CALVÃO, *Ob. cit.*, p. 348.

contratual de cada poder administrativo ou, pelo contrário, bastar-se-á com o princípio geral do art. 278.º?

A consagração genérica do art.278.º apresenta-se em termos de dispensar uma norma autorizativa específica, servindo assim de base para o exercício pela via consensual dos poderes legalmente atribuídos à Administração.

A decisão de actuar por via consensual, em vez de unilateralmente, tem carácter discricionário<sup>98</sup>. Isto é, só é admissível a via contratual quando a lei não fixe vinculadamente uma outra forma de actuação, ou esta se revele incompatível com a natureza jurídica da relação<sup>99,100</sup>.

## C. DIFERENÇAS ENTRE REGIME CIVIL E REGIME ADMINISTRATIVO (GERAL)

O CCP, no seu artigo 284º, estabeleceu uma uniformização das causas e das sanções quanto ao regime das “invalidades próprias do contrato”, fazendo aplicar o regime do CPA também aos contratos de colaboração, ou seja, aos contratos com objecto passível de contrato de direito privado, que antes estavam sujeitos à disciplina do Código Civil.

Contudo e pese embora esta aparente uniformização, o artigo 285º estabelece novamente um “separar de águas”. Este cenário leva-nos a questionar que matérias visará o artigo 285.º regular, pois as causas de invalidade e sanções já se encontram estabelecidas nos artigos 283.º, 283-A.º e 284.º. Perante esta “sistemática”, somos levados a concordar com MARK KIRBY<sup>101</sup> que afirma que o artigo 285.º visa regular o regime das formas de invalidade, ou seja, o regime aplicável à nulidade e à anulabilidade. Estes regimes são muito próximos, daí que nos pareça que o legislador teria sido mais eficiente e gentil se tivesse procedido a uma uniformização do regime.

Vejamos algumas diferenças e similitudes entre o regime civil<sup>102</sup> e o regime administrativo de invalidade.

<sup>98</sup> FILIPA CALVÃO, *Ob. cit.*, p. 349.

<sup>99</sup> art. 278º CCP “salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer”.

<sup>100</sup> Para uma melhor concretização destas limitações vide FILIPA CALVÃO, *Ob. Cit.*, p. 350 REBELO DE SOUSA/ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos*, Tomo III, 2ª edição, D. Quixote, 2009, p. 58.

<sup>101</sup> MARK KIRKBY, *Ob. cit.*, p. 394 e 395.

<sup>102</sup> Falamos naturalmente do regime civil geral e não das invalidades mistas ou típicas de alguns contratos, pese embora ser de relevância incontornável a nulidade “enfraquecida” do art. 892.º do CC.

### i. Nulidade

Ambas as nulidades obstam à produção de efeitos do contrato<sup>103</sup>. Em ambas as hipóteses se verifica que esta invalidade é invocável a todo o tempo, por qualquer interessado, sendo também de conhecimento oficioso (286.º do CC e 134.º nº2 do CPA). Igualmente se prevêem hipóteses para o reconhecimento dos efeitos de facto de um acto jurídico nulo. No regime administrativo, expressamente no art. 134.º nº3 do CPA; no direito civil, no art. 291.º do CC e também através da figura da *surrectio*<sup>104</sup>, enquadrada na cláusula (muito) geral do abuso de direito. Aqui poder-se-á antever uma subtil diferença na tutela da confiança de terceiros, entre o direito civil e o direito administrativo<sup>105</sup>, sendo o primeiro mais sensível perante a situação jurídica de terceiros do que o segundo<sup>106</sup>.

### ii. Anulabilidade

Em ambos os regimes de anulabilidade falamos de um acto precário, isto é, eficaz mas inválido, produzindo efeitos que poderão ser retroactivamente afastados (289.º do CC e 128.º do CPA). A grande diferença será, como já referimos<sup>107</sup>, o prazo de caducidade do direito de acção<sup>108</sup>: 6 meses no regime administrativo e 1 ano no regime civil<sup>109</sup>. Mas, mesmo esta, não é isenta de dúvidas, pois será possível defender-se a natureza processual do mencionado prazo<sup>110</sup>. Desta forma, visto que a jurisdição competente será, independente-

<sup>103</sup> Poder-se-á eventualmente discutir se a afirmação dogmática da não produção de efeitos da nulidade civil é exacta [veja-se o texto do art. 289.º nº1 do CC em que se afirma a retroactividade da declaração de nulidade]; e também se esta nulidade é totalmente assimilável à incapacidade absoluta de produção de efeitos expressamente afirmada no 134.º nº1 do CPA. Trata-se de, como já citámos MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, uma *ideia falaciosa*. Parece-nos não existir neste ponto qualquer diferença de regime. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I, Almedina, 2005, p. 873 e ss.

<sup>104</sup> Que na verdade constitui a outra face da *supressio* visto que, como frisa MENEZES CORDEIRO [*Tratada...cit.*, vol. V, p. 324] se trata sempre do *surgimento, ex bona fide, de uma nova posição jurídica*.

<sup>105</sup> Ressalve-se no entanto a hipótese de via art. 266.º nº2 da CRP e 6.º-A do CPA, se “inundar” o direito administrativo da doutrina da boa-fé, esbatendo ainda mais as diferenças.

<sup>106</sup> Analisando o regime geral e criticando a solução adoptada pelo CCP vide VIEIRA DE ANDRADE, *A Nulidade Administrativa, Essa Desconhecida in Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, 2010, p.763 e ss.

<sup>107</sup> Tivemos a preocupação de, na análise das causas de afastamento do efeito anulatório fazer iguais referências ao direito civil.

<sup>108</sup> Du para arguir a anulação, isto é, o prazo de sanção da invalidade

<sup>109</sup> MARK KIRKBY, *Ob. cit.*, p. 396.

<sup>110</sup> Assim AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário ao CPTA*, 3ª edição, Almedina, 2010,

mente do regime da invalidade, a administrativa (regendo-se o processo pelo CPTA), o prazo passará a estar nivelado pelos 6 meses. Parece-nos, no entanto, que esta diferença se deverá manter, sob pena de ocorrer um esvaziamento total da diferenciação que o legislador quis fazer.

### D. A HIPÓTESE DE CONVERSÃO E REDUÇÃO

Em face do texto nº3 do artigo 285.º coloca-se com particular acuidade a questão do seu alcance (serão apenas os contratos administrativos?). Já acima referimos ser nosso entender que este artigo se aplica quer à invalidade originária, quer à invalidade derivada. Por isso parece-nos que esta disposição visa meramente esclarecer que a regulamentação (civil) dos fenómenos da redução e da conversão será sempre aplicável, mesmo aos contratos administrativos (acrescentamos, sujeitos ao regime administrativo). Este entendimento é consentâneo com a circunstância de todos os contratos passíveis de ser sujeitos a um regime (uma “cauda”) administrativo serem necessariamente contratos administrativos. Assim, os contratos sujeitos ao regime civil seriam sempre sujeitos às hipóteses de redução e conversão e os contratos administrativos, por força desta disposição, sê-lo-ão igualmente.<sup>111</sup>

Quer a redução - limitação dos efeitos da invalidade, mantendo como válida e eficaz a parte do negócio que assim possa ser autonomizada (presumindo-se a sua divisibilidade<sup>112</sup>) - , quer a conversão<sup>113</sup> - *reconstituição com os materiais do negócio totalmente inválido de um outro negócio cujo resultado final económico-jurídico, embora mais precário, se aproxime do tido em vista pelas partes com a celebração do contrato totalmente inválido*<sup>114</sup> - são expressões do princípio da conservação dos negócios jurídicos.<sup>115</sup> Este princípio reflecte a *necessidade para a lei de minorar, com base numa ponderação*

p.279 e 280. Defendem-no com *o propósito de obter uma mais rápida estabilização das situações contratuais nos domínios em causa*.

<sup>111</sup> Assim VIEIRA DE ANDRADE, *Ob. cit.*, p.28.

<sup>112</sup> Sobre o assunto vide DOMINGUES DAMAS, *A redução do negócio jurídico* in RDA, 1985, ano 45.º, p.709-42.

<sup>113</sup> Sobre o assunto vide CARVALHO FERNANDES, *A conversão dos negócios jurídicos civis*, Lisboa, 1993.

<sup>114</sup> Definição de MOTA PINTO, *Ob. Cit.*, p. 639 que ressalva também a hipótese de contrato válido mas ineficaz.

<sup>115</sup> Assim, HEINRICH HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português*, Almedina, 2002, p. 595 e ss. e DOMINGUES DAMAS, *Ob. Cit.*, p.748.

*críteriosa dos interesses em jogo, as consequências de uma invalidade*<sup>116</sup>, tendo em conta que merece alguma tutela o facto de ter existido um acordo de vontades, muito vezes fruto de negociações intensas e concessões mútuas chegando a uma difícil composição de interesses: o negócio. Este “custo negocial” ou “custo da negociação” é particularmente relevante na contratação pública<sup>117</sup> pelo que temos esta solução como totalmente adequada.

## BIBLIOGRAFIA

- AAVV, *Estudos de Contratação Pública*, vols. I e II, Coimbra, 2008 e 2010. (citado *Estudos...*)
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*, Almedina, 2002.
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Apontamento sobre o contrato administrativo no CCP* in RCP, 2011, nº2, p.5 e ss.
- AROSO DE ALMEIDA/CARLOS CADILHA, *Comentário ao CPTA*, 3ª edição, Almedina, 2010.
- ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE, *Considerações em torno do conceito de acto administrativo impugnável* in *Estudos em Homenagem ao Professor Marcelo Caetano*, vol. II, Coimbra, 2006.
- ALARCÃO, RUI DE, *A confirmação dos negócios anuláveis* Coimbra 1971.
- ALVES, RAUL GUICHARD, *Aideia de um sistema móvel, em especial no domínio da responsabilidade civil. Apresentação da tradução de Walter Wilburg “Desenvolvimento de um sistema móvel no Direito Civil”* in RDJ, Vol. XIV, 2000,
- ALVES, RAUL GUICHARD, *Tópicos sobre técnicas legislativas* in RCEJ nº16, p.31 e ss.
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO, *Curso de Direito Administrativo*, vol. II, 2ª edição, Almedina, 2011.
- AMORIM, JOÃO PACHECO DE, *A invalidade e a (in)eficácia do contrato administrativa no CCP* in *Estudos...*, vol. I.
- ANDRADE, GISELA MORGADO DE, *Do novo Regime da Invalidade Consequente do Contrato Administrativo – Uma Flexibilização Limitada*, Tese de Mestrado não editada, UCP Lisboa, 2009.
- ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *A Nulidade Administrativa, Essa Desconhecida* in *Em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina, 2010, p.763 e ss.

<sup>116</sup> HEINRICH HÖRSTER, *Ob. e loc. cit.*

<sup>117</sup> Apesar de, como vimos *supra*, esta circunstância não dever ser considerado na ponderação de interesses que se faça para um eventual afastamento do efeito anulatório.

- ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *A propósito do regime do contrato administrativo...* in *Estudos...*, vol. II
- ARROWSMITH, SUE, *EU Public Procurement Law: an Introduction*, disponível em <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf>,
- CALVÃO, FILIPA, *O contrato sobre o exercício de poderes públicos* in *Estudos...*cit, vol. I
- CARVALHO, RAQUEL, *As invalidades contratuais nos contratos administrativos de solicitação de bens e serviços*, tese de doutoramento policopiada, 2008
- CARVALHO, RAQUEL, *O regime da invalidade derivada nos contratos administrativos* in RCP nº 3, 2012
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil*, vol. V, Almedina, 2005.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I, Almedina, 2005.
- DAMAS, DOMINGUES, *A redução do negócio jurídico* in ROA, 1985, ano 45.º
- DUARTE, TIAGO, *A decisão de contratar no CCP* in *Estudos...*vol. I
- ESTORNINHO, MARIA JOÃO, *A recente transposição da Directiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Dezembro, no ordenamento jurídico português* in RCP, nº1, 2011.
- FERNANDES, LUÍS CARVALHO, *A conversão dos negócios jurídicos civis*, Lisboa, 1993.
- FERREIRA, FRANCISCO DE OLIVEIRA, *Procedimentos pré-contratuais ao abrigo do CCP*, Coimbra, 2010.
- FONSECA, ISABEL CELESTE M., *A Directiva (recursos) nº2007/66 CEE: O reforço da efectividade do contencioso pré-contratual – what else?* in *Revista FDUP*, vol. V, 2008.
- GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição Anotada*, vol. II, 4ª edição, Coimbra, 2010.
- GUERRA TAVARES/MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos Volume II - Comentado (Artigos 278º A 473º)*, Almedina, 2011.
- HARTLEY, T.C., *The foundations of European Union Law*, 7ª Edition, Oxford University Press, 2010
- HÖRSTER, HEINRICH EWALD, *A parte geral do Código Civil Português*, Almedina, 2002.
- KIRKBY, MARK BOBELA-MOTA, *Contratos sobre o exercício de poderes Públicas – o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral*, Coimbra, 2011.
- LOPES, PEDRO MONIZ, *Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa*, Almedina, 2011
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Almedina.
- MARTINS, JOANA SOUSA *O afastamento do efeito anulatório dos contratos administrativos no âmbito de aplicação dos artigos 283.º nº4 do CCP e a desprotecção dos terceiros*, tese de mestrado não editada, UCP Lisboa, 2010.
- MEDEIROS, RUI, *A decisão de inconstitucionalidade*, UCP, 1999
- MEDEIROS, RUI *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência* in CJA Nº 69

- OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE, et al., *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª edição, Almedina, 1997.
- OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE, *Os princípios gerais da Contratação Pública in Estudos...*, vol. I
- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, (com a colab. de PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO), *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra, 2005
- REBELO DE SOUSA/ SALGADO MATOS, *Contratos Públicos*, Tomo III, 2ª edição, D. Quixote, 2009
- SILVA, JORGE PEREIRA DA, *A invalidade dos Contratos Administrativos in RDJ*, vol. X, tomo 2, UCP editora, 1996.
- VIANA, CLÁUDIA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, 2007.