

AS AUTORIZAÇÕES DO CONCEDENTE GRANTOR'S AUTHORIZATIONS

MARK BOBELA-MOTA KIRKBY¹

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa. Lisboa, Portugal

Resumo: A lei e os contratos de concessão sujeitam diversas atuações ou negócios jurídicos do concessionário à prévia autorização do concedente. Nesta matéria, há duas questões que invariavelmente suscitam discussão jurídica entre as partes, que frequentemente é transportada para litígios arbitrais:

- a) Se as autorizações e respetivas recusas são atos administrativos ou meras declarações negociais do concedente;
 - b) O regime decorrente da qualificação das autorizações e respetivas recusas como atos administrativos ou como declarações negociais.
- São estas questões que tratamos no presente trabalho.

Palavras-chave: contratos PPP; contratos PFI; concessões públicas; autorizações do concedente; ato administrativo

Abstract: The law and concession contracts make various actions or legal transactions by the concessionaire subject to prior authorization by the grantor. In this regard, there are two issues that invariably give rise to legal discussion between the parties, which is often transferred to arbitration:

- a) Whether authorizations and the refusal thereof are administrative acts or mere business statements by the grantor;
- b) The regime resulting from the qualification of authorizations and respective refusals as administrative acts or as business statements.

Keywords: PPP contracts; PFI contract; public concessions; grantor's authorizations; administrative acts

1. Razão de interesse e delimitação do tema

Os regimes legal e contratual das concessões públicas *colaborativas*¹ sujeitam diversas atuações dos concessionários a aprovações ou autorizações do concedente².

A função destas autorizações³ tem, em geral, o propósito de munir o concedente com ferramentas jurídicas que lhe permitam assegurar a conformidade da execução contratual com o interesse público e, em particular, de definir mecanismos de fiscalização e visibilidade sobre atuações do concessionário, frequentemente de relevância primariamente extracontratual, que, pela sua natureza, podem pôr em causa interesses e princípios que incumbe ao concedente salvaguardar: nuns casos a integridade da concorrência gerada no procedimento de formação do contrato; noutros casos a solidez técnica e/ou a saúde financeira da concessão; noutros ainda o próprio equilíbrio financeiro do contrato, que pode obrigar a que a atuação do concessionário fique condicionada a que previamente acorde uma partilha de benefícios da operação pretendida com o concedente.

Estes *momentos* autorizativos têm uma enorme relevância ao longo da vida da concessão e geram, frequentemente, situações de tensão contratual entre as partes, que, não poucas vezes, descambam em litigância arbitral, nomeadamente quando o concedente recusa, expressa ou tacitamente, as autorizações que lhes são solicitadas pelo concessionário. Sucede, por exemplo, quando o concedente recusa autorizações para a substituição de uma caução ou de um subcontratado em termos que onerariam menos o concessionário, ou para uma operação de refinanciamento que lhe traria

¹ O âmbito deste trabalho cinge-se às “concessões de colaboração”, isto é, a contratos que atribuem ao cocontratante a responsabilidade pelo exercício de uma atividade pública, em substituição ou em vez da Administração. Há quem lhes chame também “concessões delegativas”. Ficam de fora do seu âmbito as “concessões atributivas”, nomeadamente as concessões de bens dominiais, relativamente às quais o tema das autorizações do concedente se coloca em termos substancialmente diferentes.

² Exemplos de autorizações do contraente público/concedente previstas no Código dos Contratos Públicos (doravante “CCP”): autorização de substituição da caução (n.º 1 do artigo 294.º); autorização para a cessão da posição contratual (artigos 318.º a 320.º); autorização para *step in* e *step out* das entidades financiadoras (artigo 322.º); autorização para alterações societárias na esfera do cocontratante (artigo 323.º); autorização para o exercício de atividades assessórias não previstas no contrato (artigo 412.º); autorização para a oneração de bens do domínio público afetos à concessão (n.º 3 do artigo 419.º); autorização para a oneração de bens próprios do concessionário essenciais ao desenvolvimento das atividades concedidas (n.º 4 do artigo 419.º).

Exemplos de autorizações do concedente habituais em contratos de concessões colaborativas: alterações ao controlo acionista da concessionária; oneração de ações representativas do capital social da concessionária; alteração de contratos qualificados como “contratos de projeto” (ex.ºs, contratos de financiamento, contratos de empreitada, contratos de O&M); alterações a manuais de O&M; suspensão, modificação ou cancelamento de garantias prestadas a favor do concedente, ou pelos acionistas a favor da concessionária, ou de contratos de seguro.

³ Usamos ao longo do texto a palavra “autorização” em sentido lato, referindo-nos genericamente aos atos jurídicos de sentido permissivo (autorizações, aprovações, concordâncias) do concedente, de que a lei e/ou o contrato fazem depender a possibilidade de o concessionário desenvolver certas atividades ou negócios jurídicos. Não no sentido técnico-jurídico que lhe é atribuído no direito administrativo

vantagens financeiras, para dar alguns exemplos que foram objeto de litígios arbitrais recentes.

No âmbito desta dinâmica contratual, há duas questões que invariavelmente suscitam discussão ou são relevantes entre as partes em litígio:

- a) Se as autorizações e respetivas recusas são atos administrativos ou meras declarações negociais do concedente⁴;

⁴ Trata-se de uma questão de relevância eminentemente “nacional”, essencialmente ancorada na interpretação do alcance habilitante do artigo 307.º do CCP para a prática de atos administrativos no exercício de poderes jurídicos de direção e fiscalização da execução do contrato. Especificamente quanto a esta questão – saber se as autorizações do concedente se podem reconduzir aos poderes de direção e fiscalização previstos nas alíneas a) e b) do artigo 302.º do CCP e, em particular, se se podem reconduzir aos atos administrativos que estão expressamente previstos como modo típico de exercício destes poderes [alínea a) do n.º 2 do artigo 307.º do CCP], não conseguimos obter auxílios relevantes das fontes de direito comparado habitualmente tratadas pela Doutrina nacional. Com efeito, na Alemanha o problema não se coloca nos mesmos termos já que, como é sabido, a figura do contrato de direito público, prevista originalmente no artigo 54.º da Lei de Procedimento alemã de 1976, refere-se a contratos sobre o exercício de poderes públicos. Pelo contrário, os contratos que nos países tributários do sistema de direito administrativo de matriz francesa eram reconduzidos à figura do *contrat administratif* – nomeadamente concessões, empreitadas e alguns serviços – sempre foram, na Alemanha, qualificados como contratos privados, isto é, regidos essencialmente pelo direito civil na sua execução [por todos, cfr. Estorninho (1990: 45) e Kirkby (2011: 137 ss)]. Não se reconhecem à Administração, portanto, poderes exercíveis por ato administrativo na fase de execução dos contratos de colaboração. Também no ordenamento jurídico italiano a tónica é semelhante, prevalecendo a abordagem de que na fase de formação dos contratos rege o direito administrativo, mas na fase de execução rege o direito privado (cfr. n.º 8, do artigo 30.º do Código dos Contratos Públicos italiano, aprovado pelo *Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*), ainda que, atualmente, a evolução legislativa tenha esbatido esta linha divisória e tenha paulatinamente vindo a reconhecer poderes “especiais” à Administração na fase de execução, funcionalizados à salvaguarda do interesse público prosseguido através do contrato, nomeadamente o poder de modificação ou resolução unilateral por motivos de interesse público, ainda que persista a discussão sobre a natureza das declarações do contraente público a este respeito (cfr. Cerulli Irelli, 2017: 539-540). Em França, berço da figura do contrato administrativo, ancorada no reconhecimento dos poderes “exorbitantes” de conformação contratual exercíveis por ato administrativo, a discussão quanto ao tema que nos ocupa também se faz em moldes diferentes. Não se discute se os poderes de conformação contratual do contraente público são atos administrativos, porque isso está relativamente assente. O que se discute especificamente quanto aos poderes de “controle” (de fiscalização) e direção é se são “conaturais” ao contrato administrativo, no sentido de existirem independentemente de estarem previstos na lei ou no contrato, ou se têm de estar previstos em lei ou contrato (o que para além do mais significa que é comumente aceite que os poderes exercíveis por ato administrativo podem ser consagrados por via contratual, e não necessariamente por específica lei habilitante). Nesta discussão, apesar de uma parte relevante da Doutrina propender para a admissão destes poderes de autoridade em todos os contratos administrativos independentemente de previsão legal ou contratual expressa, a jurisprudência tende a exigir essa previsão (cfr., por todos, Richer, Lichère, 2019: 255 ss; Hoepffner, 2019: 534 ss; Lichère 2020: 106-107). Por fim, refira-se que em Espanha há também o reconhecimento generalizado de que a Administração goza de poderes de autoridade na fase de execução contratual, que “...como traço mais chamativo e penetrante destes poderes administrativos gerais é, sem dúvida alguma, o *privilegio de decisão unilateral e executória*, prévia ao escrutínio judicial, que impõe ao co-contratante privado um dever de cumprimento imediato com a conseqüente carga de impugnação *a posteriori* da decisão administrativa...” (García de Enterría, Fernández, 2017: 784-785). E, por muito que Autores como García de Enterría, Fernández se empenhem em matizar a exorbitância do regime do contrato administrativo face ao regime comum do direito civil (2017: 738 ss), a verdade é que a lei, em particular a *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*, reconhece à Administração a generalidade dos poderes de autoridade contemplados no direito francês e português, ao que se

- b) Qual a relevância da qualificação das autorizações e respetivas recusas como atos administrativos ou como declarações negociais.

Assim, no 2.º capítulo trataremos da determinação da natureza jurídica das “autorizações do concedente”, que, como se verá, reconduzimos, em geral, à figura do “ato administrativo”. Subsequentemente, no capítulo 3.º, abordaremos alguns aspetos mais relevantes do regime jurídico que decorre da qualificação das referidas autorizações como atos administrativos.

Sem prejuízo, admitindo que a qualificação das “autorizações do concedente” como atos administrativos possa não ser consensual em todos os casos, ou, ainda, que possam existir situações específicas em que o enunciado legal ou contratual que as prevê justifique, no caso concreto, a sua qualificação como “declarações negociais”, não deixaremos, ao longo deste capítulo 3.º, de ir apontando as principais diferenças que decorrem, no plano dos regimes jurídicos aplicáveis, da qualificação dos referidos atos autorizativos como atos administrativos ou declarações negociais.

2. As autorizações do concedente: atos administrativos ou declarações negociais

Como referimos, o primeiro problema a tratar é o de perceber se as autorizações do concedente são atos administrativos ou declarações negociais. Em particular, se o regime do contrato administrativo permite reconduzir, em bloco, ou pelo menos na generalidade dos casos, as autorizações do concedente a uma ou outra figura, ou se a resposta à questão se faz necessariamente caso a caso.

A discussão é antiga, pelo que há adquiridos que são ponto assente. O primeiro deles é que o concedente apenas pode emitir declarações com a natureza de ato administrativo relativas à execução do contrato se existir norma legal habilitante nesse sentido. Decorrência direta do princípio da legalidade, na vertente da precedência de lei habilitante, que delimita a esfera da autonomia pública da Administração, não oferece dúvida que os órgãos administrativos apenas estão investidos em poderes públicos administrativos de autoridade, que, entre outros, lhes confirmam “...o poder para, por ato unilateral praticado no desempenho da função administrativa [...] provocar a produção de efeitos jurídicos com repercussão imediata na esfera jurídica de terceiros, produzir declarações às quais a ordem jurídica reconhece uma força especial ou ainda empregar meios de coação sobre pessoas ou coisas”⁵, quando exista uma norma legal atributiva de uma tal competência.

acrescenta um exótico “poder de interpretação unilateral do contrato”. Isto dito, refira-se que mesmo no contexto destes ordenamentos que reconhecem ao contraente público poderes administrativos de direção e fiscalização na fase de execução do contrato, não encontramos subsídios que nos pudessem auxiliar na temática das autorizações do concedente e na sua eventual recondução a estes poderes.

⁵ Socorremo-nos da definição de “poder público de autoridade” avançada por Gonçalves (2005: 608).

Fica assim afastada a possibilidade de o poder de emitir atos administrativos em sede de execução do contrato emergir do próprio contrato, através de cláusulas contratuais que prevejam essa competência, ou que, de forma autónoma, qualifiquem determinadas declarações do contraente público como atos administrativos.⁶

O segundo ponto assente é o de que, por regra, nos termos do atual regime dos contratos públicos, em particular do disposto no artigo 307.^º do CCP, as declarações do contraente público são “meras” declarações negociais, não traduzindo o exercício de um poder de autoridade, mas, sim, um poder jurídico de base contratual. Apenas revestem a natureza de ato administrativo as declarações do contraente público sobre a execução do contrato que se reconduzam aos poderes de conformação contratual elencados no n.º 2 do artigo 307.^º do CCP.⁸

Por conseguinte, a resposta à questão de saber se as autorizações do concedente se reconduzem ou não a poderes exercíveis por ato administrativo remete-nos, no essencial, para as seguintes questões hermenêuticas: é possível reconduzir essas autorizações a algum dos poderes de conformação contratual previstos no n.º 2 do artigo 307.^º do CCP (ou, porventura, noutra previsão legal específica)? E é possível fazê-lo “em bloco”, atenta a natureza do poder jurídico que integra a figura típica do ato autorizativo, ou é uma tarefa que tem de ser realizada caso a caso, ponderando a concreta atuação do concessionário que este pretende ver autorizada, ou procurando descortinar a intenção qualificativa das partes aquando da estipulação contratual das referidas autorizações?

A nossa conclusão sobre o assunto parte da constatação de que todas as autorizações do contraente público/concedente previstas no CCP, e a

⁶ Por todos, cfr. Esteves de Oliveira (2007: 10-11): “É ponto, de resto, que devia considerar-se adquirido na teoria do contrato administrativo: as cláusulas contratuais não podem atribuir ou reconhecer à Administração quaisquer poderes para a prática de actos administrativos, porque a lei é a única fonte legítima do poder público [...]. Não há espaço para a cláusulas contratuais exorbitantes autónomas. Dito de outra forma, quaisquer cláusulas do contrato que (na falta de habilitação normativa) se arroguem título bastante para a atribuição de poderes de supremacia jurídica são hoje, no máximo, cláusulas atributivas de direitos potestativos ou então são cláusulas ilegais”.

⁷ “Artigo 307.^º (Natureza das declarações do contraente público) [...] 1. Com exceção dos casos previstos no número seguinte, as declarações do contraente público sobre interpretação e validade do contrato ou sobre a sua execução são meras declarações negociais, pelo que, na falta de acordo do cocontratante, o contraente público apenas pode obter os efeitos pretendidos através do recurso à ação administrativa. 2 - Revestem a natureza de acto administrativo as declarações do contraente público sobre a execução do contrato que se traduzam em: a) Ordens, directivas ou instruções no exercício dos poderes de direcção e de fiscalização; b) Modificação unilateral das cláusulas respeitantes ao conteúdo e ao modo de execução das prestações previstas no contrato por razões de interesse público; c) Aplicação das sanções previstas para a inexecução do contrato; d) Resolução unilateral do contrato; e) Cessão da posição contratual do cocontratante para terceiro.”

⁸ Sobre esta opção do legislador do CCP (que clarificou o regime que a maioria entendia já decorrer do CPA/91), Assis Raimundo (2022a:85) assinala que a mesma “...deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade. Pode dizer-se que é a incidência deste princípio aquilo que explica que «a situação-regra» resultante do artigo 307.^º seja a do carácter meramente negocial dos actos do contraente público. Com efeito, sinaliza-se dessa forma que o contraente público só pratica actos administrativos contratuais «nas matérias consideradas essenciais para assegurar a conformação do contrato ao interesse público, que correspondem (pelo menos, centralmente) às áreas dos poderes de conformação da relação contratual. Num instrumento de regulação bilateral de interesses, como é o contrato, faz sentido que assim seja.”

generalidade daquelas que, não estando expressamente previstas no CCP *qua tale*, são recorrentemente estabelecidas em contratos de concessão colaborativa⁹, têm, invariavelmente, o mesmo propósito: controlar preventivamente a compatibilidade de uma atividade ou negócio jurídico do concessionário com o interesse público subjacente ao contrato, e/ou, muito em particular, o grau de risco que tal atividade ou tal negócio jurídico comporta para a capacidade do concessionário em cumprir o contrato e para a “saúde” da concessão. Nalguns casos, trata-se de controlar especificamente a forma como o concessionário pretende cumprir certas obrigações contratuais (aprovações ou alterações de manuais de O&M, de planos de qualidade, etc.). Noutros casos, porventura mais frequentes, trata-se de controlar o risco de determinados negócios privados do concessionário afetarem a sua capacidade para cumprir o contrato ou prejudicarem a concessão (subcontratações, alterações a contratos de projeto, alterações societárias, etc.).

Entendemos, pois, que a previsão legal e/ou contratual das autorizações do concedente tem sempre, do ponto de vista material, um propósito ou de “direção”, ou, as mais das vezes ou mais evidentemente, de “fiscalização” do cumprimento do contrato pelo concessionário, que se filia na modalidade de “...«controlo jurídico», que incide [...] sobre certos actos jurídicos do concessionário (v.g., autorização de cessão da concessão...)”¹⁰.

Parece-nos que o **poder de direção** está presente nas autorizações do concedente que se referem a atuações do concessionário que consistam em si mesmas em prestações contratuais – por ex.⁹, a aprovação de materiais; a aprovação de projetos; a aprovação de manuais –, na medida em que nestes casos a “autorização” está funcionalizada ao controlo da definição de matérias não reguladas ou insuficientemente reguladas de forma a impedir que o contrato seja executado de modo inconveniente ou inoportuno para o interesse público (n.º 1 do artigo 304.º do CCP). E parece-nos que o **poder de fiscalização** (jurídica) deve ser mobilizado para explicar e enquadrar as autorizações do concedente relativas a atuações extracontratuais do concessionário – por exemplo, a operação de refinanciamento; o desenvolvimento de uma atividade acessória; a substituição de garantias –, porque do que aí se trata é de controlar preventivamente o impacto de tais operações na saúde e nos riscos da concessão.

Assente que o “controlo jurídico preventivo” da compatibilidade com o interesse público das atuações do concessionário é a causa-função da generalidade das autorizações do concedente, entendemos que a solução juridicamente correta é a de referenciar tais autorizações aos poderes de direção e fiscalização do concedente¹¹. E, por consequência, concluir que, em princípio, e salvo a existência de elementos interpretativos que no caso

⁹ Crf. exemplos em Nota de rodapé n.º 2.

¹⁰ Cfr. Gonçalves (1999: 248), que destacou a dimensão do “controlo jurídico” do poder de fiscalização, que se acrescenta ao controlo técnico e ao controlo financeiro normalmente associados a este poder.

¹¹ Como lembra Estorninho (2012: 477) “...a Administração detém estes poderes [os poderes de conformação contratual previstos no artigo 302.º do CCP, entre os quais se incluem os de direção e fiscalização] em razão do fim de interesse público que o contrato visa realizar, como forma de assegurar que no cumprimento do contrato o co-contratante particular executa as prestações de forma mais adequada à realização desse fim”. Ora, as autorizações do concedente situam-se no âmago desta causa-função, ao visarem um controlo preventivo de atuações do concessionário que apresentam um especial risco para os interesses públicos cuja salvaguarda compete ao concedente.

concreto apontem em sentido distinto, que **as autorizações e as suas recusas**¹² **consistem em atos administrativos.**

Não nos impressiona a constatação, que poderia ser mobilizada no sentido da qualificação destes atos jurídicos como declarações negociais, de que, nalguns casos, as autorizações legal ou contratualmente previstas do concedente poderem também ser clausuladas em contratos privados. É que a circunstância de estarem normativamente previstas no CCP, ou clausuladas em contratos de concessão¹³, como poderes jurídicos que se inscrevem na esfera do concedente para serem utilizados como instrumentos de controlo preventivo de certas atuações do concessionário, que apresentam um especial risco de prejudicar o interesse público subjacente à concessão, evidencia o grau de funcionalização à realização do interesse público que é o que é próprio, e que tradicionalmente justifica, a atribuição de poderes públicos de autoridade.¹⁴

Por outro lado, a circunstância de os atos autorizativos não estarem expressamente previstos nos artigos 304.º e 305.º do CCP como modos ou atos típicos do exercício dos poderes de direção e fiscalização do contraente público não nos suscita reservas em relacionar as autorizações do concedente com o exercício de tais poderes de autoridade.

Em primeiro lugar, a delimitação do alcance dos poderes em causa não deve ser entendida a partir do tipo de atos em que os mesmos se podem

¹² Ao contrário de alguma Doutrina (Sérvulo Correia, 2006:23-27) elaborada a partir do momento em que o meio processual de reação processual aos atos administrativos de indeferimento deixou de ser a ação de impugnação do ato, para passar a ação de condenação ao ato administrativo devido (cfr. artigo 66.º do Código do Processo nos Tribunais Administrativos (doravante, "CPTA"), entendemos que os atos da Administração de indeferimento ou recusa são verdadeiros atos administrativos, sendo essa qualificação ancorada e relevante nos planos procedimental, substantivo e processual. Acompanhamos Rebelo de Sousa, Salgado de Matos (2009: 83-84) quando reconhecem a qualificação de atos administrativos aos atos de recusa ou indeferimento: "...do ponto de vista substantivo, os actos de indeferimento não são actos neutros: eles procedem à definição de posição da administração perante a pretensão formulada pelo particular e, de forma negativa, à regulação da situação jurídica deste, pelo que visam a produção de efeitos jurídicos próprios." Também o CPTA lhes reconhece esta qualificação em vários preceitos e soluções. Veja-se que a alínea b) do n.º 1 do artigo 67.º deste Código integra entre os pressupostos da ação de condenação à prática do ato devido, que "*tenha sido praticado ato administrativo de indeferimento ou de recusa de apreciação do requerimento*" (destacado nosso).

¹³ Os quais serão os contratos que mais intensamente interferem com a realização de atribuições públicas infraestruturais ou prestacionais de primeira importância, nomeadamente, pela frequente funcionalização do seu objeto à realização de empreendimentos públicos com impacto transgeracional, pela sua duração e pelo valor dos investimentos envolvidos.

¹⁴ Parece-nos relevante para sustentar esta conclusão o pensamento de Gonçalves (2005: 608 ss.) no âmbito de teoria geral dos poderes públicos: o poder público de autoridade é um "...poder conferido a um sujeito que desempenha a função administrativa - trata-se de uma nota essencial, porquanto no domínio do direito privado há poderes (poderes privados) que preenchem, ponto por ponto, as notas caracterizadoras dos poderes públicos. Embora possa não se revelar suficiente para estabelecer a distinção entre poderes públicos e poderes privados, o facto de um poder estar confiado a um sujeito por uma norma jurídica que se lhe dirige como titular da função administrativa pode ajudar a resolver algumas situações duvidosas. A referência à origem do poder público de autoridade e a interligação com a função administrativa esclarecem, por outro lado, que está em causa um «poder funcionalizado, confiado a um sujeito em vista a realização de um poder que lhe é exterior: como se sabe, o poder público não resulta de uma natural supremacia do Estado sobre os particulares, mas exclusivamente da prevalência e supremacia do interesse público sobre os interesses dos particulares».

concretizar, mas sim a partir das funções e do âmbito que o CCP consigna ao seu exercício. Os poderes de direção e fiscalização são os necessários, dentro dos limites estabelecidos pelos artigos 303.º a 305.º do CCP, para “...assegurar a funcionalidade da execução do contrato quanto à realização do interesse público visado pela decisão de contratar” (n.º 1, do artigo 303.º, do CCP), nos domínios técnico, financeiro e jurídico (n.º 2 do artigo 304.º e n.º 1 do artigo 305.º do CCP).

Em segundo lugar, não obstante o n.º 2 do artigo 304.º e a alínea a) do n.º 2 do artigo 307.º do CCP identificarem como atuações típicas do exercício dos poderes de direção a emissão de “ordens, diretivas e instruções”, é absolutamente claro que essa identificação é apenas enunciativa, já que quer o n.º 1 do artigo 302.º do CCP, quer o próprio n.º 2 do artigo 304.º do mesmo Código, habilitam expressamente o contraente público a regular e a tipificar no contrato o modo de exercício dos poderes em causa. E, a este respeito, não há dúvidas de que a sujeição de determinadas condutas do contraente privado à autorização do contraente público é idónea à instituição de mecanismos de controlo prévio da compatibilidade ou adequação técnica, financeira ou jurídica das atuações do concessionário com o interesse público subjacente à concessão.

Posto de outra forma, a regulação ou conformação contratual de um poder público atribuído (ou reconhecido) por lei, como é o caso dos poderes de autoridade previstos no artigo 302.º do CCP, não prejudica nem altera a respetiva natureza. “Ou seja, a circunstância de existirem cláusulas contratuais com uma função concretizadora, conformadora ou densificadora de poderes públicos previamente inscritos em norma legal (genérica ou especificadamente), e de, portanto, a Administração fazer aplicação imediata dessas cláusulas e não da lei, não significa que se trate afinal de meros atos negociais ou declarações unilaterais administrativas. Nesses casos, o contrato limita-se a concretizar, densificar ou especificar o conteúdo (ou os pressupostos ou o regime) de poderes legais de que a Administração já seria titular, mesmo que, como às vezes acontecerá, a invistam na prática de atos não expressamente previstos (é diferente de admitidos) na lei.” (Esteves de Oliveira, 2007: 15).

É neste contexto que a melhor Doutrina nacional (Gonçalves, 1999: 248; Esteves de Oliveira, 2001: 156) tem reconduzido a sujeição de determinadas atuações do cocontratante privado a autorizações do contraente público à densificação contratual do poder de fiscalização previsto na alínea b) do artigo 302.º do CCP.

Acrescente-se que não nos parece fazer sentido uma eventual objeção à conclusão alcançada que absolutize o teor literal da alínea a) do n.º 2 do artigo 307.º do CCP, de modo a considerar que apenas o exercício de poderes de direção e fiscalização através de ordens, diretivas, ou instruções conduz à prática de atos administrativos, ficando fora dessa natureza, por exemplo, os atos do concedente de natureza autorizativa.

Por um lado, porque uma abordagem hermenêutica que leve em devida conta a razão de ser da norma – inscrever nos poderes de direção e fiscalização exercíveis por ato administrativo as declarações do concedente que de destinem a “...assegurar a funcionalidade da execução do contrato quanto à realização do interesse público visado pela decisão de contratar” e, no caso concreto das concessões, a controlar o impacto das atuações do concessionário na saúde e nos riscos da concessão – recomenda um resultado interpretativo abrangente e teleologicamente enquadrado, que não se prenda ao sentido estrito das formulações historicamente datadas

dos poderes em causa¹⁵. Ainda que se considerasse que as autorizações não se reconduzem, numa interpretação declarativa direta, aos conceitos de ordens, diretivas, ou instruções, sempre seria correto sustentar uma interpretação extensiva ou uma extensão teleológica que as permitisse integrar no sentido a extrair do preceito legal em apreço.

Sem prejuízo, e por outro lado, a verdade é está hoje ultrapassada a leitura de que os poderes de direção e fiscalização se traduzem necessariamente em “atos administrativos impositivos”, prevalecendo o entendimento de que se podem traduzir em atos administrativos permissivos (Gonçalves, 1999: 242). À luz deste entendimento, os atos de aprovação ou de autorização (e as respetivas recusas) podem até ser entendidos como “ordens, diretivas e instruções” sobre o modo de execução do contrato. Efetivamente uma autorização (ou sua recusa) a que se proceda (ou não proceda) de determinada forma deve ser entendida como uma determinação autoritária (ordem ou instrução) sobre se o cocontratante privado pode ou não adotar determinada conduta.¹⁶

Em suma, a função que as autorizações do concedente desempenham no controlo da compatibilidade ou da conformidade de certas atuações do concessionário com o interesse público na execução do contrato - o que assume relevância particular nas concessões colaborativas, atenta a importância dos empreendimentos que normalmente constituem o respetivo objeto - leva-nos a concluir que, por regra, e salvo a existência, no que toca às autorizações apenas previstas em contrato, de elementos interpretativos da vontade das partes que aponte em sentido diverso, as autorizações do concedente consistem em **atos administrativos**, figura que se traduz, no final de contas, no “... modo mais típico e mais formalizado do agir administrativo, encontrando-se coberto por um regime consolidado e conhecido em todas as suas dimensões e que se mostra especialmente idóneo e eficaz como instrumento ao serviço da «lógica-função»”¹⁷

3. As consequências de regime decorrentes da qualificação das autorizações do concedente como atos administrativos

A qualificação das autorizações do concedente como atos administrativos convoca a aplicação dos regimes jurídicos específicos desta categoria de atos da Administração. Neste plano, interessa-nos abordar alguns aspetos desses regimes que têm suscitado mais dúvidas em pleitos arbitrais recentes. Por outro lado, admitindo que os tribunais possam qualificar alguns atos autorizativos do concedente como declarações negociais - seja por discordarem na nossa posição de princípio, seja por existirem no caso

¹⁵ Não nos parece que a formulação seguida pela alínea a) do n.º 2 do artigo 307.º do CCP traduza uma opção consciente do legislador no sentido de “trancar” o modo de exercício dos poderes de direção e fiscalização no âmbito estrito das “ordens, diretivas e instruções”, consistindo tão somente no enunciar “mecânico” dos atos que, típica e tradicionalmente, os ordenamentos que acolhem a figura do *contract administratif* associam a tais poderes (cfr. por exemplo, García de Enterría, Fernández [2017: 786].

¹⁶ Seguindo de perto o texto de Guimarães (2012: 103).

¹⁷ Cfr. Gonçalves (2007: 42), a propósito da solução geral acolhida pelo n.º 2 do artigo 397.º do CCP de configurar como atos administrativos os atos praticados no exercício dos poderes de conformação contratual do contraente público.

concreto elementos interpretativos que apontem para o afastamento da “regra geral” (por exemplo, se as partes expressamente qualificarem determinada autorização como um “mero” direito potestativo, afastando a qualificação como ato administrativo) -, consideramos pertinente assinalar as principais diferenças decorrentes dessa diferente qualificação.

3.1. As intensidades substantivas do poder jurídico conferido ao concedente e da área de proteção da pretensão do concessionário

A questão que invariavelmente se discute quando o concedente nega uma autorização ao concessionário para que este desenvolva uma atividade que pode ter impacto na concessão prende-se com os parâmetros legais e contratuais de licitude do ato de recusa, ou da omissão de atuação que se traduza nessa recusa. Está o concessionário inteiramente sujeito à vontade do concedente, que pode, sem motivo discernível, recusar ou não atribuir a autorização pretendida? Tem o concessionário o direito a que a autorização lhe seja concedida (e o concedente o correlativo dever de a conceder) a menos que o concedente mobilize motivos atendíveis de interesse público para justificar uma eventual recusa?

Como veremos, as diferenças materiais do âmbito da tutela das pretensões do concessionário e dos poderes jurídicos do concedente no quadro das autorizações legal ou contratualmente previstas *não varia substancialmente* consoante o ato denegador seja qualificado como ato administrativo ou como declaração negocial, ou, no caso de omissões de atuação, consoante se considere que o ato omitido tem uma ou outra natureza. Com efeito, em qualquer caso, seja no plano do exercício de um poder público discricionário, seja no plano do exercício de um poder jurídico ancorado apenas no contrato, o concedente tem o poder de recusar a autorização desde que mobilize fundamentos relevantes de interesse público para justificar essa recusa, e o concessionário tem o direito de não ver recusada a sua pretensão autorizativa a menos que, num quadro de “razoabilidade”, o concedente apresente razões de interesse público “suficientes” que justifiquem essa recusa. Vejamos.

a) Ato administrativo

Tratando-se de uma autorização qualificável como ato administrativo, e trabalhando sobre a hipótese típica de que o poder autorizativo revestirá algum grau de discricionariedade, a asserção de que a pretensão do concessionário não pode ser negada sem ter por base razões “relevantes”, “suficientes”, “fundadas” de interesse público declina-se a partir da teoria geral e na natureza própria do poder discricionário.

Na generalidade dos casos das autorizações do concedente legal ou contratualmente previstas (acima elencadas sem pretensões de exaustividade), ou é simplesmente prescrito que determinada atuação do concessionário está sujeita a autorização do concedente, sem especificar os motivos atendíveis para a sua recusa, ou surge alguma densificação assinalando que a autorização não será recusada “sem motivos atendíveis”, que poderá ser recusada “quando haja fundado motivo de interesse público” ou “fundado receio de aumento do risco de incumprimento do contrato”, para enunciar algumas das fórmulas mais recorrentes. Em qualquer destes casos, haja ou não uma enunciação mínima das razões justificativas de uma recusa lícita, parece evidente que as autorizações estão previstas como um

mecanismo de controlo da compatibilidade da atuação do privado (que normalmente busca a realização de um interesse patrimonial extracontratual) com os interesses públicos prosseguidos através do contrato que cabe ao concedente salvaguardar¹⁸.

Ora, o que significa um interesse público atendível, relevante, ou suficiente para fundamentar a recusa da pretensão do concessionário cabe ao concedente **decidir** no respeito pelos limites internos genericamente aplicáveis ao exercício de qualquer poder discricionário.

Assim, tomando por base as previsões típicas de autorizações do concedente, é possível discernir dois elementos atributivos de margem de livre decisão administrativa. Em primeiro lugar, a utilização, explícita ou implícita, do conceito indeterminado de “interesse público” enquanto fator determinante da decisão de conceder ou não conceder a autorização pretendida. Em segundo lugar, a previsão de “discricionariedade de ação”¹⁹, materializada no poder de, mesmo que se apurem motivos de interesse público, autorizar ou não autorizar a atuação do concessionário.

Com efeito, e desde logo, o conceito (explícito ou implícito) de interesse público, que pode fundar uma recusa da autorização pretendida, é um conceito “verdadeiramente indeterminado”²⁰, cujo preenchimento envolve o exercício de margem de livre apreciação administrativa, ou seja, de verdadeira discricionariedade. Nas palavras de Ayala (1995: 134-135), “os conceitos verdadeiramente indeterminados ou conceitos tipo são aqueles que suscitam dificuldades ultrapassáveis apenas mediante um juízo de valoração [de acordo com um critério subjectivo e não normativo] do intérprete aplicador [...]. Exige-se, pois, um raciocínio causal-teorético, que possibilite ao órgão administrativo ultrapassar, graças a uma avaliação feita por sua conta, as incertezas da evolução da situação concreta.” Em suma, são conceitos cuja indeterminação não se limita a colocar problemas hermenêuticos acrescidos em sede de interpretação, atividade por natureza vinculada e controlável pelo Tribunal em toda a sua extensão, mas, pelo contrário, que preconizam um preenchimento com base no exercício de uma prerrogativa de avaliação conferida à Administração, ou seja, com base no critério que o decisor administrativo considerar o melhor tendo em vista a

¹⁸ Aroso de Almeida (2024: 360) debruçando-se em geral sobre a figura das “autorizações administrativas” esclarece que “...trata-se de atos cuja emissão não é de interesse público, na medida em que se referem a atividades de natureza privada, a desenvolver para fins privados, que por definição, não se dirigem a satisfazer necessidades públicas, mas, em todo o caso, de atos que a lei institui em razão da necessidade de salvaguardar interesses públicos com os quais contente o exercício das atividades em causa.”

¹⁹ “A discricionariedade de acção consiste em deixar ao órgão titular da competência a decisão sobre se determinados efeitos preditos mas não impostos pela norma serão ou não produzidos no caso concreto; isto é, na discricionariedade de acção a Administração tem a faculdade de optar entre agir e não agir...” (Ayala, 1995: 134-135).

²⁰ Sérvulo Correia (2019: 91) revisita em *Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito de controlo jurisdicional*, a clarificação conceptual que já havia introduzido no panorama doutrinário nacional em *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987: Estes conceitos indeterminados são incluídas na previsão de certas normas por forma a “...conceder ao aplicador essa prerrogativa de avaliação valorativa ou de prognose, confiando-lhe o legislador a «descoberta», sob responsabilidade institucional administrativa, do sentido de tal juízo; um sentido delimitado mas não determinado por parâmetros jurídicos. O que marca a natureza dos conceitos jurídicos indeterminados em sentido próprio é que a incerteza liminar quando ao seu entendimento em face do caso concreto não se resolve de modo hermenêutico. Não traduzem problemas de interpretação difícil...”

avaliação subjetiva que faz das conveniências do interesse público no caso concreto, e não com base num critério normativamente previsto.

Por outro lado, e como referido, a conclusão de que existem razões de interesse público a atender na ponderação da pretensão do concessionário espoleta na esfera jurídica do concedente o poder (discricionariedade de ação) de, ainda assim, autorizar ou não autorizar. Para esta decisão concorrerá a ponderação de outros elementos que o concedente considere (no seu juízo discricionário) relevantes para a salvaguarda do interesse público subjacente ao contrato, como por exemplo, a intensidade das razões de interesse público, a intensidade do agravamento dos riscos de incumprimento do contrato pelo concessionário e, em geral, dos riscos que correm pelo concedente, a urgência ou a relevância patrimonial da pretensão autorizativa do concessionário.

Significa isto, em primeira linha, que não cabe ao Tribunal (judicial, arbitral) substituir-se ao concedente na avaliação que faz sobre se a operação pretendida pelo concessionário prejudica ou não prejudica ou interesse público e em que medida. Essa é uma prerrogativa que a norma que prevê a autorização atribuiu ao concedente para ser exercida com autonomia, e, em princípio, uma interferência do poder jurisdicional sobre essa ponderação implica a violação do princípio da separação de poderes constitucionalmente estabelecido.

Não significa isto, porém, que o concessionário fique desprotegido em face de recusas de autorização arbitrárias ou manifestamente desrazoáveis já que é ponto assente que mesmo a margem de livre decisão administrativa está sujeita a limites internos e externos, que cabe ao Tribunal controlar, seja no que concerne à margem de livre apreciação administrativa inerente ao preenchimento de *conceitos verdadeiramente determinados*, seja, naturalmente, no que concerne à margem de livre decisão administrativa inerente à atribuição de discricionariedade de decisão.

Como reiteradamente ensina Sérvulo Correia (2019: 93), “é certo que a sindicabilidade de tais juízos terá sempre de a haver... . [o que não pode haver é] ...uma substituição da Administração pelo juiz administrativo como última instância de formulação de tais juízos de densificação e não um mero controlo «externo-negativo», ou seja, controlo dos factores substanciais, finalísticos, competenciais e procedimentais que enquadram com imposições de juridicidade negativa o âmago meta-jurídico do juízo da administração”. Portanto, “...o Tribunal não poderá substituir-se à Administração no desenvolvimento do raciocínio causal-teorético em questão, **apenas lhe cabendo um controlo pela negativa** (designadamente de inadequação do critério de avaliação ou prognose, ou seja, **erro grosseiro ou manifesto de apreciação**, que constitui a violação da primeira das três vertentes do **princípio da proporcionalidade**),”²¹

No controlo da margem de livre decisão administrativa relacionada com as autorizações do concedente (e porventura em geral) assumem relevância particular o princípio da proporcionalidade e a figura do “erro manifesto de apreciação” (que designa o vício que inquina um ato discricionário praticado em violação do referido princípio). Assim, a vertente da *adequação* do princípio da proporcionalidade, especialmente relevante no controlo do preenchimento de conceitos indeterminados, exige que os motivos invocados para uma eventual recusa sejam objetivamente idóneos ou aptos

²¹ Destacados nossos.

para a realização do interesse público que o concedente identificou. Já as vertentes da “necessidade” e da “razoabilidade” permitem definir parâmetros mínimos a observar na ponderação da necessidade da medida a adotar e do equilíbrio entre os benefícios de interesse público que a recusa visa alcançar e o sacrifício que a mesma impõe na esfera do concessionário²².

No entanto, a doutrina é unânime em afirmar que a parametrização jurídica do exercício da margem de livre decisão administrativa a partir do princípio da proporcionalidade não pode servir de *Cavalo de Troia* para que os tribunais invadam a esfera de autonomia da Administração e se substituam a esta no exercício da função administrativa. Daí o apelo generalizado à figura do “*erro manifesto de apreciação*” enquanto **vício-limite** suscetível de ancorar uma apreciação jurisdicional invalidante de um ato emitido no exercício de um poder que se supõe autónomo e imune, em ampla medida, ao controlo jurisdicional de legalidade.

“Assim, só quando se puder concluir que qualquer outra qualificação de uma realidade fáctica sob um determinado conceito indeterminado é grosseiramente (isto é, desrazoavelmente) errónea, ou que qualquer outra ponderação ou valoração de interesses numa decisão discricionária é ostensivamente desrazoável, é que pode o Tribunal proibir tais qualificações ou valorações [...]”. (Cadilha, 2010: 211-212). A figura do erro manifesto de apreciação “...ocorre nas situações em que a administração procede a uma qualificação grosseiramente errónea de uma realidade fáctica sob um dado conceito indeterminado, em termos tais que, nem o erro se pode considerar coberto pela margem de livre decisão, nem a conduta administrativa, à luz do princípio da separação de poderes, se pode considerar como imune ao controlo jurisdicional.” (Rebello de Sousa, Salgado de Matos, 2004: 208-209).

Quer isto dizer que o Tribunal deve resistir à tentação de contaminar um juízo sobre a licitude da recusa de autorização com a sua própria leitura avaliativa acerca da consistência, suficiência, ou pertinência dos motivos de interesse público convocados pelo concedente para essa recusa. Pondo agora de parte a violação de limites externos ao exercício da discricionariedade (normas procedimentais ou de competência, por exemplo), um juízo de censura material no sentido da ilicitude da recusa apenas pode fazer o seu caminho em “zonas de certeza negativa”, quando seja patente que o critério adotado pelo concedente para identificar as razões de interesse público que justificaram a recusa da autorização pretendida pelo concessionário violou o núcleo essencial “negativo-defensivo” dos princípios gerais da atividade administrativa, que se afirmam como limites internos ao exercício do poder discricionário. Mas isso não habilita o Tribunal a “refazer” à luz dos seus próprios critérios subjetivos a ponderação efetuada pelo concedente, porque isso redundaria numa “redução da discricionariedade a zero” imposta pelo Tribunal.

²² Conforme clarificam Rebello de Sousa, Salgado de Matos (2004: 208), “a adequação proíbe a adoção de condutas administrativas inaptas para a prossecução do fim que concretamente se visa atingir. A necessidade proíbe a adoção de condutas administrativas que não sejam indispensáveis para a prossecução dos fins que concretamente visam atingir (impondo, portanto, que, de entre diversos meios igualmente adequados, seja escolhido o menos lesivo para os interesses públicos e/ou privados envolvidos. A razoabilidade proíbe que os custos da atuação administrativa [...] sejam manifestamente superiores aos benefícios em sejam de esperar da sua utilização.”

Em particular, e à luz do referido, parece-nos que a ponderação de interesses que é suscetível de ser efetuada pelo Tribunal no quadro da aplicação do princípio da proporcionalidade não o habilita a pressupor uma “equivalência de valor” dos interesses do concedente e do concessionário e a negar a validade da recusa quando considere que os interesses que esta sacrifica são de algum modo mais relevantes ou valiosos do que os interesses públicos convocados pelo concedente. Desde que o concedente fundamente a recusa num motivo tangível relacionado com a defesa do interesse contratual público, a ilicitude da recusa só poderá ser determinada se se verificar uma evidente desrazoabilidade entre aquilo que se visa salvaguardar ou alcançar e o sacrifício que por essa via é imposto aos interesses patrimoniais do concessionário.

Portanto, e em suma, as autorizações do concedente envolvem por regra uma ampla margem de livre decisão administrativa, que está em larga medida subtraída ao controlo jurisdicção dos tribunais, por se tratar de matéria reservada a um juízo administrativo não parametrizado a partir de elementos normativos heterónomos que possam ser usados pelo Tribunal para formular juízos de correção ou incorreção da decisão administrativa; a proteção do concessionário face a recusas fundadas em critérios não idóneos à realização de interesses públicos discerníveis ou manifestamente desrazoáveis (desequilibradas) faz-se, em particular, no quadro do princípio da proporcionalidade e da figura do erro manifesto de apreciação.

b) Declaração negocial

Quando abordamos a mesma questão do âmbito de proteção das posições jurídicas das partes assumindo o pressuposto de a recusa de autorização consistir numa declaração negocial, não nos parece que as conclusões acima alcançadas sejam substancialmente diferentes.

A doutrina administrativista, ao cenarizar a hipótese de certos poderes jurídicos de supremacia do contraente público consistirem em meras declarações negociais e não em atos administrativos, tem feito uso da figura do “direito potestativo” (Esteves de Oliveira, 2007: 5); Guimarães, 2012: 24). O direito potestativo “...constitui o poder jurídico de alguém, por ato acto seu, produzir determinados efeitos que inelutavelmente se impõem a outra pessoa” (Esteves de Oliveira, 2007: 5), o que será o caso dos poderes normalmente atribuídos por lei ou por contrato ao contraente público que lhe permitem impor um efeito jurídico sobre a esfera jurídica do contraente privado através de mera declaração negocial, nomeadamente os poderes autorizativos de que nos temos vindo a ocupar. Segundo os autores citados, quanto ao modo de produção de efeitos (isto é, supomos, no tipo de faculdades compreendidas no poder) ato administrativo e declaração negocial aparentam-se. Em ambos os casos, o contraente público é investido num poder de provocar “a produção imediata de efeitos jurídicos no plano do direito e da ordem jurídica – que, corresponsivamente, coloca a outra parte numa situação de inelutabilidade e de sujeição face ao efeito jurídico produzido.” (Guimarães, 2012: 24).

A questão que aqui se coloca é saber se, à semelhança das faculdades incluídas nos poderes em causa (poder de autoridade, exercível por ato administrativo; direito potestativo contratual, exercível por declaração negocial), se soma uma semelhança nas margens de autonomia e vinculação que assistem ao concedente na decisão de atribuir ou recusar a autorização pretendida pelo concessionário, isto é, se também na hipótese de

titularidade de um direito potestativo o concedente tem que apresentar justificações para uma eventual recusa e de que grau e tipo.

Esteves de Oliveira (2007: 5) avança no sentido da aproximação das duas figuras neste plano, ao sustentar que "...apesar de se tratar de uma nota que costuma ser reportada apenas ao ato administrativo, o direito potestativo de titularidade pública é igualmente um poder funcional [...], por isso que os fins da sua [da Administração] atividade nunca são juridicamente livres ou indiferentes. Os seus poderes, sobretudo quando veículos da ação administrativa, são sempre funcionalmente ordenados, não arbitrários."

Não são extraídas conclusões diretas desta asserção, mas, concordando com a posição de princípio do Autor, parece-nos claro que a recusa do arbítrio administrativo e a proposição de que toda a atividade administrativa é funcionalizada ao interesse público conduz à conclusão de que as autorizações, mesmo que consistam em declarações negociais, não podem ser recusadas sem um motivo razoável (claro está, ancorado na salvaguarda do interesse público projetado no contrato). Não há "*não porque não*" em direito administrativo.

Mas é possível ir mais longe na dilucidação das vinculações substantivas a que o concedente está adstrito na decisão de (não) conceder a autorização. E, ao contrário do que parece sugerir o Autor citado²³, a mesma pode buscar-se no direito civil e na teoria do negócio jurídico.

A este propósito ganha particular relevância o pensamento de João Baptista Machado acerca do que designa por "cláusula do razoável" (1991: 457 ss).

A questão coloca-se com pertinência no plano da teoria geral das obrigações no direito civil em termos transponíveis para os negócios jurídicos regulados pelo direito administrativo: para haver vínculo contratual exige-se sempre e necessariamente uma vinculação total e definitiva à obrigação de realizar uma prestação? Ou haverá vínculo contratual (também) quando um dos contraentes assumia contratualmente a obrigação de celebrar determinado contrato ou de praticar determinado ato reservando-se o direito de não o fazer se para tanto apresentar motivos justificados, isto é, razoáveis? Com particular interesse para o presente estudo, haverá vínculo contratual quando é estabelecida aquilo que designa por "cláusula do razoável", que é uma cláusula em que um dos contraentes se compromete perante outro a não recusar certo ato (ou a não praticar certo ato) "sem fundamento razoável" (1991: 475).

Baptista Machado fundamenta a conclusão pela existência de verdadeiras vinculações contratuais sujeitas à "cláusula do razoável" com base no significado da "abdicação do arbítrio" inerente a cláusulas deste tipo. O arbítrio livre existe e é juridicamente defendido quanto à opção de contratar ou não contratar. Mas quando este arbítrio é eliminado por uma abdicação do contraente mediante acordo no sentido de não deixar de contratar ou não deixar de autorizar sem motivo razoável, "esse poder arbitrário desaparece ou converte-se num poder normativamente vinculado cujo exercício carecerá de justificação" (1991: 464).

Portanto, ao estipular a "cláusula do razoável" "o proponente ou aceitante reserva-se como que uma «discricionariedade razoável» quando à

²³ Segundo Esteves de Oliveira (2007: 5), "...de uma perspectiva civilística o direito potestativo, enquanto expressão da autonomia da vontade do sujeito, não está adstrito à prossecução de qualquer outro interesse senão daquele que o respetivo titular entenda como apropriado ou desejado, tudo conforme as suas conveniências."

exigibilidade da obrigação assumida [por exemplo, de não recusar a autorização], mas abdica do seu «arbítrio» subjetivo, obrigando-se a justificar em termos de razoabilidade uma recusa de cumprimento da promessa [por exemplo, de conceder uma autorização salvo motivo razoável].” (1991: 464).

Em síntese, “ao abdicar do arbítrio subjetivo (em que consiste a liberdade de contrato), o contraente transita do plano da subjetividade para o plano da intersubjetividade – e, hoc sensu, para o plano da objetividade normativa. O fundamento razoável com que terá de justificar uma decisão contrária à prevista é, pois, um fundamento que pode ser apreciado e valorado por um qualquer terceiro que ajuíze equilibrada e corretamente, ou pelo juiz”. (1991: 464).

Esta constatação, fundada na autonomia da vontade na constituição de vinculações contatuais específicas, é suscetível de ser aplicada à generalidade das autorizações do concedente sem necessidade de fazer-se apelo à genérica funcionalização do mesmo ao interesse público. A interpretação da generalidade das autorizações do concedente legal e contratualmente previstas, enquanto mecanismo de controlo preventivo da conformidade de certas atuações do concessionário com o interesse contratual público, permite concluir que estamos perante vinculações a atribuir as autorizações sujeitas à “cláusula do razoável”²⁴. Ou seja, que a conduta esperada pelas partes do contrato é a de que a autorização seja concedida a menos que existam motivos fundados em termos de razoabilidade para não o fazer.

Isso é patente nas formulações contratuais em que se estatui expressamente que a autorização não será negada *sem motivo razoável* ou sem que existam *razões fundadas de interesse público*. Mas está igualmente implícito em todas as autorizações que estão previstas como mecanismo de controlo prévio da compatibilidade da pretensão do concessionário com o interesse prosseguido pelo concedente através do contrato, mesmo nos casos em que se estipula que no silêncio do concedente a autorização se deve ter por recusada.

Com efeito, para além do elemento finalístico associado à função fiscalizadora da conformidade da atuação privada com os interesses do concedente, a assinalada funcionalização das atuações do concedente ao interesse público e a incidência sobre as mesmas dos princípios gerais da atividade administrativa [proporcionalidade (art.º 7.º do CPA); razoabilidade (artigo 8.º do CPA)], permite concluir que, mesmo nas situações em que as autorizações são previstas sem especificar o fundamento para a sua recusa, as mesmas devem ser concedidas a menos que existam motivos de interesse público para não o fazer e que seja “razoável” fazer prevalecer esses interesses sobre a pretensão do concessionário.

Ora, o que se deve ter por *motivo razoável* suscetível de fundamentar licitamente uma recusa na hipótese de as autorizações terem a natureza de declaração negocial, não difere substancialmente, nem na natureza, nem no grau, dos fundamentos que podem estar na base da recusa de uma autorização que seja qualificável como ato administrativo, no quadro do princípio da proporcionalidade. Com efeito, o conceito de razoabilidade tem um sentido unívoco no Direito, o que pode variar no caso concreto é a

²⁴ Nestes casos, trata-se de uma vinculação sob reserva da faculdade de recusa de autorização com fundamento razoável e não a uma proposta sob reserva de posterior acordo, para usar uma distinção conceptual usada por Baptista Machado (1991: 474).

intensidade dos interesses das partes que estão a ser ponderados. Em ambos os casos, o “parâmetro da razoabilidade” delimita a fronteira entre o espaço em que a autonomia da vontade do autorizante é livre na consideração dos motivos e da relevância dos interesses que o levam a decidir pela recusa e o espaço em que considerações de adequação, necessidade, equilíbrio e boa-fé colocam a sua ponderação num plano normativo sujeito ao crivo judicial.

Em ambos os casos, repita-se, a ponderação de interesses que é suscetível se ser efetuada pelo Tribunal não o habilita a pressupor uma “equivalência de valor” dos interesses do concedente e do concessionário e a negar a validade da recusa quando considere que os interesses que esta sacrifica são de algum modo mais relevantes ou valiosos do que os interesses públicos convocados pelo concedente. Desde que o concedente fundamente a recusa num motivo tangível relacionado com a defesa do interesse contratual público, a ilicitude da recusa só poderá ser determinada se se verificar ou uma flagrante “inaptidão” dos interesses mobilizados para justificar o exercício do poder jurídico de recusa, ou uma evidente desrazoabilidade entre aquilo que se visa salvaguardar ou alcançar e o sacrifício que por essa via é imposto aos interesses patrimoniais do concessionário.

3.2. Invalidade da recusa de autorização pelo concedente; consequências; apreciação jurisdicional

No caso de o concessionário violar a obrigação contratualmente assumida de submeter à autorização do concedente a prática de determinado ato ou negócio jurídico, ou se, negada a autorização, prosseguir ainda assim com esse ato ou negócio, não há muito a dizer: violando um dever contratual (decorrente da lei ou do contrato), incorre em responsabilidade contratual e nas sanções legal e contratualmente previstas para essa atuação, que normalmente consistem na nulidade do negócio jurídico não autorizado, na inoponibilidade do mesmo ao concedente e, no limite, na possibilidade de o concedente resolver o contrato.

É mais complexo o tema da delimitação dos regimes associados à recusa de uma autorização do concedente que seja considerada “inválida.” Se a recusa do concedente for qualificável como uma declaração negocial proferida no exercício de um direito potestativo, a sua “invalidade” não suscita considerações diferentes das associadas ao inadimplemento pelo concessionário da sua obrigação de solicitar a autorização ou de não atuar sem que a mesma seja concedida: se o direito potestativo for protagonizado fora dos pressupostos de facto e de direito de que depende a legitimidade do seu exercício a declaração negocial de recusa é ineficaz perante o concessionário, e o concedente incorre em responsabilidade contratual e no dever de indemnizar pelos prejuízos eventualmente causados ao concessionário²⁵, tudo aferível pelo Tribunal (administrativo judicial ou arbitral) em ação administrativa intentada para o efeito.

²⁵ Por exemplo, os prejuízos causados pela recusa de autorização de substituição de um subcontratado, quando a recusa, apesar de ineficaz, seja acatada pelo concessionário com receio de incorrer na sanção de resolução do contrato; os prejuízos causados pela recusa de uma operação de refinanciamento, quando esta não tenha sido realizada pelo mesmo motivo, ou quando a entidade financiadora se recuse a fazê-la sem a garantia de autorização expressa do concedente.

Mas se a recusa for, como o será na maioria das vezes, qualificável como um ato administrativo, há aspetos específicos do regime de invalidade do ato administrativo e do regime de reação jurisdicional contra atos administrativos ou omissões ilegais que obrigam a considerar algumas nuances.

Assim, a recusa (consolidadamente) inválida ou a omissão ilegal da autorização do concedente conduz, em qualquer caso – seja declaração negocial, seja ato administrativo –, a que o mesmo incorra em responsabilidade contratual, independentemente de se considerar que violou uma obrigação primária de não negar a autorização sem motivo razoável, ou de se considerar que em “abuso de direito” no exercício do seu poder potestativo²⁶.

Sucedede que, tratando-se a recusa de autorização de um ato administrativo, aplica-se-lhe naturalmente o regime de invalidade que lhe é reservado pelo ordenamento jurídico administrativo e, em particular, pelos artigos 161.º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo (doravante, “CPA”). Como é sabido, o desvalor-regra de um ato administrativo inválido é o da (mera) anulabilidade (n.º 1 do artigo 163.º do CPA), cujo regime determina que o mesmo é eficaz até ao momento em que venha a ser anulado, o que a suceder tem eficácia retroativa até ao momento da sua prática (n.º 2 do artigo 163.º do CPA).

Isto significa, em primeiro lugar, numa importantíssima nota de diferenciação relativamente ao regime das recusas que sejam qualificadas como declarações negociais, que o concessionário, para obter tutela da sua pretensão à autorização, tem de suscitar junto do Tribunal a apreciação da (in)validade do ato de recusa, seja para obter uma condenação do concedente na atribuição da autorização, seja, para além disso, ou de modo autónomo, como pressuposto da responsabilização indemnizatória do concedente

Com efeito, o meio processual próprio de reação contra atos administrativos de indeferimento inválidos é a ação administrativa de condenação à prática do ato devido (artigo 66.º, n.º 1 do CPTA), esclarecendo pedagogicamente o n.º 2 do CPTA que “ainda que a prática do ato devido tenha sido expressamente recusada, o objeto do processo é a pretensão do interessado e não o ato de indeferimento, cuja eliminação da ordem jurídica resulta diretamente da pronúncia condenatória”.

Portanto, na situação em que o concessionário ainda tenha interesse na autorização ilicitamente recusada ou omitida, pode requerer ao Tribunal, nos prazos estabelecidos no n.º 1 do artigo 69.º e no artigo 58.º, *ex vi* artigo n.º 2 do 69.º (todos) do CPTA, a condenação do concedente na sua atribuição. Pode, naturalmente, cumular esse pedido condenatório com um pedido indemnizatório relativamente aos prejuízos que decorram do atraso ilegal na emissão do ato [alíneas a) e f) do n.º 2 do artigo 4.º do CPTA].

²⁶ Reveste aqui particular utilidade a modalidade de abuso de direito que Menezes Cordeiro (2021: 249-269) associa ao “desequilíbrio no exercício de posições jurídicas”, que se pode definir como o exercício de um direito que devido a circunstâncias extraordinárias dá origem a resultados totalmente estranhos ao que é admissível pelo sistema, quer por contrariar a confiança ou aquilo que o outro podia razoavelmente esperar, quer por dar origem a uma desproporção manifesta e objetiva entre os benefícios recolhidos pelo titular ao exercer o direito e os sacrifícios impostos à outra parte resultantes desse exercício.

Contudo, pode muito bem suceder que, ainda dentro do prazo de apresentação da ação de condenação à prática do ato de autorização ilicitamente omitido ou recusado – e, portanto, dentro do prazo em que o ato inquinado de um vício que determina a sua “anulabilidade” anda não se consolidou na ordem jurídica –, o concessionário perca o interesse objetivo na autorização e que se produzam definitivamente prejuízos que já não são passíveis de ser eliminados através da atribuição da autorização “fora de prazo”²⁷. Pode também suceder que a autorização seja atribuída para lá do prazo legal ou contratualmente estabelecido e que esse atraso gere prejuízos autônomos que não são eliminados com a concessão da autorização. Nestes casos, o concessionário tem direito a suscitar a apreciação da (in)validade do ato de recusa no âmbito de uma ação administrativa exclusivamente dirigida à efetivação da responsabilidade contratual do concedente [alínea k) do n.º 1 do artigo 37.º do CPTA] [que, na falta de regulação processual específica no CPTA, segue as regras da lei processual civil (2.ª parte do artigo 1.º do CPTA)], com vista a obter uma indemnização pelos prejuízos sofridos com a recusa ilegal. O Tribunal apreciará a validade da recusa para determinar a verificação do ilícito contratual que é pressuposto da responsabilidade do concedente.

Outra questão – e que não se coloca se a recusa for qualificada como uma declaração negocial – é a de saber se o concessionário pode intentar uma ação de indemnização para se ressarcir dos prejuízos decorrentes da recusa (ou omissão) ilícita da autorização após o prazo de caducidade da ação de condenação à prática do ato devido (n.º 1 do artigo 69.º e artigo 58.º, *ex vi* n.º 2 do artigo 69.º (todos) do CPTA).

É pacífico, sobretudo a partir da consagração do artigo 38.º do CPTA²⁸ e da consolidação doutrinal e jurisprudencial de que a ação de efetivação da responsabilidade civil da Administração não é um meio processual dependente ou subsidiário das ações de impugnação de atos (ou das ações de condenação à prática de atos ilegalmente omitidos ou recusados), que, designadamente no domínio da responsabilidade civil da Administração, o Tribunal pode conhecer, a título incidental, da ilegalidade de um ato administrativo (e por identidade de razão, da omissão ou recusa ilegal da sua prática) que já não possa ser impugnado (ou, no caso de omissão ou recusa do ato, já não possa ser judicialmente escrutinado no âmbito da ação de condenação à prática do ato). Contudo, na medida em que a atuação processual do concessionário, que não lançou mão no prazo definido para o efeito da ação de reação contra o ato omitido ou recusado, contribua para

²⁷ Por exemplo, a não atribuição da autorização dentro do prazo legal ou contratualmente definido para o efeito frustra definitivamente a operação de refinanciamento pretendida; ou torna essa operação patrimonialmente menos vantajosa; ou a recusa de subcontratação ou de substituição de um subcontratado frustra a possibilidade de esses negócios jurídicos serem celebrados, ou agrava as condições financeiras dos negócios para o concessionário.

²⁸ “Artigo 38.º Ato administrativo inimpugnável: 1 - Nos casos em que a lei substantiva o admita, designadamente no domínio da responsabilidade civil da Administração por atos administrativos ilegais, o tribunal pode conhecer, a título incidental, da ilegalidade de um ato administrativo que já não possa ser impugnado.

2 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, não pode ser obtido por outros meios processuais o efeito que resultaria da anulação do ato inimpugnável.”

os prejuízos que sofreu, a indemnização pode ser reduzida ou mesmo eliminada no âmbito do instituto da “culpa do lesado”.^{29, 30}

²⁹ Sobre o tema, cfr. Cortez (2000); Cortez (2002: 261-262); Cortez (2003: 37-38); Cadilha (2002: 244 ss); Cadilha (2011: 110 ss); Caldeira (2022: 425 ss).

Seguindo a recensão da evolução jurisprudencial e doutrinal do tema detalhadamente efetuada pelos Autores citados, para os quais se remete maiores desenvolvimentos, o artigo 4.º do “Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas”, aprovado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro (“RREE”) – *“Culpa do lesado: Quando o comportamento culposo do lesado tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, designadamente por não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída”* – segue de perto o anteriormente disposto no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 48 051, que estabelecia que *“o dever de indemnizar, por parte do Estado e demais pessoas colectivas públicas, dos titulares dos seus órgãos e dos seus agentes, não depende do exercício pelos lesados do seu direito de recorrer dos actos causadores do dano; mas o direito destes à reparação só subsistirá na medida em que tal dano se não possa imputar à falta de interposição de recurso ou a negligente conduta processual da sua parte no recurso interposto.”*

O Supremo Tribunal Administrativo (doravante, “STA”) começou por interpretar a ressalva contida na segunda parte do referido artigo 7.º como constituindo uma exceção perentória do exercício do direito de indemnização. A ação indemnizatória era assim vista como um meio processual subsidiário em relação ao recurso contencioso. Mais tarde, na linha do ensinamento de Afonso Queiró, fixou o entendimento de que aquele segmento normativo estabelecia, não a caducidade do direito de ressarcimento, mas um regime de exclusão ou diminuição de indemnização quando a negligência processual do lesado, a falta ou deficiente impugnação contenciosa do ato administrativo ilegal ou de utilização de meios processuais acessórios tenha contribuído para a produção ou agravamento dos danos. No mesmo sentido, Cortez (2000: 249) foi também precursora ao assinalar que a 2.ª parte do referido artigo 7.º não prejudica a autonomia das ações de responsabilidade civil, “mas a simples previsão de uma situação particular de concurso da culpa do lesado que, a verificar-se, influencia a fixação do quantum indemnizatório”.

Uma última nota para referir que nos revemos na posição de Cadilha (2011: 114-115), quando enfatiza que o princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa, o alcance prático do atual artigo 38.º do CPTA e, em geral o pleno reconhecimento da autonomia da ação de responsabilidade face às ações dirigidas a atos praticas, recusados ou omitidos, torna pouco adequado que se veja na atuação processual do particular que não utilizou estes últimos meios processuais uma “conduta negligente” em si mesma, fazendo mais sentido que esse facto seja ponderado ao nível do “nexo de causalidade” entre o facto e o dano. Como refere Cortez (2000: 262) “sublinhe-se, por, que o que está em causa não é saber se por via desses meios processuais o lesado teria conseguido a reparação total ou parcial dos danos sofridos em virtude do ato ilegal, mas se o recurso a esses meios processuais podia ter evitado os danos cujo ressarcimento ele vem reclamar numa ação de indemnização”. Em qualquer caso, a verificação de uma atuação negligente do particular deve considerar-se afastada sempre que se verifique que os meios principais e cautelares relativos a atos não são idóneos para evitar a consumação do prejuízo, como frequentemente sucede com atos de recusa ou omissão de atribuição de autorizações pelo concedente, como explicado *infra*.

³⁰ Como é patente, o tema tem sido extensamente tratado a propósito do RREE, em termos inteiramente transponíveis para o plano da responsabilidade contratual do Estado concedente. Sem prejuízo, como assinala Assis Raimundo (2022b:299), “a responsabilidade contratual do contraente público está tratada de forma incipiente na nossa doutrina, o que se deve, certamente, à circunstância de não existir um regime de direito administrativo sobre a matéria. Além de umas, poucas, disposições no CCP [...], o regime acaba por ser o do direito privado, por força do artigo 280.º, n.º 3, do CCP, sendo certo que o artigo 280.º, n.º 3, afirma diversos «graus de direito subsidiário» antes de se chegar ao direito civil; a aplicação desses diversos graus até pode determinar, por exemplo, a aplicação de uma solução do RREE, se se puder considerar que a mesma tem natureza de solução geral.” Não temos dúvidas de que é esse o caso

Neste quadro de consolidação doutrinal e jurisprudencial, não restando dúvidas de que o concessionário pode intentar uma ação de indemnização contra o concedente com vista a ser ressarcido dos prejuízos decorrentes de uma recusa ilícita do seu pedido de autorização mesmo após a caducidade do direito de ação de condenação à prática do ato ilegalmente omitido ou recusado, resta saber em que medida é que nestas situações pode operar a consideração da “culpa” do lesado como fator de redução ou eliminação do direito à indemnização.

No caso em análise, trata-se, como explanado na nota de rodapé n.º 27, de verificar em que medida é que uma conduta processual do concessionário, materializada na não utilização tempestiva dos meios processuais disponíveis para a reação contra a omissão ou recusa ilegal de uma autorização por parte do concedente, contribuiu para os danos que sofreu, isto é, se, em termos denexo de causalidade e culpa, os danos que sofreu poderiam ter sido evitados, no todo ou em parte, se tivesse lançado tempestivamente mão da ação de condenação à prática do ato autorizativos e de providências cautelares destinadas à tutela provisória e urgente do seu interesse.

Ora, esta análise do eventual impacto do concurso da culpa do concessionário-lesado, decorrente de uma putativa falta de prudência processual, na produção dos prejuízos que sofreu, não pode ser feita “em abstrato” ignorando a efetiva idoneidade dos meios processuais disponíveis para a tutela, em tempo útil, do interesse pretensivo em causa³¹, havendo a considerar, entre outros fatores, a eventual irreversibilidade do dano a partir de um determinado momento ainda na pendência do prazo de apresentação da ação de condenação à prática do ato, os tempos médios de demora expectáveis para o proferimento das decisões judiciais em causa e a probabilidade da obtenção de tutela cautelar efetiva do interesse do concessionário no quadro das práticas jurisprudenciais conhecidas sobre estas matérias.

Sem prejuízo de uma análise do caso concreto, concentrando-nos especificamente nos meios jurisdicionais de tutela disponíveis para o concessionário reagir contra um ato de recusa de uma autorização pelo concedente, percebemos, sem dificuldade, que na maioria, senão na generalidade das situações, os mesmos não serão idóneos a tutelar a sua pretensão a tempo de os possíveis danos associados à recusa se tornarem irreversíveis. A generalidade das previsões de atos autorizativos do concedente (elencadas na nota de rodapé n.º 2) referem-se a negócios jurídicos que o concessionário pretende levar a cabo num determinado momento, cuja oportunidade, utilidade e condições negociadas dependerão, as mais das vezes, da possibilidade de serem celebrados num horizonte temporal curto. O que significa que um atraso na concessão da autorização tem o potencial de gerar imediatamente danos resultantes da impossibilidade de se iniciar o aproveitamento dos benefícios financeiros do negócio e, em última análise, de frustrar a possibilidade da sua realização. Por outro lado, a conhecida morosidade do funcionamento dos nossos tribunais administrativos leva a que não seja verosímil esperar que uma ação de condenação à prática do ato ilegalmente recusado ou omitido se resolva em menos de anos. Nem tão pouco é de esperar, atendendo à natureza da

do artigo 4.º do RREE, de resto adaptando ao caso específico da conduta processual do particular a solução, também geral, acolhida no artigo 570.º do Código Civil.

³¹ Neste sentido, entre outros, Cortez (2002: 273 ss); Cadilha (2011: 116-117).

pretensão e à jurisprudência firmada pelos tribunais administrativos, que seja concedida uma providência cautelar antecipatória que permita ao concessionário celebrar o negócio jurídico pretendido, porque isso significaria criar uma situação de irreversibilidade e produzir no processo cautelar a decisão pretendida com a ação principal. A circunstância de as pretensões em causa serem deduzidas perante um tribunal arbitral pode atenuar este feito preclusivo do interesse do concessionário, admitindo-se que possa haver uma decisão de condenação à atribuição da autorização num tempo razoável e ainda a tempo de evitar ou atenuar os prejuízos incorridos pelo concessionário pela demora em obter a autorização. Tudo depende das circunstâncias do caso concreto.

Seja como for, o que há a concluir daqui é que não serão raras as situações em que a circunstância de o concessionário não ter, tempestivamente, lançado mão dos meios processuais especificamente reservados para reagir contra o ato ilegalmente recusado ou omitido não contribuirá para a produção, ou sequer para o agravamento, dos prejuízos sofridos, o que terá de ser ponderado pelo Tribunal quando apreciar a pretensão indemnizatória do concessionário em ação de indemnização autónoma intentada após a caducidade do direito de ação à condenação à prática do ato devido, ao determinar o nexó de causalidade entre a conduta processual do concessionário e os prejuízos sofridos e o impacto de uma eventual “culpa do lesado”.

3.3. A possibilidade de o concedente ratificar, substituir, ou praticar expressamente o ato de recusa inválido e o seu efeito sobre a pretensão indemnizatória do concessionário

Tratando-se a autorização do concedente, ou a sua recusa, de um ato administrativo, aplica-se-lhe, como referido, o regime de invalidade própria estabelecido, em geral, nos artigos 161.º e seguintes do CPA. Isto implica que o desvalor-regra de um ato de recusa inválido é o da (mera) anulabilidade (n.º 1 do artigo 163.º do CPA), cujo regime determina que o mesmo é eficaz até ao momento em que venha a ser anulado, o que a suceder tem eficácia retroativa até ao momento da sua prática (n.º 2 do artigo 163.º CPA). E implica, também, que se apliquem aos atos ou omissões de recusa os institutos de sanção superveniente da invalidade da “*ratificação, reforma ou conversão*” (artigo 164.º do CPA), bem como o regime da substituição ou “*renovação sanatória*”³² de atos administrativos anuláveis previsto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 173.º do CPA³³.

³² Usando a expressão Aroso de Almeida (2024:495), referindo-se às inovações introduzidas pelos n.ºs 2 e 3 do artigo 173.º do CPA/2015 ao regime da substituição de atos administrativos, por influência de posições por si propugnadas na sua tese de Doutoramento.

³³ Trabalhamos no pressuposto de que a falta de fundamentação de um ato de recusa de autorização do concedente gera, em condições normais a sua mera anulabilidade. É esse o sentido recorrente da jurisprudência e da doutrina. Cfr., por todos, Vieira de Andrade (2007: 202 ss) e Acórdãos do Tribunal Constitucional, de 10.12.2008, Processo n.º 1111/07, disponível em www.tribunalconstitucional.pt; Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, de 29.03.2019, Processo n.º 02344/14.5BEPRT, disponível em www.dgsi.pt; sumário: “*O dever de fundamentação, por regra, como preterição de um direito instrumental, gera a mera anulabilidade; só gera a nulidade, nos termos do disposto no n.º 1 e alínea f) do n.º 2 do artigo 133º do Código de Procedimento Administrativo [de 1991; n.º1 e alínea g) do n.º 2 do artigo 161º do Código de Procedimento Administrativo de 2015] se a fundamentação assumir, ou uma natureza*”

A aplicação ao ato de recusa do regime de invalidade de atos administrativos, bem como a circunstância de a omissão de decisão do pedido de autorização ser tratada como a omissão da prática de um ato administrativo devido, introduz, assim, algumas especificidades na dinâmica da tutela jurisdicional da pretensão do concessionário que não existem (iriam) fosse a recusa qualificável como declaração negocial.

Em particular no que se refere a recusas (ou omissões de atribuição) de autorizações do concedente, abre-se especificamente a possibilidade de, na pendência de uma ação para a efetivação da responsabilidade contratual indemnizatória do concedente, fundada na invalidade do ato de indeferimento por falta de justificação atendível (no sentido trabalhado *supra*), ou no ilícito resultante da omissão de decisão expressa do pedido, o concedente pretender uma de três coisas:

- (i) Ratificar o ato, aportando ao mesmo a fundamentação que lhe faltava³⁴, de tal modo que se tivesse constado da decisão inicial, colocaria o ato a salvo do escrutínio ou da censura jurisdicional.
- (ii) Substituir o ato inválido, por ter sido praticado com base em fundamentos violadores dos limites internos na margem de livre decisão administrativa do concedente (ex.º, os fundamentos mobilizados para o primeiro indeferimento não estão relacionados com motivos de interesse público atendíveis e violam de forma manifesta o princípio da proporcionalidade na vertente da “adequação”) e o concedente pretende praticar um novo ato, que substitui o primeiro, seja para atribuir a autorização requerida, seja para voltar a recusá-la mas com base em novos fundamentos.
- (iii) No caso de uma omissão ilegal de atribuição da autorização, praticar um ato expresso de indeferimento ou de deferimento, devidamente fundamentado.

Quanto à **ratificação** do ato: a consideração de que determinada autorização do concedente se trata de um ato administrativo implica, naturalmente, que se tenha de admitir a possibilidade de o concedente proceder à sua ratificação quando os atos de recusa sejam “renováveis” (porque padecem de vícios orgânicos ou formais que não impedem que sejam praticados com o mesmo conteúdo deste que expurgados de tais vícios) na pendência de uma ação para efetivação da sua responsabilidade contratual fundada na invalidade desse ato, seja o pedido de indemnização

própria de elemento essencial do ato, acabando por cair debaixo do critério legislativo constante do nº1 do artigo 133º do CPA, ou uma natureza paralela à de ofensa ao conteúdo essencial de um direito fundamental.

II- A fundamentação dos atos só pode ser considerada como um elemento essencial do ato administrativo se, em concreto, servir para a defesa de um direito fundamental;

III- O direito a uma fundamentação dos atos administrativos não é de modo algum um direito fundamental, nem decorre da lei ordinária um especial dever de fundamentar os atos administrativos, a ponto de se entender que tal dever representa a garantia única ou essencial de salvaguardar um valor fundamental.”

³⁴ “A ratificação, para efeitos do Código, será assim o acto através do qual o órgão competente para a prática de um acto administrativo procede à sanção de um vício seu, relativo à respectiva competência, forma, ou formalidades: é o caso, por exemplo, do acto praticado sem a fundamentação legalmente exigida, que pode ser objecto de uma ratificação posterior, praticando-o fundadamente” (Esteves de Oliveira, Gonçalves, Pacheco de Amorim, 1997: 644).

deduzido cumulativamente no âmbito de uma ação de condenação à prática do ato devido³⁵, seja deduzido autonomamente numa ação limitada ao pedido indemnizatório [o que pode bem suceder, porque, no atual regime do CPA, a anulação administrativa - e, por remissão para este regime, a ratificação³⁶ - pode ocorrer para lá da caducidade do direito de ação para a condenação do ato ilegalmente recusado ou omitido (cfr. artigo 168.º do CPA, conjugado com artigo 69.º do CPTA)].

Independentemente do meio processual em causa, não há dúvidas de que o ato de ratificação, desde que ele próprio praticado no respeito pelos pressupostos e requisitos estabelecidos para a sua emissão (nomeadamente temporais), e desde que aporte a fundamentação que faltava ao ato, convalida o ato cuja invalidade resultasse de vício de falta de fundamentação. Ora, convalidando-se o ato inválido, com eficácia retroativa, através de um ato secundário de ratificação-sanação, que elimine o vício formal de falta de fundamentação de que o ato original padecesse, é eliminada a ilicitude que, por esta via, poderia sustentar a responsabilidade civil do concedente e um dever de indemnizar.

Nestes casos, note-se, tratando-se de um vício meramente formal, não se coloca a questão da eventual indemnizabilidade de danos *in medio tempore* ou *in itinere*, que tenham sido provocados enquanto o ato, entretanto sanado, não caíndo estes casos na previsão do n.º 5 do artigo 164.º do CPA³⁷. É que que a indemnizabilidade deste tipo de danos *in medio tempore* apenas ocorre quando os mesmos tenham autonomia face ao ato primário, isto é, quando se possa afirmar que os mesmos não se teriam verificado no caso de o ato primário ter sido praticado sem o vício que o inquinava³⁸. Ora, isso não sucede num caso de ratificação de um ato de recusa inválido por falta ou insuficiência de fundamentação, já que o ato saneador não altera a decisão originalmente tomada - no sentido de que não implica um novo exercício da competência dispositiva que produziu o ato primário -, nem o decurso do tempo entre o ato primário e a ratificação agrava a situação

³⁵ Caso em que se parece poder aplicar o artigo 70.º, n.º 3 do CPTA, "*Alteração da instância*": Quando, na pendência do processo, seja proferido um ato administrativo que não satisfaça integralmente a pretensão do interessado, o autor pode promover a alteração do objeto do processo, para o efeito de pedir a anulação parcial do novo ato ou a condenação da entidade demandada à prática do ato necessário à satisfação integral da sua pretensão".

³⁶ CPA, "Artigo 164.º Ratificação, reforma e conversão: 1 - São aplicáveis à ratificação, reforma e conversão dos atos administrativos as normas que regulam a competência para a anulação administrativa dos atos inválidos e a sua tempestividade."

³⁷ Que estabelece que a retroação legalmente prescrita para o ato de ratificação "...não prejudicam a possibilidade de anulação dos efeitos lesivos produzidos durante o período de tempo que as tiver precedido, quando ocorram na pendência do processo impugnatório e respeitem a atos que envolvam a imposição de deveres, encargos, ónus ou sujeições, a aplicação de sanções, ou a restrição de direitos e interesses legalmente protegidos".

³⁸ É certo que a propósito do regime da responsabilidade extracontratual do Estado e não desta solução do CPA, Cadilha CF (2011:186) assinala que "...se estiver em causa uma ilegalidade decorrente de um vício de forma ou de procedimento que tenha afectado o interesse legítimo do interveniente no processo ou do destinatário do acto nele proferido, o dano indemnizável, encontrando-se necessariamente delimitado pela relação causa efeito, apenas poderá consistir em efeitos negativos colaterais que não se encontrem cobertos pela possibilidade de renovação do acto ilegalmente praticado. Assinalando as dúvidas colocadas pela solução acolhida no n. 5 do artigo 164.º do CPA, e chamando a atenção para que entre os dois extremos da ratificação e da conversão podem existir situações muito díspares, o que poderá tornar necessário adequar, em cada caso, a tutela a que o impugnante terá direito deste preceito, cfr. Proença (2023: 689-690).

patrimonial do concessionário. Os prejuízos que o concessionário poderia reclamar serão, portanto, a decorrência direta de o concedente ter negado a autorização *ab initio*, decisão que veio a sanar, em momento posterior, através de um ato a que a lei atribui eficácia retroativa. Não haverá, portanto, nem ilicitude que fundamente a responsabilidade da administração, nem nexos causal entre os danos invocados e a circunstância de ter havido um período entre a prática do ato de recusa e a sanção das insuficiências da sua fundamentação³⁹.

Quanto à **substituição** do ato: sucede que, frequentemente, **há a tendência para confundir falta de fundamentação com falta de fundamento**, sendo o primeiro um vício formal e o segundo um vício material de “violação de lei”, que tanto pode consistir em erro sobre os pressupostos de facto ou erro de direito. Posto de outra forma, na primeira situação, o concedente, quando pondera a situação, identifica um motivo atendível da perspetiva do interesse público que, dentro de sua margem de livre decisão, e no respeito pelos limites internos da sua discricionariedade, justifica a recusa, mas exterioriza a sua vontade de forma deficiente, violando os seus deveres de fundamentação. No segundo caso, diferentemente, o concedente recusa a autorização sem fundamento algum (isto é, não se baseando nessa decisão em qualquer fundamento atendível), ou baseia a decisão em fundamentos

³⁹ Neste sentido, por todos, Rebelo de Sousa, Salgado de Matos (2008: 32-33): “o comportamento lícito alternativo é genericamente relevante, pois violaria o princípio da proporcionalidade a imposição ao lesante do dever de indemnizar um dano que, em qualquer caso, se produziria através de uma ação lícita [...]. Os tribunais administrativos consideram não existir nexos de causalidade entre atos materialmente válidos, mas padecendo apenas de vício de forma ou de violação de lei por falta ou vício de fundamentação e os danos eventualmente verificados: nestes casos, os danos ter-se-iam produzido na mesma se os actos administrativos em causa tivessem sido praticados sem o vício que os inquinava”. Os autores citam extensa jurisprudência do STA em abono desta asserção a p. 33 da obra citada.

Também Aroso de Almeida (2013: 258) enfatiza que para estes danos associados diretamente à prática do ato primário eivado de vício formal vale a “«teoria do comportamento lícito alternativo» de acordo com a qual é de excluir o dever de indemnizar quando, apesar da ilegalidade que determinou a anulação do ato praticado [valendo o mesmo para a ratificação], existir um comportamento lícito alternativo do qual adviriam para o interessado na anulação as mesmas consequências causadas pelo ato anulado, mas sem os vícios formais ou de procedimento [...] Não custa reconhecer que a situação substantiva do interessado não deve ser objeto de reparação quando se demonstre que, se o ato anulado tivesse sido praticado sem a ilegalidade cometida, a decisão teria sido tomada com o mesmo conteúdo”. No mesmo sentido, Cadilha, 2011: 186).

Contudo, Aroso de Almeida (2013: 256, 257) defende também uma outra tese, quanto a nós improcedente (e na prática inoperativa) porque afastada dos pressupostos da responsabilidade civil em geral, de que a violação de normas procedimentais que tutela posições jurídicas dos particulares “...consiste em si mesmo um dano passível de ser ressarcido: dano de natureza não patrimonial cuja quantificação deve, por isso, ser ressarcido segundo um critério de equidade (...). Trata-se, assim, de reconhecer a existência de um dano consubstanciado na própria ofensa, em si mesma, do direito à audiência ou à fundamentação, independentemente da questão de saber se dessa ofensa resultaram prejuízos para o património do interessado.” Noutra obra (2024: 487) refere-se a uma “função pedagógica” que deve presidir ao sancionamento das ilegalidades administrativas e que, mesmo num quadro em que o particular não tem, reconhecidamente, fundamento para ser ressarcido pelos danos decorrentes do ato inválido renovável, entretanto anulado ou ratificado (à luz da teoria do ato lícito alternativo), justificaria que lhe fosse atribuída uma indemnização por danos não patrimoniais quantificada à luz de juízos equidade. Não vislumbramos que danos tangíveis possam ser esses, nem antecipamos que um tribunal administrativo venha a relevar, para efeitos de determinação do dano não patrimoniais, a angústia subjetiva que o particular possa ter sentido com a violação de uma norma procedimental que não lhe provocou danos patrimoniais.

materialmente inválidos, seja porque assentes em erro de facto, seja porque em manifesta violação do princípio da proporcionalidade nos termos acima tratados (motivos manifestamente inidóneos para a salvaguarda de qualquer interesse público atendível, desnecessários ou desequilibrados).

Compreende-se que possa não ser fácil ao Tribunal discernir se se encontra perante uma ou outra situação, ainda que a distinção conduza, como vemos, a diferenças radicais no que concerne à tutela indemnizatória do concessionário perante o ato primário ilegal. É que quando o concedente, na pendência de uma ação indemnizatória baseada numa recusa de autorização sem fundamento válido, aparece com uma fundamentação congruente no quadro dos interesses públicos que são prosseguidos através do contrato, de tal modo que se tivesse sido manifestada no momento da prática do ato primário o poria a salvo da censura judicial, poderá ser difícil de ajuizar se tal fundamento esteve na base da decisão primária, ainda que imperfeitamente exteriorizado (caso em que se pode admitir a ratificação), ou se, pelo contrário, o concedente não o ponderou de todo e está agora a fazer uma nova ponderação da situação - caso em que a ratificação é excluída, porque o vício do ato primário não era um vício formal de falta de fundamentação, mas sim um vício material de falta de fundamento, e do que se trata é de um **ato substitutivo** do primeiro.

Compreendem-se, assim, as reservas de alguns autores⁴⁰ em admitir a fundamentação *ex post* de um ato através do instituto da ratificação, precisamente porque há o risco de, a coberto da necessidade de aclaramento da ponderação que esteve subjacente ao ato primário, se estar a disfarçar uma ponderação superveniente de novos fundamentos para a prática do ato, no que constitui uma nova decisão constitutiva da situação jurídica e uma verdadeira substituição do ato primário⁴¹.

⁴⁰ Rebelo de Sousa, Salgado de Matos (2009: 216), em posição ao que cremos solitária na doutrina nacional e sem acolhimento na jurisprudência, negam que a ratificação-sanação possa ter por objeto vícios de fundamentação "...por equivaler à possibilidade de fundamentações sucessivas que pervertem as funções do instituto da fundamentação." Aroso de Almeida (2024: 502-503), compreendendo estas reservas, mas reconhecendo que a jurisprudência e a doutrina nacional tendem a admitir a ratificação nestes casos, propõe que essa sanação só deva ser admitida com "apertadas restrições e cautelas". "Só deve, por isso, ser admitido o suprimento ou insuficiência de fundamentação na condição de que na documentação que consta do processo instrutor resulte a demonstração de que houve ponderação, no momento próprio, dos motivos tardiamente apresentados como fundamento da decisão, em termos de se dever entender que a única falha ocorrida se consubstanciou na omissão de indicação desses fundamentos na forma da decisão...". A nosso ver, não basta, pois, que os novos fundamentos invocados existissem à data em que o ato foi praticado: é necessário demonstrar que foram relevantes para a decisão."

⁴¹ É precisamente isto, com muita clarividência, que Aroso de Almeida (2024: 503-504) assinala: "...é fundamental demarcar as situações de suprimento do vício de falta ou insuficiência de fundamentação em relação àquelas em que já há lugar à substituição do ato inválido por outro, seja mediante «renovação sanatória» prevista no artigo 173.º do CPA, que pode ter lugar quando o ato for substituído com indicação de fundamentos que já existiam mas não tinham sido invocados [ponderados] no ato anterior, seja até mediante a própria «novação do ato», que tem lugar quando o ato é substituído por outro que, embora determinando a produção do mesmo efeito jurídico, já se deve entender que não tem o mesmo conteúdo do ato anterior, por ser, na sua essência diferente dele, seja porque se sustenta numa base normativa distinta ou porque é praticado com invocação de pressupostos autónomos, o que implica que não só não deva ser qualificado como um ato de ratificação, como nem sequer como mero ato de renovação do ato inválido, ao qual possa ser imputado o efeito sanatório previsto no artigo 173.º do CPA.").

Independentemente da maior ou menor dificuldade que o Tribunal terá em aferir se a fundamentação aduzida supervenientemente pelo concedente se traduz na sanção do vício de fundamentação, ou na substituição do ato primário materialmente inválido por outro baseado em fundamentos que não haviam sido inicialmente ponderados, a diferença ao nível da procedência das pretensões indemnizatórias do concessionário é radical.

Com efeito, tratando-se de um ato que pretende, por substituição, sanar um vício material do ato primário, não vale a teoria do ato lícito alternativo. O ato primário inválido de recusa não pode ser praticado com o mesmo conteúdo material, porque esse conteúdo abrange não apenas o efeito produzido (o indeferimento), mas também os motivos que foram ponderados para a tomada da decisão de recusa. O ato substituto tem natureza constitutiva, resultando de um novo e tardio exercício das competências dispositivas do concedente⁴².

Isto significa que a verificação dos pressupostos de responsabilidade contratual do concedente para efeitos de determinação da procedência do pedido indemnizatório do concessionário se tem de fazer, em primeira linha, por referência ao ato primário lesivo. A relevância do ato substituto neste plano cinge-se ao potencial que apresente, no caso concreto, de afetar onexo causal entre a invalidade do ato primário e os danos que daí podem derivar para concessionário.

Indo ao concreto, se, por força da prática de um ato de indeferimento materialmente inválido, se produziram prejuízos irreversíveis (a oportunidade do negócio frustrou-se, as condições do mercado alteraram-se) na esfera jurídica do concessionário, este tem direito a ser indemnizado, independentemente de entretanto o concedente substituir o ato por outro com fundamentos que teriam sido válidos (mas que não foram ponderados na decisão inicial), ou mesmo que venha tardiamente a substituir o ato de indeferimento por um ato de deferimento. O ato de substituição não “sana”, assim, os efeitos lesivos decorrentes da ilicitude do ato primário de recusa⁴³; quando muito, se se puder demonstrar que a sua prática tardia evitou ou

⁴² Esclarece Aroso de Almeida (2024: 495) que “...o ato que substitui um ato jurídico é um novo ato de primeiro grau, que não se reporta ao ato anterior, cujo lugar passa a ocupar, mas às situações jurídicas a cuja definição ele procedia, para o efeito de passar a defini-las em seu lugar [...]. Esta distinção de teoria geral tem plena validade no Direito Administrativo português, no âmbito do qual, nesse preciso sentido, o CPA faz, por um lado, referência, no artigo 164.º, à figura da ratificação e, por outro lado, faz referência, o artigo 173.º, à substituição de atos administrativos anuláveis por atos válidos com o mesmo conteúdo.”

⁴³ O n.º 3 do artigo 173.º do CPA acautela isso mesmo: ainda que o n.º 2 disponha que “a substituição de um ato administrativo anulável, ainda que na pendência de um processo jurisdicional, por um ato válido com o mesmo conteúdo, sana os efeitos por ele produzidos, assim como os respetivos atos consequentes”, o n.º 3 ressalva que nestes casos “se o ato substituído tiver tido por objeto a imposição de deveres, encargos, ónus ou sujeições, a aplicação de sanções ou a restrição de direitos ou interesses legalmente protegidos, a renovação não prejudica a possibilidade de anulação dos efeitos lesivos produzidos durante o período de tempo que precedeu a substituição do ato”. Transpondo esta disciplina para o contexto de uma ação de efetivação da responsabilidade contratual do concedente, parece evidente que vincula o Tribunal a admitir a ressarcibilidade dos danos resultantes do ato primário materialmente inválido que se tornaram irreversíveis e que não sejam eliminados pela prática do ato de substituição. Neste sentido, ainda vigência do anterior CPA, Rebelo de Sousa, Salgado Matos (2008:212) referiam que “o carácter automático da retroactividade prevista para a revogação de actos inválidos no art. 145.º do CPA só opera quanto aos efeitos desintegrativos da substituição ou modificação (ou seja, à destruição total dos efeitos do acto substituído ou modificado) e não quanto aos seus efeitos dispositivos.” Essa retroactividade é agora estabelecida no n.º 2 do artigo 173.º do CPA, mas limitada pelo citado n.º 3.

atenuou a consumação dos danos, isso pode e deve ser ponderado pelo Tribunal no estabelecimento do nexo causal entre o ilícito do ato primário e os danos peticionados (o que, no caso concreto, pode até limitar a indemnização aos danos produzidos *in medio tempore*). A não ser assim, estaria encontrada a via para a Administração poder afastar a sua responsabilidade por atos materialmente inválidos (e por isso, nesse sentido, não renováveis) através do re-exercício constante dos seus poderes discricionários, removendo da ordem jurídica o ato ilícito, por substituição por outro, quando confrontada com ações indemnizatórias, pondo gravemente em causa a tutela jurisdicional efetiva dos administrados.

Quanto à **prática de ato primário ilegalmente omitido**: aplicam-se, com as necessárias adaptações, as conclusões alcançadas no ponto anterior quanto ao ato de substituição. Consistindo a omissão de decisão do pedido de autorização uma violação do contrato, porque, em qualquer caso, isso significa que a autorização não foi atribuída sem justificação, isto é, sem motivo atendível ou razoável de interesse público, o concedente é responsável pelos prejuízos definitivos ou *in medio tempore* que se consolidarem na esfera jurídica do concessionário, e que não sejam elimináveis ou atenuáveis pelo ato primário de definição da situação jurídica que venha a ser praticado tardiamente. Ainda que o concedente venha a mobilizar argumentos atendíveis para fundamentar uma recusa tardia, isso não afasta a sua responsabilidade contratual indemnizatória quando os (e quanto aos) pressupostos da mesma se tenham verificado entre a omissão ilícita e a prática do ato.

Isto vale, em nossa opinião, mesmo para as situações em que a lei ou o contrato preveem que no silêncio do concedente a autorização se deve ter por recusada. Vemos nestas disposições um expediente para definir o momento a partir do qual se abre a possibilidade de o concessionário reagir ao indeferimento da sua pretensão e não como mecanismo (inconstitucional) de dispensa do concedente em observar os seus deveres de fundamentação; ou de o dispensar do dever de decisão expressa dos pedidos que lhe sejam dirigidos pelo concessionário (artigo 13.º do CPA); ou de admitir que a recusa seja formada sem motivo de interesse público atendível e razoável; ou de abrir caminho para uma nova dimensão da atividade administrativa em que o arbítrio se acrescenta à vinculação e à discricionariedade.

3.4. Vinculações procedimentais

Podemos questionar-nos, brevemente, se as vinculações procedimentais impostas ao concedente para a prática do ato de deferimento ou indeferimento da autorização solicitada é diferente consoante o mesmo seja qualificado como ato administrativo ou como declaração negocial.

Assinale-se, em primeiro lugar, que nos termos do artigo 308.º, n.º 1 do CCP “a formação dos atos administrativos emitidos no exercício dos poderes do contraente público não está sujeita ao regime da marcha do procedimento estabelecido pelo Código do Procedimento Administrativo”, com exceção dos atos sancionatórios que estão expressamente sujeitos ao dever de audiência prévia pelo n.º 2 do preceito. O que significa que os atos autorizativos (ou de recusa) estarão dispensados das vinculações procedimentais específicas previstas no CPA quanto à marcha do procedimento independentemente de se tratar de atos administrativos ou de declarações negociais.

Particularmente relevante é saber se as recusas de autorizações do concedente têm de ser fundamentadas e/ou se apenas têm de ser fundamentadas se qualificadas como ato administrativo, e já não se forem qualificadas como declarações negociais emitidas enquanto atos de “gestão privada” do concedente.

Tratando-se de um ato administrativo de recusa, que nega a pretensão do concessionário, é evidente que o mesmo deve ser fundamentado [alínea a) do n.º 1 do artigo 152.º do CPA). Por um lado, a restrição da aplicação do CPA aos atos administrativos contratuais estabelecida no artigo n.º 1 do 308.º do CCP diz respeito apenas à “marcha do procedimento” e não, evidentemente, aos requisitos de legalidade do ato em si mesmo. Trata-se de um requisito quanto ao conteúdo do ato, imposto não apenas pelo CPA, mas pela própria Constituição (artigo 268.º, n.º 3). A ausência de fundamentação, ou de fundamentação insuficiente, conduz à invalidade do ato do concedente.⁴⁴

Já se a recusa de autorização for tratada como uma declaração negocial (um ato de “gestão privada” da Administração) há quem defenda que a fundamentação não é exigível⁴⁵. Esta posição não nos parece aceitável, ou pelo menos sem o devido enquadramento.

Refira-se, em primeiro lugar, que o n.º 3 do artigo 2.º do CPA determina que os princípios gerais da atividade administrativa e as disposições deste Código que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer atuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada, o que é certamente o caso do dever de fundamentação no caso de recusa de pretensões autorizativas do concessionário: nos termos do n.º 3 do artigo 263.º da Constituição *“Os atos administrativos [...] carecem de fundamentação expressa e acessível quando afetem direitos ou interesses legalmente protegidos”*. De resto, a propalada funcionalização ao interesse público de toda a atividade administrativa obriga a que, pelo menos, o exercício de poderes jurídicos da administração num sentido desfavorável aos particulares seja sempre justificado.

Por outro lado, como anteriormente sustentado, mesmo que as autorizações do concedente sejam qualificadas como declarações negociais, a sua recusa está, nos termos gerais do direito civil, sujeita à “cláusula do razoável”, o que significa que a ser determinada sem justificação atendível não é contratualmente lícita.

⁴⁴ Independente da questão de saber se o vício que afeta o ato é um vício de formal, por preterição de uma formalidade essencial, como entende a doutrina maioritária e a jurisprudência administrativa, ou se se trata de um vício material de “violação de lei”. Por outro lado, já acima assinalámos que a jurisprudência do Tribunal Constitucional e dos tribunais administrativos entende que, por via de regra, a sanção para o ato administrativo não fundamentado ou com fundamentação insuficiente é a mera anulabilidade, apenas admitindo a nulidade quando esse vício, atendendo às especificidades do caso concreto, envolver a ofensa do “conteúdo essencial” de um procedimento equitativo. Sobre o tema, cfr., por exemplo, Otero (2016: 580); Rebelo de Sousa, Salgado de Matos (2008: 163).

⁴⁵ Cfr. Guimarães (2012: 23) *“...Está a falar-se, designadamente, do dever de fundamentação dos actos administrativos, aplicável aos actos administrativos contratuais, que não existe nas declarações negociais. Mesmo nos casos em que o acto não seja vinculado e seja meramente discricionário [...] a decisão tomada pelo contraente público é objecto do controlo típico dos poderes públicos, o que determina que, ao contrário da esfera da autonomia contratual privada, a Administração, ou o contraente público, não possa simplesmente actuar à luz dos comandos da sua vontade.”*

A diferença não está, portanto, na necessidade de fundamentar a recusa, mas no plano das consequências jurídicas da falta de fundamentação. Tratando-se de um ato administrativo, o mesmo é inválido, invalidade essa que segue o regime próprio da invalidade dos atos administrativos. Tratando-se de uma declaração negocial, a ausência de fundamentação (da exteriorização de uma justificação razoável) implica que a declaração é emitida fora dos pressupostos contratualmente definidos para a sua emissão, o que a torna ineficaz perante o concessionário e fundamenta a responsabilidade contratual do concedente.

3.5. Executividade

Porventura a característica que mais distingue o ato administrativo da declaração negocial é a “executividade” do primeiro, prescrita, atualmente, em termos gerais, pelo artigo 309.º, n.º 1 do CCP: “*os atos administrativos do contraente público relativos à execução do contrato constituem título executivo*”, ao contrário do que sucede com as declarações negociais. Como sintetiza Sérvulo Correia (2025) “a executividade dos atos administrativos do contraente público, ou seja, a sua qualidade do título executivo, avantaja-os às meras declarações negociais do mesmo, uma vez que, para fazer valer estas, é necessária a propositura de uma ação administrativa de reconhecimento das situações jurídicas por elas versadas”. Já os atos administrativos podem ser impostos ao particular sem necessidade de uma definição judicial prévia da decisão jurídica no quadro de uma ação declarativa intentada para o efeito: a Administração pode logo “saltar” para a fase executiva, seja administrativa, seja judicial, consoante o regime aplicável ao ato em causa (cfr. artigo 309.º, n.º 2 do CCP)⁴⁶.

Sucedendo relativamente a atos negativos de indeferimento esta característica é irrelevante, porque o ato é “inexequível”, “...produzindo por si todos os efeitos visados pelo seu conteúdo, dispensando qualquer execução subsequente.” (Rebelo de Sousa, Salgado de Matos, 2008: 101).

⁴⁶ Esteves de Oliveira (2007: 6) realça que “...isto mostra bem a diferente potência jurídico-formal de uma e outra figura. Na verdade, quando o efeito jurídico que interfere com o contrato (ou com a posição do co-contratante) é determinado por acto administrativo, a Administração, em caso de inadimplemento da medida decretada, passa imediatamente, se o acto for exequível, para um procedimento administrativo de execução ou para um processo judicial executivo, consoante o que resultar da lei (por exemplo, do art. 187.º do CPA). Se, pelo contrário, a mutação for determinada por acto negocial, então, em caso de incumprimento do que for aí estabelecido, não resta em princípio ao contratante público senão propor uma acção declarativa, para obter do Tribunal a condenação do co-contratante no comportamento devido.”

Bibliografia

Aroso de Almeida M. In: Comentário ao Regime da responsabilidade extracontratual do Estado e demais entidades públicas, anotação ao artigo 9.º. Universidade Católica Editora; 2013

Aroso de Almeida M. Teoria Geral do Direito Administrativo. 11.ª ed. Almedina; 2024.

Assis Raimundo M. Direito dos Contratos Públicos, Vol. II, Regime substantivo. AAFDL; 2022a

Assis Raimundo M. In: Amado Gomes C, Pedro R, Serrão T, coordenadores. O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência, anotação ao artigo 1.º. 3.ª ed. AAFDL; 2022b

Ayala BD. O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa. Lex; 1995

Baptista Machado J. Cláusula do razoável. In: Obra Dispersa, Volume I. Scientia Iuridica; 1991

Cadilha A. Os poderes de pronúncia jurisdicionais na acção de condenação à prática de acto devido e os limites funcionais da justiça administrativa. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia. Edição da FDUL. Coimbra; 2010

Cadilha CF. Intervenção. In: Responsabilidade civil extra-contratual do Estado, trabalhos preparatórios da reforma, ed. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento. Coimbra Editora; 2002

Cadilha CF. Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado, anotado, 2.ª ed.. Coimbra Editora; 2011

Caldeira M. In: Amado Gomes C, Pedro R, Serrão T, coordenadores. O regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da jurisprudência, anotação ao artigo 4.º. 3.ª ed. AAFDL; 2022.

Cerulli Irelli V. Lineamenti del diritto amministrativo, 6.ª ed. G. Giappichelli Editore; 2017.

Cortez M. A responsabilidade civil da administração por omissões. Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 40; 2003

Cortez M. Intervenção. In: Responsabilidade civil extra-contratual do Estado, trabalhos preparatórios da reforma, ed. Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento. Coimbra Editora; 2002

Cortez M. Responsabilidade civil da administração por atos administrativos ilegais e concurso de omissão culposa do lesado. Coimbra Editora; 2000

Esteves de Oliveira M, Gonçalves P, Pacheco de Amorim J. Código do Procedimento Administrativo, Comentado. 2.ª ed. Almedina; 1997

Esteves de Oliveira R. Autoridade e consenso no contrato administrativo. Dissertação de mestrado. Inédito. Universidade de Coimbra; 2001

Esteves de Oliveira R. O acto administrativo contratual. Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 63; 2007.

Estorninho MJ. Requiem pelo contrato administrativo. Coimbra: Almedina; 1990

Estorninho MJ. Curso de direito dos contratos públicos, por uma contratação pública sustentável. Almedina; 2012

García de Enterría E, Fernández TR. Curso de Derecho Administrativo I.18.ª ed. Civitas, Thomson Reuters; 2017

Gonçalves P. A concessão de serviços públicos. Almedina; 1999

Gonçalves P. A relação jurídica fundada em contrato administrativo. Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 64; 2007

Gonçalves P. Entidades privadas com poderes públicos. Almedina; 2005

Guimarães AL. O carácter excepcional do acto administrativo contratual, no Código dos Contratos Públicos. Almedina; 2012

Hoepffner H. Droit des contrats administratifs. 2.ª ed. Dalloz; 2019

Kirkby MB-M. Contratos sobre o exercício de poderes públicos – o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral. Coimbra: Coimbra Editora; 2011

Lichère F. Droit des contracts publics. 3.ª ed.. Col. Les mémentos Dalloz. Dalloz; 2020

Menezes Cordeiro A. Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Tomo I. 4ª ed. Reimp. Almedina; 2021

Otero P. Direito do Procedimento Administrativo. Volume I, Almedina; 2016

Proença A. Ratificação, reforma e conversão de atos administrativos. In: Amado Gomes C, Neves AF, Serrão T, coordenadores. Comentários ao Código do Procedimento Administrativo. 6.ª ed. AAFDL; 2023

Rebello de Sousa MR, Salgado de Matos A. Direito administrativo geral, Introdução e Princípios Fundamentais, Tomo I. Dom Quixote; 2004

Rebello de Sousa MR, Salgado de Matos A. Direito administrativo geral, Responsabilidade civil administrativa, Tomo III. Dom Quixote; 2008

Rebello de Sousa MR, Salgado de Matos A. Direito administrativo geral, Actividade administrativa, Tomo III. 2.ª ed. Dom quixote; 2009

Richer L, Lichère F. Droit des contracts administratifs. 11.ª ed. LGDJ; 2019

Sérvulo Correia JM. Autotutela administrativa do contraente público. No prelo, a publicar no Livro de Estudos Comemorativos dos 25 anos da Sérvulo & Associados, AAFDL; 2025

Sérvulo Correia JM. Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito de controlo jurisdicional. In: Escritos de Direito Público. Volume I. 2019 (originalmente publicado em Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 70; 2008, pp. 32-57)

Sérvulo Correia JM. O incumprimento do dever de decidir. In: Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco. Edição da FDUL. Coimbra Editora; 2006

Vieira de Andrade JC. O dever de fundamentação expressa dos actos administrativos. Almedina; 2007

ⁱ Advogado_Sérvulo & Associados
Docente Colaborador do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de
Direito da Universidade de Lisboa