

# OS “CONTRATOS SEM VALOR” NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

## UMA ABORDAGEM JURÍDICO-ECONÓMICA

### 1. Nota prévia

Constituindo os Estudos onde se insere o presente texto uma homenagem a um nosso muito insigne Professor, optámos por nele abordar um assunto que se relaciona com tema clássico da Economia Política — e que foi abordado, em diversas das suas obras, pelo Senhor Professor Doutor António Avelãs Nunes: a noção de valor.

Essa temática vem, pois, bem a propósito do assunto que tratamos: os contratos sem valor no Código dos Contratos Públicos (“CCP”), tema que constitui, então, um domínio específico em que o Direito Administrativo (dos Contratos Públicos) e a Economia Política convergem de modo singular<sup>(1)</sup>. E constitui também um domínio controverso dentro da temática da determinação do valor do contrato; controvérsia que resulta das tentativas de encontrar o alcance prático que este tipo de contratos desempenha (ou pode desempenhar) nos procedimentos de contratação pública<sup>(2)</sup>. Veja-se que, além não se encontrar qualquer

---

<sup>(1)</sup> A este propósito refere, impressivamente, Mário Júlio de ALMEIDA COSTA que “Não podem os juristas ignorar a utilidade económica dos bens ou serviços, porque é em função desta que sobre eles se constituem direitos e obrigações” — Cf., do Autor citado, *Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 12.<sup>a</sup> edição, 2013, p. 140.

<sup>(2)</sup> Veja-se que Mário ESTEVES DE OLIVEIRA e Rodrigo ESTEVES DE OLIVEIRA demonstram bem essa dificuldade referindo que “dada a noção de valor do contrato

anteriormente deles na legislação nacional, os contratos sem valor são uma inovação face às próprias Diretivas relativas à contratação pública <sup>(3)</sup>.

Partindo então destes dados inovadores, ensaiamos as linhas que seguem, com a consciência de que a prática e a experiência jurídica trarão à discussão novos exemplos e argumentos que contribuirão para uma melhor densificação dogmática <sup>(4)</sup>.

## 2. Considerações preliminares

As Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE implicaram a adoção, no âmbito do direito dos Estados-membros da União Europeia, de soluções novas no que respeita aos procedimentos de formação de contratos públicos; umas absolutamente novas e outras apenas relativamente novas, uma vez que contavam já com um certo lastro legislativo, jurisprudencial e doutrinal.

O legislador português, perante as ingentes exigências da transposição das Diretivas, poderia ter optado por fazer, como acontece em alguns casos, uma, chamemos-lhe assim, transposição ponto por ponto. No entanto, entendeu ir mais longe e, em muitos aspectos inovar.

O assunto que nos ocupará constitui um exemplo claro da dinâmica que acabamos de referir. De facto, a determinação do valor dos contratos em geral e os contratos sem valor em particular, constituem

---

será hipótese pouco verosímil ou rara, sendo difícil encontrar no elenco dos contratos expressamente referidos no Código um cuja celebração não tenha um benefício económico para o adjudicatário, o co-contratante” — cf., dos Autores citados, *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 633.

<sup>(3)</sup> Referimo-nos às Diretivas 2004/18 e 2004/17, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, transportas para o direito interno através do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

<sup>(4)</sup> Deve notar-se que esta já não é a primeira vez que este tema é abordado, mas, como se verá de seguida, a nossa análise afasta-se da realizada por Vera EIRÓ no texto «Os contratos sem valor no Código dos Contratos Públicos», publicado no vol. II dos *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra: Almedina, 2011, pp. 267-286.

um dos aspetos em que a convivência entre o CCP e as diretivas se reveste de particulares dificuldades, não só ao nível formal — aspeto que não levanta qualquer questão relevante —, mas sobretudo ao nível material, o que tem influência decisiva na escolha do procedimento a adotar.

Para que melhor se perceba a problemática em causa, façamos uma breve incursão sobre os elementos que compõe o valor do contrato no CCP para, partindo desses elementos, aferir, *a contrario*, onde poderão caber os contratos sem valor.

Dispõe a este respeito o n.º 1 do artigo 17.º do CCP que

“o valor do contrato a celebrar é o valor máximo do benefício económico que, em função do procedimento adoptado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objecto”.

Na densificação no n.º 1 transcrito o legislador no n.º 2 do mesmo artigo clarifica que o

“benefício económico referido no número anterior inclui, além do preço a pagar pela entidade adjudicante ou por terceiros, o valor de quaisquer contraprestações a efectuar em favor do adjudicatário e ainda o valor das vantagens que decorram directamente para este da execução do contrato e que possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que lhe incumbem”.

Conclui no n.º 4 que “caso não se verifique qualquer das situações referidas nos números anteriores considera-se o contrato sem valor”.

Desta forma, para que um contrato possa ser considerado de contrato sem valor não poderá importar (i) o pagamento de um preço pela entidade adjudicante ou por terceiros ao adjudicatário, (ii) a existência de contraprestações a efectuar em favor do adjudicatário; e (iii) o surgimento de vantagens que decorram directamente para o adjudicatário da execução do contrato e que possam ser configuradas como contrapartidas das prestações que lhe incumbem.

É, portanto, com base nestes elementos normativos que encetaremos a conceptualização jurídica dos contratos sem valor.

### 3. O conceito de contrato público europeu

Começamos por visitar, neste ponto, um conceito âncora da contratação pública, o conceito de contrato público (europeu) <sup>(5)</sup>, de modo a compreender se os contratos sem valor integram (ou não) os elementos que compõem o referido conceito, de modo a que, verificada essa hipótese, se permita densificar a noção de contratos sem valor tendo como horizonte os contratos públicos.

Na alínea *a)* do n.º 2 do artigo 1.º da Diretiva 2004/18 <sup>(6)</sup> o legislador europeu dá uma definição de contratos públicos. Nos termos aí definidos, os contratos públicos

“são contratos a título oneroso celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, que têm por objecto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços na acepção da presente directiva”.

Podemos assim acolher desta norma quatro requisitos que têm de se encontrar (cumulativamente) verificados para que o contrato possa ser considerado um contrato público: *(i)* onerosidade, *(ii)* redução do contrato a escrito, *(iii)* bilateralidade [entre entidade(s) adjudicante(s) e operador(es) económico(s)] e *(iv)* tipicidade. Quer isto também significar que os contratos sem valor para se incluírem no conceito de con-

---

<sup>(5)</sup> Tivemos já oportunidade de tratar o assunto em *Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 25 e ss., ainda que numa perspectiva diferente da do presente texto.

<sup>(6)</sup> Dada a semelhança entre a Diretiva 2004/18 e a Diretiva 2004/17 no que diz respeito ao problema do valor do contrato, iremos cingir o nosso estudo à análise da primeira das Diretiva 2004/18, pelo que as referências à diretiva neste texto dirão respeito a esse diploma que regula a contratação pública nos sectores gerais.

tratos públicos da diretiva, terão necessariamente de conter aqueles elementos densificadores.

Ora, será partindo da análise do enquadramento dos contratos sem valor no conceito de contrato público europeu que tomaremos a abordagem inicial do tema.

#### 4. A bilateralidade e onerosidade dos contratos públicos

Vimos ainda agora que a alínea *a)* do n.º 2 do artigo 1.º da Diretiva 2004/18 exige que os contratos públicos sejam celebrados entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes. Daqui se retira que os contratos públicos resultam do enlace de duas (ou mais) declarações de vontade contrapostas, concretamente, o operador económico e a entidade adjudicante <sup>(7)</sup>, o que lhes exige uma necessária bilateralidade. Assim, os contratos públicos serão necessariamente contratos sinalagmáticos, gerando por tal motivo obrigações para ambas as partes.

Dimensão não confundível é a da onerosidade <sup>(8)</sup> <sup>(9)</sup>, que decorre

---

<sup>(7)</sup> Em boa verdade, esta bilateralidade emerge de modo automático do conceito de contrato, na medida em que todos os contratos são negócios jurídicos bilaterais. Certo é, recordando a lição de ANTUNES VARELA, que não se devem confundir contratos bilaterais com negócios jurídicos bilaterais, na medida em que qualquer contrato é um negócio jurídico bilateral, visto nascer do enlace de duas (ou mais) declarações de vontade contrapostas e ter assim sempre duas partes, ao passo que dos contratos bilaterais “não só nascem obrigações para ambas as partes como essas obrigações se encontram unidas uma à outra por um vínculo de reciprocidade ou interdependência” — cf. *Das Obrigações em Geral*, vol. I, Coimbra: Almedina, 10.ª edição, 2010, p. 396.

<sup>(8)</sup> Para desenvolvimentos sobre a distinção entre contratos bilaterais e onerosos *v.*, entre outros, João de Matos ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, Coimbra: Almedina, 10.ª edição, 2010, pp. 404 e ss; e Mário Júlio ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 12.ª edição, 2013, pp. 367 e ss.

<sup>(9)</sup> No Acórdão *Auroux* o Tribunal de Justiça, esclarece o que entende por *contrato oneroso*. Nos termos definidos por aquela jurisprudência (cf. parágrafo 45 do Acórdão) “o carácter oneroso do contrato refere-se à contraprestação oferecida ao empreiteiro pela realização das obras pretendidas pela entidade adjudicante”. Naquela situação do Acórdão citado a contraprestação a realizar pela execução do contrato constituía o

também do conceito de contrato público europeu. Por via de tal característica exige-se que a “atribuição patrimonial efectuada por cada um dos contraentes tenha por correspectivo, compensação ou equivalente a atribuição da mesma natureza proveniente do outro”, isto é, a onerosidade do contrato “aplica-se às atribuições patrimoniais (*Zuwendungen*), refere-se à sua função económica”<sup>(10)</sup>.

Deve a este respeito salientar-se, seguindo de perto a doutrina civilista, que não tem que existir um perfeito equilíbrio objetivo entre as duas vantagens (i.e., uma absoluta contrapartida económica das prestações)<sup>(11)</sup>. Assim, salvo algumas exceções legalmente previstas, o princípio da equivalência das prestações não reclama uma equivalência objetiva, mas antes uma equivalência subjetiva, ou seja, cada parte na avaliação que faça do contrato a celebrar tem de considerar as prestações a realizar como equilibradas em função da contraprestação que irá receber<sup>(12)</sup> — sendo certo que a prestação adquirida pela entidade adjudicante está delimitada pela tipicidade dos contratos.

Quanto a este aspecto importa, no entanto, atender à previsão do artigo 281.º do CCP, no qual — à semelhança do que sucedia no Código de Procedimento Administrativo<sup>(13)</sup> —, o legislador normativizou a

---

pagamento de um preço pela entidade adjudicante e por terceiros (utilizadores). Não obstante, tal como vimos defendendo e é corroborado por esta jurisprudência do Tribunal de Justiça, na determinação do valor do contrato, a definição de contrato oneroso deve ser ainda mais ampla, pois deve atender-se à contraprestação oferecida ao cocontratante, independentemente da sua espécie.

<sup>(10)</sup> Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, Coimbra: Almedina, 10.ª edição, 2010, p. 405.

<sup>(11)</sup> Cf. Mário Júlio ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 12.ª edição, 2013, pp. 360 e 361.

<sup>(12)</sup> Cf. Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 84.

<sup>(13)</sup> O n.º 2 do artigo 179.º CPA — cuja manutenção em vigor, era como se sabe, discutida na doutrina antes da entrada em vigor do CCP — previa que “O órgão administrativo não pode exigir prestações contratuais desproporcionadas ou que não

necessidade de os contratos administrativos serem proporcionais e haver conexão material das prestações contratuais. Assim, consta do proémio do artigo 281.º do CCP que “o contraente público não pode assumir direitos ou obrigações<sup>(14)</sup> manifestamente desproporcionados ou que não tenham uma conexão material directa com o fim do contrato”. Há assim a destacar dois requisitos objetivos que os contratos administrativos têm de respeitar: (i) a proporcionalidade e a (ii) conexão material<sup>(15)</sup>.

Interessa-nos, neste momento, o requisito da *proporcionalidade*, relativamente ao qual importa precisar se ela tem de ser uma proporcionalidade (equivalência) objectiva ou subjectiva, ou seja, se essa proporcionalidade implica que os direitos e obrigações assumidos são proporcionais e equivalentes do ponto de vista económico, ou se, pelo contrário, essa proporcionalidade deve atender aos interesses subjectivos

---

tenham uma relação directa com o objecto do contrato”. De acordo com Diogo FREITAS DO AMARAL, esta norma visava

“acentuar a aplicação do princípio da proporcionalidade no domínio dos contratos administrativos, do mesmo passo que se procurou impedir que o contraente público introduza no clausulado do contrato disposições que, não tendo relação com o objecto contratual, se limitem a «explorar» a vontade de contratar do contraente privado”

(cf., do Autor citado, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra: Almedina, 3.ª edição, 2006, p. 561).

<sup>(14)</sup> O artigo 281.º do CCP parece dirigir-se unicamente ao contraente público, mas a verdade é ao estabelecer que o contraente público “não pode assumir direitos ou obrigações”, a norma aponta para uma ideia de corresponsabilidade entre as prestações e as contraprestações. Assim, a norma não se limita a exigir a proporcionalidade e conexão material dos encargos assumidos pelo contraente público, exigindo-se que ela se verifique também quanto aos encargos assumidos pelo cocontratante.

<sup>(15)</sup> Quanto ao requisito da conexão material directa com o fim do contrato, é uma exigência que já resultaria de forma automática dos vários tipos de contratos, ou seja, as obrigações previstas num contrato típico têm já uma conexão material com o fim do contrato — v., a este propósito, a anotação ao n.º 1 do artigo 179.º do CPA de Mário ESTEVES DE OLIVEIRA, Pedro GONÇALVES e João PACHECO DE AMORIM, *Código de Procedimento Administrativo — comentado*, Coimbra: Almedina, 2.ª edição, 2006, pp. 816 e ss.

que as partes têm em vista com a execução do contrato. A este respeito entendemos que, tal como acontece no domínio do direito civil, a equivalência/proporcionalidade entre a prestação/contraprestação terá de ser *subjectiva*, isto é, terá de atender aos interesses que as partes têm nos direitos que emergem do contrato. Isto mesmo, apesar de constar daquele normativo que o contraente público não pode assumir “direitos (...) manifestamente desproporcionados”, sob pena de não se atender ao interesse e às condições em que o co-contratante se dispõe a contratar. Ou seja, a proporcionalidade deve ser analisada do ponto de vista da utilidade e da satisfação das necessidades das partes na relação contratual.

Assim se percebe que, em razão da onerosidade que lhes está associada, os contratos públicos são contratos dos quais resultam contrapartidas para ambas as partes, necessariamente com uma equivalência *subjectiva*, podendo ter (ou não) uma equivalência *objetiva* <sup>(16)</sup>.

---

<sup>(16)</sup> A este propósito, Pedro GONÇALVES salienta que o

“conteúdo extra-típico [do contrato] tem de ser proporcional em face do conteúdo típico. Neste sentido [...] as cláusulas de conteúdo agressivo ou desvantajoso para o particular só devem ser admitidas (ou com base legal expressa ou) nos termos em que se admite em geral a sujeição dos actos administrativos a cláusulas acessórias (artigo 121.º do CPA). Acrescente-se agora que a exigência de proporcionalidade não se coloca só para as cláusulas eventualmente agressivas para o particular, mas, nos mesmos termos, também para as que o beneficiam”

— cf. *O Contrato Administrativo — Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 98. No mesmo sentido do Autor citado, v. José Manuel SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, p. 748. Em nossa opinião, a limitação da avaliação *subjectiva* é sem dúvida maior do ponto de vista da entidade adjudicante, dada a imposição de esta actuar de acordo com os princípios inerentes a uma gestão eficiente, económica e eficaz — para mais desenvolvimentos, *vd.* Carlos MORENO, *Finanças Públicas — Gestão e Controlo dos Dinheiros Públicos*, Universidade Autónoma de Lisboa, 2.<sup>a</sup> edição, 2000, pp. 77 e 83 e Hugo FLORES DA SILVA, *Privatização do Sistema de Gestão Fiscal*, Coimbra Editora, 2014, pp. 504 e ss.; já do ponto de vista do adjudicatário,

Analisado este conceito podemos agora densificar melhor o que se deve entender por contratos públicos e (por inerência) por contratos sem valor. São, portanto, contratos públicos os contratos bilaterais, escritos, celebrados entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, tendo por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços, em que se geram vantagens patrimoniais para ambas as partes, que apesar de não terem forçosamente um perfeito equilíbrio objetivo, constituem o correspondente uma da outra na perspectiva das partes.

## 5. A onerosidade e o valor económico dos contratos

Temos assim por estabelecido que os contratos sem valor se incluem no conceito de contrato público, o qual se caracteriza, entre outros aspectos, por ser oneroso, isto é, por ter uma dimensão patrimonial ou económica. Isto mesmo, apesar de a letra do conceito (contrato *sem valor*) apontar para ausência de valor económico<sup>(17)</sup>.

Deste modo, e de forma a identificarmos quais serão os aspectos relevantes da patrimonialidade ou função económica do contrato, vejamos em que se consubstancia o valor económico. Para tal trataremos neste ponto de duas dimensões deste conceito: o valor económico propriamente dito e o custo de oportunidade.

### 5.1. O valor económico

Vistos que estão os requisitos de que depende o enquadramento dos contratos sem valor no leque dos contratos públicos, importa agora aferir o que é o valor económico, perspectivando eventuais relações jurídicas que, para efeitos do CCP, possam constituir contratos sem valor.

---

entendemos que a essa avaliação só está limitada aos termos gerais do direito e desde que não constitua uma prática restritiva da concorrência.

<sup>(17)</sup> Recusar a existência de uma dimensão patrimonial ou económica equivaleria, então, a desclassificar o contrato sem valor como contrato público.