

Contratos públicos, caução e Tribunais
Administrativos – breve apontamento sobre
a jurisdição competente

Public contracts, performance bond and
Administrative Courts – brief note on the
competent jurisdiction

MARCO CALDEIRA

VOL. 1 Nº 1 JANEIRO 2014

WWW.E-PUBLICA.PT

**CONTRATOS PÚBLICOS, CAUÇÃO E TRIBUNAIS
ADMINISTRATIVOS – BREVE APONTAMENTO SOBRE A
JURISDIÇÃO COMPETENTE**

**PUBLIC CONTRACTS, PERFORMANCE BOND AND
ADMINISTRATIVE COURTS – BRIEF NOTE ON THE COMPETENT
JURISDICTION**

MARCO CALDEIRA*

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
marco.caldeira@fd.ulisboa.pt

Resumo: O presente texto debruça-se sobre as várias decisões judiciais que têm sido proferidas relativamente à questão de saber qual a jurisdição competente para decidir da causa nos processos em que o co-contratante tenta obstar ao, ou reagir contra, o accionamento da caução pelo contraente público.

Abstract: This article focus on the several decisions issued by the Courts in regard to the question of knowing which jurisdiction is entitled to decide on the judicial procedures through which the contractor tries to avoid the performance bond to be enforced by the public contracting party or reacts against the enforcement of such bond.

Palavras-chave: contratos públicos; caução; incumprimento do contrato; Tribunais Administrativos.

Keywords: public contracts; performance bond; breach of contract; Administrative Courts.

1. Como se sabe, nos procedimentos pré-contratuais de Direito Público, é comum a celebração do contrato ser antecedida da prévia prestação de caução por parte do adjudicatário. Já era assim, nomeadamente, na vigência do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março¹, e do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho², e, com toda a naturalidade, continuou a sê-lo ao abrigo do Código dos Contratos Públicos (doravante “CCP” ou “Código”), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro³, que revogou aqueles primeiros diplomas e passou a estabelecer a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos

1. Cfr. artigos 110.º a 114.º deste diploma.

2. Cfr. artigos 65.º e 69.º a 71.º deste diploma.

3. Rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008, de 28 de Março, alterado pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de Outubro, alterado pela Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de Dezembro, pela Lei n.º 64 -B/2011, de 30 de Dezembro, e, mais recentemente, pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho.

administrativos⁴. Neste sentido, quando esteja em causa um procedimento para a formação de contratos públicos⁵, deve, em princípio, “*ser exigida ao adjudicatário a prestação de uma caução*”⁶.

A prestação de caução apenas não é obrigatória nas seguintes situações:

(i) Em primeiro lugar, caso o contrato a celebrar não implique o pagamento de um preço por parte da entidade adjudicante⁷;

(ii) Em segundo lugar, caso o preço do contrato a celebrar seja inferior a € 200.000⁸;

(iii) Em terceiro lugar, quando o programa do procedimento ou o convite à apresentação de propostas o prevejam e o adjudicatário apresente à entidade adjudicante um dos seguintes documentos:

(iii.1) Um “*seguro da execução do contrato a celebrar, emitido por entidade seguradora, que cubra o respectivo preço contratual*”; ou

(iii.2) Uma “*declaração de assunção de responsabilidade solidária com o adjudicatário, pelo mesmo montante, emitida por entidade bancária, desde que essa entidade apresente documento comprovativo de que possui sede ou sucursal em Estado membro da União Europeia, emitido pela entidade que nesse Estado exerça a supervisão seguradora ou bancária, respectivamente*”⁹; ou

4. Cfr. artigo 1.º, n.º 1 do CCP.

5. Na acepção da lei, todos os contratos que, “*independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código*” (cfr. artigo 1.º, n.º 2 do CCP).

6. Cfr. artigo 88.º, n.º 1 do CCP.

7. Nestes casos, a entidade adjudicante pode exigir a prestação de caução, mas o seu montante “*não pode ser superior a 2% do montante correspondente à utilidade económica imediata do contrato para a entidade adjudicante*” (cfr. artigo 89.º, n.º 3 do CCP). Nestes casos, o valor da caução a prestar tem de estar previsto, ou no programa do concurso público (cfr. artigo 132.º, n.º 1, alínea p) do CCP), ou no convite à apresentação de proposta (cfr. artigo 115.º, n.º 1, alínea i) do CCP, para o ajuste directo, bem como artigo 189.º, n.º 1, alínea i) do CCP, para o concurso limitado por prévia qualificação, aplicável ao procedimento de negociação e ao diálogo concorrencial por força da remissão dos artigos 199.º e 217.º, n.º 2 do CCP, respectivamente). Para uma análise dos principais problemas suscitados pela figura do “contrato sem valor”, previsto no artigo 17.º, n.º 4 do CCP, cfr. VERA EIRÓ, “Os Contratos Sem Valor no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2011, páginas 267 a 286.

8. O facto de preço contratual ser inferior a € 200.000 apenas *dispensa* (mas não proíbe) a entidade adjudicante de, querendo, exigir ao adjudicatário a prestação de caução: neste sentido, cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos Comentado*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2009, página 315.

De todo o modo, a lei prevê que, nesta situação (contratos de preço inferior a € 200.000), a entidade adjudicante poderá proceder à retenção de até 10% do valor dos pagamentos a efectuar, caso o considere conveniente e desde que tal faculdade tenha sido prevista no caderno de encargos (cfr. artigo 88.º, n.º 3 do CCP).

9. Estamos, porém, perante “*falsas ou aparentes dispensas de prestação de caução*”, pois, como nota MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, a assunção de responsabilidade pela entidade

(iv) Em quarto lugar, caso se esteja num procedimento para a celebração de um acordo-quadro¹⁰.

A estes casos em que a prestação da caução não é obrigatória por lei (mas pode ser exigida pela entidade adjudicante), acrescenta-se ainda um caso em que é a própria lei que estabelece não haver lugar à prestação de caução: os casos em que é adoptado um concurso público urgente¹¹.

2. Como resulta da lei, a caução a prestar pelo adjudicatário destina-se a garantir, por um lado, “a garantir a sua celebração [do contrato]”¹² e, por outro, “o exacto e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais que [o adjudicatário] assume com essa celebração”¹³⁻¹⁴.

O valor da caução corresponderá, em regra, a 5% do preço contratual¹⁵, salvo

seguradora ou pela instituição bancária também corresponde, substancialmente, a uma prestação de caução: cfr. “Garantias bancárias no Código dos Contratos Públicos – breves notas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume IV, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Coimbra Editora, 2010, página 507.

10. Caso em que, como resulta claramente do disposto no artigo 254.º, n.º 1 do CCP, a entidade adjudicante “pode [tratando-se, pois, de uma mera faculdade] exigir a cada adjudicatário a prestação de uma caução, destinada a garantir o exacto e pontual cumprimento da obrigação” de celebração de contratos nas condições previstas no acordo-quadro “à medida que a entidade adjudicante parte no acordo quadro o requeira” (cfr. artigo 255.º, n.º 1 do CCP).

11. Cfr. artigo 156.º, n.º 2 do CCP.

12. Por este motivo, quando (i) o adjudicatário não comparece no dia, hora e local fixados para a outorga do contrato, bem como quando (ii) a proposta adjudicada tenha sido apresentada por um agrupamento concorrente e os membros do agrupamento não se tenham associado na modalidade jurídica prevista no programa do procedimento (cfr. artigo 54.º, n.º 4 do CCP), a entidade adjudicante pode, não apenas declarar a caducidade da adjudicação, como também accionar a caução que tenha sido prestada, a qual se considera perdida a seu favor (cfr. artigo 105.º, n.º 2 do CCP).

Mais duvidoso é saber se os restantes casos de caducidade da adjudicação previstos no Código também dão lugar à perda da caução, quando a mesma já tenha sido prestada, já que o CCP não o prevê: analisando a questão mas acabando por concluir, embora com dúvidas, em sentido negativo, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, Coimbra, 2011, páginas 1073 e 1074.

13. Cfr. artigo 88.º, n.º 1 do CCP.

Nas palavras do Tribunal Central Administrativo (doravante “TCA”) Sul – proferidas à luz do regime constante do acima citado Decreto-Lei n.º 197/99, mas ainda plenamente aplicáveis –, “a prestação de caução é estabelecida a favor da entidade adjudicante, para assegurar o bom cumprimento da execução do contrato”: cfr. Acórdão de 14.12.2011, processo n.º 08264/11, disponível em www.dgsi.pt.

14. Note-se, porém, que no caso especial da caução prestada no âmbito de acordos-quadro, nos termos do artigo 254.º do CCP, a caução “garante simultaneamente a celebração de um contrato (futuro) e o exacto e pontual cumprimento de uma obrigação assumida em contrato anterior”: neste sentido, cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo”, in *Estudos de Contratação Pública – I* (org. PEDRO COSTA GONÇALVES), Coimbra Editora, Coimbra, 2008, página 586, nota 33.

15. Cfr. artigo 89.º, n.º 1 do CCP. O “preço contratual” constitui “o preço a pagar, pela entidade adjudicante, em resultado da proposta adjudicada, pela execução de todas as prestações que constituem o objecto do contrato”, incluindo, nomeadamente, “o preço a pagar pela execução das prestações objecto do contrato na sequência de qualquer prorrogação contratualmente prevista, expressa ou tácita, do respectivo prazo” de execução (cfr. artigo 97.º, n.ºs 1 e 2 do CCP).

quando a proposta adjudicada tenha um preço considerado “anormalmente baixo”¹⁶, caso em que a caução a prestar será de 10% do preço contratual¹⁷.

A caução deve ser prestada no modo definido *ab initio* nas peças do procedimento¹⁸ (admitindo a lei o depósito em dinheiro ou títulos emitidos ou garantidos pelo Estado, a apresentação de garantia bancária ou subscrição de seguro-caução¹⁹) e no prazo de 10 dias a contar da notificação da adjudicação²⁰, devendo o adjudicatário comprovar essa prestação junto da entidade adjudicante no dia imediatamente subsequente²¹.

3. De sublinhar que estamos perante uma fase decisiva do procedimento pré-contratual, pois a não prestação regular da caução (quando a mesma seja exigida, claro está) constitui um requisito que afecta a subsistência do acto de adjudicação e obsta à celebração do contrato.

Na verdade, caso o adjudicatário, por facto que lhe seja imputável, não preste a caução exigida, no prazo e nos demais termos legal e procedimentalmente previstos – incumprindo, pois, o *onus* que sobre ele recai²² –, esta circunstância determinará a caducidade da adjudicação²³, a ser declarada por acto expresso e fundamentado da entidade adjudicante²⁴. Nestes casos haverá depois lugar à

De referir que alguma doutrina já tem defendido que este montante de 5% deveria ser reduzido pelo legislador, pelo menos no actual contexto de crise económica e financeira: cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Gestão de contratos públicos em tempo de crise”, in *Estudos de Contratação Pública – III* (org. PEDRO COSTA GONÇALVES), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, página 14.

16. Cfr. artigo 71.º do CCP. Sobre os fundamentos e regime das propostas com “preço anormalmente baixo”, cfr., por todos, JOÃO AMARAL E ALMEIDA, “As propostas de preço anormalmente baixo”, in *Estudos de Contratação Pública – III* (org. PEDRO COSTA GONÇALVES), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, páginas 87 a 148

17. Cfr. artigo 89.º, n.º 2 do CCP.

18. Cfr. artigo 90.º, n.º 5, bem como artigos 115.º, n.º 1, alínea *h*) (convite à apresentação de proposta no ajuste directo), 132.º, n.º 1, alínea *o*) (programa do concurso público), 189.º, n.º 1, alínea *h*) (convite à apresentação de proposta no concurso limitado por prévia qualificação), 199.º (convite à apresentação de proposta no procedimento de negociação, por remissão para o regime do concurso limitado por prévia qualificação) e 217.º, n.º 2 (convite à apresentação de proposta no diálogo concorrencial, também por remissão para o regime do concurso limitado por prévia qualificação).

19. Há, pois, uma “tipicidade taxativa” quanto aos modos de prestação da caução pelo adjudicatário, não podendo a caução ser prestada por qualquer outro meio que não algum dos legalmente previstos: cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Garantias bancárias no Código dos Contratos Públicos...”, cit., página 508.

20. Prevista no artigo 77.º, n.º 2 do CCP.

21. Cfr. artigo 90.º, n.º 1 do CCP.

22. Por se tratar de uma obrigação pré-contratual do adjudicatário, é este que suporta todas as despesas relativas à prestação da caução, como estabelece o artigo 90.º, n.º 9 do CCP.

23. Cfr. artigo 91.º, n.º 1 do CCP.

Sublinhando que esta consequência é “*mais devastadora*” do que a mera “ineficácia da adjudicação” prevista no artigo 111.º do Decreto-Lei n.º 59/99 ou a “anulação da adjudicação”, nos termos do disposto no artigo 56.º, n.º 1, alínea *b*) do Decreto-Lei n.º 197/99, cfr. RAQUEL CARVALHO, *As Invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Almedina, Coimbra, 2010, página 317.

24. Neste sentido, cfr. MARCO CALDEIRA, “Sobre a caducidade da adjudicação no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública – IV* (org. PEDRO COSTA GONÇALVES), Coimbra Editora, Coimbra, 2013, páginas 466 a 481.

adjudicação da proposta ordenada em lugar subsequente²⁵ e, quando se trate de um procedimento para a formação de um contrato de empreitada ou de concessão de obras públicas, deverá ainda a caducidade da adjudicação ser comunicada ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P.²⁶, designadamente para efeitos de instauração de um procedimento contra-ordenacional contra o adjudicatário inicial²⁷.

Noutra perspectiva, a importância desta formalidade pós-adjudicatória revela-se ainda na necessidade de o clausulado do contrato a celebrar²⁸ conter uma referência à caução prestada pelo adjudicatário, sob pena de nulidade daquele²⁹. A validade do acordo firmado entre as partes está assim intrinsecamente dependente desta menção obrigatória no clausulado contratual, originando a sua omissão a invalidade própria do contrato³⁰, à qual a lei faz corresponder o desvalor jurídico mais gravoso³¹.

4. Assumindo, enfim, que o adjudicatário prestou a caução nos termos previstos e que o contrato foi celebrado, cabe agora analisar as diversas vicissitudes da caução ao longo do período de execução das prestações contratuais.

4.1. Desde logo, a título preliminar e como mero apontamento, refira-se que a caução pode ser substituída, a requerimento do co-contratante e mediante autorização do contraente público, desde que (i) fiquem salvaguardados os pagamentos já efectuados³² e que (ii) da substituição não resulte uma diminuição das garantias do contraente público³³.

25. Cfr. artigo 91.º, n.º 2 do CCP. Trata-se, pois, de uma “adjudicação subsidiária”, que, aliás, se encontra prevista no Código para todos os casos de caducidade da adjudicação (cfr. MARCO CALDEIRA, “Sobre a caducidade da adjudicação...”, cit., página 460, nota 32).

26. Cfr. artigo 91.º, n.º 3 do CCP.

27. Com efeito, a não prestação de caução pelo adjudicatário, por facto que lhe seja imputável, constitui uma contra-ordenação grave (cfr. artigo 457.º, alínea b) do CCP).

28. Assumindo, naturalmente, que o contrato revista a forma escrita (cfr. artigo 96.º, n.º 1 do CCP), como aliás é a regra (cfr. artigo 94.º, n.º 1 do CCP).

29. Cfr. artigo 96.º, n.º 1, alínea g) do CCP.

30. Cfr. artigo 284.º, n.º 1 do CCP.

31. Cfr. artigo 284.º, n.º 2 do CCP.

Claro que se pode discutir se não estaremos perante uma solução excessiva por parte do legislador e, em consequência, indagar (i) se e até que ponto todos os elementos indicados nas diversas alíneas do artigo 96.º, n.º 1 do CCP devem efectivamente ter-se por essenciais e (ii) se será ou não possível, apesar do teor taxativo da lei ao proclamar a sanção da nulidade, suprir a omissão no clausulado e deste modo sanar o vício em causa.

Pronunciando-se a propósito de um contrato que não fazia referência ao acto de aprovação da respectiva minuta (também esta uma menção obrigatória, nos termos do artigo 96.º, n.º 1, alínea b) do CCP), entendeu já o TCA Sul que seria “*excessivamente gravoso e até desproporcional, em face de todos os interesses e valores em presença*”, cominar esta omissão com a nulidade, razão pela qual decidiu o mesmo Tribunal ser “*de admitir o suprimento ou a sanação desse lapso*”: cfr. Acórdão de 24.01.2013, processo n.º 09446/12, disponível em www.dgsi.pt. Admitindo que nem sempre será de aplicar a sanção da nulidade e que, em qualquer caso, se trata de uma nulidade *sui generis*, “*passível, ao menos, em algumas hipóteses menos graves, de suprimento ou sanação*”, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., página 1107.

32. Cfr. artigo 294.º, n.º 1 do CCP.

33. Cfr. artigo 294.º, n.º 2 do CCP.

4.2. Mas, independentemente de a caução ser ou não substituída, destinando-se a mesma, como se referiu, a assegurar “*o exacto e pontual cumprimento de todas as obrigações legais e contratuais*” do co-contratante (como resulta do artigo 88.º, n.º 1 do CCP), o seu destino “normal” (= não patológico) da será a respectiva liberação pelo contraente público à medida que se vão extinguindo as obrigações cujo cumprimento visa garantir³⁴.

Numa manifestação do reforço da autonomia contratual que o legislador pretendeu conferir às partes³⁵, o CCP remete a definição do concreto regime da liberação da caução para o próprio contrato³⁶. Este regime deverá em princípio manter-se imodificável durante a execução do contrato, não podendo as partes acordar num regime diverso, salvo se existir fundamento de modificação do contrato que justifique uma alteração do regime de liberação das cauções – sendo certo que, mesmo neste caso, deverão ser respeitados os limites previstos no CCP³⁷.

Tais limites apresentam diversas variações, que podem sinteticamente esquematizadas do seguinte modo³⁸:

(i) Caso a caução tenha sido prestada para garantia de adiantamentos do preço³⁹, a mesma deverá ser progressivamente liberada à medida que forem prestados ou entregues os bens ou serviços correspondentes ao adiantamento efectuado pelo contraente público⁴⁰;

(ii) Quando o contrato não contenha obrigações de correcção de defeitos pelo

34. Neste ponto abordar-se-á o regime da liberação da caução durante a execução do contrato.

Importa porém não esquecer que, caso a caução tenha sido prestada mas, por facto imputável à entidade adjudicante, o contrato não tenha chegado a ser celebrado, também aí haverá, naturalmente, lugar à liberação (pré-contratual) da caução, embora não nos termos previstos na Parte III do CCP. Assinalando pertinentemente este ponto, cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos...*, cit., páginas 1074 e 1075.

35. Como se lê no ponto 3 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008, a Parte III do CCP (respeitante à execução dos contratos administrativos) “*reflecte ainda uma filosofia de reforço claro e deliberado da autonomia contratual das partes*”, visível, por um lado, na “*tendência desregulamentadora*” e, por outro lado, na “*predominância evidente de normas de carácter supletivo*”. Igualmente no sentido de ser esta uma das matérias em que o Código optou pelo reforço da autonomia contratual das partes, cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos Comentado*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2011, página 52.

36. Cfr. artigo 295.º, n.º 1, primeira parte, do CCP.

37. Cfr. artigo 295.º, n.º 1, *in fine*, do CCP.

38. A esquematização subsequente tem por base o regime geral previsto no CCP para a generalidade dos contratos administrativos a que se aplicam as disposições da Parte III do Código. Não trataremos, por isso, do regime transitório e excepcional aprovado pelo Decreto-Lei n.º 190/2012, de 22 de Agosto, relativamente à liberação das cauções prestadas em contratos de empreitada de obras públicas já celebrados ou que venham a ser celebrados até 01.07.2016. Sobre este regime, cfr. LINO TORGAL e ANTÓNIO CADILHA, “O regime excepcional e temporário de liberação de cauções em empreitadas de obras públicas”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 6, Setembro/Dezembro de 2012, páginas 107 a 128.

39. Que devem, em princípio, estar previstos no contrato e ser efectuados nos termos do disposto no artigo 292.º do CCP.

40. Cfr. artigo 295.º, n.º 2 do CCP.

co-contratante (nomeadamente, obrigações de garantia⁴¹), a caução deverá ser integralmente liberada no prazo de 30 dias após o cumprimento de todas as obrigações contratuais pelo co-contratante⁴²;

(iii) Quando o contrato contenha obrigações de correcção de defeitos pelo co-contratante (incluindo obrigações de garantia), o regime de libertação da caução é distinto consoante o prazo destas obrigações. Assim:

(iii.1) Caso as obrigações de correcção de defeitos estejam sujeitas a um prazo igual ou inferior a dois anos, a caução deverá ser liberada no prazo de 30 dias após o cumprimento de todas as obrigações contratuais pelo co-contratante, tal como se verifica no cenário (ii)⁴³;

(iii.2) Caso as obrigações de correcção de defeitos estejam sujeitas a um prazo superior a dois anos, a caução deverá ser liberada de acordo com o seguinte faseamento:

(iii.2.1) 25% do valor da caução deverão ser liberados no prazo de 30 dias após o termo do segundo ano do prazo da obrigação de correcção de defeitos; e

(iii.2.2) Os restantes 75% do valor da caução deverão ser liberados no prazo de 30 dias após o termo de cada ano adicional do prazo da obrigação de correcção de defeitos, na proporção do tempo decorrido⁴⁴⁻⁴⁵.

41. O prazo de garantia aplicável depende do tipo de contrato e de obrigações em causa. Assim, nos contratos de empreitada de obras públicas podem existir três prazos de garantia distintos: (i) 10 anos, no caso de defeitos relativos a elementos construtivos estruturais; (ii) 5 anos, no caso de defeitos relativos a elementos construtivos não estruturais ou a instalações técnicas; ou (iii) 2 anos, no caso de defeitos relativos a equipamentos afectos à obra, mas dela autonomizáveis (cfr. as alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo 397.º do CCP). De assinalar que tais prazos, embora sejam “particularmente longos” (cfr. LINO TORRALBA e ANTÓNIO CADILHA, “O regime excepcional...”, cit., página 110), revestem carácter supletivo, pelo que o contrato poderá eventualmente estabelecer prazos inferiores ou superiores; no entanto, esta última hipótese (prazos superiores aos prazos legais) só são admissíveis, desde que, no procedimento pré-contratual, o prazo de garantia tenha sido um aspecto da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos e a proposta adjudicada tenha justamente previsto um prazo superior ao legalmente previsto (cfr. artigo 397.º, n.º 2 do CCP).

Já nos contratos de aquisição de bens móveis, o prazo de garantia é de 2 anos a contar da data da entrega do bem (cfr. artigo 5.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril, aplicável *ex vi* artigo 444.º, n.º 1 do CCP). O contrato pode ainda estipular uma obrigação de garantia adicional, que em princípio não deve exceder 2 anos mas que pode ter uma duração superior, caso na fase pré-contratual este aspecto tenha sido submetido à concorrência pelo caderno de encargos e o fornecedor (adjudicatário) o tenha proposto (cfr. artigo 444.º, n.ºs 4 e 5 do CCP).

42. Cfr. artigo 295.º, n.º 3 do CCP.

43. Cfr. artigo 295.º, n.º 4 do CCP.

Por este motivo, poder-se-ia também, numa esquematização alternativa mas igualmente válida, englobar as alíneas (ii) e (iii.1) num único ponto, afirmando-se simplesmente que o prazo para a libertação da caução é de 30 dias, quer nos contratos que não contenham obrigações de correcção de defeitos, quer nos contratos em que estas obrigações existam mas o seu prazo seja igual ou inferior a dois anos.

44. Cfr. artigo 295.º, n.º 5 do CCP.

45. Sem prejuízo desta regra, o Código acrescenta que, caso o prazo da obrigação de cor-

Caso o contraente público não respeite os prazos previstos para a liberação da caução, o co-contratante poderá notificar o contraente público para tal efeito, sob pena de, caso este não o faça no prazo de 15 dias, o co-contratante ficar autorizado a promover a liberação total ou parcial da caução⁴⁶, isto sem prejuízo do seu direito a ser indemnizado, *inter alia*, pelos custos adicionais suportados por força da manutenção da caução por um período superior ao que seria devido⁴⁷.

4.3. Não obstante, como a liberação da caução depende (i) da inexistência de defeitos da prestação do co-contratante, ou (ii) da correcção daqueles que hajam sido detectados até à data da liberação da caução ou, caso tal não tenha sucedido, (iii) da decisão do contraente público de liberar a caução, por entender que “os defeitos identificados e não corrigidos são de pequena importância e não justificam a não liberação”⁴⁸, isto significa que, caso não se verifique qualquer dos três cenários acabados de enunciar, o contraente público não só não está obrigado a liberar a caução como, pelo contrário, se encontra habilitado a retê-la e accioná-la para cobrir os custos suportados por força do incumprimento contratual por parte do co-contratante.

Assim, nos termos da lei, o contraente público pode executar a caução para satisfação de quaisquer importâncias que se mostrem devidas por força da violação das obrigações legais ou contratuais do co-contratante⁴⁹, aqui se incluindo, nomeadamente, as sanções pecuniárias aplicadas pelo contraente público, os prejuízos incorridos pelo contraente em virtude do incumprimento do contrato pelo co-contratante ou as importâncias fixadas no contrato a título de cláusulas penais, se for o caso⁵⁰.

recção de defeitos seja superior a cinco anos, pelo menos 75% do valor da caução deverão ter sido libertados no prazo de 30 dias após o decurso dos cinco anos.

46. Cfr. artigo 295.º, n.º 9 do CCP.

47. Cfr. artigo 295.º, n.º 10 do CCP.

O co-contratante não tem, no entanto, direito a juros de mora pelos atrasos na liberação da caução: cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos Públicos Comentado*, Volume II, cit., página 55.

48. Cfr. artigo 295.º, n.º 8 do CCP.

49. Cfr. artigo 296.º, n.º 1 do CCP.

50. Cfr. artigo 296.º, n.º 1, alíneas a), b) e c) do CCP.

Quanto ao incumprimento do contrato por facto imputável ao co-contratante, cfr. o artigo 325.º do CCP.

As sanções contratuais não resultam directamente da lei e têm de estar expressamente previstas no contrato, sendo que o CCP apenas estabelece o limite máximo do valor acumulado das sanções que podem ser aplicadas ao co-contratante durante a execução do contrato (20% ou, em alguns casos, 30% do preço contratual: cfr. artigo 329.º, n.ºs 2 e 3 do CCP).

Os danos incorridos pelo contraente público por força do incumprimento do contrato pelo co-contratante podem assim incluir, nomeadamente, os danos sofridos por força da mora, bem como os custos incorridos com a execução das prestações em falta pelo próprio contraente público ou, em alternativa, as despesas inerentes ao lançamento de um novo procedimento pré-contratual para escolher uma terceira entidade para executar essas prestações e o preço da proposta que venha a ser adjudicada neste novo procedimento (que poderá ser mais elevado do que o proposto pelo co-contratante na proposta inicialmente adjudicada e que esteve na base celebração do contrato): cfr. artigos 325.º, n.ºs 2 e 4, e 333.º, n.º 2 do CCP. Sublinhando, no entanto, que, por força da natureza das coisas, “os custos da «reprocura» não podem ser recuperados através da indemnização paga pelo contraente privado”, cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES,

4.4. Aspecto importante a reter e que deve ser salientado é que o accionamento da caução depende apenas de uma declaração de vontade do contraente público, não sendo necessária a prévia prolação de uma decisão judicial ou arbitral para este efeito⁵¹.

Assim, apesar de, em geral, as declarações do contraente público sobre a execução do contrato revestirem a natureza de meras declarações negociais, que, na falta de acordo do co-contratante, apenas podem ser impostas a este último mediante o recurso aos Tribunais Administrativos⁵², a verdade é que, para que a caução possa ser accionada, não se exige a prévia intervenção de um Tribunal (seja ele estadual ou *ad hoc*, como são os Tribunais arbitrais), sendo suficiente para este efeito que o contraente público, no exercício dos seus poderes de fiscalização⁵³, impute um incumprimento contratual ao co-contratante e interpele o Banco emitente para proceder ao pagamento do montante coberto pela garantia⁵⁴. Está-se assim, segundo alguns Autores, perante “*um poder próprio e de autotutela executiva do contraente público*”⁵⁵, ou, de acordo com outro entendimento, diante de “*uma declaração negocial de exercício de um direito potestativo*”⁵⁶.

Por outro lado, também não se exige a prévia resolução do contrato, podendo o contraente público decidir manter a relação contratual mesmo após a verificação de um incumprimento suficientemente grave a ponto de justificar

“Gestão de contratos públicos...”, cit., página 33, nota 48.

51. Cfr. artigo 296.º, n.º 1 do CCP.

52. Cfr. artigo 307.º, n.º 1 do CCP.

Sobre a natureza dos actos praticados pelo contraente público no âmbito do contrato, cfr., entre os textos mais recentes, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “O acto administrativo contratual”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 63, Maio/Junho de 2007, páginas 3 a 17, CARLA AMADO GOMES, “A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de Contratação Pública – I* (org. PEDRO COSTA GONÇALVES), Coimbra Editora, Coimbra, 2008, *maxime* páginas 558 e seguintes, bem como ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional...*, cit., *passim*.

53. Cfr. artigo 305.º, n.º 1 do CCP.

De referir que as ordens, directivas ou instruções emitidas pelo contraente público no exercício dos seus poderes de fiscalização não têm a natureza de declarações negociais, mas sim de verdadeiros actos administrativos (cfr. artigo 307.º, n.º 2, alínea *a*) do CCP).

54. Concorde-se, no entanto, com MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, quando estes Autores consideram não ser de excluir a exigência de que o contraente público demonstre perante o Banco que notificou o co-contratante (*i*) da verificação de uma concreta situação de incumprimento e (*ii*) da sua intenção de accionar a caução para sancionar esse incumprimento: cfr. *Concursos...*, cit., página 1070, nota 398.

55. Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Cumprimento e incumprimento...”, cit., página 587.

Para um enquadramento dogmático da autotutela executiva da Administração Pública, cfr., por todos, RUI GUERRA DA FONSECA, *O Fundamento da Autotutela Executiva da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2012.

O recente Anteprojecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo (cfr. artigos 175.º a 181.º, na versão divulgada publicamente), preconiza porém um significativo enfraquecimento deste tipo de autotutela: sobre esta solução, cfr., numa perspectiva crítica, RUI GUERRA DA FONSECA, “A execução do acto administrativo no projecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo”, in *Direito&Política*, n.º 5, Novembro de 2013/Janeiro de 2014, páginas 10 a 15.

56. Cfr. ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional do Acto Administrativo Contratual no Código dos Contratos Públicos*, Almedina, Coimbra, 2012, página 139.

o accionamento da caução⁵⁷. Não obstante, caso esse incumprimento seja, na óptica do contraente público, de molde a fundamentar a resolução sancionatória do contrato, nos termos legalmente previstos⁵⁸, o contraente público encontra-se expressamente autorizado pela lei a executar a caução prestada pelo co-contratante para cobrir os danos provocados pelo incumprimento que motivou a resolução sancionatória⁵⁹⁻⁶⁰.

4.5. A afirmação, feita no ponto anterior, da amplitude do poder de accionamento da caução por parte do contraente público⁶¹ sai ainda reforçada pelas características do instrumento através do qual as entidades adjudicantes normalmente exigem que a caução seja prestada.

Na verdade, apesar de, como acima se referiu, a lei prever que a caução pode ser prestada por depósito em dinheiro ou títulos emitidos ou garantidos pelo Estado, por garantia bancária ou por seguro-caução (cfr. ponto 2 *supra*), mostra a experiência que, na grande maioria dos casos, a entidade adjudicante

57. De resto, só assim (num contexto de manutenção do contrato e de subsistência da relação bilateral) se compreende a obrigação legal do co-contratante de renovar o valor da caução que tenha sido total ou parcialmente executada pelo contraente público, no prazo de quinze dias a contar da notificação para o efeito (cfr. artigo 296.º, n.º 2 do CCP). Sublinha-se, aliás, que, independentemente da gravidade do incumprimento que deu origem ao accionamento da caução, a não renovação do valor da caução accionada constitui, em si mesmo, um incumprimento grave por parte do co-contratante e um fundamento autónomo de resolução do contrato por parte do contraente público (cfr. artigo 333.º, n.º 1, alínea g) do CCP).

58. Um elenco exemplificativo das situações que permitem a resolução sancionatória do contrato pelo contraente público encontra-se no n.º 1 do artigo 333.º do CCP.

59. Cfr. artigo 333.º, n.º 3 do CCP. Esta norma prevê que, nestes casos, o contraente público pode igualmente, e até em primeira linha, deduzir o montante para a reparação dos danos às quantias que sejam devidas ao co-contratante, surgimento o accionamento da caução como um mecanismo paralelo de tutela dos seus interesses patrimoniais. Como nota PEDRO MELO, quando está em causa a aplicação de sanções contratuais, o cenário mais frequente é a dedução do montante dessas sanções nos pagamentos a efectuar ao co-contratante: cfr. “O Direito das Obras Públicas”, in *Tratado de Direito Administrativo Especial* (coord. PAULO OTERO e PEDRO COSTA GONÇALVES), Tomo VI, Almedina, Coimbra, 2012, página 537.

60. Se, todavia, o fundamento para a resolução sancionatória do contrato pelo contraente público consistir no facto de ter sido judicialmente declarada a insolvência do co-contratante (cfr. artigo 333.º, n.º 1, alínea h) do CCP), não é líquido que o contraente público possa, sem mais, prevalecer-se da caução para ver o seu crédito satisfeito com prioridade face aos demais credores da massa insolvente, sendo que, no entender de alguns Autores, “o facto de os créditos da Administração Pública serem garantidos por caução, não implica que não seja efectuada a sua restituição a favor da massa”: cfr. MARIA JOÃO FERREIRA DE MENEZES, “A Insolvência e o Código dos Contratos Públicos”, in *JusJornal* n.º 1010, de 17.05.2010, *JusNet* 87/100, páginas 18 e 19, disponível em <http://jusjornal.wolterskluwer.pt> (consultado em 01.11.2013).

61. Amplitude esta que, contudo, não é aceite de forma acrítica pela doutrina, tendo alguns Autores já manifestado algumas reservas quanto à bondade da opção do legislador. Assim, PEDRO COSTA GONÇALVES questiona mesmo a constitucionalidade dos artigos 325.º, n.º 3 e 333.º, n.º 2 do CCP, pelo menos quando interpretadas no sentido de que o contraente público possa arrogar-se em “juiz em causa própria” e determinar unilateralmente a existência e o *quantum* de um determinado direito indemnizatório a seu favor: cfr. “Cumprimento e incumprimento...”, cit., página 588. Igualmente propondo uma interpretação mais conservadora do regime legal (*maxime*, do artigo 296.º, n.º 1 do CCP), cfr. ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O Carácter Excepcional...*, cit., páginas 125 e seguintes.

exige que a caução seja prestada através de garantia bancária⁶², autónoma e à primeira interpelação (*on first demand*)⁶³. Significa isto, por conseguinte, que, caso considere que o co-contratante violou qualquer das suas obrigações contratuais, basta ao contraente público interpelar o Banco para lhe pagar o montante garantido, sem que o Banco possa, em princípio, recusar-se a proceder ao pagamento solicitado e sem que seja permitido ao co-contratante obstar ao accionamento da garantia, nomeadamente invocando não ter existido qualquer incumprimento contratual da sua parte.

5. Ora, é precisamente neste ponto que se colocam sérias dúvidas, de índole processual: caso o co-contratante pretenda reagir contenciosamente contra o accionamento (que ele considera indevido) da garantia bancária por si prestada, qual será a jurisdição competente para conhecer de tal litígio?

Uma vez analisado o regime substantivo, debruçemo-nos agora sobre esta questão adjectiva, que, diga-se, tem suscitado uma volumosa produção jurisprudencial cujos contornos vale a pena conhecer.

5.1. De um dos lados da discussão, abundante jurisprudência tem entendido que a competência jurisdicional para indagar do correcto ou incorrecto accionamento da caução em contratos administrativos pertence aos Tribunais comuns⁶⁴.

O principal argumento desta corrente jurisprudencial assenta, em síntese, na constatação de que, perante o accionamento de uma caução prestada por meio de uma garantia bancária autónoma e *on first demand*, o juiz nunca terá de (em rigor: nunca *poderá*) apreciar a relação contratual subjacente, visto que não é permitido ao co-contratante obstar ao accionamento deste tipo de garantias com base na não verificação dos pressupostos invocados pelo contraente público.

Por outras palavras, a natureza autónoma da garantia significa que o seu accionamento não depende de qualquer prévia indagação da efectiva violação de obrigações contratuais por parte do co-contratante, razão pela qual não poderá também o juiz, em sede de um processo judicial relativo à execução da caução, conhecer da matéria do (in)cumprimento do contrato.

62. Caso em que o adjudicatário “*deve apresentar um documento pelo qual um estabelecimento bancário legalmente autorizado assegure, até ao valor da caução, o imediato pagamento de quaisquer importâncias exigidas pela entidade adjudicante em virtude do incumprimento de quaisquer obrigações a que a garantia respeita*” (cfr. artigo 90.º, n.º 6 do CCP).

63. Como se sabe, as garantias autónomas podem ser independentes ou simples. A diferença entre estes dois tipos de garantias autónomas reside no facto de que, no primeiro, a entidade garantida (nos contratos administrativos, o contraente público) “*acciona-as por simples interpelação e o garante não pode excepcionar nada relacionado com o contrato que está na causa da garantia, nomeadamente com o seu cumprimento ou incumprimento*”; por seu turno, no segundo tipo, “*a causa releva e é o motivo do accionamento, que tem de ser alegado e provado*”: cfr., nestes exactos termos, o Acórdão do TCA Sul de 10.11.2011, processo n.º 06087/10, disponível em www.dgsi.pt.

64. Cfr., exemplificativamente, o já citado Acórdão do TCA Sul de 10.11.2011, processo n.º 06087/10, bem como os Acórdãos do TCA Norte de 30.11.2012, processo n.º 00004/09.8BE-PRT, e de 25.10.2013, processo n.º 00256/13.9BEPNF, e ainda o Acórdão do Tribunal dos Conflitos de 05.11.2013, processo n.º 029/12, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

Nesta linha, o que está em causa, de acordo com esta perspectiva, é fundamentalmente uma relação jurídica privada entre o Banco emitente e o co-contratante (enquanto ordenador da garantia), sem qualquer conexão, portanto, com a jurisdição administrativa.

5.2. Adoptando um prisma distinto, tem outra corrente sustentado o entendimento contrário ao que acabou de se expor, elegendo os Tribunais Administrativos como os materialmente competentes para dirimir litígios que tenham por fonte o accionamento da caução por parte de um contraente público⁶⁵.

Em termos sucintos, considera esta parte da jurisprudência que o que é decisivo neste debate é o facto de a execução da caução (mesmo que esta tenha sido prestada através de garantia bancária autónoma) se basear, sempre, no incumprimento de uma qualquer obrigação contratual por parte do co-contratante. E, nesta medida, não se mostra possível analisar isoladamente a (i) licitude do accionamento da garantia, sem atender aos motivos concretamente invocados pelo contraente público para este efeito e indagar da sua procedência. Razão pela qual, em suma, os litígios surgidos a propósito da execução da caução convocam inevitavelmente uma apreciação sobre a relação contratual existente entre co-contratante e contraente público, relação essa que é de Direito Público e que, por conseguinte, se insere na competência dos Tribunais Administrativos.

5.3. Do breve confronto acima efectuado entre estas duas orientações divergentes decorre, pois, que o cerne da discórdia reside fundamentalmente em saber se o litígio diz primacialmente respeito à execução do contrato e, portanto, emerge (ou implica a apreciação) de uma relação jurídica administrativa (caso em que seriam competentes os Tribunais da jurisdição administrativa) ou se, ao invés, está puramente em causa o accionamento de uma garantia prestada no âmbito de uma relação jurídica privada, logo disciplinada pelo Direito Civil (pertencendo a competência aqui ao foro da jurisdição comum).

A distinção é determinante porque, como é sabido, a nossa Constituição e a lei ordinária estabelecem uma reserva, a favor dos Tribunais da jurisdição administrativa e fiscal, para o julgamento de “*litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais*”⁶⁶, reserva essa que, em matéria contratual, se concretiza, nomeadamente e para o que aqui importa, na competência material dos Tribunais Administrativos para julgar sobre a interpretação, validade e execução

65. Cfr. os recentes Acórdãos do TCA Sul de 11.07.2013, processo n.º 10152/13, e do Tribunal dos Conflitos de 31.10.2013, processo n.º 034/13, disponíveis em www.dgsi.pt.

66. Cfr. artigos 212.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa de 1976 (doravante “Constituição”) e 1.º, n.º 1 do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro (doravante “ETAF”).

No sentido de que a disposição constitucional sobre a reserva de competência dos Tribunais Administrativos “*parece não deixar margem para excepções*”, cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, página 565. Considerando, em sentido diverso, que “*não nos encontramos, aqui, perante uma reserva absoluta*”, cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Anotação ao artigo 212.º da Constituição”, in JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, página 149.

de contratos (i) “a respeito dos quais haja lei específica que os submeta, ou que admita que sejam submetidos, a um procedimento pré-contratual regulado por normas de direito público”⁶⁷, (ii) “de objecto passível de acto administrativo”, (iii) “especificamente a respeito dos quais existam normas de direito público que regulem aspectos específicos do respectivo regime substantivo”, ou (iv) “em que pelo menos uma das partes seja uma entidade pública ou um concessionário que actue no âmbito da concessão e que as partes tenham expressamente submetido a um regime substantivo de direito público”⁶⁸. Assim, atenta a competência dita “residual” dos Tribunais da jurisdição comum⁶⁹, estes últimos apenas se encontrarão materialmente habilitados a conhecer do litígio caso o mesmo não envolva a apreciação de uma “relação jurídica administrativa”, *maxime* em qualquer das suas concretizações vertidas no ETAF.

Sem poder levar a cabo uma análise exaustiva da questão e sem muito menos ter a pretensão de dar aqui uma resposta definitiva a um problema tão complexo e que tem dividido os Tribunais de forma tão acentuada⁷⁰, não nos furtaremos, porém, a assentar algumas ideias-chave que nos parecem essenciais para a correcta abordagem do problema e a procurar apontar possíveis pistas de auxílio à sua resolução.

5.4. Começando, pois, pelas traves-mestras que presidem à questão *sub judice*, pensamos que qualquer aproximação ao problema tem necessariamente de ter presente o seguinte:

a) Os contratos que se encontrem sujeitos à Parte III do CCP são contratos administrativos⁷¹; assim, mesmo que o contraente público tenha a natureza jurídica de entidade privada⁷², a relação jurídica estabelecida através de um contrato administrativo é sempre (passe a redundância) uma relação administrativa⁷³, pelo que se integram no âmbito de competência material dos Tribunais Administrativos;

67. Cfr. artigo 4.º, n.º 1, alínea e) do ETAF.

68. Os critérios atributivos de competência aos Tribunais Administrativos referidos nas alíneas (ii), (iii) e (iv) encontram-se previstos no artigo 4.º, n.º 1, alínea f) do ETAF.

69. Como decorre da lei, “São da competência dos tribunais judiciais as causas que não sejam atribuídas a outra ordem jurisdicional” (cfr. artigo 64.º do novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho) ou, noutra formulação similar, “Os tribunais judiciais têm competência para as causas que não sejam atribuídas a outra ordem jurisdicional” (cfr. artigo 26.º, n.º 1 da Lei n.º 52/2008, de 28 de Agosto, que aliás reproduz a redacção que já constava do artigo 18.º, n.º 1 da anterior Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro). De referir que esta natureza residual já decorre do artigo 211.º, n.º 1, *in fine*, da Constituição, que os citados preceitos da lei ordinária se limitam a reiterar.

70. Veja-se que os dois Acórdãos mais recentes citados no texto são de 31.10.2013 e de 05.11.2013 (cfr. notas 65 e 64, respectivamente), o que demonstra que mesmo as instâncias superiores – a mesma instância, o Tribunal dos Conflitos – não chegam a um consenso e proferem, com poucos dias de intervalo, decisões contraditórias entre si.

71. Cfr. artigo 1.º, n.º 5 do CCP.

72. Como pode suceder, nomeadamente, caso a entidade adjudicante seja uma das entidades previstas no artigo 2.º, n.º 2 ou no artigo 7.º, n.º 1 do Código (ou outras entidades não referidas nestes dois preceitos, nos casos específicos a que se refere o artigo 275.º do CCP).

73. Cfr. artigo 279.º do CCP.

b) Do mesmo modo, quanto aos contratos celebrados na sequência de procedimentos pré-contratuais previstos na Parte II do CCP, mesmo que não estejam sujeitos à aplicação da Parte III do mesmo Código e independentemente da sua natureza⁷⁴, afigura-se que a mera adopção de um procedimento pré-contratual de Direito Público já determina a competência material dos Tribunais Administrativos para conhecer dos litígios suscitados durante a execução do contrato em causa⁷⁵;

c) Por seu turno, o contrato de garantia autónoma⁷⁶ será sempre um contrato de direito privado⁷⁷, não se vislumbrando, pois, qualquer elemento de conexão com a jurisdição administrativa, mesmo que o Banco emitente seja uma entidade pública e que, porventura, o próprio co-contratante (ordenador da

74. De facto, a circunstância de o regime substantivo de execução de um determinado contrato não ser regulado pela Parte III do CCP não significa que esse contrato não seja um contrato de Direito Público, pois, como bem nota JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, aquele regime não se aplica a todos os contratos de Direito Público, além de que existem contratos administrativos sujeitos a regime especial, não previstos no CCP: cfr. *Lições de Direito Administrativo*, 2.^a edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, página 216.

O artigo 1.º, n.º 6 do CCP enumera vários índices de administratividade do contrato, tratando-se, porém, de um preceito complexo e de difícil interpretação: a este propósito, cfr., em especial, MARK KIRKBY, “Conceito e critérios de qualificação do contrato administrativo: um debate académico com e em homenagem ao Senhor Professor Sérvulo Correia – Do artigo 178.º do CPA ao artigo 1.º, n.º 6, do CCP – uma alteração ao paradigma de qualificação”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Coimbra Editora, 2010, páginas 759 a 809, bem como MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, Almedina, Coimbra, 2012, páginas 265 e seguintes.

Por outro lado, um contrato não sujeito ao regime da Parte III do CCP pode, também, ser um contrato de direito privado, pois, apesar do papel cada vez mais “marginal” da categoria de “contratos de direito privado da Administração Pública”, parece “*excessivo pretender-se acabar com ela*” (neste sentido, cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA / ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III (Contratos Públicos), 2.^a edição, Dom Quixote, Alfragide, 2009, página 48). De resto, não só o CCP não extinguiu esta figura (cfr., ainda a propósito do Anteprojecto do Código, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, “A necessidade de distinção entre contratos administrativos e privados da Administração Pública no projecto do CCP”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, Julho/Agosto de 2007, páginas 28 a 35) como o Anteprojecto de revisão do Código do Procedimento Administrativo que recentemente foi sujeito a discussão pública veio até dar-lhe uma nova ênfase (cfr. respectivos artigos 198.º, n.º 1 e 200.º, n.º 2), embora em termos passíveis de crítica (cfr. PEDRO MELO, “Os Contratos da Administração Pública no Projecto de Revisão do CPA”, in *Direito&Política*, n.º 4, Julho/Outubro de 2013, páginas 175 a 178).

75. Por força dos critérios de competência elencados no artigo 4.º, n.º 1, alínea f) do ETAF, já acima citado.

76. Utilizamos aqui a expressão em sentido amplo, como significando o “contrato constitutivo das obrigações características do garante”. Empregando esta expressão no mesmo sentido, cfr. MIGUEL BRITO BASTOS, “A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma *«on first demand»*”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume III, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Coimbra Editora, 2010, página 532, nota 22.

77. “O contrato de garantia bancária é um negócio inominado, nos termos do qual o banco que presta a garantia se obriga a pagar ao beneficiário certa quantia em dinheiro, no caso de alegada inexecução ou má execução de determinado contrato – o contrato base”: cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (doravante “STA”) de 20.01.2010, processo n.º 0511/09, disponível em www.dgsi.pt.

garantia) igualmente o seja⁷⁸;

d) Nos termos da lei (cfr. artigo 296.º, n.º 1 do CCP), o accionamento da caução pelo contraente público tem sempre de se fundamentar no incumprimento de uma qualquer obrigação legal ou contratual por parte do co-contratante;

e) Tendo, todavia, a caução sido prestada através de garantia bancária autónoma e *on first demand*, o contraente público pode accioná-la mediante simples interpelação ao Banco emitente, o qual não está autorizado a indagar da verificação (ou não verificação) dos motivos invocados para o accionamento da garantia (salvo, eventualmente, abuso de direito⁷⁹ ou fraude manifesta por parte do contraente público⁸⁰);

f) Pelo mesmo motivo referido na alínea anterior, é bastante duvidoso que o co-contratante possa limitar-se a invocar o pontual cumprimento do contrato para obviar ao accionamento da garantia bancária: mais do que saber qual o Tribunal competente para apreciar esta pretensão, está aqui em causa saber se se trata de um pedido legalmente atendível⁸¹;

g) Em qualquer caso, independentemente do entendimento que se perfilhe quanto ao fundo da causa, tal constitui uma questão de mérito não pode ser esgrimida para obstar ao conhecimento do litígio – do facto de o(s) pedido(s) deduzido(s) apresentar(em) reduzidas probabilidades de procedência não decorre qualquer incompetência material do Tribunal para dele(s) conhecer⁸²;

78. Com efeito, não existe nenhuma objecção de princípio à participação de entidades públicas em procedimentos pré-contratuais promovidos por outras entidades públicas, ainda que esta questão possa, em concreto, suscitar alguns problemas relacionados com o respeito pelos princípios da igualdade, da imparcialidade e da transparência: cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Contratos Interadministrativos*, Almedina, Coimbra, 2011, páginas 358 a 362. Mas, de facto, “*A mera presença da Administração, como contraente num contrato, não é suficiente para qualificar o mesmo de «administrativo»*”: cfr. Acórdão do Tribunal dos Conflitos de 05.11.2013, processo n.º 029/12, já acima citado (cfr. nota 64 *supra*).

79. Aceitando a aplicação da figura do abuso de direito prevista no artigo 334.º do Código Civil, enquanto “princípio geral de Direito”, também no âmbito das relações jurídicas administrativas, cfr. o Acórdão do STA de 12.11.2009, processo n.º 0764/08, disponível em www.dgsi.pt.

80. Cfr. Acórdão do TCA Sul de 11.07.2013, processo n.º 10152/13, já acima citado (cfr. nota 65 *supra*).

Analisando criticamente alguns dos fundamentos que podem basear a recusa de pagamento do montante coberto por uma garantia bancária autónoma e *on first demand*, cfr. MIGUEL BRITO BASTOS, “*A recusa lícita...*”, cit., páginas 532 e seguintes.

81. Nestes precisos termos, considerando ser “*manifestamente improcedente a providência onde se pretende obstar ao accionamento da garantia à primeira solicitação, invocando-se o cumprimento pontual da empreitada de obras públicas*” e afirmando taxativamente que “*A única possibilidade de o devedor ou do garantido se opor ao pagamento ao garante após a solicitação, é invocando ter em seu poder prova ilícida e inequívoca de fraude manifesta ou abuso evidente do beneficiário*”, cfr. o Acórdão do TCA Sul de 11.07.2013, processo n.º 10152/13, citado na nota anterior.

82. Assim, o Acórdão do TCA Sul de 11.07.2013, processo n.º 10152/13, que temos vindo a citar nas notas anteriores, concluiu expressamente no sentido de que do “*facto de o pedido cautelar ser manifestamente improcedente (...) não resulta a incompetência do tribunal administrativo para o seu conhecimento*”. Também o Tribunal dos Conflitos, no seu recente Acórdão

h) No caso aqui em apreço, como em qualquer outro processo judicial, o preenchimento dos pressupostos processuais, incluindo a competência do Tribunal (ao nível hierárquico, territorial e, para o que aqui interessa, material) está intrinsecamente dependente do modo como o litígio foi configurado, não podendo abstrair-se da forma como o objecto do processo se encontra delimitado pelo autor/requerente⁸³;

i) Assim, afigura-se que a questão, genericamente formulada, de saber “qual a jurisdição competente para apreciar um litígio em que se discute o accionamento da caução” não pode ser respondida em abstracto, pois só atendendo às especificidades do processo em concreto se pode determinar qual o Tribunal competente para decidir da pretensão (bem ou mal) trazida a juízo.

5.5. Partindo dos pontos que acima adiantámos, poderá agora testar-se a sua aplicação na resolução das diversas configurações que os vários litígios submetidos à apreciação jurisdicional podem assumir.

Na verdade, tendo em mente que a “chave” para se determinar se a jurisdição competente é a administrativa ou a judicial é o facto de o litígio implicar, ou não, a análise das vicissitudes de uma relação (contratual) jurídica administrativa, revela-se decisivo, para este efeito, atender ao *pedido* e à *causa de pedir* de cada diferendo em concreto. Ou, dito de forma mais simples, é preciso olhar para os factos invocados pelo co-contratante no articulado da petição inicial (e/ou do requerimento inicial, quando se trate de um processo cautelar) para perceber se os fundamentos através dos quais o autor/requerente pretende obstar ao accionamento da caução se prendem ou não com a execução do contrato administrativo no âmbito do qual aquela (caução) foi prestada, sendo que só no caso de os fundamentos que integram o objecto do litígio se relacionarem com o contrato-base é que é convocada a jurisdição administrativa.

Note-se, com efeito, que à pretensão do co-contratante de que a garantia não seja accionada podem estar subjacentes motivos de mais diversa índole, razão pela qual seria precipitado dar o mesmo enquadramento jurídico a litígios de natureza radicalmente diferente. Basta pensar que um processo em que o co-contratante tenta impedir o accionamento da garantia porque, por exemplo, a mesma não é válida ou já caducou⁸⁴ nada tem que ver com um outro processo em

de 31.10.2013, processo n.º 034/13, já cima citado (cfr. nota 65 *supra*), considerou que o juiz não poderia invocar a improcedência do pedido para se escusar a apreciá-lo: saber se é ou não possível ao contratante paralisar o accionamento da caução constitui, de facto, “*um problema ligado ao mérito do procedimento cautelar – e não à mera designação do tribunal competente para o resolver*”.

83. Nas eloquentes palavras do Tribunal dos Conflitos, que não resistimos a transcrever, “*A competência dos tribunais em razão da matéria (ou jurisdição) afere-se em função da configuração da relação material controvertida, ou seja, em função dos termos em que é formulada a pretensão do Autor, incluindo os seus fundamentos*”: cfr. Acórdão de 01.06.2004, processo n.º 024/03, disponível em www.dgsi.pt.

84. Fundamentos que, de resto, poderiam legitimamente ser invocados pelo Banco garante junto do contraente público para se recusar (de forma lícita) ao pagamento do montante coberto pela garantia (cfr., embora não a respeito dos contratos administrativos, o que refere MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Sobre a mora do garante na Garantia Bancária Autónoma”, in *Es-*

que a pretensão do co-contratante se baseia no facto de o contrato administrativo ter sido pontual e integralmente cumprido – como é evidente, as vicissitudes da própria garantia não se confundem nem podem ser reconduzidas à (eventual falta de) verificação dos pressupostos que habilitam o respectivo accionamento. Assim, só perante o caso concreto e em face do pedido e da causa de pedir de cada processo se poderá determinar a competência jurisdicional para dirimir o litígio.

6. Segundo pensamos, e com base na jurisprudência a que tivemos acesso e foi citada ao longo do texto, a situação mais frequente na prática será, de longe, a invocação, pelo co-contratante, de que o contrato foi pontualmente cumprido e de que, por conseguinte, a caução foi abusivamente executada pelo contraente público. O que, tendo em conta o que acima se expôs, significa que a configuração da maioria dos litígios apontará para a competência dos Tribunais da jurisdição administrativa, na medida em que a discussão sobre o cumprimento ou incumprimento de um contrato administrativo (ou celebrado na sequência de um procedimento pré-contratual de Direito Público) cabe aos Tribunais Administrativos, à luz do ETAF. Ora, ainda que tal discussão surja a título instrumental – como enquadramento prévio à análise a efectuar a título principal –, a verdade é que o facto de o processo se destinar a impedir o accionamento da caução não descaracteriza o objecto do litígio como “*essencialmente ligado à boa ou má execução do contrato*”⁸⁵. Assim, sempre que a causa de pedir estabeleça uma ligação ao contrato-base e não se limite a “*discutir a título principal o accionamento da garantia, sem mais*”, serão competentes para conhecer do pedido os Tribunais Administrativos⁸⁶.

Este entendimento parece ser reforçado pelo facto de se ter vindo a impor na *praxis* um dever de o Banco garante consultar o co-contratante (a pedido de quem prestou a garantia) previamente ao pagamento, ao contraente público (beneficiário da garantia), do montante garantido⁸⁷, o que indicia que, apesar de a garantia bancária autónoma ser – na conhecida distinção doutrinária – um negócio abstracto e não causal, tal abstracção (face ao contrato principal no âmbito do qual a garantia foi prestada) não é absoluta, permitindo-se que o co-contratante, ainda em fase pré-contenciosa, procure demonstrar junto do Banco que não existem fundamentos para o accionamento da garantia.

Além do mais, se o co-contratante cumular o pedido principal (*v.g.*, de condenação do contraente público a reconhecer que o contrato foi pontualmente cumprido e a adoptar todas as condutas necessárias ao restabelecimento dos direitos ou interesses violados⁸⁸) com o pedido de pagamento da indemnização devida pelos

tudos em Honra de Ruy de Albuquerque, Volume II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Coimbra Editora, Lisboa, 2006, páginas 34 e 35, bem como nota 61).

85. Cfr. Acórdão do Tribunal dos Conflitos de 31.10.2013, processo n.º 034/13, já citado.

86. Cfr. Acórdão do TCA Sul de 11.07.2013, processo n.º 10152/13, já citado.

87. Sobre esta *praxis*, vigente mesmo nas garantias autónomas e *on first demand*, cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “Sobre a mora do garante...”, cit., páginas 25 e 26, *IDEM*, “Garantias bancárias no Código dos Contratos Públicos...”, cit., páginas 522 e 523.

88. Nos termos previstos no artigo 37.º, n.º 2, alíneas *b)* e *d)* do Código de Processo nos

prejuízos sofridos em virtude do accionamento ilícito da caução⁸⁹, afigura-se que esta matéria, respeitando à responsabilidade civil da Administração Pública, se enquadrará de pleno no âmbito da jurisdição administrativa⁹⁰.

Em suma, sem prejuízo de ser necessária uma avaliação casuística e de, por conseguinte, não ser possível dar ao problema aqui analisado uma resposta em abstracto, sem atender aos contornos de cada situação em concreto, afigura-se que, na maioria dos casos que tem vindo a ser decidido na jurisprudência, o objecto do processo e a pretensão (bem ou mal) formulada pelo autor/requerente remetem a decisão do litígio para os Tribunais Administrativos, não podendo o juízo sobre a procedência ou improcedência dos pedidos contaminar a tarefa – prévia – de verificação do preenchimento dos pressupostos processuais (*in casu*, a competência material) de que depende a emissão, a final, de uma sentença de mérito.

Tribunais Administrativos (doravante “CPTA”), aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro. Os pedidos respeitantes à interpretação, validade ou execução de contratos encontram-se na alínea *h*) do mesmo preceito legal.

89. Conforme expressamente previsto no artigo 296.º, n.º 3 do CCP.

90. Cfr. artigo 4.º, n.º 1, alíneas *g*), *h*) e *i*) do ETAF. A lei apenas trata da competência para a responsabilidade extracontratual, mas, caso se considere que a indemnização prevista no artigo 296.º, n.º 3 do CCP deriva de responsabilidade civil contratual, é manifesto que também neste cenário o conhecimento do pedido será da competência dos Tribunais Administrativos, devendo o processo seguir a forma de acção administrativa comum (cfr. artigo 37.º, n.º 2, alínea *f*) do CPTA).