

## CUMPRIMENTO E INCUMPRIMENTO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

PEDRO GONÇALVES

### NOTAS PRELIMINARES

A primeira observação que suscita a análise de qualquer elemento ou traço do novo *regime substantivo dos contratos administrativos*, constante do Título I da Parte III do *Código dos Contratos Públicos* (CCP) — artigos 278.º-342.º —, é a de acentuar que ali se fixa uma disciplina aplicável aos «contratos administrativos», conforme a delimitação que desta mesma figura nos apresenta o artigo 1.º, n.º 6 (em articulação com os artigos 3.º e 8.º) (1). Conclui-se, assim, que estamos perante um regime jurídico que não se aplica a todos os contratos da Administração Pública, nem tão-pouco a todos os contratos abrangidos pela incidência da Parte II do CCP, atingindo apenas os «contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo» (artigo 1.º, n.º 1).

Em segundo lugar, observa-se que o CCP consagra, em geral, uma solução de aberta *preferência de regulação das relações contratuais jurídicas administrativas por um regime de direito administrativo*. Para comprovar isto mesmo, atente-se na orde-

---

(1) O CCP abandonou o sistema da definição legal de contrato administrativo, substituindo-o por um modelo de indicação dos *factores ou índices de administratividade dos contratos da Administração*; esses factores são apresentados nas quatro alíneas do citado artigo 1.º, n.º 6.

nação que a lei estabelece ao definir o «direito aplicável» ao contrato administrativo; nela se estabelece o seguinte:

- i) As relações contratuais jurídicas administrativas serão, em primeiro lugar, reguladas pelo eventual *regime jurídico administrativo especial* que lhes seja aplicável — cf. referência a «lei especial» (n.ºs 1 e 3 do artigo 280.º), e a «relações ... reguladas em especial no presente Código» (n.º 2 do artigo 280.º). Neste caso, existindo um *regime jurídico especial*, seja no CCP (2) ou em lei avulsa (3), as relações contratuais administrativas serão *subsidiariamente* reguladas pelas disposições do Título I da Parte III do CCP (regime geral). Esta aplicação subsidiária só terá, porém, lugar se os tipos de contratos a regular não afastarem as razões justificativas da disciplina em causa (4).
- ii) Não existindo qualquer regime jurídico administrativo especialmente aplicável a um tipo ou categoria de contrato administrativo — nem no Título II da Parte III

---

(2) No Título II da Parte III, o CCP regula, em especial, os seguintes *contratos administrativos*: as empreitadas de obras públicas (artigos 343.º-406.º), as concessões de obras públicas e de serviços públicos (artigos 407.º-430.º), a locação de bens móveis (artigos 431.º-436.º), a aquisição de bens móveis (artigos 437.º-449.º) e a aquisição de serviços (artigos 450.º-454.º). Trata-se, sem excepção, de *contratos administrativos*, em rigor, de contratos administrativos *por força de lei*.

(3) Por exemplo, a Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, que aprova o regime do *contrato de trabalho em funções públicas* — contrato que origina uma “relação de trabalho subordinado de natureza administrativa”, nos termos do artigo 9.º, n.º 3, da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

(4) Por força desse limite, não haverá lugar à aplicação subsidiária do Título I da Parte III do CCP às relações laborais emergentes de *contratos de trabalho em funções públicas*. Recorde-se, a propósito, que, apesar da natureza administrativa, tais contratos se encontram expressamente fora da incidência do CCP; cf. a redacção do artigo 4.º, n.º 2, al. a), na sequência da alteração introduzida pelo artigo 12.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro.

do CCP, nem em lei avulsa —, as relações contratuais regular-se-ão, *em primeiro lugar*, pelas disposições constantes do mesmo Título I da Parte III do CCP, onde se acolhe uma espécie de *regime geral do contrato administrativo*.

- iii) Quando estiverem em causa aspectos não regulados no eventual regime especial nem no regime geral do contrato administrativo (disposições constantes do Título I da Parte III), serão então convocados, *subsidiariamente*, os princípios gerais do direito administrativo e, com as necessárias adaptações, as “restantes normas de direito administrativo” (artigo 280.º, n.º 2) <sup>(5)</sup>.
- iv) Finalmente, num último escalão de aplicação subsidiária, poderá haver lugar à mobilização, com as necessárias adaptações, do disposto na *lei civil* <sup>(6)</sup> <sup>(7)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Ao grupo das “restantes normas de direito administrativo” pertencem as disposições do Título II da Parte III do CCP (contratos administrativos em especial, *v. g.*, empreitada de obras públicas): a aplicação, a Título subsidiário, dessas normas a um contrato de natureza administrativa parece, assim, ter primazia sobre a aplicação das regras de direito privado que se aplicam ao *tipo* de contrato em causa (quando possuindo natureza privada).

<sup>(6)</sup> Onde, parece-nos, se acolhe uma espécie de “regime jurídico geral do contrato” e não apenas do contrato de direito privado. Como tem sido enfatizado pela doutrina, apesar da conexão muito estreita ao direito civil, o “contrato”, a instituição contratual, assume, no cosmos jurídico, um significado e uma extensão universais, podendo considerar-se pois uma “categoria do direito”, do direito privado e do direito público; cf. V. SCHLETTE, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, p. 12; H. EBERHARD, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Viena, Springer, 2005, p. 115. Mas, apesar disto, afigura-se indiscutível que a *disciplina historicamente consolidada* da instituição contratual se encontra no direito e na lei civil e há-de ser, portanto, nesta — chamemos-lhe *lei comum* — que se vai fundar um “regime jurídico geral do contrato”. Diremos, pois, que a aplicação das regras do direito civil não se baseia na *analogia*, mas no facto de tais regras serem a expressão e a concretização de princípios jurídicos gerais (na linha de SCHLETTE,

Por nada encerrar de surpreendente, compreende-se, sem dificuldade, a consagração do princípio da regulação prioritária do contrato administrativo por um regime jurídico — *especial* ou *geral* — especificamente pensado e desenhado em função do *quid specificum* dos contratos daquela natureza jurídica <sup>(8)</sup>. De resto, a prevalência do regime jurídico específico e próprio do contrato administrativo sobre o regime da lei civil (da *lei comum*) corresponde à regra geral da *prevalência da lei especial sobre a lei geral*.

Contudo, uma análise mais atenta revela-nos alguns aspectos inovadores, que, sem se poderem considerar surpreendentes, se afiguram, pelo menos, dignos de registo.

Assim, desde logo, importa ter presente que o CCP não se limita a proclamar o primado da aplicação do regime geral que acolhe (ou do que conste de lei especial). Com efeito, a prevalência ou preferência do regime de direito administrativo abrange os próprios princípios gerais de direito administrativo, bem como as “restantes normas” deste sector do ordenamento jurídico. Só na insuficiência da disciplina daqueles princípios ou na falta de outras normas de direito administrativo, há lugar à aplicação subsidiária do direito civil.

---

*ibidem*, pp. 392 e segs. e 663 e segs., deverá entender-se que, ao regular o contrato, o direito civil se limitou a positivizar regras tendencialmente válidas para todos os contratos). Ao direito administrativo cabe a incumbência de definir a *parte do regime* do contrato administrativo que não quer ver regulado pela *lei comum dos contratos*.

(7) O recurso ao direito civil pode ainda resultar de norma expressa acolhida no próprio regime jurídico (especial ou geral) de regulação do contrato administrativo: assim sucede, entre outros, nos casos dos artigos 284.º, n.º 3, 285.º, n.º 2, ou 325.º, n.º 4.

(8) Compreensivelmente, é também assim, por exemplo, no direito alemão, nos termos do § 62 da *VwVfG*, do qual resulta a aplicação prioritária do disposto nos §§ 54 a 61, seguida das restantes disposições daquela mesma lei e, por fim, em via complementar, das disposições pertinentes do Código Civil. Sobre a aplicação de disposições de direito civil à disciplina do contrato administrativo, cf. H. de WALL, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, p. 279.

Por outro lado, sublinha-se o facto de a regulamentação de direito administrativo acolhida na Parte III do CCP — quer no Título I, para os contratos administrativos em geral, quer no Título II, para os contratos administrativos em especial — não encontrar paralelo, nem em extensão nem em profundidade, com a situação existente antes do CCP: agora, a uma regulamentação geral, mas minuciosa, aplicável a todos os contratos administrativos (Título I), acresce uma disciplina inovadora específica dirigida às categorias contratuais mais frequentes da vida administrativa (Título II).

Pode, pois, concluir-se que, no novo regime, além de só ser convocada no último escalão da aplicação subsidiária, o espaço de aplicação da lei civil diminuiu de uma forma drástica. Eis o resultado de o regime próprio do contrato administrativo ter deixado de repousar num número limitado e marginal de disposições especiais, para se converter numa disciplina extensa e detalhada, que persegue o propósito de regular todos os momentos decisivos da relação contratual.

De certo modo, a validar a ideia que acaba de se expor, o tema do *cumprimento e do incumprimento do contrato administrativo* figura como um dos que foi objecto de regulamentação específica no CCP, sobretudo, mas não apenas, no Título I da Parte III <sup>(9)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> Por contraste, veja-se o direito alemão, onde a regulação específica do contrato administrativo não dispensa qualquer atenção aos temas do cumprimento (*Erfüllung*) e do incumprimento (*Leistungsstörungen*) do contrato; sublinhando este silêncio, cf. SCHLETTE, *ibidem*, p. 580; H.-W. ERICHSEN, in H. W. ERICHSEN/D. EHLERS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlim, De Gruyter, 2002, p. 431. Sobre a modernização do direito das obrigações e o seu impacto no regime do contrato administrativo, no domínio do incumprimento contratual, cf. B. GÜNDLING, *Modernisiertes Privatrecht und öffentliches Recht*, Berlim, Duncker & Humblot, p. 298 e segs.

Contudo, ao invés do que se passa na Alemanha, a matéria do incumprimento dos contratos administrativos surge especialmente regulada noutros sistemas: assim, desde logo, no direito espanhol, agora na

Na primeira norma inserida no capítulo dedicado à «execução do contrato», sob a epígrafe «princípios fundamentais», o CCP estabelece que «o contrato constitui, para o contraente público e para o co-contratante, situações subjectivas activas e passivas que devem ser exercidas e cumpridas de boa-fé e em conformidade com os ditames do interesse público, nos termos da lei».

A disposição proclama assim um *princípio ordenador* no domínio do cumprimento dos contratos administrativos, determinando que as obrigações contratuais sejam exercidas e cumpridas, por *ambos os contraentes*, de boa-fé e em conformidade com as determinantes de interesse público. O alcance deste princípio tem de se compreender no contexto do regime particular dos contratos administrativos, que, em certa medida, assegura que o contraente público se descomprometa licitamente do contrato. Por outro lado, a alusão aos «ditames do interesse público», embora referenciada a ambos os contraentes, atinge apenas o contraente público, posto que só este se encontra institucionalmente adstrito à realização do interesse público e ao dever de responder publicamente pelo cumprimento dessa incumbência. Por esta razão se deve entender que o contrato administrativo não se limita a conjugar interesses diferentes: os interesses das partes contratuais são também de diferente natureza.

Por outro lado, a mesma disposição acolhe ou, melhor, pressupõe a bilateralidade do contrato administrativo, estabelecendo que através deste se constituem *situações subjectivas activas* e *situações jurídicas passivas* para ambas as partes.

---

recente Ley 30/2007, de *Contratos del Sector Público*, bem como em França (cf. Ch. GUETTIER, *Droit des Contrats Administratifs*, Paris, PUF, 2004, p. 342 e segs.; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1999, p. 229 e segs.), na Itália (cf. S. BUSCEMA/A. BUSCEMA, “I contratti della pubblica amministrazione”, in *Trattato di diritto amministrativo*, Pádua, Cedam, 2008, p. 602) e nos Estados Unidos da América, onde a *Federal Acquisition Regulation* regula a aplicação de sanções pecuniárias e a *termination for default* imposta pelos contraentes públicos (cf. J. CIBINIC, JR./R. C. NASH, JR./J. F. NAGLE, *Administration of government contracts*, Washington, Wolters Kluwer, 2006, p. 883 e segs.).

Por força dessa bilateralidade, efectivamente presente na esmagadora maioria das espécies, o tema do cumprimento e do incumprimento do contrato administrativo coloca-se inevitavelmente em relação às duas partes do contrato: ao *contraente público* (10) e ao *co-contratante* (11). Quer dizer, como *lex inter partes*, o contrato administrativo constitui um instrumento de vinculação jurídica (12), uma “fonte de normatividade” (13), em que cada um dos subscritores surge diante do outro, *simultaneamente*, como *sujeito activo* ou *credor* e *sujeito passivo* ou *devedor*.

Contudo, pelo facto de a disciplina jurídica do contrato administrativo contida no CCP ter, compreensivelmente, subjacente a categoria do “contrato de colaboração” — num contexto relacional de duração mais ou menos prolongada em que o contraente público surge como um *principal* e o co-contratante se posiciona como um *agente* (14) —, compreende-se que

---

(10) Sobre o elenco dos possíveis contraentes públicos, cf. artigo 3.º, de onde decorre poder tratar-se de entidades privadas (com funções administrativas).

(11) Ou a ambos os contraentes públicos, no cenário dos *contratos interadministrativos* (cf. artigo 338.º).

(12) Sobre a vinculatividade do contrato administrativo, cf. Paula Macedo WEISS, *Pacta sunt servanda im Verwaltungsrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1999, p. 75 e segs.

(13) Sobre a normatividade do contrato administrativo, cf. EBERHARD, *ob. cit.*, p. 257 e segs.; por causa desta normatividade e pelo facto de constituir um *contrato*, o contrato administrativo é juridicamente obrigatório e o incumprimento do que nele se estipula envolve consequências jurídicas.

(14) A alusão à «relação principal-agente» remete para relações que se desenvolvem num determinado horizonte temporal e que se baseiam num acordo entre pelo menos duas pessoas em cujo âmbito uma delas — *agente* (comissário) — se compromete a actuar no interesse de outra — *principal* (comitente) —, recebendo, em regra, uma compensação monetária em contrapartida. Sobre a *relação de agência* aplicada na Teoria do Contrato, cf. Fernando ARAÚJO, *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 596 e segs.

a *regulamentação específica* dos aspectos atinentes ao cumprimento e ao incumprimento do contrato incida com uma intensidade acrescida e particular sobre a actuação do co-contratante: não por acaso, as referências do CCP à «execução do contrato», à «execução das prestações contratuais» ou «das prestações que constituem o objecto do contrato» têm pressuposta, em regra, uma actuação a desenvolver pelo co-contratante (v. g., artigos 288.º, 297.º, 298.º, 303.º a 305.º).

Quer dizer, o modelo paradigmático que se encontra regulado no CCP é o de um *contrato de intercâmbio*, com função de troca, em que o contraente público assume a obrigação de pagamento de um preço <sup>(15)</sup> e o co-contratante — em princípio, uma entidade particular <sup>(16)</sup> — se compromete, em «execução

---

(15) Veja-se como no capítulo da execução do contrato surgem disposições sobre pagamento do preço pelo contraente público (artigos 292.º e 299.º) e, no capítulo do incumprimento, surge uma disposição sobre o atraso nos pagamentos (artigo 326.º). A lei parece, pois, ter em vista um modelo de contrato estruturado a partir da concepção de um *give-and-take*, em que uma parte se obriga a pagar e a outra a prestar um serviço. Do ponto de vista económico, trata-se, pois, de um modelo de *contrato passivo*, ou seja, um contrato que origina uma despesa para o contraente público; cf., sobre esta qualificação, cf. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Turim, Giappichelli, 2004, p. 77 e segs.; S. BUSCEMA/A. BUSCEMA, *ob. cit.*, p. 106.

Sem prejuízo do paradigma que acolhe, o CCP não exclui outras possibilidades, mesmo nos contratos que seguem a lógica da colaboração: assim se compreendem as referências ao facto de o contrato pressupor um *preço a receber* pelo contraente público [cf. artigos 42.º, n.º 4, e 96.º, n.º 1, al. d)] ou de não haver um preço a pagar por este contraente, pelo facto de a remuneração do co-contratante provir dos resultados financeiros da gestão (artigo 407.º, n.º 2).

(16) Como vimos, o contrato administrativo também pode ligar dois contraentes públicos. Mas, neste caso, não estará em regra envolvida uma relação de colaboração nos termos expostos no texto; por isso mesmo, não há lugar à aplicação do regime substantivo do contrato administrativo, nos termos do artigo 338.º, n.º 1; cf., contudo, o n.º 2 da mesma disposição, no qual se pressupõe a eventualidade de o contrato interadministrativo se assumir como contrato de colaboração e



do contrato», a desenvolver uma certa actividade (*to take action*) no interesse do primeiro. Ou seja, a figura que, em primeira linha, o legislador se propõe regular é a do clássico *contrato administrativo de modelo francês* (17): um contrato, pois, que origina e regula uma «relação de colaboração», em cujo contexto um particular se obriga a desenvolver uma tarefa privada em benefício do contraente público ou, em substituição deste, uma tarefa pública, adquirindo em contrapartida o direito ao pagamento de um preço ou o direito a ser remunerado pelos resultados financeiros da actividade que lhe é confiada.

Neste ponto, as particularidades de regulação de direito administrativo constituem uma resposta natural à exigência de assegurar a realização do interesse público no correcto e pontual cumprimento do contrato; raciocinando a respeito do cumprimento do contrato pelo co-contratante da Administração, já afirmava J. de Melo Machado que «o princípio do pontual cumprimento dos contratos (...) encontra no direito público uma mais estreita e severa aplicação. Efectivamente, a importância excepcional que para a administração reveste a execução, adentro dos prazos fixados, das prestações convencionadas, provoca o aparecimento nos contratos administrativos de dificuldades mais instantes do que as que surgem em relação aos contratos privados» (18) (itálico nosso).

---

em que, em rigor, um dos contraentes públicos se posiciona como co-contratante do outro.

(17) É outra a figura do contrato administrativo («contrato de direito público») que continua pressuposta e regulada na legislação alemã: aí, o contrato surge, essencialmente, como uma forma de exercício do poder administrativo, *alternativa* ao acto administrativo. Isto explica que o tema do incumprimento se suscite com um interesse particular a propósito da actuação do contraente público (*v. g.*, quando não pratica o acto administrativo nos termos contratados); cf. SCHLETTE, *ob. cit.*, p. 586 e segs.

Como se sabe, o CCP ocupa-se em particular dos “contratos sobre o exercício de poderes públicos” (artigos 336.º e 337.º), os quais, pelas razões expostas no texto, ficam fora do âmbito da presente exposição.

(18) J. DE MELO MACHADO, *Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1937, pp. 175-6.

Assim se compreende que, em larga medida, as especificidades da regulamentação do fenómeno do (in)cumprimento do contrato administrativo residam num regime jurídico que, por um lado, procura garantir, de forma consistente, o exacto e pontual cumprimento do contrato e, por outro lado, pretende colocar o contraente público em posição de reagir de forma eficaz num cenário de incumprimento contratual. Num tempo em que uma parte significativa das tarefas públicas se desenvolve com a intermediação de actores particulares contratados ou, em todo o caso, com a indispensável colaboração destes, é compreensível que os contraentes públicos beneficiem de *garantias efectivas* de cumprimento contratual e disponham de adequados *instrumentos de reacção* perante as situações de incumprimento: aquelas e estes são ferramentas essenciais da realização do interesse público e de garantia da democracia administrativa no contexto de uma *Administração Pública por contrato* <sup>(19)</sup>.

Embora acentuando a centralidade do regime jurídico do incumprimento no tema da «execução do contrato» — o mesmo é dizer, na actuação do co-contratante —, não pode, contudo, ignorar-se que o problema do incumprimento contratual também se coloca a respeito da actuação do contraente público. Em regra, este também assume obrigações contratuais (desde logo, segundo o modelo paradigmático acima referido, *obrigações de pagamento*) e, claro, o incumprimento também pode surgir pelo seu lado. Neste domínio, o CCP introduz algumas

---

<sup>(19)</sup> Sobre o tema da *Administração Pública por contrato*, cf. M. FREEDLAND, "Government by contract na public law", *Public Law*, 1994, p. 86 e segs.; J.-B. AUBY, "Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere", *Public Law*, 2007, p. 40 e segs.; PH. J. COOPER, *Governing by contract*, Washington, CQ Press, 2003, em especial, p. 16 e segs.; F. C. RAMPULLA/L. P. TRONCONI, "Le attività pattizie della pubblica amministrazione (un processo inarrestabile)", *Il Politico*, 2005, p. 101 e segs.; P. BIRKINSHAW, "Contratti governativi e governo per contratto: una prospettiva inglese", in E. FERRARI (org.), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 169 e segs.

notas de inovação, por exemplo, ao disciplinar, em termos especiais, figuras especificamente associadas ao incumprimento do contraente público (cf., *inter alia*, artigo 297.º, sobre a suspensão da execução, e artigos 327.º e 328.º, sobre a invocação da *excepção de não cumprimento* e do *direito de retenção* pelo co-contratante).

Nas páginas que se seguem analisamos os temas do cumprimento e do incumprimento do contrato administrativo, primeiro, por parte do co-contratante (A) e, depois, por parte do contraente público (B). A exposição pressupõe o modelo paradigmático do contrato de colaboração nos termos acima referidos; não nos ocupamos, portanto, das particularidades que o tema convoca quanto aos contratos administrativos que não seguem esse modelo como sucede, por exemplo, com os “contratos sobre o exercício de poderes públicos” ou sobre a “utilização privativa de bens públicos”.

#### A) CUMPRIMENTO E INCUMPRIMENTO PELO CO-CONTRATANTE

No contrato administrativo em que o co-contratante se coloca como um agente, desenvolvendo uma actividade no interesse do contraente público (*credor*), o cumprimento do contrato corresponde à realização das prestações a que aquele (*devedor*) se encontra vinculado por efeito do contrato<sup>(20)</sup>, efectuando-as de forma exacta e pontual; pode tratar-se da construção de um edifício, da gestão de um serviço público, da exploração de uma auto-estrada, da entrega de mobiliário ou da elaboração de um projecto de arquitectura: o co-contratante *cumpre* o contrato ao realizar a prestação, a tempo e sem defeitos. Em sentido oposto, haverá uma situação de incumpri-

---

(20) Cf. artigo 762.º, n.º 1, do Código Civil: «o devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado».

mento quando a prestação não é realizada ou não é realizada no prazo previsto ou é realizada mas de forma incorrecta defeituosa.

### 1. Cumprimento (ou execução) do contrato

Consagrando o princípio fundamental segundo o qual as obrigações assumidas no contrato devem ser cumpridas — *pacta sunt servanda* <sup>(21)</sup> —, o artigo 288.º do CCP estipula que «*incumbe ao co-contratante a exacta e pontual execução das prestações contratuais, em cumprimento do convencionado*».

O cumprimento do contrato corresponde, pois, à sua execução, quer dizer, à *exacta e pontual execução das prestações contratuais*.

Importa, porém, ter presente que, como consequência da outorga do contrato administrativo, o co-contratante não se vincula apenas a cumprir as obrigações inscritas no contrato: eis o que resulta de o contraente público dispor, por exemplo, do «poder de dirigir o modo de execução das prestações» [cf. artigo 302.º, al. a)] em cujo exercício pode impor «ordens, directivas e instruções» em «matérias carentes de regulamentação ou insuficientemente reguladas no contrato» (artigo 304.º, n. 1) <sup>(22)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> Igualmente reflectido no artigo 406.º, n.º 1, do Código Civil, ao estabelecer que «o contrato deve ser pontualmente cumprido».

<sup>(22)</sup> No cumprimento das obrigações contratuais, o co-contratante disporá, em regra, de uma autonomia técnica e de gestão. Todavia, o contraente público tem a responsabilidade legal de assegurar a realização do interesse público a que a decisão de contratar pretendeu responder. Dispõe, nesse âmbito, de poderes de *directão* e de *fiscalização* do cumprimento do contrato pelo seu co-contratante (artigos 303.º a 306). Estabelece-se no artigo 303.º, n.º 1, que, mediante o exercício desses poderes, o contraente público assegura «a funcionalidade da execução do contrato quanto à realização do interesse público visado pela decisão de contratar». Apresentando uma extensão variável — dependente do tipo de contrato ou do tipo de prestações em causa —, o *poder de direcção* concretiza-se, em geral, mediante a emissão de *ordens, directivas e instruções* sobre a execução das prestações contratuais («sobre o sentido das escolhas necessárias nos domínios da execução técnica, financeira ou jurídica das prestações contratuais, consoante o contrato em causa», nos termos do n.º 2 do artigo 304.º).

O co-contratante pode, portanto, ver-se confrontado com “obrigações novas” (23), não inscritas no documento contratual. De resto, além das determinações impostas ao abrigo do seu poder geral de direcção, o contraente público pode ainda ver-se investido, por disposição especial, do poder de criar novas vinculações (positivas ou negativas): assim sucede, por exemplo, com a determinação da suspensão da execução de trabalhos ou da execução de trabalhos a mais, no contrato de empreitada de obras públicas, nos termos, respectivamente, dos artigos 365.º e 371.º, n.º 1.

Assim, às *obrigações contratuais*, inscritas no clausulado contratual, juntam-se ou podem vir a juntar-se outras espécies de obrigações que, pressupondo a existência de um contrato, resultam contudo de autónomas *determinações unilaterais* do contraente público. Como se compreende, estas “obrigações novas” não surgem desligadas do contrato, nem, muito menos, da relação contratual: surgem e são impostas no quadro do desenvolvimento da relação contratual. Assim, enquanto parte do contrato administrativo, o co-contratante integra-se numa *relação jurídica* que comporta a sua *sujeição* ao poder público de imposição de obrigações de que dispõe o contraente público (no exercício das funções de direcção e de fiscalização do contrato). Não se qualificando como contratuais, o cumprimento destas obrigações, que derivam de *actos administrativos*, não representa uma forma de execução do contrato.

Além das anteriores, refiram-se ainda certas “obrigações legais” que decorrem de uma disposição legislativa que onera o co-contratante nesta qualidade (*v. g.*, em matéria de cessão da posição contratual) (24). Também agora, o cumprimento destas obrigações não corresponde ao cumprimento ou à execução do contrato; porém, como se verá, o não cumprimento daquelas pode conhecer uma “repercussão contratual”.

---

(23) No direito francês, sobre este ponto, cf. RICHER, *ob. cit.*, p. 342.

(24) A referência a obrigações legais surge, por exemplo, nos artigos 88.º, n.º 1, e 296.º, n.º 1.

### 1.1. Cumprimento ou execução pontual

Em observância do que se estabelece no artigo 288.º, o *cumprimento do contrato pelo co-contratante*, em conformidade com o *princípio ou regra da pontualidade* (25), exige a execução *exacta*, quer dizer, perfeita e em conformidade com o estipulado, e *pontual*, ou seja, “ponto por ponto”, e atempada, sem atraso ou mora.

Como já houve oportunidade de referir, ao cumprimento do contrato, e sobretudo ao cumprimento pelo co-contratante, refere-se o CCP, num capítulo intitulado «execução do contrato» — cf. Capítulo III da Parte III (artigos 286.º-301.º).

### 1.2. Cumprimento ou execução pessoal

Ressalvando o regime de cessão da posição contratual e de subcontratação (artigos 316.º e segs.), o artigo 288.º atribui ao co-contratante a incumbência de *execução pessoal* do contrato, proibindo-o de “transmitir a terceiros as responsabilidades assumidas perante o contraente público”. A regra da *execução pessoal* não impede, em geral, o co-contratante de contratar com terceiros as prestações que se tornem necessárias para ele próprio realizar as prestações a que se encontra obrigado perante o contraente público. Com a ressalva já referida, o que a lei impede é a *transferência* para terceiros das responsabilidades assumidas pelo co-contratante.

### 1.3. Tutela do interesse público no cumprimento do contrato

Segundo a lógica que particulariza a figura do contrato administrativo, considera-se que a execução correcta e atempada das obrigações contratuais pelo co-contratante não satisfaz ape-

---

(25) Cf. J. M. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2007<sup>7</sup>, p. 14; M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2000<sup>8</sup>, p. 919.

nas o mero “interesse do credor”, *id est*, o interesse legítimo — e protegido pela ordem jurídica — que tem qualquer parte de um contrato em ver realizados os seus direitos (de crédito) sobre a outra parte (26). Embora esta dimensão especificamente contratual, interpartes, também esteja presente, assume-se que o cumprimento do contrato por um agente que colabora com o contraente público na realização dos fins públicos é um fenómeno que extravasa a pura dimensão contratual, comportando uma directa relevância para o interesse público: ao não cumprir o contrato administrativo nos termos convencionados ou segundo as determinações posteriores, o co-contratante põe em crise a realização do interesse público a que o contrato pretendeu responder (27).

Neste contexto, compreende-se que a ordem jurídica dispense uma atenção especial ao tema do cumprimento (e incumprimento) do contrato administrativo, desde logo com o objectivo de proteger um bem ou valor que se pode designar por “interesse público no cumprimento do contrato”.

Assim, a par do “interesse público na modificação do contrato” — na origem dos poderes públicos de *modificação* e de *resolução por razões de interesse público* —, o “interesse público no cumprimento do contrato pelo co-contratante” perfila-se como um factor explicativo e legitimador de certos desvios e espe-

---

(26) Em geral, o incumprimento de um contrato é um assunto privado, entre os contraentes; o direito do Estado limita-se a colocar o seu aparelho de coerção ao dispor do interesse privado frustrado.

(27) Esta dimensão extra-contratual (ou não simplesmente contratual) dos interesses em jogo no contrato administrativo justifica o desenho de um especial regime substantivo aplicável à figura. A questão que se pode discutir, neste âmbito, consiste em saber se a mesma justificação serve para todos os contratos da Administração ou apenas para alguns deles (desde logo, e em primeiro lugar, os contratos que entregam ao co-contratante a *execução directa de tarefas públicas*). O CCP parece ter optado por uma tendência de aplicação generalizada do novo regime do contrato administrativo, pelo menos quanto à contratação mais frequente das entidades administrativas.

cialidades do regime jurídico do contrato administrativo em face do regime geral dos contratos (28).

A tutela ou protecção do “interesse público no cumprimento do contrato” efectiva-se mediante mecanismos e instrumentos vários que, naturalmente, perseguem o propósito de incentivar, de assegurar ou de garantir o cumprimento do contrato pelo co-contratante. No direito português, desempenham esta função de *garantia de cumprimento* ou da *execução* do contrato administrativo (a) os poderes de fiscalização do contraente público, (b) as cauções e outras garantias em sentido técnico e, num plano diferente, (c) o poder de aplicar sanções contratuais, bem como, em certos termos, (d) o próprio regime aplicável em caso de incumprimento do contraente público.

#### a) Poderes de fiscalização do contraente público

O *poder de fiscalização* do contraente público (artigos 303.º e 305.º) surge como um primeiro elemento ou pilar do regime de garantia do cumprimento do contrato; desde logo, a fiscalização, sobretudo na sua dimensão de acompanhamento e de

---

(28) Pode dizer-se que as especialidades do regime substantivo do contrato administrativo resultam, fundamentalmente, da pretensão de responder a dois imperativos de interesse público: por um lado, o de assegurar ao contraente público o poder de se desvincular licitamente do contrato (em ruptura com a regra *pacta sunt servanda*) sempre que o interesse público recomende ou exija, e, por outro lado, o de garantir o cumprimento do contrato pelo co-contratante. Foi em volta destes dois interesses que se estruturou e consolidou o regime substantivo do contrato administrativo.

Recordando os “poderes do contraente público”, referidos no artigo 302.º, conclui-se que os poderes de direcção, de fiscalização e de aplicação de sanções surgem ligados ao “interesse público no cumprimento”; por seu lado, os poderes de modificação e de resolução (este apenas na concretização do artigo 334.º) surgem como instrumentos de realização do “interesse público da modificação do contrato”.

Aludindo a esta dupla categoria de poderes unilaterais do contraente público, cf. F. LICHÈRE, *Droit des contrats publics*, Paris, Dalloz, 2005, p. 81 (sobre os “poderes unilaterais de execução”, cf. p. 87 e segs.).



vigilância preventiva, pode permitir sinais de alerta, evitando episódios de incumprimento efectivo e consumado: a execução contratual devidamente acompanhada e fiscalizada pelo contraente público (ou por entidades ou organismos delegados: cf. artigo 305.º, n.ºs 4 e 5) diminui, decerto, o risco de incumprimento <sup>(29)</sup>.

O poder de fiscalização incide sobre os aspectos técnicos, financeiros e jurídicos da execução do contrato e pode dar lugar à aplicação de sanções contratuais e à determinação das correcções que se revelem necessárias. É óbvia a associação entre este poder e o poder de punição ou de aplicação de sanções contratuais: na fiscalização detectam-se as infracções que serão (poderão ser) punidas no exercício do poder de aplicar sanções. Associa-se, nos mesmos termos, ao poder de fiscalização o poder de execução coactiva das prestações contratuais em falta, nos termos do artigo 325.º, n.º 2, do CCP.

### **b) Regime das cauções**

Integrando o núcleo do conceito técnico-jurídico de “garantias de cumprimento do contrato”, a caução constitui um expediente jurídico fundamental para constranger ou compelir co-contratante a cumprir as obrigações contratuais que assumiu <sup>(30)</sup> <sup>(31)</sup>.

A norma que autoriza, e obriga, o contraente público a exigir caução encontra-se na Parte II do CCP, no artigo 88.º, n.º 1. Sob a epígrafe «função da caução», ali se estabelece que

---

<sup>(29)</sup> Importa contudo dizer que não se pode aspirar a conseguir pela via de uma fiscalização intensa e sistemática um resultado semelhante ao que se obteria pela actuação directa do contraente público.

<sup>(30)</sup> Sobre as garantias de execução, cf. RICHER, *ob. cit.*, p. 229; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *El régimen de las garantías en la contratación administrativa*, Madrid, Civitas, 2002<sup>2</sup>, p. 17 e segs.

<sup>(31)</sup> Não integram o conceito técnico de garantias do cumprimento as “garantias suplementares dos aditamentos” a que se refere o artigo 293.º Trata-se, nesta hipótese de uma protecção da situação jurídica do contraente público enquanto *credor* — atribuindo-lhe o gozo de um privilégio mobiliário especial —, mas não de uma garantia de cumprimento do contrato.

«no caso de contratos que impliquem o pagamento de um preço pela entidade adjudicante, deve ser exigida ao adjudicatário a prestação de uma caução destinada a garantir a sua celebração, bem como o exacto e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que assume com essa celebração».

Nos termos da lei, a caução, que deve ser prestada a seguir à adjudicação [cf. artigo 77.º, n.º 2, al. c)]<sup>(32)</sup>, garante a celebração do contrato, bem como — aspecto que agora nos interessa especialmente — o «exacto e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais»; ou seja, todas as obrigações que o adjudicatário assume com a celebração do contrato (quando se transforma em co-contratante)<sup>(33)</sup>. Nesta segunda vertente funcional, a caução surge, de facto, como uma garantia de cumprimento do contrato.

Resulta da lei que a caução “deve” ser exigida no caso de «contratos que impliquem o pagamento de um preço pela entidade adjudicante»<sup>(34)</sup>. O valor da caução é de 5% do preço contratual<sup>(35)</sup>. Quando estejam em causa contratos que não impliquem o pagamento de um preço a pagar pela entidade adjudicante (*contratos activos*<sup>(36)</sup>) — por exemplo, uma concessão de serviço público remunerada ou a cessão da gestão de

---

<sup>(32)</sup> A não prestação da caução implica a caducidade da adjudicação: cf. artigo 91.º

<sup>(33)</sup> No caso de o adjudicatário não comparecer para a celebração do contrato perde a caução prestada: cf. artigo 105.º, n.º 2.

Numa hipótese especial, a caução apresentada garante simultaneamente a celebração de um contrato (futuro) e o exacto e pontual cumprimento de uma obrigação contratual já assumida em contrato anterior: é o caso da caução apresentada pelo co-contratante dos *acordos quadro*, nos termos do artigo 254.º

<sup>(34)</sup> A imposição só abrange os contratos cujo preço contratual seja igual ou superior a € 200.000: cf. artigo 88.º, n.º 2; cf. ainda o n.º 4 do artigo 88.º, sobre os casos em que a caução pode não ser exigida.

<sup>(35)</sup> Sobre o conceito de preço contratual, cf. artigo 47.º

<sup>(36)</sup> Cf. BUSCEMA/BUSCEMA, *ob. cit.*, p. 106.

um edifício público <sup>(37)</sup> —, esta “pode” exigir a caução, nos termos do n.º 3 do artigo 89.º (o valor da caução não pode ser superior a 2% do montante correspondente à utilidade económica imediata do contrato para a entidade adjudicante).

Uma vez prestada por um dos modos previstos na lei (artigo 90.º), a caução poderá ser *substituída* (artigo 294.º) e será *liberada* nos termos previstos no artigo 295.º

A função das cauções enquanto instrumentos de garantia de cumprimento do contrato surge agora especialmente reforçada por um regime severo numa disposição sobre a “execução da caução”.

Assim, nos termos do n.º 1 do artigo 296.º, as cauções podem ser executadas pelo contraente público sem necessidade de prévia decisão judicial ou arbitral, para satisfação de quaisquer importâncias que se mostrem devidas por força do não cumprimento por aquele das obrigações legais ou contratuais, designadamente as seguintes: a) sanções pecuniárias aplicadas nos termos previstos no contrato; b) prejuízos incorridos pelo contraente público, por força do incumprimento do contrato; c) importâncias fixadas no contrato a Título de cláusulas penais.

Nessa parte do regime das cauções, são dignos de registo os seguintes aspectos:

- i) As cauções podem ser executadas sem necessidade de prévia autorização judicial ou arbitral; a execução das cauções corresponde, pois, a um poder próprio e de autotutela executiva do contraente público. A decisão que determina a execução das cauções assume a natureza de *acto administrativo*.
- ii) O facto de o co-contratante se opor, contestando ou reclamando da decisão que determina a execução da caução, não impede a continuação da execução.

---

<sup>(37)</sup> Já nos referimos aos artigos 42.º, n.º 4, e 96.º, n.º 1, al. d), que aludem a contratos em que há um *preço a receber* pela entidade adjudicante ou contraente público.

iii) A execução da caução pode ter lugar para a satisfação de quaisquer importâncias que se mostrem devidas em consequência do incumprimento do co-contratante, como, por exemplo, as que resultem de sanções pecuniárias aplicadas ou de cláusulas penais fixadas no contrato. Como vimos, a lei alude ainda à execução de cauções para ressarcir prejuízos incorridos pelo contraente público, por força do incumprimento: por exemplo, prejuízos associados aos custos com a execução coactiva (directa ou por terceiro) das prestações contratuais em falta (cf. artigo 325.º, n.º 3) ou com a necessidade de adopção de novo procedimento de formação de contratos na sequência de resolução (cf. artigo 333.º, n.º 2). Temos dúvidas, a começar logo pelo plano da conformidade constitucional, de que, nesta parte — quanto à execução de cauções para pagamento de indemnizações ao contraente público —, a lei se possa interpretar no sentido de atribuir a este o privilégio de se apresentar como uma espécie de “juiz em causa própria”, com o poder de definir a subsistência de um direito de indemnização e, depois, de indicar o *quantum* desta. Afigura-se, pois, que, fora dos casos em que a lei lhe atribui categoricamente um direito a ser ressarcido por *certos e determinados* prejuízos, as cauções não podem ser executadas pelo contraente público para se indemnizar de prejuízos que não se sabe quem tem de suportar.

A execução parcial ou total da caução pelo contraente público implica a renovação do respectivo valor, no prazo de 15 dias após a notificação pelo contraente público para esse efeito. Trata-se de uma *obrigação legal*, cujo prazo de cumprimento se começa a contar a partir da referida notificação; o incumprimento pode dar origem à resolução do contrato a Título sancionatório, nos termos do artigo 333.º, n.º 1, al. g).

Em conformidade com o disposto no n.º 3 do artigo 296.º, a execução indevida da caução confere ao co-contratante o direito a indemnização pelos prejuízos suportados.

### c) Poderes de aplicação de sanções contratuais

Ainda que, num plano técnico-jurídico, não constituam garantias de cumprimento, afigura-se que as sanções contratuais desempenham um papel relevante enquanto *incentivos ao cumprimento*: desenvolvem, de forma indirecta, uma função coercitiva, de coerção ao cumprimento, constringendo o co-contratante a cumprir as obrigações contratuais que assumiu. Expondo o co-contratante à aplicação de medidas com específica e autónoma *função punitiva* — independente da função de ressarcimento dos danos que o incumprimento provoca ao contraente público <sup>(38)</sup> — o não cumprimento reforça a protecção do interesse público na execução do contrato, diminuindo o espaço para alguns eventuais cenários de “incumprimento oportunista” ou “incumprimento eficiente” <sup>(39)</sup>. Para a realização deste objectivo não concorre só a previsão da possibilidade de sanções contratuais, mas também a disciplina que as regula (por exemplo, quanto à natureza da decisão de aplicação de sanções, que se qualifica como acto administrativo, dotado de *executividade* e, em certos casos, de *executoriedade* <sup>(40)</sup>).

Além das anteriores considerações gerais, válidas para as sanções de todos os tipos, importa chamar a atenção para o per-

---

<sup>(38)</sup> Estamos a pressupor as “sanções contratuais” que não se reconduzem à figura da *cláusula penal*; esta, como se sabe, desenvolve uma *dupla função*: por um lado, uma função coercitiva ou compulsória e, por outro lado, uma função reparadora ou ressarcidora; cf. ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 139; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 26 e segs.; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Coimbra, Almedina, 2007<sup>4</sup>, p. 247 e segs.; na Alemanha, sobre a cláusula penal nos contratos da Administração, cf. TH. SCHILLING, “Die Vertragsstrafe in Verträgen mit der öffentlichen Hand”, *Verwaltungsarchiv*, 1994, p. 226 e segs.

<sup>(39)</sup> Sobre estes conceitos (oriundos da análise económica do contrato) nos contratos públicos, cf. CH. TIEFER/W. A. SHOOK, *Government contract law*, North Carolina, Carolina Academic Press, 2004, p. 515.

<sup>(40)</sup> Recorde-se que as cauções podem ser executadas para o pagamento de sanções contratuais; veja-se ainda que a *resolução* (sancionatória) e o *sequestro* de concessões podem ser coercivamente impostos pelo contraente público — cf. artigo 309.º, n.º 2.

fil particular das *sanções pecuniárias compulsórias* ou *sanções contratuais por dia de atraso* (correspondentes, no direito anterior, às designadas «multas contratuais diária») <sup>(41)</sup>: aqui, a sanção, imposta por *via administrativa* <sup>(42)</sup>, com um propósito punitivo, de castigar o incumprimento, cumpre também, como fim principal, o objectivo de forçar ou constranger o co-contratante a cumprir o contrato.

#### **d) Regime jurídico aplicável ao incumprimento do contraente público**

Note-se, por fim, que o modo como a lei desenha certos aspectos do regime do incumprimento do contraente público parece ainda explicar-se pelo interesse em assegurar a execução do contrato pelo co-contratante, impedindo ou diminuindo as possibilidades deste no domínio da suspensão da execução das prestações contratuais <sup>(43)</sup>. Também estes aspectos, por exemplo no âmbito da invocação da *excepção do incumprimento pelo co-contratante*, perseguem o objectivo de assegurar que este cumpra as obrigações contratuais assumidas.

## **2. Incumprimento do contrato**

### **2.1. Âmbito do “incumprimento do contrato”**

Vimos que o cumprimento do contrato administrativo corresponde à execução pontual e exacta das prestações contratuais.

---

<sup>(41)</sup> A referência ao conceito de *sanção pecuniária compulsória* surge no artigo 372.º, n.º 4, al. a), a propósito da recusa do empreiteiro ao cumprimento da ordem de execução de imposição “trabalhos a mais”; num caso paralelo, de aplicação de uma sanção pecuniária por cada dia de atraso, vem referido no artigo 403.º, n.º 1, mas sob a designação simples de «sanção contratual».

<sup>(42)</sup> No facto de se tratar de uma *medida administrativa* reside a diferença entre as sanções pecuniárias compulsórias aplicadas no âmbito do contrato administrativo e as medidas, com a mesma designação, mas aplicadas *judicialmente*, nos contratos de direito privado.

<sup>(43)</sup> Cf. LICHÈRE, *ob. cit.*, p. 89.

Inversamente, considera-se não cumprimento ou inexecução do contrato a não execução pontual e exacta das *obrigações contratuais*, ou seja, das *obrigações inscritas no contrato e relativas às prestações contratuais a cuja realização o co-contratante se vinculou*. Fora do conceito de obrigações contratuais situam-se as *obrigações emergentes de actos administrativos* praticados no desenvolvimento da relação contratual <sup>(44)</sup>, bem como as *obrigações legais* <sup>(45)</sup>.

Ao outorgar o contrato administrativo, o co-contratante insere-se numa *relação jurídica complexa*, na qual convivem, para o que agora interessa, as obrigações contratuais (no sentido acima descrito) com as obrigações provenientes de outras fontes imediatas <sup>(46)</sup>.

Apesar de o incumprimento dessas obrigações — impostas por lei ou por acto administrativo — não traduzir o não cumprimento ou a não execução do contrato, aquele pode, contudo, ter reflexos e implicações na relação contratual. Assim, por exemplo, nos termos do artigo 333.º, n.º 1, al. b), a resolução do contrato pode ser determinada em face do incumprimento de ordens, directivas ou instruções transmitidas pelo contraente público no exercício do seu poder de direcção; o mesmo sucede no caso de o co-contratante não cumprir a obrigação legal de renovação do valor da caução quando esta haja sido executada pelo contraente público [artigo 333.º, n.º 1, al. g)].

Sem prejuízo dessa forma de projecção contratual do incumprimento de obrigações impostas por actos administrativos ou por lei, deve, contudo, insistir-se no ponto de que se trata aqui de um fenómeno diverso do incumprimento

---

<sup>(44)</sup> Trata-se dos *actos administrativos de conformação da relação administrativa contratual*, nos termos dos artigos 302.º e 307.º, n.º 2.

<sup>(45)</sup> Referimo-nos essencialmente a obrigações legais que onerem o co-contratante nesta qualidade, pois, em princípio, essas serão as que podem conhecer “repercussão contratual” ou, talvez melhor, uma repercussão no desenvolvimento da relação contratual.

<sup>(46)</sup> O contrato constitui sempre a fonte mediata — a causa indirecta — dessas outras obrigações, posto que, sem o contrato, o co-contratante não seria onerado com elas.

do contrato. Isto permite perceber, por exemplo, que ao incumprimento dessas outras obrigações não se aplica o disposto no artigo 325.º, n.º 1, sobre a execução coactiva das prestações em falta, assim como parece que o contrato não pode prever sanções para reagir em face daquele incumprimento — diga-se, a este propósito, que o poder público de aplicar sanções é conferido, nos termos do artigo 302.º, al. e), quando estejam em causa «sanções previstas para a *inexecução do contrato*».

O incumprimento das obrigações impostas por actos administrativos praticados no seio da relação contratual remete, portanto, para um regime próprio, autónomo em relação ao regime do não cumprimento do contrato, das prestações contratuais. Observe-se, por exemplo, que, conforme se estabelece no artigo 309.º, n.º 2, o cumprimento das obrigações determinadas por actos administrativos (dotados de *executividade*: cf. artigo 309.º, n.º 1) não pode ser imposto coercivamente pelo contraente público, «salvo quando se trate de actos que determinem, em geral, a resolução do contrato ou, em especial, o sequestro e o resgate de concessões, bem como outras situações previstas na lei» (47). A exclusão da executoriedade abrange imediatamente os actos impositivos, que impõem ordens, instruções e directivas. Apesar da exclusão da executoriedade, o não cumprimento destes actos pode ter como consequência a resolução sancionatória do contrato (48) ou, em casos previstos na lei, a aplicação de sanções pecuniárias [v. g., artigo 372.º, n.º 4, al. a)].

---

(47) Outras situações previstas na lei são, por exemplo, no regime das empreitadas de obras públicas, as do artigo 372.º, n.º 4, al. b) — execução coactiva da ordem de realização de trabalhos a mais — e do artigo 396.º, n.º 3 — execução coactiva da ordem de correcção de defeitos da obra.

(48) E esta pode ser imposta coercivamente, nos termos do n.º 2 do artigo 309.º



## 2.2. Formas de incumprimento

### a) Incumprimento, mora e incumprimento defeituoso

O incumprimento do contrato verifica-se sempre que as obrigações contratuais não são cumpridas ou executadas, ou não são cumpridas ou executadas nos termos estipulados. O incumprimento pode revestir três modalidades: *incumprimento definitivo*, *mora* e *cumprimento defeituoso*.

O incumprimento diz-se definitivo quando a prestação em falta se torna impossível ou quando o contraente público tenha (objectivamente) perdido interesse na prestação em falta — nestes dois casos, o incumprimento autoriza o contraente público a determinar a resolução sancionatória do contrato: artigo 333.º, n.º 1, al. a). Constitui igualmente um caso de incumprimento definitivo a não realização das prestações contratuais em falta depois da “notificação para cumprir” (cf. artigo 325.º, n.º 1).

Diferentemente do incumprimento definitivo, a *mora* traduz o mero retardamento, a demora ou o atraso no cumprimento de uma obrigação contratual — *v. g.*, o fornecedor não entrega os computadores adquiridos dentro do prazo a que se vinculou (cf. artigo 441.º) ou o empreiteiro atrasa o início ou a conclusão da obra (cf. artigo 403.º).

Por vezes, a *mora* pode *corresponder* ao incumprimento definitivo: casos em que o mero atraso no cumprimento implica a perda do interesse do contraente público. Por outro lado, como já vimos, a *mora* pode *converter-se* em incumprimento definitivo, quando o co-contratante mantém a situação de incumprimento mesmo após a notificação para cumprir.

Por seu lado, o *cumprimento defeituoso* caracteriza-se por constituir uma execução não correcta, imperfeita ou irregular da prestação contratual — *v. g.*, o empreiteiro entrega a obra com defeitos: sobre o regime dos “defeitos da obra”, cf. artigo 396.º; sobre a “reposição da conformidade” dos bens fornecidos, cf. artigo 444.º Obrigação de correcção de defeitos: caução: artigo 296.º

As constelações de casos analisadas representam, todas, formas de inexecução ou de incumprimento (*lato sensu*) das

obrigações contratuais. Utilizando a fórmula do artigo 325.º, n.º 1, do CCP, pode dizer-se, portanto, que todas correspondem a um não cumprimento “de forma exacta e pontual (das) obrigações contratuais”.

### **b) Incumprimento total e incumprimento parcial**

O incumprimento pode ser total ou parcial, consoante abranja a violação de *todas* ou apenas de uma *parte* das obrigações contratuais (49). Trata-se de uma distinção de carácter essencialmente descritivo, não se associando a essas formas de incumprimento disciplinas jurídicas diferentes — observe-se, por ex., que a resolução sancionatória, a sanção contratual mais severa, não reclama o incumprimento de todas as obrigações contratuais.

### **c) Incumprimento imputável e incumprimento não imputável ao co-contratante**

A situação de incumprimento pode ser *imputável* ou *não imputável* ao co-contratante; no presente texto, pressupõe-se que o não cumprimento exacto e pontual das obrigações contratuais resulta de facto imputável ao co-contratante — é também essa a base de todo o regime legal do incumprimento do contrato (cf. epígrafe do artigo 325.º, n.º 1).

## **2.3. Incumprimento do contrato e “níveis de desempenho”**

Do incumprimento do contrato parece-nos dever distinguir-se o fenómeno — presente em certos contratos mais complexos — consistente em o co-contratante não atingir determinados *níveis quantificados de desempenho* na fase de execução.

---

(49) Cf. artigo 325.º, n.º 1, aludindo aos cenários de o co-contratante não cumprir “as obrigações contratuais ou parte delas”.

Trata-se, por exemplo, dos casos em que o contrato submete a «performance» do co-contratante a um modelo de *avaliação do desempenho* a efectuar, segundo procedimentos e indicadores predeterminados (sobre os indicadores de acompanhamento e avaliação do desempenho de concessionários de serviços e de obras públicas, cf. artigo 418.º, n.º 1). Nestes casos, é comum o contrato prever um *sistema automático de deduções*, determinando uma diminuição do montante da remuneração do co-contratante sempre que os indicadores do desempenho (*v. g.*, a disponibilidade de uma infra-estrutura ou a regularidade do serviço prestado) não atinjam determinados valores e metas quantificadas. O CCP alude, neste âmbito, à aplicação de «penalizações económicas» (artigo 418.º, n.º 2). Contudo, pelo menos em certos casos, devem distinguir-se essas «penalizações económicas» das «sanções contratuais», aplicadas na sequência do incumprimento contratual. Ao invés das últimas, que pressupõem a verificação de uma «falta», de um facto ilícito, imputável a Título culposos, e que reclamam a tomada de uma decisão autónoma de verificação, imputação e aplicação<sup>(50)</sup>, as ditas penalizações económicas respondem ou sancionam, de forma automática e em montantes predeterminados, a *menos boa performance do co-contratante*, que não alcança certos níveis de desempenho desejados.

#### 2.4. Incumprimento do contrato e relações do co-contratante com terceiros

A referência ao incumprimento do contrato pelo co-contratante remete-nos, mais ou menos imediatamente, para a ocorrência da violação de obrigações (emergentes de contrato) correspondentes a direitos do contraente público. Este modo de ver as coisas surge imposto por uma natural compreensão

---

(50) A aplicação de sanções contratuais processa-se através de acto administrativo, submetendo-se a respectiva formação ao disposto no artigo 308.º, n.º 2 (cf. ainda o n.º 3).

da relação contratual como uma *relação jurídica bilateral* ou, de todo o modo, uma relação da qual emergem “situações subjectivas activas e passivas” apenas para os respectivos outorgantes.

Sucede, porém, que, numa extensa cópia de casos, o co-contratante assume, no contrato que subscreve com o contraente público obrigações que tem de cumprir no contexto de relações jurídicas com terceiros: assim sucede, de forma paradigmática, nos contratos de concessão de serviço público, com a obrigação de prestar o serviço a todos os utilizadores que o solicitem. Poderá falar-se, neste caso, de uma espécie de *trilateralidade implícita* de certos contratos administrativos <sup>(51)</sup> <sup>(52)</sup>.

A legislação processual administrativa reflecte este efeito *spill-over* dos contratos, ao atribuir legitimidade processual para a propositura de *acções relativas à execução de contratos* às pessoas portadoras ou defensoras de direitos ou interesses em função dos quais as cláusulas contratuais tenham sido estabelecidas: cf. artigo 40.º, n.º 2, al. b), do CPTA.

Independentemente da eventual responsabilidade (contratual ou extra-contratual) do co-contratante no plano das relações com terceiros (cf., no caso das concessões, o artigo 424.º, n.º 2, do CCP), qualifica-se também como *incumprimento do contrato*, no plano das relações entre as partes, o desrespeito das condições de actuação do co-contratante perante aqueles mesmos terceiros.

### 3. Consequências do incumprimento contratual

O contrato administrativo é fonte de obrigações jurídicas, pelo que, naturalmente, o não cumprimento das obrigações contratuais comporta consequências jurídicas.

---

<sup>(51)</sup> Cf., sobre isto, a nossa *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 130 e 223.

<sup>(52)</sup> A situação acabada de referir não se confunde com a dos contratos que contêm «cláusulas contratuais de efeito normativo» (cf. artigo 287.º, n.º 4), posto que aqui estão em causa contratos que contêm normas jurídicas que se impõem a terceiros; trata-se dos *contratos regulamentares* ou *normativos*.

Afigurando-se inequívoco o que acaba de se dizer, importa ter presente que, não raro, o contraente público procura resolver os problemas com a inexecução do contrato através de meios não jurídicos, de carácter mais ou menos informal. Estas tentativas não diminuem, claro, o papel do direito, pois a posição negocial do contraente público é tanto mais robusta quanto mais clara for a noção do co-contratante de que o seu comportamento pode ser sancionado no plano jurídico (53).

Considerando então as consequências jurídicas do incumprimento contratual, pode decerto dizer-se que a implicação decisiva se traduz no possível accionamento ou na efectivação da *responsabilidade contratual* do co-contratante.

Entende-se por responsabilidade contratual o dever jurídico que recai sobre alguém que outorgou um contrato e que consiste em *ter de responder* pelo incumprimento definitivo, pelo cumprimento defeituoso ou tardio das obrigações contratuais. O *quid specificum* da responsabilidade contratual reside no facto de pressupor uma infracção ou uma violação de *obrigações contratuais*.

Para que um tal dever de responder seja efectivado, não se considera necessário que o incumprimento do contrato seja fonte de prejuízos ou de danos para o contraente público: eis o que resulta de, no direito administrativo, a responsabilidade contratual não se confundir com a responsabilidade civil, a qual, essa sim, depende de um dano, vindo, por isso, o dever de responder a consistir numa *obrigação de reparar ou de indemnizar*.

Distinguimos, por isso, dois tipos de responsabilidade contratual: a *responsabilidade civil*, que implica um dever de indemnizar (de reparar um prejuízo), e a *responsabilidade administrativa*, a qual, pressupondo também um incumprimento contratual, se consubstancia na aplicação das designadas *sancções contratuais*.

---

(53) Neste sentido, cf. A. C. L. DAVIES, *The public law of government contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 208.

Vem a propósito observar que o CCP não associa ao incumprimento do contrato efeitos *extra-contratuais*, no plano das relações administrativas gerais: assim, o co-contratante incumpridor, “punido” com a resolução do contrato, não fica em situação de *impedimento* (de proibição de contratar), como sucede quando é punido por decisão judicial ou por acto administrativo do âmbito do ilícito de mera ordenação social [cf. artigo 55.º] (54). Contudo, no caso do contrato de empreitada de obras públicas, importa notar que certos tipos de incumprimento contratual são também sancionados como *contra-ordenações* [cf. artigo 24.º, n.º 2, als. f), g) e j), do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro] (55).

Nas linhas que se seguem analisaremos as consequências do incumprimento do co-contratante em dois números: 3.1.) responsabilidade civil (reparação); 3.2.) responsabilidade administrativa (punição ou sanção administrativa contratual).

Antes de nos dedicarmos a esses dois pontos, impõe-se a referência a uma outra consequência ou implicação do incumprimento do contrato: a execução da caução prestada pelo

---

(54) A situação é diferente no direito espanhol e no direito brasileiro.

Em Espanha, a *Ley de Contratos del Sector Público* proíbe de contratar com a Administração Pública as empresas que, por facto que lhes haja sido imputado, tenham dado origem à resolução firme do contrato celebrado com uma entidade da Administração Pública [cf. artigo 49.º, n.º 2, al. a)]; sobre o regime da *inabilitación* dos contratantes da Administração, no regime anterior à *Ley* de 2007, mas que, nos seus traços fundamentais, se mantém em vigor, cf. CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ, *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 291 e segs.

No Brasil, a entidade administrativa parte no contrato pode aplicar ao contratado incumpridor a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar por prazo até dois anos; cf. MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, Dialética, 2000, p. 620 e segs.

(55) Por essa razão, o artigo 405.º, n.º 2, encarrega o dono da obra de informar as autoridades com competência no domínio do ilícito contra-ordenacional.

co-contratante. Como já sabemos, a caução garante o cumprimento do contrato e, no cenário de incumprimento pelo co-contratante, o contraente público pode executar a caução para «satisfação de quaisquer importâncias que se mostrem devidas», quer no plano da responsabilidade civil <sup>(56)</sup>, quer no da responsabilidade administrativa.

### 3.1. Responsabilidade civil

Uma consequência inevitável do incumprimento do contrato consiste na obrigação de indemnizar os prejuízos causados ao contraente público. O artigo 325.º, n.º 4, alude a esta consequência, esclarecendo que a obrigação de indemnização não fica prejudicada pelo disposto na lei sobre a execução coercitiva das prestações contratuais em falta, nem pela aplicação de sanções contratuais.

O objectivo da indemnização é a reparação de danos, não a imposição de sanção ou castigo pelo facto do incumprimento.

Contudo, num contexto que apresenta simultaneamente feição reparadora e feição coercitiva, recorde-se a *cláusula penal*, a que o CCP alude numa disposição, já referida, sobre a execução da caução (artigo 296.º). Num quadro jurídico e legal que admite a previsão contratual de sanções contratuais de carácter pecuniário, pode questionar-se a utilidade da autonomia da cláusula penal, que cumpre as mesmas duas funções que, em separado, são cumpridas pela indemnização e pelas sanções contratuais; não obstante, talvez se possa reconhecer que existe ainda um espaço para a figura da cláusula penal no contrato administrativo <sup>(57)</sup>.

---

<sup>(56)</sup> Neste aspecto, recordem-se as reservas que acima expressámos sobre a adequação do sistema de execução da caução para indemnizar prejuízos incorridos pelo contraente público.

<sup>(57)</sup> A vantagem comparativa da cláusula penal nos contratos de direito privado — tratar-se de uma medida “privada”, que envolve uma coerção sem intermediação judicial —, designadamente sobre a sanção pecuniária compulsória, não encontra paralelo no regime do contrato administra-

### 3.2. Responsabilidade administrativa

Além da responsabilidade civil, que visa reparar dano *in contractu* suportado pelo contraente público, o incumprimento do co-contratante poderá ainda dar lugar à aplicação de sanções contratuais, incluindo, em *ultima ratio*, a resolução sancionatória. O intuito destas sanções não é indemnizatório, mas sobretudo punitivo e também coercivo, visando “castigar” o co-contratante incumpridor e, simultaneamente, constrangê-lo a cumprir o contrato.

Com a finalidade de identificar a autonomia dessa dimensão sancionatória do incumprimento, podemos falar de uma *responsabilidade administrativa*. Trata-se, com efeito, de um aspecto particular ou específico do regime dos contratos administrativos, que impõe ao co-contratante um *dever de responder*, no âmbito de uma relação jurídica administrativa, por actos ou omissões que lhe são imputáveis e que põem em causa as obrigações assumidas no quadro dessa mesma relação: no âmbito desse *dever de responder*, a lei admite que o co-contratante possa ser sancionado ou punido em consequência do incumprimento das suas obrigações contratuais (surgindo assim as *sanções administrativas contratuais*).

O qualificativo “administrativa”, aplicado a este tipo de responsabilidade, surge naturalmente, quer porque se desenvolve no quadro de uma relação jurídica dessa natureza, quer porque surge associada a figuras típicas ou próprias do direito

---

tivo: de acordo com este regime, o contraente público já pode, sem recorrer ao tribunal, impor sanções contratuais (por via de acto administrativo). Mas a cláusula penal permite ainda a fixação e a “cobrança administrativa” da indemnização de prejuízos devida em consequência de incumprimento de obrigações contratuais (evitando, neste caso, o recurso do contraente público ao juiz). Recorde-se, contudo, que a lei admite a execução de cauções para efectivar o pagamento de indemnizações ao contraente público, nos termos do artigo 296.º, al. b); mas, como defendemos, esta possibilidade deve interpretar-se de forma muito cautelosa. Diga-se, por fim, que o montante da cláusula penal não pode exceder os limites legais estabelecidos para o montante das sanções contratuais pecuniárias (artigo 329.º, n.º 2).



administrativo (como são os casos das sanções contratuais impostas por acto administrativo ou a resolução sancionatória de contratos administrativos).

### 3.2.1. Sanções contratuais administrativas

#### i) Finalidades das sanções contratuais administrativas

Como vimos, as sanções contratuais administrativas cumprem imediatamente uma função de castigo ou punitiva, de reacção a uma conduta censurável do co-contratante. Além desta função, as sanções contratuais, introduzindo um elemento *desproporcional* — na medida em que representam um custo que acresce ao que decorre da indemnização de prejuízos —, cumprem ainda uma função coercitiva, de constrangimento ao cumprimento (esta função de constrangimento indirecto surge com especial clareza nas *sanções pecuniárias compulsórias*).

#### ii) Princípio da legalidade das sanções contratuais

Nos termos da lei, a aplicação de sanções contratuais corresponde ao exercício de um poder público, o qual aliás se exterioriza pela forma do acto administrativo: cf. artigos 302.º, al. *d*), e 307.º, n.º 2, al. *c*) (58).

Dada essa configuração, a previsão de sanções contratuais encontra-se sob *reserva de lei*. Afigura-se, contudo, suficiente a mera autorização legal para a previsão, no contrato, de sanções contratuais, dispensando-se uma indicação legal taxativa do elenco de sanções aplicáveis (59). Esta foi de resto a opção do

---

(58) As duas normas referem-se às «sanções previstas para a inexecução do contrato»; nos dois casos, as alíneas seguintes referem-se à resolução unilateral do contrato, a qual pode também assumir uma feição sancionatória, nos termos do artigo 333.º (mas já não nos casos dos artigos 332.º e 334.º).

(59) Em sentido diverso, cf. M. Madureira PRATES, *Sanção Administrativa Geral: Anatomia e Autonomia*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 222.

CCP, como resulta das disposições legais acima referidas. Destas decorre, contudo, que só podem ser previstas sanções para a «inexecução do contrato», quer dizer, para a inexecução das obrigações contratuais: a autorização legal já não abrange a previsão de sanções para a inexecução de obrigações impostas por lei ou por acto administrativo.

Em muitos casos, a aplicação da sanção reclama a sua previsão no contrato; é esta a regra das sanções pecuniárias. A situação já se mostra diferente com a sanção resolutória, a qual decorre da lei, e dispensa a previsão contratual. Dito de outro modo, o poder de impor a resolução sancionatória do contrato funda-se na lei, nos artigos 329.º, n.º 1, e 333.º, surgindo, assim, como um *poder público extra-contratual*.

iii) *Aplicação de sanções contratuais por acto administrativo*

Nos termos do artigo 307.º, n.º 2, al. c), do CCP, as declarações do contraente público que se traduzem na aplicação de sanções previstas para a inexecução do contrato revestem a natureza de acto administrativo.

Como é regra, o acto administrativo de aplicação da sanção constitui um Título executivo, encontrando-se, pois, apto a receber uma execução coactiva. Tratando-se de actos que imponham o pagamento de quantias, haverá então lugar à aplicação do disposto no artigo 149.º, n.º 3, do CPA (o qual remete para o artigo 155.º, sobre os termos da execução para pagamento de quantia certa). Importa, contudo, chamar a atenção para o papel que neste ponto pode desempenhar a execução da caução, nos termos do artigo 296.º, al. a): aqui se prevê que a caução prestada pelo co-contratante pode ser executada para satisfação das importâncias devidas por força do não pagamento de sanções pecuniárias. Nestes termos, a obrigação resultante do acto administrativo de aplicação de sanções pecuniárias (*obrigação de pagamento*) acaba por poder ser imposta *coactivamente*, por meios próprios do contraente público e independentemente de decisão judicial, mediante a *execução da caução*.

#### iv) Condições de aplicação das sanções contratuais

A formação dos actos administrativos de conformação da relação contratual fica submetida a um regime jurídico especial, definido no artigo 308.º, n.º 1, que estabelece que a esses actos não se aplica o regime da marcha do procedimento administrativo estabelecido pelo *Código do Procedimento Administrativo* (CPA). Todavia, quando se trate de actos que apliquem sanções contratuais, o n.º 2 do mesmo artigo 308.º impõe a exigência de audiência prévia do co-contratante. Mas, nos termos do n.º 3, a audiência prévia pode ser dispensada pelo contraente público, se a sanção contratual tiver natureza pecuniária e se encontrar caucionada por garantia bancária à primeira solicitação ou por instrumento equivalente, «desde que haja fundado receio de a execução da mesma se frustrar por virtude daquela audiência» (60).

Ainda no capítulo das condições de aplicação de sanções contratuais, importa dizer que, conforme se estabelece no artigo 333.º, n.º 1, al. a), a resolução sancionatória apenas pode ser determinada em caso de *incumprimento definitivo do contrato* (por facto imputável ao co-contratante).

#### 3.2.2. Tipos de sanções contratuais

O CCP não apresenta o catálogo das sanções que o contraente público pode aplicar em caso de incumprimento do co-contratante. A lei alude à aplicação de sanções *previstas no contrato* ou na lei para a inexecução do contrato — *v. g.*, arti-

---

(60) Não há, por conseguinte, lugar à dispensa da audiência se a caução for prestada por depósito em dinheiro ou em Títulos emitidos ou garantidos pelo Estado. Instrumento equivalente à garantia bancária à primeira solicitação será o *seguro-caução*, nas condições definidas no n.º 7 do artigo 88.º; sobre este, cf. LUÍS E. MEURER AZAMBUJA, “Seguro-caução”, in J. SINDE MONTEIRO, *Garantias das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 305 e segs.

gos 302.º, al. d), 307.º, n.º 2, al. c), e 329.º, n.º 1 —, referindo-se, por outro lado, a alguns tipos de medidas que qualifica explicitamente como sanções, como sucede com as sanções pecuniárias ou que revistam natureza pecuniária, com a sanção pecuniária compulsória ou com a resolução do contrato a Título sancionatório. Regulando a figura (cf. artigo 421.º), o CCP já não qualifica o *sequestro* de concessões como medida sancionatória, embora nos pareça ser esta a sua natureza.

Não existindo um *numerus clausus* nesta matéria, afigura-se-nos que o contrato pode desenhar medidas sancionatórias que se afastem dos tipos a que a lei alude: será o caso, por exemplo, da *advertência*. O que, em todo o caso, se deve considerar excluída é a previsão de sanções com consequências extra-contratuais, dotada de uma repercussão fora da relação contratual (v. g., proibição de contratar ou de participar em procedimentos de adjudicação)

Apesar da abertura legal, não sofre discussão o lugar central de três tipos de sanções contratuais: as sanções pecuniárias, o sequestro e a realização coactiva da prestação e, por fim, a resolução sancionatória.

#### a) *Sanções pecuniárias*

No que respeita às sanções pecuniárias, cumpre chamar a atenção para os n.ºs 2 e 3 do artigo 329.º, onde se impõem limites ao valor acumulado dessas sanções: em regra, não pode ultrapassar 20% do preço contratual; quando este limite seja atingido, o contraente público *pode* — neste caso, talvez seja de entender que *deve* — determinar a resolução do contrato [artigo 333.º, n.º 1, al. e)]. Contudo, estabelece o n.º 3 já citado, se o limite dos 20% for atingido, entendendo o contraente público que a resolução do contrato pode «causar grave dano para o interesse público», o limite é, então, elevado para 30%, impondo-se, sem mais, a resolução quando este limite seja alcançado.

Resulta daqui que, atingindo o limite dos 20%, o contraente público deve resolver ou, em alternativa, expor os fun-

damentos que o conduzem a não resolver e continuar aplicar sanções pecuniárias.

As sanções pecuniárias podem assumir a veste de sanções *compulsórias*, quando se estabeleça no contrato que à verificação de uma falta contratual se segue a aplicação de uma sanção de um montante diário que vigora enquanto aquela falta não for suprida pelo co-contratante. Estamos então em face de uma *sanção pecuniária compulsória*, de fonte contratual ou legal e aplicada por acto unilateral do contraente público (e não pelo tribunal, como sucede no direito privado <sup>(61)</sup>).

b) *Sequestro e realização coactiva da prestação*

O sequestro é uma figura tradicionalmente associada às concessões de serviço e de obras públicas: o sequestro apresenta-se como o acto pelo qual a entidade concedente (contraente público) se substitui ao concessionário (co-contratante) sempre que se verifique ou esteja iminente uma interrupção total ou parcial da gestão do serviço público ou existam graves deficiências na sua organização, regularidade ou continuidade <sup>(62)</sup>. A figura encontra-se hoje regulada no artigo 421.º (norma inserida num capítulo que se ocupa das concessões de obras públicas e de serviços públicos).

O sequestro tem sido apresentado como exemplar das designadas *sanções coercitivas*, que a doutrina francesa define como sanções que visam obter a realização do contrato através de meios de constrangimento que visam ultrapassar os efeitos que resultam do incumprimento por parte do co-contratante <sup>(63)</sup>. Por força do sequestro, opera-se a substituição tem-

---

<sup>(61)</sup> No âmbito da relação emergente de contrato administrativo, a sanção pecuniária compulsória decorre de previsão legal [artigos 372.º, n.º 4, al. a), e 403.º, n.º 1] ou de uma determinação contratual que estipule a aplicação, pelo contraente público, de uma *multa diária* enquanto se verificar uma determinada situação de incumprimento.

<sup>(62)</sup> Cf. a nossa *A Concessão, cit.*, p. 252 e segs.

<sup>(63)</sup> Cf. GUETTIER, *ob. cit.*, p. 354.

porária (até ao limite de um ano) do co-contratante pelo contraente público; o programa contratual desenvolve-se por conta do co-contratante.

Agora, com o CCP, além do sequestro, ilustra também a figura das sanções coercitivas a *realização coactiva das prestações contratuais em falta*. Embora pressupondo um episódio de incumprimento do co-contratante, está aqui presente um instituto que nos parece distinto do sequestro.

O sequestro opera como uma *medida temporária*, que aliás pode ser aplicada em caso de iminência de incumprimento (e não apenas de incumprimento consumado) <sup>(64)</sup>, imposta com um duplo propósito: por um lado, assegurar o desenvolvimento contínuo e regular da actividade concedida, prevenindo prejuízos para o interesse público e para os direitos dos utilizadores do serviço ou da obra pública, e, por outro lado, evitar a aplicação imediata de uma sanção mais severa, a resolução do contrato. Assim, o sequestro confere ao co-contratante (concessionário) a *chance* de se colocar em posição de cumprir o contrato de concessão, exercendo de forma regular a actividade concedida. Com o sequestro, o concessionário mantém o seu *direito à concessão*, de cujo exercício se vê temporariamente privado <sup>(65)</sup>; além disso, é o concessionário que suporta os

---

(64) A decisão que determina o sequestro da concessão — que pode ser executada coactivamente, nos termos do artigo 309.º, n.º 2 — implica a “entrada” do concedente na posse do estabelecimento da concessão e no exercício das actividades concedidas. Nos termos da lei, o sequestro pode ter lugar, designadamente, quando ocorra ou esteja iminente a cessação ou suspensão, total ou parcial, do exercício das actividades concedidas e quando se verifiquem perturbações ou deficiências graves na organização e regular desenvolvimento das actividades concedidas ou no estado geral das instalações e equipamentos que comprometam a continuidade ou a regularidade daquelas actividades ou a integridade e segurança de pessoas e bens.

(65) Logo neste elemento de “privação do direito” se revela o carácter sancionatório do sequestro; nestes termos, cf., da nossa autoria, *A Concessão, cit.*, p. 254; GUETTIER, *ob. cit.*, p. 355.

encargos do desenvolvimento das actividades concedidas, bem como todas as despesas extraordinárias a que haja lugar por força da implementação do sequestro e, depois, da sua desactivação.

A situação revela outros contornos no cenário da *realização coactiva das prestações contratuais em falta*. Desde logo, esta pressupõe sempre um cenário de incumprimento consumado (não apenas iminente) e definitivo. Por outro lado, embora reconhecendo que a lei não esclarece totalmente o ponto, não nos parece aceitável que se possa determinar a *realização coactiva* para operar uma substituição do co-contratante no exercício contínuo e regular da actividade objecto do contrato: em apoio desta interpretação, milita a ausência de qualquer indicação de um prazo para a vigência da *realização coactiva* <sup>(66)</sup>, bem como de qualquer referência que associe esta ao sequestro, o qual, como vimos, o CCP regula. Assim, supomos que a nova figura da *realização coactiva* apresenta proximidades com a “execução para a prestação de facto imposto por acto administrativo” (artigo 157.º do CPA), também do ponto de vista da sua abrangência: quer dizer, a *realização coactiva* tem lugar para permitir a execução pontual de *determinadas* prestações em falta <sup>(67)</sup> ou, porventura, para permitir a execução de prestações continuadas e sucessivas durante um curto período de tempo necessário para que a vigência do contrato se esgote <sup>(68)</sup>. Na

---

<sup>(66)</sup> Recorde-se que o sequestro é determinado com o objectivo de evitar a resolução e com a expectativa de devolver a actividade concedida ao concessionário. Ora, a regulamentação da *realização coactiva* não pressupõe qualquer efeito da devolução, o que também ajuda a interpretação segundo a qual aquela não pode ser determinada para “substituir” o co-contratante no desempenho geral e continuado da actividade objecto do contrato.

<sup>(67)</sup> Por exemplo, incumprimento de um contrato para a elaboração de um projecto de arquitectura ou de um estudo económico-financeiro.

<sup>(68)</sup> Em geral, pensando nos contratos de prestação de serviços, diríamos que a *realização coactiva* se mostra especialmente adequada àqueles que se reconduzem ao tipo *contrato de tarefa* (execução de tra-

nossa interpretação, seria despropositada a sanção traduzida em manter um co-contratante (não concessionário) vinculado duradouramente a um contrato de execução continuada que não quer cumprir ou que já mostrou não estar em condições de cumprir <sup>(69)</sup>. Numa situação como esta, a solução recomendável e razoável é a resolução do contrato, não a substituição do co-contratante pela via da *realização coactiva*.

c) *Resolução do contrato*

Acabámos de afirmar que a resolução sancionatória do contrato é, em certos casos, de incumprimento definitivo, a solução recomendável e razoável. De resto, o artigo 325.º, n.º 2, estabelece exactamente a alternativa entre a imposição da *realização coactiva* e a resolução com fundamento em incumprimento definitivo.

i) *Incumprimento definitivo*

A resolução — como de resto a *realização coactiva* — só se revela uma medida viável ou possível após ter sido fixado ao co-contratante um prazo razoável para cumprir. Quer dizer, a resolução fundada em incumprimento do contrato pressupõe um *incumprimento definitivo* <sup>(70)</sup>, o qual, em regra, só se alcança

---

balhos específicos) e menos ao tipo *contrato de avença* (execução de prestações continuadas e sucessivas) — neste último caso, poderá revelar-se apropriada apenas se estiver em causa um caso de incumprimento próximo do fim da vigência do contrato.

<sup>(69)</sup> Pense-se num contrato de fornecimento de refeições a escolas durante um ano lectivo ou no de prestação de serviços jurídicos pelo prazo de um ano, num caso em que, ao fim do segundo mês de vigência do contrato, surge um incumprimento definitivo. Como indicado no texto, já nos parece aceitável, nestes mesmos exemplos, a imposição da *realização coactiva* quando o incumprimento se verifica no último mês de vigência do contrato.

<sup>(70)</sup> Cf. artigo 333.º, n.º 1, al. a).



após a *notificação do co-contratante para cumprir*. Esta segue-se à verificação, pelo contraente público, do não cumprimento exacto e pontual das obrigações contratuais. O incumprimento “inicial” constitui simples *mora* e o CCP exige, para abrir a porta à resolução e à realização coactiva, a conversão da mora em incumprimento definitivo, o que passa pela *notificação para cumprir* <sup>(71)</sup>.

A situação só apresenta contornos diferentes quando o cumprimento do contrato se tenha tornado impossível ou o contraente público tenha perdido o interesse na prestação (cf. artigo 325.º, n.º 1): aqui, não se impõe a conversão da mora em incumprimento definitivo; o facto do incumprimento envolve, desde logo, a qualificação deste como incumprimento definitivo, autorizando a resolução sancionatória.

Em síntese, quando esteja envolvida a inexecução de *obrigações contratuais*, a resolução só pode ter lugar em caso de incumprimento definitivo (assim qualificado de início ou, quando não, após a *notificação para cumprir*) <sup>(72)</sup>.

## ii) *Resolução do contrato como ultima ratio*

Salvo nos casos de incumprimento definitivo “inicial” (cumprimento impossível ou perda objectiva de interesse do contraente público na prestação, por exemplo, em casos de incumprimento de *prazos essenciais* <sup>(73)</sup>), em que a resolução se

---

<sup>(71)</sup> Por si mesma, a notificação para cumprir não converte a mora em incumprimento definitivo; o que se passa é que, se a situação de incumprimento se mantiver, estará já então em causa um incumprimento definitivo.

<sup>(72)</sup> Vem a propósito recordar que, nos termos da lei, a resolução sancionatória não pune apenas o incumprimento de obrigações contratuais: também pode ser determinada essa medida em caso de violação de obrigações emergentes da lei e de actos administrativos de conformação da relação contratual (cf. artigo 333.º, n.º 1).

<sup>(73)</sup> Sobre o desrespeito de prazos contratuais, importa dizer que o incumprimento em que tal se traduz não deve, *em regra*, considerar-se

impõe como uma medida natural, nas situações de não cumprimento definitivo que se consuma apenas após a *notificação para cumprir* a resolução não surge já como uma medida necessária.

Nesse âmbito, recorde-se, em primeiro lugar, que a *realização coactiva* pode ser uma alternativa à resolução: em vez de impor a resolução, o contraente público pode manter em vigor o contrato e efectuar diligências no sentido de obter o resultado das prestações contratuais por outro modo <sup>(74)</sup>. Por outro lado, em muitos casos, o incumprimento pode ser sancionado com outras medidas, designadamente sanções pecuniárias (salvo se já se atingiram os limites do artigo 329.º, n.º 2).

---

impossível, para efeitos de autorizar imediatamente a resolução do contrato: trata-se de *mora* e não de *incumprimento definitivo*. Julga-se, por isso, que a exigência segundo a qual a resolução pressupõe o incumprimento definitivo reclama a *notificação para cumprir* mesmo após o incumprimento do prazo; será assim também nas hipóteses em que a lei autoriza o contraente público a resolver depois de esgotado um determinado prazo: cf., entre outras disposições, os artigos 405.º, n.º 1, al. c) — resolução pelo dono da obra quando ocorrer atraso no início dos trabalhos superior a 1/40 do prazo de execução da obra —, 436.º — resolução pelo contraente público quando o cumprimento de obrigação pelo locador se atrasar por mais de três meses — e 448.º — resolução pelo contraente público quando o cumprimento de obrigação pelo fornecedor se atrasar por mais de três meses. Nos últimos dois casos, a lei ressalva os fundamentos gerais de resolução, pelo que nada impede naturalmente que o contrato estabeleça um prazo mais curto para o cumprimento de obrigações: o incumprimento desse prazo contratual coloca o co-contratante em mora.

A alusão, no texto, ao conceito de *prazo essencial* sugere que o prazo de cumprimento imposto ao co-contratante pode ser *essencial*, no sentido de o seu desrespeito corresponder imediatamente a um caso de cumprimento impossível (*v. g.*, entrega de equipamento a instalar numa exposição fora do prazo convencionado e quando a exposição já terminou).

<sup>(74)</sup> No direito espanhol, aludindo a um *poder de opção* entre a resolução e a manutenção do contrato, cf. CONCEPCION BARRERO RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 43 e segs.

Mais do que não se apresentar como medida necessária, a resolução será até, em certos casos de incumprimento definitivo, uma medida inconveniente, desadequada e, num plano jurídico mais rigoroso, desproporcional e mesmo contrária à realização do interesse público<sup>(75)</sup>. Neste contexto, cumpre ter presente que o artigo 333.º, n.º 1, começa por associar os vários fundamentos de resolução a «outras situações de grave violação das obrigações assumidas pelo co-contratante especialmente previstas no contrato». Daqui se depreende que, para a lei, o incumprimento definitivo por facto imputável ao co-contratante representa uma situação de grave violação das obrigações que aquele assumiu. Faz todo o sentido essa qualificação, deve dizer-se. Mas, ainda assim, a resolução do contrato não se pode considerar uma consequência automática do incumprimento definitivo. Neste ponto, a lei não poderia ser mais clara, ao referir que o contraente público «pode» resolver o contrato com os fundamentos indicados, incluindo o incumprimento definitivo<sup>(76)</sup>.

A resolução sancionatória do contrato administrativo configura-se, pois, como uma *medida discricionária*, que o contraente público poderá aplicar, mas apenas como *ultima ratio, last resort*<sup>(77)</sup> ou *ultimate method*<sup>(78)</sup>, tendo presentes todas as circunstâncias relevantes, designadamente a gravidade concreta da infracção, o carácter essencial da obrigação não cumprida e, claro, o interesse público. Em certos casos de incumprimento definitivo, estando em causa obrigações contratuais “menores”

---

(75) No sentido de que a *default termination* representa um evento traumático para ambas as partes, cf. CIBINIC/NASH/NAGLE, *ob. cit.*, p. 883.

(76) Do mesmo modo que as regulamentações do direito norte-americano, pode dizer-se, entre nós, que as disposições da lei “do not require the Government to terminate; they simply authorize termination”; cf., neste sentido, J. W. WHELAN/J. F. NAGLE, *Federal government contracts*, New York, Foundation Press, 2007, p. 552.

(77) Cf. N. SEDDON, *Government contracts (federal, state and local)*, Vitória, The Federation Press, 2004, p. 31.

(78) Cf. CIBINIC/NASH/NAGLE, *ob. cit.*, p. 883.

ou “não essenciais” <sup>(79)</sup>, porventura até obrigações essenciais, a resolução do contrato pode mesmo ter de se considerar afastada, por constituir uma *sanção desproporcional* à infracção cometida ou, em qualquer caso, uma medida prejudicial para o interesse público (pense-se, quanto a este aspecto, nos “custos de resolução”, que decorrem da desmontagem do contrato e da substituição do co-contratante).

Assim, parece-nos, para legitimar a resolução sancionatória, o incumprimento definitivo do co-contratante deve ser “substancial”, em termos de comprometer irremediavelmente o resultado do contrato <sup>(80)</sup>.

iii) *Acto administrativo de resolução e cumulação com outras sanções*

Como em geral as medidas sancionatórias, a resolução assume a natureza de acto administrativo (fundado na lei <sup>(81)</sup>), que produz efeitos jurídicos na esfera do co-contratante após a notificação; trata-se de um acto dotado de *executividade* e, além disso, de *executoriedade* (cf. artigo 309.º, n.º 2): quando da

---

<sup>(79)</sup> No sentido de que a resolução do contrato pressupõe a infracção de *obrigações essenciais*, cf. Concepción Barrero RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 48 e segs. Apesar de o CCP não distinguir entre obrigações essenciais e não essenciais, afigura-se que a sujeição do exercício do poder de resolução sancionatória ao teste da proporcionalidade poderá determinar a ilegalidade do acto de resolução baseado em infracções menores, não essenciais.

A distinção entre obrigações essenciais e obrigações não essenciais só pode fazer-se em concreto, considerando os termos e as especificidades de cada contrato. Assim, por exemplo, a obrigação de cumprir dentro de um determinado prazo pode ser essencial ou não; exclui-se assim a interpretação segundo a qual se trata de uma obrigação essencial, baseada na ideia segundo a qual “time is of the essence” dos contratos administrativos (cf. TIEFER/SHOOK, *ob. cit.*, p. 518).

<sup>(80)</sup> Nestes termos, cf. BUSCEMA/BUSCEMA, *ob. cit.*, p. 621. Um dos fundamentos que pode explicar a resolução sancionatória é, por exemplo, o número e a repetição de infracções.

<sup>(81)</sup> Como já vimos, ao contrário de outras sanções contratuais, o poder de determinar a resolução sancionatória é um poder legal, extra-contratual, que não carece de previsão no contrato.

resolução decorram obrigações para o co-contratante (*v. g.*, de reversão do estabelecimento da concessão), se este não cumprir, o contraente público pode impô-las coactivamente.

Observe-se, por outro lado, que não parece haver obstáculo legal à cumulação da resolução sancionatória com a aplicação de sanções contratuais de natureza pecuniária, desde que tal se encontre previsto no contrato: atente-se ao disposto no artigo 329.º, n.º 1, onde se dispõe que «o contraente público pode, a Título sancionatório, resolver o contrato e aplicar as sanções previstas no contrato ou na lei em caso de incumprimento».

#### iv) *Consequências da resolução*

A resolução determina a *liquidação do contrato*, implicando o cálculo final do preço a pagar ao co-contratante pelas prestações realizadas, bem como quaisquer indemnizações ou quantias que lhe devam ser pagas (*cf.* artigo 333.º, n.º 3, sobre as «quantias devidas» pelo contraente público) <sup>(82)</sup>.

Para efectuar a liquidação do contrato, interessa ainda considerar que a imposição da resolução sancionatória não prejudica o direito de indemnização do contraente público, pelos prejuízos causados pelo incumprimento <sup>(83)</sup>. Neste ponto, o CCP *autonomiza* como valor indemnizável o custo decorrentes da adopção de novo procedimento de formação de contrato (*costs of reprocurement* <sup>(84)</sup>).

Embora provoque um “potent impact” <sup>(85)</sup> no co-contratante, a sanção resolutória não conhece, em princípio, efeitos

---

<sup>(82)</sup> A este propósito, atente-se à regra especial do artigo 448.º, n.º 2, inserida na regulamentação dos contratos de aquisição de bens móveis: neste caso, a resolução do contrato pode abranger a «repetição das prestações já realizadas pelo fornecedor, se assim for determinado pelo contraente público».

<sup>(83)</sup> Haverá, nesse caso, um encontro de contas, que apure quem, a final, tem dinheiro a receber.

<sup>(84)</sup> *Cf.* TIEFER/SHOOK, *ob. cit.*, p. 516.

<sup>(85)</sup> Nestes termos, sobre a *termination for default*, *cf.* TIEFER/SHOOK, *ob. cit.*, p. 515.

extra-contratuais, designadamente quanto à inabilitação daquele para contratar com a Administração <sup>(86)</sup>.

Diga-se, por fim, que, nos termos da lei, a resolução do contrato não envolve a perda automática da caução; trata-se, contudo, de uma consequência que o contrato poderá estipular, como consequência associada ao facto de incumprimento que fundamenta a resolução <sup>(87)</sup>. Recorde-se ainda que a caução pode ser executada, nos termos do n.º 3 do artigo 333.º, para pagamento da indemnização devida na sequência da resolução (quando o valor desta exceda o valor das quantias devidas pelo contraente público).

### 3.2.3. Realização coactiva das prestações contratuais em falta

Considerámos que a execução coactiva das prestações contratuais em falta se pode considerar uma *sanção* imposta ao co-contratante faltoso: integra a categoria das designadas *sanções coercitivas* (como o sequestro). Apesar do seu carácter sancionatório e, por aí, da sua possível análise no quadro da responsabilidade administrativa, a figura da realização ou da execução coactiva das prestações contratuais apresenta ingredientes especiais que recomendam o seu estudo autónomo e separado dentro do leque das consequências do incumprimento do co-contratante.

#### i) *Natureza da realização coactiva das prestações no contrato administrativo*

Ao contrário do que sucede no direito civil, no direito do contrato administrativo, a *realização coactiva das prestações* não

---

<sup>(86)</sup> Vimos já que não é assim noutros sistemas jurídicos. Acrescente-se que, também no direito norte-americano, se chama a atenção para o facto de a *default termination* poder ter efeitos perniciosos para a elegibilidade do co-contratante em futuras adjudicações; cf. CIBINIC/NASH/NAGLE, *ob. cit.*, p. 884.

<sup>(87)</sup> Nos termos do artigo 296.º, a caução pode ser executada para indemnizar os prejuízos incorridos pelo contraente público.

se desenvolve necessariamente através da intervenção de um tribunal, no contexto de um processo executivo. Na verdade, quando esteja em causa o incumprimento de «prestações de natureza fungível» (artigo 325.º, n.º 2), a lei reconhece, agora, ao contraente público o poder de, por si mesmo e sem intervenção judicial, optar pela efectivação das prestações em falta, directamente ou por intermédio de um terceiro. Trata-se, pois, de um caso de poder administrativo *autotutela executiva*, de *substituição coactiva* do co-contratante, que, agora com o CCP, se estende ao cumprimento coactivo das obrigações contratuais (e não apenas das obrigações emergentes de actos administrativos de conformação da relação contratual) (88). A solução representa uma ruptura com o regime anterior: recorde-se o artigo 187.º do CPA, onde se estabelecia a regra segundo a qual «a execução forçada das prestações contratuais em falta só pode ser obtida através dos tribunais administrativos». Agora, para as prestações de natureza fungível, a regra passa a ser exactamente a oposta (89). Quer isto dizer, que, em relação às obrigações contratuais que tenham por objecto prestações daquela natureza, o próprio contrato administrativo (como o acto administrativo) constitui um *Título executivo* e pode mesmo legitimar uma *execução coactiva* por via administrativa (90).

---

(88) No direito italiano, onde existe um caso semelhante de *autotutela executiva*, alguma doutrina critica o regime, considerando-o de duvidosa constitucionalidade; cf. BUSCEMA/BUSCEMA, *ob. cit.*, p. 603.

(89) No direito alemão, recusando que o contrato administrativo possa ter uma função tituladora, e exigindo, em caso de incumprimento, um *Título executivo judicial*, cf. SCHLETTE, *ob. cit.*, p. 627 e segs.

(90) Está aí envolvida a execução coactiva do contrato, *id est*, de obrigações contratuais. Como vimos, o mesmo se verifica quanto às obrigações decorrentes de certos actos administrativos praticados no âmbito da relação emergente do contrato, como é, desde logo, o caso do acto de resolução sancionatória e, em certos termos, até com os actos que aplicam sanções pecuniárias (neste caso, por via da retenção das cauções).

ii) *Âmbito da realização coactiva*

Sabemos já que a *realização coactiva* não surge como um efeito automático em todos os cenários de não cumprimento do contrato: assim, não há lugar à *realização coactiva* nas hipóteses de incumprimento definitivo “inicial”. Eis o que resulta, sem surpresa, do n.º 1 do artigo 325.º, ao estabelecer que não há lugar à notificação para cumprir quando o cumprimento se tenha tornado impossível ou o contraente público tenha perdido interesse na prestação. Além disso, também não haverá lugar à realização coactiva quando, após a verificação do incumprimento definitivo, o contraente público decidir resolver o contrato.

Como já defendemos no presente texto, a *realização coactiva* apenas deverá ocorrer para permitir a execução pontual de *determinadas* prestações em falta ou, porventura, para permitir a execução de prestações continuadas e sucessivas durante um curto período de tempo necessário para que a vigência do contrato se esgote.

Por fim, observe-se que a lei se refere apenas à execução coactiva das prestações de natureza fungível, o que parece limitar-se às prestações de facto, excluindo as *prestações de entrega de coisa certa*. Assim, salvo disposição legal em contrário <sup>(91)</sup>, tendemos a considerar que se encontra excluída a execução coactiva destas últimas prestações. O mesmo se passa, de resto, em relação às prestações de facto infungível (embora, neste caso, o contrato possa prever *sanções pecuniárias compulsórias* para constranger o co-contratante a cumprir).

iii) *Notificação para cumprir*

A *realização coactiva* não pode ser imposta imediatamente a seguir à verificação de uma situação inicial de incumprimento.

---

<sup>(91)</sup> Veja-se, por exemplo, o artigo 404.º, n.º 3, que atribui ao dono da obra o poder de tomar a posse administrativa da obra, bem como dos bens móveis e imóveis à mesma afectos.



mento. Nos termos da lei, o incumprimento só dará lugar à *realização coactiva* após a “notificação para cumprir dentro de um prazo razoável” que o contraente público deve enviar àquele. Quer dizer, salvo os casos de incumprimento definitivo inicial, o não cumprimento primário ou inicial do contrato equivale à *mora*, só se convertendo em não cumprimento *definitivo* quando subsistir depois da notificação para cumprir dentro de um prazo razoável.

A notificação para cumprir desempenha a função de conceder ao co-contratante uma última hipótese de cumprir o contrato, evitando a possibilidade de resolução sancionatória ou a *realização coactiva*. Como a lei exige, a notificação deve indicar um prazo razoável dentro do qual o co-contratante poderá ainda cumprir o contrato.

Mesmo que, na sequência da notificação, retome o cumprimento do contrato, o co-contratante fica exposto à aplicação de sanções contratuais (excepto a resolução) e ao dever de indemnizar os prejuízos que o contraente público tenha suportado como consequência da mora.

#### iv) *Execução das prestações em falta por terceiro*

Na hipótese de o co-contratante manter a situação de incumprimento após o fim do prazo fixado na notificação para cumprir, o contraente público poderá então optar pela realização coactiva das prestações em falta. Pode fazê-lo directamente, através dos seus próprios meios, ou por intermédio de uma terceira entidade<sup>(92)</sup>. Neste caso, o procedimento de adjudicação do contrato a celebrar com o terceiro é regulado pela Parte II do CCP (*cf.* artigo 325.º, n.º 3). Por outro lado, embora a lei o não estabeleça, as despesas resultantes da exe-

---

<sup>(92)</sup> Regime semelhante encontra-se consagrado no artigo 157.º, n.º 2, do CPA, para a execução de prestações de facto fungível impostas por acto administrativo.

cução das prestações em falta ficam, naturalmente, por conta do co-contratante <sup>(93)</sup>.

### 3.2.4. Alusão ao regime do cumprimento defeituoso

Uma palavra breve para o incumprimento na forma de cumprimento defeituoso; em geral, nada obsta à aplicação neste caso do regime da realização coactiva da prestação em falta, o qual, nos termos do n.º 1 do artigo 325.º, se aplica também quando o co-contratante não cumprir de «forma exacta» as obrigações contratuais; a notificação para cumprir encerra neste caso uma ordem de reparação ou de correcção de defeitos.

Independentemente dessa possibilidade genérica, a lei pode, em casos específicos e determinados, autorizar o contraente público a impor ao co-contratante obrigações de reparação ou de correcção de defeitos: assim sucede, por exemplo, nos casos dos artigos 396.º, n.º 3, e 444.º

## B) CUMPRIMENTO E INCUMPRIMENTO PELO CONTRAENTE PÚBLICO

Mantendo o âmbito do presente texto circunscrito ao paradigma do “contrato de colaboração”, importa agora deixar uma breve referência ao incumprimento do contrato pelo contraente público.

O contrato administrativo obriga o co-contratante em face do contraente público; mas, é claro, também obriga o contraente público. Com efeito, os contratos administrativos e, dentre eles, a categoria, de que nos ocupamos — os contratos de colaboração — caracterizam-se, em regra, pela *bilateralidade*,

---

<sup>(93)</sup> Neste sentido, no âmbito da execução de acto administrativo, cf. artigo 155.º, n.º 4, do CPA.

quer dizer, pela circunstância de estipularem obrigações para ambos os contraentes <sup>(94)</sup>.

## 1. Cumprimento

Considerando o modelo do contrato administrativo com função de colaboração, podemos considerar que, numa grande cópia de situações, o cumprimento do contrato se traduz, pelo lado do contraente público, num *dever de pagamento* dos serviços (*lato sensu*) prestados pelo co-contratante <sup>(95)</sup>. Sintoma de que é esse modelo de *contrato passivo* que está na mira principal da regulamentação do CCP, pode ver-se no facto de, no capítulo da execução do contrato, surgir uma disposição com a epígrafe «prazo de pagamento» (artigo 299.º) e, no capítulo que se ocupa do incumprimento, surgir uma outra disposição sobre «atrasos nos pagamentos» (artigo 326.º). Tenha-se presente, porém, que, além de contratos administrativos que não se encaixam naquele modelo <sup>(96)</sup>, outros há, integrados nesse modelo ou não, em que o contraente público assume obrigações diferentes do pagamento de um preço: veja-se, neste sentido, o disposto no artigo 297.º, al. a), sobre *suspensão da execução das prestações que constituem o objecto do contrato* (suspensão pelo co-contratante), que estabelecer poder a suspensão da execução ocorrer com fundamento na «impossibilidade temporária de cumprimento do contrato, designadamente *em virtude mora do contraente público na entrega ou na disponibilização de meios ou bens necessários à respectiva execução*». Neste caso, a lei pressu-

---

<sup>(94)</sup> Exemplo de um contrato unilateral, que cria obrigações apenas para o co-contratante e, em regra, já não para o contraente público é o *acordo quadro*, nos termos do artigo 255.º, n.º 2.

<sup>(95)</sup> Neste sentido, a propósito dos “marchés publics”, cf. GUETTIER, *ob. cit.*, p. 356.

<sup>(96)</sup> Assim sucede com os *contratos activos* (em que o contraente público tem um preço a receber) e com os contratos (de concessão) em que a remuneração do co-contratante assenta nos resultados financeiros da exploração.

põe que as obrigações assumidas pelo contraente público podem não se limitar ao dever de efectuar pagamentos. E, de facto, assim sucede em muitos casos, em que o contraente público se compromete a entregar bens ou a disponibilizar o uso de materiais ao co-contratante.

Em qualquer caso, insiste-se, a obrigação mais frequente do contraente público nos contratos de colaboração corresponde ao pagamento do preço. Compreende-se que seja assim, uma vez que uma grande parte dos contratos administrativos se insere na categoria dos contratos de compras (as “compras públicas”).

Nos termos do artigo 299.º, n.º 1, o contraente público deve efectuar os pagamentos a que se encontre obrigado no prazo de 30 dias após a entrega das respectivas facturas; o n.º 2 autoriza as partes a fixarem no contrato prazo mais alargado, o qual não deve contudo exceder o prazo de 60 dias.

Com interesse neste âmbito, atente-se no regime da *revisão de preços*: no artigo 300.º fixa-se a regra segundo a qual só há revisão de preços se o contrato o determinar e fixar os respectivos termos. A lei excepciona esta mesma regra no artigo 282.º (sobre o reequilíbrio económico-financeiro do contrato), no artigo 341.º (sobre a partilha de benefícios) e no artigo 382.º, sobre a revisão (obrigatória) de preços nos contratos de empreitada de obras públicas (*cf.* Decreto-Lei n.º 6/2004, de 6 de Janeiro).

## **2. Incumprimento por facto imputável ao contraente público e suas consequências**

O incumprimento do contrato por parte do contraente público traduz-se no não cumprimento das obrigações contratuais por aquele assumidas, desde logo e em primeiro lugar, o dever de efectuar o pagamento no prazo legal ou contratual.

A seguir apresentamos o elenco das consequências do incumprimento contratual por parte do contraente público.

### **a) Juros de mora**

Em caso de atraso do contraente público no cumprimento do dever de pagamento, o co-contratante tem direito aos juros

de mora sobre o montante em dívida à taxa legalmente fixada para o efeito: cf. artigo 236.º, n.º 1 (os restantes n.ºs deste artigo regulam os termos da determinação do valor a que correspondem os juros de mora) (97).

### **b) Suspensão da execução**

No modelo de contrato administrativo de colaboração, em que o co-contratante assume o encargo de desenvolver uma actividade contra o recebimento de um preço, compreende-se que um “instrumento” logicamente adequado para reagir contra o não recebimento do preço seja a suspensão da execução do contrato.

Apesar de a lógica explicar aquela solução, é entendimento tradicional no direito administrativo que o contratante da Administração deve estar limitado no seu direito de suspensão da execução contratual. Em abono desta orientação invocam-se atendíveis razões de interesse público na continuidade das prestações contratuais.

Embora uma leitura mais apressada possa sugerir o contrário, o CCP respeita as linhas fundamentais do ambiente dogmático que sustenta a contenção da suspensão de execução do contrato.

Já aludimos ao disposto na al. a) do artigo 297.º, que autoriza o co-contratante a proceder à execução das prestações que constituem o objecto do contrato com um de dois fundamentos: a) impossibilidade temporária de cumprimento do contrato, designadamente em virtude de mora do contraente público na entrega ou na disponibilização de meios ou bens necessários à respectiva execução; b) excepção de não cumprimento.

---

(97) A este propósito, veja-se ainda o artigo 434.º (no capítulo que se ocupa do contrato de locação de bens móveis), estabelecendo que, em caso de mora do contraente público, o locador “apenas” tem direito a exigir o pagamento de juros de mora a Título de indemnização.

Apesar de a invocação da *exceptio* se consubstanciar, no plano material, numa *suspensão da execução*, deve, todavia, considerar-se aquela, e só essa, uma *modalidade genérica* de suspensão, regulada pelo regime jurídico consagrado no artigo 327.º e que pode sempre ser invocada pelo co-contratante. Fora do quadro da *exceptio*, que analisaremos a seguir, a suspensão da execução como medida de reacção ao incumprimento do contraente público apenas poderá ocorrer em casos previstos na lei ou no contrato.

Com fundamento na lei surgem as hipóteses contempladas na al. *a*) do artigo 297.º ou na al. *b*) do n.º 3 do artigo 366.º (suspensão pelo empreiteiro <sup>(98)</sup>). Nesta última disposição, estabelece-se que o empreiteiro pode suspender, no todo ou em parte, a execução dos trabalhos em face da falta de pagamento de qualquer quantia devida nos termos do contrato, desde que tenha decorrido um mês sobre a data do respectivo vencimento. A suspensão deve ser antecedida de comunicação escrita ao dono da obra, imediatamente após a verificação do evento que a fundamenta, com menção expressa do fundamento invocado e dos factos que o concretizam.

### **c) Excepção do não cumprimento do contrato**

Numa disposição sobre a excepção de não cumprimento invocável pelo co-contratante, estabelece o n.º 1 do artigo 327.º: «nos contratos bilaterais, quando o incumprimento seja imputável ao contraente público, o co-contratante, independentemente do direito de resolução do contrato que lhe assista (...) pode invocar a excepção de não cumprimento desde que a sua recusa em cumprir não implique grave prejuízo para a realização do interesse público subjacente à relação jurídica contratual».

---

<sup>(98)</sup> Observe-se que a suspensão pelo empreiteiro regulada no artigo 366.º não abrange apenas a suspensão em reacção ao incumprimento do contraente público.

A simples leitura dessa norma permite imediatamente concluir que a exceção do não cumprimento pode ser invocada com uma importante limitação: não *implicar grave prejuízo para o interesse público*.

O juízo sobre a consequência do grave prejuízo para o interesse público pertence ao contraente público, que, para o efeito, emite uma resolução fundamentada; na ausência de uma *resolução fundamentada* — a emitir no prazo de 15 dias após a notificação, pelo co-contratante, da sua intenção de exercício do direito e dos respectivos fundamento —, considera-se que a suspensão não implica grave prejuízo para o interesse público.

Se a recusa de cumprir implicar grave prejuízo para o interesse público — reconhecido em *resolução fundamentada* do contraente público —, o co-contratante poderá, ainda assim, invocar a exceção de não cumprimento, se a realização das prestações contratuais colocar manifestamente em causa a sua viabilidade económico-financeira ou se revelar excessivamente onerosa, devendo, no último caso, ser devidamente ponderados os interesses públicos e privados em presença.

#### **d) Direito de retenção**

À invocação do direito de retenção pelo co-contratante aplica-se, com as necessárias adaptações, o disposto na lei sobre a exceção do não cumprimento do contrato (artigo 328.º).

#### **e) Resolução por iniciativa do co-contratante**

O artigo 332.º regula a resolução do contrato por iniciativa do co-contratante; no seu n.º 1 apresenta um catálogo exemplificativo de situações que podem dar origem à resolução, entre as quais se destaca, neste contexto, o incumprimento definitivo do contrato por facto imputável ao contraente público e o incumprimento de obrigações pecuniárias pelo contraente público por período superior a seis meses ou quando o montante em dívida exceda 25% do preço contratual, excluindo juros.

O direito de resolução é exercido por via judicial, mediante uma acção administrativa comum sobre contratos, ou mediante recurso a arbitragem (*cf.* artigo 332.º, n.º 3). Quer dizer, o concreto efeito resolutório do contrato não decorre de uma declaração do co-contratante, mas de uma decisão judicial, que verifica a subsistência dos pressupostos do direito de requerer a resolução. Enquanto a decisão judicial não pronuncie a resolução, o co-contratante mantém o seu dever de cumprir o contrato (a menos que logre invocar a *exceptio* ou que o tribunal o liberte do cumprimento desse dever, a título cautelar).

A situação só se revela diferente, nos termos do n.º 4, na hipótese de incumprimento de obrigações pecuniárias pelo contraente público por período superior a seis meses ou quando o montante em dívida exceda 25% do preço contratual. Agora, o direito de resolução pode ser exercido mediante declaração dirigida ao contraente público, produzindo efeitos 30 dias após a recepção dessa declaração. Querendo evitar o efeito resolutório, o contraente público poderá nesse prazo cumprir as obrigações em atraso, acrescidas dos juros de mora a que houver lugar.

#### NOTA FINAL: APRECIACÃO GERAL DO REGIME DE INCUMPRIMENTO DO CONTRATO

Numa apreciação breve sobre o regime jurídico do incumprimento do contrato administrativo, estamos diante de uma disciplina caracterizada pelo tópico da *desigualdade das partes*, protegendo de modo assimétrico o interesse, que ambas têm, no cumprimento do contrato.

À tradicional supremacia jurídica do contraente público, associada aos seus poderes de modificação e de resolução por razões de interesse público, junta-se agora, com o CCP, a atribuição àquele de drásticos poderes públicos de reacção diante do incumprimento por parte do co-contratante. Mantendo o clássico poder de aplicar sanções contratuais, o CCP estabelece agora que tais sanções se formalizam através de acto admi-



nistrativo, com uma função tituladora. Por outro lado, algumas das sanções impõem obrigações e restrições que podem ser executadas pela via coactiva (sequestro, sanção resolutória, nos termos do artigo 309.º, n.º 2), sem intervenção ou validação judicial. Além disso, mesmo quando a lei não se refere à imposição coactiva de sanções, admite-a de forma mais ou menos aberta: assim ocorre com a possibilidade de execução das cauções para “pagamento” de sanções pecuniárias. Acrescente-se a tudo isso que, como se explicou, o próprio contrato se assume agora como Título executivo, uma vez que o contraente público pode impor coactivamente as obrigações contratuais não cumpridas correspondentes a prestações de natureza fungível. Por fim, cumpre salientar que a execução por via coactiva acaba, de certo modo, por se estender às próprias *pretensões secundárias*, pelo menos na medida em que a caução prestada pelo co-contratante pode ser executada pelo contraente público para se ressarcir dos prejuízos causados pelo incumprimento daquele.

O legislador parece assim ter sido especialmente sensível à exigência de protecção eficaz do interesse público no cumprimento do contrato, relegando para um segundo plano as considerações dogmáticas e de homenagem ao *princípio do consenso* que inspiram a retórica da igualdade das partes no contrato administrativo <sup>(99)</sup>. A atenção particular às exigências de salvaguarda do interesse público — no caso que nos ocupa, o “interesse público no cumprimento do contrato colaboração” — não é uma originalidade do direito português; trata-se, pelo contrário, de uma tendência de vários ordenamentos jurídi-

---

<sup>(99)</sup> Cf. SCHLETTE, *ob. cit.*, p. 628, referindo-se à contradição que consistiria em admitir que o contraente público dispusesse de poderes de autotutela executiva para reagir diante do incumprimento do contratante; de acordo com este ponto de vista, a execução coactiva das prestações contratuais não dispensa um Título judicial. Note-se, todavia, como o Autor aliás observa, que o § 61 da VwVfG admite expressamente que as partes do contrato de direito público (também o co-contratante privado) possam aceitar a execução imediata das prestações contratuais, caso em que o contrato se apresenta como um título executivo.

cos, desde logo, daqueles que autonomizam a figura do contrato administrativo de modelo francês (além da França, Espanha e Brasil, por exemplo), mas também de outros que desconhecem essa figura, como o norte-americano ou o britânico <sup>(100)</sup>.

No novo regime português, a desigualdade das partes do contrato administrativo — instituída em homenagem à tutela do interesse público, que o contraente público serve — torna-se ainda mais patente se se tiverem em consideração alguns traços do regime do incumprimento do contraente público, designadamente quanto à margem de que este dispõe para se opor (por via da *resolução fundamentada*) à invocação da exceção do não cumprimento do contrato por parte do co-contratante.

Embora, em termos de princípio, se concorde com um regime jurídico assimétrico, que coloque o contraente público em posição de supremacia — designadamente para reagir em termos eficazes diante do incumprimento do co-contratante —, parece-nos que, a final, o CCP acabou por incorrer em algum *excesso desigualitário* na forma como protegeu os interesses de cada um dos contraentes no cumprimento do contrato. Talvez se possa dizer que, em determinados aspectos, a nova regulamentação do contrato administrativo coloca o contraente público menos na posição de um *Vertragskontrahent* do que de um garante da realização do interesse público e da ordem jurídica <sup>(101)</sup>.

---

<sup>(100)</sup> Veja-se, por exemplo, como em obra recentíssima, A. C. L. DAVIES, *ob. cit.*, p. 208, alude, exactamente em matéria de cumprimento do contrato, a uma “government’s special position” nos contratos públicos e à existência de “public law elements” na teoria comum dos contratos.

<sup>(101)</sup> Sobre esta dupla função do Estado enquanto contraente, cf. Paula Macêdo, WEISS, *ob. cit.*, p. 103.